



ФІЛОСОФІЯ ПРАВА І ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА

НАУКОВИЙ ЖУРНАЛ

Журнал засновано

як додаток до юридичного журналу
«Право України»
у 2012 році

Видається

раз на півріччя

Свідоцтво про державну реєстрацію:
Серія КВ № 18647-7447Р

Передплатний індекс:
68107

Адреса редакційної колегії:

04107, м. Київ,
вул. Багговутівська, 17–21
Тел.: 0 (44) 537-51-00

E-mail: info@pravoua.com.ua

Головний редактор:

С. І. Максимов,
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України

ВИДАВЕЦЬ

© Редакція журналу «Право України»

1/2013

НАУКОВА РАДА

- П. М. Рабінович** – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
(голова наукової ради)
- Р. Алексі** – доктор юриспруденції, професор (Німеччина)
- Є. В. Булигін** – доктор філософії, професор (Аргентина)
- А. Вайшвіла** – доктор юриспруденції, професор (Литва)
- Ч. Варга** – доктор юриспруденції, професор (Угорщина)
- В. Г. Графський** – доктор юридичних наук, професор (Росія)
- М. Зірк-Садовскі** – доктор юриспруденції, професор (Польща)
- А. А. Козловський** – доктор юридичних наук, професор
- М. І. Козюбра** – доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України
- М. В. Костицький** – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- О. М. Мироненко** – доктор філософських наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України
- М. Мур** – доктор філософії, професор (США)
- Ю. М. Оборотов** – доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України
- Н. М. Оніщенко** – доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України
- О. В. Петришин** – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- А. В. Поляков** – доктор юридичних наук, професор (Росія)
- Н. Е. Сіммондз** – доктор філософії (Велика Британія)
- О. В. Скрипнюк** – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- М. М. Тарасов** – доктор юридичних наук, професор (Росія)

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

- С. І. Максимов** – доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України
(головний редактор)
- С. П. Погребняк** – доктор юридичних наук, доцент
(заступник головного редактора)
- О. М. Давиденко** – *відповідальний секретар*
- В. С. Бігун** – кандидат юридичних наук
- Д. А. Гудима** – кандидат юридичних наук, доцент
- М. А. Дамірлі** – доктор юридичних наук, професор
- А. М. Колодій** – доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України
- В. В. Лемак** – доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України
- О. М. Литвинов** – кандидат юридичних наук,
кандидат філософських наук, доцент
- Л. А. Луць** – доктор юридичних наук, професор
- С. П. Рабінович** – доктор юридичних наук, доцент
- О. Д. Святоцький** – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- О. В. Стівба** – кандидат юридичних наук
- О. Д. Тихомиров** – доктор юридичних наук, професор
- С. В. Шевчук** – доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України

ЗМІСТ

Від головного редактора	11
ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ТА ПРАВА ЛЮДИНИ В СУЧАСНОМУ СВІТІ	
Верховенство права: проблеми теорії та практики	
ДВОРКІН Р. (Нью-Йорк, США; Лондон, Велика Британія) Верховенство права	15
ТУОРИ К. (Гельсінкі, Фінляндія) Спільне у сутності верховенства права і правової держави	24
ПОГРЕБНЯК С. (Харків) Верховенство права в Україні: передумови та перспективи	29
СМОРОДИНСЬКИЙ В. (Харків) Держава у системі координат верховенства права	37
ВАРГА Ч. (Будапешт, Угорщина) Верховенство права, або Дилема етосу: вирошування чи механічне нав'язування	48
УВАРОВА О. (Харків) Принцип верховенства права в судовій практиці України	65
Права людини: філософські та загальнотеоретичні проблеми	
АЛЕКСІ Р. (Кіль, Німеччина) Теорія дискурсу та права людини	73
ГІБУРГ Р. (Буенос-Айрес, Аргентина) Про права	99
МАКСИМОВ С. (Харків) Універсальність прав людини	110
МОЙСЕЄВ С. (Новосибірськ, Росія) Сучасна теорія прав людини: ліберальні та комунітаристські підходи	118
ГУДИМА Д. (Львів) Чи існує взаємозв'язок між підтриманням авторитету Страсбурзького Суду та звуженням можливостей на звернення до нього?	135
СУЧАСНЕ ПРАВОРОЗУМІННЯ	
РАБІНОВИЧ П. (Львів) Деякі сучасні концепції права в Росії та Україні (у світлі потребового праворозуміння)	150
МЕТОДОЛОГІЯ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ	
САТОХІНА Н. (Харків) Правова герменевтика між універсалізмом і контекстуалізмом	169
ПИТАННЯ ЗАГАЛЬНОЇ ТЕОРІЇ ПРАВА	
МЕРЕЖКО О. (Київ) До питання про можливість створення універсальної теорії права	180
ЧЕСТНОВ І. (Санкт-Петербург, Росія) Універсальність права в контексті культурного релятивізму	183
СПЕКТОР О. (Буенос-Айрес, Аргентина) Незастосовність ідеальної моралі у міжнародному праві	191
ЯКОВІЮК І. (Харків) Система джерел права Європейського Союзу: загальна характеристика	209
ПРАВО ТА КУЛЬТУРА	
ЛИТВИНОВ О. (Луганськ) Роль теорії природного права у створенні сучасного світу (до питання про «другий осьовий час»)	221
ВОВК Д. (Харків) Про релігійну традицію у праві	234
ФІЛОСОФСЬКІ ТА МЕТОДОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ ГАЛУЗЕВИХ ПРАВОВИХ НАУК І ЮРИДИЧНОЇ ПРАКТИКИ	
РУЇЗ МАНЕРО Х. (Аліканте, Іспанія) Два партикулярні підходи до балансування конституційних принципів	248
КАРТАШЕВА А. (Єкатеринбург, Росія) Філософський смисл класичної та неklasичної концепції авторського права	260

СОЦІОЛОГІЯ ПРАВА

БУРЛАЙ Є. (Київ) Конфлікт і суд 268

ЮРИДИЧНА ЛОГІКА, АРГУМЕНТАЦІЯ, МОВА

БОЧАРОВ Д. (Дніпропетровськ) Загальна теорія знаків Ч. С. Пірса та теорія доказів: точки перетину 293

ЗАРУБІЖНІ КОНЦЕПЦІЇ ФІЛОСОФІЇ, СОЦІОЛОГІЇ ТА ЗАГАЛЬНОЇ ТЕОРІЇ ПРАВА В ХХ СТОЛІТТІ

КАСАТКІН С. (Самара, Росія) Позитивізм в англо-американській філософії права. Вчення Герберта Л. А. Харта 300

МЕРЕЖКО О. (Київ) Психологічний напрям в європейській науці права ХХ століття 314

ВИЗНАЧНІ ПОСТАТІ

СТОВБА О. (Харків) Філософія права Артура Кауфмана: у пошуках «третього шляху» 322

КАУФМАН А. (Мюнхен, Німеччина) Попередні зауваження щодо правової логіки та онтології відносин. Засади правової теорії, заснованої на понятті персони 329

АНТОНОВ М. (Санкт-Петербург, Росія) Творчий шлях та правове вчення Ганса Кельзена 345

ГЕСТ С. (Лондон, Велика Британія) Єдність і смисл у теорії права Рональда Дворкіна 354

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Пошук нових філософсько-методологічних орієнтирів порівняльно-правових досліджень: V Міжнародна наукова конференція «Компаративістські читання» (26–28 квітня 2013 р., Одеса) 370

Міжнародний симпозіум «Філософія і сучасне міжнародне право» (13–14 травня 2013 р., Санкт-Петербург, Росія) 373

Правове виховання в контексті соціокультурного розвитку сучасної України: Всеукраїнська науково-практична конференція «Теоретичні та практичні проблеми правового виховання в соціокультурному знанні» (15 травня 2013 р., Харків) 376

Міжнародна наукова конференція «Світ людини: нормативний вимір-3» (13–15 червня 2013 р., Саратов, Росія) 378

XXVI Всесвітній конгрес з філософії права і соціальної філософії «Права людини, демократія, верховенство права та сучасні соціальні виклики у складних суспільствах» (21–26 липня 2013 р., Белу-Орізонті, Бразилія) 380

РЕЦЕНЗІЇ, ОГЛЯДИ ЛІТЕРАТУРИ

НОРМАТИВНІ СИСТЕМИ (рецензія В. Смородинського на збірку перекладів праць К. Альчуррона та Є. Булігіна «Нормативні системи» та інші праці з філософії права та логіки норм») 383

ЧИ ДІЙСНА ЮРИДИЧНА ДІЙСНІСТЬ? (рецензія О. Стовби на монографію Г. Гаджієва «Онтологія права (критичне дослідження юридичного концепту дійсності)») 385

АКТУАЛЬНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ КОМПЛЕКСУ АКсіОЛОГІЧНИХ ІДЕЙ У ФІЛОСОФІЇ ПРАВА ТА ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІЙ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ (рецензія С. Максимова на монографію К. Горобця «Аксіосфера права: філософський і юридичний дискурс») 389

УРОБОРОС II, АБО ПРОЛЕГОМЕНИ ДО СЕМІОТИКИ ПРАВА (рецензія Д. Бочарова на монографію О. Балинської «Семіотика права») 392

IN MEMORIAM

Пам'яті Рональда Дворкіна 396

Пам'яті іноземного члена НАПрН України, члена-кореспондента РАН Сергія Сергійовича Алексеєва	400
Метою його життя та наукової діяльності було служіння праву, досягнення торжества права у суспільстві (Світлій і незабутній пам'яті професора С. С. Алексеєва — видатного вченого)	403

СОДЕРЖАНИЕ

От главного редактора	11
ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА И ПРАВА ЧЕЛОВЕКА В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ	
<i>Верховенство права: проблемы теории и практики</i>	
ДВОРКИН Р. (Нью-Йорк, США; Лондон, Великобритания) Верховенство права	15
ТУОРИ К. (Хельсинки, Финляндия) Общее в сущности верховенства права и правового государства	24
ПОГРЕБНЯК С. (Харьков) Верховенство права в Украине: предпосылки и перспективы	29
СМОРОДИНСКИЙ В. (Харьков) Государство в системе координат верховенства права	37
ВАРГА Ч. (Будапешт, Венгрия) Верховенство права, или Дилемма этоса: возвращение или механическое навязывание	48
УВАРОВА Е. (Харьков) Принцип верховенства права в судебной практике Украины	65
Права человека: философские и общетеоретические проблемы	
АЛЕКСИ Р. (Киль, Германия) Теория дискурса и права человека	73
ГИБУРГ Р. (Буэнос-Айрес, Аргентина) О правах	99
МАКСИМОВ С. (Харьков) Универсальность прав человека	110
МОИСЕЕВ С. (Новосибирск, Россия) Современная теория прав человека: либеральные и коммунитаристские подходы	118
ГУДЫМА Д. (Львов) Существует ли взаимосвязь между поддержанием авторитета Страсбургского Суда и сужением возможностей для обращения к нему?	135
СОВРЕМЕННОЕ ПРАВОПОНИМАНИЕ	
РАБИНОВИЧ П. (Львов) Некоторые современные концепции права в России и Украине (в свете потребностного правопонимания)	150
МЕТОДОЛОГИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ	
САТОХИНА Н. (Харьков) Правовая герменевтика между универсализмом и контекстуализмом	169
ВОПРОСЫ ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ПРАВА	
МЕРЕЖКО А. (Киев) К вопросу о возможности создания универсальной теории права	180
ЧЕСТНОВ И. (Санкт-Петербург, Россия) Универсальность права в контексте культурного релятивизма	183
СПЕКТОР О. (Буэнос-Айрес, Аргентина) Неприменимость идеальной морали в международном праве	191
ЯКОВЮК И. (Харьков) Система источников права Европейского Союза: общая характеристика	209
ПРАВО И КУЛЬТУРА	
ЛИТВИНОВ А. (Луганск) Роль теорий естественного права в создании современного мира (к вопросу о «втором осевом времени»)	221
ВОВК Д. (Харьков) О религиозной традиции в праве	234
ФИЛОСОФСКИЕ И МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОТРАСЛЕВЫХ ПРАВОВЫХ НАУК И ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРАКТИКИ	
РУИС МАНЕРО Х. (Аликанте, Испания) Два партикуляристических подхода к балансированию конституционных принципов	248
КАРТАШЕВА А. (Екатеринбург, Россия) Философский смысл классической и неклассической концепций авторского права	260

СОЦИОЛОГИЯ ПРАВА

БУРЛАЙ Е. (*Киев*) Конфликт и суд 268

ЮРИДИЧЕСКАЯ ЛОГИКА, АРГУМЕНТАЦИЯ, ЯЗЫК

БОЧАРОВ Д. (*Днепропетровск*) Общая теория знаков Ч. С. Пирса и теория доказательств: точки пересечения 293

ЗАРУБЕЖНЫЕ КОНЦЕПЦИИ ФИЛОСОФИИ, СОЦИОЛОГИИ И ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ПРАВА В XX веке

КАСАТКИН С. (*Самара, Россия*) Позитивизм в англо-американской философии права. Учение Герберта Л. А. Харта 300

МЕРЕЖКО А. (*Киев*) Психологическое направление в европейской науке права XX века ... 314

ВЫДАЮЩИЕСЯ ФИГУРЫ

СТОВБА А. (*Харьков*) Философия права Артура Кауфмана: в поисках «третьего пути» 322

КАУФМАН А. (*Мюнхен, Германия*) Предварительные замечания по поводу правовой логики и онтологии отношений. Начала правовой теории, основывающейся на понятии персоны 329

АНТОНОВ М. (*Санкт-Петербург, Россия*) Творческий путь и правовое учение Ганса Кельзена 345

ГЕСТ С. (*Лондон, Великобритания*) Единство и смысл в теории права Рональда Дворкина 354

НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

Поиск новых философско-методологических ориентиров сравнительно-правовых исследований: V Международная научная конференция «Компаративистские чтения» (26–28 апреля 2013 г., Одесса) 370

Международный симпозиум «Философия и современное международное право» (13–14 мая 2013 г., Санкт-Петербург, Россия) 373

Правовое воспитание в контексте социокультурного развития современной Украины: Всеукраинская научно-практическая конференция «Теоретические и практические проблемы правового воспитания в социокультурном знании» (15 мая 2013 г., Харьков) 376

Международная научная конференция «Мир человека: нормативное измерение-3» (13–15 июня 2013 г., Саратов, Россия) 378

XXVI Всемирный конгресс по философии права и социальной философии «Права человека, демократия, верховенство права и современные вызовы в сложных обществах» (21–26 июля 2013 г., Белу-Оризонте, Бразилия) 380

РЕЦЕНЗИИ, ОБЗОРЫ ЛИТЕРАТУРЫ

НОРМАТИВНЫЕ СИСТЕМЫ (рецензия В. Смородинского на сборник переводов трудов К. Альчуррона и Е. Бульгина «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм») 383

ДЕЙСТВИТЕЛЬНА ЛИ ЮРИДИЧЕСКАЯ ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ? (рецензия А. Стовбы на монографию Г. Гаджиева «Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности)») 385

АКТУАЛЬНОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ КОМПЛЕКСА АКСИОЛОГИЧЕСКИХ ИДЕЙ В ФИЛОСОФИИ ПРАВА И ОБЩТЕОРЕТИЧЕСКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ (рецензия С. Максимова на монографию К. Горобца «Аксиосфера права: философский и юридический дискурс») 389

УРОБОРОС II ИЛИ ПРОЛЕГОМЕНЫ К СЕМИОТИКЕ ПРАВА (рецензия Д. Бочарова на монографию О. Балинской «Семиотика права») 392

IN MEMORIAM

Памяти Рональда Дворкина 396

Памяти иностранного члена НАПрН Украины, члена-корреспондента РАН Сергея Сергеевича Алексева	400
Целью его жизни и научной деятельности было служение праву, достижение торжества права в обществе (Светлой и незабвенной памяти профессора С. С. Алексева – выдающегося ученого)	403

CONTENTS

Note of the Editor-in-Chief	11
THE RULE OF LAW AND HUMAN RIGHTS IN CONTEMPORARY WORLD	
Rule of Law: Problems of Theory and Practice	
DWORKIN R. (<i>New York, USA; London, United Kingdom</i>) The Rule of Law	15
TUORI K. (<i>Helsinki, Finland</i>) The Common Core of the Rule of Law and Rechtsstaat	24
POGREBNIAK S. (<i>Kharkiv</i>) The Rule of Law in Ukraine: Its Prerequisites and Perspectives	29
SMORODYNSKYI V. (<i>Kharkiv</i>) State in the Rule of Law Coordinate System	37
VARGA C. (<i>Budapest, Hungary</i>) Rule of Law, or the Dilemma of an Ethos: to be Gardened or Mechanicised	48
UVAROVA O. (<i>Kharkiv</i>) Rule of Law in the Judicial Practice of Ukraine	65
Human Rights: Philosophical and Theoretical Problems	
ALEXY R. (<i>Kiel, Germany</i>) Discourse Theory and Human Rights	73
GUIBOURG R. (<i>Buenos Aires, Argentina</i>) On Rights	99
MAKSYMOW S. (<i>Kharkiv</i>) The Universality of Human Rights	110
MOISEEV S. (<i>Novosibirsk, Russia</i>) Theory of Human Rights: Individualist and Communitarian Approaches	118
HUDYMA D. (<i>Lviv</i>) Is There a Relationship between Maintenance of Authority of the Strasbourg Court and Narrowing of Opportunities to Apply to It?	135
CONTEMPORARY UNDERSTANDING OF LAW	
RABINOVYCH P. (<i>Lviv</i>) Some Contemporary Conceptions of Law in Russia and Ukraine (in the Light of the Needs-Oriented Law-Understanding)	150
METHODOLOGY OF LEGAL SCIENCE	
SATOKHINA N. (<i>Kharkiv</i>) Legal Hermeneutics between Universalism and Contextualism	169
ISSUES OF GENERAL THEORY OF LAW	
MEREZHKO O. (<i>Kyiv</i>) On the Possibility of a Universal Theory of Law	180
CHESTNOV I. (<i>St. Petersburg, Russia</i>) The Universality of Law in the Context of Cultural Relativism	183
SPECTOR O. (<i>Buenos Aires, Argentina</i>) Irrelevance of Ideal Morality in International Law	191
IAKOVIUK I. (<i>Kharkiv</i>) System of the European Union Sources of Law: General Characteristic	209
LAW AND CULTURE	
LYTVYNOV O. (<i>Luhansk</i>) An Importance of the Natural Law Theories in Creation of the Modern World (to the Issue of «The Second Axial Age»)	221
VOVK D. (<i>Kharkiv</i>) On the Religious Tradition in Law	234
PHILOSOPHICAL AND METHODOLOGICAL ISSUES OF THE BRANCH LEGAL SCIENCES AND THE LEGAL PRACTICE	
RUIZ MANERO J. (<i>Alicante, Spain</i>) Two Particularistic Approaches to the Balancing of Constitutional Principles	248
KARTASHEVA A. (<i>Yekaterinburg, Russia</i>) Philosophical Sense of Classical and Non-Classical Concepts of Copyright	260
SOCIOLOGY OF LAW	
BURLAY Ye. (<i>Kyiv</i>) Conflict and Court	268

LEGAL LOGIC, ARGUMENTATION, LANGUAGE

BOCHAROV D. (*Dnipropetrovsk*) General Theory of Signs by C. S. Peirce and Theory of Proofs (Overlapping Points) 293

FOREIGN CONCEPTIONS OF PHILOSOPHY, SOCIOLOGY AND GENERAL THEORY OF LAW IN THE 20TH CENTURY

KASATKIN S. (*Samara, Russia*) Positivism in Anglo-American Legal Philosophy. Doctrine of Herbert L. A. Hart 300

MEREZHKO O. (*Kyiv*) Psychological Current in the European Legal Science in the 20th Century 314

PROMINENT FIGURES

STOVBA O. (*Kharkiv*) Legal Philosophy of Arthur Kaufmann: «the Third Way» Searching 322

KAUFMANN A. (*München, Germany*) Preliminary Remarks on a Legal Logic and Ontology of Relations. Foundations of a Legal Theory based on the Concept of a Person 329

ANTONOV M. (*St. Petersburg, Russia*) The Path of Life and the Legal Conception of Hans Kelsen 345

GUEST S. (*London, United Kingdom*) Unity and Sense in Ronald Dworkin’s Theory of Law 354

SCIENTIFIC LIFE

Search for New Philosophical and Methodological Orientations of Comparative Legal Studies: 5th International Conference «Comparative Readings» (*April, 26–28, 2013, Odesa*) 370

International Symposium «Philosophy and Contemporary International Law» (*May, 13–14, 2013, St. Petersburg, Russia*) 373

Legal Education in the Context of Socio-Cultural Development of Modern Ukraine: Ukrainian National Scientific Conference «Theoretical and Practical Problems of Legal Education in Social and Cultural Knowledge» (*May, 15, 2013, Kharkiv*) 376

International Conference «Human World: a Normative Dimension-3» (*13–15 June 2013, Saratov, Russia*) 378

26th World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy «Human Rights, Democracy, Rule of Law and Contemporary Challenges in Complex Societies» (*21–26 July 2013, Belo Horizonte, Brazil*) 380

REVIEWS

NORMATIVE SYSTEMS (Review by V. Smorodynskyy of the Collected Translations of Works by C. Alchourron and E. Bulygin «“Normative Systems” and other Papers on Philosophy and Logic of Norms») 383

DOES THE LEGAL REALITY REAL? (Review by O. Stovba of the Monograph by G. Gadzhiev «Ontology of Law (Critical Research of the Legal Concept of Reality)») 385

A CHALLENGING RESEARCH OF THE COMPLEX OF AXIOLOGICAL IDEAS IN THE PHILOSOPHY OF LAW AND IN THE GENERAL THEORETICAL JURISPRUDENCE

(Review by S. Maksymov of the Monograph by C. Horobets «Axiosphere of Law: Philosophical and Legal Discourse») 389

OUROBOROS II OR PROLEGOMENA TO SEMIOTICS OF LAW

(Review by D. Bocharov of the Monograph by O. Balynska «Semiotics of Law») 392

IN MEMORIAM

In Memory of Ronald Dworkin 396

In Remembrance of a Foreign Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Corresponding Member of the Russian Academy of Sciences Sergey Sergeevich Alexeev 400

The Purpose of His Life and Scientific Work Was to Serve the Law, to Achieve Triumph of the Law in Society
(In Bright and Cherished Memory of Professor S. S. Alexeev — an Outstanding Scientist) 403

ВІД ГОЛОВНОГО РЕДАКТОРА

С. МАКСИМОВ
головний редактор журналу
«Філософія права і загальна теорія права»,
доктор юридичних наук,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри філософії,
(Національний університет
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)



Шановні читачі!

Перший номер наукового журналу «Філософія права і загальна теорія права» за 2013 р. – другий рік його існування – продовжує практику фахового обговорення найфундаментальніших проблем права як важливішого соціально-го та духовного феномену. Географія авторів цього номера вже традиційно охоплює відомі центри філософсько-правової й теоретико-правової думки України – Дніпропетровськ, Київ, Луганськ, Львів, Одеса, Харків; Росії – Єкатеринбург, Новосибірськ, Самара, Санкт-Петербург та далекого зарубіжжя – Аліканте (Іспанія), Будапешт (Угорщина), Буенос-Айрес (Аргентина), Гельсінкі (Фінляндія), Кіль, Мюнхен (Німеччина), Лондон (Велика Британія), Нью-Йорк (США).

Актуальна тема номера «Верховенство права і права людини в сучасному світі» корелює з темою XXVI Всесвітнього конгресу з філософії права і соціальної філософії «Права людини, демократія, верховенство права і сучасні соціальні виклики у складних суспільствах», який відбувся 21–26 липня 2013 р. у Бразилії, м. Белу-Орізонті. Такий підхід, на нашу думку, має показати спільне та відмінне у висвітленні важливих філософсько- та теоретико-правових проблем українськими і зарубіжними вченими, їх концептуальне доповнення та можливості знайти ефективні відповіді на виклики сучасного стану українського суспільства як частини світового співтовариства.

Перший розділ цієї рубрики під назвою «Верховенство права: проблеми теорії та практики» відкривається перекладами двох ключових доповідей на конференції «Верховенство права як практичний концепт», яка відбулася під егідою Венеціанської Комісії 2 березня 2012 р. у Лондоні. Перша – доповідь професора Нью-Йоркського університету та Університетського коледжу Лондона Рональда Дворкіна «Верховенство права», в якій він розглядає розбіжності між двома підходами до розуміння природи верховенства права, що залежать від того, чого вимагає концепція людської гідності – чесного попередження чи зрівняльної (егалітарної) чесності, а також обґрунтовує парадоксальне, на перший погляд, положення про те, що розумінню природи права має передувати розкриття поняття верховенства права, а не навпаки. Друга – професора Університету Гельсінкі, віце-президента Венеціанської Комісії Каарло Туорі

«Спільне у сутності верховенства права і правової держави», в якій розглядаються деякі доктринальні аспекти цих теорій та наголошується на взаємопов'язаності трьох ціннісних стовпів Ради Європи – верховенства права, прав людини та демократії. На жаль, згадана доповідь була однією з останніх праць видатного філософа права сучасності Р. Дворкіна, який пішов із життя 14 лютого цього року. Його пам'яті присвячені ще два матеріали: стаття «Пам'яті Рональда Дворкіна», підготовлена вітчизняними дослідниками його творчості В. Титовим і Г. Коваленко, та спеціально написана для нашого журналу стаття «Єдність і смисл в теорії права Рональда Дворкіна» професора Університетського коледжу Лондону Стефена Геста, автора книги «Рональд Дворкін», яка з 1992 по 2013 р. витримала три видання.

Далі у статті С. Погребняка звертається увага на суттєві проблеми, пов'язані з утвердженням в Україні верховенства права, з'ясовуються причини цих проблем та визначаються перспективи їх вирішення. Стаття В. Смородинського є дослідженням місця держави у координатах верховенства права, в якій вибір між верховенством права і верховенством державної сваволі визначається автором як найважливіший цивілізаційний вибір публічної влади і правничої спільноти. Дилема вибору історичних моделей утвердження верховенства права як вирощування (позначається метафорою «садівника») та механічного нав'язування (позначається метафорою «циркового дресирувальника») розкривається в статті угорського філософа права Чаби Варгі. Насамкінець, визначальна роль системи здійснення правосуддя в утвердженні принципу верховенства права у правовій системі держави обґрунтовується у статті О. Уварової.

Розділ «Права людини: філософські та загальнотеоретичні проблеми» починається статтею німецького філософа права Роберта Алексі, присвяченою аналізу природи прав людини з позиції теорії дискурсу Ю. Габермаса. Розвиваючи цю теорію, автор спочатку здійснює обґрунтування правил дискурсу, а потім на цій підставі – обґрунтування прав людини, що включає в себе аргументи автономії, консенсусу і демократії. Ця стаття має дуже високий індекс цитування в західній правовій літературі та може вважатися класичною щодо питань філософського обґрунтування прав людини. До речі, аналізу різних аспектів теорії права Р. Алексі на останньому Всесвітньому конгресі філософії права в Бразилії була присвячена робота двох секцій.

Саме критично переосмислюючи запропоновану Р. Алексі ідею зважування конкуруючих правових принципів, аргентинський філософ права Рікардо Гібурґ намагається прояснити поняття прав через процес інтерпретації. За допомогою логічного аналізу він розташовує права за шістьма рівнями юридичної сили залежно від конфігурації кореспондуючих обов'язків.

Різні аспекти універсальності прав людини у співвідношенні з культурною різноманітністю в умовах глобалізації, з одного боку, та прав спільнот – з другого, розглядаються у статтях С. Максимова та С. Моїсеєва. Більш практичний аспект застосування протоколів № 15 та № 16 до Європейської конвенції з прав людини в рішеннях Страсбурзького суду аналізується у статті Д. Гудими.

Традиційна для журналу рубрика «Сучасне праворозуміння» у цьому номері наведена у не зовсім звичній формі передмови до збірки текстів представни-

ків некласичного праворозуміння в Україні та Росії, написаної П. Рабіновичем. У ній відомий теоретик і філософ права з позицій потребового підходу до розуміння права, що ним розробляється, звертає увагу на переваги й недоліки зазначених концепцій, певною мірою створюючи підстави для нового витку дискусій із питань сучасного праворозуміння.

Не можна не звернути уваги на той факт, що в минулому номері журналу саме П. Рабіновичу належала ініціатива запрошення до дискусії з питання про можливість універсальної теорії права як спільної концептуальної основи для національного та міжнародного права. На таке запрошення прийшли вже перші відгуки. Зі статей, які прямо (О. Мережко, І. Честнов) або опосередковано (О. Спектор, І. Яковюк) стосуються зазначеної теми, складається рубрика «Питання загальної теорії права».

Питання методології юридичної науки в цілому в аспекті аналізу універсалістських та контекстуалістських перспектив розглянуті в статті Н. Сатохіної. Філософські та методологічні проблеми галузевих юридичних наук досліджено у працях іспанського теоретика і філософа права Х. Руїз Манеро (балансування конституційних принципів) та молоді російської дослідниці А. Карташевої (філософський смисл класичної та некласичної концепцій авторського права). Особливої уваги заслуговує стаття Є. Бурлая «Конфлікт і суд», в якій він продовжує розпочату ще в першому номері журналу тему співвідношення права та конфлікту.

Рубрика «Право і культура» представлена статтями про можливість застосування концепту «другий осьовий час» до сучасного світу (О. Литвинов) та про релігійну традицію в праві (Д. Вовк), рубрика «Юридична логіка, аргументація, мова» — статтею Д. Бочарова про застосування теорії знаків Ч. Пірса до аналізу правової аргументації. Варто звернути увагу й на статті, присвячені аналізу позитивістської концепції Г. Харта (С. Касаткін) та сучасних західних психологічних теорій права (О. Мережко).

Рубрика «Визначні постаті» цього разу присвячена трьом видатним західним філософам права: Артуру Кауфману (Німеччина), 90-річчя якого відзначалося у травні цього року (стаття О. Стовиби, присвячена аналізу творчості одного з перших представників правової герменевтики, та переклад статті самого А. Кауфмана, в якій він розкриває засади правової теорії, заснованої на понятті персони); Гансу Кельзену (Австрія, США) — до 40-річчя від дня смерті (М. Антонов) та Рональду Дворкіну (США), який пішов із життя цього року (С. Гест).

У рубриці «In Memoriam», крім згаданої статті пам'яті Рональда Дворкіна, представлені також статті пам'яті видатного російського теоретика і філософа права Сергія Сергійовича Алексеєва, написані П. Рабіновичем та П. Євграфовим (аспірантом С. С. Алексеєва в далеких 1970-х рр.).

Подається також огляд міжнародних, всеукраїнських і зарубіжних конференцій із проблем філософії права і загальної теорії права, які відбулися за останні півроку, включаючи й коротку інформацію про Всесвітній конгрес з філософії права і соціальної філософії, розгорнуту статтю про який планується опублікувати в наступному номері журналу «Філософія права і загальна теорія права». Друкуються й рецензії на нові монографії за профілем часопису.

Ураховуючи невичерпну актуальність та фундаментальність теми прав людини, демократії та верховенства права в сучасному світі в її філософсько-правовому та теоретико-правовому осмисленні, редколегія журналу пропонує в наступному номері продовжити її обговорення. У межах цієї теми планується опублікувати як переклади найцікавіших доповідей, презентованих на XXVI Конгресі Міжнародної асоціації філософії права та соціальної філософії (IVR), так і статті українських та зарубіжних авторів з багатогранним аналізом зазначених проблем та певними відповідями на виклики сучасності.

*ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА
ТА ПРАВА ЛЮДИНИ В СУЧАСНОМУ СВІТІ*

**ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА:
ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ**

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА¹

Р. ДВОРКІН

*професор права і філософії
(Університет Нью-Йорка, США),
почесний професор юриспруденції
(Університетський коледж Лондона,
Велика Британія)*



В основу верховенства права закладено парадокс. Цей ідеал вимагає визначеності і засуджує неоднозначність у праві. Утім водночас він сам значною мірою є невизначеним і неоднозначним. Послідовні прихильники виявилися замкнутими у великих розбіжностях щодо того, чим у дійсності є верховенство права. Ці розбіжності належним чином узагальнено в робочому документі Венеціанської Комісії, який зараз перед нами². Вони також добре сформульова-

¹ *Ronald Dworkin* (Frank Henry Sommer Professor of Law at New York University, Professor Emeritus of Jurisprudence at University College London). Keynote Speech: The Rule of Law // European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) in co-operation with the Foreign and Commonwealth Office of the United Kingdom and the Bingham Centre for the Rule of Law under the auspices of the United Kingdom Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe. Reports of the Conference on «The Rule of Law as a Practical Concept». Lancaster House, London. 2 March 2012. [Європейська комісія за демократію через право (Венеціанська Комісія) у співпраці із Міністерством закордонних справ та у справах Співдружності Великобританії та Центром за верховенство права імені лорда Бінгхема під егідою головування Великобританії в Комітеті міністрів Ради Європи. Доповіді на конференції «Верховенство права як практичний концепт». Lancaster House, Лондон]. — Р. 5–11. Переклад з англійської мови Г. Коваленко, наукове редагування О. Уварової.

² Учасники конференції погодилися із тим, що є три стовпи Ради Європи — демократія, повага до прав людини та верховенство права. Вони так тісно взаємопов'язані, що один є неможливим без двох інших. Загальновизнаного визначення верховенства права може бути

ні в книзі лорда Бінгема (*Lord Bingham*). Природною реакцією на такий парадокс може стати лише бажання висміяти саму ідею верховенства права як незрозумілу і позбавлену користі. Якщо ми хочемо сказати, що таємні закони або таємні судові процеси — це неправильно, або ув'язнені не повинні піддаватися тортурам, або парламенти мають підкорятися писаній конституції, ми тільки це і повинні сказати, і більше не перейматися тим, що в дійсності означає верховенство права.

Насправді, коли серед людей є серйозні розбіжності в думках щодо тієї чи іншої політичної цінності — коли вони розходяться у поглядах із приводу того, що, власне, означає демократія або свобода, або рівність, — ми натикаємося на такий варіант реакції, як відмова від концепції взагалі. Втім це практично завжди є помилкою. Політичні цінності є політичними зобов'язаннями. Уряди і народи згодні із важливістю тих цінностей, що названі демократією, чи свободою, чи верховенством права, хоча вони можуть мати розбіжності, і навіть глибокі, щодо того, як саме ця цінність має бути визначена. Важливо правильно встановити такі розбіжності і протистояти їм. В іншому разі ми втрачаємо можливість стверджувати, що таємні судові процеси і визнання вищої влади за парламентом є неправильними через те, що вони порушують верховенство права, а потім вказувати, що найкраще пояснення, чому такі порушення мають місце, демонструє, що вища влада не повинна визнаватися за парламентом.

Цим ранком я стверджуватиму, що розбіжності з приводу характеру верховенства права відображають ще більш глибокі розбіжності щодо фундаментальної моральної концепції — концепції особистої гідності — а отже, щодо політичної легітимності також. Почну я з коментарів до певних важливих розбіжностей. Але спочатку я маю звернути увагу на два моменти, які видаються беззаперечними.

Перший полягає у тому, що за великим рахунком розуміння того, що означає верховенство права, не викликає заперечень. Л. Фуллер у своїй книзі «Мораль права», що має значний вплив, навів перелік того, що верховенством права чітко заборонено: це не тільки таємні закони і таємні судові процеси, а й, зокрема, закони, які не можуть накладати зобов'язання, і сфальшовані судові провадження. Другий момент полягає в тому, що верховенство права не може розглядатися з позиції «все або нічого», інакше держави, які не дотримуються цього принципу в якомусь одному аспекті, мали б вважатися тираніями. Верховенство права є певним прагненням, а отже, має значення ступінь його втілення в життя. Моя країна, США, порушує верховенство права, коли тримає ув'язнених в Гуантанамо без суду і слідства протягом багатьох років, а також, як на мій погляд, коли вона відмовилася ратифікувати Римський договір, яким визнається юрисдикція Міжнародного кримінального суду. Але в інших аспектах, включаючи правила кримінального провадження, Сполучені Штати значно сильніше, аніж багато європейських держав, наблизились до того, чого в ідеалі

не знайдено, проте можна знайти шляхи із втілення нього в життя у майбутньому. На конференції було визначено окремі визначальні елементи поняття верховенства права; Венеціанська Комісія включила деякі з них до «контрольного списку», який, однак, не є ані вичерпним, ані зафіксованим у часі: він може бути доопрацьований і адаптований до мінливих обставин. — *Прим. наук. ред.*

вимагає верховенство права. Ми маємо ставити питання не про те, чи держава визнає або заперечує верховенство права, а про те, коли і як швидко вона наблизиться до нього.

Тепер щодо розбіжностей у поглядах.

1. Верховенство права є формальним чи змістовним?

Одна з точок зору була висловлена професором Дж. Разом (*Joseph Raz*): «Недемократичні правові системи, засновані на запереченні прав людини, на поширеній серед населення бідності, на расовій сегрегації, сексуальній нерівності та релігійних переслідуваннях, в принципі, можуть відповідати вимогам верховенства права більше, ніж будь-яка з правових систем більш освіченої західної демократії... Це буде незрівнянно гірша правова система, але вона буде переважати в одному відношенні: вона відповідатиме верховенству права... Закон може... встановити рабство без порушення верховенства права».

Лорд Бінгем (*Lord Bingham*) категорично проти такої точки зору. «Я б взагалі відкинув [погляд Дж. Раза] на користь «широкого» визначення, включивши до його складу захист прав людини. На мій погляд, державу, яка застосовує жорсткі репресії або переслідування щодо окремих груп населення, не можна розглядати як таку, що дотримується верховенства права, навіть якщо перевезення переслідуваної меншості до концтабору або вимушене залишення напризводаще новонароджених дівчат на схилах гір є предметом регулювання деталізованих і належним чином прийнятих законів, що неухильно дотримуються»¹.

Звичайно, і Дж. Раз, і Т. Бінгем засуджують тиранію, описану Дж. Разом. Але якщо позицію Дж. Раза брати за основу, він повинен виходити із того, що в певному відношенні або деякою мірою запропонований ним варіант тиранії є кращим, аніж було б, якби держава не приймала закони відкрито і не виконувала б їх сумлінно. Аналіз верховенства права не є вправою із користування повсякденною мовою. Якби це було так, це не мало б жодного сенсу, оскільки результатом використання повсякденної мови ставали б різні визначення. Ми маємо визнати цінність самої ідеї верховенства права, навіть якщо у нас є розбіжності щодо самого його визначення. Тому визначення верховенства права має відображати, що воно є добром. Ось у чому виявляється розбіжність між Дж. Разом і Т. Бінгемом: Раз виходить із того, що тиранія, яка слідує встановленим нею правилам, є чимось добрим, хоча й не надто; Т. Бінгем, в свою чергу, думає, що немає нічого доброго тільки в тому, щоб строго дотримуватися належним чином прийнятих правил.

2. Чи є сумісним верховенство парламенту (*parliamentary supremacy*) з верховенством права? Або чи встановлює законність обмеження на те, що може прийняти демократично обраний парламент? Чи вимагає вона, щоб окремі судді мали право скасувати найбільш крайні парламентські рішення?

Я не маю наміру ставити питання про те, чи парламент дійсно має законне право робити все, що хоче, із народом, який не накладає явних обмежень на його владу. У Сполученому Королівстві серед теоретиків права триває важлива дискусія щодо того, чи Британський парламент дійсно має вищу владу такого типу.

¹ Див.: Bingham T. *The Rule of Law* / Tom Bingham. – Penguin Books Limited, 2011. – 213 p. – Прим. пер.

Т. Бінгем вважав, що це так, але його колишній колега лорд Стейн (*Lord Steyn*) і Дж. Джовелл (*Jeffrey Jowell*), серед багатьох інших, не згодні з такою думкою. Вони переконані, що парламент не має законної влади виключити із юрисдикції суду, наприклад, захист підозрюваних у тероризмі. Ці розбіжності зачіпають цілу низку питань щодо природи і обґрунтування права; їх викладенню я приділю одну хвилину. Але я хотів би зараз зосередитися на іншому питанні. Чи вимагає верховенство права, щоб судді мали право оголошувати парламентські акти неконституційними, а отже, недійсними?

Т. Бінгем, як можна судити, дотримувався тієї позиції, що така вимога дійсно має висуватися. Він вважав, що влада британського парламенту є необмеженою, але він також визнавав, що цей факт є відхиленням від реалізації ідеї верховенства права. Така думка є зрозумілою. Верховенство права вимагає того, щоб ніхто не був вище за право, і вищість парламенту означає, що законодавчі органи — на практиці діючий уряд — насправді вище права. Ніщо не обмежує їхнього волевиявлення. Т. Бінгем вважав, що Британія більшою мірою відповідала б верховенству права, якби у суддів дійсно було певне реальне право вето.

Але багато інших теоретиків права займають прямо протилежну позицію, і їхня точка зору також є абсолютно зрозумілою. Вони вказують на те, що ситуація в США, як і в багатьох країнах — членах Ради Європи, в яких суддям надано повноваження із остаточного вирішення питання щодо дії або скасування законів, є прямим порушенням верховенства права, оскільки судді, які не обираються, опиняються поза правом. Деякі з них, у тому числі суддя Скалія (*Justice Scalia*) у Верховному суді США, вважають особливо неприйнятним, що судді міжнародних судових інстанцій, таких як Європейський суд з прав людини, мають таку владу. Ці критики виходять із того, що справжнє значення верховенства права, принаймні в демократичних країнах, полягає в тому, щоб народу в цілому належало слово щодо того, яким має бути чинне право, а тому нічим необмежений парламент найбільше наблизений до цього ідеалу.

Перший урок, що випливає з цього протиріччя, полягає в тому, що відомі гасла, через які знаходить вираз верховенство права, хоча й мають яскраву історію, втрачають зміст, якщо їх розуміти буквально. Не існує такої речі, як правління права, а не людей чи держави, в якій ніхто не може бути вище за право. Зрештою хтось має вводити в дію й інтерпретувати норми права. Ми можемо виходити лише із того, що законодавча і судова влада повинні бути розподілені у правильний спосіб, і спір полягає лише в тому, який спосіб є правильним.

Другий урок, на який слід звернути увагу, пов'язаний із біполярністю: люди думають, що верховенство права або вимагає, або забороняє верховенство політичної більшості. Як видається, тут немає місця для нейтральної позиції. Це також показово, і я до цього ще повернусь.

3. Третє питання, яке стане предметом обговорення, добре відоме юриспруденції. Коли судді вирішують складні справи або певні нові випадки, вони створюють нове правило поведінки чи віднаходять право, яке вже є? Коли суддя Кардозо (*Judge Cardozo*) і лорд Аткін (*Lord Atkin*) вирішили, що відповідальність за якість продукції не потребує договірних відносин, вони створили радикально нове правило поведінки і застосували його заднім числом? Чи вони усунули традиційну помилку про те, чим право є насправді, і просто розкрили вже

існуюче право, а не самостійно його створили? Це те питання, залежно від відповіді на яке розрізняють юридичних позитивістів (*legal positivists*) і юридичних інтерпретивістів (*legal interpretivists*).

Складність питання про верховенство права є очевидною. Якщо судді повинні створити нове правило поведінки при розгляді складних справ, то складні справи вимагають від суддів порушувати принцип верховенства права. Судді у такому випадку мають досить часто створювати нові правила поведінки, не будучи відповідальними перед народом, і, що ще гірше, вони повинні потім застосовувати таке нове правило, яке вони ж створили, ретроспективно щодо сторін розглядуваної справи, що суперечить основоположному принципу верховенства права.

Але якщо, з іншого боку, судді у складних справах намагаються розумно встановити, які вимоги дійсно висуває право, незважаючи на те, що правило поведінки, яке вони визнають, ніколи раніше ще не було визнано, то судді не порушують верховенство права, якщо прийняті ними рішення є коректними, правильними. Навпаки, вони порушують верховенство права, не визнавши ще невизнане правило поведінки, оскільки це не виправдало б очікування сторін справи щодо вирішення спору відповідно до права. Зверніть увагу, що це, знову ж таки, є полярним питанням. З однієї точки зору, верховенство права порушується кожного разу, коли судді проголошують і застосовують ще не закріплені правила поведінки, навіть незважаючи на те, що вони це роблять вимушено. З іншої точки зору, верховенство права буде порушено, якщо вони робити цього не будуть.

Науковці, які мають дві протилежні точки зору в юриспруденції, про які йшлося вище — позитивізм та інтерпретивізм — розходяться в думках щодо верховенства права, оскільки вони мають зовсім різні погляди на природу і обґрунтування права. Для позитивістів право — це лише історичний або соціальний факт. Право — це те, що встановлено в законодавстві або в минулих судових рішеннях. Таким чином, якщо прийняті акти або винесені рішення не містять правила для розв'язання нового спору, тоді взагалі немає жодної правової норми для врегулювання ситуації, і судді волею-неволею мають застосувати розсуд, щоб створити нове правило поведінки і ретроспективно застосувати його. У них немає іншого вибору, якщо вони взагалі хочуть вирішити нову справу. Для позитивістів, таким чином, континентальні системи права, які намагаються обмежити повноваження суддів інтерпретацією систематизованої сукупності законів, принаймні прагнуть до втілення верховенства права. Т. Бінгем, який був правовим позитивістом, вважав очевидним, що судді створюють нове право при вирішенні так званих складних справ. Він визнавав абсурдним припущення, що існує нікому невідоме право, яке чекає, щоб судді його виявили. Тому він думав, що системи загального права, в яких судді мають певну свободу розсуду, порушують принцип верховенства права, і на цій підставі наполягав на тому, що цей розсуд має бути обмежений.

Для інтерпретивістів, з іншого боку, право включає в себе не тільки правила, що були прийняті або обнародовані раніше, а й принципи, що якнайкраще обґрунтовують ці правила з точки зору політичної моралі. Отже, коректне формулювання права залежить від коректного судження політичної моралі. Коли

позитивісти вказують на прогалину в чинному праві, це насправді тільки простір, який потрібно заповнити інтерпретацією вже прийнятих правил, для чого слід з'ясувати, які саме принципи, що лежать в основі цих правил, підлягають застосуванню у новій справі. Це говорить нам, чим є насправді право, і які вимоги висуває верховенство права до суддів.

Ми зараз визначили три глибокі розбіжності щодо природи та практичного застосування ідеалу верховенства права, ідеалу, як можна сказати, легальності. Як розв'язати ці суперечки? Концептуальний аналіз права не допомагає. Ані історичні, ані компаративістські дослідження, що вивчають, як верховенство права визначалося в різних документах, також не стають у пригоді. Ми маємо розглядати ці дебати з приводу верховенства права як глибокі дискусії в політичній теорії і навіть в політичній філософії.

Протягом століть головні суперечки в політичній теорії точилися навколо природи політичної *легітимності*. Уряди здійснюють примус. Необґрунтований примус є зневагою людської гідності. Що може зробити примус сумісним із гідністю? В епоху модерну починаючи з XVII століття надавалися різні відповіді.

Суспільний договір? Якщо люди висловлюють свою згоду, то немає жодної зневаги для їх гідності. Проте удаваний суспільний договір, навіть у найбільш складній формі, є фікцією. Немає жодного питання, в якому люди насправді дійшли б повної згоди.

Мажоритарна демократія? Навіть у найвитонченішій формі вердикт більшості голосів не вирішує проблеми. Завжди існує меншість, і залишається питання: як примус поєднати з її гідністю?

Права людини? Уряд не повинен робити нічого надто поганого. Але це саме по собі не забезпечує повного вирішення проблеми. Уряди, що застосовують примус, можуть поважати права людини і все ж примушувати людей проти їхньої волі.

Я пропоную таку тезу: наші дебати з приводу верховенства права відображають дві різні концепції щодо того, чого вимагає людська гідність *окрім* демократії та прав людини.

Перша теза полягає в тому, що як тільки мають місце демократія і дотримання прав людини, гідність вимагає лише чесного попередження (*fair warning*) про втручання уряду до справ людей. Чесне попередження вимагає, щоб закон був зрозумілим і опублікованим, щоб його можна було виконати, і щоб існували такі установи, як незалежні суди, що діють відповідно до встановлених процедур для того, щоб контролювати або попереджувати випадки ігнорування встановлених вимог. Це саме ті умови, які ми називаємо традиційним уявленням про верховенство права, зокрема, у А. Дайсі (*Dicey*) або у «*Моралі права*» Л. Фуллера.

Друга теза полягає в такій вимозі з точки зору гідності: вона вимагає того, що я називаю зрівняльною (егалітарною) чесністю (*egalitarian integrity*). Вона полягає в тому, що всі ті, хто піддається примусовій владі, є рівними перед законом у глибокому сенсі. Принципи, які передбачають, як ставитися до окремих суб'єктів, мають бути застосовані до всіх. Закон повинен бути не лише публічним, а й загалом узгодженим: він має бути в цілому обґрунтованим. Цей погляд

на те, чого вимагає гідність, є набагато більш сутнісним, аніж концепція чесного попередження. Вона вимагає, щоб, наскільки це можливо, закон у застосуванні до різних людей демонстрував чесність: тобто щоб він уникав суперечностей не тільки в деталях, а й у принципі.

Тепер, очевидно, ці дві концепції гідності в праві значною мірою перетинаються. Вони обидві засуджують те, що я назвав беззаперечно неприйнятним (*uncontroversially unacceptable*), зокрема таємні або сфальшовані судові провадження. Але вони різко відрізняються в акцентах, і ця різниця виходить на поверхню в суперечках, про які я згадував: чого вимагає і що засуджує верховенство права. Я розгляну ці суперечності знову, вже з точки зору двох концепцій гідності – чесного попередження і зрівняльної чесності.

Верховенство права є формальним чи змістовним?

Відповідно до концепції чесного попередження верховенство права може бути визначено як відмінне від будь-якої іншої політичної чесноти. Воно може бути визначено суто формально, оскільки використовує попередження як засіб забезпечення певного ступеня поваги до себе. Однак в егалітарному розумінні неможливо описати корисність легальності в суто формальних термінах. Це, очевидно, нічого не додає до реальної рівності перед законом, і лише попереджає людей, як у твердженнях Дж. Раза, що до них буде застосовано терор.

Саме тому концепція чесного попередження не вимагає будь-якого поєднання легальності з іншими політичними чеснотами. Три стовпи Ради Європи є незалежними один від одного. Але в зрівняльній (егалітарній) чесності інтеграція явно необхідна, тому що рівність вимагає як рівної участі в правотворчості, так і поваги до різноманітних політичних прав. Т. Бінгем прояснив це в уривках, які я процитував вище.

Чи вимагає верховенство права конституційного судового контролю, тобто контролю суддями з правом вето?

Концепція чесного попередження дотримується першого із поглядів, які я вирізнув: вона заперечує легітимність судового вето. Система, в якій слово парламенту є остаточним і незаперечним, може дати більш чітке попередження, ніж та, в якій рішення парламенту підлягають контрольному розгляду судами, і це особливо правильно, коли судді перевіряють законодавство на предмет відповідності розмитим моральним ідеалам, на кшталт «належного процесу» (*due process*), «рівного захисту» (*equal protection*), «приватності» (*privacy*), «свободи вираження» (*freedom of expression*) та інших абстракцій, відомих за конституційними документами.

Але зрівняльна (егалітарна) чесність займає протилежну позицію. Якщо судовий контроль підвищує ймовірність того, що закон продемонструє рівну турботу і повагу до всіх громадян, то це і є те, чого вимагає верховенство права. Егалітарна концепція не засуджує абстрактні моралістичні критерії. Якщо судовий контроль функціонує належним чином, абстракції покращують його гнучкість і результативність. Одним із яскравих прикладів є рішення Верховного суду Сполучених Штатів щодо расової інтеграції і проти криміналізації чи пеналізації гомосексуалізму.

Позитивізм або інтерпретивізм?

З точки зору концепції чесного попередження здійснення судочинства у випадках прогалин у праві або надання судового тлумачення конституції чи кодексів має розглядатися як прояв судової правотворчості. Розвиток загального права або конституційного тлумачення є, принаймні з точки зору можливості передбачити його, ретроспективним і часто неочікуваним. Хто міг знати, що Кардозо або Аткін у результаті скасують старе правило, що вимагало конфіденційності договору для встановлення деліктної шкоди? Судді повинні мати можливість розсуду, навіть у передбачуваній кодифікованій системі, оскільки кодекс не може передбачити все. Але відповідно до концепції чесного попередження ми повинні визнати, що судді створюють закон, коли реалізують такий розсуд, і таким чином певною мірою шкодять верховенству права.

Але, з егалітарної точки зору, нібито нові рішення є виправданими, якщо вони корегують свавільні правила або відмінності, які не можуть бути виправдані в принципі. Немає принципової різниці, чи є той, хто страждає від недбалості виробників, з числа людей, з ким виробники перебувають у договірних відносинах, чи ні. Чесне відношення утверджено завдяки дозволу суддям надати нове тлумачення прецеденту загального права в такий спосіб.

Поняття права.

Тепер декілька слів про те, як все це стосується одвічної філософської суперечки щодо природи права. Позитивізм проводить різку межу між правом і мораллю; інтерпретивізм стирає межу, вважаючи, що закон повинен тлумачитися у світлі загальних принципів, які необхідні, щоб обґрунтувати конкретні правила. Важливе і знехтуване питання полягає в тому, який саме аргумент насправді лежить між цими двома концепціями. Він не має жодного значення як семантичний або концептуальний аргумент. Він у своїй основі є політичним аргументом.

Позитивізм заснований на концепції чесного попередження в правовому регулюванні. Він виходить із того, що ключовий елемент правової легітимності полягає в попередженні про можливість застосування примусу. Інтерпретивізм робить інший вибір: він зосереджений на внеску права до політичної чесності та рівного морального статусу громадян. Так що підручники беруть за основу неправильний порядок аргументації. Часто говорять, що ми маємо спочатку зрозуміти природу права, перш ніж ми зможемо розглянути, що означає верховенство права. Це може здаватися цілком природним. Але я пропоную протилежне: наша думка про природу права залежить від значно більш політичного питання про те, що ми повинні здійснити, щоб реалізувати верховенство права. Верховенство права є фундаментальним питанням; ваше розуміння права залежить від відповіді, яку ви даєте на це більш фундаментальне питання.

Я не роблю жодної таємниці з моїх власних уподобань. Як Т. Бінгем, я не можу знайти ніякого сенсу в чесному попередженні як незалежному, самостійному моральному принципі. Я вважаю, що гідність і заснована на ній легітимність повинні залежати врешті-решт не тільки від формальної законотворчої процедури, а й від принципової чесності, яка має стати результатом цієї процедури.

Чесне попередження має вирішальне значення в деяких випадках, наприклад у кримінальному праві. Але чесність є більш фундаментальною цінністю, і

тому ми повинні надавати перевагу конституціоналізму перед верховенством парламенту (*parliamentary supremacy*), методам інтерпретації, а не буквальному сприйняттю юридичних текстів, і сутнісній концепції верховенства права, яка виходить із того, що повний арсенал прав людини є визначальним для реалізації верховенства права в повному обсязі.

Я не запропонував жодних аргументів на користь цього погляду, принаймні тут і цим ранком. Я лише виступаю за конкретний підхід до розуміння парадоксу в розкритті природи верховенства права, сильної розбіжності у підходах щодо того, що насправді означає легальність, яка представлена в доповіді Венеціанської Комісії і у чудовій книзі Т. Бінгема. Важливим моментом є те, що вони мають сенс тільки, якщо розглядаються як, так би мовити, політично-моральні розбіжності. Крім того, вони є особливо глибокими розбіжностями, оскільки стосуються характеру людської гідності та легітимності політичного примусу.

Дякую.

Дворкін Р. Верховенство права

Анотація. Пленарна доповідь Рональда Дворкіна на конференції «Верховенство права як практичний концепт» під егідою Венеціанської Комісії (2 березня 2012 р.).

На прикладі підходів Дж. Раза і Т. Бінгема розглядаються розбіжності щодо природи верховенства права шляхом звернення до глибинних підстав в обґрунтуванні права. Демонструється різниця у розумінні верховенства права залежно від того, чого вимагає концепція людської гідності — чесного попередження чи зрівняльної (егалітарної) чесності. Акцентується увага на моральній складовій філософсько-правової аргументації. Обґрунтовується факт того, що розумінню природи права має передувати розкриття поняття «верховенство права», а не навпаки.

Ключові слова: верховенство права, позитивізм, інтерпретивізм, гідність людини, політична легітимність.

Дворкин Р. Верховенство права

Аннотация. Пленарный доклад Рональда Дворкина на конференции «Верховенство права как практический концепт» под эгидой Венецианской Комиссии (2 марта 2012 г.).

На примере подходов Дж. Раза и Т. Бингема рассматриваются различия в понимании характера верховенства права путем обращения к глубинным основаниям в обосновании права. Демонстрируется разница в понимании верховенства права в зависимости от того, что требует концепция человеческого достоинства — честного предупреждения или уравнивающей (эгалитарной) честности. Делается акцент на моральной составляющей философско-правовой аргументации. Обосновывается, что пониманию природы права должно предшествовать раскрытие понятия «верховенства права», а не наоборот.

Ключевые слова: верховенство права, позитивизм, интерпретивизм, достоинство человека, политическая легитимность.

Dworkin R. The Rule of Law

Summary. Keynote speech at the conference on «The rule of law as a practical concept», 2 March 2012, held by Venice commission. With the examples of approaches presented by J. Raz and Lord Bingham, the difference in the rule of law understanding is demonstrated. It depends on answer, what the concept of individual dignity demands — fair warning or egalitarian integrity. The focus made upon moral compound of argumentation in legal-philosophical discourse. It is proved that our opinion about the nature of law depends on the more fundamental question what we should take the Rule of Law to be.

Key words: rule of law, positivism, interpretivism, human dignity, political legitimacy.

СПІЛЬНЕ У СУТНОСТІ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА І ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ¹



К. ТУОРИ
професор юриспруденції
(Університет Гельсінкі, Фінляндія),
віце-президент Венеціанської Комісії

Мета доповіді Венеціанської Комісії про верховенство права полягає у тому, щоб встановити спільні ознаки англо-американської і континентальної доктрин верховенства права (*Rule of law*) і правової держави (*Rechtsstaat*), а також розробити операційне визначення та контрольний перелік питань, що можуть мати практичне застосування, в основному в контексті діяльності Ради Європи, а також у національних державах, особливо у так званих «нових» демократіях з їх спадщиною у вигляді соціалістичної доктрини. Таким чином, ця доповідь є документом радше прикладної, ніж теоретичної орієнтації, хоча вона і включає короткий огляд історії поглядів про верховенство права і правову державу.

І верховенство права, і правова держава є доктринальними розробками ХІХ ст. Вони привернули увагу до тієї самої проблеми, створеної модерною централізованою державою, а саме до напруженості у відносинах між державною владою і правами особистості. Обидві доктрини прагнули знайти у праві засоби запобігання довільному використанню державної влади. Однак при ближчому розгляді можна помітити значні відмінності між наведеними доктринальними підходами. Відмінності пов'язані із тим, що ці доктрини формуються у контексті різних правових культур. Верховенство права є доктриною загального права, тоді як правова держава — це продукт континентальної правової культури, що спирається на кодифікацію, законодавство і писану конституцію. Проте, як я покажу далі, у ХХ ст. вказані відмінності багато у чому втратили свою важливість, а між загальним і континентальним правом відбулося зближення, яке

¹ *Kaarlo Tuori (Professor of Jurisprudence at the University of Helsinki, Finland; Vice-President of the Venice Commission) Common Core of the Rule of Law and the Rechtsstaat // European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) in co-operation with the Foreign and Commonwealth Office of the United Kingdom and the Bingham Centre for the Rule of Law under the auspices of the United Kingdom Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe. Reports of the Conference on «The Rule of Law as a Practical Concept». Lancaster House, London. 2 March 2012. — P. 13–17. Переклад з англійської мови Д. Вовка.*

зробило навіть можливим таку доповідь Венеціанської Комісії. Доктрини верховенства права і правової держави дечому навчилися одна від одної. Наведу два приклади. Доктрина верховенства права — принаймні певною мірою — визнала необхідність закріплених конституційних гарантій, тоді як доктрина правової держави все більше усвідомлює нерозривний зв'язок між засобами правового захисту й індивідуальними правами. Але доктрини і досі зберігають самобутні, відмінні риси. «*Recht*» у *Rechtsstaat* не є повним еквівалентом «*law*» у *Rule of law*, а ідея держави (*Staat*) погано вписується у концептуальний світ англо-американського політичного і правового мислення. Таким чином, юрист загального права і досі може вважати доктрину правової держави важкою для сприйняття; а континентальний юрист, який тяжіє до ототожнення права і закону, і досі має проблеми із наголосом на верховенстві саме права, що його продовжує робити загальне право.

Засадничі відмінності між верховенством права і континентальним правовим мисленням дуже близькі до трьох рис верховенства права у класичному викладенні А. В. Дайсі (*A. V. Dicey*). Дійсно, опозиція між верховенством права і континентальним правовим мисленням проходить крізь усю основну роботу Дайсі «Вступ до вчення про право Конституції» (уперше надрукована у 1885 р.). Перший принцип — верховенство права, що протиставляється довільному здійсненню влади, як я зазначав, є тим, що об'єднує доктрину верховенства права і континентальне, в основному німецьке, розуміння правової держави. На відміну від першого, другий принцип Дайсі (рівність), навпаки, спрямований проти континентального, у цьому випадку, французького адміністративного права чи *droit administratif*, як Дайсі постійно пише (він ніколи не вживає англійського терміна «*administrative law*»). Основним у розумінні рівності для Дайсі є те, що те саме звичайне право країни застосовується звичайними судами як до пересічних громадян, так і до носіїв публічної влади. Немає ніякого спеціального корпусу правил для останніх, так як це мало місце у Франції з її *droit administratif*. Дайсі також протиставляє континентальному правовому мисленню і свою третю рису верховенства права. Останньому притаманно те, що Дайсі називає індуктивний шлях у захисті індивідуальних прав: індивідуальні права індуктивно виводяться із судових рішень і жодні права не існують без засобів правового захисту. В Англії «індивідуальні права — це основа, а не наслідок, конституційного права». На думку Дайсі, це вигідно контрастує з континентальним дедуктивним методом, в якому права виводяться з абстрактних конституційних приписів та біллів про права і можуть бути легко призупинені чи заборані конституційним законодавцем.

У ХХ ст. три події особливо вплинули на те, що верховенство права і правова держава стали ближче одне до одного: 1) розростання адміністративного права; 2) проблематизація поняття права у визначеннях верховенства права і правової держави; 3) посилення інтернаціоналізації і транснаціоналізації верховенства права.

Почнемо з розростання адміністративного права. У Німеччині розробка адміністративного законодавства вже на початку ХХ ст. сприймалася як головне завдання у зміцненні правової держави. У свою чергу, у Великій Британії одним із парадоксів постдайсівського розвитку було те, що адміністративне

право — далеке від того, щоб бути зовнішньою опозицією доктрині верховенства права, як це було для Дайсі — зайняло у ній центральне місце. Таким чином, у сучасних дослідженнях, серед яких можна згадати дослідження сера Джеффрі Джовелла (*Jeffrey Jowell*), принципи і засоби юридичного захисту в адміністративному праві охоплюють велику частину змісту верховенства права. Згідно з Джовеллом, «верховенство права... посилюється через наше адміністративне право» і «значною мірою адміністративне право є реалізацією конституційного принципу верховенства права». Верховенство права стало сполучною ланкою між конституційним і адміністративним правом, так само як і поняття правової держави. Очевидно, що основним чинником розростання адміністративного права є збільшення адміністративної дискреції, що супроводжує становлення держави загального добробуту і зростання втручання уряду в економічне і соціальне регулювання. Стикнувшись із таким розвитком подій, навіть країни загального права почали все частіше шукати гарантії від довільного здійснення державних повноважень у конкретних адміністративно-правових механізмах. Підстави для судового контролю у Великій Британії мають багато спільного не лише з вимогами німецького принципу пропорційності, а й із французькою доктриною *détournement du pouvoir* (зловживання владою), яка, з іншого боку, має значний вплив на адміністративне право Скандинавських країн, включаючи Фінляндію. Зближення тут також має й інституційні аспекти: у Великій Британії були створені спеціальні трибунали, яким підвідомчі адміністративні справи.

Другий фактор, який пояснює зближення верховенства права і правової держави, стосується проблематизації поняття права. Протягом ХХ ст. стає очевидним, що вирішення проблеми довільного здійснення влади, яке має назву «право», може бути джерелом нової проблеми: загроза індивідуальним правам може виникати з права як такого. Цю нову проблему можна назвати «правовий тоталітаризм» або «тоталітаризм у правовій личині». Однією з прихованих тенденцій теорії права у ХХ ст. є розуміння біфуркації сукупностей норм, що називаються правом. Це розуміння прослідковується у таких сучасних авторів, як Рональд Дворкін (*Ronald Dworkin*) — у його аналізі принципів і стратегій або Юрген Габермас (*Jürgen Habermas*) — у його дослідженні права як інституту і способу соціальної комунікації. Старійшина американської правничої науки перших десятиліть ХХ ст. Роско Паунд (*Roscoe Pound*) у своєму наступі на «адміністративний абсолютизм» протиставляє право координації і право субординації, бачення відмінностей між якими він запозичує у Густава Радбруха (*Gustav Radbruch*). Слід також згадати про обґрунтовану Лоном Фуллером (*Lon Fuller*) відмінність між правом як формою управлінського контролю і правом, заснованим на ідеї взаємності. На суперечки про верховенство права найбільший вплив здійснила показана Фрідріхом Гаєком (*Friedrich Hayek*) відмінність між правилами справедливої поведінки і правилами організації урядової діяльності. Спільним для всіх цих розрізень є стурбованість з приводу посилення інструментального значення права, що його інша сторона права (принципи Дворкіна чи право як інститут Габермаса) сподіваються, здатне буде стримувати. У більш практичній площині ця стурбованість призвела до наголошення на зв'язувальному значенні фундаментальних прав, що стосується навіть законо-

давця, і розвитку різноманітних моделей конституційного контролю для нагляду за цим значенням.

Можна побачити, що обидві традиції верховенства права і правової держави обумовлюють, що вирішення проблеми «тоталітаризму через право» повинно включати обмеження дискреції законодавця. Таким чином, у традиції верховенства права має місце амбівалентний зв'язок між законодавчим правом і правом, яке впливає з верховенства права, що і породжує згадану проблему. Але також очевидно, що в англійській доктрині верховенства права кожне рішення, яке пропонує вказані обмеження, страждатиме від нової проблеми: як обмеження, що накладаються на законодавчу владу, можуть бути виправдані перед лицем парламентського суверенітету — іншого основного принципу, на якому Дайсі будує своє прочитання англійського конституційного права? Останніми десятиліттями непрості стосунки між парламентським суверенітетом і верховенством права стали очевидними у дискусіях про підстави судового контролю. Це також призвело до формування доктрини конкуруючих суверенітетів: доктрина парламентського суверенітету доповнюється суддівським суверенітетом у застосуванні права і тлумаченні законів при здійсненні судочинства.

Третій чинник, який пояснює зниження муру, що розділяє британську і континентальну європейську доктрину, — це інтернаціоналізація і транснаціоналізація верховенства права. Велика Британія і країни Європейського континенту є учасниками тих самих механізмів захисту прав людини, найбільш відомим з яких є Європейська конвенція з прав людини. У межах дихотомії Дайсі ці механізми втілюють у собі дедуктивний підхід, який Дайсі протиставляє індуктивній природі англійської конституції, що є результатом судових рішень у конкретних справах. Традиційний англійський шлях захисту індивідуальних прав досить важко узгоджується із міжнародно-правовими зобов'язаннями Великої Британії. Акт про права людини 1998 р., який регламентує юридичне значення конвенції для національного права Великої Британії, не є, напевно, задовільним вирішенням цієї дилеми. Ті країни загального права (такі як США), що ухвалили писану конституцію, вже залишили позаду цю рису дайсівської концепції верховенства права. Врешті-решт сторонній спостерігач може поцікавитись, коли ж це стане конституційним майбутнім також і Великої Британії?

Час і обсяг не дозволяють мені вдатися до детальної дискусії щодо визначення верховенства права, яке було ухвалене у доповіді Венеціанської Комісії і яке базується значною мірою на ідеях сера Томаса Бінгема (*Sir Tomas Bingham*), та щодо контрольного переліку питань, наведеного у додатку до доповіді. Дозвольте мені завершити коротким поясненням співвідношення між трьома ціннісними стовпами, на яких заснована Рада Європи і які також створюють фундамент для роботи Венеціанської Комісії. Це верховенство права, права людини і демократія. Я хотів би підкреслити взаємопов'язаність цих сутнісних цінностей. Жодну з них не можна обговорювати, не беручи до уваги інші. Отже, визначення верховенства права, що його надала Венеціанська Комісія, включає права людини, воно також включає і демократію у контексті принципу законності. Звичайно, я відношу себе до тих, хто, слідом за Юргеном Габермасом, стверджує, що зрештою правова держава є можливою лише як демократична правова держава. Тільки демократична правова держава може вирішити те, що

можна назвати парадоксом доктрини правової держави. Цей парадокс був помічений ще на ранньому етапі розвитку цієї доктрини і Георг Єллінек (*Georg Jellinek*) відповів на нього не надто переконливою ідеєю самообмеження держави. Цей парадокс може бути сформульований таким чином: як може право обмежувати і стримувати здійснення державної влади, якщо право саме виходить від цієї державної влади, як стверджується в межах домінуючого позитивістського праворозуміння. Проте подальше обговорення цього парадоксу і його вирішення мають бути залишені до наступної нагоди.

Туорі К. Спільне у сутності верховенства права і правової держави

Анотація. У виступі віце-президента Венеціанської Комісії Каарло Туорі обґрунтовується сутнісна єдність доктрин верховенства права і правової держави у контексті цілей доповіді Комісії про верховенство права. Доводиться, що протягом ХХ ст. основні відмінності між верховенством права і правовою державою не мають вирішального значення. Виокремлюються основні причини зближення названих доктрин. Наголошується на взаємопов'язаності трьох ціннісних стовпів Ради Європи — верховенства права, прав людини і демократії.

Ключові слова: верховенство права, правова держава, права людини, обмеження державної дискреції, Венеціанська Комісія.

Туорі К. Общее в сущности верховенства права и правового государства

Аннотация. В выступлении вице-президента Венецианской Комиссии Каарло Туори обосновывается сущностное единство доктрин верховенства права и правового государства в контексте целей доклада Комиссии о верховенстве права. Доказывается, что на протяжении ХХ в. основные отличия между верховенством права и правовым государством перестали иметь решающее значение. Выделяются основные причины сближения указанных доктрин. Акцентируется внимание на взаимосвязи трех ценностных столпов Совета Европы — верховенства права, прав человека и демократии.

Ключевые слова: верховенство права, правовое государство, права человека, ограничение дискреции государства, Венецианская Комиссия.

Tuori K. The Common Core of the Rule of Law and Rechtsstaat

Summary. In Vice-president of the Venice Commission Kaarlo Tuori's speech the common core of the Rule of law and the Rechtsstaat is argued in the contest of goals of the Commission's report on the Rule of law. It is showed that during 20th century the original differences between doctrines of the Rule of Law and Rechtsstaat have lost much of their importance. Main factors that brought these doctrines closer are defined. It is emphasized the interrelatedness of the three value pillars on which the Council of Europe is founded — rule of law, human rights and democracy.

Key words: the Rule of Law, the Rechtsstaat, human rights, preventing of state discretion, the Venice Commission.

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА В УКРАЇНІ: ПЕРЕДУМОВИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ



С. ПОГРЕБНЯК
*доктор юридичних наук,
професор кафедри теорії держави і права
(Національний університет
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)*

Стаття 8 Конституції України урочисто проголошує, що в Україні визнається і діє принцип верховенства права. При цьому мало хто заперечує важливість і значущість, корисність і необхідність цього принципу. Як зазначає проф. М. Козюбра, на адресу верховенства права «лунають панегірики із вуст державних і політичних діячів України, без нього не обходиться жодна програма численних політичних партій, термін «верховенство права» широко використовується в законодавчій практиці, у рішеннях Конституційного Суду України. Верховенство права стало одним із найактуальніших предметів наукового дискурсу; до його проблем все частіше звертаються не лише правознавці, а й політологи, філософи, соціологи, представники інших галузей гуманітарного знання» [1, с. 30].

У цьому немає нічого дивного. Проф. Р. Алексі наголошує на тому, що з актом прийняття конституції неминуче пов'язана претензія на правильність. Творець конституції допустить перформативну суперечність, якщо за змістом здійсненого ним акта — видання конституції — зазначена претензія заперечується, хоча сам факт прийняття конституції включає її [2, с. 45]. Р. Алексі вважає, що такою претензією є насамперед претензія на справедливість. Проте, на нашу думку, його теза цілком може бути використана також щодо верховенства права: конституція не може проголошувати свавілля, тиранію і безлад як альтернативу верховенству права.

Крім того, подібне становище може бути пояснено тим, що відданість цьому принципу — загальноприйнята в усьому світі міра легітимності уряду [3, с. 10]. Верховенство права поряд із демократією та правами людини входить до «триптиху» цінностей правової системи Ради Європи [4, с. 131], проголошується як універсальна європейська цінність у преамбулі Договору про Європейський Союз [5]. Отже, публічний вираз негативного ставлення до цього принципу є вкрай неперспективним для будь-яких суб'єктів українського суспільства та представників нашої держави.

Проте, чи діє в Україні верховенство права?

© С. Погребняк, 2013

Для початку слід з'ясувати зміст концепції верховенства права. У цьому разі ми можемо не брати до уваги розбіжності, що існують із приводу її визначення, і використати доповідь *Європейської комісії за демократію через право (Венеціанська Комісія)*, що вказує на такі **необхідні елементи верховенства права**, як:

1) *законність*, у тому числі прозорість, підзвітність і демократичний порядок ухвалення законів;

2) *правова визначеність*, яка передбачає легкість та доступність з'ясування змісту права і забезпечену юридичними засобами можливість скористатися цим правом у нормативно регламентованих ситуаціях;

3) *заборона державного свавілля*, у тому числі обмеження дискреційних повноважень органів держави, обґрунтованість їх рішень, публічність інформації щодо державної влади;

4) *ефективний доступ до правосуддя* в незалежних і неупереджених судах, судовий контроль за законністю та конституційністю актів державної влади, функціонування незалежної адвокатури, виконання рішень судів;

5) *дотримання прав людини*, передусім гарантованість права на ефективний засіб правового захисту, на справедливий суд, на розгляд справи компетентним суддею, право бути вислуханим, презумпція невинуватості, заборона зворотної дії норм права, крім тих, що скасовують чи пом'якшують юридичну відповідальність;

6) *недискримінація і рівність перед законом*, що передбачає відсутність законів, які містять дискримінаційні положення відносно певних осіб або їх груп або закріплюють правові привілеї, заборону дискримінаційного тлумачення або застосування закону [6].

Навіть якщо керуватися ідеєю Р. Дворкіна, відповідно до якої верховенство права не може розглядатися з позиції «все або нічого» [7, с. 16], Україну важко охарактеризувати як державу, що має серйозні успіхи у втіленні в життя вимог верховенства права або демонструє щире бажання просунути в цьому напрямі.

На проблеми з верховенством права в Україні дипломатично натякають послі провідних західних держав [8; 9]. Суттєва відмінність України від моделі правової держави зазвичай підкреслюється незалежними спостерігачами. Так, керівник Представництва Фонду Конрада Аденауера в Україні Ніко Ланге доволі відверто констатує:

«Україна — не правова держава, тому що вона не надає правового захисту громадянам. Українська держава не хоче обмежуватися лише тим, щоб гарантувати громадянам політичну свободу та безперешкодну підприємницьку діяльність. Діяльність представників держави в багатьох випадках не є ані прозорою, ані обґрунтованою.

Застосування права є свавільним та суперечливим. Розподіл влади, а також обмеження персональної та інституційної влади функціонує в кращому випадку дуже обмежено.

...

Нормальне поведіння українського політика з законами полягає в їхньому перекручуванні, експлуатації та пошуку дірок, які можна було б використати з вигодою для себе. Ніхто не намагається розуміти та застосовувати закони відповідно до існуючих норм та цінностей.

Про незалежність судів в Україні зараз взагалі на варто згадувати. Список абсурдних та явно куплених судових рішень великий і вже служить матеріалом для цинічних і брудних анекдотів» [10].

Отже, верховенства права в Україні, за великим рахунком, нема. У такому випадку доречними виглядають класичні питання: «Хто винен?» і «Що робити?». На нашу думку, цікаві відповіді на ці запитання можна знайти у комплексних (міжгалузевих) дослідженнях, виконаних під керівництвом Д. Норта та Р. Інглхарта.

Так, видатний американський економіст, лауреат Нобелівської премії **Д. Норт** виходить із того, що будь-які суспільства стикаються з **проблемою насильства**. Жодне з них не вирішило цю проблему шляхом усунення насильства; у кращому випадку його можна стримувати або намагатися їм управляти [11, с. 56].

На думку Д. Норта, існують два види порядку:

1) **порядок обмеженого доступу, або природна держава**, який з'явився під час першої соціальної революції. Особисті відносини, особливо особисті відносини між владними індивідами, становлять основу соціальної організації і служать ареною для взаємодії людей;

2) **порядок відкритого доступу**, який виникає під час другої соціальної революції. Для цієї моделі особисті відносини все ще є значущими, проте безособові категорії індивідів можуть взаємодіяти в умовах, коли їм непотрібно знати про індивідуальні ідентичності партнерів [11, с. 40].

Він наголошує на тому, що у цих порядках проблема насильства вирішується по-різному. Так, природна держава знижує проблему поширення насильства **шляхом створення панівної коаліції**, члени якої володіють **особливими привілеями**. Логіка природної держави випливає з того, як вона вирішує проблему насильства. Еліти — члени панівної коаліції — погоджуються поважати привілеї один одного, включаючи права власності та доступ до певних видів діяльності. Обмежуючи доступ до цих привілеїв тільки членам панівної коаліції, еліти створюють надійні стимули співпрацювати, а не боротися один з одним [11, с. 63].

У свою чергу, порядки відкритого доступу контролюють насильство за допомогою іншої логіки, ніж природні держави. Вони **створюють потужні, консолідовані військові і поліцейські організації, підвладні політичній системі**. Ці держави мають монополію на легітимне застосування насильства. Така консолідація небезпечна тим, що держава буде використовувати насильство для своїх власних цілей. У зв'язку з цим:

1) консолідована організація військових і поліцейських сил підпорядкована контролю політичної системи;

2) політична система повинна бути обмежена набором інститутів і стимулів, що обмежують нелегітимне застосування насильства;

3) для того щоб політична сила залишалася при владі, вона повинна мати широку підтримку широко визначених економічних і суспільних інтересів [11, с. 69].

Перехід від природної держави до порядку відкритого доступу відбувається в епоху модерну і тягне за собою серію змін у політичній сфері, які забезпечують більший ступінь участі громадян, гарантують безособові політичні права, прозо-

ріші інститути, що структурують процес прийняття рішень і забезпечують правову підтримку більш широкого кола організаційних форм, включаючи політичні партії та економічні організації. Такий перехід веде до змін в економіці, які забезпечують відкритий вхід і конкуренцію на ринку, можливість вільно створювати організації, захист прав власності й заборону на використання насильства для отримання ресурсів і товарів або примушування інших.

На думку Д. Норта, суспільства здійснюють перехід від обмеженого доступу до відкритого в два етапи. На першому етапі відносини всередині панівної коаліції перетворюються з особистих у безособові, а потім подібна модель поширюється на більш широкі кола населення. Пороговими умовами для такого переходу виступають: 1) верховенство права для еліт; 2) постійно існуючі форми громадських і приватних організацій, включаючи саму державу; 3) консолідований політичний контроль над збройними силами [11, с. 76, 262, 266].

Цікаво, що **верховенство права**, на думку видатного американського економіста, **може реально існувати лише в умовах відкритого доступу**. Наприклад, він наголошує на тому, що природна держава неспроможна встановити судову систему, де люди отримують рівний доступ до правил і процедур, а рішення судів мають обов'язкову силу і є неупередженими [11, с. 267, 414].

У суспільствах обмеженого доступу, зазначає Д. Норт, все побудовано на особистих зв'язках: коло знайомств індивіда і становище його знайомих значить більше, ніж те, що вони роблять. З точки зору моделі відкритого доступу ці відносини здаються глибоко корумпованими. Проте вона не враховує ту роль, яку відіграють особистість, особисті зв'язки і патронаж у стримуванні насильства в природних державах. Саме особисті відносини і створення ренти забезпечують систему стимулів, яка стримує насильство і робить можливою кооперацію в природній державі. Глибоко особистий характер відносин у даному випадку відповідає фундаментальній логіці, що лежить в основі порядку обмеженого доступу. Наприклад, відносини «патрон — клієнт» можуть бути побудовані на спорідненій та етнічній близькості, географічній та релігійній спільності, злочинній діяльності та інших факторах. У будь-якому випадку вони повсюдні в природних державах. Клієнт може розраховувати на заступництво патрона через те, що довгострокова цінність платежів клієнта перевершує витрати покровителя на захист; у свою чергу, патрон може вважати, що клієнт продовжить платити, бо цінність заступництва для нього перевищує витрати виплат [11, с. 93–94].

У ситуації, коли двозначність норм права поєднується з патронатними мережами, що спираються на військову службу та судову систему, підвладну тиску і залякуванню, констатує Д. Норт, результатом стає аж ніяк не верховенство права в його сучасному розумінні [11, с. 184].

Отже, з точки зору цієї концепції, **сучасну Україну можна віднести до порядків обмеженого доступу**, які в принципі **несумісні з верховенством права**: їхня модель стримування насильства не може ефективно функціонувати без встановлення привілеїв, закритого доступу до еліти, особистих зв'язків, інституту клієнтели та механізму корупції. Тому встановлення верховенства права в Україні можливе лише за умови переходу до порядку відкритого доступу.

Р. Інглхарт є відомим американським соціологом і політологом, керівником проекту *World Values Survey*; він протягом 30 років досліджує еволюцію цін-

нісних настанов мешканців різних країн світу наприкінці ХХ ст. — на початку ХХІ ст. Спираючись на дані соціологічних досліджень, проведених більш ніж у 60 країнах, науковець пропонує власну версію теорії модернізації, що інтегрує соціально-економічний розвиток, зміни в сфері культури і демократизацію в межах єдиного процесу людського розвитку.

На його думку, у Новий час відбувається *процес модернізації* тих чи інших суспільств. Цей процес складається з двох етапів, кожний з яких приводить до характерних змін у світогляді людей, у їхніх ціннісних орієнтаціях: якщо перший (індустріальний) етап модернізації, що пов'язується з промисловою революцією, супроводжується *переходом від традиційних цінностей до секулярно-раціональних*, то другий (постіндустріальний) етап характеризується принципово іншими змінами в культурній сфері — а саме *заміщенням цінностей виживання цінностями самовираження* [12, с. 17].

В обох випадках, наголошує відомий американський соціолог, змінюється ставлення людей до влади, проте змінюється воно по-різному. Якщо індустріальний етап модернізації приводить *до секуляризації та раціоналізації влади*, то постіндустріальний — *до емансипації від влади* [12, с. 46].

Індустріалізація не сприяє посиленню впливу цінностей самовираження і приблизно з однаковою ймовірністю породжує як демократичні, так і авторитарні форми. Вона приводить до утвердження демократії лише в тих суспільствах, де ще в доіндустріальну епоху діяли обмеження на повноваження державної влади.

На думку Р. Інглхарта, цінності самовираження поступово формуються у людей завдяки *соціально-економічному розвитку*, який сприяє послабленню об'єктивних обмежень особистої незалежності людей, їх творчості і можливостей вибору в трьох напрямках:

1) зі скороченням масштабів внаслідок соціально-економічного розвитку бідності *послаблюються матеріальні обмеження* свободи вибору та укріплюється відчуття особистої безпеки;

2) соціально-економічний розвиток веде до підвищення рівня освіти та розширює доступ людей до інформації через ЗМІ. Це приводить до *послаблення когнітивних та інформаційних обмежень* свободи вибору, сприяє відчуттю інтелектуальної незалежності;

3) наслідком соціально-економічного розвитку є також посилення професійної спеціалізації і ускладнення організації суспільства, що приводить до диверсифікації взаємодії між людьми. Це зростаюче різноманіття звільнює людей — визволяє від примусових общинних зв'язків і жорсткості соціальних рамок, спонукає до добровільної взаємодії в більш широкому масштабі¹. Воно звільняє їх від заданих соціальних ролей і зв'язків, надає їм самостійності у виборі таких ролей та формуванні таких зв'язків. Усе це означає *ослаблення соціальних обмежень* свободи вибору, яке формує в людях відчуття особистої незалежності в межах суспільства [12, с. 44–45].

Поширення цінностей самовираження перетворює процес модернізації у *процес людського розвитку*, що підвищує ступінь індивідуальної свободи і

¹ Ці тенденції давно відзначені соціологами, які виявили перехід від «механічної» солідарності до «органічної» [13] та від спільноти до суспільства» [14].

розширює спектр самостійного вибору, посилює гуманістичну спрямованість суспільства. Він, у свою чергу, супроводжується зростанням трьох компонентів:

- 1) об'єктивної здатності діяти за власним вибором, заснованої на соціально-економічних ресурсах;
- 2) суб'єктивної потреби в самостійному виборі, заснованої на цінностях самовираження;
- 3) юридичних можливостей, заснованих на громадянських і політичних свободах, що дають людям право діяти відповідно до самостійного вибору [12, с. 223].

Дуже важливо, що поширення цінностей самовираження спонукає людей **вимагати створення інститутів, які дозволяють їм діяти за власним вибором**. Зокрема, цінності самовираження мотивують людей до боротьби за свої громадянські й політичні права. Саме ці права узаконюють можливості діяти за власним вибором у приватному та суспільному житті. Таким чином, суб'єктивне прагнення до вибору веде до вимог щодо надання права на вибір.

Емансипаційна природа цінностей самовираження за визначенням робить **все більш імовірним утвердження демократії**. Ці цінності сприяють скороченню розриву між номінальною і реальною демократією, оскільки породжують тиск на еліти, що змушує їх до більшої «порядності». Отже, такі фундаментальні аспекти поведінки еліт, як їх «порядність» і чесність, не є незалежними від масових цінностей, а навпаки — відзеркалюють їх [12, с. 23].

Р. Інглхарт підкреслює, що історії відомі випадки переходу до демократії тих суспільств, де цінності самовираження ще не набули значного визнання. Проте в такій ситуації масова підтримка демократії заснована зазвичай не на внутрішньому переконанні суб'єктів, а на утилітарній мотивації — наприклад, на надіях, що цей режим забезпечить населенню такий же економічний добробут, як у традиційно демократичних країнах. На його думку, справжня підтримка демократії виникає тоді, коли люди високо цінують і вважають самоціллю громадянські й політичні права, які вона несе за собою. Таку мотивацію забезпечують цінності самовираження, оскільки без громадянських і політичних свобод безперешкодне самовираження неможливе [12, с. 179].

Слід наголосити на тому, що прагматична (утилітарна) підтримка часто-густо втрачає стійкість, якщо результати переходу до демократії викликають розчарування населення. Це може призвести до ослаблення підтримки демократії, якщо вона не закріплена у свідомості людей цінностями самовираження. Таке розчарування в демократії набуло яскраво вираженого характеру в східних посткомуністичних і багатьох латиноамериканських країнах, що багато в чому пояснює особливості траєкторій їх політичного розвитку.

Зв'язок між цінностями самовираження і демократичними інститутами можна розглядати як відображення відповідності між «попитом» і «пропозицією» свободи. Демократичні інститути являють собою інституційовану пропозицію свободи, оскільки демократія інституційно закріплює громадянські й політичні права. У свою чергу, цінності самовираження створюють попит на свободу, оскільки акцентують вільний вибір [12, с. 273–274].

Урешті-решт, Р. Інглхарт констатує: навіть найкращим чином сконструйованим інститутам **необхідна сумісність із переважаючою в суспільстві культурою**.

Інститути не можуть належно функціонувати, поки громадськість не розглядатиме відповідні їм норми як свої власні. Це, зокрема, стосується демократичних інститутів, які залежать від схвалення і підтримки мас [12, с. 234–235].

На нашу думку, ці висновки повною мірою стосуються не лише демократії, а й **верховенства права**. Воно є правовим режимом, який уможливорює право людей діяти відповідно до самостійного вибору, гарантує повагу до громадянських і політичних свобод і тим самим, поза всяким сумнівом, сприяє людському розвитку. Водночас потреба населення у верховенстві права, стійка підтримка його ідеї, як видається, можлива лише у суспільстві, в якому цінності самовираження переважають над цінностями виживання. У такому суспільстві можна очікувати на сталий загальносоціальний «попит» на верховенство права, розраховувати на більш-менш серйозний тиск на еліти з боку населення, спрямований на утвердження цього принципу¹.

Висловимо припущення, що **в сучасній Україні**, ураховуючи її панівні соціальні цінності (домінування цінностей виживання над цінностями самовираження), викладені вище **передумови для встановлення верховенства права відсутні**. На нашу думку, теорія Р. Інглхarta достатньо переконливо пояснює, чому були невдалими всі спроби забезпечити дію цього принципу протягом 20 років незалежності. У такій ситуації можна сподіватися насамперед на соціально-економічний розвиток, який сприятиме людському розвитку і поширенню в Україні цінностей самовираження. Це, у свою чергу, забезпечить суспільну підтримку загальноєвропейських цінностей демократії, прав людини і верховенства права, їх впровадження в державну практику та вітчизняну правову систему.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Козюбра М. І. Верховенство права і Україна / М. І. Козюбра // Право України. — 2012. — № 1–2. — С. 30–63.
2. Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) : пер. с нем. / Р. Алекси. — М. : Инфотропик Медиа, 2011. — 192 с.
3. Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія : пер. з англ. / Б. Таманага. — К. : Вид. дім «Києво-Могилян. акад.», 2007. — 208 с.
4. Бенуа-Ромер Ф. Право Ради Європи: прямуючи до загальноєвропейського правового простору / Ф. Бенуа-Ромер, Г. Клебес. — К. : К.І.С., 2007. — 252 с.
5. Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community (2007/C 306/01) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:0001:0010:EN:PDF>.
6. Доклад о верховенстве права : утвержден Венецианской комиссией на 86-й пленарной сессии (Венеция, 25–26 марта 2011 года) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://www.venice.coe.int/WebForms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-rus](http://www.venice.coe.int/WebForms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-rus).
7. Дворкін Р. Верховенство права / Р. Дворкін // Філософія права і загальна теорія права. — 2013. — № 1. — С. 15–23.
8. Теффт Дж. Встановлення верховенства права в Україні: розбудова модерного суспільства / Дж. Теффт [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.pravda.com.ua/columns/2012/04/19/6963027/>.

¹ До речі, Р. Інглхарт також зазначає, що громадяни, прихильні до цінностей самовираження, здійснюють на еліти тиск із метою, щоб ті керували державою на основі верховенства права [12, с. 434].

9. Тернер Лі. Верховенство права в Україні: коли все більше означає все менше / Лі Тернер [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.blogs.pravda.com.ua/authors/turner/4ee76e08746e2/>.
10. Ланге Н. Україна не є правовою державою / Н. Ланге [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.pravda.com.ua/news/2007/12/5/67911.htm>.
11. Норт Д. Насилие и социальные порядки. Концептуальные рамки для интерпретации письменной истории человечества : пер. с англ. / Д. Норт, Дж. Уоллис, Б. Вайнгаст. — М. : Изд-во Ин-та Гайдара, 2011. — 480 с.
12. Инглхарт Р. Модернизация, культурные изменения и демократия: последовательность человеческого развития : пер. с англ. / Р. Инглхарт, К. Вельцель. — М. : Новое изд-во, 2011. — 464 с.
13. Дюркгейм Э. О разделении общественного труда / Э. Дюркгейм // О разделении общественного труда. Метод социологии ; пер. с фр. — М. : Наука, 1990. — С. 3–390.
14. Тьоніс Ф. Спільнота та суспільство. Основні поняття чистої соціології : пер. з нім. / Ф. Тьоніс. — К. : Дух і літера, 2005. — 262 с.

Погребняк С. П. Верховенство права в Україні: передумови та перспективи

Анотація. У статті звертається увага на суттєві проблеми, пов'язані з утвердженням в Україні верховенства права. Для з'ясування причин цих проблем та визначення перспектив їх вирішення пропонується використати підходи Д. Норта та Р. Инглхарта. Концепція насильства Д. Норта проводить розмежування між порядками обмеженого та відкритого доступу. У свою чергу, теорія модернізації Р. Инглхарта пов'язує людський розвиток і утвердження демократії з поширенням у суспільстві цінностей самовираження.

Ключові слова: верховенство права, порядок обмеженого доступу, порядок відкритого доступу, модернізація, демократія, людський розвиток, цінності самовираження.

Погребняк С. П. Верховенство права в Украине: предпосылки и перспективы

Аннотация. В статье обращается внимание на существенные проблемы, связанные с утверждением в Украине верховенства права. Для выяснения причин этих проблем и определения перспектив их решения предлагается использовать подходы Д. Норта и Р. Инглхарта. Концепция насилия Д. Норта проводит разграничение между порядками ограниченного и открытого доступа. В свою очередь, теория модернизации Р. Инглхарта связывает человеческое развитие и утверждение демократии с распространением в обществе ценностей самовыражения.

Ключевые слова: верховенство права, порядок ограниченного доступа, порядок открытого доступа, модернизация, демократия, человеческое развитие, ценности самовыражения.

Pogrebniak S. The Rule of Law in Ukraine: Its Prerequisites and Perspectives

Summary. The article is concentrated on significant problems associated with the adoption of the rule of law in Ukraine. D. North and R. Inglehart approaches are used to determine the causes of these problems and identify their perspectives. D. North concept of violence distinguishes limited access orders and open access orders. R. Inglehart theory of modernization binds human development and consolidation of democracy in society with self-expression values spreading.

Key words: rule of law, limited access order, open access order, modernization, democracy, human development, self-expression values.

ДЕРЖАВА У СИСТЕМІ КООРДИНАТ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

В. СМОРОДИНСЬКИЙ
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії держави і права
(Національний університет
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)*



Чи потрібне Україні верховенство права? Чи спроможне наше суспільство усвідомити його цивілізаційну значущість, досягти його і впровадити на рівні реальної повсякденної практики існування, а не блискучої ширми для угодних владі рішень? Відповіді на ці питання є нашим національним вибором і нашою національною відповідальністю, але вони не можуть не спиратися на плідний тисячолітній досвід інших націй і західної цивілізації загалом у пошуку і винайденні відповідей на такі самі питання.

Значний внесок у розуміння місця і ролі держави у координатах, заданих верховенством права, зроблено античними мислителями. Так, завдяки діалогам Платона, передусім неперевершеному «Крітону», до нас дійшли принципи законотворчості і свободи (свідомої політичної покірності полісу та його законам) Сократа. Цікаво, що одні дослідники знаходять у цих принципах свободу (через законотворчість), а інші — покірність (через те саме). Отже:

1) Закони як батьки: члени поліса (з сучасної точки зору — громадяни) мають коритися їм як заради власної користі, так і на підставі природної залежності (таке собі прагматично-патріархальне обґрунтування верховенства права);

2) відносини Законів із громадянами засновані на домовленості між ними: Закони забезпечують справедливе регулювання полісного життя, а громадяни відповідають їм законотворчістю (невже не чесний обмін?);

3) порушення одного Закону означає загальну непокору до всіх Законів поліса;

4) мешкання в полісі, який людина може залишити, але не залишає, означає мовчазну згоду підкорятися його Законам (зокрема судовим вирокам — що, до речі, й довів своїм учням і всім афінянам Сократ своєю категоричною відмовою від утечі із ув'язнення і смертю), навіть несправедливим, оскільки порушення Закону саме по собі є порушенням справедливості. Докладання зусиль до зміни несправедливих Законів, до переконання членів поліса в необхідності таких змін є справедливим учинком, залишення поліса на користь іншого з кращими

законами (у сучасному розумінні — еміграція) — також справедливим, тоді як порушення Законів поліса, нехтування ними — несправедливим [1, с. 42–53].

Із наведеного вбачається, що закони для Сократа є уособленням поліса, а додержання їх (за певних умов) — уособленням полісної справедливості (інакше кажучи, того, що ми називаємо національним правопорядком).

Учень Сократа Платон так сформулював свою думку щодо обмеження полісної (для нас — державної) влади законом: «Там, де закон підкоряється якійсь іншій владі, не маючи своєї власної, там, на мою думку, недалеко до падіння держави; але коли закон є господарем уряду, а уряд — його рабом, тоді становище дозволяє очікувати доброго, а люди мають усі блага, якими боги осипають державу» [2, с. 16].

Однак першим античним мислителем, що здійснив реальну спробу розглянути і навіть ретельно дослідити державу в тій раціональній і цивілізованій системі координат, яку сучасні правознавці визнають верховенством права, був Арістотель. По-перше, він визначив державу як політичне об'єднання вільних людей заради загального блага, як «сукупність таких громадян, яка, власне кажучи, самодостатня для звичайного існування» [3, с. 68]. По-друге, він (уперше!) чітко сформулював та обґрунтував принцип належного врядування, який за своїм змістом упритул наближається до принципу верховенства права в одному з його класичних інтерпретацій: «Тому справедливо (буде), аби всі рівні владували тією самою мірою, якою вони коряться, і щоб кожен поперемінно то повелівав, то корився. У такому випадку ми маємо справу із законом, бо порядок і є закон. Тому доцільніше, щоб панував закон, а не котрийсь із-поміж громадян. На тій же підставі, коли буде визнано, що управляти мають певні особи, їх треба призначати охоронцями закону і його слугами... Отже, хто вимагає, аби панував закон, очевидно, хоче, щоб панували божество і розум, а хто вимагає, аби панувала людина, проявляє (у своїй вимозі) певне дикунство; бо пристрасть саме і є таким (чимось тваринячим), до того ж вона зводить навіть найкращих правителів з істинного шляху; навпаки, закон — це розум поза пристрастями і бажаннями» [3, с. 95–96].

Зрозуміло, видатні афіняни і гадки не мали про *rule of law* і всі ті великі та маленькі принципи, якими наповниться ця доктрина станом на початок третього тисячоліття. Проте їм удалося ввести державу в систему координат свободи і справедливості (як фундаменту майбутнього верховенства права) і на рівні геніального здогаду знайти в цій системі формулу легального і водночас легітимного (отже, правового) порядку.

Упродовж наступних століть західна юридична думка і суспільна практика — у різні часи з різною енергійністю — продовжували розробляти фундамент величній будівлі верховенства права й ефективного (справедливого, розумного, демократичного і т. ін.) державного ладу на різноманітних засадах, об'єктивно доступних людському розумінню в певний час і в певному місці. Дослідники називають різних попередників доктрини правової держави і верховенства права. На нашу думку, серед інших загальноновизнаних (римського популяризатора демократичних ідей Цицерона, сміливих авторів і натхненників *Magna Carta*, фундаторів концепції не-такого-вже-й-необмеженого державного суверенітету, англійських, французьких і американських просвітників, батьків-заснов-

ників США тощо) не слід забувати головного суддю сера Едварда Коука — славетного провідника ідей незалежності судової влади та її опозиційності спробам посилити королівську прерогативу. Адже його розповідь про нараду з королем Яковом є яскравим прикладом становлення ідеї верховенства права над державною (навіть королівською!) сваволею — задовго до народження теорії поділу світської влади: «Тоді король мовив, що, на його думку, право ґрунтується на розумі й що йому та іншим розум притаманний так само, як і суддям; на що я відказав, що Бог і справді наділив його величність блискучими знаннями і великим природним хистом, але його величність не був навчений правам свого королівства Англія, і справи, які стосуються життя, чи права спадковості, чи майна, чи щастя його підданих, мають розв'язуватися не природним розумом, а штучним розумом та присудами закону, і що закон той — документ, який вимагає тривалих студій і досвіду, щоб людина могла досягти його розуміння... чим король був непомалу ображений і сказав, що це ставить закон над ним, а отже, затверджувати такий закон, як він висловився, було б зрадою; на що я відповів, що Брактон сказав: *“Quod rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et lege”* (“Король повинен ходити не під людьми, а під Богом і під законом”» [4, с. 403–404]. У справі доктора Томаса Бонема (1610 р.) Е. Коук згідно з вимогами загального права легалізував принцип, відповідно до якого «ніхто не може бути суддею у своїй справі», зокрема приймати рішення щодо стягнення штрафів на свою користь [5, с. 131]. Не менш актуальною є настанова Е. Коука стосовно того, що «ми повинні перебувати під владою законів, а не людей» [6, с. 192]. У новітній історії її було повернено до життя, наприклад, під час розгляду сумнозвісної Вотергейтської справи у США, що став переконливим доказом реального впровадження принципу верховенства права у державну практику.

Рішучим кроком у напрямі сучасного розуміння верховенства права і місця держави у його системі стають ідеї представників європейського Просвітництва, насамперед І. Канта, який обґрунтовано вважається фундатором доктрини правової державності. Держава, на його думку, — це об'єднання багатьох людей, що підкоряються нормам права. Філософ зазначає: «Найвидатнішою проблемою для людського роду, вирішити яку його примушує природа, є досягнення загального правового громадянського суспільства» [7, с. 7]. Він вважав, що держава має бути саме правовою спільністю — такою, що організована і діє згідно з нормами права, оскільки лише так може бути забезпечено реалізацію принципів справедливості в державі та свободи в розвитку індивіда. Кантові належить славнозвісний вислів: «Людина є вільною, якщо вона має коритися не іншій людині, а закону».

Ідеї І. Канта заклали фундамент двох взаємопов'язаних доктрин, принципово важливих для сучасного розуміння держави, мети її заснування та існування — правової державності та верховенства права, стали інтелектуальним мостом між класичним і сучасним розумінням держави.

Класичними доктринальними засадами правової державності є такі: 1) свобода індивіда як підвалина існування держави; 2) самообмеження, пов'язаність держави правом; 3) обмеженість повноважень державної влади божественними законами і цілями життя людей; 4) поділ державної влади на незалежні гілки, обмежені правом. Гарантіями правової державності є самоврядування суспіль-

ства, незалежна судова влада, зокрема адміністративна юстиція, та ін. З наведеного вбачається, що доктрина правової державності не лише розглядає державу в координатах права та його верховенства над державною сваволею, а й загалом вважає неможливим знаходження держави поза цією системою.

Сучасні науковці (передусім німецькі — О. Гьоффе, Е. Губер та ін.) під правовою розуміють державу, яка характеризується реальним додержанням таких вимог, як: 1) поділ влади, тобто відокремлене функціонування законодавчої, виконавчої та судової влади; 2) незалежність суду, відповідно до якої процес судочинства і судові рішення мають бути цілком незалежні як від впливу вищих інстанцій, так і від будь-якого впливу ззовні; 3) підзаконність адміністративного управління, що виключає можливість здійснення адміністративної діяльності, яка не визначена нормами права; 4) правовий судовий захист, що гарантує можливість учинення судового позову проти будь-якої протиправної адміністративної дії; 5) суспільно-правова компенсація, що забезпечує право на майнову компенсацію постраждалим унаслідок як законної, так і протиправної адміністративної діяльності в майновій сфері [8, с. 166–189].

Правова держава також характеризується тим, що її справжнім сенсом і сутністю є реальна, матеріальна справедливість. Держава є дійсно правовою лише в тому разі, якщо вона спрямована на забезпечення і збереження справедливості та рівності, якщо її метою є свобода і гідність її громадян.

Водночас наприкінці ХІХ ст. у Великій Британії оформлюється окрема концепція «верховенства права» («правління права», «панування права» — *rule of law*) як самостійна доктрина англо-американської правничої думки. Її фундатор — професор Оксфордського університету А. Дайсі — розглядає верховенство права як сукупність низки універсальних правових принципів, серед яких найважливішими є такі:

1) «жодна людина не може зазнавати покарання, тобто в законний спосіб зазнавати фізичних страждань чи матеріальних збитків, окрім як у випадку явного порушення закону, доведеного в юридичний спосіб у судах країни» (неприпустимість державної сваволі);

2) «кожна людина, незалежно від свого рангу чи суспільного стану, підпорядкована праву королівства, і на неї поширюється юрисдикція судів» (рівність кожної людини перед законом і судом) [9, с. 511–528].

Ліберальні за своєю сутністю доктрини правової державності та верховенства права, що поступово зміцнювалися в цивілізованому світі впродовж століть і дозволили переконливо ідентифікувати сучасну державу саме в цій системі координат, у ХХ ст. поглибилися окремими ідеями і цілісними концепціями багатьох дослідників. Так, Ф. Гаєк рецептом гарантування свободи особистості та її захисту від довільного державного втручання вважає повернення до первинних принципів класичних ліберальних доктрин правової держави і верховенства права, які, на його переконання, зазнали занепаду в західних державах. Водночас саме їх мислитель охарактеризував як наріжний камінь свободи.

Ф. Гаєк запропонував таке визначення принципу верховенства права: «це означає, що уряд має виконувати правила, встановлені й проголошені заздалегідь, — правила, що дають змогу з певністю передбачати, як влада використовуватиме свої повноваження здійснення примусу за певних обставин і планувати

власні справи на підставі цього знання». На думку Ф. Гаєка, законодавець, керуючись цим принципом, має формулювати в законах не створені ним штучні веління, а вже апробовані суспільством загальні правила гідної поведінки, основні права громадян, що державним обмеженням не підлягають. Принцип верховенства права передбачає насамперед верховенство приватного права над публічним, верховенство закону, який гарантує свободу людини, а не обмежує її.

Першою ознакою такого закону є його загальність, абстрактність його приписів — закон має містити лише найбільш загальні норми, давати особистості, що їх застосовує, простір для свободи волі, не повинен мати на увазі жодного конкретного індивіда. Саме це філософ вважає гарантією того, що закон не обмежить свободу, відповідатиме принципу верховенства права, буде стабільним.

Другою ознакою такого закону є його доступність та очевидність — результат застосування і тлумачення закону має бути передбачуваним, очевидним. За висловом Ф. Гаєка, «важко перебільшити ту вагу, яку має очевидність закону для поступального й ефективного руху вільного суспільства».

Третьою ознакою такого закону є його рівність, що означає однакове його застосування до всіх осіб. Нормам закону «повинні підлягати й ті, хто уклав їх, і ті, хто їх застосовує, тобто й урядовці, й підлеглі, не має бути винятків ні для кого». Ф. Гаєк виступає як проти прихованого звільнення держави та її посадових осіб від дотримання законів, так і проти влади уряду робити для окремих індивідів винятки із загальнообов'язковості закону. Як зазначає мислитель, лише за умови відповідності законів цим ознакам «можна говорити, що правлять закони, а не люди» [10, с. 112–123] (як бачимо, наступність і розвиток цієї ідеї чітко простежується від Античності через Середньовіччя і до наших часів).

Загалом, сучасна доктрина верховенства права увібрала в себе всі важливі досягнення тисячолітньої історії правничої думки і державної практики її реалізації. Водночас ця доктрина постійно розвивається й удосконалюється. Сучасними її джерелами є передусім юридична наука і судова практика. Велику роль у розбудові сучасної концепції верховенства права, її конкретизації і впровадженні в суспільну практику відіграють праці західних теоретиків і філософів права, зокрема Т. Р. С. Аллана, А. Барака, Р. Дворкіна, Б. Таманаги, вітчизняних правознавців В. Авер'янова, С. Головатого, М. Козюбри, О. Петришина, П. Рабіновича, С. Шевчука та ін. (сучасна наукова доктрина верховенства права). Принципи, що складають концептуальну юридичну конструкцію верховенства права і виводяться з неї, сформульовані судами у своїх рішеннях, зокрема, європейськими національними конституційними судами та Європейським судом з прав людини (сучасна судова доктрина верховенства права).

Відповідно до цих доктрин концепт верховенства права означає додержання публічною владою низки засадничих вимог (принципів). Головними серед них є такі:

1. Вимога законності, тобто неухильного додержання, точного та однакового виконання і правильного застосування законодавства усіма суб'єктами права, передусім органами публічної влади, їх посадовими особами (ця вимога втілена в ст. 19 Конституції України) — як необхідного мінімуму верховенства права.

2. Вимога пов'язаності публічної влади правами людини, тобто їх додержання і забезпечення. Верховенство права ґрунтується на визнанні людини та її прав найвищими цінностями, що реально визначають зміст і спрямованість державної діяльності.

Цю вимогу варто розглянути детальніше, оскільки за одним із доктринальних підходів верховенство права у сучасному розумінні є саме верховенством прав людини.

Під правами людини (*human rights*) розуміються основні правові можливості людини, що є необхідними для задоволення потреб її повноцінного існування в конкретних історичних умовах, об'єктивно зумовлюються досягнутим рівнем розвитку цивілізації і мають забезпечуватися державою на рівні міжнародних стандартів. Ці права є суспільними можливостями людини, тобто окреслюють певну сферу її автономного існування, баланс її можливостей і потреб у відносинах з іншими людьми, державою і суспільством, є невід'ємною складовою її життєдіяльності як члена суспільства.

Права людини є фундаментальними (основними) — під «правами людини» розуміються не всі права, які може мати людина, а лише ті, що стосуються фундаментальних, найістотніших її вимог і потреб. Це певний перелік загальновизнаних найважливіших стандартів, що склалися історично і є відбиттям рівня сучасної людської цивілізації та закріплені в низці міжнародних документів («каталог прав людини»).

У філософсько-правовому сенсі права людини є природними, оскільки виходять від самої природи людини, а не від свавільного розсуду держави чи інших організацій (див. ст. 1 Загальної декларації прав людини 1948 р.: «Усі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності та правах»). Вони є невід'ємними, тобто розглядаються як невід'ємна складова особистості, без якої вона не тільки є безправною в юридичному сенсі, а й не може існувати і розвиватися нормально у соціальному сенсі, не може бути особистістю, бо не має можливостей для задоволення своїх потреб та інтересів. Отже, без цих прав не можуть нормально розвиватися ані суспільство, ані держава. Оскільки держава не наділяє ними людину, то не може і відібрати. При цьому права людини є невідчужуваними — з причин, що зазначені вище, людина навіть за власним свідомим волевиявленням не може відмовитись від цих прав, обміняти їх на певні матеріальні блага, заставити, позичити тощо.

Права людини є універсальними, тобто поширюються на всіх людей незалежно від їх громадянства, національності, раси, статі. Втім ця властивість заперечується або коригується низкою науковців з огляду на природні відмінності людей (національні, культурні, статеві тощо).

Права людини є егалітарними (рівними) — належать кожному рівною мірою і забезпечують право однакового ставлення до кожного незалежно від расових, статевих, вікових та інших відмінностей. Водночас ця властивість передбачає додаткову потужність механізмів забезпечення прав меншин.

Вони є категоричними (безумовними) — їх визнання, гарантування і забезпечення є категоричною вимогою до держави (згадаймо дві фундаментальні цілі створення держави — забезпечення безпеки людей та їхніх основних прав). Отже, та держава, що не забезпечує прав людини, а priori є нелегітимною,

несправедливою, а її громадяни мають природне право на переустановлення такої держави будь-якими засобами.

Права людини є юридичними — чіткими юридичними нормами і водночас ефективно працюючими юридичними механізмами, визнаються і гарантуються державою як шляхом їх закріплення в конституції та інших законодавчих актах, так і приєднанням держави до відповідних міжнародних угод, що становлять «міжнародне право прав людини» (*international law of human rights*). Утвердження, забезпечення і захист прав людини є головним юридичним обов'язком держави. Водночас ці права є моральними, тобто ґрунтуються на позаюридичних, внутрішніх потребах, переконаннях і ціннісних орієнтирах людей; обов'язок публічної влади визнавати, гарантувати і захищати їх є моральним, категоричним незалежно від їх юридичного закріплення і ставлення влади до них [11–14].

Правам людини відповідають зобов'язання держави щодо невтручання у сферу індивідуальної свободи, поваги до прав людини, їх забезпечення, захисту і сприяння реалізації (Статут ООН, ст. 1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, ст. 3 Конституції України). Це зобов'язання є системою трьох основних типів зобов'язань держави: 1) зобов'язання поважати права людини, що вимагає від представників держави утримуватись від їх порушень; 2) зобов'язання захищати права людини, що передбачає обов'язок держави захищати носіїв прав людини від протиправного втручання в процес їх реалізації і карати правопорушників; 3) зобов'язання забезпечувати здійснення прав людини, що вимагає від держави вживати активних дій (заходів) з метою сприяння реалізації прав людини.

Європейський суд з прав людини при тлумаченні та застосуванні Конвенції про захист прав людини та основних свобод використовує доктрину негативних і позитивних зобов'язань держави. Негативні зобов'язання вимагають від держави утриматись від втручання в реалізацію прав людини. Отже, порушення прав людини відбувається внаслідок або активного перешкоджання державою їх реалізації, або непропорційного її втручання в таку реалізацію. Позитивні зобов'язання вимагають від держави активного втручання в реалізацію прав людини; порушення цих прав відбувається внаслідок відсутності необхідних активних дій із боку держави.

З наведеного, у свою чергу, впливає вимога до публічної влади використовувати всі прийнятні (розумні) та належні засоби для захисту прав людини. Такі засоби можуть бути юридичними (зокрема, законодавче закріплення прав людини, встановлення певних юридичних процедур, вимог тощо) або практичними (наприклад, вжиття певних заходів з метою запобігання нанесенню засудженим особам тілесних ушкоджень) [15, с. 178–179].

Фундаментальною національною гарантією прав людини і водночас вимогою верховенства права є незалежне, неупереджене і некорумповане правосуддя, зокрема адміністративна юстиція.

3. Вимога додержання фундаментальних принципів права (свободи, справедливості, рівності, гуманізму) у правотворчій і правозастосовній діяльності, зокрема заборона негативної дискримінації — не виправданого обмеження людини в її правах за будь-якою ознакою (національністю, расою, статтю, майновим станом тощо). Загалом, розглядаючи систему координат верховенства права і

державу в ній, слід розуміти, що осями цієї системи є свобода, справедливість і рівність як фундаментальні принципи права.

4. Вимога правової визначеності (передбачуваності, правової впевненості). Відповідні вимоги до правотворчості та правозастосування свого часу були сформульовані професором Гарвардської школи права Л. Фуллером на прикладі невдалої правотворчої діяльності короля Рекса і складають так звану «внутрішню моральність права»: закони повинні мати загальний характер; закони мають бути оприлюднені, щоб громадяни знали норми, яких вони повинні дотримуватися; ухвалення і застосування законів, що мають зворотню дію, слід звести до мінімуму; закони мають бути зрозумілими; закони не повинні бути суперечливими; закони не повинні вимагати дій, що виходять за межі спроможностей тих, хто має їх дотримуватися; закони повинні бути відносно постійними; повинна існувати відповідність між формулюванням законів і їх реальним застосуванням [16, с. 43].

Крім цього, актуальним для України є вимога неухильного й оперативного виконання судових рішень як необхідна умова правової визначеності та верховенства права загалом (на це неодноразово вказував Україні Європейський суд з прав людини).

5. Вимога пропорційності, тобто досягнення у правотворчості та правозастосуванні балансу інтересів особи, інших осіб і суспільства. Органи публічної влади не можуть накладати на громадян зобов'язання, що виходять за межі суспільної необхідності. Аналогом пропорційності є американська судова доктрина «зважування інтересів», що передбачає при вирішенні справ зважування загального (національного, суспільного) та особистого інтересів, за наслідками чого взяття під судовий захист того з них, що має більшу вагу, тобто суспільну цінність [17, с. 59–81].

6. Вимога сумлінності публічної влади, тобто сумлінної реалізації органами публічної влади наданих їм повноважень. Основною перешкодою на шляху до впровадження верховенства права у суспільне життя є корупція та інші зловживання публічною владою. З певними застереженнями можна погодитись із дослідниками, які вважають корупцію неформальним чинником цілісності та стійкості деяких, так званих, «сильних» держав, «держав природного права» із «закритими суспільствами» (до яких ці автори обґрунтовано відносять і Україну) [18, с. 134; 19, с. 139–141]. Проте тотальна корупція як усталена вада функціонування публічної влади в цих державах, передусім органів охорони правопорядку і судів, унеможливує впровадження верховенства права, вщент його розтворює, оскільки є вочевидь несумісною з більшістю його вимог. При цьому держава втрачає надійні орієнтири і координати верховенства права, що послаблює її, відриває від сучасної цивілізації, неминуче рано чи пізно призводить до її політичного та економічного занепаду. Отже, цілісність і «сила» таких держав насправді є тимчасовими, а економічні та політичні перспективи за відсутності суттєвих систематичних змін у напрямі повернення до координат верховенства права — вочевидь песимістичними. І підтвержень цього на політичній карті світу достатньо.

Загалом, верховенство права є його верховенством не над державою, а над іншим специфічним соціальним регулятором (неправовим і ненормативним) —

державною сваволею. Існування і значущість цього регулятора визнавали Платон, Дж. Локк, Г. В. Ф. Гегель, К. Шмітт та інші мислителі минулих часів.

Так, Платон у діалозі «Політик» створив образ не обмеженого законом ідеального правителя, який володіє вищим знанням мудрого володарювання, що надає йому право мати абсолютну владу в державі й правити за власним розумінням. При цьому він не є тираном, оскільки його правління є не тиранічним (наси́льницьким і несправедливим), а навпаки — справедливим і м'яким.

Дж. Локк визнає, що в певних випадках уряд заради суспільного блага може діяти попри норми закону або навіть всупереч йому — на підставі закону природи. Це є його прерогативою — дозволом, яким народ дає змогу своїм правителям робити деякі речі на власний розсуд, коли закон мовчить, а іноді й чинити всупереч букві закону заради суспільного блага.

Безумовно, державна сваволя є ефективним і простим у реалізації інструментом соціальної регуляції. Втім це дуже небезпечний інструмент, що є антиподом ідеологем конституціоналізму і верховенства права. Він є об'єктивною реальністю, завжди співіснує разом із державою, хоча заради виживання і змінює свої зовнішні прояви. Тим важливішим є дослідження суттєвих рис державної сваволі, засад та умов її здійснення, співвідношення з іншими суспільними регуляторами (насамперед із правом), відокремлення від такої «модної» і водночас проблемної юридичної категорії, як державна дискреція. На жаль, юридична наука (зокрема, теорія держави і права, конституційне право, філософія права) не приділяє уваги цим проблемам, відгороджуючи суспільство від неприємних, болючих, однак вельми значущих знань і практик.

У всякому разі, правники, передусім науковці, судді, правоохоронці, мають усвідомити, що вибір між системами координат верховенства права і верховенства державної сваволі — це важкий, але очевидний цивілізаційний вибір. Як зазначає Правлячий Князь Ліхтенштейну Ганс-Адам II у своїй книзі «Держава у третьому тисячолітті», «єдиною сферою, за винятком міжнародних відносин, в якій держава... все ще має конкурентну перевагу перед приватними компаніями, місцевими громадами і союзами громад, є верховенство права. Для переважної більшості населення найважливішим завданням держави є забезпечення правового захисту, закону і порядку... Те, що верховенство права дотепер існує у багатьох демократичних державах, варто назвати маленьким чудом... Яка користь від демократичної, правової держави, що розбудувала найскладнішу суспільну систему чи проводить витончену культурну політику, якщо головний стовп конституційної держави — верховенство права — обрушився і держава неспроможна надати своїм громадянам належного правового захисту?» [20, с. 141–143]. Гідна відповідь на це актуальне для України питання, так само як і найважливіший цивілізаційний вибір єдиної правильної системи координат, в якій ця відповідь знаходиться, є предметом відповідальності публічної влади і вітчизняної правничої спільноти (зокрема наукової) як перед сучасним українським суспільством, так і перед майбутніми поколіннями. Ми зобов'язані постійно, наполегливо і результативно робити добро зі зла — тому що більше його нема з чого робити.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Платон*. Діалоги : пер. з давньогр. / Платон. — К. : Основи, 1995. — 394 с.
2. *Таманага Б.* Верховенство права: історія, політика, теорія : пер. з англ. / Б. Таманага. — К. : Вид. дім «Києво-Могил. акад.», 2007. — 208 с.
3. *Арістотель*. Політика : пер. з давньогр. / Арістотель. — К. : Основи, 2005. — 239 с.
4. *Себайн Дж. Г.* Історія політичної думки : пер. з англ. / Дж. Г. Себайн, Т. Л. Торсон. — К. : Основи, 1997. — 838 с.
5. *Четвернин В. А.* Демократическое конституционное государство: введение в теорию / В. А. Четвернин. — М. : Ин-т гос. и права Рос. акад. наук, 1993. — 280 с.
6. *Енциклопедія політичної думки* : пер. з англ. — К. : Дух і Літера, 2000. — 472 с.
7. *Кант И.* Сочинения : в 6 т. Т. 6. : пер. с нем. / И. Кант. — М. : Мысль, 1966. — 743 с.
8. *Политическая философия в Германии* : пер. с нем. : сб. статей. — М. : Совр. тетради, 2005. — 520 с.
9. *Антологія лібералізму: політико-правничі вчення та верховенство права* / упоряд.: С. Головатий, М. Козюбра, О. Сироїд. — К. : Книги для бізнесу, 2008. — 992 с.
10. *Hayek F. A. von.* The road to serfdom : text and documents / F. A. Hayek ; ed. by Bruce Caldwell — Definitive ed. — L. : The University of Chicago press, 2007. — 284 p.
11. *Права людини: Концепції, підходи, реалізація* : пер. з англ. / за ред. Б. Зізік. — К. : Ай Бі, 2003. — 263 с.
12. *Філософія прав людини* : пер. з нім. / за ред. Ш. Госепата, Г. Ломанна. — К. : Ніка-Центр, 2008. — 320 с.
13. *Экштайн К.* Основные права и свободы по российской Конституции и Европейской Конвенции : учеб. пособие для вузов / К. Экштайн. — М. : NOTA VENE, 2004. — 496 с.
14. *Рабінович П. М.* Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. / П. М. Рабінович. — вид. 9-ге зі змінами. — Львів : Край, 2007. — 192 с.
15. *Теорія держави і права* : посіб. для підготовки до держ. іспитів / Д. В. Лук'янов, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський, Г. О. Христова ; за заг. ред. О. В. Петришина. — 2-ге вид., допов. і змінене. — Х. : Право, 2013. — 208 с.
16. *Фуллер Л. Л.* Мораль права : пер. з англ. / Л. Л. Фуллер. — К. : Сфера, 1999. — 232 с.
17. *Коэт-Элия М.* Американский метод взвешивания интересов и немецкий тест на пропорциональность: исторические корни : пер. с англ. / М. Коэт-Элия, И. Порат // Сравнит. конституц. обозрение. — 2011. — № 3. — С. 59–81.
18. *Дарден К.* Целостность коррумпированных государств: взяточничество как неформальный институт управления : пер. с англ. / К. Дарден // Прогнозис. — 2010. — № 1. — С. 109–134.
19. *Уэйнгаст Б. Р.* Почему развивающиеся страны так сопротивляются верховенству закона? : пер. с англ. / Б. Р. Уэйнгаст // Прогнозис. — 2010. — № 1. — С. 135–162.
20. *Ханс-Адам II, князь.* Государство в третьем тысячелетии : пер. с англ. / Ханс-Адам II, князь. — М. : Инфотропик Медиа, 2012. — 320 с.

Смородинський В. С. Держава у системі координат верховенства права

Анотація. Стаття є науковим дослідженням місця держави у координатах верховенства права. У ній простежується історія виникнення та розвитку доктрини верховенства права, розкривається її сучасний зміст. Верховенство права розглядається, з одного боку, як верховенство прав людини, а з другого — як верховенство права над державною сваволею. Автором визначаються сучасні вимоги верховенства права (законність, пов'язаність публічної влади правами людини, додер-

жання основних принципів права, правова визначеність, пропорційність, сумлінність публічної влади) і розкривається їхній зміст. Вибір між верховенством права і верховенством державної сваволі визначається автором як найважливіший цивілізаційний вибір публічної влади і правничої спільноти (зокрема наукової), що є предметом їх відповідальності перед сучасним суспільством і майбутніми поколіннями.

Ключові слова: верховенство права, держава, правова держава, права людини, державна сваволя, верховенство права над державною сваволею.

Смородинский В. С. Государство в системе координат верховенства права

Аннотация. Статья представляет собой научное исследование места государства в координатах верховенства права. В ней прослеживается история возникновения и развития доктрины верховенства права, раскрывается ее современное содержание. Верховенство права рассматривается, с одной стороны, как верховенство прав человека, а с другой — как верховенство права над государственным произволом. Автором определяются современные требования верховенства права (законность, связанность публичной власти правами человека, соблюдение фундаментальных принципов права, правовая определенность, пропорциональность, добросовестность публичной власти) и раскрывается их содержание. Выбор между верховенством права и верховенством государственного произвола определяется автором как важнейший цивилизационный выбор публичной власти и юридической общественности (в том числе научной), являющийся предметом их ответственности перед современным обществом и будущими поколениями.

Ключевые слова: верховенство права, государство, правовое государство, права человека, государственный произвол, верховенство права над государственным произволом.

Smorodynskyy V. State in the Rule of Law Coordinate System

Summary. The article is devoted to scientific researching of state in the Rule of law coordinate system. This doctrine's genesis, development and modern content are analyzed. The Rule of law is understood, on the one hand, as the primacy of human rights, and, on the other hand, as the supremacy of law over state arbitrariness. The author defines the elements of the Rule of Law (legality, limitation of state power by human rights, fundamental principles of law, legal certainty, proportionality, and integrity of public power) and analyzes their content. From the author's point of view the alternative between rule of law and rule of state arbitrariness is the main civilization choice of public power and legal community (e.g. scientific one), which is considered to be the subject of their responsibility to present-day society and future generations.

Key words: rule of law, state, Rechtsstaat, human rights, government arbitrariness, rule of law over state arbitrariness.

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА, АБО ДИЛЕМА ЕТОСУ: ВИРОЩУВАННЯ ЧИ МЕХАНІЧНЕ НАВ'ЯЗУВАННЯ¹



Ч. ВАРГА

*доктор юридичних наук,
почесний професор,
засновник Інституту філософії права
(Католицький університет Угорщини),
почесний професор-дослідник
(Інститут правових досліджень
Угорської академії наук)*

I

Одна з постдиктаторських моделей транзиту передбачає повну поразку режиму із збереженням військової адміністрації та судочинства і розрив зв'язку з минулим через превентивні локальні практики реорганізації та навчання демократії наново, як робила це союзна влада після Другої світової війни в Німеччині, Італії та Японії. Інша крайність — просто проголосити модель зрілого (*full-pledged*) верховенства права, запустити його з нуля штучно, як намагалась це зробити Центральна Європа після падіння комунізму. З точки зору різних сторін — тієї, що ухвалила таке рішення, і тієї, щодо якої воно було ухвалене, — переваги та недоліки кожної моделі виявляються ледь не протилежними². Насправді, незважаючи на те, що спадок попередніх режимів — разом із завданням їх правонаступників відкинути одну з описаних вище моделей, що починає нав'язуватись після падіння їх попередників, — складно порівнювати між собою, філософські підстави (як і відповідні політико-культурні та антропологічні передумови), на яких ґрунтуються обрані шляхи, близькі за походженням і фактично працюють як антагоністичні.

¹ *Csaba Varga. Rule of Law, or the Dilemma of an Ethos: to be Gardened or Mechanicised // Csaba Varga. Transition? To Rule of Law? — Romaz, 2008. — P. 85–104. Переклад з англійської С. Максимова та Н. Сагохіної.*

² Стосовно першої моделі, у контексті пошуку пояснення того, що США змінили запропоновані ними зразки, див.: [1].

Незважаючи на відмінності, наведені у таблиці, їх об'єднує те, що в обох випадках одразу ж після того, як виникає необхідність замінити владу, просто запроваджується новий, невідомий раніше режим¹.

США / Союзні держави після Другої світової війни	США / міжнародні сили (<i>global forces</i>) після падіння комунізму
за допомогою військової перемоги та окупації через грубу силу фактів	за допомогою зрілого верховенства права через просте проголошення та інституціоналізацію
військова адміністрація	експериментування
нав'язана інтервенція – замість демократичної мобілізації	відсутність реального перехідного періоду
військове правосуддя (Нюрнберг/Токіо)	минуле приховане
розрив з минулим / дисиміляція, розпад та знищення	минуле триває, зазнаючи реорганізації, реструктуризації та нової легітимації
навчання справжній демократії наново	квазі(недо)демократія, що має місце до сьогодні

Найяскравіша їх особливість – це, імовірно, вбудований цинізм та утопізм (що нагадує деяку ідею позаісторичної всемогутності, відому, до речі, переважно завдяки періодам революційного романтизму²), що переважають у рішеннях, які сьогодні ухвалюються у всьому світі. Вже той факт, що реальний перехідний період заперечується як теорією, так і практикою, і що модель зрілого верховенства права лише проголошується, щоб стати дійсністю в майбутньому³, неодмінно призведе до протилежного результату. Зокрема, новий режим – хоча він, звісно, і містить надлишок заборон і нестачу дозволів, а також не забезпечений надійними механізмами функціонування і здатний лише на розвиток шляхом нових домовленостей, у той час як на практиці доводиться стикатись із щоденними конфліктами, а отже, він вимагає більш тривалого періоду часу, – за великим рахунком, потребує всього лише перегляду власного минулого, яке заперечується: хоча й у новій формі та за новими законами, але з поновленням багатьох старих владних структур, налагодженням зв'язків, що тимчасово знаходяться у тіні, виключно з метою реорганізації для забезпечення в результаті можливості поступової перебудови, а в кінцевому рахунку, встановлення контролю над усім політичним та соціально-економічним процесом. Інакше кажучи, наслідком може бути діалектичне зняття в результаті подолання минулого (в термінах гегелівської тріади «заперечення / збереження / перехід на вищий рівень»). Це

¹ Пор., напр.: [2–7].

² Для порівняння див.: [8].

³ Пор. із заявою президента (засновника) Угорського Конституційного Суду, Л. Шайо, у якій він категорично стверджує, коментуючи одне з видань [9, с. 51]: «Я засмучений і розгніваний терміном «перехід»: як довго ми збираємося знаходитись у перехідному періоді?! Три роки – занадто довгий строк в епоху швидких змін. Юридично перехід було завершено... 23 жовтня 1989 р. ...З цього моменту Угорщина повинна розглядатись як правова держава..., отже, з точки зору закону, яких-небудь подальших етапів трансформації не існує».

приклад того, як і чому минуле може обернутися теперішнім, що здатне визначити майбутнє та сучасну історію регіону.

Усе це означає, що різні історичні умови, що визначають, чому і в силу яких обставин ми стикаємось із проблемою, можуть визначити підхід (включаючи ідеологізацію та всеохоплюючий вплив) до всього процесу перетворень.

Відповідно, військова загроза, поєднана з необхідністю самооборони, переважала у першому випадку, а здобуття вигоди із ситуації, що склалася, в ході розширення контролю над стратегічними країнами було головним мотивом у другому, навіть якщо давно озвучене прагнення повернутись до інституціональної Європи як такої¹ і задало від початку загальні рамки (зразком виступило ЄЕС, а ще раніше НАТО) для останнього, включаючи мету поступової асиміляції цією складною системою². У результаті зацікавленість принаймні однієї надвпливової сторони з головних партнерів із перетворень є, імовірно, основним фактором, який пояснює, чому і якою мірою очевидна штучність тотального регулювання мала бути глибинною характеристикою останньої моделі транзиту.

На кону власні життя	На кону встановлення контролю над стратегічними країнами в ситуації вакууму влади та фінансової залежності останніх
засудження діянь та притягнення до відповідальності виконавців	керівництво здійснюється представниками попереднього режиму, які вціліли
військовий режим / вживають військових заходів	адаптація готових моделей ЄС та/або інших запропонованих ³
проблема внутрішніх національних інтересів не стоїть	практично повна відсутність привілеїв для внутрішніх національних інтересів
всебічні зміни	нічого не змінюється, а в кінцевому рахунку застосовуються силові методи

У результаті це призвело переважно до добре відомої перебудови, в ході якої тривала майже така сама гра і утвердження інтересів, але з частковою заміною залучених партнерів. Жорсткіший графік, що до того ж прискорюється під час перетворень, а також відчуття потреби знову з'єднатись з Європою як такою обумовили той факт, що велика кількість іноземних нормативних актів стали просто запозичуватись без відповідного бажання і реальної можливості їх адаптації та вдосконалення. Ідеал верховенства права, який набув розвитку у порівняно ранній період перетворень (завдяки, якщо використати усталений зворот, остаточному падінню комунізму і, таким чином, початку реального функціонування певної моделі верховенства права), з позиції крайного легалізму та під-

¹ Країни, що належать до Центральної Європи, останні тисячу років по суті належали до Європи Західної (не Східної), незважаючи на те, що політичні угоди можуть відносити їх до сфери впливу Східної Європи, як це трапилось востаннє в результаті Ялтинського договору в 1945 р. Детальніше щодо історичного аспекту див.: [10].

² Пор.: [11].

³ Пор.: [12].

креслено юридичним трактуванням процесу як такого (як реакція на правовий нігілізм, яким просякнута будь-яка диктатура, і у відповідь на широко висловлене прагнення народу покласти край надмірній політизації всіх буденних проблем, характерній для ери комунізму) міг призвести тільки до проміжного результату: після одних-двох виборів парламенту та уряду, що проголошують як перебудову, так і фундаментальну реформу старого режиму, старі-нові сили переважно старого режиму могли тепер взяти керівництво у свої руки під оновленими і, на перший погляд, легітимними гаслами, проте насправді відкриваючи країну вільному ринку глобального капіталу без належного (або належним чином узгодженого) врахування місцевих інтересів з метою їх утвердження та захисту.

Або, врешті-решт, співвідношення відповідних витрат на інвестування та отриманих від нього прибутків змінювалось також і з точки зору того, яка сторуна брала на себе цей тягар та мала більше шансів отримати вигоду з цієї заздалегідь спланованої ситуації.

	Величезні витрати на військову інтервенцію	Практично відсутні витрати на контроль
у короткостроковій перспективі	відсутність впливу на післявоєнні життєві стандарти	зниження життєвих стандартів і втрата національного багатства
у довгостроковій перспективі	радикальне оновлення / успіх у результаті	непевненість у майбутньому / сподівання та невиконані обіцянки

У ширшій історичній перспективі все це вплинуло на зміну способів розуміння і застосування верховенства права тоді і зараз, призвівши до перевороту тією мірою, якою науково-філософська і науково-методологічна проблема осмислення історичної ідеї еволюціонувала в завдання сприяти утвердженню відповідної правової практики як кінцевої мети (щоб водночас і розвиватись інтелектуально, і бути частиною самої онтології соціального існування)¹. Майже протилежні передумови можуть бути реконструйовані з двох історичних прикладів (тоді і зараз) процесу переходу до верховенства права.

Конкретно-історичне розуміння верховенства права	Абстрактно-абсолютистське розуміння верховенства права
згідно з К. Шміттом [14]: історія / ідеали унікальні та історично обумовлені	первинний універсалізм
згідно з Е. Бьорком: досягнення мають бути здобуті у боротьбі, долаючи перешкоди	питання тільки твердого наміру, рішучості та проголошення
соціологічний підхід: ми, індивіди, і суспільство вкорінені в культурі	механічний (квазібіологічний) детермінізм: для будь-якого суспільства, незалежно від часу та умов

¹ Стосовно онтологічного статусу та значення *juristische Weltanschauungen (lawyerly ideologies)* в існуванні права див.: [13].

Така разюча відмінність базових передумов пояснює, чому у першому випадку було досягнуто бажаного результату і багато в чому дійсно демократичного ладу, в той час як у другому випадку, принаймні на цей момент, лицемірство та від початку деформована політико-правова культура залишаються перешкодами для цього, ніби ілюструючи стрімку девальвацію цінностей, яка супроводжується низькою ефективністю якісного відбору (що майже вісімдесят років тому передбачив та описав як «повстання мас» Х. Ортега-і-Гассет [15]).

II

Практика Центральної та Східної Європи варіює залежно від того, як розуміється верховенство права: як завершений і систематизований набір умов чи як найбільш визнаний ідеал, сформульований колись у відповідь на певні виклики в умовах конкретних культур та за певних історичних обставин, тобто як мистецтво балансування між відмінними, більше того, конкуруючими цінностями та інтересами в межах власного етосу, або, інакше кажучи, як боротьбу, що насправді ніколи не припиниться. Адже немає нічого амбіційнішого за перманентний процес навчання як такий: поєднання різних точок зору, нашарувань та рівнів, що знову і знову виявляють нові особливості, — процес, який щойно подолавши щоденну рутину, як у типових ситуаціях, так і широко застосовуваних рішеннях, зустрівся з новими викликами¹.

Описана вище подвійність розуміння може бути, відповідно, наведена таким чином.

Верховенство права як конкретно-історична модель	Верховенство права як універсальна абстрактна вимога
власне досягнення у відповідь на власні виклики	рецепт, колись створений десь як завершений та вдосконалений кимось
«не є угодою про колективне самогубство» ²	має бути реалізоване будь-якою ціною
частина специфічної для нас культури	мають бути дотримані мінімальні універсальні умови
має розвиватись творчо та бути чутливим, щоб можна було застосовувати його у житті	має безумовно поважатись як головний критерій виживання в даній спільноті

¹ Стосовно того, якою мірою те, що зараз розглядається — навіть якщо помилково — як вочевидь безпрецедентний історичний виняток в локальному (або регіональному та в будь-якому разі епохальному) контексті, може бути перенесено на модальність, у подальшому пристосовану — ніби скопійовану — до минулого виключення, що було зроблене десь ще, модальність, яка вже була включена до загальноприйнятої практики, пор.: [16].

² «Верховенство права не є і не може розглядатись як колективна угода про самогубство» — як казав Дж. Фінніс у Будапешті 19 лютого 1990 р. на міжнародній конференції, присвяченій «верховенству права / правовій державі», яка була організована політичною партією *FIDESz* (зараз найсильніша серед опозиції до старих-нових комуністів у парламенті), посиляючись на викладене вище як на практично єдину тезу з розгалуженої західної літератури з верховенства права, яка може бути застосована до нашого регіону (який опинився у зовсім нових,

Застерігаючи від романтичного антиісторизму, що також ігнорує наукові досягнення минулого століття, особливо присвячені юридико-соціологічному та юридико-антропологічному аналізу класичних прикладів трансплантації та їх високорозвинене *Rezeptionslehre* (вчення про рецепцію)¹ — резюмуючи, що просто вольові дії (тобто застосування сили) не здатні забезпечити запозичення, яке могло б органічно увійти до діючого права таким чином, щоб надати йому імпульсу, порівняного з ефективністю його функціонування в первинному контексті, — тільки окремі дослідження орієнтовані на те, щоб привернути увагу вчених до фактів минулого, якими надзвичайно багаті історичні повідомлення.

Одна з цих течій мала на меті встановлення зв'язку, з одного боку, між триваючими процесами та їх ідеологізацією, і критицизмом, що виріс із руху «Право і модернізація»², а з другого — між головними факторами його поразки (скоріше повної, аніж часткової), переважно в латиноамериканському контексті³, та його виживанням, більше того, відродженням у концептуалізації та методологічній підготовці змін, що мають бути викликані до цього часу на новій території, такій як Центральна і Східна Європа⁴, багато в чому завдяки його поєднанню з етноцентризмом, що ґрунтується на абстрактно-універсальній позиції глобальних підходів, розглядаючи суспільство як дещо, позбавлене власного минулого і традицій, а, відповідно, такого, що може розглядатись ніби механічно.

Інший напрям намагався реконструювати історичні умови виникнення потреби у верховенстві права: де, як і в результаті яких викликів воно набуло розвитку, завершуючись відповіддю на дилему, чи є воно культурним ідеалом, до якого слід прагнути, співвідносячи за і проти, зважуючи та збалансовуючи його конфліктуєчі аспекти, навіть якщо в результаті його ніколи не можна досягти в чистому вигляді, або, якщо говорити про сучасні умови з усталеними стандартами, як у міжнародному масштабі, так і всередині країни, воно являє собою просто заданий набір ясно сформульованих нормативних вимог, які можна легко виконати, чітко, формально і за будь-яких умов.

Це протиріччя було пом'якшене третім напрямом, яке проливає світло на основні відмінності в *mentalités juridiques*⁵, які зумовили існування двох головних історичних проявів однієї ідеї [32]. Йдеться власне про верховенство права, що набуло розвитку в сім'ї загального права, з одного боку, і у формі

не відомих раніше умовах, зіткнувшись із переходом від грубої диктатури). Див. також: [17, с. 175]. Для порівняння див.: [18].

¹ Див. головним чином: [19] або [20], а також довгу серію досліджень окремих випадків, таких, напр., як [21] та [22].

² Пор. як його ранню монографічну критику: [23].

³ Стосовно основної маси критики, пор., напр.: [24–27].

⁴ Пор., як найбільш показовий приклад: [28].

⁵ Вислів П. Леграна, напр., у вражаючій готовності бути використаним більш серйозно, у його «*European Legal Systems Are not Converging*» [29] та синтезоване у «*Le droit comparé*» [30]. Про те саме, хоча й у контексті пояснення (на прикладі німецької та англійської мов) того, як різна термінологія, що походить із різного слововжитку і культурно-специфічного сприйняття, представляє континентальне право і загальне право відповідно, див. новаторське дослідження П. Сака [31].

Rechtsstaatlichkeit (правової державності) в рамках континентальної традиції — з другого. У першому випадку передбачається можливість судового розгляду з непередбачуваним фіналом, у той час як у другому, формальна безпека права / у праві (*of/in*) забезпечується просто правовими приписами. Парадоксальним чином, хоча абсолютна досконалість права як прийнятого без прогалин і такого, що не потребує нічого на додаток до ніби механічного застосування, й живить останній підхід [33], у глобальному обміні використовується переважно перший, в якому верховенство права розглядається як закритий набір вимог, розроблений майже до найменших дрібниць [34].

III

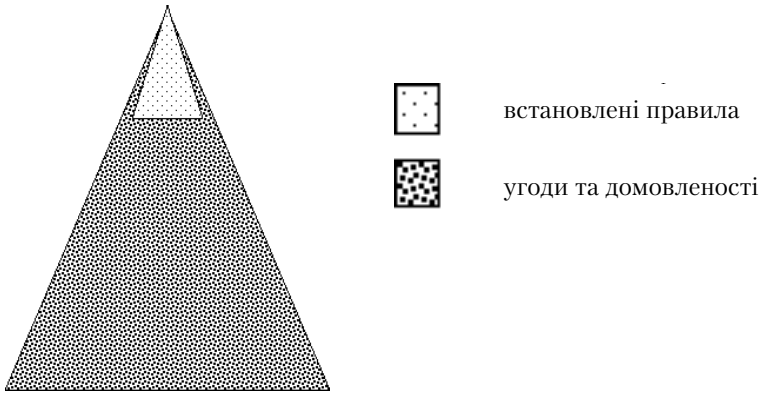
Як вже давно виявлено правовою соціологією, а потім також і правовою герменевтикою, правова система у дії являє собою вочевидь дещо більше, ніж просто каркас із формальних нормативних актів. Насправді це функціональна єдність формальних і неформальних складових, що існує на базі певної правової культури і ґрунтована у відповідній правовій традиції [35]. Як вдало було відзначено скандинавським правовим реалізмом¹, за правилами, встановленими чи випадково відтвореними, можна з точністю визначити тип вже діючої базової нормативності², з якої вони можуть виходити на поверхню як видимі вершини айсбергу, не більше того. В остаточному підсумку запозичення ризикують виявитись затиснутими в контекст, який залишається, можливо, незмінно, чужим для них, або відмежовуючи себе від даної системи (як зовнішнє втручання у та як вигнання за межі), або руйнуючи саму систему, змінюючи напрям її подальшого розвитку штучним (силовим) шляхом, розриваючи з її вихідною культурою і традицією.

Наведений рисунок (див. с. 55) добре демонструє, що жодний підхід до діючої правової системи не може бути зведений до певного набору прийнятих правил, сформульованого на основі певної офіційної теорії джерел права. Інакше кажучи, правила забезпечують тільки основне регулювання і просто позначають напрями, які визначають сферу і способи юридичної оцінки, аргументації та обґрунтування. Це звичайний стан всіх високорозвинених правових систем, який утвердився і викристалізувався в ході практики, навіть якщо на перший погляд це й непомітно. Відповідно, у драматичні часи, коли прийняті правила змінюються в силу революційних нововведень і масових правових запозичень, базові соціальні практики, як і вміння, почуття та звички через/у (*through/in*) юридичній практиці, також втраять ґрунт, в той час як угоди та домовленості, покликані заповнити прогалини та зробити каркас правил життєздатним, мають набувати підґрунтя роками — імовірно, протягом багатьох десятиліть³, — доки існуючу правову систему не можна буде назвати такою, що відповідає очікуваному результату.

¹ Детальніше (з деякими текстами, відтвореними для використання у підручниках), див.: [36].

² Стосовно останньої теорії про серце юридичності див.: [37].

³ Чи навіть століть, якщо мова йде про досягнення сильного правового статусу, як, наприклад, у монарха в Англії.



Утім може статися що завгодно, якщо цьому сприятимуть ті, хто достатньо рішуче налаштований здобувати вигоду завжди, коли є хоча б найменша можливість, за умови, що совість дозволяє це робити¹. Деякою мірою глобальна трагедія Росії після падіння комунізму також може бути пояснена послабленням центрального регулювання і як наслідок падінням старого режиму, який, незважаючи на всю його візантійсько-азіатсько/монгольсько-більшовицьку складність, був хоча й послаблений, але в будь-якому разі здатний забезпечити базовий рівень, необхідний для простого виживання народу².

Ще більш показовими є деякі приклади з новітньої історії Угорщини. Зокрема, під сильним впливом доктринерського лібертаріанського курсу під час перших років першого вільно обраного уряду після падіння комунізму поліція настільки боялась використовувати зброю, що більш ніж у двох випадках молодих поліцейських було вбито на нічному чергуванні крадіями дуже дешевих старих автомобілів³. Легалістські настрої настільки переповнили уряд, що після півстоліття радянської окупації не було ефективних методів забезпечення національної безпеки. Достатньо пригадати, наприклад, офіційне опитування всіх угорських дипломатів, генералів армії та поліції щодо того, чи були вони колись і/або чи продовжують бути агентами будь-якої мережі, скажімо, радянських секретних відомств. А надзбагачення без правової підстави, що здатна була б виправдати його обсяги, змогло неконтрольовано продовжуватись всі ці роки, практично аж до сьогодні, в той час як всі наступні закони, подані на розгляд до цього часу з метою хоча б встановити на майбутнє заходи, що гарантували б мінімум відкритості в процесах так званої приватизації (яка, до речі, завершилась втратою двох третин національного багатства без належної компенсації у вигляді прямих фінансових активів або непрямих економічних вигод), також були відхилені надактивістськими рішеннями конституційного суду.

¹ Див. на прикладі Литви: [38], а також [39].

² Див.: [40]. Пор. також з його есе, огляд яких наведений автором у «*Failed Crusade: American Self-confidence, Russian Catastroph*» [41].

³ Головним чином, у маленьких містах на світанку, вірогідно, злочинцями з країн — наших східних сусідів, де старі «Жигулі», які в Угорщині вартують трохи більше 2000 доларів США, все ще користувалися попитом.

Відмінність у базисних *mentalités juridiques* достатньо переконлива у такому контексті. У той час як у межах континентальної традиції будь-яка справа розглядається як проблема, що має бути вирішена безпосередньо і точно на основі права, найкорисніша американська пропозиція, колись адресована моєму уряду як відповідь на поставлені мною запитання¹, полягала саме в тому, щоб уникати прямих шляхів, особливо зазначених у праві. Достатньо двох прикладів. З одного боку, замість наступного очищення, було запропоновано запровадження тесту на фізичну придатність для певного омолодження вищих ешелонів армії та поліції із сумнівним минулим. А з другого, використання за прикладом США опитувань щодо так званого розуміючого ставлення до національної безпеки, тобто добровільного надання всіх даних, необхідних для того, щоб почати управління людськими ресурсами на відповідній основі, розглядалось як рішення окресленої вище проблеми.

Отже, з усього викладеного випливає, що в той час як субстанціональні шляхи можуть легко виявитись проблематичними, процедурні набагато більш нейтральні, оскільки є стійкими і виключають будь-які сумніви. Інакше кажучи, у справах, подібних описаним вище, методологія континентального права, поєднана з практиками, відомими у загальному праві, може виявитись набагато практичнішою і стабільнішою, ніж розгляд справи як оскарження необхідності розширення чи обмеження чийогось права. Тобто подібна проблематика у прагматизмі мови об'єктів, перекладена на нормативно обмежену метамову права, може представляти і фактично підтримувати різні, більше того, антагоністичні риси, а відповідно, й цілі, залежно від (субстанціонального або процедурного) напрямку і обраних та задіяних (інституціональних) механізмів, таким чином, наперед визначаючи юридичну техніку, домінуючу в цій сфері².

IV

Чи вийшла нова мова переважно американською, тобто сформульованою в термінах прав і прав людини, і наскільки специфічна термінологія того, хто запозичує, та процедурний підхід подрібнює, чи навіть руйнує загальну відповідальність, народжену колись заради *res publica* та існуючу навіть за старого режиму, — це ще одне питання, яке має бути розглянуто в контексті наукового дослідження рухів «Право і розвиток» та «Право і модернізація», а також глобальних правових обмінів.

Відповідно, що особливо важливо в даному випадку, в рамках нової реальності, яка формується під гаслом верховенства права після падіння диктатури, відбувається конкуренція державних органів. Згідно з новим законодавством, гілки державної влади — парламент і конституційний суд, уряд і верховний суд,

¹ Коли, крім роботи в академії та університеті, я також був членом Погоджувального комітету при Прем'єр-міністрі Республіки Угорщини між 1991 та 1994 рр., такі та подібні їм поради були найцікавішими з тих, що ми отримували під час приватних візитів до наших партнерів у Посольстві США в Будапешті або, переважно, у МЗС США, до Голови Об'єднаного комітету начальників штабів, а також до Національної ради безпеки у Вашингтоні.

² Щодо трансформації магічних конструкцій у праві див.: [42].

так само як і низка омбудсменів — навіть зараз (після спливу майже двох десятиліть) ще не відповідають повною мірою своєму правовому статусу. Водночас їх компетенція поступово розширюється, наскільки це тільки можливо, при досить обмеженому і надзвичайно вузькому погляді на власні можливості і здібності, але без будь-якого наміру захистити загальні (тобто національні) інтереси або об'єднати зусилля з іншими гілками державної влади з такою метою (яку складно сформулювати юридично, а в подальшому пояснити). Ураховуючи це, невтішні висновки є не чим іншим, як різновидом практичної анархії, проливаючи неприємно двозначне світло на поширене розуміння сутності й мети верховенства права, яке сьогодні стає схожим радше на комуністичний міф і пропаганду світлого майбутнього, ніж на те, чим воно уявлялось два десятиліття тому, коли стало контрсимволом, за допомогою якого можна було переконливо продемонструвати крайнє незадоволення всіма формами того, що ми вже колись знали як «існуюча нині система соціалізму».

У будь-якому разі, залежно від того, про який інструмент йдеться, вибір врешті-решт має бути зроблений між позиціями циркового дресирувальника та садівника.

Цей вибір має безпосереднє відношення до висновків, яких дійшли дві американські течії, найбільш дотичні до згаданих проблем. Зокрема, етноцентризм та культурний імперіалізм стали двома ключовими словами, які позначають сенс нового надісторичного утопізму, що точно виражає сучасні тенденції глобалізації через всебічну універсалізацію¹. Інакше кажучи, критична маса паперів, накопичених Світовим банком, змінюється залежно від остаточного вибору, який буде зроблено між двома напрямками: або, за абстрактного розуміння верховенства права, модель циркового дресирувальника, який транслює і втілює в життя власну волю, як дещо, заздалегідь визначене, або, за конкретно-історичного та локально-унікального розуміння верховенства права, модель садівника, який (1) сприймає певну культуру як даність (обробляючи її ґрунт та вирощуючи її рослини); тому (2) має сприяти подальшому розвитку її специфіки (замість реалізації власного уявлення про верховенство права або використання досвіду, запозиченого в когось в іншому місці та в інший час, шляхом простого його перенесення та застосування); у результаті чого (3) верховенство права як модель може бути не більше ніж безперервним навчанням всіх залучених суб'єктів (рівною мірою і піонерів, які історично сформували її, і учнів, які, втім, зросли настільки, що самі можуть стати вчителями нарівні з першими).

V

У будь-якому разі, а особливо в сучасній Центральній Європі з активною конституційною юстицією, існує спокуса змінити попередній нігілізм стосовно верховенства права [45] певною формою фетишизму стосовно нього², що може

¹ Щодо основної критики течій «*Law & Development*» та «*Law & Modernization*» див.: [34]. Стосовно прагнення до глобалізації через універсалізацію як ментальну особливість, внутрішньо притаманну США, які, будучи наддержавою, набагато більш чутливі до сутнісних питань, ніж до дрібниць, див. огляд: [43; 44].

² На підтвердження існування в Центральній і Східній Європі ностальгічного ідеалу

ще більше посилити залежність даних країн від зразків, яким вони слідують, і, таким чином, послабити їх творчий потенціал, почуття самоповаги і відповідальності, життєво необхідні для їх успішної відбудови.

Отже, у сучасних суспільствах варіації ідеалу верховенства права, описані в перших двох параграфах в контексті характеристики післявоєнного розвитку, можуть бути якнайкраще типізовані за допомогою наведеної нижче таблиці. Немає необхідності підкреслювати, що сама ця типізація сконцентрована на перехідному-до-верховенства-права розумінні останнього, як найбільш суворому та формальному, спрощеному та вкрай неофітському типі, представленому в обраному Конституційним Судом Угорщини шляху, односторонньо нав'язаному країні, який порівнюється з набагато більш зрілим та збалансованим типом, сформованим одразу після переходу до верховенства права після Другої світової війни, що ілюструється діяльністю Конституційного Суду Німеччини.

Німецький Конституційний Суд	Угорський Конституційний Суд
збалансований захист основних конституційних цінностей	попередній нігілізм змінено на фетишизм
не зв'язаний нічим, крім власного Основного Закону	«елегантне лавірування» ³
враховуються очікування знизу	зібрання фанатиків, що безпеліційно затверджує рішення і встановлює цінності
всебічність демократична участь / сфера діяльності охоплена за можливістю	однобічність демократична участь / сфера діяльності виключена принципово
потрібна постійна легітимація	легітимність впливає просто зі статусу
минуле припиняється	минуле триває
право можна спостерігати в повноті його здійснення та застосування	пропонування зразків / послаблення творчого потенціалу в адаптації

Відповідно, з одного боку, у післявоєнному зрілому типі ідея верховенства права виростає — якщо говорити символічно — з трави, як результат добре відчутної потреби внизу, на дні. Таким чином, воно зберігає все скоріш шляхом

верховенства права як такого, що відображує їх довоєнне минуле, і практичної нестачі певного впливу післявоєнних континентальних (західних) подій на юридичний стиль і спосіб мислення щодо їх джерел та шляхів розвитку (показовим прикладом є висування на перший план принципів як основи аргументації, поновлена чутливість до вимог природного права, особливо у формі «природи речей», і зростаюча конституціоналізація даних проблем), див., на додаток до статей автора — [46], з одного боку, і [47], з другого — [48].

Стосовно неоднозначної ролі, яку відіграв Угорський Конституційний Суд, доволіно встановлюючи, що має означати верховенство права в Угорщині, а потім роблячи власні неоспорювані висновки, що перетворювались на кінцеву мету і *sine qua non* (необхідну умову), див.: [49].

¹ Цитата одного з суддів Конституційного Суду першого скликання з доповіді про результати їх діяльності, Ім. Вереша у «*Gábor Halmai & Csaba Tordai [conversation]*», «Це буде менш елегантне лавірування над правовою системою» [50, с. 68].

чуйного ставлення до народу, демократичної участі в широкому сенсі. Або, під гаслом верховенства права на практиці може відбуватись що завгодно, за умови, що практика демонструє його постійну широку підтримку. Або, його стабільне функціонування у своїй основі обумовлене рухом паралельно з точно відчутими очікуваннями, принаймні у тому сенсі, що верховенство права не повинно стати зарозумілим зібранням фанатиків, що визначає політичні шляхи і національну стратегію розвитку, реформування моральних переконань і утвердження цінностей, а має залишатися обережним, нейтральним і гармонічним, зв'язаним у прийнятті рішень тільки своїм Основним Законом, не привласненим конституційним судом країни, а таким, що поважається як основа життя всіх громадян. Тому вартувий конституційності не відділяє себе ні від народу, ні від окремих груп людей.

З іншого боку, посткомуністичний тип, як популярний переважно серед спеціалістів з відкритого суспільства та сил глобалізму, недвозначно віддав перевагу формалізму і суворому правовому позитивізму всюди, де існувала небезпека негативної оцінки його творчих нововведень. Наприклад, достатньо рано для визначення загального напрямку і кінцевого результату переходу Угорський Конституційний Суд зайняв позицію, у якій було штучно створено протиріччя між законністю і справедливістю¹, у результаті чого він надав перевагу передбачуваності, як єдиній гарантії *formale Rechtssicherheit* (формальна правова гарантованість), перед будь-якими матеріальними чи субстанціональними цінностями, прийшовши зрештою від формальної безпеки у праві/права до зв'язку верховенства права з минулим, заснованого на повній відмові від усього, що стосується верховенства права. Таким чином, і скоріше непередбачувано, він зазвичай робив висновок про неконституційність деяких ключових актів (законопроектів і законів), не спираючись ні на що, крім власної віртуальної «неписаної конституції» або помилкових посилок на рішення «цивілізованих націй», або, якщо певна стаття конституції визнавалась як джерело права в цілому, просто опису Республіки Угорщини як «незалежної, демократичної держави з верховенством права»². У такий спосіб він міг, звичайно, стати керівною силою посткомуністичної трансформації Угорщини, сприяючи її виродженню у нічим не обумовлену послідовність, що могла врешті-решт законсервувати старі політичні сили, які зараз могли б повернутись як нові, забезпечені, серед іншого, новою легітимністю на основі верховенства права.

¹ Стосовно різних рішень, ухвалених сусідніми країнами, див.: [51].

² Конституція, Акт XL (25 червня 1990), параграф 2, частина 1.

Слід зазначити, що Угорський Конституційний Суд трактував цей аргумент як основу для формулювання аргументів проти прихильників державного втручання в економіку, незважаючи на те, що поняття «верховенство права» не потребує жодної однозначної юридичної дефініції.

Стосовно перших дев'яти років впорядкування судом шляхів змін див. попереднє зауваження. Щодо відносної відкритості верховенства права, як ідеального принципу, так і конкретного рішення, зваженого в межах ідеального балансу *hic et nunc* та *in concreto* в даних правових обставинах у цілому, див.: [52].

В умовах зміни часів і політичних вподобань щодо управління такий підхід до верховенства права ніколи не прагнув популярності або участі у демократичних процесах. Занадто складно було переконати когось, бути почутим і отримати позитивні відгуки, на основі яких могла бути вирішена доля нації. У багатьох справах конституційна юстиція обрала напрям, прямо протилежний позиції більшості у публічному секторі, включаючи парламент, уряд, політичні партії, а також академічну спільноту та університети, повною мірою усвідомлюючи тільки одне: він не підлягає жодному контролю, а його рішення мають конституційну силу *eo ipso*, отже, його односторонні акти від початку є неоспорюваними.

Інакше кажучи, ідея верховенства права як така зведена тут до всесильної та безконтрольної дискреційної влади. Замість опікування суспільним прогресом і долею народу, ця конституційна юстиція обмежувалась утвердженням власних інтересів, ігноруючи інші фактори, оскільки заздалегідь гарантовано, що вид конституційності, яку вона позиціонує як головну цінність, необхідну для виживання нації, від початку притаманний їй та втілений у ній.

У такій ситуації¹ роздуми А. Дайсі про суспільну думку як найважливіше підґрунтя будь-якого прогресу в праві [54] залишаються уроком, який нам ще належить засвоїти; це факт, незважаючи на який різноманітні форми, у яких ідею верховенства права було інституціоналізовано до сьогодні, постають як сильна цивілізаційна цінність.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Varga C.* Transformation to Rule of Law from No-law: Societal Contexture of the Democratic Transition in Central and Eastern Europe / C. Varga // The Connecticut Journal of International Law. — 1993. — № 8. — P. 487–505.
2. *Friedmann W.* The Allied Military Government in Germany / W. Friedmann. — London : Stevens, 1947.
3. *Nobleman E. E.* American Military Government Courts in Germany: Their Role in the Democratization of the German People / E. E. Nobleman. — Ft. McPherson, Ga, 1950.
4. *Montgomery J. D.* Forced to be Free: The Artificial Revolution in Germany and Japan / J. D. Montgomery. — Chicago : The University of Chicago Press, 1957.
5. *Redford L. H.* (ed.) The Occupation of Japan: Impact of Legal Reform / L. H. Redford (ed.). — Norfolk, Va. : MacArthur Memorial, 1977.
6. *Waibel D.* Von der Wohlwollenden Despotie zur Herrschaft des Rechts: Entwicklungsstufen der amerikanischen Besatzung Deutschlands, 1944–1949 / D. Waibel. — Tübingen : Mohr, 1996.
7. *Diestelkamp B.* (ed.) Zwischen Kontinuität und Fremdbestimmung: Zum Einfluss des Besatzungsmächte auf die deutsche und japanische Rechtsordnung, 1945 bis 1950 / B. Diestelkamp (ed.). — Tübingen : Mohr, 1996.
8. *Sorokin P.* The Sociology of Revolution / P. Sorokin. — Philadelphia & London : J. B. Lippincott Co, 1925.
9. *Grudzinska-Gross I.* (ed.) Constitutionalism in East Central Europe: Discussions in Warsaw, Budapest, Prague, Bratislava / I. Grudzinska-Gross (ed.). — Bratislava : Czecho-Slovak Committee of the European Cultural Foundation, 1994.

¹ Питання про те, чи дозволяють умови розвитку консолідувати демократичні починання, аналізується у ширших рамках соціальної науки К. Кульчаром [53].

10. *Szücs J.* The Three Historical Regions of Europe // *Acta Historica Academiae Scientiarum Hungaricae*. — 1983. — № 29. — P. 131–184, частково перевидано у: Gessner V., Hoeland A. & Varga C. (ed.) *European Legal Cultures* / J. Szücs. — Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney : Dartmouth, 1996. — P. 14–48.
11. *Höland A.* Évolution du droit en Europe centrale et orientale: assiste-t-on à une renaissance du «Law and Development»? / A. Höland // *Droit et Société*. — 1993. — № 25. — P. 467–488.
12. *Mattei U.* Introducing Legal Change: Problems and Perspectives in Less Developed Countries / U. Mattei. — World Bank Workshop on Legal Reform in Washington, D.C., April 14, 1997 [manuscript], Berkeley & Trento, 1997.
13. *Varga C.* The Place of Law in Lukács' World Concept / C. Varga. — Budapest : Akadémiai Kiadó, 1985.
14. *Varga C.* Change of Paradigms in Legal Reconstruction (Carl Schmitt and the Temptation to Finally Reach a Synthesis) / C. Varga // Peter Wahlgren (ed.), *Perspectives on Jurisprudence: Essays in Honor of Jes Bjarup*. — Stockholm : Stockholm Institute for Scandinavian Law [= 48 Scandinavian Studies in Law], 2005. — P. 517 – 529, або: LXXXI *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 2004. — P. 691–707.
15. *Ortega y Gasset J.* La Rebelión de las masas / Ortega y Gasset J. — Madrid : Revista de occidente, 1930, а також: *Revolt of the Masses*. — London : Allen & Unwin — New York : Norton, 1932, або *Notre Dame : University of Notre Dame Press*, 1985.
16. *Posner E. A.* Transitional Justice as Ordinary Justice / E. A. Posner, A. Vermeule // *Harvard Law Review*. — 2004. — № 17. — P. 761–825 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/resources/40.eap-av.transitional.both.pdf>.
17. *Finnis J.* *Natural Law and Natural Rights* / J. Finnis. — Oxford : Clarendon Press, 1980.
18. *Varga C.* *Transition to Rule of Law: On the Democratic Transformation in Hungary* / C. Varga. — Budapest : ELTE «Comparative Legal Cultures» Project, 1995.
19. *Kulcsár K.* *Modernization and Law* / K. Kulcsár. — Budapest : Akadémiai Kiadó, 1992.
20. *Sajó A.* *Társadalmi-jogi változás [Socio-legal change]* / A. Sajó. — Budapest : Akadémiai Kiadó, 1988.
21. *Starr J.* *Dispute and Settlement in Rural Turkey: An Ethnography of Law* / J. Starr. — Leiden : Brill, 1978.
22. *Scholler H.* (ed.) *Westliches Recht in der Republik Türkei: 70 Jahre nach der Gründung* / H. Scholler (ed.). — Baden-Baden : Nomos, 1996.
23. *Gardner J. A.* *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America* / J. A. Gardner. — Madison : University of Wisconsin Press, 1980.
24. *Trubek D. M.* *Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development* / D. M. Trubek // *Yale Law Journal*. — 1972. — № 82. — P. 1–50.
25. *Franck T. M.* *The New Development: Can American Law and Legal Institutions Help Developing Countries?* / T. M. Franck // *Wisconsin Law Review*. — 1972. — № 12. — P. 767–801.
26. *Trubek D. M.* *Scholars in Self-estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States* / D. M. Trubek, M. Galanter // *Wisconsin Law Review*. — 1974. — P. 1062–1102.
27. *Merryman J. H.* *Law and Social Change in Mediterranean Europe and Latin America: A Handbook of Legal and Social Indicators for Comparative Study* / J. H. Merryman, D. S. Clark, L. M. Friedman. — Stanford : Stanford University Press & Dobbs Ferry, N. Y. : Oceana, 1979.

28. *Linz J. J.* Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe / J. J. Linz, A. Stepan. — Baltimore : Johns Hopkins University Press, 1996.
29. *Legrand P.* European Legal Systems Are not Converging / P. Legrand // The International and Comparative Law Quarterly. — 1996. — № 45. — P. 53–81.
30. *Legrand P.* Le droit compare / P. Legrand. — Paris : Presses Universitaires de France, 1999.
31. *Sack P.* Law & Custom: Reflections on the Relations between English Law and the English Language / P. Sack // Rechtstheorie. — 1987. — № 18. — P. 421–436.
32. *Varga C.* Legal Traditions? In Search for Families and Cultures of Law / C. Varga / Moreso J. J. (ed.) Legal Theory / Teoría del derecho: Legal Positivism and Conceptual Analysis / Postivismo jurídico y análisis conceptual: Proceedings of the 22nd IVR World Congress Granada 2005, I, ARSP Beiheft 106. — Stuttgart : Steiner, 2007. — P. 181–193, ra: Acta Juridica Hungarica. — 2005. — № 46. — P. 177–197.
33. *Varga C.* Varieties of Law and the Rule of Law / C. Varga // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. — 1996. — № 82. — P. 61–72.
34. *Varga C.* Reception of Legal Patterns in a Globalising Age / C. Varga // Calera N. L. (ed.) Globalization, Law and Economy / Globalización, Derecho y Economía: Proceedings of the 22nd IVR World Congress, IV, ARSP Beiheft 109. — Stuttgart : Franz Steiner Verlag, 2007. — P. 85–96.
35. *Varga C.* Comparative Legal Cultures / C. Varga. — Aldershot, Hong Kong, Singapore, Sydney : Dartmouth & New York : The New York University Press, 1992.
36. *Visegrády A.* Scandinavian Legal Realism / A. Visegrády // Skandináv jogi realizmus. — Budapest : [Szent István Társulat], 2003.
37. *Pattaro E.* The Law and the Right: A Reappraisal of the Reality that Ought to be / E. Pattaro. — Dordrecht : Springer, 2007.
38. *Varga C.* Rule of Law between the Scylla of Imported Patterns and the Charybdis of Actual Realisations (The Experience of Lithuania) / C. Varga // Acta Juridica Hungarica. — 2005. — № 46. — P. 1–11, ra: Rechtstheorie. — 2006. — № 37. — P. 349–359.
39. *Varga C.* Rule of Law – At the Crossroads of Challenges / C. Varga // Sadakata M. (ed.) Legal and Political Aspects of the Contemporary World. — Nagoya : Center for Asian Legal Exchange, Graduate School, Nagoya University, 2007. — P. 167 – 188, ra [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.jak.ppke.hu/hir/ias/20051sz/20051.pdf>.
40. *Cohen S. F.* Failed Crusade: America and the Tragedy of Post-Communist Russia / S. F. Cohen. — New York & London : W. W. Norton & Company, 2000.
41. *Varga C.* Failed Crusade: American Self-confidence, Russian Catastroph / C. Varga Transition? To Rule of Law?: On Constitutionalism and Transitory Justice Challenged in Central & Eastern Europe. — Pomáz : Kráter.
42. *Varga C.* Theory and Practice in Law: On the Magical Role of Legal Technique / C. Varga // Acta Juridica Hungarica. — 2006. — № 47. — P. 351–372.
43. *Campos P. F.* Jurismania: The Madness of American Law / P. F. Campos. — New York : Oxford University Press, 1998.
44. *Varga C.* Joguralom? Jogmánia? Ésszerűség és anarchia határmezsgyéjén Amerikában [Rule of law? mania of law? on the verge of rationality and anarchy in America] / Varga C. — XLV Valóság XLV, 2002. — P. 1–10.
45. *Varga C.* Liberty, Equality, and the Conceptual Minimum of Legal Mediation / C. Varga // McCormick N. & Bankowski Z. (ed.) Enlightenment, Rights and

- Revolution : Essays in Legal and Social Philosophy, Aberdeen : Aberdeen University Press, 1989. — P. 229 — 251.
46. *Varga C.* Development of Theoretical Legal Thought in Hungary at the Turn of the Millennium / C. Varga // P. Takács, A. Jakab & A. F. Tatham (ed.) The Transformation of the Hungarian Legal Order 1985–2005: Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union. — Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2007. — P. 615 — 638.
 47. *Varga C.* Meeting Points between the Traditions of English–American Common Law and Continental-French Civil Law (Developments and Experience of Postmodernity in Canada) / C. Varga // Acta Juridica Hungarica. — 2003. — 44. — P. 21–44.
 48. *Kühn Z.* Worlds Apart: Western and Central European Judicial Cultures at the Onset of the European Enlargement / Z. Kühn // The American Journal of Comparative Law. — 2004. — 52. — P. 531–567.
 49. *Varga C.* Legal Renovation through Constitutional Judiciary? / C. Varga // Sadakata M. (ed.) Hungary's Legal Assistance Experiences in the Age of Globalization. — Nagoya : Nagoya University Graduate School of Law Center for Asian Legal Exchange, 2006. — P. 287 — 312.
 50. *Halmi G.* [conversation] / G. Halmi, C. Tordai // Fundamentum. — 1999. — № 2.
 51. *Varga C.* (ed.) Coming to Terms with the Past under the Rule of Law: The German and the Czech Models / C. Varga (ed.). — Budapest : Windsor Klub, 1994.
 52. *Fallon R. H., Jr.* «The Rule of Law» as a Concept in Constitutional Discourse / Fallon R. H., Jr. // Columbia Law Review. — 1997. — № 97. — P. 1–56.
 53. *Kulcsár K.* The New Political System and Hungarian Reality [Nos. 3–4: «Asphyxiation»] / K. Kulcsár // Angewandte Sozialforschung. — 2006. — № 24. — P. 187–200.
 54. *Dicey A. V.* Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution / A. V. Dicey. — London : MacMillan, 1885, ra: Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century. — London : Macmillan, 1905.

Варга Ч. Верховенство права, або Дилема етосу: вирощування чи механічне нав'язування

Анотація. Постдиктаторські моделі транзиту можуть бути реалізовані або через повну поразку із збереженням військового контролю, що розриває зв'язок з минулим за допомогою превентивних локальних практик нового навчання демократії (як у період після Другої світової війни), або просто шляхом проголошення зрілого верховенства права, як це має місце сьогодні (наприклад, у ситуації посткомунізму). Практика може змінюватись залежно від того, чи є верховенство права набором абстрактних і повністю кодифікованих очікувань, чи це всього лише загальновизнаний ідеал, що виник колись у відповідь на конкретні виклики у певному місці у певний час за певних історичних обставин. У такому разі це мистецтво балансування між конкуруючими цінностями в межах його етосу: боротьба не може призвести до якогось остаточного результату, оскільки це процес навчання, в якому проявляються нові риси у відповідь на нові виклики. Зрештою має бути зроблено вибір між позиціями «циркового дресирувальника» і «садівника». Закономірно, що доведеться також зіткнутися зі спокусою замінити попередній нігілізм певним видом фетишизму, і це може посилити залежність даних країн від зразків, яким вони слідуєть, через послаблення їх власної відповідальності, життєво необхідної для успішного оновлення.

Ключові слова: постдиктаторські моделі транзиту, верховенство права, етос, конституційна юстиція.

Варга Ч. Верховенство права, или Дилемма этоса: возвращение или механическое навязывание

Аннотация. Постдиктаторские модели транзита могут быть осуществлены либо через полное поражение с сохранением военного контроля, разрывающее связь с прошлым через превентивные локальные практики реорганизации в ходе переучивания демократии (как в период после Второй мировой войны), либо просто путем провозглашения зрелого верховенства права, что имеет место в настоящее время (как в ситуации посткоммунизма). Практика может изменяться в зависимости от того, является ли верховенство права набором абстрактных и полностью кодифицированных ожиданий или это всего лишь общепризнанный идеал, который возник однажды в ответ на конкретные вызовы в определенном месте и в определенное время под влиянием определенных исторических обстоятельств. В таком случае это искусство балансирования между конфликтующими ценностями в рамках его этоса: борьба не может привести к какому-то окончательному результату, поскольку это процесс обучения, в котором появляются новые черты в ответ на новые вызовы. В конце концов, должен быть сделан выбор между позициями «дрессировщика в цирке» и «садовника». Закономерно, что придется также столкнуться с искушением замены прежнего нигилизма неким видом фетишизма, и это может усилить зависимость рассматриваемых стран от образцов, которым они следуют, через ослабление их собственной ответственности, жизненно необходимой для успешного обновления.

Ключевые слова: постдиктаторские модели транзита, верховенство права, этос, конституционная юстиция.

Varga C. Rule of Law, or the Dilemma of an Ethos: to be Gardened or Mechanicised

Summary. Post-dictatorship models for transition can be either total defeat with military control, breaking past continuity through preventing local practices to re-organise while re-educating for democracy (as in post-WWII) or just declaring full-pledged rule of law operating from now on (as in post-Communism). Practice may vary in whether or not the Rule of Law is a set of expectations categorically absolute and exhaustively codified or just a respectable ideal having once developed in response to particular challenges somewhere and somewhen, under given historical conditions. Then, it is an art of balancing amongst conflicting values within its ethos: a strive never to end and close, as it is a learning process surfacing new features once new challenges are to be met. Eventually, a choice has to be made between attitudes characteristic of a circus trainer and a gardener. The temptation at substituting past nihilism to a kind of fetishism is also to be faced, as it may strengthen the dependence of target countries on pattern-following by weakening their self-responsibility, vitally needed for successful recovery.

Key words: post-dictatorship models for transition, Rule of Law, ethos, constitutional adjudication.

ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ УКРАЇНИ

О. УВАРОВА
*кандидат юридичних наук,
асистент кафедри теорії держави і права
(Національний університет
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)*



Судова система, яка функціонує належним чином, є важливою функцією суспільства, що перебуває під владою права, і необхідною передумовою демократії [1]. Верховенство права, за справедливим висловом Ж. Бреннана, голови Верховного Суду Австралії 1995–1998 рр., як повітря: допоки воно є — чисте і вільне — ми не замислюємося про його наявність. Проте як тільки верховенство права «засмічується» або «обмежується його доступ», ми відчуваємо задуху. В умовах демократії верховенство права не може бути реалізоване за допомогою грубої сили. Його втілення в життя є можливим тільки завдяки суспільному визнанню законів і через громадську довіру до тих інституцій, які встановлюють такі закони і здійснюють контроль за їх застосуванням. Громадська довіра до вказаних інституцій має базуватися на належному здійсненні ними своїх функцій [2]. Саме тому «судді сьогодні відіграють більш важливу роль, аніж раніше. Вони піддаються більшій критиці і стикаються із набагато більш складними питаннями, аніж будь-коли в історії» [3, с. 532]. Суспільство дивиться на суд як на інституцію, що здатна вирішити спір навіть у тих сферах суспільного життя, що ще 50 років тому виходили далеко за межі судової юрисдикції. Передаючи такі функції системі правосуддя, суспільство ставить до виконання нею своїх функцій набагато більш вимогливо, аніж до того. Звичайно, такий розвиток подій демонструє довіру суспільства до судової гілки влади. Проте така довіра має місце доти, доки є впевненість у незалежності судів і належному виконанні ними своїх функцій [4].

Така роль судів в утвердженні верховенства права в національній правовій системі зумовлює потребу в аналізі судової практики і виявленні того значення, яке принцип верховенства права відіграє при вирішенні конкретних судових спорів. Крім того, такий аналіз дозволить встановити, який вплив має судова практика на розкриття змісту вказаного принципу і чи виконує система здійснення правосуддя поставлене перед нею завдання, що полягає у формуванні довіри населення до права, визнанні суспільством його верховенства як однієї з

базових засад правового регулювання. Слід відзначити, що проблематика верховенства права привертає чи не найбільшу увагу представників юридичної науки. Окремі її аспекти ставали предметом ґрунтовних досліджень таких вчених, як С. Головатий, А. Заєць, М. Козюбра, О. Петришин, С. Погребняк, П. Рабінович, С. Шевчук та ін. Втім, незважаючи на це, узагальнення потребують основні прояви впливу судової практики на процес утвердження принципу верховенства права в системі регулювання суспільних відносин, сприйняття його як системи вимог, що можуть застосовуватися як норми прямої дії.

Слід відзначити, що в суспільстві, де існує культура легітимації (визнання), здійснення публічної влади стає можливим тільки за умови, що її дії сприймаються громадянами як розумні і справедливі. Рішення, що не відповідають вимогам розумності і справедливості, сприймаються як нелегітимні, а правила, що базуються тільки на примусі, — як неприйнятні. Проте такий стандарт не повинен залишатися тільки абстрактним принципом. Навпаки, найбільш важливу роль відіграє можливість звернення до такого обґрунтування як до передумови легітимації публічної влади, яка сама сприймається громадянами як реалізація ними свого права, права, яке можуть порушити тільки нелегітимні інституції та правила. Поширеність таких культурних очікувань в суспільстві — показник зрілості верховенства права [5, с. 171].

Верховенство права має бути метою кожної правової системи. Інакше юридична влада стає інструментом пригнічення та корупції. Збільшуючи юрисдикцію судової влади, призначаючи на посади компетентних, непідкупних і незалежних суддів, створюючи належні гарантії їх діяльності, ізолюючи суддів від впливу виконавчої гілки влади і забезпечуючи суди необхідними матеріальними ресурсами для ефективного функціонування, впроваджується і в подальшому зберігається верховенство права. Відсутність будь-якого з цих елементів ставить під загрозу свободу і стабільність суспільства.

Верховенству, або правлінню, права (*the rule of law*) традиційно протиставляється те, що умовно позначається «правлінням людей» в афоризмі «правління права, а не людей». Це призвело до створення й інших дихотомій, які, зокрема, протиставляють верховенство права особистому розсуду конкретного індивіда при здійсненні правосуддя [6, с. 1176].

Причина того, чому незалежність судової влади є настільки важливою суспільною цінністю, криється в тому, що вільне суспільство існує допоки в ньому панує право — право, яке рівною мірою зв'язує тих, хто управляє, і тих, щодо кого здійснюється управління, право, яке є неупередженим як щодо тих, хто шукає в ньому захисту, так і щодо тих, до кого відповідні правові механізми застосовуються. Яким би невиразним не було сприйняття суспільством цієї ідеї, наскільки туманними не були б думки людей щодо права, у серці кожної людини живе прагнення до верховенства права [4].

Верховенство права, як і такі засади реалізації публічної влади, як представницька демократія і поділ влади, має формальні та сутнісні аспекти. Це виявляється в тому, що формальне закріплення може здобути тільки певний мінімум вимог, що становлять зміст принципу верховенства права, проте завжди або неявно передбачається, або прямо стверджується, що цими вимогами зміст принципу верховенства права не вичерпується. Так, зокрема, визначення пред-

ставницької демократії, яке було надано Дж. С. Міллем в ХІХ ст., вже не може охопити ту систему вимог, яка відповідатиме очікуванням громадян в умовах ліберальної демократії ХХІ ст. Мінімальний формальний зміст представницької демократії може бути загальноприйнятим, але повний його зміст завжди буде предметом дискусії в суспільстві, а його практичне втілення залежатиме від часу і місця. Те саме можна сказати і про поділ влади. Характер і ступінь поділу влади відрізняється навіть серед держав, які мають схожі системи правління. Ідея верховенства права має формальний зміст, але вимоги, що його доповнюють, можуть розрізнятися. Великою мірою розкриття його сутності залежить від судової гілки влади, яка не тільки має забезпечувати втілення цього принципу, а й приводити у відповідність до нього і свою роботу [7].

З огляду на таку роль системи здійснення правосуддя в утвердженні принципу верховенства права в правовій системі суспільства безумовної актуальності набуває визначення того, яку реальну роль відіграє вказаний принцип у судовій практиці держави на певному етапі її розвитку. Вдале порівняння з цього приводу було запропоноване учасниками семінару «*Dispute Resolution And The Rule of Law*». Вони вказали, що суддями верховенство права має розглядатися як необхідний фундамент всієї правової системи. Проте, як відомо, фундамент будь-якої будівлі залишається непоміченим для тих людей, що в цій будівлі працюють і вирішують свої повсякденні завдання. Верховенство права не є винятком із цього правила: неможливо визначити стан фундаменту, його міцність, перебуваючи усередині самої будівлі. Слід залишити будівлю і придивитися до її основи [8]. Спробуємо це зробити на прикладі судової практики України, придивившись до того, яку роль у ній відіграє принцип верховенства права на прикладі конкретних судових спорів.

Маємо зазначити, що на сьогодні Єдиний державний реєстр судових рішень України налічує більш як 30 млн актів. Із них близько 600 тис. (тобто 2 % від загальної кількості) містять пряме посилання на принцип верховенства права. Цілком виправданим буде зауваження щодо некоректності вимірювання за допомогою статистичних показників ступіня втілення принципу верховенства права у практиці врегулювання суспільних відносин, а також визначення того, чи сприймається цей принцип як такий, що виконує роль не тільки гасла, а й виступає регулятором суспільних відносин. Необхідною є змістовна характеристика сприйняття вітчизняними служителями Феміди принципу верховенства права.

Вимушені констатувати: вибіркового аналізу судової практики України (більшою мірою актів вищих судових інстанцій) вказує на *переважно формальне посилання судових інстанцій на принцип верховенства права*. Досить часто звернення суду до принципу верховенства права відбувається суто із метою навести додаткову аргументацію своєї правової позиції за умов достатності норми права і створює враження штучності подібних посилань. Такий стан речей, на перший погляд, не завдає шкоди. І навіть більше: можна було б говорити про те, що самим фактом згадування такого принципу в тексті свого рішення суд формує позитивне ставлення до системи здійснення правосуддя, виказує свою повагу до принципу верховенства права. Утім вказаної мети не можна досягти, якщо принцип верховенства права кожного разу постає перед очима учасників судо-

вого розгляду тільки як формула, яка не впливає на вирішення справи по суті і задування якої стає лише певним звичним ритуалом, даниною моді. Так, зокрема, у низці справ Верховний Суд України обмежувався таким формулюванням: «...Колегія суддів, виходячи із верховенства права, вважає за необхідне відновити строк на касаційне оскарження рішень місцевого та апеляційного судів» [9]. Можна знайти приклади не менш формального посилання на принцип верховенства права у завершенні мотивувальної частини судового рішення [10].

У тих випадках, коли судові інстанції *не тільки включають посилання на принцип верховенства права до тексту судового рішення, а й розкривають його зміст* (як правило, через звернення до однієї з таких вимог принципу верховенства права: передбачуваність і визначеність правового регулювання, якість закону, обов'язковість виконання судового рішення, заборона піддавати сумніву остаточне судове рішення, доступ особи до незалежного, неупередженого суду, провадження в якому відповідає вимогам справедливого судового розгляду, заборона для органів державної влади посылатися на брак коштів як на виправдання неспроможності виконати судове рішення про виплату боргу тощо), вони уникають необхідності викладення власних міркувань щодо розуміння принципу верховенства права. У переважній більшості випадків суди обмежуються цитуванням рішень Європейського суду з прав людини. Причому, йдеться буквально про декілька найбільш популярних рішень, а отже — представленість правових позицій Європейського суду з прав людини, що розкривають зміст принципу верховенства права, в судовій практиці України є досить невисокою. Так, наприклад, при розгляді питання про можливість звернення до такого засобу, як примусовий привід до суду відповідачів у цивільному провадженні, Верховний Суд України виходив із того, що вказані повноваження за судом не закріплено, а отже, такий суд «не може вважатися судом “встановленим законом” відносно оскаржуваної ухвали в розумінні п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка передбачає право кожного на справедливий розгляд його справи судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру, оскільки термін “суд, встановлений законом” поширюється не лише на правову основу створення чи законності існування суду, а й на положення щодо його компетенції та повноважень і дотримання таким судом певних норм, які регулюють його діяльність» (рішення Європейського суду з прав людини у справах «ОСОБА_6 і ОСОБА_7 проти України» від 20 липня 2006 р. та «ОСОБА_8 проти Латвії» від 7 листопада 2002 р.) [11]. Популярності серед вітчизняних судів також набула справа «Імобільяре Саффі проти Італії», в якій зроблено висновок, що орган державної влади не має права посылатися на брак коштів на виправдання неспроможності виконати судове рішення про виплату боргу [12] та справа «Гарсія Руїз проти Іспанії», де стверджувалось, що «...хоча пункт 1 статті 6 Конвенції зобов'язує суд обґрунтовувати свої рішення, але це не може розумітись як вимога детально відповідати на кожен із доводів» [13] тощо.

Проте найбільшу небезпеку становлять випадки, коли через звернення до принципу верховенства права суди намагаються *обґрунтувати можливість відмови органами виконавчої влади або державними органами із спеціальним статусом в окремих ситуаціях від дотримання принципу законності*.

Так, зокрема, Вищий адміністративний суд України (далі – ВАСУ) у своїй практиці обґрунтовує висновок, відповідно до якого відсутність у законодавстві відповідних повноважень у того чи іншого державного органу має кваліфікуватися як прогалина в законі, заповнити яку можна через звернення до принципу верховенства права. Як бачимо, посилення на принцип верховенства права використовується для виправдання відходу від принципу законності. За такого підходу викривлюється зміст самого принципу законності, який є складовою самого принципу верховенства права. Яскравим прикладом стала ціла низка справ, які були розглянуті ВАСУ, із приводу повноваження виборчих комісій не визнавати результати виборів на певних виборчих дільницях. Відсутність такого повноваження в чинному виборчому законодавстві України ВАСУ кваліфікував як прогалину в законі і вказав: «...суб'єкти владних повноважень у своїй владній діяльності мають повноваження застосовувати принцип верховенства права, в тому числі в умовах відсутності законодавства, яке чітко регулює порядок здійснення адміністративних проваджень, як і в нашому випадку виборчих процедур» [14]. Це, у свою чергу, дозволило зробити висновок, що «...виборча комісія мала повноваження не встановлювати результати виборів і прийняти постанову про неможливість достовірного встановлення результатів волевиявлення виборців в частині обрання народних депутатів України» [15].

Свого часу принцип верховенства права було використано ВАСУ для обґрунтування неправомірності операцій з відчуження товару за ціною, нижчою за ціну придбання. Мета, яка при цьому ставилася, є очевидною і була озвучена самим ВАСУ – запобігти втратам бюджету, адже «у суб'єкта господарювання щодо господарської операції з таким товаром не виникає база оподаткування – прибуток, а відтак суб'єкт господарювання, який є платником податку на прибуток, не сплачує за такою господарською операцією податок на прибуток, чим у такий спосіб впливає на свій стан розрахунків з бюджетом». Для її досягнення в умовах, коли жодного нормативного припису, який би встановлював відповідну заборону, немає, суд використав принцип верховенства права: «Відповідно до частини першої статті 8 Конституції України в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Верховенство права – це панування права в суспільстві. Конституційний Суд України в рішенні від 02.11.2004 р. у справі № 1-33/2004 (справа про призначення судом більш м'якого покарання) роз'яснив, що верховенство права вимагає від держави його втілення як у правотворчому, так і правозастосовному діяльності. <...> Визначаючи права та обов'язки платника податку на прибуток, законодавець виходив із принципу їх справедливого співвідношення. Реалізація господарюючим суб'єктом законодавчо закріпленої свободи підприємницької діяльності не повинна йти врозрід із зазначеним принципом» [16].

Як бачається, *застосування права «contra legem» – прерогатива виключно судових органів влади*. Саме вони можуть відмовитися від застосування чинного нормативно-правового акта з мотивів його невідповідності основоположним принципам права і вирішити справу на основі тільки принципів права. Інші органи державної влади мають діяти «лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України» (ст. 19 Конституції України). А це має означати, що органи публічної влади не можуть на свій розсуд відмовитися від дотримання чинного нормативно-правового акта. Така

можливість за ними має бути визнана тільки у випадку, коли нормативно-правовий акт містить правило поведінки, яке є очевидно несправедливим, нікчемним, тобто таким, що не повинно породжувати юридичні наслідки.

Утім можна відзначити декілька правових позицій, що сформовані судами України на підставі принципу верховенства права і дійсно свідчать про його сприймання судами України як такого, що відіграє регулятивну роль. Так, зокрема, посиленням на принцип верховенства права Верховним Судом України було обґрунтовано можливість оскарження рішень третейських судів особами, які не є сторонами третейської угоди і учасниками третейського розгляду [17]. Ще одним прикладом стало обґрунтування можливості безпосереднього звернення до суду з метою захисту своїх прав в умовах недостатньої визначеності законодавства. Так, в одній зі справ Верховний Суд України дійшов висновку, що «оскільки законом не визначено форму пред'явлення відповідної вимоги покупця, останній може здійснити своє право будь-яким шляхом: як шляхом звернення до боржника з претензією, листом, телеграмою тощо, так і шляхом пред'явлення через суд вимоги у визначеній законом процесуальній формі позову. Обмеження заявників у праві на судовий захист шляхом відмови у задоволенні позову за відсутності доказів попереднього їх звернення до продавця з вимогами, оформленими в інший спосіб, ніж позов (відмінними від нього), фактично буде призводити до порушення принципів верховенства права, доступності судового захисту, суперечити положенням ч. 2 ст. 124 Конституції України та позиції Конституційного Суду України в рішенні від 9 липня 2002 р. № 15-рп/2002 (справа про досудове врегулювання спорів), згідно з якою вирішення правових спорів у межах досудових процедур є правом, а не обов'язком особи, яка потребує такого захисту» [18].

Отже, аналіз судової практики України свідчить, що суди, навіть на рівні вищих судових інстанцій, переважно обмежуються тільки формальним посиленням на принцип верховенства права, коли звернення до нього не впливає на вирішення справи по суті. В окремих справах суди звертаються до практики Європейського суду з прав людини, в якій розкриваються ті чи інші вимоги, що виводяться із змісту принципу верховенства права, проте на самостійне формулювання відповідних вимог, які б доповнили характеристику змісту верховенства права, не наважуються. Справи, в яких звернення до принципу верховенства права мало вирішальне значення, є поодинокими прикладами. Більш представленими в судовій практиці України є рішення судів, у яких принцип верховенства права всупереч своїй суті використовується для обґрунтування можливості відступу від принципу законності в діяльності органів публічної влади. Такий стан речей призводить до недовіри суспільства до системи здійснення правосуддя, що, у свою чергу, робить неможливим утвердження принципу верховенства права в державі.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Winkelmann Justice Helen*. ADR and The Civil Justice System / J. H. Winkelmann // AMINZ Conference 2011 — Taking Charge of the Future (6 August 2011) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.courtsofnz.govt.nz/speechpapers/ADR%20and%20the%20Civil%20Justice%20System.pdf>.

2. *Brennan Gerard*. The Third Branch and the Fourth Estate. Second Lecture in the Series «Broadcasting, Society and the Law» (Faculty of Law. Radio Telefis Eireann O'Reilly Hall, university College Dublin, 22 April 1997) / G. Brennan [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/former-justices/brennanj/brennanj_irish.htm.
3. *Paul G. Kauper*. The Supreme Court and the Rule of Law / G. Kauper Paul // Michigan Law Review. — Vol. 59, № 4 (Feb., 1961). — Pp. 531–552.
4. *Brennan Gerard*. Judicial Independence / Gerard Brennan // The Australian Judicial Conference. University House, Australian National University. — Canberra, 2 November 1996 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/former-justices/brennanj/brennanj_ajc.htm
5. *McLachlin Beverley*. The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law / Beverley McLachlin. 12 C.J.A.L.P. — Pp. 171 at 174. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.ccat-ctac.org/downloads/E%20eng%20Falzon.pdf>.
6. *Scalia Antonin*. The Rule of Law as a Law of Rules / Scalia Antonin // The University of Chicago Law Review. — Vol. 56, № 4 (Autumn, 1989). — Pp. 1175–1188.
7. *Gleeson Murray*. Courts and the Rule of Law / Gleeson Murray // The Rule of Law Series. Melbourne University, 7 November, 2001 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/former-justices/gleesonj/cj_ruleoflaw.htm#_edn1
8. *Dispute Resolution and the Rule of Law* // Sino-Australian Seminar, Beijing, 20–22 November 2002 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/current-justices/haynej/haynej_DisputeResolutionBeijing.htm.
9. *Ухвала* Верховного Суду України від 10.03.2009 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/3268414>.
10. *Постанова* Вищого адміністративного суду України від 10.04.2012 р. у справі № К-3299/08 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/23560157>.
11. *Ухвала* Верховного Суду України від 20.08.2008 р. у справі № 6-18520св06 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2312399>.
12. *Ухвала* Вищого адміністративного суду України від 24.04.2013 р. у справі № К/9991/8907/12 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31000857>.
13. *Ухвала* Вищого адміністративного суду України від 06.03.2013 р. у справі № К/9991/4877/11 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/30300594>.
14. *Ухвала* Вищого адміністративного суду України від 16.11.2012 р. у справі № А/9991/209/12 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/27539033>.
15. *Постанова* Вищого адміністративного суду України від 16.11.2012 р. у справі № П/9991/1183/12 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/27480588>.
16. *Ухвала* Вищого адміністративного суду України від 10.07.2008 р. у справі № К-10732/06 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2068349>.
17. *Ухвала* Верховного Суду України від 29.10.2008 р. у справі № 6-16027св08 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2331536>.

18. *Постанова* Верховного Суду України від 28.11.2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/19848650>.

Уварова О. О. Принцип верховенства права в судовій практиці України

Анотація. У статті обґрунтовується визначальна роль системи здійснення правосуддя в утвердженні принципу верховенства права в правовій системі держави. Підкреслюється, що необхідною умовою панування права в суспільстві є довіра населення до судових інстанцій.

Автор на підставі проведеного аналізу судової практики України вказує на переважно формальне звернення вітчизняних судових інстанцій до принципу верховенства права при вирішенні конкретних справ, що негативно впливає на рівень легітимації права в суспільстві.

Ключові слова: верховенство права, судова практика, легітимність.

Уварова Е. А. Принцип верховенства права в судебной практике Украины

Аннотация. В статье обосновывается определяющая роль системы осуществления правосудия в утверждении принципа верховенства права в правовой системе государства. Подчеркивается, что необходимым условием господства права в обществе выступает доверие населения к судебным инстанциям.

Автор на основании проведенного анализа судебной практики Украины констатирует преимущественно формальное обращение отечественных судов к принципу верховенства права при рассмотрении конкретных дел, что негативно влияет на уровень легитимации права в обществе.

Ключевые слова: верховенство права, судебная практика, легитимность.

Uvarova O. Rule of Law in the Judicial Practice of Ukraine

Summary. The article explains the crucial role of the system of justice in the assertion of the rule of law in the legal system of the state. It is emphasized that a necessary condition for the rule of law in society is a public confidence to the courts.

Author on the basis of the analysis of judicial practice of Ukraine establishes a formal appeal mainly domestic courts for the rule of law, which negatively affects the level of legitimation of law in society.

Key words: rule of law, judicial practice, legitimacy.

ПРАВА ЛЮДИНИ: ФІЛОСОФСЬКІ ТА ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ

ТЕОРІЯ ДИСКУРСУ ТА ПРАВА ЛЮДИНИ¹

Р. АЛЕКСІ
професор публічного права і філософії права
(Університет Христіана Альбрехта,
м. Кіль, Німеччина)



Сьогодні, як і в минулі часі, і, напевно, так буде і в майбутньому, в дискусіях про права людини в політичній філософії у цілому можна виділити чотири основні позиції: з прив'язкою до історичних моделей їх можна назвати «аристотелівською», «гоббсівською», «кантіанською» та «ніцшеанською» [1, с. 233]. У цій статті я зроблю спробу захистити кантіанський підхід.

I. Кантіанський підхід

Є чимало версій кантіанської позиції. Проте усі вони збігаються в одному — це принципи універсальності та автономії. Принцип універсальності прав людини стверджує, що всі люди мають певні права. Замість людей може бути названо усіх осіб, усіх розумних істот або щось на кшталт цього [2, с. 34]. Це не є предметом цієї статті. Принцип автономії працює у двох напрямках. Як у напрямі приватної автономії, так і у напрямі автономії публічної. Сутність приватної автономії полягає в індивідуальному виборі та в реалізації власної концепції блага. Публічна автономія визначається шляхом колективного вибору та через реалізацію політичної концепції про те, що є правильним і що є благом. У публічній автономії права людини і демократія неминуче пов'язані. Зробити можливими і захистити обидві форми автономії — пріоритетна функція прав людини в кантіанській концепції. Як приватна, так і публічна автономія можуть

¹ Англійською статтю було опубліковано: *Ratio Juris*. — 1996. — Volume 9, Issue 3. — P. 209–235; а також: *Challenges to law at the end of the 20th century. 1. Rights // International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy. World Congress: Franz Steiner Verlag, 1997. — P. 81–104.* Переклад з англійської мови С. Максимова і О. Уварової.

бути повністю втілені тільки в демократичній конституційній державі, в якій права людини мають характер основних прав. Тому надалі ми говоритимемо про «основні права», а не про «права людини», маючи на увазі вказаний зв'язок¹.

Зв'язок таких ідей, як універсальність та автономія, веде до ліберальної політичної теорії. Кантіанська концепція прав людини є ліберальною концепцією. Ліберальна концепція прав людини є центральною політичною ідеєю Просвітництва і громадянських революцій. Донині вона є основою всіх конституцій, що мають західний характер. Отже, досі вона є однією з найбільш успішних політичних ідей. Проте на етапі зародження мала місце дискусія щодо ліберальної концепції прав людини, і критика зростає, а не зменшується. Старі заперечення проти формалізму, беззмістовності, абстрактності, відсутності історичних і культурних зв'язків були повторені та загострені представниками комунітарного табору. Не тільки зміст прав людини, але також категорію прав як таких було поставлено під питання [3, с. 96 і далі]. Критику спрямовано як на ідею автономії, так і на ідею універсальності. Автономія покликана віддалити людину від сталих структур, підірвати природні засади громади, вона сприяє остаточному знищенню світу, визволивши жадобу до задоволення і володіння. Все, як кажуть, стало закам'янілим: душі, громади і сама природа. Аргумент комунітаристів проти універсальності прав людини полягає в тому, що ці права насправді є лише елементами певної, західної, культури, і тому мають тільки відносну або часткову цінність. Будь-яка претензія на універсальну цінність викриває імперіалізм, одягнений в одязі гуманізму.

Кантіанство, а отже, і ліберальна концепція прав людини має протистояти цим та багатьом іншим запереченням. Основою такої оборони має бути обґрунтування або виправдання саме кантіанської концепції. Я хотів би навести тут основні тези певної версії такого обґрунтування: вони засновані на теорії дискурсу. Використовуючи це обґрунтування, багато заперечень відпадають відразу, а інші на його основі можуть бути визнані неспроможними.

Будь-яке обґрунтування прав людини має спиратися на щось. Практично все, що має стосунок до нього, повинно підлягати випробуванню. Можна назвати вісім прикладів: посилання на релігійне одкровення, людська природа, незаперечні докази, великі традиції, екзистенційні рішення, індивідуальні інтереси, колективні блага і далекосяжний фактичний консенсус. Основа для дискурсивно-теоретичного обґрунтування формується за правилами практичного дискурсу. Будь-яке обґрунтування є гарним лише настільки, наскільки гарними є передумови, на яких воно базується. Дискурсивно-теоретичне обґрунтування прав людини, відповідно, має два завдання: на першому рівні воно повинно обґрунту-

¹ Слід розрізняти абсолютні й відносні права. Абсолютні права є правами кожного проти кожної іншої особи. Право на життя — один із прикладів таких прав. Відносні права людини — це права, які кожен член кожної юридичної спільноти має в цій юридичній спільноті. Право голосувати може бути наведене як приклад такого права. Кожне абсолютне, так само як і відносне право людини є природним, або моральним, правом. Конституція може бути визнана тільки за умови, що вона включає в себе абсолютні й відносні права як основні права людини. Якщо така конституція діє як позитивне право, права людини стають позитивними як основні права. Каталог основних прав, який включено до конституції, може містити, окрім прав людини, й інші основні права.

вати правила практичного дискурсу для того, щоб на другому рівні за їх допомогою обґрунтувати права людини. Почну з першого рівня.

II. Обґрунтування правил дискурсу

1. Основні ідеї теорії дискурсу

Теорія дискурсу є процедурною теорією практичної правильності. Відповідно до неї норма є правильною, а отже, дійсною, якщо вона є або може бути результатом певної процедури розумного практичного дискурсу [4, с. 178]. Дискурс являє собою процедуру аргументації. Це те, що відрізняє теорії дискурсу від процедурних теорій гоббсівської традиції, які посилаються на процедури переговорів і прийняття рішень [5, с. 6, 28; 6, с. 113]. Практичний дискурс визнається розумним настільки, наскільки в ньому реалізовано умови раціональної практичної аргументації.

Умови раціональної практичної аргументації можна об'єднати в систему¹ правил дискурсу². Деякі із цих правил формулюють загальні вимоги розумності, які мають значення і безвідносно теорії дискурсу. Вони включають в себе свободу від протиріч, універсалізацію в сенсі послідовного використання предикатів, лінгвістично-концептуальну ясність, емпіричні істини, врахування наслідків і оцінку. Всі ці правила мають діяти і при веденні монологів. Ми ж маємо розглянути тільки спеціальні правила дискурсу. Ті, що мають немонологічний характер. Їх метою є неупередженість дискурсу. Ця мета повинна бути реалізована шляхом забезпечення свободи і рівності аргументації. Найбільш важливі правила є такими:

1. Кожен, хто вміє розмовляти, може взяти участь у дискурсі.
2. (а) Кожен може піддавати сумніву будь-яке судження.
(в) Кожен може вводити до дискурсу будь-яке судження.
(с) Кожен може висловлювати своє ставлення, свої побажання та потреби.
3. Ніхто із промовців не може бути позбавлений прав, викладених у пунктах 1 і 2 за допомогою будь-якого примусу, внутрішнього чи зовнішнього [7, с. 193].

На рівні аргументації ці правила є вираженням ліберальних ідей універсальності та автономії. Якщо вони діють, тобто якщо кожен може вільно і на рівних умовах вирішувати, на що він готовий погодитися, неминуче діє наступна умова універсальної згоди або незгоди:

UA³: *Норма може отримати в дискурсі універсальну згоду, тільки якщо на результати її загального дотримання з метою задоволення інтересів кожного погоджуються всі.*

Це основне припущення теорії дискурсу, що згода в дискурсі може, по-перше, залежати від аргументів, і що, по-друге, є необхідний зв'язок між універсальним погодженням або згодою відповідно до ідеальних умов і концепціями правиль-

¹ Систему із 28 дискурсивних правил можна знайти в одній із праць [див. 7, с. 187].

² Поняття «дискурсивне правило» у даному контексті включає в себе як правила поведінки, так і принципи відповідно до загальної теорії норм [8, с. 166].

³ «UA» — умовне позначення, що вказує одночасно на дві складові — універсальність (U) і автономність (A). — *Прим. перекладача.*

ності і моральної дійсності [9, с. 54; 2, с. 57]. Цей зв'язок може бути сформульований так:

Правильними і тому дійсними є саме ті норми, які в ідеальному дискурсі будуть сприйматися як правильні кожним.

З певними пом'якшеннями ця теза стає вихідним положенням габермасівського абстрактного дискурсу:

«Д: Дійсними є саме ті діючі норми, щодо яких кожен, кого вони можуть стосуватися, може висловити свою згоду як учасник розумного дискурсу» [10, с. 138].

Принаймні у своєму основному посилі це узгоджується із принципом І. Канта щодо законодавчої влади:

«Є тільки така, що збігається, єдина воля всіх, оскільки кожен вирішує те саме за всіх і всі за кожного, а тому тільки загальна єдина воля народу може бути законодавчою» [11, с. 125].

2. Аргумент складається з трьох компонентів

Ідея дискурсу не є нейтральною. Вона включає універсальність та автономність аргументації, а також концепцію неупередженості, що спирається на них. Ідея дискурсу у зв'язку із цим є дуже ліберальною ідеєю. А отже, проблеми обґрунтування ліберальної позиції беруть свій початок на рівні дискурсу.

Є автори, зокрема, такі як К. Ніно¹, які явно вказують на не нейтральний характер моральних дискурсів [2, с. 114] і до цих пір виходять із того, що обґрунтування правил таких дискурсів є настільки ж неможливим, як і зайвим. Обґрунтування, або доведення, вважається неможливим, оскільки мораль не може обґрунтовуватись через мораль. Зайвим воно є, оскільки було достатнім «пояснення того, як моральний дискурс розвивається і чому індивіди, як правило, беруть участь у ньому» [2, с. 82]. К. Ніно правий у тому, що мораль не може обґрунтовуватись через звернення до моралі, адже таке обґрунтування неминуче стає замкненим колом. Проте він помиляється, називаючи еволюційне пояснення — яким би цікавим і важливим воно не було — єдиною альтернативою. Вчиняючи так, він недооцінює можливості трансцендентних аргументів. Протилежної точки зору дотримується Ю. Габермас. Він вважає слабкий трансцендентний аргумент водночас і необхідним, і достатнім. Він називає його «слабким», оскільки він не дає кінцевого безпомилкового обґрунтування, але тільки «помилкові реконструкції нормативного змісту можна знайти у фактично беззаперечних посилках для аргументації» [12, с. 195]. Трансцендентний аргумент, названий у цьому сенсі слабким, є достатньо сильним для того, щоб «обґрунтувати універсальну вимогу до дійсного обов'язку для всіх суб'єктів, здатних говорити і діяти, що пред'являється процедурно сформульованим принципом моральності» [12, с. 194]. Така переоцінка сили трансцендентних аргументів має місце у практичній філософії.

Моя теза полягає в тому, що універсальна значущість правил дискурсу може бути обґрунтована тільки одним — принаймні одним, який вже є, — аргументом,

¹ Карлос Сантьяго Ніно (1943–1993) — аргентинський представник філософії моралі, права і політики. Вивчав право в університетах Буенос-Айреса і Оксфорда, де у 1977 р. отримав науковий ступінь Ph.D., захистивши дисертацію під керівництвом Дж. Фінніса і Т. Онора. — Прим. перекладача.

що складається з трьох дуже різних частин. Перша частина складається з трансцендентного аргументу, який є ядром всього аргументу в цілому і по суті визначає його універсалістський характер. Цей трансцендентний аргумент є слабким не тільки через свій ненадійний характер (як за Ю. Габермасом), а й також через його обмежену дійсність. З метою посилення аргументації друга частина посиляється на необхідність максимізації індивідуальної корисності або вигоди. Кантіанська і гоббсівська лінії таким чином об'єднуються в обґрунтуванні правил дискурсу. Для того, щоб зробити це поєднання успішним, емпірична посилка щодо загальної людської зацікавленості у правильності є необхідною як третя частина аргументу. Тільки за допомогою такої посилки для досягнення результату трансцендентального аргументу можуть бути зв'язані ті, чий інтерес лежить виключно у площині максимізації власних вигод. Саме із нього я маю почати.

а) Трансцендентна основа

Що є трансцендентним аргументом, є невизначеним і таким, з приводу чого ведуться дискусії [13, с. 19; 14, с. 171]. У даному разі ми будемо називати «трансцендентним» аргумент, який включає принаймні дві передумови із такою структурою: перша передумова визначає відправну точку аргументу, яка складається із таких речей, як відчуття, думки або мовні акти, і стверджує, що така відправна точка є в певному сенсі необхідною. Друга передумова стверджує, що певні категорії або правила є необхідними, якщо питання, обрані як відправна точка, означають, що вони є здійсненими. Остаточний висновок зводиться до того, що ці категорії або правила є обов'язково дійсними.

У теорії дискурсу було запропоновано кілька версій трансцендентних аргументів [15, с. 358; 16, с. 93]. Спільною точкою, в якій вони всі збігаються, є те, що практика аргументації або окремі мовні акти формують відправні точки аргументації. Таким чином, трансцендентний аргумент теорії дискурсу належить до окремої категорії трансцендентних аргументів — до категорії трансцендентно-прагматичних аргументів [17]. Трансцендентно-прагматичні аргументи мають мовно-філософський або лінгвістичний характер, і їх мета — вказати на необхідні передумови аргументації або на одиничні акти мови. Ці передумови мають включати свободу і рівність аргументації, а отже, дискурсні правила, згадувані вище. Якщо це так, залишається тільки показати, як і в якому сенсі аргументація або мовні акти покликані стати відправною точкою обґрунтування. Питання в тому, чи може такий аргумент бути успішним.

Мовні акти, що полягають у твердженнях, веденні спору або постановці питань, є особливо важливими для обґрунтування правил дискурсу. За відправну точку тієї версії трансцендентно-прагматичного аргументу, який я маю намір запропонувати тут, я обираю такий мовний акт, як твердження. Я почну з декількох тез про необхідні умови використання тверджень.

Навряд є хоч якийсь аргумент на користь того факту, що твердження є можливими тільки за умови, що існують діючі правила того, як здійснювати твердження взагалі. Це означає, що твердження обов'язково передбачає певні види правил. Предметом дискусії є питання про те, які саме це правила [18, с. 334; 19, с. 213]. Якщо трансцендентний аргумент може досягти успіху, ці правила мають бути доведені як необхідна передумова для можливості наведення тверджень.

Не повинно бути жодної альтернативи їм [20, с. 424; 14, с. 174–176]. Проблему було б неможливо розв'язати, якби під «твердженням» можна було б розуміти все, що завгодно. Тоді можна було б виокремити багато понять твердження і визначити кожне з них за індивідуальною системою правил [21, с. 334]. Те, що визначити поняття «твердження» необмеженою кількістю способів неможливо, можна проілюструвати на тому факті, що такий мовний акт, як «твердження» має бути відмежовано від інших видів мовних актів, наприклад, від виразу емоцій [22, с. 75] або простого висловлення думок [21, с. 332]. Існує центральне значення виразу «твердження»¹. Відповідно до нього тільки той мовний акт є твердженням, який претендує на встановлення істини або правильності². Моя перша теза є такою:

(1) *Кожен, хто стверджує щось, претендує на встановлення істини або правильності.*

Ця теза підтверджується тією обставиною, що її заперечення призводить до перформативної суперечності³. Перформативна суперечність провокується кимось, хто під час мовного акту, припускає, заявляє або натякає на щось, що суперечить змісту того самого мовного акту. Візьмомо таке твердження:

(1') *Я стверджую, що йде дощ, і я підкреслюю, в той самий час, що це не так.*

Це твердження включає в себе перформативна суперечність, оскільки частина того, що було сказано («Я підкреслюю, в той самий час, що це не так»), суперечить тому, що обов'язково передбачалося при фактичному формуванні твердження: вимога істини і правильності⁴.

¹ Це узгоджується із тезою Кульмана щодо «існування центральної сфери основоположних правил аргументації і твердження» [23, с. 373].

² Див.: «Той, хто стверджує щось, репрезентує себе як особу, яка вірить у те, що говорить, і, можливо, має підтвердження своєї віри. І оскільки ми хочемо, щоб наші переконання були правдою, видається правильним... що коли хтось робить твердження, він репрезентує себе як того, хто має намір сказати, що є істиною» [24, с. 268].

³ В. Фасфілд припустив, що посилання на перформативні суперечності не можуть служити обґрунтуванням дискурсивних правил [25, с. 77]. Це правильно, що посилання на перформативне протиріччя не є обґрунтуванням одного речення за допомогою іншого, самостійного речення, оскільки перформативне протиріччя може виникнути, тільки якщо правило дискурсу, на підтримку якого воно наводиться, вже є чинним. Відповідно, перформативне протиріччя є тільки засобом, за допомогою якого можна показати, що дискурсивні правила діють. Вони виконують роль пояснення того, що вважається загальною посилкою (передумовою). Як і будь-якого іншого пояснення, їх, звичайно, може бути недостатньо, і теза, на користь якої вони наводяться — хибною.

⁴ Є контексти, в яких можна було б сумніватися (1'), чи дійсно вони містять у собі суперечність, і навіть такі контексти, в яких такої суперечності точно немає. Наприклад, точно немає жодні суперечності в (1'), якщо А, після виголошення (1') як судження, адресованого В (результатом чого є виникнення перформативних суперечностей), повторює для себе (1') — зі здивуванням, переляком або втіхою — і таким чином, самоописує себе. Але тоді «я стверджую» в (1') більше не використовується для фактичного вироблення твердження. Тільки в цьому аспекті цей приклад становить інтерес. Суперечність сумнівна, якщо хтось використовує термін «стверджувати» у значенні «говорити» і наполягає на тому, що цей термін було використано у справжньому значенні слова «стверджувати». Щодо цього випадку можна стверджувати, що особа у розглядуваному прикладі або не зрозуміла нашого значення слова «стверджувати», або використовує його в іншому значенні. Немає потреби

Моя друга теза передбачає обов'язковий зв'язок між вимогою істини і правильності, з одного боку, і з твердженнями про вимогу виправданості — з другого. У ній говориться:

(2) Вимога істини і правильності означає вимогу обґрунтованості.

Той, хто стверджує, що його твердження є істинним або правильним, і в той же час говорить, що немає абсолютно жодних причин для того, що він стверджує, можливо, навіть і сам не вірить у реальність свого твердження. Принаймні це обов'язково веде до помилки [7, с. 127]. Однак цієї помилки легко уникнути, оскільки для того, щоб вимагати обґрунтування чогось, необов'язково посилятися на хороші причини, просто достатньо якихось причин, тоді як посилання на докази, відкриття чи авторитети цілком достатньо. Вирішальне значення має те, чи наявні докази взагалі.

Те, що твердження вимагає обґрунтування, не означає, що будь-хто в будь-який момент повинен кожному обґрунтувати кожне твердження. Досить часто адресат твердження відкидає його як таке і за жодних обставин не хоче слухати доводи на його користь. З другого боку, хтось, хто зробив твердження, може мати вагомі причини для відмови в обґрунтуванні; він може, наприклад, просто не мати часу на це. Якщо адресат твердження, тим не менше, запитує «чому?» і вимагає обґрунтування, а особа, що зробила твердження, не має вагомих підстав для того, щоб відмовити в його вимозі, вимога навести обґрунтування набуває обов'язковості. Моя третя теза є такою:

(3) Вимога навести обґрунтування набуває обов'язковості a prima facie, якщо до особи, якою було зроблено твердження, звернулися із відповідним проханням.

Відповідно, висловлювання твердження є входом до сфери аргументації.

Той, хто обґрунтовує щось, принаймні вдає, що сприймає іншого як рівного партнера, як мінімум, настільки, наскільки це стосується самого обґрунтування. Це можна продемонструвати на таких прикладах невдалих висловлювань, як:

(4.1) Особисто я не вважаю причиною R, яке я навожу на підтримку свого твердження, переконливою причиною; але враховуючи ваш низький інтелектуальний рівень, ви маєте прийняти твердження як є.

Це висловлювання суперечить постулату рівності в аргументації. Причина твердження тільки тоді є хорошою причиною, якщо вона може бути переконливою для кожного. Той, хто щось обґрунтовує, принаймні вдає, що не застосовує силу і не використовує силу інших для цієї мети — принаймні настільки, наскільки це стосується обґрунтування. Це можна продемонструвати на прикладі:

(4.2) Якщо мої доводи не переконують вас, ви звільнені без жодного обґрунтування.

Це суперечить постулату свободи від застосування сили під час аргументації. Нарешті, той, хто стверджує щось, має бути готовим відстоювати своє твердження не тільки перед безпосереднім адресатом, а й перед будь-ким. Тому висловлювання на зразок такого є хибними:

підкреслювати, що існують контексти, в яких ніхто не був би звинувачений у протиріччі в (1'). Будь-хто може вимовити (1') як жарт, і всі можуть вважати, що так це і варто сприймати. Але як жарт (1') може бути використано тільки тому, що воно містить у собі суперечність.

(4.3) Якщо ми виключимо А, В і С із нашої дискусії і спробуємо забути їх заперечення, ми зможемо переконати себе, що аргумент R, який ми навели, є добрим аргументом.

Такі висловлювання суперечать постулату універсальності аргументації. Моя четверта теза є такою:

(4) Той, хто наводить певні аргументи на обґрунтування чогось, висуває вимоги щодо рівності, свободи від застосування сили й універсальності, принаймні настільки, наскільки це стосується самого обґрунтування.

Ці вимоги відповідають конкретним правилам дискурсу, що згадувалися вище, які гарантують право кожного на участь у дискусії, так само як і гарантують свободу і рівність у дискурсах. Якщо моя аргументація є правильною, вона обґрунтовує саме ті правила дискурсу, які походять від ліберальних ідей автономії та універсальності.

Хтось може заперечити, що мої аргументи були не чим іншим, аніж просто грою визначеннями. Шлях від концепції твердження до особливих правил дискурсу (із зупинками на вимозі правильності, вимозі щодо обґрунтування і обов'язку зробити це) можна розглядати як ланцюжок визначень, які необов'язково мають бути зібрані в єдину формулу. Хтось може сказати, що я всього лише увів сильну концепцію твердження, яка вже застосовувалась як правила дискурсу. Це може розглядатися як можливість легко використати більш слабку концепцію, яка необов'язково має бути істинною. Хтось може зустріти це заперечення, показавши, що заперечення в тому значенні, в якому воно використовується в цій статті, є необхідним для трансцендентного аргументу. Це зміст першої передумови трансцендентного аргументу¹.

У твердженнях і пов'язаних із ними аргументах не було б необхідності взагалі, якщо за бажанням можна було б обійтися без них. Згідно із К.-О. Апелем і Ю. Габермасом відмова від аргументації, що може слідувати за цим, може мати фатальні наслідки. Посилаючись на «клінічну психопатологію», К.-О. Апель говорить про втрату «можливості самопізнання і самоідентифікації», і навіть про «самознищення» [15, с. 414], а Ю. Габермас — про «шизофренію і самогубство» [16, с. 112]. Це емпіричне припущення, з приводу якого можна сперечатися [19, с. 213]. Тут навіть слабкої тези має бути достатньо. Вона вказує на те, що необхідно в такому сенсі використовувати твердження та обґрунтування:

(5) Хто ніколи в своєму житті не робить тверджень (у значенні, визначеному в (1) – (3)) і ніколи не висуває аргументи (у значенні, визначеному в (4)), не бере участі в найбільш загальній формі життя людських істот.

Трансцендентний аргумент в корені ослаблено у такий спосіб. Не встановлено обов'язку із наведення аргументів для кожного, хто б висловлював заперечення. Для того, щоб взяти участь у найбільш загальній формі життя людських істот, не потрібно робити твердження і наводити аргументи кожному, хто вима-

¹ Існує тісний взаємозв'язок між двома передумовами трансцендентного аргументу. Що більш нормативний зміст опрацьовано у другій передумові (у нашій справі: більш сильний підтекст, пов'язаний із поняттям «твердження»), то більш сумнівною виглядає необхідність у відповідній точці (у нашій справі: необхідність у відповідних твердженнях). І навпаки, нормативний зміст другої передумови знижується, якщо збільшується необхідність у відповідній точці [26, с. 43].

гатиме цього; достатньо зробити це лише у певному контексті і тільки для когось. Сильніший не повинен виправдовувати те, що хоче обтяжити свою позицію більш слабкою. Він може встановити простий порядок і забезпечувати його за допомогою насильства, і все одно брати участь у найбільш загальній формі життя людей шляхом обміну твердженнями і аргументами з членами своєї власної групи. Ю. Габермас може бути правий, коли говорить, що «відхід від аргументації та дій, орієнтованих на розуміння, веде в екзистенційний глухий кут» [16, с. 112]. Обґрунтування правил дискурсу чи принципів етики дискурсу, однак, не впливає з цього. Надзвичайно вузькі спільноти людей можуть вийти із такого «екзистенційного кута». Прийняття універсальних принципів не є необхідним для цього.

Незважаючи на радикальну слабкість трансцендентного аргументу, залишається досить значний систематизований залишок. Крім вкрай незвичайних обставин, таких, як зростання в повній ізоляції, люди, ймовірно, фактично не можуть відмовитися від найбільш загальної форми життя людських істот, ніколи не роблячи жодних тверджень взагалі, навіть тривіальних, ніколи не наводячи жодних обґрунтувань і ніколи не ставлячи запитання «чому?», що є необхідною частиною тверджень та обґрунтувань. У принципі, кожен має можливість запитувати, стверджувати, дискутувати, і кожен — якщо залишити осторонь незвичайні обставини — має принаймні певну мінімальну практику щодо цього.

Теза про найбільш загальну форму людського життя не ігнорує того факту, що існують дуже різні конкретні форми життя. Вона, однак, виходить із того, що всі людські форми життя обов'язково включають універсалії аргументації, які можуть бути виражені через правила дискурсу. На універсалії може здійснюватися вельми незначний вплив із боку табу, через тиск або терор. Вони зникли б повністю, якби учасники певної форми життя зовсім втратили здатність здійснювати твердження, наводити доводи і ставити питання «чому?». Тому правила дискурсу не визначають жодної конкретної форми життя, проте є щось, що є спільним для всіх форм людського життя, незважаючи на той факт, що для кожної із них воно матиме різне значення. У цьому сенсі теорія дискурсу намагається з'ясувати потенціал раціональності в людській реальності. Вона намагається сприяти розвитку знань про людську природу і є в цій частині (але тільки в цій) пов'язаною із традицією природного права¹.

Для обґрунтування правил дискурсу й досі не вигадано нічого особливого. З того факту, що хтось має здатність вирішувати конфлікти інтересів за допомогою аргументів, і в нього є хоча б мінімальна або елементарна практика, пов'язана із цією здатністю, зовсім не слідує, що він має використовувати цю здатність у кожному конфлікті інтересів і щодо кожного, хто, можливо, у ньому задіяний. Більш сильний, не виключено, використає на свою користь ритуали домінування, накази і силу. Інакше може бути лише за умови презумпції, що

¹ Хтось міг би вхопитися за таку можливість виступити із класичним запереченням щодо оманливості теорії дискурсу. Це заперечення, однак, ігнорувало б той факт, що трансцендентний аргумент не полягає у виведенні норм із фактів, він полягає у відтворенні практики з точки зору її учасника, коли кожен бере участь у ній, принаймні на елементарному рівні.

найвищим інтересом усіх людських істот є правильне, тобто справедливе, вирішення конфліктів інтересів. Досвід свідчить, що така презумпція не може бути обґрунтована.

Ця знахідка може бути описана за допомогою різниці між реальною та ідеальною дійсністю. Правило є реально діючим, якщо є реально існуючим мотив або інтерес підкорюватися йому. Його дійсність є ідеальною, якщо воно діє щодо кожного, для кого його регулятивна ідея істинності або моральної правильності має позитивне значення. Моральна правильність має позитивне значення лише для тих осіб, які в ній зацікавлені. Трансцендентний аргумент може виявити для тих, хто зацікавлений у правильності, ті правила, яким вони мають слідувати. Такі правила, крім того, мають категоричну дійсність з точки зору ідеального погляду на правильність. Але жодні трансцендентні аргументи не можуть генерувати інтереси або мотивації. Відповідно до аспекту реальності або фактичності трансцендентний аргумент приводить лише до гіпотетичної дійсності правил дискурсу: він демонструє, що є дійсним, якщо наявний інтерес у моральній правильності і до уваги береться ідеальний погляд на правильність. Тобто фактично це є обмежена дійсність.

б) Максимізація корисності та інтересу до правильності

У цій точці ще дві складові моєї аргументації на користь універсальної значущості правил дискурсу вступають у гру — максимізація індивідуальної корисності і теза про те, що в людській сутності закладено інтерес до правильності. Розглянемо, наприклад, еліту, яка зацікавлена виключно в експлуатації підвладного їй населення. З цією групою населення еліта може комунікувати тільки шляхом наказів і застосування сили. Це, однак, не було б оптимальним. Сила коштує дорого, і забезпечений нею порядок є нестійким, а отже, є ризик для еліти. Легітимація є і більш дешевою, і в довгостроковій перспективі також більш безпечною. Це є правильним, принаймні якщо допустити, що наявна достатня кількість людей — як із боку еліти, особливо серед молодого покоління, так і серед підвладного населення — які зацікавлені у правильності¹. Необґрунтованим антропологічним оптимізмом було б очікувати інтерес до правильності в кожній людській істоті, або оцінювати такий інтерес за його наявності на предмет того, чи є він достатньо сильним для забезпечення соціальної ефективності без перешкод із боку протилежних інтересів. З другого боку, необґрунтований антропологічний песимізм — не очікувати інтересу до правильності в жодній особі або очікувати його в настільки невеликій кількості людей, або в тих випадках, коли такий інтерес є, виходити із того, що він завжди зазвичай є таким низьким, що не може сприяти соціальній ефективності. Тирани, диктатори і деспоти завжди це знали і, як правило, намагалися здобути легітимність, використовуючи відповідні аргументи. Те, що ці аргументи були зазвичай поганими і просто пропагандистськими, у даному разі не має значення. Вирішальним є той факт, що вони намагалися їх використати. Отже, максиміза-

¹ Такий інтерес до правильності є небезпечним для тиранів, особливо через те, що він може призвести до того, що люди ризикуватимуть. Люди уникали б такого ризику, якщо зважали б лише на власну вигоду.

ція індивідуальної корисності криється в аргументації, а тому й у сфері правил дискурсу, оскільки слід взяти до уваги значний інтерес у правильності.

Можна було б заперечити, що цього недостатньо для обґрунтування правил дискурсу. Будь-кому, хто вступає до дискурсу з простих стратегічних міркувань, достатньо тільки робити вигляд, що він визнає свободу і рівність інших як партнерів у дискурсі. При цьому він може діяти відповідно до відомої рекомендації Н. Макіавеллі:

«Хто краще розуміється на тому, як бути лисицею, справляється краще за всіх! Але треба навчитися тому, як приховувати свою лисячу природу і бути майстром лицемірства і маскуваня... Тому правителю немає необхідності насправді володіти всіма хорошими якостями, які ми згадали; але йому необхідно створити враження, наче він їх має» [27, с. 72].

Це, однак, могло б розцінюватися як заперечення, якщо нам потрібно було б розглянути виникнення мотивації, яка за своїм змістом відповідає правилам дискурсу як необхідна частина обґрунтування будь-яких дискурсивних правил. Але це не той випадок. У сфері мови теж можна розрізнати суб'єктивну дійсність (валідність), яка базується на мотивації, та об'єктивну валідність, яка спрямована на зовнішню поведінку¹. Обґрунтування виступає тут тільки як ціль об'єктивної дійсності правил дискурсу. Замість «об'єктивної дійсності» можна також говорити про «інституційну дійсність». Права людини, що обґрунтовуються тут, належать до галузі права і отже — до сфери законності. Саме тому об'єктивна дійсність правил дискурсу може взяти на себе принаймні певний тягар їх обґрунтування.

Таким чином, перша частина моєї аргументації на користь прав людини є завершеною. Як проміжний підсумок можна констатувати, що правила дискурсу можуть бути обґрунтовані в потрібному значенні. Перш за все вони втілюють вміння, належне до найбільш загальної форми життя людських істот. По-друге, кожен, хто зацікавлений у правильності, повинен використовувати це вміння. І по-третє, для тих, хто не зацікавлений у правильності, дотримання правил дискурсу є вигідним в аспекті максимізації індивідуальної корисності.

III. Обґрунтування прав людини

До цього моменту ми мали справу з правилами дискурсу, що розглядалися нами як правила, які належать до сфери мови. Права людини є правилами, або нормами, сфери дії. Права людини можуть бути втіленими в їх повному обсязі, якщо вони гарантовані нормами позитивного права, що означає, що вони трансформуються у позитивне право. Так відбувається, наприклад, якщо вони включаються як зобов'язуюче право до каталогу основних прав, який наводиться у конституції. Тому проблема обґрунтування прав людини значною мірою пов'язана із проблемою форми і проблемою змісту. Проблема змісту ставить питання про те, які права людини є необхідними. Проблема форми пов'язана із необхідністю втілення цього змісту в позитивне право. Почну із проблеми форми.

¹ Це розмежування відповідає кантівському розмежуванню між моральністю та легальністю [11, с. 46].

1. Необхідність права

Трансформація прав людини у позитивне право є необхідною тільки за тієї умови, що є необхідність у позитивному праві взагалі. Є три проблеми, які приводять до необхідності права: проблема розуміння, проблема здійснення і проблема організації. Для теорії дискурсу проблема розуміння пов'язана із тим, що вона не пропонує процедури, яка б завжди давала тільки одну правильну відповідь за допомогою кінцевої кількості операцій [4, с. 180]. Це приводить до необхідності визначення рішення за допомогою юридично визначених процедур, наприклад, на основі принципу більшості. Проблема здійснення має коріння у практиці, оскільки уявлення про правильність чи легітимність норм дещо відрізняється від їх дотримання¹. Відповідно, одностайна оцінка норми за результатами дискурсу як справедливої, а тому й правильної, не є запорукою того, що така норма буде всіма дотримуватися. Але якщо комусь дозволено порушувати норми без будь-яких наслідків, їх дотримання більше не може вимагатися від будь-кого. З того факту, що дискурс може генерувати ідеї, але не завжди створює мотивації, що їм відповідали б, впливає необхідність у правилах, які б спиралися на силу, а із цим, і необхідність у праві². Проблема організації обумовлена тим, що багато моральних вимог та бажаних цілей не можуть бути реалізовані шляхом індивідуальних дій або спонтанної поодинокі кооперації. Прикладами є підтримка безробітних або допомога країні, що перебуває у скруті. Необхідність в організованості передбачає необхідність права [10, с. 148]. Відмова від регулювання суспільного життя за допомогою права, яке ґрунтується на аргументах розуміння, здійснення та організації, означатиме анархію. Але за анархії права людини не були б гарантовані. Тому необхідність права обґрунтована не тільки міркуваннями корисності, а й правами людини також.

Необхідність у правовій формі є, однак, лише однією стороною питання. Інша сторона пов'язана із необхідністю вимог до змісту і структури. Це головна тема дискурсивно-теоретичного обґрунтування прав людини. Оскільки права людини стосуються не тільки приватної, а й публічної автономії, їх обґрунтування обов'язково включає в себе обґрунтування демократії. Таким чином, обґрунтування прав людини є обґрунтуванням необхідності правової системи із певним змістом і певною структурою.

2. Типи дискурсивно-теоретичних обґрунтувань прав людини

Є два типи дискурсивно-теоретичного обґрунтування прав людини: прямий і непрямий. Пряме обґрунтування має місце, якщо можна показати, що певні права є дійсними незалежно від реальних дискурсів, виключно на основі теорії дискурсу. Такі права є дискурсивно необхідними у вузькому сенсі. У вузькому

¹ Це кореспондує із кантівським розмежуванням «*Principium diiudicationis*» і «*Principium executionis*»: «Якщо виникає питання: «Що є з точки зору моралі добрим, а що ні?» — це *Principium diiudicationis*, згідно із яким я оцінюю гідність і аморальність дій. Але якщо питання полягає в тому, чим я керувався, щоб жити відповідно до цього закону, — це принцип мотивації» [11, с. 274].

² Проблема розуміння і проблема здійснення здебільшого відповідають аргументам І. Канта щодо переходу від природного стану до громадянського [11, с. 123].

сенсі їх недійсність є дискурсивно неможливою¹. Ми маємо виключно непряме обґрунтування, якщо рішення щодо прав людини перекладається на фактичний політичний процес, який, однак, має відповідати певним вимогам дискурсивно-теоретичного обґрунтування². Якщо такі вимоги будуть виконані, рішення щодо прав людини, вироблені за результатами політичного процесу, є легітимними, а права, відповідно, дискурсивно-теоретично обґрунтованими³. Непряме обґрунтування прав ніколи не повинно бути дискурсивно неможливим у вузькому сенсі, проте вони не мають бути дискурсивно необхідними в цьому сенсі. Достатньо того, що вони всього лише дискурсивно можливі настільки, наскільки це стосується дискурсивних умов у більш вузькому сенсі. Тут тільки ті права становитимуть інтерес, які можуть бути дискурсивно-теоретично обґрунтовані, тобто тільки дискурсивно необхідні права у вузькому сенсі.

Питання полягає в тому, як права людини можуть бути обґрунтовані в прямий спосіб на підставі теорії дискурсу. Безпосередній висновок із правил дискурсу в галузі прав людини не може бути зроблено. Правила дискурсу є лише правилами мовлення. Слідувати ним означає лише ставитися до інших як до рівних партнерів у дискурсі. З цього автоматично не випливає, що інші як такі в реальній дійсності повинні автоматично розглядатися як особистості. З лінгвістично-прагматичного визнання необов'язково слідує моральне або правове визнання [29, с. 303]. Для того, щоб перейти від правил дискурсу до правил дії, необхідні певні подальші передумови. Вони мають належати до дискурсивної теорії, якщо буде зроблено спробу прямого дискурсивно-теоретичного обґрунтування, що призводить до дискурсивної необхідності в більш вузькому значенні.

Залежно від вибору подальших передумов, можна виділити три види прямого дискурсивно-теоретичного обґрунтування прав людини: аргументи автономії, аргументи консенсусу і аргументи демократії. Ці три обґрунтування не конкурують між собою, навпаки, доповнюють і посилюють один одного. Почну із аргументу автономії.

3. Аргумент автономії

Аргумент автономії вказує на те, що будь-хто, хто бере участь у дискурсах, серйозно виходить із автономності своїх партнерів, що виключає відмову від певних прав людини⁴. Цікаву версію аргументу автономії можна знайти у

¹ Щодо поняття дискурсивної необхідності, неможливості і можливості див. відповідні роботи [4, с. 181; 28, с. 60]. Дискурсивна необхідність і неможливість у більш вузькому сенсі, яка пов'язана із прямим дискурсивно-теоретичним обґрунтуванням, повинні бути відокремлені від дискурсивної необхідності і неможливості в більш широкому сенсі. Останні мають бути класифіковані з непрямым обґрунтуванням, а отже, повинні бути релятивізованими за особами і за часом роботи [4, с. 181; 27, с. 60].

² Розмежування між прямим та непрямым обґрунтуванням великою мірою збігається із запропонованим К. Ніно розподілом на апіорні та апостеріорні права [2, с. 253].

³ До сфери дискурсивно-теоретичного обґрунтування потрапляє все, що Ю. Габермас відносить до «самоврядної практики громадян», яка розвиває або конкретизує систему відповідних прав [10, с. 160].

⁴ Поняттю трансцендентного аргументу може бути надано досить широке визначення. Тоді це буде інший його різновид.

К. Ніно. На його думку, кожен, хто серйозно бере участь у дискурсах, приймає таку «основну норму морального дискурсу»:

«Бажано, щоб люди визначали свою поведінку лише шляхом вільного прийняття принципів, які б вони, після достатнього обмірковування й обговорення, сприймали як дійсні (валідні)» [2, с. 138].

Ця норма, вочевидь, виходить за межі норм і принципів дискурсу, що ми розглядали дотепер. Той, хто приймає її, визнає автономію свого партнера не тільки у дискурсі, а й у реальній дійсності.

а) Обґрунтування принципу автономії

Запропонована К. Ніно основна норма морального дискурсу може бути названа «принципом автономії». Якщо принцип автономії презюмується як необхідний у кожному моральному дискурсі, було б дискурсивно неможливо заперечувати моральну або юридичну автономність іншої особи в дискурсі. Якщо хтось зробив би таке заперечення, мало б місце перформативне протиріччя¹. За допомогою звернення до моральної або юридичної автономії одна із двох центральних ідей ліберальної концепції прав людини була б виправдана або обґрунтована. Надалі постало б таке питання: чи насправді, у разі серйозної участі в моральному дискурсі, ми маємо презюмувати щось на кшталт основної норми К. Ніно?

Відповідь на це питання залежить від того, що ми вважаємо «серйозною» участю в дискурсі. Два значення може бути запропоновано. Згідно із першим значенням участь когось у моральному дискурсі є серйозною, якщо така особа зацікавлена тільки в моральній істинності або правильності і більше ні в чому. Припустимо, що так і було у випадку з А. У А немає впевненості в тому, чи принцип Ра, що він до цього відстоював, є правильним, а тому дійсним, або ж є правильним принцип Рб, який захищає В. А бере участь у дискурсі з В. Через деякий час він переконується, що його принцип Ра, зрештою, є єдино правильним і що жодні нові аргументи не можуть бути висунуті. Він відмовляється від дискурсу з В і переходить до сфери дії. Там він спочатку намагається спонукати В шляхом переконання та вигідних пропозицій, щоб жити згідно із Ра. Потім, коли це не допомагає, А застосовує силу. У цьому випадку А сприймав В як рівноправного партнера в дискурсі на момент своєї невизначеності і увесь час, поки тривав дискурс. Але з того моменту, коли А переконався у правильності Ра, із завершенням дискурсу він також припинив визнавати за В свободу і рівність. Принцип автономії не був застосований А на будь-якому етапі. Це означає, що є спосіб участі в дискурсах, який можна назвати «серйозними» у певному сенсі та який не презюмує принцип автономії.

Для того, щоб зрозуміти, дістатися суті принципу автономії, концепція серйозної участі має розумітися у другому, більш сильному значенні. Відповідно до нього участь у моральному дискурсі є серйозною, якщо така особа хоче вирішити соціальний конфлікт шляхом дискурсивно створеного і керованого консенсусу. Дискурсивно згенерований консенсус — це консенсус, що виник на основі дискурсу. Дискурс є контрольованим, якщо його можна в будь-яку мить поста-

¹ Див. відповідну роботу К. Ніно, який говорить про «прагматичну несумісність» [2, с. 140].

вити під сумнів. Якщо це трапляється, має бути здійснена нова спроба досягнення дискурсивного консенсусу. Перший варіант концепції серйозної участі дозволяв А вдаватися до сили, як тільки його судження сформувався. Це виключає друге із наведених значень. Будь-хто, хто хоче вирішити соціальний конфлікт шляхом дискурсивно створеного і контрольованого консенсусу, визнає за своїми партнерами право зорієнтовувати власну поведінку тільки відповідно до тих принципів, які вони, після достатнього обговорення, вважають правильними, а тому дійсними¹. Це є визнанням принципу автономії. Таке визнання усуває відірваність дійсності від дискурсу. В результаті, свобода і рівність дискурсу переходять до сфери дії. Дискурс і автономія стали двома сторонами однієї медалі².

Можна було б вважати, що у другому значенні серйозності істинність і правильність було замінено на консенсус та автономію. Але це було б невірне тлумачення. Навіть для тих, хто виключно або переважно зацікавлений у моральній істині або правильності, друге значення урешті-решт є більш сутєвим. Тільки постійна можливість дискурсивної рефлексії всіх норм дії на підставі автономії може служити захистом від значної моральної помилки³. У зв'язку із цим можна було б сказати, що повною мірою розвинений інтерес до моральної правильності включає в себе інтерес до автономії. Відповідно, існує нерозривний зв'язок між моральною правильністю чи істинністю та автономією. Проблеми, звичайно, можуть виникнути, якщо хтось постійно ірраціонально відмовляється погодитися на справедливе рішення і вимагає зберегти його автономію за рахунок інших людей. Але це проблема обмеження права на автономію та організації демократичних процедур. Обидві ці проблеми розглядатимуться нижче.

Того, хто бере участь у дискурсі з повністю розвиненим інтересом до моральної правильності, можна назвати «справжнім учасником дискурсу». Справжній учасник у дискурсі пов'язує інтерес до моральної правильності із інтересом в автономії. Таким чином, він обов'язково презюмує принцип автономності. Ймовірно заперечення проти цього може звучати так: «все це так, але

¹ Ми ще розглянемо питання про те, чи потребує це право та кореспондуючий йому принцип автономії визначення, чи воно має остаточно даний характер.

² Якщо ця концепція передбачає серйозну участь, проблема автономної відмови від автономності може бути легко вирішена. Припустимо, А міг переконати В у дискурсі, що для нього буде найкраще підкоритися у всіх відносинах А і робити тільки те, що йому кажуть. Питання про те, чи подібне переконання може бути досягнуто в дискурсі, залишаємо відкритим. Принаймні такий дискурс має залишатися під контролем щодо того, чи дискурсивні передумови, згадані вище, мають силу. Це може мати місце тільки у випадку, якщо неавтономне положення буде поставлено під сумнів у будь-який момент, і це означає, що слід шукати новий консенсус у новому дискурсі, і будь-яке застосування сили для того, щоб зберегти такий статус, виключено. Тому якщо неавтономний статус, що межує із рабством, буде встановлено у дискурсі, такий статус може бути змінено в будь-яку мить за допомогою аргументів [7, с. 132]. Подібний статус буде чимось на зразок вільного раба або автономного неавтономного положення. Відповідно, можливість відмовитися від автономії дійсно є.

³ Це так не тільки через загальну можливість помилок, а й через залежність моральної правильності від комунікації [1, с. 237].

цього недостатньо для обґрунтування, оскільки замкнене коло». Зрештою, це лише демонструє, що той, хто хоче вирішити конфлікт шляхом вільно визнаних принципів, має позитивну настанову діяти відповідно до таких принципів. Обов'язок брати участь у дискурсах серйозно або насправді не встановлюється. Не можна говорити про необхідність обов'язковості принципу автономії для всіх учасників дискурсу. У цілому обґрунтування повинно мати тільки гіпотетичний характер: принцип автономії має силу тільки для тих, хто вирішив поважати автономію інших. Можна, однак, взяти участь у дискурсах без такого рішення чи наявності волевиявлення. Отже, все вказує на питання, чи є концепція справжньої участі в будь-якому випадку обов'язково пов'язаною з поняттям дискурсу.

У цій точці друге значення має бути взяте за основу для розмежування суб'єктивної (чи мотиваційної) дійсності і об'єктивної (або інституційної) дійсності. Наскільки мало можна було б виправдати суб'єктивну дійсність правил дискурсу у трансцендентно-прагматичний спосіб, настільки ж мало говорить участь у дискурсі про суб'єктивну чи мотиваційну дійсність принципу автономії. Можна взяти участь у дискурсі, не будучи анітрохи зацікавленим в автономії своїх партнерів¹. Є багато людей, які не мають заінтересованості ані в моральній правильності, ані в автономії інших людей, або їх інтерес є настільки маленьким, що кожного разу поступається у суперечності із бажанням власної вигоди, проте вони продовжують бесіду про моральне питання. Для таких людей принцип автономії не має жодної або жодної належної мотиваційної сили, а отже, жодної суб'єктивної дійсності. Утім навіть для них можна виправдати або обґрунтувати об'єктивну дійсність відповідних принципів.

Вище ми показали, що об'єктивна, або інституційна, дійсність правил дискурсу також може бути обґрунтована для тих, хто зацікавлений тільки в максимізації власної вигоди або переваг. Той, хто хоче мати легітимне соціальне становище, має принаймні зробити вигляд, що дотримується правил дискурсу. Це можна поширити і на принцип автономії. Той, хто хоче отримати легітимацію через дискурс, повинен у цьому дискурсі хоча б зробити вигляд, що визнає автономію своїх партнерів у дискурсі. Ця людина повинна — у світлі рекомендації Макіавеллі із наведеної вище цитати — принаймні симулювати справжню участь у дискурсі. Якщо вона не робить цього, інтерес, який її партнери мають до дискурсу, а разом із ним і шанс отримати легітимацію, буде наближатися до нуля. Розглянемо випадок, коли А знає, що В зацікавлений тільки в максимізації своєї переваги або застосовує вже зафіксовані переконання і не має жодного інтересу в повазі до автономії А. Можливо, А має певну надію схилити В до того, щоб відмовитися від таких зафіксованих переконань. Крім того, для нього може становити інтерес питання, чи є вже зафіксоване переконання В зрештою правильним. Однак, окрім цих малоімовірних і слабких мотивів, немає жодних підстав вести дискусію із В про справедливий порядок їх спільного життя. Не є привабливою участь у дискусії про справедливість із кимось, чия позиція має

¹ А. Коргіна базує свою спробу дискурсивно-теоретичного обґрунтування прав людини на тезі, що людська мова забезпечена «телосом розуміння» [30; 40]. Якщо вона стосується суб'єктивної валідності, то її слід визнати хибною.

форму: «Перш ніж я змушу вас за допомогою сили жити відповідно до моїх ідей, я спробую більш легкий спосіб досягти цієї мети — за допомогою переконання».

Те, що є причини, навіть у людей, які не поділяють намірів справжніх учасників дискурсу, прикинутися справжніми його учасниками, не означає, що такі причини мають завжди переважати. Тиран, що втомився говорити або вважає аргументи зайвими, може використати грубу силу. Але в довгостроковій перспективі це не в його інтересах. Тому має місце дискурсивно-теоретична дилема тирана: з одного боку, терор краще замаскувати за допомогою аргументів, аніж застосовувати грубу силу, з другого боку, спір легко приводить до викриття несправедливості. Ця дилема виникає вже з правилами дискурсу. Той факт, що автономія прихована в аргументі, робить його ще сильніше. Тиран обтяжений не тільки ризиком аргументації, а й необхідністю обману: автономія, в якій відмовлено на практиці, набуває вигляду пропаганди.

Як проміжний результат можна констатувати, що принцип автономії може бути обґрунтований двома способами. По-перше, всі, хто щиро, а тому повністю серйозно, бере участь у дискурсі, повинні обов'язково зважати на цей принцип. По-друге, всі, хто не зацікавлений у реальній участі у дискурсі, повинен принаймні робити вигляд, що дотримується цього принципу, якщо хоче максимально збільшити свої особисті або індивідуальні вигоди в довгостроковій перспективі.

б) Автономія та права

Для того, щоб перейти від принципу автономії до системи прав, слід відповісти ще на багато питань. Два рішучих кроки, однак, було зроблено. Перший полягав в обґрунтуванні необхідності регулювання суспільного життя відповідно до права. Другий — в обґрунтуванні принципу автономії. Якщо право як таке, так само як і захист індивідуальної автономії, є необхідним, принцип автономії напряму кореспондує загальному праву на автономію, яке є найбільш загально-прийнятним і основним правом людини. Це право можна назвати «загальним правом на свободу»¹. Воно може бути сформульовано таким чином:

Кожен має право вирішувати для себе, що є правильно і добре, і діяти відповідно до цього.

Очевидно, що це право не може діяти без будь-яких обмежень. Необмежена автономія одного може стикатися з необмеженою автономією іншого. Право на автономію у зв'язку із цим є правом тільки *a prima facie* (на перший погляд). Як таке, воно має характер принципу. Він вимагає максимально можливого ступеня автономії для індивіда щодо моральних або юридичних та фактичних можливостей [31, с. 75]. Право на автономію, крім того, може бути обмежене не тільки через автономію інших людей, а й на користь колективного блага. Захист навколишнього середовища, наприклад, виключає повну реалізацію певних життєвих планів, наприклад, планів мисливців здобути велику дичину. Автономія, щоправда, на перший погляд має пріоритет над колективними благами. У дискурсі це стає очевидним у тому плані, що тягар доведення розподіляється на користь індивідуальної автономії і проти колективного блага [8, с. 178]. Розробити все це — завдання доктрини основних прав та прав людини. Тут ми

¹ Ідея загального права на свободу також може походити від І. Канта [11, с. 63].

зупинимося тільки на проявах інтересу в структурі обґрунтування конкретних або особливих прав.

Існує дві операції, які ведуть від загального права на автономію до каталогу конкретних або спеціальних основних прав і прав людини. Перша з них застосовується для того, щоб спробувати показати, що деякі конкретні права є не що інше, як окремий прояв права на автономію, а отже, входить до його змісту. У такий спосіб може бути обґрунтований весь каталог конкретних прав на свободу. Друга операція полягає в поясненні, що певні права є необхідними для того, щоб діяти автономно. У цей спосіб можуть бути обґрунтовані право на захист з боку держави і базові соціальні права [31, с. 454].

Обидві операції стосуються прав, які захищають і роблять можливим як приватне, так і публічне використання автономії. Загальне право на автономію охоплює і те і інше. Права, що належать до другої групи, охоплюють, зокрема, свободу слова, свободу об'єднань, свободу преси, право голосувати в цілому — на вільних, рівних, таємних виборах. У цей спосіб пряме дискурсивно-теоретичне обґрунтування основних прав і прав людини можуть бути системно пов'язані із непрямим обґрунтуванням. Тільки цей зв'язок забезпечить повністю розвинену систему основних прав. Пряме дискурсивно-теоретичне обґрунтування в принципі¹ допускає тільки першочергові права і першочергові пріоритети. До прямо обґрунтованих прав належать по суті ті, які є необхідними для визначення меж і подальшого розвитку прав у процесі формування політичних переконань і волевиявлення правильним і легітимним шляхом. Таким чином, коло замикається.

4. Аргумент консенсусу

Аргумент автономії заснований на принципі автономії і стверджує, що це є необхідною презумпцією справжньої участі в дискурсі. Аргумент консенсусу, з іншого боку, заснований на припущеннях про необхідні і неможливі результати дискурсів. Ці припущення не повинні бути настільки сильними, щоб вже означати або відображати повністю розвинену систему прав. Аргумент консенсусу цікавий вже тим, що зумовлює певні вимоги щодо змісту або структури основних прав і прав людини. У зв'язку з цим існує структурна паралель із аргументом автономії.

Аргумент консенсусу є центральним елементом габермасівського обґрунтування системи прав. Ю. Габермас формулює мету такого обґрунтування таким чином:

«Ця система має включати саме основні права, які громадяни повинні взаємно визнавати один за одним, якщо вони хочуть легітимно врегулювати їх спільне життя за допомогою позитивного права» [10, с. 151]. Легітимність права, таким чином, залежить від універсальної згоди на це. Це відповідає принципу дискурсу, що згадувався напочатку, відповідно до якого саме такі норми є легітимними, на підставі яких всі, на кого вони можуть поширюватися, мають можливість дійти згоди як учасники розумного дискурсу» [10, с. 138]. Від зв'язку

¹ Винятком є, напевно, активне право голосувати на загальних, вільних, рівних і таємних виборах. Тут є можливими тільки маргінальні обмеження.

цього принципу із формою правового результату, за Ю. Габермасом, походить принцип демократії та система прав, які, як було сказано, є двома сторонами однієї медалі. Ю. Габермас називає це «логічною генезою прав» [10, с. 154]. Є думка, що основні права ще не є даними, коли політичний процес має місце, але вони повинні бути створені в цьому процесі шляхом публічного використання автономії, а саме: ідея непрямого дискурсивно-теоретичного обґрунтування має центральне значення [10, с. 160].

Але це тільки одна сторона справи. Інший аспект полягає в тому, що, за Ю. Габермасом, не можна знайти посилення тільки на необхідність конкретизації основних прав у дискурсивно організованому демократичному процесі, потрібна також абстрактна система прав, яка складається з п'яти груп основних прав. Права, що належать до перших трьох груп, спрямовані на захист приватної автономії і це «корелює» з тим, що Ю. Габермас вважає участю в юридичному співтоваристві і правовому захисті. Політична автономія належить до четвертої групи. Права п'ятої групи призначені для отримання соціальних, технічних і екологічних умов для приватної і публічної автономії. Якщо говорити коротко: система прав Ю. Габермаса пов'язана із захистом і наданням можливості приватної і публічної автономії, тому пов'язана саме із тим, що було обґрунтовано вище за допомогою аргументу автономії. Питання в тому, чи є аргумент консенсусу тільки другим обґрунтуванням того самого питання, чи він щось додає до аргументу автономії, який сам по собі є недостатнім для обґрунтування.

Моя теза полягає в тому, що аргумент консенсусу приводить до необхідності доповнення аргументу автономії. Це доповнення полягає в доповненні вимогою неупередженості, а разом із нею і рівності. Таким чином, другий основний елемент ліберальної концепції прав людини вступає у дію. Автономія доповнюється універсальністю у вигляді рівності та неупередженості.

Дискурсивно-теоретичний критерій неупередженості, однак, має один серйозний недолік. Він спирається на гіпотетичний консенсус, якого реальні особи можуть досягти в ідеальних умовах [9, с. 48]. Часто можна тільки здогадуватися про його зміст. Тоді рішення може бути знайдено тільки в політичному процесі, який повинен бути організований настільки дискурсивно, наскільки це можливо, як покаже наступний аргумент — аргумент демократії. Але в деяких елементарних випадках можна сказати з достатньою впевненістю, що було б дискурсивно необхідним або неможливим результатом. Рівність прав людини належить до цих елементарних випадків. Дискурс, який визначається свободою і рівністю, це і є необхідний результат¹. Це є правильним, принаймні за ідеальних умов. Нерівні права не можуть бути обґрунтовані в ідеальному дискурсі², оскільки в умовах панування свободи, рівності і розум-

¹ Повчальний приклад можна знайти у Н. Мак-Корміка [32, с. 228].

² Це відповідає тезі Ю. Габермаса, що не може бути жодного легітимного закону без права «рівної суб'єктивної свободи дій» [10, с. 159], його постулюванню «рівних політичних основних прав» [10, с. 161] та його вимозі щодо того, що «використання з рівними шансами» приватної і публічної автономії має бути, крім усього іншого, забезпечено соціальними правами [10, с. 156].

ності в аргументації аргумент на користь нерівного розподілу прав людини довго не протримається¹.

Три заперечення можуть бути висунуті проти дискурсивно-теоретичного обґрунтування рівності прав людини. Перше спрямоване проти аргументу консенсусу як такого, тобто проти зв'язку між моральною правильністю та дійсністю, з одного боку, і універсальною згодою на ідеальний дискурс — з другого. Таким чином, адекватність теорії дискурсу як процедурної теорії практичної істини і правильності заперечуються в принципі. Це заперечення не може обговорюватися тут докладно [9, с. 48]. Слід, однак, відзначити його вельми проблематичні передумови. Ідеальний дискурс характеризується максимально можливим розгортанням ясності, пізнання і неупередженості. Хтось може заперечити, що норма, визнана правильною відповідно до цих умов, є правильною, замість цього запропонувавши сумнівний альтернативний спосіб визнання норми, або припустивши, що норми існують незалежно від інтересів людини і людського розуму, або він повинен взагалі заперечити в цілому, що норми можуть бути правильними або легітимними і на цій підставі вони можуть вимагати моральної дійсності. Усе це не є прийнятним.

Друге заперечення повторює те, що вже обговорювалося у зв'язку із аргументом автономії: так само, як аргумент автономії, аргумент консенсусу може включати тільки суб'єктивну чи мотиваційну дійсність для тих, хто має інтерес у правильності. Це заперечення можна зустріти уздовж всієї лінії обґрунтування об'єктивної або інституційної дійсності, про що йшлося вище.

Третє заперечення повинно сприйматися більш серйозно. Воно піднято тими, хто стверджує, що для індивіда є можливим одночасно і дотримуватися правил дискурсу та бути зацікавленим у правильності і при цьому все одно не погоджуватися на рівність прав людини навіть за ідеальних умов. Відповідно, можливість обґрунтування універсальності прав людини через аргумент консенсусу в такий спосіб заперечується. Прикладом може служити расист, який стверджує, що представники інших рас не мають таких самих прав людини тільки через свою расу. Якщо расист зацікавлений у правильності і дотримується правил дискурсу, він повинен назвати аргументи на користь свого твердження і дозволити піддавати їх критиці. Припустімо, що расистом був націонал-соціаліст, який вважав свою расову теорію науковою концепцією. Він міг би захищати своє твердження таким чином:

«Засновуючись на точному науковому розумінні, ми знаємо сьогодні, що людина, не тільки в найглибших підсвідомих рухах своєї психіки, а й у її найменших мізкових звивинах, визначається реальністю і неминучістю її раси. Раса формує духовне обличчя людини не менше ніж його зовнішній вигляд. Вона визначає думки людини, її почуття, силу, бажання, вона є сутністю її єства» [34, с. 10].

¹ Цікаву паралель можна знайти у І. Канта: «Що стосується принципу рівності щодо найбільш величного створіння, яке я можу уявити собі, окрім Бога, то немає жодного сенсу в тому, щоб я і таке найбільш величне створіння удвох виконували наш обов'язок у наших власних місцях, оскільки це має бути мій обов'язок коритися, у той час як таке створіння має насолоджуватися правом командувати» [33, с. 99].

У такий спосіб він був би не в змозі задовольнити навіть найелементарніші вимоги емпіричної істини і концептуальної ясності, тобто найелементарніші вимоги правил дискурсу. Однак питання стає більш серйозним, якщо расист базує свої докази на релігійних одкровеннях, таких, що не піддаються перевірці, метафізичних твердженнях, або магічних знаках. Утім обґрунтування рівності прав людини не спростувати в такий спосіб. Теорія дискурсу не знає жодного розмовного обмеження¹, але вимагає, щоб проти опонентів висувалися тільки ті аргументи, які можуть бути кожним, хто в цьому зацікавлений, піддані перевірці, якщо разом із обґрунтуванням прав людини ставиться мета вирішити конфлікт інтересів².

Питання про те, чи є рівність прав людини необхідним результатом ідеального дискурсу, природно, повністю цим не вичерпується. Може бути, що за умов ідеального дискурсу всі дійшли б висновку, шляхом аргументів, які піддаються перевірці, і в цьому сенсі є розумними, що нерівний розподіл прав людини є правильним рішенням. Опонент аргументу консенсусу може стверджувати, що така можливість не може бути просто виключена, оскільки жоден смертний ніколи не брав участі в ідеальному у всіх відношеннях дискурсі³ і жоден смертний ніколи не зможе цього зробити. А отже, звідки хтось може знати, яким би був результат, а яким ні? Тому не можна виключати, що всі погодились би із владою еліти, яка відрізняється високим інтелектом та деякими іншими характеристиками, такими як працьовитість і самопожертва. Таке рішення щодо еліти включає в себе зречення більшістю певних своїх прав, наприклад таких як право голосувати, вільно висловлювати думки, на свободу віросповідання, а також право на вибір роду занять або професії. Більшість могла б бажати такого зречення, оскільки очікує більшого благополуччя і миру і віддає перевагу такому суспільному порядку, який забезпечує ці дві цінності.

Проти цієї атаки на можливість обґрунтувати рівність прав людини за допомогою аргументу консенсусу може бути висунуто три аргументи. Усі три аргументи визнають, що жодна людина ніколи не брала участі в ідеальному у всіх відношеннях дискурсі і ніколи не зможе цього зробити. Але вони підкреслюють, що тільки із цього не випливає, що в жодному разі не можна сказати, яким буде результат ідеального дискурсу.

Перший аргумент свідчить, що існують потенційно можливі емпіричні припущення, які, по-перше, не можуть бути девальвовані в ідеальному дискурсі і, по-друге, пропонують певні результати. Безсумнівно, залишаючись у межах нашого прикладу, є люди, які є одночасно і дуже розумними, і сумлінними, і самовідданими. Досвід учить нас, однак, що кожна відмова від рівних прав на користь правління осіб із цими або з іншими якостями є більш ніж ризикованою. Учасники ідеального дискурсу обізнані з історії і знають, що неконтрольована політична влада рано чи пізно скористається своєю позицією. Поки вони (політики) не збираються стати жертвами, вони не відмовляються від своїх прав.

¹ Щодо поняття «розмовні обмеження» див. Б. Аккермана [35, с. 16].

² Див. правила (6.1–6.3) у роботі Р. Алексі [7, с. 206].

³ Щодо цього поняття див. Р. Алексі [9, с. 48].

На це не може бути заперечено, що люди можуть змінюватися упродовж ідеального дискурсу в такий спосіб, що основна недовіра проти володаря політичної влади вже не буде виправданою. Ідеальний дискурс є конструкцією, що пов'язана із мовленням. Часова необмеженість дійсна тільки в цій конструкції і тільки в мовленні. Дії, до яких посилаються результати мовлення, є діями в цьому світі, в якому зміщується ідеальне і реальне.

Проти розглядуваного аргументу можна стверджувати, що він спирається на нічим не обґрунтовані передумови. Припущення, що учасники ідеального дискурсу не відмовилися б від всіх прав, особливо всіх політичних прав, на користь еліти, базується не тільки на досвіді, який свідчить, що неконтрольована політична влада рано чи пізно користується своєю позицією, але по суті також на небажанні людей стати жертвою такої еліти. Як можна знати, що після ідеального дискурсу саме це або щось схоже не є метою всіх, хто не наділений характеристиками членів еліти? Відповідь на це питання веде до другого і третього аргументів проти можливості того, що нерівний розподіл прав людини може бути результатом ідеального дискурсу. В обох аргументах автономія відіграє центральну роль. Але у кожному випадку вона має різний інший статус.

Другий аргумент полягає у поєднанні аргументу консенсусу і аргументу автономії. Аргумент автономії вказує, що той, хто бере участь у дискурсах як справжній учасник, виходить із думки про автономію всіх учасників дискурсу як позитивну цінність. Це, крім того, говорить про те, що той, хто несерйозно бере участь у дискурсі, принаймні має робити вигляд, що визнає автономію такою цінністю, якщо він хоче збільшити власну вигоду в довгостроковій перспективі. Останнє не є важливим тут, оскільки вважається, що учасники у всіх аспектах ідеального дискурсу є справжніми партнерами. Питання про результати ідеального дискурсу, що є його метою, базуються на справжньому партнерстві в дискурсі.

Зв'язок аргументу консенсусу із аргументом автономії призводить до значного полегшення аргументу консенсусу. Автономія і суміжні права більше не мають потреби в обґрунтуванні в межах аргументу консенсусу. Вони вже є підтвердженими аргументом автономії завдяки структурі дискурсу, насправді кожного дискурсу, а не тільки ідеального. Тепер аргумент консенсусу має справу тільки з рівним розподілом вже встановленого блага, яким і є автономія.

Як тільки автономія обґрунтована, залишається тільки маленький крок у напрямі рівності, оскільки є тісний зв'язок між автономією і рівністю. Можна взяти політичну автономію, а з неї як приклад трискладове право голосу. Візьмемо закон про вибори, в якому представники нижчих класів тільки розглядаються нерівномірно, вони також не мають повної політичної автономії. Політичне рішення кожного окремого члена нижчих класів переважає рішення кожного окремого члена вищого класу залежно від дисбалансу голосів. Це стає досить очевидним, як тільки у праві голосу повністю відмовляють деяким класам суспільства. Члени цих класів не тільки розглядаються нерівномірно; нерівне ставлення є водночас запереченням політичної автономії. Той, хто позитивно оцінює політичну автономію, повинен негативно оцінювати нерівний розподіл політичних прав. Це виключає позитивну оцінку ролі політичної жертви. Те ж є

правильним щодо приватної автономії і відповідних прав. Зв'язок між аргументом консенсусу і аргументом автономії тому призводить до того, що результатом ідеального дискурсу може бути тільки рівний розподіл прав людини. Щось інше може мати силу, тільки якщо нерівний розподіл прав людини може призвести до більшої автономії для всіх. Згадуючи весь історичний досвід, це, крім крайніх винятків, не той випадок, або, принаймні, дуже не схоже на це.

Третій аргумент відрізняється від другого тим, що базується на автономії, підпорядкованій елементарним людським інтересам, а не принципу автономії як передумові дискурсу. Аргумент консенсусу, заснований на цьому, повинен працювати, беручи до уваги, які інтереси учасників ідеального дискурсу можуть бути оцінені як обґрунтовані в умовах неупередженості спору [1, с. 246]. Такі припущення можна, якщо можна взагалі, обґрунтувати тільки на основі дискурсивно-теоретичної концепції особистості. Існує багато доводів на користь можливості обґрунтувати концепцію особистості за допомогою теорії дискурсу, в якій інтерес до автономії відіграє головну роль. Проте поки що розвивати цю думку надалі не будемо. Можна лише відзначити, що варіант аргументу консенсусу, заснований на інтересі до автономії, у разі його успіху, не тільки призвів би до доповнення аргументу автономії, а й зміцнив би його. Теза, що принцип автономії знаходить всезагальне схвалення в ідеальному дискурсі, надасть другу основу цьому принципу і, отже, з цього впливає як загальне право на свободу, так і спеціальні права, що виводяться з нього.

Як проміжний результат можна констатувати, що аргумент консенсусу веде до рівності прав людини і, таким чином, до ліберальних принципів універсальності. Для тих, хто зацікавлений у моральній правильності, — це основа суб'єктивної або мотиваційної дійсності, для тих, у кого такого інтересу немає, — об'єктивної або інституційної дійсності цього принципу.

5. Аргумент демократії

Третій дискурсивно-теоретичний аргумент на користь прав людини, аргумент демократії, тут викладений лише у першому приближенні. Він складається з трьох передумов. Перша вказує, що принцип дискурсу можна наближено реалізувати шляхом інституціоналізації демократичних процедур висловлення думок і волевиявлення, і тільки так [10, с. 161]. Якщо зближення практичної правильності та легітимності взагалі є можливим у реальності, це може бути досягнуто тільки в демократії [2, с. 248]. Друга передумова відштовхується від цієї точки і стверджує, що демократія, що наближено реалізує вимоги дискурсивної розумності, можлива тільки якщо основні політичні та права людини є дійсними і можуть здійснюватися за досить рівних шансів. Третя передумова говорить, що здійснення політичних та основних прав людини з приблизно рівними шансами презюмує дійсність і реалізацію низки неполітичних основних прав та прав людини. До них належать, зокрема, право на життя, на основні засоби до існування і певний рівень освіти тощо. Якщо ці три передумови є істинними, наступне твердження є дійсним:

Той, хто зацікавлений у правильності та легітимності, також має бути зацікавлений у демократії; той, хто зацікавлений у демократії, також має бути зацікавлений в основних правах і правах людини.

Цей аргумент не викликає великого інтересу з тієї точки зору, що він додає ще одне обґрунтування основних прав і прав людини до двох згаданих вище. Його реальне значення полягає в тому, що він переносить увагу від основних прав людини до демократичних процедур та інституцій, і стає зрозуміло, що ідея дискурсу може бути реалізована тільки в демократичній правовій державі, в якій основні права і демократія нерозривно пов'язані, незважаючи на всю напругу. Отже, теорія дискурсу не тільки робить можливим обґрунтування основних прав і прав людини, вона також виступає як основна теорія демократичної правової держави.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Alexy R.* A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason / R. Alexy // *Ratio Juris.* — № 5. — P. 231–251.
2. *Nino C.* The Ethics of Human Rights / C. Nino. — Oxford : Oxford University Press, 1991. — 336 p.
3. *MacIntyre A.* Community, Law, and the Idiom and Rhetoric of Rights / A. MacIntyre // *Listening: Journal of Religion and Culture.* — № 26. — P. 96–110.
4. *Alexy R.* Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation. In *Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation.* ed. Aulis Aarnio, Ilkka Niiniluoto, and Jyrki Uusitalo / R. Alexy. — Berlin : Duncker & Humblot, 1981. — S. 177–188.
5. *Buchanan J.* The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan / J. Buchanan. — Chicago and London : University of Chicago Press, 1975. — 210 p.
6. *Gauthier D.* Morals by Agreement / D. Gauthier. — Oxford : Oxford University Press, 1986. — 348 p.
7. *Alexy R.* A Theory of Legal Argumentation. Trans. Ruth Adler and Neil MacCormick / R. Alexy. — Oxford : Oxford University Press Clarendon, 1989. — 352 p.
8. *Alexy R.* Individual Rights and Collective Goods. In *Rights.* Ed. C. Nino / R. Alexy. — Aldershot/Hong Kong/Singapore/Sydney : Dartmouth, 1992. — P. 163–181.
9. *Alexy R.* Problems of Discourse Theory / R. Alexy. — *Critica.* — Vol. XX, № 58. — 1988. — P. 43–65.
10. *Habermas J.* Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats / J. Habermas. — Frankfurt-on-Main : Suhrkamp, 1992. — 704 S.
11. *Kant I.* The Metaphysics of Morals / I. Kant ; trans. M. Gregor. — Cambridge : Cambridge University Press, 1991. — 244 p.
12. *Habermas J.* Erläuterungen zur Diskursethik (suhrkamp taschenbuch wissenschaft) / J. Habermas. — Frankfurt-on-Main : Suhrkamp, 1991. — S. 119–226.
13. *Chisholm R.* What is a Transcendental Argument? / R. Chisholm. — *Neue Hefte für Philosophie.* — 1978. — № 14. — P. 19–22.
14. *Paulson S.* Läßt sich die Reine Rechtslehre transzendental begründen? / S. Paulson. — *Rechtstheorie.* — 1990. — № 21. — S. 155–79.
15. *Apel K.-O.* Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik. In *Kari-Otto Apel, Transformation der Philosophie / K.-O. Apel.* — 1973. — Vol. II. — S. 358–435.
16. *Habermas J.* Diskursethik-Notizen zu einem Begründungsprogramm. In *Jürgen Habermas, Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln / J. Habermas.* — Frankfurt-on-Main : Suhrkamp, 1983. — S. 53–125.
17. *Niquet M.* Transzendentalpragmatik / M. Niquet, A. Dorschel, M. Kettner, W. Kuhlmann. — Frankfurt-on-Main : Suhrkamp, 1983. — 474 S.

18. *Keuth H.* Fallibilismus versus transzendentalpragmatische Letztbegründung / H. Keuth. — Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie. — 1983. — Vol. 14. — Issue 2. — S. 320–337.
19. *Patzig G.* «Principium diiudicationis» und «Principium executionis». In Handlungstheorie und Transzendentalpragmatik. Ed. Gerold Prauss / G. Patzig. — Frankfurt-on-Main : Klostermann, 1986. — S. 204–218.
20. *Albert H.* Die angebliche Paradoxie des konsequenten Fallibilismus und die Ansprüche der Transzendentalpragmatik / H. Albert // Zeitschrift für Philosophische Forschung. — 1987. — № 41. — S. 421–428.
21. *Keuth H.* Fallibilismus versus transzendentalpragmatische Letztbegründung / H. Keuth. // Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie. — 1983. — № 14. — S. 320–337.
22. *Patzig G.* 1971. Relativismus und Objektivität moralischer Normen. In Günther Patzig, Ethik ohne Metaphysik / G. Patzig. — Göttingen : Vandenhoeck & Ruprecht, 1971. — S. 62–100.
23. *Kuhlmann W.* Reflexive Letztbegründung versus radikaler Fallibilismus / W. Kuhlmann. — Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie. — 1985. — № 16. — S. 357–374.
24. *Davidson D.* Inquiries into Truth and Interpretation / D. Davidson. — Oxford : Oxford University Press, 1984. — 320 p.
25. *Fusfield W.* Can Jürgen Habermas' «Begründungsprogramm» Escape Hans Albert's Münchhausen Trilemma? / W. Fusfield // Jahrbuch Rhetorik. — 1989. — № 8. — S. 73–82.
26. *Watt A.* 1975. Transcendental Arguments and Moral Principles / A. Watt // The Philosophical Quarterly. — 1975. — № 25. — P. 40–57.
27. *Machiavelli N.* Der Fürst = Il principe. 6th ed. / N. Machiavelli. — Stuttgart : Kröner, 1978. — 152 S.
28. *Alexy R.* Problems of Discourse Theory / R. Alexy. — Critica. — 1988. — № 20. — P. 43–65.
29. *Leist A.* Diesseits der 'Transzendentalpragmatik': Gibt es sprachpragmatische Argumente für Moral? / A. Leist // Zeitschrift für philosophische Forschung. — 1989. — № 43. — S. 301–317.
30. *Cortina A.* Diskursethik und Menschenrechte / A. Cortina // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. — 1990. — № 76. — S. 37–49.
31. *Alexy R.* Theorie der Grundrechte (suhrkamp taschenbuch wissenschaft) / R. Alexy. — Baden-Baden : Nomos, 1985 (Reprint: Frankfurt-on-Main: Suhrkamp, 1986). — 548 s.
32. *MacCormick N.* Moral Disestablishment and Rational Discourse / N. MacCormick // Recht und Moral. Ed. Heike Jung, Heinz Müller-Dietz, and Ulfrid Neumann. — Baden-Baden : Nomos, 1991. — S. 219–231.
33. *Kant I.* Perpetual Peace: A Philosophical Sketch in Hans Reiss. Ed. Kant's Political Writings / I. Kant. — Cambridge : Cambridge University Press, 1970. — P. 93–130.
34. *Stuckart W.* Kommentare zur deutschen Rassengesetzgebung / H. Globke — C. H. Beck'sche verlagsbuchhandlung, 1936. — 287 S.
35. *Ackerman B.* Why Dialogue? / B. Ackerman // Journal of Philosophy. — 1989. — Vol. 86. — P. 5–22.

Алексі Р. Теорія дискурсу та права людини

Анотація. Автор відстоює ліберальну концепцію прав людини, в основі якої — ідеї універсальності та автономії. Головна теза статті полягає в тому, що права людини можуть бути обґрунтовані за допомогою дискурсивної теорії. Для її доведення автор робить два кроки. Крок перший — обґрунтування правил дискурсу. Крок другий — обґрунтування прав людини, який включає в себе аргумент автономії, аргумент консенсусу і аргумент демократії.

Автор констатує, що ідея дискурсу може бути реалізована тільки в демократичній правовій державі, в якій основні права і демократія нерозривно пов'язані.

Ключові слова: права людини, правила дискурсу, універсальність, автономія, ліберальні ідеї.

Алекси Р. Теория дискурса и права человека

Аннотация. Автор отстаивает либеральную концепцию прав человека, в основе которой — идеи универсальности и автономии. Главный тезис статьи заключается в том, что права человека могут быть обоснованы с помощью дискурсивной теории. Для ее доказательства автор делает два шага. Шаг первый — обоснование правил дискурса. Шаг второй — обоснование прав человека, который включает в себя аргумент автономии, аргумент консенсуса и аргумент демократии. Автор констатирует, что идея дискурса может быть реализована только в демократическом правовом государстве, в котором основные права и демократия неразрывно связаны.

Ключевые слова: права человека, правила дискурса, универсальность, автономия, либеральные идеи.

Alexy R. Discourse Theory and Human Rights

Summary. The author defends the liberal conception of human rights, based on the idea of universality and autonomy. The main thesis of the article is that human rights can be justified by discursive theory. The argument has two steps. Step one is the justification of the rules of discourse. The second step consists in the foundation of human rights, which includes the argument of autonomy, the argument of consensus and the argument of democracy. The author notes that the idea of discourse can only be realized in a democratic state in which fundamental human rights and democracy are inextricably linked.

Key words: human rights, rule of discourse, universality, autonomy, liberal ideas.

ПРО ПРАВА¹



Р. ГІБУРГ

***доктор філософії, професор філософії права
(Університет Буенос-Айреса, Аргентина)***

1. Ключовий концепт сучасності

У наш час правові системи часто представлені як набір прав, і правові норми функціонують для забезпечення останніх. Все більшою мірою конституції включають біллі, або хартії, прав. У деяких випадках, як, наприклад, в Аргентині, конституції інкорпорують окремі міжнародні угоди, які проголошують навіть більше прав. Судді присягаються як дотримуватись закону, так і застосовувати його, але при цьому презюмується їх впевненість у тому, що жоден акт законодавчої влади не порушуватиме жодного конституційного права, навіть такого, яке може міститись у міжнародних угодах. Міжнародні конвенції засновані, як правило, на договірному праві; проте, прийнявши їх колись, їхню дію намагаються поширити, апелюючи до ідеї *jus cogens*, також і на держави, які не ратифікували ці угоди. Таким чином, фундаментом сучасної правової системи вважають: по-перше, певні права, що не обов'язково закріплені або спеціально схвалені національними державами; по-друге, конвенції, які узгоджуються з цими найвищими правами або інтерпретуються відповідно до їх смислу; по-третє, конституцію держави, коли вона гарантує деякі права, які, отримавши забезпечення, не суперечать правам вищих рівнів, а скоріше підтверджують та виражають їх; по-четверте, закони або підзаконні акти, прийняті органами, які наділені відповідною компетенцією згідно з конституцією або похідними від неї нормами.

Зазвичай громадянин може визначити критерій правомірної поведінки, просто звернувшись до цих правил четвертого рівня. Однак правовий дискурс, обмежений епістемологічними рамками природно-правового мислення, здається, не визнає цей факт. Навіть якщо схоластична теорія й застаріла, нова віра у права, або принципи, в цілому, і особливо в права людини, у будь-якому разі ґрунтується на постулюванні певного методу осягнення деяких приписів, що мають об'єктивний характер. Згідно з цією точкою зору, ми можемо використовувати мислення для визначення правового шляху вирішення будь-якого

¹ Переклад з англійської Н. Сатохіної, наукове редагування С. Максимова.

юридичного протиріччя, навіть за відсутності позитивного правила, або тому що жодне таке правило не було ухвалене, або тому що воно вважається таким, що не може застосовуватись, оскільки суперечить загальному принципу. Якщо два або більше принципів конкурують у конкретній справі, вони можуть бути раціонально зважені, аби продемонструвати, який із них, або який їх набір, може мати пріоритет перед іншими.

Серед головних прихильників такого підходу – Р. Дворкін та Р. Алексі. Перший пропонує розглядати правову систему відповідно до так званого «методу прав». Такі права, або принципи, які є чимось більшим, ніж політичні стандарти, діють як *козирні карти*, що мають пріоритет – на протигагу більшості, якщо така є, – перед нижчими нормами [1]. Р. Алексі, у свою чергу, говорить, що принципи є вимогами оптимізації і пропонує метод *формули ваги*, здатний, на його думку, зважити принципи з математичною точністю [2, с. 40–44; 3, с. 1; 4, с. 65].

Я не збираюся заперечувати той факт, що права та принципи знаходяться на вищих сходинках ієрархії у правовій системі і, відповідно, превалюють над нижчими правилами. Проблема виникає тоді, коли таку ієрархічну перевагу потрібно застосувати, оскільки вимоги оптимізації самі по собі не визначають, як їх потрібно виконувати, а отже, проблема інтерпретації, притаманна всім рівням системи права і будь-якій правовій практиці, досягає тут найвищої складності.

У інших творах я мав можливість критикувати таку точку зору, доводячи, що: а) не існує адекватного методу виявлення прав або принципів, що мають бути визнані угодами чи конституціями, або навіть застосовані, коли ці інструменти є недостатніми; б) хоча й потрібен алгоритм для зважування відносної значущості конфліктуючих принципів, формула, запропонована Р. Алексі, передбачає в кожній окремій справі суб'єктивні оцінки, і ця проблема не може бути вирішена за допомогою числового перекладу Р. Алексі; в) з точки зору нормативної практики (а не політичної риторики), найкращим способом встановити право є не стільки його проголошення, скільки розробка системи гарантій, необхідних для досягнення цієї мети [5; 6, с. 3]. У даній статті я не буду повторювати ці тези: натомість я прояснитиму поняття права в контексті різних відтінків, яких фактично набуває ця ідея в ході інтерпретації.

2. Невизначеність поняття і класифікація Ганса Кельзена

Як тільки ми зосередили увагу на ідеї прав, це поняття демонструє значний ступінь невизначеності, коли розглядається в світлі різних обставин, необхідних для виявлення його змісту. Г. Кельзен [7, с. 87–105; 8, с. 138–157] запропонував роз'яснюючу класифікацію (яка, правда, містить деякі труднощі) різноманітних значень, що приписуються цьому слову, а саме:

а) *негативний дозвіл*. У цьому значенні ми говоримо, що маємо право діяти, якщо в межах даної правової системи відсутнє правило, яке забороняє таку дію; б) *позитивний дозвіл*. У цьому другому сенсі ми маємо право вчинити певну дію, якщо дана правова система містить спеціальний дозвіл на це. Виникає питання: йдеться тут дійсно про нормативну відмінність чи просто про два різних шляхи формулювання однакового нормативного стану речей. У своїй

першій деонтичній системі Г. Х. фон Врігт приймає першу точку зору [9]; у наступних версіях [10, с. 85], у тому числі в системі, розробленій К. Альчурроном та Є. Булігіним [11], обрано другу. Тим не менш, ми можемо прийняти той чи інший спосіб вираження залежно від обраної позиції. Для суб'єкта, що хоче знати, яка дія чи бездіяльність заборонена або дозволена для нього, нормативна система виникає як статичний у даний момент стан речей, в якому негативні або позитивні дозволи мають абсолютно однакове значення. Натомість з точки зору правового суб'єкта, завдання якого полягає у встановленні норм чи винесенні рішень, відмінність між двома дозволами набуває певного значення, оскільки вона може змінити обсяг повноважень суду щодо прийняття валідного рішення¹;

в) *дзеркальне право*. Якщо суб'єкт має зобов'язання, вигодонабувач за цим зобов'язанням має право, що полягає просто у відбитку, або дзеркальному відображенні, обов'язку іншого. Як бачимо, для того, щоб мати право у цьому сенсі, не обов'язково бути не тільки дієздатною особою, а й навіть суб'єктом права взагалі. Так, кредитор має право отримати кошти від свого боржника; діти мають право бути захищеними та забезпеченими своїми батьками; суспільство (або держава) має право на те, щоб громадяни не скоювали злочинів; кінь має право на те, що з ним не будуть поводитись погано, оскільки закон забороняє таку поведінку; нарешті, громадський пам'ятник, неживий об'єкт, має право не бути розмальованим граффіті, якщо місцеві норми забороняють таку дію [13, с. 98]. Це розширення може розглядатись як помилкова інтерпретація деяких особливостей, притаманних будь-якому поняттю права, або як недолік власне поняття дзеркального права (який Г. Кельзен обмежує іншим значенням слова), або навіть як ознаку непослідовності, якою правовий дискурс завдячує притаманному йому антропоцентризму;

г) *право в технічному сенсі, або право як правова влада*. У цьому значенні носій права наділений владою вимагати виконання обов'язку або застосовувати покарання за його невиконання. Ця правомочність, позначена Г. Кельзенем як типова для капіталістичного права, може розглядатись як делегування державної влади: остання передається окремій особі для застосування примусу, але без вимоги носія права примус не застосовується. Цю концепцію права можна вважати доповненням попередньої, оскільки бенефіціар обов'язку має право лише в тому разі, якщо він може використовувати державні інституції на свою користь. Проте ця інтегральна ідея, пов'язана з визначенням права як «захищеного законом інтересу» і прислів'ям «інтерес — міра дії», передбачає поширену, але логічно контингентну (не необхідну) ситуацію.

Можна уявити таку ситуацію, у якій бенефіціар обов'язку не може вчинити жодної правової дії, щоб вимагати його виконання, натомість така дія є прерогативою іншої особи, яка не є вигодонабувачем. Такий стан речей видається вкрай неприємним, але ця умова — результат правової системи фікцій. Фактично, якщо дитина має кредит, дії, пов'язані з ним, не можуть бути вчинені ніким іншим, крім її батьків або опікунів. Закон презюмує, що дитина самостійно задовольняє вимогу «через посередництво свого правового представника», але

¹ Порівняй із: [12, с. 455].

кельзенівський аналіз понять правоздатності та юридичної особи дозволяє зрозуміти, що це лише усталений мовний зворот [14, с. 391];

г) *політичні права*. Демократія передбачає, що громадянин може голосувати і, за певних умов, бути обраним. В обох випадках він бере пряму чи опосередковану участь у створенні загальних правил. Якщо попередні значення стосувались індивідуальних прав, які можуть були реалізовані однією особою щодо іншої, політичне право, навіть якщо воно реалізується індивідуально, функціонує тільки як частина спільної з іншими учасниками діяльності: виборець має (дзеркальне) право на те, щоб його голос був врахований разом із голосами інших громадян; члени парламенту голосують у межах колегіального органу; виконавча влада може видавати декрети самостійно, але вона є суб'єктом системи стримувань і противаг. Результати — за винятком індивідуально-правових актів — є завжди колективними, оскільки вони є загальними правовими нормами;

д) *конституційні гарантії*. Г. Кельзен розглядає їх як участь громадян у скасуванні загальних правил і, відповідно, як зворотну версію політичних прав. Цей різновид прав реалізується не колективно, а індивідуально, коли суб'єкт ставить під сумнів загальне правило, яке, на його думку, є неконституційним стосовно його справи. Якщо сумнів виникає в системі централізованого конституційного контролю, схвальне рішення взагалі скасовує правило; якщо ж система є децентралізованою, вона проголошує таке правило незастосовним у справі цього громадянина. Такий контрмажоритарний характер гарантій порівнюється Р. Дворкіним із козирами у грі в карти. Виходить, таким чином, що цінність такого козира залежить від судового розгляду справи: суд, особливо верховний, може проголосити неконституційним правило, яке зовні здається конституційним, або навпаки, і це ставить під сумнів спірну тезу Кельзена щодо альтернативного значення норм та веде до розуміння гарантій як ще одного елемента — оспорюваного, як і будь-який інший — системи стримувань і противаг [15, с. 51–55]. Проте це зауваження не стосується поняття прав і скоріше відсилає до системних протиріч *res judicata*.

3. Права людини і сила прав

Важливість викладеної вище критики, навіть з її застереженнями та труднощами, не враховується новою парадигмою права, з її перевернутим співвідношенням між правами та обов'язками. Якщо раніше — як це впливає з кельзенівського аналізу — визначення прав могло бути виведене з аналізу зобов'язань, що утворюють і обґрунтовують ці права, сьогодні обов'язки розглядаються як похідні від прав, і норми, навіть ті, що встановлюють обов'язки, роблять наголос перш за все на правах, які вони проголошують для кожного або для певної групи осіб. Коли їх межі є занадто абстрактними, ці права називаються *правами людини*, і вони включаються до текстів конституцій або міжнародних угод та поширюються навіть на ті держави, які не підписали договори, або діють ретроактивно в силу *ius cogens* у міжнародному праві.

Тут не місце розглядати питання походження або обґрунтування прав людини, але варто зазначити, що ця модель, наділена як така великим політичним престижем, руйнує нижчі рівні нормативної системи та кардинально змінює метод аналізу права.

Цей феномен далеко не новий: у 1789 р. *Декларація прав людини і громадянина* встановила систему, яка була поступово поширена на конституції у всьому світі. Проте не слід забувати, що проголошені таким чином перші права мали на меті обмеження свавілля державної влади: їх сенс був негативним, як говорить Г. Кельзен у контексті конституційних гарантій. Умовою звернення до однієї з цих гарантій було те, що державна вимога є нелегітимною або порушує межі, встановлені правилами; таким чином, визнається кожне зобов'язання, встановлене законом, за винятком тих, які вступають у конфлікт із правами.

Урешті-решт, все-таки поняття прав було поширене (як наступні їх «покоління») на певні соціальні та економічні гарантії та навіть на певні ситуації, у яких вигодонабувачі не індивідуалізовані, тому що вони ототожнюються з усім суспільством. Отже, яким би не було обґрунтування таких прав, встановлені ними правила не визначають конкретних дій, які мають бути вчинені для досягнення такого стану речей. Так, права поглинаються принципами: за Алексі, «вимогами оптимізації»; але обрання способу оптимізації цінності залишається делегованим іншій владі: інколи законодавчій, або, частіше, судовій.

Ураховуючи ці умови, корисно було б проаналізувати детальніше поняття права, від якого має походити обов'язок чи набір обов'язків, або їх відсутність¹. Фактично, якщо розглядати право з точки зору законодавця, бажання носія кореспондуючого права вчинити певну дію припускає різні ступені, або рівні, сили, і кожний із цих рівнів може бути представлений різними конфігураціями обов'язків, або правомочностей.

Перший рівень, найслабший із них, представлений негативним дозволом: у межах системи S немає норми, що забороняла б суб'єктам вчиняти дію p . Можливо, законодавець не мав такого наміру, але фактично він не заборонив цю дію. Якщо виразити це формулою, завжди маючи на увазі систему S ,

$$\text{Право 1 } p =_{df} \forall p \notin S,$$

де S — нормативна система, що розглядається, і заборона вчинення p не є її частиною.

На другому рівні законодавець розглянув питання і визнав його достатньо важливим для того, щоб прийняти спеціальну норму, що гарантувала б громадянам дозвіл вчиняти p . При цьому для суб'єкта наслідки в певний конкретний момент є абсолютно такими самими, як і на попередньому рівні; разом з тим у межах динамічного виміру нормативної системи результат відмінний: будь-яке рішення виконавчої влади, що забороняє p , має поступитися спеціальному дозволу вищого за правовою ієрархією органу; не тому що таке рішення є саме по собі забороненим або виходить за рамки делегованих повноважень, а просто в силу принципу *lex superior*. У статичному вимірі, таким чином, цей рівень права може бути представлений як:

$$\text{Право 2 } p =_{df} Pp \in S$$

¹ Наступний аналіз було розпочато у «*Permesso, garanzie e libertà*» (у співавторстві з Даніелем Мендосою) [16, с. 269]. Я також зобов'язаний Мендосі цінними зауваженнями щодо формул, які представляють кожен рівень прав.

Згідно з використаною вище системою позначень, дозвіл вчиняти $p \in$ частиною S .

На третьому рівні, навіть без спеціального дозволу, законодавець хоче завадити виконавчій владі забороняти p . Тому він не дозволяє їй приймати норми, що містять заборону. Хоча, якщо щодо p немає спеціального дозволу верховної влади, делегована влада може порушити заборону, перешкоджаючи даним суб'єктам, у межах своєї компетенції, вчиняти p . Така делегована заборона була б валідною, але влада, що встановила її, порушила б правило і могла б бути покарана верховною владою за непокору.

Для того, щоб представити ситуацію у формулі, ми маємо ввести поняття «делегування повноважень», або нормативної ієрархії. Це буде позначено постійною величиною H , доповненою змінними (m, n) , які позначають відповідно вищий та нижчий рівні владної ієрархії. Таким чином, у S ,

$$\text{Право 3 } (m)p =_{df} H(m, n) \supset \{V[V(n)p] \in S\}$$

Словами: якщо право третього рівня було встановлено владою m , підпорядковані їй органи не можуть забороняти p .

На четвертому рівні, або ступені, верховна влада намагається попередити змодельовану вище ситуацію. Для цього вона встановлює, що заборона p не входить до компетенції жодного з підпорядкованих їй органів. Отже, якщо вони приймуть таку норму, це правило залишиться недійсним через відсутність відповідних повноважень. У межах цього ступеня прав не має значення, чи є такий орган суб'єктом покарання, хоча це може бути важливим, якщо зберігається також заборона, згадана на попередньому рівні. Проте, навіть якщо можливість існування норм, що забороняють p , виключено, ніщо не заважає третім особам перешкоджати поведінці, дозволений нормативною системою. У S ,

$$\text{Право 4 } (m)p =_{df} (x) \{[H(m, x)] \supset -[V(x)p \supset Vp \in S]\}$$

У даному випадку право четвертого ступеня, встановлене в межах нормативного рівня m , означає, що для кожної підпорядкованої інстанції заборона нею p не стає частиною S .

На п'ятому рівні для законодавця недостатньо того факту, що p дозволено і не може бути заборонено: він наполягає на тому, що суб'єкту, який бажає вчинити p , не повинні перешкоджати у цьому треті особи. Тому він встановлює норму, що забороняє будь-кому втручання у здійснення громадянином дії p . Щоб представити цю ситуацію, необхідно звернутися до логіки дії, запропонованої Г. Х. фон Врігтом: так, у S ,

$$\text{Право 5 } p =_{df} (x)(y) \{Vd(x) - [d(y) - pTp]\} \in S$$

Інакше кажучи, заборонено будь-кому перешкоджати будь-якій іншій особі (носію права) здійснювати p .

На шостому рівні законодавець визнає, що, навіть якщо ніхто не чинить перепон для p , деякі бажаючі особи не здатні індивідуально здійснювати таку поведінку. Для того, щоб вирішити цю проблему, законодавець встановлює зобов'язання, для кожного суб'єкта, для деяких із них у певній сприятливій ситуації, чи навіть для виконавчої влади, надати дієву допомогу будь-якій особі, яка хоче здійснити p , але натрапляє на певні перешкоди у цьому.

Право $b p =_{df} (Ex)(y) \{O d(x) [d(y) - pTp]\} \in S$

Отже, є як мінімум суб'єкт x , який зобов'язаний допомогти y здійснити дію p . Тут зв'язок між формулою і поняттям є приблизним, оскільки введення як змінних величин волі y та поняття достатньої допомоги потребувало б занадто складної формули.

4. Права у світлі ступенів сили

Виокремивши та визначивши ці шість рівнів сили прав, незайвим буде запропонувати деякі приклади кожного ступеня.

Носіння краватки є прикладом права першого рівня сили: існує дозволена поведінка, яка не має спеціального захисту з боку закону.

Укладення договору належить до другого рівня сили: для такої діяльності існує спеціальний дозвіл, але нова норма може заборонити певні різновиди або форми укладення договорів.

Якщо громадянин має статус підозрюваного у кримінальному процесі, він може клопотати перед суддею про звільнення від затримання, тобто йдеться про право не бути взятим під варту під час процесу. Якщо суддя надасть таку гарантію, і до тих пір, поки вона не буде скасована, поліція не може заарештувати підозрюваного в рамках розслідування злочину: така дія буде розглядатись як невиконання законного рішення судді. Втім це не означає ані того, що поліція втрачає повноваження заарештовувати людей взагалі, ані того, що затримання громадян — носіїв цього права — може розглядатись як незаконне викрадення. Отже, звільнення від арешту можна вважати правом третього ступеня сили.

У конституції йдеться про те, що громадянин може поширювати свої ідеї без будь-якої цензури. Це означає, що жодний державний орган не може перешкодити будь-кому оприлюднювати щось: норма, що заборонила б вираження своїх поглядів, не стала б частиною правової системи. Звісно, це не означає, що громадянин може змусити газету друкувати його тексти: кожен видавець вільний вирішувати, що буде надруковано у його газеті, а що ні. Так, в окремих випадках, на практиці, громадянин може опублікувати свої погляди тільки особисто. Таким чином, йдеться про право четвертого рівня сили.

Громадяни мають право (і, у певних країнах, обов'язок) голосувати. Звичайно, жодний державний орган не може перешкодити такій дії: якщо він зробить це, то порушить закон. Але ця заборона стосується й окремих осіб: будь-хто, хто в будь-який спосіб перешкоджає громадянину голосувати, також порушує закон. Це робить право голосу правом п'ятого рівня.

Нарешті, прикладом шостого рівня сили може бути право на освіту. Відвідування школи не тільки не заборонено, а й підкріплено спеціальним дозволом. Будь-яка владна структура або будь-яка приватна особа, що намагається завадити дитині відвідувати школу, діє незаконно. Ба більше: батьки зобов'язані дати своїм дітям освіту, але для виконання такого обов'язку потрібна зовнішня допомога шкіл або подібних закладів. Відповідно, система освіти, за яку в кінцевому рахунку відповідальна держава, в цілому зобов'язана забезпечити доступність освіти для дітей. Потрібно зазначити, що в межах цього рівня сили прав не обов'язково, щоб кожний був зобов'язаний допомагати (як у випадку обов'язку надання допомоги особі, що знаходиться в небезпечному для

життя стані, коли бездіяльність може утворювати склад такого злочину, як залишення у небезпеці), але має бути принаймні хтось, зобов'язаний сприяти здійсненню даного права особами, які не можуть зробити це самостійно.

5. Переосмислення фундаментальних прав

Тепер розглянемо характер прав, які називають фундаментальними, або правами людини, або конституційними, прав, на яких, як зазначено на початку цієї статті, ґрунтується сучасне правове мислення.

Якщо розглядати найбільш традиційні права, нескладно визначити, що право слухати музику є правом першого рівня, право працювати або наймати робітників у легальній промисловості має другий ступінь сили, не бути покараним без законної підстави — це право третього рівня, право на свободу слова має четвертий ступінь сили, не бути поневоленим — право п'ятого рівня, разом із правом на здорове довкілля, а право на правовий захист (принаймні коли хтось звинувачується у тяжкому злочині) сягає шостого ступеня.

Таким чином, практична сила прав не обов'язково узгоджується ані з відповідною ієрархією правових норм, у межах якої ці права встановлені, ані з їх моральною, чи політичною, ієрархією. Нормативна ієрархія зберігає деякий вплив на 4-му і, меншою мірою, на 3-му та 2-му рівнях, оскільки захищеність встановленого права залежить від співвідношення між вищими і нижчими нормами; але, в інших аспектах, ці три рівні є відмінними та незалежними. Якщо право визначається на моральному, або політичному, рівні, — це одна річ. Ієрархічний рівень правил, що гарантують різні права, — інакша. Рівні, або ступені, сили, розглянуті у даній статті, — це третя річ, незалежна від двох попередніх.

Як було зазначено вище, це питання потребує особливої уваги, якщо розглядається в контексті правових принципів. Від початку позитивні правила визначають силу кожного права; однак якщо в окремій справі суддя має застосувати загальні принципи відповідно до їх політичної, або моральної, ієрархії (порівняльна оцінка полягає в оманливій ідеї зважування прав або принципів), його рішення визначає рівень захисту, який має бути наданий цьому праву, відносно незалежно від тексту закону. Насправді, будь-яке рішення, навіть щодо окремого індивідуального позову, завжди застосовує загальний критерій, що має використовуватись при вирішенні усіх аналогічних у загальних рисах справ.

Прикладом такого делегування повноважень і труднощів, що його супроводжують, є право на гідне житло. Спеціально встановлене в багатьох конституціях, таке право не забезпечене системою, яка б дозволяла кожному громадянину здійснити його. Воно лише заохочує до політичних дій, які, дуже обмежено і залежно від бюджетних можливостей та загального політичного курсу, сприяють будівництву житла для найменш забезпечених громадян. Таким чином, у межах позитивної системи це право функціонує із силою другого рівня. Якщо ж воно згадується в конкретній справі для виправдання захоплення чужої будівлі або для обґрунтування вимоги гідного житла, зверненої до держави, воно стає правом шостого рівня. Коли суддя задовольняє позов, він не тільки вирішує індивідуальну справу: він пропонує загальний критерій, що може бути застосований до всієї категорії справ, аналогічних даній. Звісно, різні

судді можуть застосовувати різні критерії; однак цей факт є лише прикладом того, як ускладнюється правова система, коли правова інтерпретація сягає найвищих рівнів ієрархії норм.

Наприклад, Верховний суд Аргентини зобов'язав місто Буенос-Айрес забезпечити гідним житлом безробітну бідну жінку з дитиною-інвалідом [17]. Для того, щоб зробити це, суд застосував конституційну норму, яка гарантує кожному право на гідне житло; але чіткий загальний критерій, який впливає з такого рішення, полягає в такому: кожна безробітна бідна особа, яка має дитину-інваліда, має отримати від свого міста гідне житло. Якщо б цей критерій був закріплений у законі, навіть більше, якщо б він поширювався на інші ситуації нагальної потреби, його застосування вимагало б радикальної зміни економічних та фінансових пріоритетів, не тільки в межах міста, а й в усіх містах і, ймовірно, в усій країні. Такі зміни можна вважати справедливими; однак в умовах конкуренції багатьох пріоритетів необхідно з'ясувати, хто має право визначати співвідношення між цінностями в кожний конкретний момент. Це колективне політичне рішення, традиційно віднесене до компетенції політичної влади; проте ця влада змушена конкурувати із загальним критерієм, що міститься у судовому рішенні, яке визначає силу прав.

Ця стаття не має на меті ані запропонувати підтримати чи змінити існуючі пріоритети, ані заперечити важливість прав чи закликати суди до їх ігнорування. Метою є продемонструвати практичний бік здійснення прав, на противагу різним конотаціям, яких вони набувають у рамках політичного дискурсу, що сьогодні глибоко вкорінений у правовій проблематиці. Проголошення прав — сфера політичної ідеології, але встановлення зобов'язань, здатних втілити їх на практиці, є обов'язковим завданням права. Коли право лише проголошене, ми рідко можемо чітко визначити рівень сили, з якою воно гарантоване. Якщо ж, у той самий час, право визначати цю силу в індивідуальній справі надане судам, простір для розсуду є достатньо широким, і вони можуть обмежити обсяг прав або врегулювати їх реалізацію у достатньо складний та неоднозначний спосіб. Запропонований вище аналіз рівнів сили прав може бути корисним інструментом для кращого розуміння цієї проблеми.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Dworkin R. Taking Rights Seriously* / R. Dworkin. — Harvard University Press, 1978.
2. *Alexy R. Discourse Theory and Fundamental Rights* / R. Alexy // A. J. Menéndez/E. O. Eriksen (eds.). *Fundamental Rights Through Discourse. On Robert Alexy's Legal Theory, European and Theoretical Perspectives*. — Oslo, 2004.
3. *Sobre reglas y principios. Entrevista a Robert Alexy* // *La Ley Actualidad*. — Buenos Aires. — 30.10.08.
4. *Alexy R. The Nature of Legal Philosophy* / R. Alexy // *Associations*. — 2003. — № 7 (1). — Berlin : Duncker & Humblot.
5. *Guibourg R. A. On Alexy's Weighing Formula* / R. A. Guibourg // *ARSP*. — № 124, *Legal reasoning: the methods of balancing*. — 2010. — P. 145–159.
6. *Guibourg R. A. Una concepción analítica del derecho* / R. A. Guibourg // *Botero Bernal A. Filosofía del derecho argentina*. — Bogotá : Temis, 2008.
7. *Kelsen H. Teoría general del derecho y del estado* / H. Kelsen. — Mexico : UNAM.
8. *Kelsen H. Teoría pura del derecho* / H. Kelsen. — Mexico : UNAM, 1981.

9. *Wright G. H. von. Deontic Logic / G. H. von Wright // Mind. — 1951. — Vol. 60.*
10. *Wright G. H. von. Norm and Action / G. H. von Wright. — London : Routledge, 1963.*
11. *Alchourrón C. E. Normative Systems / C. E. Alchourrón, E. Bulygin. — Wien : Springer-Verlag, 1971.*
12. *Guibourg R. A. Formalization of Competence / R. A. Guibourg // Garzón Valdés, Krawietz, von Wright, Zimmerling (eds.). Normative Systems in Legal and Moral Theory. — Berlin : Duncker & Humblot, 1997.*
13. *Guibourg R. A. Pensar en las normas / R. A. Guibourg. — Buenos Aires : Eudeba, 1999.*
14. *Guibourg R. A. El legado de Hans Kelsen / R. A. Guibourg // Clérico, Sieckmann (eds.). La teoría del derecho de Hans Kelsen. — Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2011.*
15. *Guibourg R. A. Derecho, sistema y realidad / R. A. Guibourg. — Buenos Aires : Astrea, 1986.*
16. *Guibourg R. A. Permesso, garanzie e libertà / R. A. Guibourg, D. Mendonca // Analisi e Diritto. — Torino : Giappichelli, 1995.*
17. *Q. C., S. Y., c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo // CSJN. — April 24th 2012.*

Гібург Р. Про права

Анотація. Статтю присвячено аналізу феномену прав як фундамента сучасної правової системи. З точки зору нормативної практики автор критично переосмислює ідею зважування конкуруючих правових принципів, запропоновану Р. Алексі, і намагається прояснити поняття прав у контексті тих відтінків, яких фактично набуває ця ідея в ході інтерпретації. Для цього він розташовує права за шістьма рівнями юридичної сили залежно від конфігурації кореспондуючих обов'язків: від негативного дозволу, коли певна дія просто не заборонена (наприклад, право слухати музику) до обов'язку певних суб'єктів надати допомогу особі, яка бажає здійснити певну дію, але не може зробити це самостійно (як-от право на правовий захист). У ході скрупульозного логічного аналізу автор доводить, що практична сила прав нерідко не узгоджується ані з ієрархією норм, у рамках якої ці права встановлені, ані з їх моральною значущістю, виявляючи в такий спосіб суперечності між тими моральними смислами, якими наділяються права у сучасному політико-правовому дискурсі, та існуючою практикою їх реалізації.

Ключові слова: права, рівні сили, зобов'язання, нормативна система.

Гібург Р. О правах

Анотація. Стаття посвящена аналізу феномена прав как фундамента современной правовой системы. С точки зрения нормативной практики автор критически переосмысливает идею взвешивания конкурирующих правовых принципов, предложенную Р. Алекси, и пытается прояснить понятие прав в контексте тех оттенков, которые фактически приобретает эта идея в ходе интерпретации. Для этого он размещает права на шести уровнях юридической силы в зависимости от конфигурации корреспондирующих обязанностей: от негативного разрешения, когда некое действие просто не запрещено (например, право слушать музыку), до обязанности определенных субъектов предоставить помощь лицу, которое желает осуществить определенное действие, но не может сделать это самостоятельно (например, право на правовую защиту). В ходе скрупулезного логического анализа автор доказывает, что практическая сила прав зачастую не согласовывается ни с иерархией норм, в рамках которой эти права установлены, ни с их моральной значимостью, выявляя таким образом противоречия между теми моральными смыслами, которыми наделяются права в современном политико-правовом дискурсе, и существующей практикой их реализации.

Ключевые слова: права, уровни силы, обязательства, нормативная система.

Guibourg R. On Rights

Summary. This article analyzes the phenomenon of rights as the foundation of the modern legal system. From the point of view of normative practice the author critically rethinks the idea of the weighing the competing legal principles proposed by R. Alexy, and tries to clarify the concept of right according to the different shades in which, as a matter of fact, the idea of a right is interpreted. This effect he puts rights on the six levels of intensity, depending on the configuration of corresponding duties: from the negative permission when some action is simply not prohibited (for example, the right to hear music) to the obligations of certain entities to provide assistance to a person who is willing to take a certain action, but can not do it on their own (for example, the right to be defended by a lawyer). During the rigorous logical analysis of the author argues that the operative intensity of rights does not necessarily coincide with the relative hierarchy of the legal norms by which rights are established, neither with their moral hierarchy. Thus the author reveals the contradictions between the moral sense, which vested rights in the contemporary political and legal discourse and practice to implement them.

Key words: rights, intensity degrees, obligations, normative system.

УНІВЕРСАЛЬНІСТЬ ПРАВ ЛЮДИНИ



С. МАКСИМОВ

*доктор юридичних наук,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри філософії,
(Національний університет
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)*

В умовах глобалізації в обговоренні проблеми прав людини на перший план виходить питання їх універсальності, з одного боку, і культурних відмінностей у їх визнанні та здійсненні — з іншого. Це зумовлено як необхідністю формування глобального права, що ґрунтується на універсальних засадах (якими є принципи прав людини), так і загостренням питання збереження культурної різноманітності світу.

Слід зазначити, що на початку XXI ст. (умовно — після подій 11 вересня 2001 р.) певною мірою відбулося зменшення загальної віри у можливість прогресу людства в бік універсальних цінностей на основі глобалізації. Якщо до цих подій універсальність прав людини була більш-менш очевидною ідеєю в межах кантівського проекту вічного миру, а культурні відмінності виступали як додатковий фактор, то сьогодні більш проблематичним стає саме обґрунтування універсальності таких прав.

Як відомо, у світовій політичній і правовій філософії щодо питання універсальності прав людини стикаються діаметрально протилежні позиції універсалізму і партикуляризму. На універсальності ідеї прав людини, її єдності для всіх культур наполягають представники універсалістського лібералізму (Дж. Роулз, Р. Дворкін). Принцип універсальності прав людини, який відстоюється представниками цього напрямку, стверджує, що всі люди мають певні права. Заперечення універсальності цієї ідеї походить від різних форм партикуляризму, що роблять акцент на різноманітності культур, їх прагненні захистити свою ідентичність (М. Сендел, А. Макінтайр). Наприклад, доводи комунітаристів проти універсальності прав людини полягають в оголошенні цих прав лише елементами західної культури, і тому такими, що мають лише відносну цінність. З їхньої точки зору, будь-яка претензія на універсальну цінність прав людини викриває імперіалізм, одягнений в одяг гуманізму.

Спробою подолати крайнощі як універсалізму, так і партикуляризму є підхід, що розробляється сучасною комунікативною філософією права з позицій етики дискурсу (К.-О. Апель, Ю. Габермас). Згідно з цим підходом права людини як конкретизація універсальних моральних принципів виявляють себе тими

нормами, на основі яких можливе мирне співіснування індивідів та різних культур і навіть їх співробітництво в умовах виникнення глобальних проблем. Така постановка питання дозволяє розв'язати, здавалося б, непримириме протиріччя між позиціями універсалізму прав людини і плюралізму культурної своєрідності, коли право на культурну ідентичність розглядається як значуще для всіх людей індивідуальне право [1, с. 87].

Проте виникає запитання: а чи не є ці суперечки навколо універсальності прав людини наслідком лише різної інтерпретації поняття прав людини та поняття універсального? Інакше кажучи, якою мірою права людини універсальні й якою мірою вони залежать від культурних умов їх існування та здійснення?

Тому на основі аналізу концепцій відомих сучасних західних філософів права спробуємо виявити особливості сучасного дискурсу прав людини і виявити оптимальну модель співвідношення універсального та культурно-специфічного в їхньому змісті.

За відправний пункт такого аналізу візьмемо концепцію відомого британського філософа права Дж. Раза, репрезентовану їм на XXIV Всесвітньому конгресі Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (Пекін, 2009 р.) у доповіді «Індивідуальні права і світовий порядок» [2]. З універсалістських позицій він розглядає права людини (їх визнання та здійснення) як один з аспектів світового порядку, що зароджується.

За Дж. Разом права людини є видом індивідуальних прав, від яких людина не може відмовитися, і досягнення яких є метою в масштабах усього світу. Права людини, на відміну від інших прав, завжди зберігають свою дійсність, навіть якщо вони не належать до договорів і конституцій. Проте їх здійснення потребує інституціалізації [2, с. 9].

Права людини поєднують виключну важливість та універсальність [2, с. 9]¹. На відміну від «традиційних» теорій, які проголошують права людини універсальними тому, що це права, які кожна людина має саме як людина (отже, буття людини визнається основою володіння цими правами), Дж. Раз пропонує раціонально-ціннісний підхід до виправдання універсальності прав людини: «Права не виникають з необхідністю із прав. Вони виникають із міркувань, як досягнути цінностей життя» [2, с. 10]. Наприклад, людина має право на освіту не завдяки належності до людського роду (в такому разі печерні мешканці в кам'яному віці теж мали б це право). Воно ґрунтується не на певному перед-праві, а на універсальних положеннях — шанси досягнути повноцінного життя залежать

¹ Відповідно до концепції Р. Алексі права людини характеризуються п'ятьма ознаками: універсальністю, моральною значущістю, фундаментальним характером, пріоритетністю та абстрактністю [3, с. 174]. Він також пропонує більш традиційну концепцію універсальності прав людини, розрізняючи універсальність носія та адресата. Універсальність носія полягає в тому, що права людини є правами, які належать усім людям як індивідам безумовно [3, с. 175]. Універсальність адресата диференціюється стосовно абсолютних і відносних прав. Абсолютні права – це права, якими володіють усі стосовно всіх людей, груп і держав (наприклад, право на життя). Відносні права людини – це права, якими володіють усі стосовно принаймні однієї людини, групи чи держави (наприклад, виборче право стосовно однієї держави) [3, с. 175–176].

від володіння навиками скористатися сприятливими можливостями, що є досяжними у відповідному місці та у відповідний час.

Дж. Раз вважає, що права людини не онтологічно-універсальні, а синхронно-універсальні — в тому сенсі, що всі люди, які живуть сьогодні, їх мають. У сучасному світі людське життя визнається безумовною цінністю. Тому вирішальний внесок індивідуальних прав у виникнення світового порядку полягає в тому, щоб підкріпити його зобов'язання щодо цінності людського життя. Додатковий вирішальний внесок прав людини у світовий порядок полягає в тому, що права індивідів посилюють тиск на держави, корпорації та міжнародні організації, які є найбільш сильними суб'єктами на міжнародній арені. Рух за права людини протистоїть концентрації влади в корпоративних руках.

Таким чином, важливість прав людини полягає в утвердженні цінності людини і перерозподілі влади від впливових суб'єктів до кожної людини і будь-якої групи та асоціації, що прагне захищати інтереси звичайних людей. Визнання прав людини означає визнання моральної гідності людей [2, с. 11]¹.

Критерієм ідентифікації прав людини Дж. Раз вважає те, що їх дотримання можна вимагати від кожного: «Ми ідентифікуємо права людини з тими правами, які відповідно до загальних умов життя мають всі люди, що сьогодні живуть, і це є додатковим приводом визнати, що дотримання таких прав може вимагати кожний, у тому числі люди та організації, які не пов'язані з цією країною» [2, с. 12]².

Дж. Раз виокремлює складнощі, пов'язані з процесом, і складнощі, пов'язані зі змістом.

Процесуальний аспект стосується інститутів, які мають легітимну владу розв'язувати спори стосовно меж прав і підтримувати їх дотримання. В ідеалі права людини мають здійснюватися без будь-якого інституційного втручання, проте вони здійснюються завдяки закону.

Життєва важливість неупереджених, ефективних і надійних інститутів для управління і здійснення прав людини підкреслюється автором через такі положення: по-перше, наявність людського права на щось обумовлює обов'язок встановити і підтримати неупереджені, ефективні та надійні установи для спостереження за виконанням і захисту його від порушень; по-друге, доки такі інститути існують, необхідно утримуватися від спроб примусового запровадження в життя права; по-третє, якщо з урахуванням обставин, що склалися, немає жодної перспективи, що неупереджені, ефективні та надійні інститути можуть з'явитися стосовно певного права, тоді це право не є правом людини, і ми маємо утримуватися від заклику його виконувати [2, с. 13].

Головні складнощі у змістовному плані пов'язані з необхідністю врахування саме діалектики універсального і різноманітного в розумінні та застосуванні

¹ Положення Дж. Раза про моральну гідність перекликається із концепцією Ю. Габермаса, відповідно до якої людська гідність є універсальною нормативною основою сучасних базисних прав людини [4].

² Подібний підхід, заснований на позитивістському праворозумінні, демонструє Е. Тугендгат: «Теза про їхню [прав людини] універсальність може мати також єдиний сенс: кожний державний устрій, у якому вони відсутні, тобто він не надає їх своїм громадянам, не може розглядатися як легітимний» [5, с. 48].

прав людини. У деяких випадках виникає підозра, що вимоги в галузі прав людини є культурно упередженими, є ідеологічною вимогою, що ідеї Заходу мають переважати на всій земній кулі [2, с. 14]. Тому врахування складнощів, пов'язаних із культурним різноманіттям стосовно прав людини, є необхідною вимогою в умовах становлення глобального порядку. На прикладі права на здоров'я автор показав, що сама ідея здоров'я (як цінність, яку захищає відповідне право, зафіксоване в Декларації прав людини) є відносною з точки зору культури. Здоров'я має відношення до функціональних можливостей, і функціональні можливості стосуються типу дій, важливих для нормального успішного існування в певних умовах. Право на здоров'я має достатньо загальний характер, щоб передбачити попередження інвалідності та інших несприятливих ситуацій, а останні є очевидними прикладами культурної відносності. Немає також єдиного способу встановити баланс між здоров'ям та іншими важливими речами.

Таким чином, Дж. Раз стверджує, що при аналізі будь-якого права слід «виявити практичний сенс права, визнати і його універсальність, і його чутливість до культурних варіацій» [2, с. 16]. Він констатує, що сучасна практика міжнародних прав людини є недосконалою в цьому відношенні, в той час як права не є абсолютними, їх справедлива інтерпретація і виконання потребують чутливості до культурного різноманіття та інших цілей. Для реалізації цього завдання потрібні міжнародні публічні дебати щодо прав людини.

В одному із значень універсальність є атрибутом прав людини, тобто їх невід'ємною властивістю. Неуніверсальних прав людини взагалі не буває, і навпаки, якщо ми шукаємо універсальний вимір сучасного світу, то ми обов'язково маємо шукати його в напрямі прав людини. Такий висновок можна зробити з доповіді французького дослідника А. Гарапона «Судді на перехресті між всесвітнім та універсальним вимірами», в якій він акцентує увагу на розрізненні понять «всесвітнє» (*worldwide*) та «універсальне» (*universal*) як двох вимірів глобалізації. Перший вимір є матеріальним, він включає поширення та обмін матеріальними ресурсами. Другий вимір є ідеальним, він заснований на передумові морального порядку, його «можна легко зрозуміти через ідею прав людини і, більшою мірою, через гуманітарні права» [6, с. 71]. Ці два виміри глобалізації виражені у наявності двох відповідних інституцій — Люксембурзького і Страсбурзького судів.

Інша складова дихотомії — культурна різноманітність — була центральною в доповіді професора Гарвардського і Пекінського університетів В. Ту «Культурна різноманітність, міжцивілізаційний діалог і гармонія — конфуціанська перспектива» [7]. Він звертає увагу на те, що культурна різноманітність є безперечним фактом життя у світі. Проте вона має подвійний характер: відзначається як істотний аспект людського процвітання і, водночас, викликає побоювання як загроза глобальному громадянству [7, с. 28]. В умовах небезпеки для людського роду важливу роль має відіграти міжкультурний діалог, який хоча і «не є розв'язанням проблеми вузького партикуляризму або екологічної кризи, проте він є першим кроком у напрямі людського виживання та процвітання [7, с. 28]. Саме культурна різноманітність повинна стати вихідною точкою для міжкультурного діалогу.

Парадоксальним є те, що в міру зростання інерції глобалізації посилюється й увага до індивідуальної, комунальної, національної і регіональної ідентичності. Саме це посилює увагу до культурної різноманітності. В основі суперечливих відносин між економічною і культурною глобалізацією лежить складна проблема «одвічних зв'язків», під якими розуміють істотні особливості, що є особливостями буття людини як унікальної особистості. У життєвому світі XXI ст. такі зв'язки набувають особливої значущості для особистісної ідентичності. Найголовніші з них: етнічна належність, стать, вік, мова, місце народження, статус і віра.

Отже, можна зробити висновок, що глобалізація зумовила активний плюралізм культур і культурний діалог (включаючи діалог між абстрактним універсалізмом і строгим партикуляризмом).

Завдяки складності та суперечливості глобального суспільства виникає потреба в глобальній етиці, форумом для обговорення якої може служити міжкультурний діалог. Головна вимога для участі в цьому форумі — відхилення вузького релятивізму. Культурна різноманітність не є виправданням культурного ізоляціонізму або протекціонізму. Міжкультурний діалог може допомогти попередити потрапляння різноманітності в пастку згубного релятивізму.

Міжкультурний діалог, на думку В. Ту, є такою практикою, яка полегшує дискурс на основі універсальної етики. Особливо це стосується прав людини. «Абстрактний універсалізм, можливо, забезпечує сильнішу аргументацію для глобального обґрунтування прав людини, проте більш розумним і практичним буде підхід, який звертається до прав людини в контексті культурної різноманітності. Як культура не посягає на права людини, гарантовані міжнародним правом, так вона і не має використовуватися для виправдання обмеження прав людини. Проте міжкультурний діалог може грати ключову роль у поширенні конструктивних дебатів з проблеми прав людини, наприклад, стосовно культурних перспектив різних поколінь прав людини, першості політичних або економічних прав, взаємовідношення між правами та обов'язками і можливості виведення прав людей з обов'язку (відповідальності) еліти» [7, с. 47].

Міжкультурний діалог може також полегшити універсальний дискурс без підриву культурної різноманітності. Політика культурної ідентичності на підставі одвічних зв'язків має бути визнана у всіх міжнародних діалогах. Культурна ж різноманітність не повинна ніколи використовуватися як виправдання для обмежених інтересів і шовіністичного націоналізму. Саме міжкультурні діалоги мають сприяти плідним обмінам ідей щодо проблем прав людини в перспективі культурної різноманітності й стати основою для становлення діалогічної цивілізації [7, с. 48].

Німецький філософ права С. Кірсте ставить питання про правову політику стосовно прав людини в сучасному світі. Він звертає увагу на те, що конституційні права як права позитивні мають подвійну легітимацію: матеріальну — через поняття природних прав людини, що знаходяться в їх основі, та процедурну — через їх демократичне визнання, в якому знаходить вияв політична автономія народу. Перша легітимація зумовлює універсальність прав людини, тоді як друга — накладає певні партикуляристські обмеження на цю універсальність через необхідність обов'язкового визнання прав людини певними соціаль-

ними спільнотами. Саме ігнорування цього обмеження може привести до так званого ціннісного імперіалізму стосовно інших суспільств, які мають власну концепцію того, що є для них благом [8, с. 191].

Відмова від нав'язування прав людини іншим народам при визнанні за ними природного обов'язку поважати природні права зумовлює, за С. Кірсте, зміщення перспективи з універсальності прав людини на їх універсалізацію [8, с. 191]. Саме універсалізація виступає напрямом правової політики стосовно прав людини в міжнародному вимірі. Об'єктивною основою універсалізації прав людини виступає їх фактичне поширення, яке здійснюється у формі темпорального, когнітивного і функціонального поширення. Під темпоральною, або історичною, універсалізацію прав людини слід розуміти не тільки певний прогрес у сприйнятті свободи, а й політичні стандарти виправдання. Після жорстокостей нацистів та інших тоталітарних режимів не може бути шляху назад до визнання легітимними політичних дій, які порушують права людини. Когнітивне поширення прав людини означає поширення знання про права людини, внаслідок чого всі політичні дискусії на міжнародній арені починаються (нехай навіть лише на словах) навколо прав людини. Функціональна універсалізація прав людини пов'язана з корисністю їх захисту в практичному плані. Правові системи ґрунтуються на свободі, тому будь-яка правова система працює краще, якщо вона поважає принаймні деякі права людини.

Ці фактичні аспекти створюють позитивний моральний фон. Проте головними є нормативні аспекти універсалізації прав людини, механізми їх поширення. С. Кірсте підкреслює, що всі люди, які обіймають відповідні посади, зобов'язані та мають природний дозвіл сприяти універсалізації прав людини. Однак працювати задля ідеї прав людини означає поважати їх під час такої спроби. Тому слушним є висновок дослідника про недопустимість силового нав'язування стандартів прав людини іншим народам: «... не можна нав'язувати права людини народу, який шляхом вільного політичного самовизначення відхиляє ідею прав людини або, як мінімум, форму права людини, яку йому запропоновано. Ми можемо намагатися вести з ними дискусію, переконувати їх і допомагати представникам меншини, які вимагають поваги до своїх прав людини. Якщо існує авторитарний режим, який гнобить народ, а громадяни обстоюють свої права, ми можемо допомогти їм до певної міри, в межах їхньої політичної автономії» [8, с. 192].

Таким чином, сучасний дискурс з прав людини відбувається в контексті зародження глобального світового порядку на основі співставлення таких понять, як «універсальність» і «культурна різноманітність». Права людини виникають незалежно від юридичних установлень і лише визнаються в законодавстві (в широкому сенсі) як вираз моральної гідності людини. Вони спрямовані на утримання найважливіших цінностей людського життя й утвердження людини як найважливішої цінності. Це такі права, від яких людина не може відмовитися і дотримання яких може вимагати від кожного.

Права людини є універсальними за своєю природою. Ця універсальність виявляється в декількох аспектах. У трансцендентальному аспекті — це права, які кожна людина має саме як людина, незалежно від юридичного простору та історичного часу. Проте в такому сенсі права людини виступають як дуже широ-

ка абстракція, що має значення регулятивної ідеї, але важко застосовується на практиці. Врахування цього аспекту дуже важливе для обґрунтування безумовності прав людини, але він має бути доповнений історичним підходом, у межах якого права людини вважаються «синхронно-історичними», тобто всі люди, що живуть сьогодні, їх мають. Поєднанням цих двох підходів є виокремлення такого аспекту універсальності прав людини, який підкреслює значущість прав людини, досягнення яких є метою в масштабах усього світу. Тобто права людини розглядаються як прояв певного ідеального виміру сучасного порядку, ідеал в умовах глобалізації.

Водночас на універсальність прав людини накладаються певні обмеження. Так, універсальність прав людини зовсім не означає їхньої уніформності, одноваріантності, а передбачає повагу до культурного різноманіття. Не є вони й абсолютними правами – в тому сенсі, що їх правильна інтерпретація і здійснення потребують врахування культурної різноманітності та інших суспільних особливостей. Тому в сучасних дискусіях слід утримуватися від крайнощів як абстрактного універсалізму, так і вузького партикуляризму.

Співвідношення універсальності та культурної різноманітності пронизує всю проблематику прав людини, проте якщо в їх розумінні наголос робиться на універсальності, то сфера їх здійснення має бути більш чутливою до культурної різноманітності, оскільки значною мірою залежить від створення неупереджених, ефективних і надійних інститутів.

Поєднання універсального і культурного у сфері прав людини в умовах глобалізації можливе лише на основі міжкультурного діалогу. Необхідно розробляти правила такого діалогу, важливою умовою якого має бути щирість, тобто комунікативність і партнерство, а не спроби нав'язати свою точку зору.

Слід критично ставитися не тільки до риторики абсолютної універсальності прав людини, а й до самої такої критики, тобто до тези про нездоланну фундаментальність культурних відмінностей між східними і західними культурами. Тому необхідно розрізняти ситуації нав'язування західних стандартів іншим культурам і дійсну важливість та універсальність прав людини для сучасного світу. Через недосконалість інститутів здійснення прав людини в деяких країнах не слід відкидати саму цю ідею. Нерідко аргумент про фундаментальність культурних відмінностей використовується авторитарними режимами, які виправдовують відверті порушення прав людини посиланнями на «культурні особливості». Від політики «подвійних стандартів» слід відмовлятися всім учасникам сучасного діалогу щодо прав людини.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Апель К.-О.* Етноетика та універсалістська макроетика: суперечність чи доповнювальність? / К.-О. Апель // Політ. думка. – 1994. – № 3. – С. 115–120 ; 1994. – № 4. – С. 85–92.
2. *Raz J.* Individual Rights in the World Order / Joseph Raz // IVR 24th World Congress «Global Harmony and Rule of Law» (September 15–20, 2009, Beijing, China). Papers. Plenary Session. – Beijing, 2009. – P. 1–17.

3. *Алексі Р.* Інституціоналізація прав людини в демократичній конституційній державі / Роберт Алексі // Філософія прав людини / за ред. Ш. Госепата та Г. Ломана ; пер. з нім. — К. : Ніка-Центр, 2008. — С. 172–189.
4. *Хабермас Ю.* Концепт человеческого достоинства и реалистическая утопия прав человека / Ю. Хабермас // Вопросы философии. — 2012. — № 2. — С. 66–80.
5. *Тугендгат Е.* Спор про права людини / Ернст Тугендгат // Філософія прав людини / за ред. Ш. Госепата та Г. Ломана ; пер. з нім. — К. : Ніка-Центр, 2008. — С. 48–58.
6. *Garapon A.* Judges, at the Crossroads between Worldwide and Universal Dimensions / Antoine Garapon // IVR 24th World Congress «Global Harmony and Rule of Law» (September 15-20, 2009, Beijing, China). Papers. Plenary Session. — Beijing, 2009. — P. 71–91.
7. *Tu W.* Cultural Diversity, Intercivilizational Dialogue, and Harmony — a Confucian Perspective / Weiming Tu // IVR 24th World Congress «Global Harmony and Rule of Law» (September 15-20, 2009, Beijing, China). Papers. Plenary Session. — Beijing, 2009. — P. 28–56.
8. *Кірсте С.* Транспозитивні основи позитивних прав людини / С. Кірсте // Філософія права і загальна теорія права. — 2012. — № 2. — С. 178–195.

Максимов С. І. Універсальність прав людини

Анотація. У статті звертається увага на одну з ключових проблем прав людини в умовах глобалізації — їхню універсальність у контексті культурної різноманітності та здійснення міжкультурного діалогу. Для збагачення своєї аргументації автор звертається до аналізу концепцій відомих сучасних західних філософів права.

Ключові слова: права людини, універсалізм, партикуляризм, універсальність прав людини, культурна різноманітність, міжкультурний діалог.

Максимов С. И. Универсальность прав человека

Аннотация. В статье обращается внимание на одну из ключевых проблем прав человека в условиях глобализации — их универсальность в контексте культурного разнообразия и осуществления межкультурного диалога. Для обогащения своей аргументации автор обращается к анализу концепций известных современных западных философов права.

Ключевые слова: права человека, универсализм, партикуляризм, универсальность прав человека, культурное разнообразие, межкультурный диалог.

Maksymov S. The Universality of Human Rights

Summary. In the article attention applies on one of key problem of human rights in the conditions of globalization — their universality in the context of cultural diversity and realization of intercultural dialogue. For enriching of the argumentation an author applies to the analysis of famous contemporary Western legal philosophers conceptions.

Key words: human rights, universalism, particularism, universality of human rights, cultural diversity, intercultural dialogue.

СУЧАСНА ТЕОРІЯ ПРАВ ЛЮДИНИ: ЛІБЕРАЛЬНІ ТА КОМУНІТАРИСТСЬКІ ПІДХОДИ¹



С. МОЇСЕЄВ

*кандидат філософських наук,
доцент кафедри гуманітарних
і соціально-економічних дисциплін
(Новосибірська державна
архітектурно-художня академія, Росія)*

Питання, пов'язані із сутністю та реалізацією прав людини, займають величезне місце в сучасному суспільному житті та соціально-політичному дискурсі. Безсумнівно те, що всі ці насущні проблеми потребують і глибокого наукового осмислення, нових теоретичних розробок у галузі прав людини. І дійсно, у наш час ця проблематика є предметом жвавих академічних дискусій і численних публікацій². Однак самі вчені відзначають, що багато найважливіших теоретичних питань, пов'язаних з обґрунтуванням прав людини, їх сутністю, універсальністю застосування і т. д., залишаються дуже неясними та далекими від свого вирішення³. Серед найважливіших проблемних питань теорії прав людини — обґрунтованість домінуючого ліберально-індивідуалістичного розуміння прав людини як такого, співвідношення прав особистості та спільноти, застосовність даної моделі в незахідних суспільствах. У цій статті будуть розглянуті деякі аспекти сучасної теоретичної дискусії з цих проблем.

¹ Переклад з російської мови Н. Сатохіної.

² На жаль, в основному на Заході, у набагато меншому масштабі ця проблематика розробляється у пострадянських країнах. Однак деякі ініціативи останнього часу, зокрема, міжнародний академічний проект «Філософія прав людини», що проводився у 2010–2013 рр. на базі Львівського національного університету за підтримки *Higher Education Support Program* і об'єднав вчених і викладачів із країн СНД, Європи і Сполучених Штатів Америки, дозволяють сподіватися на те, що ситуація тут зміниться на краще.

³ Наприклад, один із провідних сучасних теоретиків прав людини, професор Оксфордського університету Джеймс Гріффін відзначає, що «...в нас до сих пір немає достатньо ясного розуміння того, що таке права людини. Поняття природного права в сучасному сенсі права особистості вперше з'явилося наприкінці Середніх віків. Коли протягом сімнадцятого та вісімнадцятого століть теологічний зміст ідеї був поступово залишений, ніщо не зайняло його місця... Поняття права людини, яке ми успадкували, страждає від значної невизначеності сенсу» [1, с. 1–2].

Ліберальна концепція прав людини і критичні виклики їй

Уявлення про права людини виникли в західній цивілізації та пов'язані з певними поглядами на сутність суспільства і людини, характерними для лібералізму і деяких пізніх версій природного права. Прихильники природно-правових теорій, що висувались у Новий час, посилаючись на очевидність біологічної тотожності людських індивідів, вважали, що кожна людина «від природи» має деякі невід'ємні, невідчужувані права, рівні для всіх. Це перш за все, за знаменитим твердженням засновника лібералізму Дж. Локка, «право на життя, свободу і власність». Уявлення про права людини розвивались у межах західної ліберальної традиції і, згідно з сучасними міжнародними стандартами, які склалися під її впливом, держава повинна гарантувати такі групи прав суб'єкта:

права на незалежність від влади: свобода віросповідання і свобода совісті, право на особисту свободу, право на придбання і недоторканність приватної власності, свобода пересування територією держави, таємниця та недоторканність листування, свобода слова і свобода думки та об'єднання, право на недоторканність житла, свобода вибору професії і т. д. Це «громадянські свободи і права»;

права на участь у владі — «політичні свободи і права» громадян: активне і пасивне виборче право, право брати участь в управлінні справами держави, право особисто звертатися до державних органів і органів місцевого самоврядування тощо;

економічні, соціальні та культурні права. Ця група прав характеризує правову державу новітнього періоду: право на освіту, свободу творчої діяльності, право на інтелектуальну власність, право на вільне використання своїх здібностей і майна, право на соціальну безпеку і захист в умовах безробіття, право на сприятливе довкілля, право на охорону здоров'я та медичну допомогу, право на життя, гідне людини, тощо [2].

Слід відзначити, що тривалий час у західній ліберальній традиції єдиними правами вважалися громадянські й політичні. Уявлення про економічні, соціальні й культурні права, так звані «права другого покоління», виникають пізніше, у XIX–XX ст., і реалізуються на практиці лише у XX ст. Прийняття ідеї «прав другого покоління» у західних країнах зустріло великий опір, і навіть зараз для багатьох західних мислителів характерне досить скептичне й підозріле ставлення до соціально-економічних та культурних прав. У будь-якому разі, у західній традиції громадянським і політичним правам надається перевага. Наприклад, провідний політичний філософ сучасності Дж. Ролз у своєму основоположному маніфесті лібералізму XX ст. «Теорія справедливості» говорить про «лексичний пріоритет» громадянських і політичних прав і свобод — тобто жодні компроміси, обмеження їх заради економічної ефективності і т. д. неприпустимі; суспільство повинно починати реалізацію принципу економічної справедливості тільки після того, як реалізовані ці права [3, с. 42, 43, 61]. Ідея ж прав «першого покоління» базується на характерних для західної культури і філософської традиції глибоко індивідуалістичних уявленнях про те, що індивіди первинні, а суспільство вторинне, і головне — це забезпечення безпеки індивідів від суспільства і держави за допомогою деякої «захисної оболонки» прав.

Комунітаристська критика ліберального розуміння прав людини

а) академічний комунітаризм

На початку 80-х років минулого століття політична філософія лібералізму з її акцентом на особистій автономії та індивідуальних правах зазнала різкої критики за «надмірний індивідуалізм» із боку деяких авторів, в основному американських, що отримали загальну назву «комунітаристів». Найвідоміші з них — М. Сендел, Ч. Тейлор, М. Уолзер, А. Макінтайр. Комунітаризм одним із його провідних сучасних прихильників визначається як «соціальна і політична філософія, що підкреслює важливість спільноти у функціонуванні політичного життя, аналізі й оцінці політичних інститутів та розумінні ідентичності й добробуту людини» [4]. Підкреслюючи важливість спільноти, комунітаристи стверджували, що ліберальна концепція прав людини заснована на принципово помилковому розумінні людини і суспільства, коли індивід сприймається як дещо зовнішнє і таке, що передує суспільству, тоді як насправді люди соціально й культурно обумовлені. Індивіди формуються спільнотами, спільноти створюють їх ідентичність, наділяють їх життя цінністю і сенсом. Відповідно, неможливо говорити про індивідуальні права поза соціально-культурним контекстом. Відкидаючи ідею Дж. Ролза про «пріоритет права над благом» — ідею про те, що індивіди повинні самі формулювати свої концепції блага, щодо яких держава має бути нейтральною, і бачити своє головне завдання у захисті індивідуальних прав, — комунітаристи стверджували, що така нейтральність неможлива, і деяка концепція загального блага, що розділяється усіма в суспільстві, необхідна для існування останнього. Права і обов'язки підпорядковані цим концепціям блага. Лібералізм же (і особливо його крайня форма — лібертаріанство, з його культом практично необмежених індивідуальних прав і «ультрамінімальної держави») зі своїм надмірним наголосом на індивідуальних правах руйнує суспільство і спільноту [5; 6; 7; 8].

Критичний підхід комунітаристів до прав людини досягнув свого апогею у філософії найпомітнішого з їх представників А. Макінтайра, який у своєму найважливішому творі «Після чесноти» взагалі заявив, що прав людини не існує, віра в них аналогічна вірі в єдинорогів та відьом, і риторика прав людини пуста й неадекватна [8]. Інші комунітаристи не заходили у своїх твердженнях настільки далеко, але в будь-якому разі основними моментами у підході комунітаристів до прав людини стали такі:

1) критика надмірного акценту на правах у політичній філософії лібералізму і лібертаріанства та політичній практиці країн Заходу. Комунітаристи стверджують, що ця надмірність призводить до роз'єднаності суспільства, крайнього індивідуалізму й егоцентризму, гедонізму й занепаду поваги до традиційних інститутів (зокрема, сім'ї);

2) ідея культурної специфічності розуміння справедливості й прав людини та, відповідно, відсутності підстав для універсального стандарту прав людини та універсального міжнародного режиму прав людини. Оскільки кожна спільнота сама визначає, що є благо, і благо має пріоритет над правом, «універсальні права людини» насправді є вираженням лише західних цінностей, які не повинні нав'язуватись іншим суспільствам. Звідси підтримка комунітаристами сувере-

нітету національних держав, критика «гуманітарних інтервенцій» та інших вторгнень ззовні, а іноді навіть заборона критики інших культур. Міжнародні організації повинні лише координувати комунікацію між державами щодо прав людини, але їх розуміння та реалізація залишаються справою окремих суспільств [9; 10].

Оскільки те, що є благо, на думку комунітаристів, вирішує кожна спільнота, про яке універсальне благо, крім благ спільнот, можна говорити? Відповідно, імплікацією методології комунітаризму є культурний релятивізм (уявлення про те, що правильне і неправильне для даного суспільства чи культури визначається думкою цього суспільства чи культури). Деякі провідні комунітаристи, зокрема, М. Уолзер, відкрито займають релятивістські позиції [6], хоча низка прихильників цього напрямку висловлюються стосовно цього більш ухильно [9; 10].

б) східноазійський комунітаризм

Іншим різновидом комунітаризму стала концепція «азіатських цінностей», що була сформульована у низці східних країн, в основному у 90-ті роки минулого століття, а потім і набула в них статусу державної ідеології. Уявлення про «азіатські цінності» досить близькі західному академічному комунітаризму і прямо опонують ліберальному розумінню прав людини. Найпомітнішими прихильниками «азіатських цінностей» виявились деякі високопосадові керівники Сінгапуру (перш за все знаменитий сінгапурський прем'єр Лі Куан Ю), Малайзії (не менш знаменитий прем'єр М. Мохаммад) і Китаю, хоча схожі ідеї висловлювались і представниками авторитарного керівництва Філіппін та Індонезії. Універсальним правам людини вони протиставляють те, що можна було б назвати «далекосхідними цінностями», цінностями низки країн тихоокеанського узбережжя Азії, що належать до культурного ареалу конфуціанської цивілізації. Саме так їх називає Лі Куан Ю, пояснюючи, що він «має на увазі Корею, Японію, Китай, В'єтнам», хоча й підкреслює, що цінності Індії та такої, що зазнала сильного індійського впливу, Південно-Східної Азії «близькі до них» [цит. за: 11]. Передбачається, що незважаючи на великі відмінності між країнами і регіонами, ці держави мають деяку ціннісну єдність. Зрозуміло, що конкретні формулювання цих цінностей у політиків та вчених цих країн розрізняються, тим не менш можна спробувати виокремити в них деяке спільне «ядро».

По-перше, стверджується, що азіатські суспільства значно менше, ніж західні, цінують свободу і значно більше — порядок і спокій. Їх відрізняє повага до влади. По-друге, що вони високо цінують колективізм і солідарність та відкидають індивідуалізм. Інтересам спільноти і суспільства в цілому надається перевага над інтересами індивіда. Надзвичайно велике значення має родина. По-третє, для них характерні більша прихильність до традиційних моральних цінностей, дисципліна, ощадливість та висока трудова етика.

Наведемо декілька прикладів конкретних формулювань «азіатських цінностей». Як стверджував колишній прем'єр Сінгапуру Го Чок Тонга, азіатські цінності охоплюють «почуття спільноти і належності до нації, дисциплінований та працелюбний народ, міцні моральні цінності й сімейні узи... почуття ідеалізму і служіння, породжені відчуттям суспільної солідарності та національної ідентифікації» [цит. за: 12]. У своєму звіті під назвою «Азіатські цінності та США: наскільки серйозним є конфлікт» американський дослідник Д. Хітчкок перера-

хував «норми Сходу: надзвичайно важливу роль сім'ї, шанобливе ставлення до влади, громадськість та співробітництво: пріоритет стабільності в суспільстві над індивідуальними бажаннями; прагнення до освіти; самодисципліна та відмова від задоволення власних бажань в ім'я сім'ї та суспільства; терпимість; ощадливість; повага до порядку, держави та людей похилого віку» [цит. за: 13].

Як повідомляє посол Сінгапуру в Росії М. Хонг, «у Сінгапурі нижчеперераховані цінності були офіційно визначені як базові: пріоритет нації перед громадою, а суспільства — перед особистістю; сім'я як базовий елемент суспільства; піклування і підтримка суспільством особистості, консенсус замість ворожнечі, гармонія рас і релігій»¹ [12].

¹ На наш погляд, дуже вдале формулювання азіатських цінностей дав член британської Палати лордів і професор Уорвікського університету Р. Сکیدельські (досить критично налаштований щодо Заходу автор) у написаній ним гіпотетичній промові китайського прем'єра Ху Цзінтао на саміті «вісімки». Прочитуємо його повністю:

«Я не звертаюся до вас як проповідник азіатських цінностей. Вони — продукт нашої історії й традиції. Але ми не бажаємо від них відмовлятися на угоду західним цінностям, що маскуються під істину в останній інстанції. Дозвольте мені узагальнити те, що ми вважаємо азіатськими цінностями. Ми ставимо загальне благо вище індивідуального. Ми сприймаємо родину як конструктивну одиницю суспільства. Ми віримо у вирішення складних питань шляхом консенсусу. Наш соціальний ідеал — гармонія. Ці цінності диктують нам інший підхід до політики.

Ми надаємо пріоритет обов'язкам, а не правам. Ваш список прав людини постійно збільшується, але де ж список обов'язків? Ми його так і не знайшли. Ми переконані, що особистість реалізує себе як частина суспільства. Ось чому таке велике значення ми надаємо правилам поведінки. Вона має відповідати і характеру особистості, її соціальній ролі, становищу в суспільстві, становищу в сім'ї. Ви на Заході колись дотримувались таких самих поглядів. Уявлення Аристотеля і Конфуція досить схожі в цій галузі. Але ви дуже давно відмовились від них. Звідси ваші доктрини політичного індивідуалізму, рівності й верховенства закону. Для нас мета — суспільство, влада, гармонія. Влада ж заснована на усвідомленні природної нерівності.

Ви вигадали права людини й демократію як бар'єр свавілля влади. Для нас головний принцип виховання в устоях справедливості і правителів, і підданих. Дотримуючись цих норм, ми набагато менше потребуємо ритуалізованого конфлікту, який ви називаєте демократією і який може паралізувати управління. Ваша політична теорія передбачає розділене, а не гармонічне суспільство.

Конфуцій і Мен-Цзи підкресливали важливість виховання індивідуальної моральності, що приводить до появи відповідальності за загальне благо. У конфуціанській традиції інтелектуал — це лояльний критик аморальної поведінки, який не знаходиться в опозиції до уряду.

Для нас основна соціальна одиниця — сім'я, а не індивідуум. Сім'я формує природну ієрархію і основу соціальної системи, що базується на довірі. Ми переконані, що довіра важливіша за контракти.

Я розумію, що багато що зі сказаного видається старомодним. Ми навчилися у вас багатьом секретам економічного розвитку. Але ми не хочемо, щоб економічний успіх прийшов до нас разом із вашими вадами: розпадом сім'ї, моральним занепадом, зловживанням наркотиками, сексуальною розбещеністю, злочинністю. Те нечисленне, що вам варто було б запозичити від нас, — це велика частка нашого прагматизму. Тоді в нас буде більше шансів на співіснування в мирі та гармонії» [14].

Чому ж ці цінності, як передбачається, протистоять універсальним правам людини? Чи обов'язково, наприклад, працелюбність та ощадливість мають суперечити праву на життя, свободу, власність і т. д.? Прихильники ідеї «азіатських цінностей» обґрунтовують наявність такого конфлікту приблизно таким чином (стисле викладення їх позиції далі узято з [15]).

По-перше, стверджується, що права людини «культурно специфічні (релятивні)». Права виникають у певному соціальному, економічному й культурному контексті. Ті умови, які сприяли інституціоналізації прав людини на Заході, не існують в Азії. Наприклад, у присвяченій проблемі прав людини китайській «Білій книзі» 1991 р. стверджувалось, що «завдяки величезним відмінностям в історичному минулому, соціальних системах, культурній традиції та економічному розвитку, країни розрізняються за своїм розумінням і практикою прав людини». У Бангкокській урядовій декларації, схваленій у 1993 р. на азіатській підготовчій нараді до Віденської всесвітньої конференції з прав людини, було заявлено, що «права людини повинні розглядатись у контексті динамічного і розвиваючого процесу міжнародного законодавства, враховуючи важливість національних і регіональних особливостей та різних історичних, культурних і релігійних традицій».

По-друге, що важливість спільноти в азіатській культурі, та перевага, яка надається їй перед індивідом, несумісна з перевагою особистості перед суспільством, на якому заснована західна ідея прав людини. Відносини особистості та суспільства складають ключову відмінність азіатських і західних цінностей. Офіційна декларація уряду Сінгапуру під назвою «Суспільні цінності» (1991) констатувала, що «акцент на спільноту є ключовою цінністю для виживання Сінгапуру». Права людини і правова держава, згідно з «азіатською» точкою зору, є індивідуалістичними за природою і тому руйнівні для соціальних механізмів Азії. Зростання кількості насильницьких злочинів, безпритульності, розлучень і наркоманії наводиться як доказ того, що західний індивідуалізм (особливо в його американському варіанті) зазнав краху.

По-третє, що азіатські суспільства ставлять соціальні та економічні права і «право на економічний розвиток» вище політичних і громадянських прав індивідів. У китайській «Білій книзі» 1991 р. стверджувалось, що «наїстися досхочу і тепло вдягтися — фундаментальні вимоги китайського народу, який довго страждав від холоду і голоду». З цієї точки зору, політичні та громадянські права не мають сенсу для бідних і неписьменних мас; такі права нічого не означають в умовах злиденності та нестабільності. Наприклад, право робітників створювати незалежні профспілки не є настільки насущним, як стабільність і ефективне виробництво. Тут неявно мається на увазі, що як тільки базові потреби людей будуть задоволені — вони будуть нагодовані, одягнуті та отримують освіту, а соціальний порядок буде стабільним, — можна буде дозволити їм розкіш політичних і громадянських прав. До цього часу економічний розвиток буде більш успішним, якщо керівництво збереже право обмежувати ці права в ім'я політичної стабільності.

І по-четверте, що права людини — внутрішня справа будь-якої країни, у яку не повинні втручатись інші держави або міжнародні організації. У китайській «Білій книзі» 1991 р. було заявлено, що «питання про права людини є

суверенною справою будь-якої країни». У 1995 р. влада Китаю підтвердила свою незгоду з «гегемоністськими актами деяких держав, які використовують подвійні стандарти для прав людини інших країн... і нав'язують власну модель іншим, або втручаються у внутрішні справи інших держав, використовуючи «права людини» як привід. Спроби Заходу застосовувати універсальні стандарти прав людини до країн, що розвиваються, на думку прихильників «азіатських цінностей», є прикриттям культурного імперіалізму і спробами завадити їх розвитку.

(Відзначимо, що ці чотири твердження концептуально можна розділити. Можна, не впадаючи у суперечності, дотримуватись, припустимо, першого з них, про те, що права людини культурно специфічні, і заперечувати те, що вони — внутрішня справа кожної країни, або навпаки, і т. д. Це означає, що необов'язково приймати або відкидати всю концепцію «азіатських цінностей» повністю, і можливі менш амбіційні варіанти, які охоплюють лише деякі з її базових тверджень. І питання про справедливість або несправедливість кожного з них можна розглядати окремо.)

Реакція лібералів

Вже у 80-ті роки минулого століття, невдовзі після виходу основних робіт комунітаристів, між ними і лібералами розгорнулася полеміка, у ході якої прихильники індивідуалістичного лібералізму спробували спростувати точку зору опонентів. Основними пунктами їх заперечень стали такі:

твердження про те, що комунітаристи перекутили ліберальну позицію, зокрема, її найважливіший сучасний прояв — «теорію справедливості» Дж. Ролза, і насправді ліберали визнають соціальну обумовленість індивідів і важливість спільноти;

твердження про необґрунтованість комунітаристських концепцій загального блага в сучасному плюралістичному суспільстві та їх потенційну небезпеку підтримки антигуманних колективних традицій підкорення і придушення [16; 17, с. 270–361; 18, с. 224–249].

Не залишився без заперечень із боку ліберальних прихильників універсальних прав людини і східноазійський комунітаризм з його концепцією «азіатських цінностей». Основними моментами цієї критики є такі:

1. Твердження про гетерогенність Азії і, внаслідок цього, про відсутність якихось загальних азіатських цінностей. Азія — це гігантський континент, надзвичайно густонаселений і такий, що відрізняється величезною багатоманітністю в етнічному, релігійному, культурному і економічному плані. Ураховуючи це, важко очікувати в ній деякої єдності цінностей.

2. Твердження про відсутність великої різниці між азіатськими і західними цінностями. Багато з названих вище азіатських цінностей, таких як працелюбність, дисципліна, освіта, сім'я і спільнота, є також цінностями, властивими й Заходу (пор., наприклад, з протестантською етикою). Зміцнення їх входить до програм політичних партій західних країн (перш за все консервативних).

3. Твердження про те, що під «азіатськими цінностями» розуміються всього лише архаїчні цінності, цінності традиційного суспільства, які неминуче повинні «піти» в процесі модернізації.

4. Твердження про те, що в культурах країн Азії є всі підстави для прийняття і підтримки цінностей індивідуалізму, свободи, демократії та прав людини в універсальному (західному) розумінні.

5. Твердження про те, що пропаганда «азіатських цінностей» та їх несумісності з правами людини в західному розумінні є всього лише спосіб легітимації авторитарних режимів Азії, виправдання їх антидемократичної політики, придушення опозиції, свавілля влади і т. д.¹

Однак під впливом критики з боку комунітаризму відбулися цікаві зміни в ліберальній політичній теорії. Хоча багато-хто з ліберальних мислителів залишилися на попередніх жорстких позиціях індивідуалізму та універсальності прав людини, деякими представниками цього напрямку були сформульовані теоретичні уявлення, які в чомусь наближуються до комунітаристських підходів. Зокрема, змінив свою позицію провідний теоретик індивідуалістичного лібералізму Дж. Ролз, який у своїй роботі «Політичний лібералізм» [20], що слідувала за «Теорією справедливості», значно звузив розмах свого попереднього задуму — обґрунтувати універсальні принципи справедливості та засновану на них систему прав і свобод. У «Політичному лібералізмі» обґрунтування такої системи здійснюється тільки на основі ідей, вже латентно присутніх у політичній культурі демократичних суспільств і, відповідно, обмежується тільки їх рамками. У наступній роботі «Право народів» [21] Дж. Ролз припускає легітимність існування неліберальних «добре впорядкованих» суспільств.

Важливим зрушенням у теоретичній позиції лібералізму стала поява в ній нового напрямку — «ліберального культуралізму», головним прихильником якого є відомий канадський політичний філософ У. Кимліка. Представники цього напрямку наполягають на необхідності доповнити індивідуальні права правами груповими, спрямованими на захист етнокультурних і релігійних спільнот, збереження їх ідентичності [22]. У. Кимліка настільки наблизився до комунітаристської позиції, що деякі прихильники традиційного ліберального індивідуалізму навіть зараховують його до табору комунітаристів, хоча сам він так не вважає [18, с. 225].

Модифікація комунітаризму

Дискусія з ліберальними індивідуалістами не пройшла марно і для представників комунітаристського напрямку, деякі з яких наблизились до теоретичних уявлень опонентів. Зокрема, у східноазійському комунітаризмі були сформульовані більш помірковані точки зору, які не відкидають політичні та громадянські права і свободи (але і не приймають некритично відповідні західні практики), однак наполягають на більшому врахуванні культурного контексту. Автор авторитетного дослідження резюмує цю (на наш погляд, досить переконливу) аргументацію таким чином:

«...Культурні фактори можуть впливати на *пріоритетність* прав, зокрема, у випадку їх конфлікту або вирішення питання про те, на імплементацію яких прав перш за все витратити обмежені ресурси (мешканці Сполучених Штатів будуть більш схильні пожертвувати соціальним або економічним правом у

¹ Детальніше про це див.: [11; 15; 19].

випадку його конфлікту з правом громадянським або політичним, а китайці — вчинити навпаки. Східноазійські суспільства з їх конфуціанським спадком високо цінують освіту, що пояснює їх великі витрати на реалізацію права на освіту, порівняно із суспільствами, близькими за рівнем соціально-економічного розвитку).

Культурні фактори можуть впливати на *обґрунтування* прав. Це обґрунтування буде кращим, якщо апелювати не до абстрактного позаісторичного універсалізму, а до окремих прикладів і аргументованих стратегій, що застосовуються у «місцевих» морально-політичних дебатах. Наприклад, у Східній Азії така аргументація часто апелює до цінностей спільноти, і одним із доводів прихильників демократичних прав у Сінгапурі є те, що вони будуть сприяти зміцненню сім'ї та держави.

Культурні фактори можуть створити моральні підстави для інших, відмінних від західних, політичних практик та інститутів, спрямованих на реалізацію тих чи інших прав (особливі закони або заходи практичної політики, спрямовані на підтримку піклування дітей про батьків похилого віку, що вважається вкрай важливим обов'язком у конфуціанських суспільствах, пропозиції щодо створення особливих законодавчих або контрольних інститутів, які базуються на східноазійських традиціях)» [23].

Деякі заяви прихильників «азіатських цінностей» виглядають також як крок назустріч колишнім опонентам. Так, наприклад, відомі політичні діячі із Південно-Східної Азії Т. Ко і М. Мохаммад визнають, що в азіатських цінностей є й темна сторона, зокрема, «надмірні антиматеріалізм і підкорення владі», що від деяких із цих цінностей слід відмовитися, і що азіатський регіон виграє і посилюється завдяки запозиченню кращих практик і цінностей багатьох цивілізацій, у тому числі й західних [11].

Неокомунітаризм

У ході дебатів із лібералами зазнав змін і західний академічний комунітаризм. Низка прихильників цього напряму, і перш за все відомий дослідник А. Етціоні, спробували сформулювати модифіковану версію комунітаризму, що має назву «неокомунітаризм» або «чутливий комунітаризм» (*responsive communitarianism*). Своїми adeptами неокомунітаризм мислиться як синтез комунітаризму й лібералізму. Головною його ідеєю є необхідність компромісу, знаходження балансу між автономією та індивідуальними правами, з одного боку, та загальним благом — з другого. Будучи конкуруючими моральними принципами, і те, й інше є ключовою цінністю і нормативною підставою суспільства, і жоден з цих елементів не повинен домінувати над іншим. Реальні суспільства можуть відхилитися в бік або концентрації на загальному блазі та недостатньої уваги до захисту прав, або навпаки. Так, на думку А. Етціоні, японське суспільство дуже віддане реалізації загального блага і недостатньо захищає права жінок, етнічних меншин та інвалідів, а Сполучені Штати надають надмірного значення індивідуальним правам. Слід прагнути «зрушувати» такі суспільства ближче до центру. Прикладом найкращої реалізації на практиці піклування як про права, так і про загальне благо, є Скандинавські країни. Неокомунітаристами розробляються теоретичні принципи і заходи практич-

ної політики, спрямовані на знаходження балансу прав і загального блага там, де між ними існують конфлікти, або шляхів їх взаємного доповнення [4; 24, с. 113–119].

Як бачимо, останнім часом намітилась певна конвергенція індивідуалістичних та комунітаристських підходів. На наш погляд, це недивно, оскільки кожна з цих точок зору має слабкі місця, але в кожній з них також є своє раціональне зерно і не лише несумісні, а й здатні бути взаємодоповнюючими елементи. Щоб краще побачити це, варто розглянути деяке філософське підґрунтя спорів індивідуалістів і комунітаристів.

Культурний універсалізм і культурний релятивізм

Однією з теоретичних підстав для тверджень про підпорядкування прав спільнотам є культурний релятивізм, ідея про те, що цінності культурно специфічні, і так званих «загальнолюдських цінностей» не існує. Згідно з цією точкою зору, уявлення та цінності в кожній культурі свої; не існує транскультурних стандартів того, що правильно і неправильно. Відповідно, кожна культура всередині себе визначає свої цінності, норми, спосіб життя, режим прав людини, і втручання ззовні, нав'язування породжених в іншій культурі норм і стандартів, є невірним. Але саме до такого нав'язування призводить універсалістська за своєю сутністю ідеологія лібералізму з її уявленнями про «загальнолюдські цінності» та «універсальні права людини». І те й інше є не загальнолюдським і універсальним, а породженням західної культури, і неприйнятне в інших культурних контекстах.

Культурний релятивізм виник на початку ХХ ст. у західній антропології багато в чому як реакція на колоніальну політику європейських держав і в наш час є досить популярною точкою зору, як у соціальній теорії (де активно пропагується постмодерністами), так і в буденній свідомості. Він позиціонується як вкрай гуманна ідеологія та єдина теоретична підстава для толерантності. Якщо я визнаю, що мої цінності нічим не кращі за ваші (згідно з культурним релятивізмом, вони просто не зіставні), то немає жодних підстав нав'язувати мої цінності вам.

Визнання справедливості культурного релятивізму автоматично означало б правоту прихильників комунітаристських підходів і виявилось б для них ідеальним теоретичним фундаментом. Однак ідеологія культурного релятивізму насправді стикається з дуже серйозними проблемами теоретичного плану, не підтверджується емпірично і веде до досить сумнівних практичних висновків.

По-перше, з факту відмінностей думок, уявлень про цінності та норми ще не впливає того, що у цьому питанні немає істини, як це хотіли б подати релятивісти. Так само як з того факту, що одні люди вважають, що земля кругла, а інші – що земля пласка (декілька тисяч членів суспільства «Пласкої землі»), не впливає, що немає істини в географії. Одні думки щодо цінностей і норм можуть бути просто ближчими до істини, ніж інші.

По-друге, з точки зору культурного релятивізму, неможливий ніякий міжкультурний діалог із питань цінностей. Культури у цьому плані непрозорі й недоступні для розуміння інших культур; кожна, навіть вживаючи те саме поняття (припустимо, «права людини»), буде говорити про щось своє і незрозумі-

міле для інших. Однак такий діалог має місце, і ми цілком розуміємо, про що говорять представники інших культур, розглядаючи питання про права людини, навіть якщо не погоджуємось з їх конкретною концепцією цих прав.

По-третє, згідно з релятивістськими уявленнями, оскільки правильне і неправильне визначається культурою/суспільством, то культура/суспільство не може помилятися (немає ніяких вищестоящих критеріїв розрізнення правильного і помилкового). Відповідно, виправдані будь-які, в тому числі найжахливіші та антигуманні уявлення і дії, тільки б вони були в дусі культурної традиції, схвалювались культурою. Наприклад, правильним і таким, що не підлягає критиці, було вбивство мільйонів людей у нацистських концтаборах, оскільки це було повністю в дусі культури нацизму. Більше того, виступати проти нацизму, якщо ти живеш у нацистському суспільстві, аморально, — так виходить за теорією релятивізму.

По-четверте, релятивізм являє собою погану основу для толерантності. З цього можна зробити висновок: «мої цінності не кращі за ваші, тому не буду нав'язувати їх вам», але водночас і «мої цінності не гірші, можна їх нав'язувати».

Пізнші антропологічні дослідження показали, що міжкультурні відмінності цінностей були сильно перебільшені релятивістами, і що існує велика кількість основних цінностей, що розділяються всіма суспільствами, тобто загальнолюдських цінностей [25].

Таким чином, культурний релятивізм виявляється вкрай сумнівним теоретичним підґрунтям для будь-якої політичної філософії. Недивно, що деякі сучасні комунітаристи намагаються принаймні дистанціюватися від його найбільш прямолінійних формулювань, або знайти якісь компромісні його версії (Браун), а низка прихильників «азіатських цінностей», наприклад, М. Мохаммад, навіть прямо від нього відмовляються [11].

Проте це підриває тезу про культурну релятивність прав людини. Визнання культурного універсалізму, як видається, схиляє терези у бік прихильників універсальних цінностей і прав людини. Чи означає це їх перемогу в спорі про те, чи є демократія і права людини універсальним явищем, чи прийнятні вони для незахідних країн, чи вони можуть стійко існувати тільки на Заході, будучи породженням західної культури? Видається, що на перші два підпитання слід відповісти позитивно. Демократія і права людини мають свої коріння і в незахідних культурах [11] та можуть успішно функціонувати в азіатських країнах. Прикладом цього є Індія, Японія, Тайвань і Південна Корея. Права людини універсальні в силу універсальності фундаментальних людських інтересів, забезпечення яких вони гарантують. Таких, наприклад, як можливість не зазнавати фізичного насильства. У якій би культурі людина не жила, тортури від цього не стають менш болісними. Страждання не релятивне — цього не враховують постмодерністи та інші релятивісти.

Чи означає це, що претензії комунітаристів на особливий режим прав людини та їх твердження про культурну специфічність цих прав повністю необґрунтовані? Ні, не означає. Універсальність прав і культурна специфічність їх реалізації сумісні. Видається, що тільки найбільш обмежені та прямолінійні прихильники універсальних прав людини можуть не бачити того, що при їх реалізації необхідно враховувати історичний і культурний контекст, на що спра-

ведливо вказують деякі «помірковані» східноазійські комунітаристи (див. вище). Як приклад можна також вказати, що право на свободу слова припускає проведення демонстрації нацистів з фашистською символікою в США, де фашисти завжди були не більше ніж маргінальною групою. Але така ж їх хода в Європі єврейськими кварталами абсолютно неприпустима.

Індивідуалізм і антиіндивідуалізм

В основі спору між прихильниками і противниками «азіатських цінностей» лежить також проблема індивідуалізму та антиіндивідуалізму в соціальній і політичній філософії. Річ у тім, що в політичній філософії лібералізму, який є теоретичним підґрунтям концепції універсальних прав людини, завжди домінував методологічний індивідуалізм – уявлення про те, що індивіди передують суспільству, суспільство формується індивідами, і інтереси індивідів первинні від інтересів суспільства в цілому¹. Стосунки між членами суспільства будуються на зразок контракту, і права індивідів необхідні їм як захисна сфера, що охороняє їх від небажаного впливу суспільства.

Зрозуміло, що з таким підходом комунітаристські концепції з їх принциповим колективізмом і пріоритетом суспільства перед особистістю несумісні. Може видатись, що тоді ми повинні зробити вибір між ними і лібералізмом – домінуючою політичною ідеологією сучасності, що спір відбувається між все-світньою ідеологією свободи, демократії та прогресу і відсталою та авторитарною концепцією.

Однак реальна картина дещо складніша. Річ у тім, що відчуття надмірності індивідуалізму класичних версій лібералізму останнім десятиліттям стало все більш поширеним і на Заході, в тому числі й усередині самого ліберального табору. «Більше спільноти!» – стало гаслом політичної теорії Заходу останніх десятиліть. Такі її напрями, як громадянський республіканізм, ліберальний націоналізм, ліберальний культуралізм, у цілому, залишаючись в межах ліберальної парадигми, визнаючи цінності демократії та прав людини, роблять значно більший наголос на інтереси спільноти, обов'язки, підтримку суспільної моралі та реалізацію загального блага.

Як було продемонстровано вище, свій крок назустріч лібералізму, визнаючи важливість індивідуальних прав, роблять і помірковані версії комунітаризму. Все це дозволяє припустити, що спір між прихильниками універсальних прав людини і азіатських цінностей не є спором між непримиреними протилежностями, де правота присутня тільки на одному боці, і можливе об'єднання переваг двох точок зору.

Спільноти, демократія і модернізація

Як далеко ми можемо зайти, визнавши необхідність враховувати історичний і культурний контекст при реалізації прав людини? Чи може це бути виправданням антидемократичних обмежень політичних і громадянських прав і свобод в ім'я стабільності, за що виступають численні прихильники «азіатських цінностей»? Це непросте питання, зокрема тому, що проблема стабільнос-

¹ Див. про це детальніше: [26].

ті — одна з найменш вивчених у політичній теорії. Одним із висновків теорії демократії (що має й добрі емпіричні підтвердження) є те, що демократія стабілізує суспільство. Вона вводить соціальні конфлікти у процедурні та інституційні межі і в такий спосіб різко зменшує імовірність політичного насильства, кровопролитних конфліктів — вони стають просто непотрібними. На цій ідеї будувався план американських консерваторів по стабілізації Близького Сходу і боротьбі з тероризмом через демократизацію цього регіону, зокрема через вторгнення в Ірак. Передбачалось, що до терору вдаються люди, які пригнічені близькосхідними режимами і не мають легітимних можливостей мирного протесту.

Як і всі інші теоретики ідеального суспільства на землі, неоконсерватори не врахували, що перед настанням утопії все одно має бути перехідний період. І якщо в цілому, за абстрактної постановки питання, демократія стабілізує суспільство, то проблема полягає в тому, що *рання демократія його дестабілізує*. Причини очевидні — старі політичні механізми вже не працюють, а нові ще не встановлені, відсутні демократія та політична культура і т. д. Особливо це справедливо для фрагментованих суспільств, розколотих на різні етнічні, культурні, релігійні тощо групи, які, крім авторитарної влади, мало що утримує разом. Саме такими є східноазійські суспільства (наприклад, Малайзія, з населенням, що складається з 50,4 % малайців, 23,7 % китайців, 11 % інших аборигенних груп, 7,1 % індійців і 7,8 інших) [27]. Тому побоювання їх лідерів з приводу потенційного дестабілізуючого ефекту політичних прав і свобод цілком обґрунтовані.

Тим більше, приклад дестабілізуючої демократизації у всіх нас прямо перед очима (Єгипет, Лівія). І, як не парадоксально, у фрагментованому суспільстві Іраку диктатура С. Хусейна краще забезпечувала деякі базові права людини (наприклад, право на життя, на вільне сповідання релігії), ніж сучасна іракська демократія. Як справедливо сказав американський дослідник М. Мандельбаум, «завдяки нашій базовій єдності ми можемо дозволити собі розділення за конкретними питаннями. Демократія — це справа відмінностей і суперництва з приводу них у публічній сфері, і вона працює тільки тоді, коли є базова єдність із приводу фундаментальних основ» [28].

Перед багатьма сучасними державами, в тому числі й азіатськими, стоять складні завдання державо- і націєбудівництва, демократизації й економічних реформ. Рекомендації, які вони отримують із боку Заходу, зазвичай полягають у тому, щоб проводити всі реформи водночас та якнайшвидше вводити політичну демократію. Буденний досвід достатньо добре говорить про те, що виходить при спробах робити декілька справ водночас. Цікаво, що самі держави Заходу у своєму розвитку цим порадам не слідували. Вони спочатку створили сучасну централізовану державу (в основному у XVI–XVII ст.), потім — капіталістичну економіку, після цього зайнялись націєбудівництвом (з кінця XVIII ст.) і тільки в кінці цього процесу здійснили перехід до демократії, нерідко поступовий, коли протягом XIX ст. поступово знімалися обмеження й виборчі права надавались все більш широким верствам населення.

З іншого боку, політика сучасного Китаю є прикладом успішної практичної реалізації ідеї обмеження політичних прав і свобод в ім'я стабільності, ефектив-

ного економічного розвитку і поступової лібералізації. Жорстоко придушивши продемократичні виступи на площі Тяньаньмень, китайське керівництво попередило цілком можливий сценарій великих потрясінь, відокремлення Тибету і Синьцзян-Уйгурського району, появи мільйонів біженців і т. д. І якщо у 80-ті роки минулого століття мешканець Китаю не міг взяти шлюб, змінити місце роботи і місце проживання без дозволу держави, то протягом 90-х років ці та багато інших подібних обмежень були скасовані. Аналогічних висновків про виправданість обмеження низки прав на етапі становлення деяких пострадянських держав доходять і відомі західні дослідники [29]. Демократія потребує функціонуючої держави і хоча б відносно успішного вирішення проблем націєбудівництва. Якщо ці проблеми ще не вирішені, можливі ситуації, коли тимчасові обмеження прав і свобод можуть бути виправдані. Тут точка зору комунітаристів видається вірною. Однак збереження цих обмежень у подальшому протягом тривалого часу завдає шкоди загальному благу, зокрема, сприяє корупції й неефективності та починає підривати суспільну стабільність.

Права людини і традиція

Дискусія про універсалізм прав людини виводить ще на одну фундаментальну проблему — ставлення до традиції. Як бути, коли історична й культурна традиція мало відповідає політичним і правовим інститутам, про запозичення яких йде мова? Адже, хоча й робляться спроби знайти в історії й культурі, наприклад, країн Азії, підстави для цінностей індивідуальної свободи, прав людини, і деякі такі підстави є, але знаходяться вони насилу, на відміну від західної культури, де ці цінності виникли. І тут можливі дві крайні точки зору. Одна — позиція ізоляціонізму, ідея про те, що соціальні норми, які виникли за межами регіону, чужі для нього і не повинні запозичуватись. Неприпустиме і зовнішнє втручання з метою реалізації цих цінностей. Такі мотиви звучать у деяких прихильників «азіатських цінностей». Інша — що вони можуть запозичуватись всюди, одразу, цілком повністю. Це — досить популярна в деяких інтелектуальних колах Заходу, особливо в неоконсерваторів США, теорія «повної готовності будь-якого суспільства до демократії». Усі заперечення проти неї відкидаються як апологія авторитаризму. Якщо до демократії були готові ісландці XI ст., якщо вона існує в бідному і відсталому Непалі, значить може існувати і в будь-якій країні. Зовнішнє втручання, в тому числі й озброєне, для її насадження неприпустиме, адже було ж воно успішним у Німеччині та Японії.

Істина, як завжди, посередині. Вона — не у консервації традиції та не в її знищенні. Вона — у повазі до традиції. Консервація традиції — шлях в нікуди, і «таке, що виникло за межами Азії» не означає «не придатне для неї». Цінності прав людини, що виникли в західній культурі, у певному сенсі універсальні та аконтекстуальні. Контекстуальною має бути їх реалізація. Але інший глухий кут — це неврахування традиції, вбивство традиції. Воно означає й загибель привнесених зовні цінностей, як це добре видно на прикладі Іраку. Тому питання про зовнішнє сприяння тим чи іншим реформам цілковито особливе, воно повинно вирішуватись з урахуванням всіх конкретних обставин, а вплив ззовні, якщо він дійсно необхідний, повинен бути максимально м'яким та обмеженим. Видається, що оптимальна форма такого впливу запропонована тим самим

М. Мандельбаумом, який пише: «ми повинні відчувати, що нам пощастило, що ми маємо демократичну історію і уявлення. Ці уявлення можуть імпортувати ті, хто їх хоче, але не має, але їх не можна експортувати. Ми можемо тільки створити такий контекст, де інші захочуть їх імпортувати» [28].

Але в цього питання є й інший бік. Проблема не слід уявляти собі як дорогу з одностороннім рухом, як обговорення тільки умов того, як краще реалізувати ті чи інші західні норми й цінності в незахідних суспільствах. У деяких з них, зокрема, країнах Східної Азії, що досягли дійсно феноменальних успіхів у розвитку, сучасні західні (і пострадянські) суспільства також можуть багато чому повчитись. У кожного суспільства є цінні і такі, що підлягають обговоренню, аспекти; жодне з них не повинно бути закритим для критики, і почуття міри та діалог мають допомогти навести мости між ними.

Деякі висновки

1. Дискусія про співвідношення спільнот і прав людини виводить на низку фундаментальних проблем соціальної та політичної теорії. Аргументи прихильників комунітаризму являють собою дещо більше, ніж пропагандистське прикриття авторитаризму і практик пригнічення, і містять значне раціональне зерно.

2. Для вирішення питань, що порушуються в цій дискусії, необхідна подальша розробка актуальних проблем соціальної та політичної теорії, перш за все теорії демократії та транзитології, проблеми стабільності, співвідношення культурної традиції та універсалізму в розвитку суспільств.

3. Радикальні версії комунітаризму базуються на низці помилкових вихідних припущень і не витримують критики (так само як і радикальні прямолінійні варіанти ідеї «універсальних прав людини»). Однак цілком можливі їх помірковані версії, що уникають крайнощів цієї доктрини і водночас зберігають її сильні сторони. Як класичний комунітаризм, так і теорія лібералізму, уявлення про права людини також потребують серйозної модифікації в напрямі більшого врахування важливості культури і спільноти (початок цьому вже покладено сучасним «ліберальним культуралізмом»). У цьому зв'язку вселяють певні надії процеси певної конвергенції комунітаристських та індивідуалістських підходів, що проходять останнім часом.

4. Визнання того, що кожна спільнота має як цінні, так і негативні аспекти, свобода їх критики і водночас відкритість для запозичення позитивного повинні стати нормою міжцивілізаційного діалогу і соціального реформування.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Griffin J.* On Human Rights / J. Griffin. — Oxford : Oxford University Press, 2008.
2. *Международный пакт о гражданских и политических правах // Права человека. Международный билль о правах человека.* — Нью-Йорк : Организация Объединенных Наций, 1995. — С. 29–30.
3. *Rawls J.* A Theory of Justice / J. Rawls. — Oxford : Oxford University Press, 1971.
4. *Etzioni A.* Communitarianism / A. Etzioni // Encyclopedia Britannica [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://global.britannica.com/EBchecked/topic/1366457/communitarianism>.

5. *Sandel M. Liberalism and the Limits of Justice* / M. Sandel. — Cambridge : Cambridge University Press, 1981.
6. *Walzer M. Spheres of Justice* / M. Walzer. — Oxford : Blackwell, 1983.
7. *Taylor C. Sources of the Self: The Making of the Modern Identity* / C. Taylor. — Cambridge : Cambridge University Press, 1989.
8. *Macintyre A. After Virtue* / A. Macintyre. — Notre-Dame : University of Notre Dame Press, 2nd edition, 1984.
9. *Taylor C. Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights* / C. Taylor // *The East Asian Challenge for Human Rights*, J. R. Bauer and D. Bell (eds.). — New York : Cambridge University Press, 1990.
10. *Brown C. Universal Human Rights: A Critique* / C. Brown // *Human Rights in Global Politics*, T. Dunn and N. Wheeler (eds.). — Cambridge : Cambridge University Press, 1999.
11. *Sen A. Human Rights and Asian Values* / A. Sen // *The New Republic*. — 1997. — July 14-July 21 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/sen.htm>.
12. *Mendes E. Asian Values and Human Rights: Letting the Tigers Free* / E. Mendes [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.uottawa.ca/hrrec/publicat/asian_values.html.
13. *Хонг М. Демократия в Азии* / М. Хонг // *Россия и Корея в меняющемся мире : материалы науч.-практ. конф. (3 сент. 1997 г.)*. — М., 1997 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.auditorium.ru/books/129/index.html>.
14. *Скидельский Р. Глобалист: Неизвестная речь Ху* / Р. Скидельский // *Ведомости*. — 2006. — 20 июля.
15. *Li X. «Asian Values» and the Universality of Human Rights* / X. Li // *Report from the Institute for Philosophy and Public Policy*. — 1996. — Vol. 16, № 2 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.publicpolicy.umd.edu/IPPP/li.htm.
16. *Swift A. Liberals and Communitarians* / A. Swift, S. Mulhall. — Oxford : Blackwell, 1992.
17. *Кимлика У. Современная политическая философия* / У. Кимлика. — М. : Изд. дом гос. ун-та — Высш. шк. экономики, 2010.
18. *Шапиро И. Моральные основания политики* / И. Шапиро. — М. : КДУ, 2004.
19. *Ho K. Asian Values: Democratization, Human Rights and Economic Development in 20th Century Taiwan and Beyond* / К. Хо, Т. Ю [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.la.utexas.edu/research/cgots/Papers/39.pdf>.
20. *Rawls J. Political Liberalism* / J. Rawls. — New York : Columbia University Press, 1993.
21. *Rawls J. Law of Peoples* / J. Rawls. — Cambridge : Harvard University Press, 1999.
22. *Kymlicka W. Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* / W. Kymlicka. — Oxford : Oxford University Press, 1995.
23. *Bell D. Beyond Liberal Democracy: Political Thinking for an East Asian Context* / D. Bell. — Princeton : Princeton University Press, 2006.
24. *Etzioni A. The Common Good and Rights* / A. Etzioni // *Law and Ethics*. — 2009. — Winter/Spring.
25. *Rachels J. The Challenge of Cultural Relativism* / J. Rachels // *Idem, The Elements of Moral Philosophy*. — Chapter 2. — New York : McGraw Hill, 2003.
26. *Pettit P. Analytical Philosophy* / P. Pettit // *Goodin R., Pettit P. A Companion to Contemporary Political Philosophy*. — Oxford : Basil Blackwell, 1993. — P. 7–38.
27. <https://www.cia.gov/cia/puvlications/factbook/print/my.html>.
28. *Friedman T. A Hanging and a Funeral* / T. Friedman // *New York Times*. — 2007. — January 2.

29. *Kolsto P. Nation-building and ethnic integration in post-Soviet societies. An investigation of Latvia and Kazakstan / P. Kolsto. — Boulder, Colorado : Westview Press, 1999.*

Моїсєєв С. В. Сучасна теорія прав людини: ліберальні та комунітаристські підходи

Анотація. Статтю присвячено розгляду спорів про статус і універсальність прав людини, співвідношення прав індивіда і спільноти між представниками індивідуалістських і комунітаристських напрямів сучасної політико-філософської думки. Аналізуються теоретичні позиції та аргументи різних версій ліберального індивідуалізму і комунітаризму, точки зору західних і азіатських мислителів. Демонструється процес певної конвергенції даних теоретичних позицій, робиться висновок про можливість їх синтезу.

Ключові слова: права людини, політична філософія, лібералізм, індивідуалізм, комунітаризм, «азіатські цінності», неоконітаризм, спільнота.

Моисеев С. В. Современная теория прав человека: либеральные и коммунитаристские подходы

Аннотация. Статья посвящена рассмотрению споров о статусе и универсальности прав человека, соотношении прав индивида и сообщества между представителями индивидуалистических и коммунитаристских направлений современной политико-философской мысли. Анализируются теоретические позиции и аргументы различных версий либерального индивидуализма и коммунитаризма, точки зрения западных и азиатских мыслителей. Демонстрируется процесс определенной конвергенции данных теоретических позиций, сделан вывод о возможности их синтеза.

Ключевые слова: права человека, политическая философия, либерализм, индивидуализм, коммунитаризм, «азиатские ценности», неоконітаризм, сообщество.

Moiseev S. Theory of Human Rights: Individualist and Communitarian Approaches

Summary. The article reviews the contemporary debate about the status and universality of human rights, the relationship between individual rights and community between individualistic and communitarian camps in political philosophy. Theoretical positions and arguments of different versions of liberal individualism and communitarianism, views of Western and Asian thinkers are analyzed. Some convergence of these views and the possibility of their synthesis is demonstrated.

Key words: human rights, political philosophy, liberalism, individualism, communitarianism, neocommunitarianism, community, «Asian values».

ЧИ ІСНУЄ ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК МІЖ ПІДТРИМАННЯМ АВТОРИТЕТУ СТРАСБУРЗЬКОГО СУДУ ТА ЗВУЖЕННЯМ МОЖЛИВОСТЕЙ НА ЗВЕРНЕННЯ ДО НЬОГО?

Д. ГУДИМА
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії та філософії права
юридичного факультету
(Львівський національний університет
імені Івана Франка)*



Вступні міркування. Як відомо, тенденція до постійного реформування процедур Європейського суду з прав людини (далі — Суд) викристалізувалася вже достатньо давно. І не секрет, що одна з основних причин для такого реформування з огляду на надмірну завантаженість Суду справами — необхідність підвищення ефективності його роботи, позбавлення Суду від накопичених справ і забезпечення належного виконання державами-учасницями Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція) та рішень Суду на національному рівні. Якщо можна так висловитися, то мова, фактично, йде про порятуюнок Суду на міжнародній арені як ефективної інституції формування та втілення у практику європейських стандартів прав людини.

Означену залежність між завантаженістю Суду справами й ефективністю його роботи можна спробувати охарактеризувати через категорії «кількості» та «якості» відповідно: ефективність роботи Суду з розгляду звернень є якістю, що зумовлюється, зокрема, змінами у кількості нагромаджених ним справ. Отже, якість відправлення правосуддя Судом безпосередньо пов'язана з кількістю звернень, які перебувають на його розгляді: чим більше таких звернень (які кваліфікуються Судом як потенційно обґрунтовані) — тим нижчою є якість відправлення ним правосуддя (у сенсі її ефективності за формальними показниками). А зменшення кількості потенційно обґрунтованих звернень може бути досягнуто, зокрема, через звуження можливостей заявників на звернення до Суду. Перший крок до такого звуження вже було зроблено згідно з Протоколом № 14 [1], яким було доповнено ст. 35 Конвенції новим критерієм прийнятності — суттєвість шкоди, якої зазнав заявник (ст. 12 Протоколу № 14). І цей крок у реформуванні конвенційного механізму в бік звуження можливостей заявників не виявився останнім, про що далі ще піде мова.

© Д. Гудима, 2013

Отже, закономірною видається постановка питання про встановлення взаємозв'язку між підтриманням авторитету Суду та звуженням можливостей на звернення до нього. Відповідь на це питання пов'язана, зокрема, з тим, яким має бути баланс між реформуванням процедур Суду, спрямованим на зменшення кількості його справ, і якістю відправлення ним правосуддя. Тобто йдеться насамперед про міру допустимого втручання у налагоджений за десятиліття механізм захисту прав людини Судом задля підтримання, збереження, покращення його ефективності.

Отож, спробуємо з'ясувати певну залежність між кількістю звернень до Суду та якістю його роботи. Згідно зі статистичною інформацією Суду станом на 30 червня 2013 р., основну масу його «клієнтів» забезпечують: Росія (21,2 %), Туреччина (13,5 %), Італія (11,5 %), Україна (9,9 %) та Сербія (8,5 %) [2]. А це означає, що від загальної кількості заяв, які перебувають на розгляді Суду (124 900), більше половини стосуються цих п'яти держав. Ще у 2010 р. голова Комісії з правових питань і прав людини (далі — Комісія) Парламентської асамблеї Ради Європи (далі — ПАРЄ) у висновках щодо майбутнього Суду та застосування його стандартів вказала, що всі прекрасно розуміють, що Суд не призначений для боротьби з великими масштабами порушень прав людини (п. 4), і конвенційна система у Страсбурзі знаходиться «у небезпеці задухи», оскільки Суд не може відправляти правосуддя для всіх фізичних осіб; повним абсурдом є витрачання часу суддів і співробітників Суду на боротьбу з повторюваними порушеннями. З огляду на це вона висловила думку, що старі демократії, зокрема Італія, вже не кажучи про більш сучасних «злісних порушників» прав людини — Молдову, Польщу, Росію, Румунію й Україну, — мають бути піддані збільшеному відшкодуванню завданої ними шкоди (п. 9) [3]. У вказаних висновках містився також заклик до міністрів держав-учасниць «називати та соромити» держави, які є «найбільшими грішницями» («*big sinners*») конвенційної системи (пп. 4, 14).

Наведене, як видається, є яскравим свідченням залежності між підвищенням ефективності роботи Суду та підтриманням його авторитету, з одного боку, і звуженням масштабів порушень прав людини, що будуть потрапляти на розгляд Суду, — з другого.

Шлях до схвалення Протоколів № 15 і № 16. У 2010–2012 рр. Конференції високого рівня в Інтерлакені, Ізмірі та Брайтоні визначили пріоритетні напрями реформування Суду [4]. Створені у структурі Ради Європи (далі — РЄ) «редакційні групи» понад рік вивчали заходи, яких вживають держави-учасниці Конвенції для виконання відповідних положень Інтерлакенської й Ізмірської декларацій, впливом останніх і Протоколу № 14 до Конвенції на діяльність Суду, а також впровадженням рішень, ухвалених на Конференції у Брайтоні. Останнє завдання передбачало розробку двох нових протоколів до Конвенції, перший з яких забезпечить, зокрема, скорочення строку на звернення до Суду та послідовність його практики, а другий — розширюватиме компетенцію Суду щодо надання консультативних висновків.

16 травня 2013 р. Комітет міністрів РЄ (далі — КМРЄ) на 123-й сесії схвалив Протокол № 15 [9] до Конвенції. З 24 червня 2013 р. він відкритий для підписання та набуде чинності через три місяці після того, як усі держави-учасниці Конвенції його ратифікують (ст. 7 Протоколу № 15).

Не забарились реформатори Суду і з другим запланованим після Брайтонської конференції протоколом – Протоколом № 16 [10], що отримав в устах Президента Суду Д. Шпільмана (*D. Spielmann*) назву «Протокол діалогу» [11; 12], оскільки він надає можливість вищим національним судам вести діалог із Судом. На думку Президента Суду, цей Протокол повинен «посилити взаємодію між Судом і національними органами влади та зміцнити здійснення Конвенції у відповідності з принципом субсидіарності» [12].

Закладена в основу Протоколу № 16 ідея розширити компетенцію Суду щодо надання консультативних висновків була розроблена відповідно до Плану дій, затвердженого на III Саміті глав держав і урядів держав-учасниць РЄ (2005). Суть цієї ідеї зводилася до того, що конституційні суди та суди останньої інстанції матимуть право звертатися за вказаними висновками до Суду, а ці висновки не будуть зобов'язуючими для адресантів.

Ізмірська декларація [13] у п. D (1) закликала КМРЄ «поміркувати над доцільністю запровадження процедури, котра би дозволяла найвищим національним судам робити запити до Суду про надання консультативних висновків стосовно інтерпретації та застосування Конвенції, що допоможе з'ясувати положення Конвенції та практики Суду, забезпечуючи, таким чином, подальше керівництво для допомоги державам-учасникам у уникненні майбутніх порушень» Конвенції.

Сам Суд теж відчуває потребу у діалозі з національними судами, на що він звернув увагу, зокрема, у пп. 27–28 Попереднього висновку від 20 лютого 2012 р. у рамках підготовки до Брайтонської конференції (далі – Попередній висновок) [14]. Причому наголошувалося на можливості такого діалогу не тільки у формі консультативних висновків Суду, а й безпосередньо в його рішеннях, коли вищий національний судовий орган у конкретній справі висловлює перед Судом зауваження щодо певної його практики.

Брайтонська декларація [15] у п. B(12d), розвиваючи ідеї Ізмірської конференції, зазначила, що взаємовідносини між Судом та національними органами влади можна було би зміцнити шляхом передбачення у Конвенції більшої влади Суду з надання у конкретних справах, що розглядаються на національному рівні, консультативних висновків, які не будуть обов'язковими для інших держав-учасниць Конвенції. Для реалізації цієї мети конференція запропонувала КМРЄ до кінця 2013 р. підготувати текст відповідного протоколу до Конвенції та вирішити, чи приймати цей протокол.

10 липня 2013 р. представники міністрів у КМРЄ схвалили текст Протоколу № 16 [23] в цілому та відкрили його для підписання державами-учасниками Конвенції з 2 жовтня ц. р. [24]. Протокол № 16 набуде чинності у перший день місяця, наступного після спливу 3 місяців з дати, станом на яку 10 Високих Договірних Сторін Конвенції висловили свою згоду бути зобов'язаними за цим Протоколом (п. 1 ст. 8). Аналогічне правило, запозичене з Протоколу № 9 до Конвенції, застосовуватиметься і до кожної наступної держави, що приєднається до Протоколу № 16 (п. 2 ст. 8).

Загальна характеристика пропонованих Протоколами № 15 і № 16 змін до Конвенції. Текст Протоколу № 15 до Конвенції складено, як зазначено у ньому, беручи до уваги декларації, ухвалені у Брайтоні, Ізмірі й Інтерлакені, а також ухвалений навесні ц. р. Висновок ПАРЄ № 283 (2013).

Необхідність підписання Протоколу № 15 у преамбулі до нього обґрунтовується *«потребою забезпечення того, щоб Європейський суд з прав людини... міг продовжувати відігравати свою виняткову роль у захисті прав людини в Європі»*. Отож, з'ясуємо, які зміни до Конвенції пропонує цей «процедурний» протокол і чи справді він може забезпечити збереження за Судом вказаної ролі.

По-перше, до преамбули Конвенції, яку, як відомо, Суд неодноразово застосовував при вирішенні справ, додано посилання на розвинені у його практиці принципи субсидіарності та свободи розсуду («margin of appreciation») держав (ст. 1 Протоколу № 15). По-друге, досягнення 70-річного віку як підстава для завершення повноважень судді Суду замінюється вимогою про те, що кандидати на цю посаду повинні мати менше 65 років на день, до якого на запит ПАРЕ держава має представити список таких кандидатів (ст. 2). По-третє, з дня набрання чинності Протоколом № 15 сторони позбавляються права заперечувати проти відмови палати від розгляду справи на користь Великої палати (ст. 3, п. 2 ст. 8). По-четверте, строк на звернення до Суду скорочується з 6 до 4 місяців (ст. 4). І нарешті, по-п'яте, змін зазнає критерій прийнятності індивідуальних заяв, запроваджений Протоколом № 14: усувається одна з гарантій запобігання відхиленню заяви за критерієм «суттєвості шкоди», якщо національний суд не розглянув відповідну справу належним чином (ст. 5).

Протокол № 16, який встановлює додаткові до Конвенції правила без внесення змін до неї (ст. 6; п. 28 Пояснювального коментаря до проекту Протоколу № 16 (далі — Коментар № 16) [17]), так би мовити, розвиває принцип свободи розсуду держав «під наглядом» Суду, оскільки надає вищим судам і трибуналам держав-учасниць Конвенції право звертатися до Суду на мові провадження у національних судах (п. 13 Коментаря № 16 [17]) за консультативними висновками з «принципових питань тлумачення чи застосування прав і свобод, визначених у Конвенції та протоколах до неї», у конкретних справах, що перебувають на розгляді цих судів (ст. 1). І хоча такі висновки мають бути мотивованими та доведеними як до суду-запитувача, так і до відома відповідної держави (п. 1 і 3 ст. 4), проте вони не матимуть зобов'язуючої сили для вирішення судових справ (ст. 5).

Принципи субсидіарності та свободи розсуду держав «під наглядом» Суду. З означених змін чи не найбільш дискусійним є закріплення у преамбулі до Конвенції посилання на принципи субсидіарності та свободи розсуду. Така імплементація положення п. 12 (b) Брайтонської декларації, яке нагадує про обов'язок Високих Договірних Сторін належно виконувати Конвенцію на національному рівні, виглядає, на мій погляд, дещо дивною. Видається, що окреме, «протокольне» визнання з боку держав-учасниць Конвенції принципів субсидіарності та свободи розсуду, розроблених у практиці Суду, аж ніяк не вплине на якість виконання державами зобов'язань за Конвенцією. Крім того, оскільки рішення Суду становлять невід'ємну частину Конвенції, є обов'язковими, а його юрисдикція вже давно не є факультативною, то для покращення якості виконання обов'язку Високих Договірних Сторін належно виконувати Конвенцію на національному рівні включення до преамбули «живого організму» вищевказаних принципів не може стати визначальним. Отже, забезпечення такого покращення навряд чи було справжньою причиною аналізованої зміни до Конвенції.

У повідомленні юрисконсульта Суду «Послідовне виконання Інтерлакенської декларації: принцип субсидіарності» («*Interlaken Follow-up. Principle of Subsidiarity*») від 8 липня 2010 р. [25] (далі — Повідомлення) вказано, що цей принцип, який має процесуальний і матеріальний аспекти (див. пп. 17–53 Повідомлення [25]), покладає «завдання забезпечення дотримання прав, закріплених у Конвенції, передусім на органи влади держав-учасниць, а не на Суд. Суд може та повинен втручатися тільки тоді, коли національні органи не можуть виконати це завдання». І таке втручання у п. 9 Повідомлення [25] з посиланням на п. 2 розділу «Плану дій» Інтерлакенської декларації [26] пов'язується з можливістю Суду «сконцентруватися на своїй важливій ролі як гаранта прав людини та приймати належно обґрунтовані рішення з достатньою швидкістю, зокрема ті, в яких стверджується про серйозне порушення прав людини». Наголос на серйозності таких порушень, як і вищезгадані аргументи про те, що Суд не призначений для боротьби з великими масштабами порушень прав людини та не може відправляти правосуддя для всіх фізичних осіб [3], наводять на думку, що означений принцип може служити Суду для обґрунтування його можливості усунутися від розгляду певних категорій справ, зокрема тих, які раніше вже були ним розглянуті.

Саме по собі закріплення у преамбулі до Конвенції означених у практиці Суду субсидіарного статусу її правозахисного механізму та права держав на свободу їх розсуду з питань прав і свобод людини не мало би змінювати підходи Суду до інтерпретації «правообмежувальних» положень Конвенції та принципів такого обмеження. Проте не може залишитися непомітним, що у пропонованій Протоколом № 15 зміні до преамбули Конвенції, немає вказівки на те, що йдеться про принципи субсидіарності та свободи розсуду, вироблені саме у практиці Суду. І якщо зміст принципу субсидіарності конвенційного механізму можна вивести безпосередньо з тексту Конвенції (зі взятих у системному зв'язку її ст. 1, ст. 13 і п. 1 ст. 35), то зміст принципу свободи розсуду держави щодо імплементації положень Конвенції, а тим більше межі такого розсуду без звернення до практики Суду (і, до речі, до згаданого принципу субсидіарності) встановити складно, а то й неможливо.

Доктрина свободи розсуду («*margin of appreciation doctrine*») у Повідомленні [25] розглядається як практичний прояв матеріального аспекту принципу субсидіарності, що знаходить вияв у ситуаціях, коли Суду слід встановити, чи було «необхідним у демократичному суспільстві» у випадках, встановлених Конвенцією (ст. 8–11 Конвенції, ст. 2 Протоколу № 4), обмеження державою прав людини, а також коли Суд оцінює на предмет сумісності з Конвенцією ті обмеження, які у ній не виражені прямо, є неявними, допустимими (пп. 40–53 Повідомлення [25]).

У пропонованих Протоколом № 15 змінах до преамбули Конвенції вказано, що на свободу розсуду, якою користуються держави, поширюється «наглядова юрисдикція» Суду. Але останній не вважав таке формулювання достатньо чітким для того, щоби зрозуміти закладений у ньому зміст (п. 4 Висновку Суду від 6 лютого 2013 р. щодо проекту Протоколу № 15 (далі — Висновок Суду № 15) [7]). Отже, у п. 7 Пояснювального коментаря до проекту Протоколу № 15 [27] (далі — Коментар № 15) з'явилася вказівка на те, що йдеться саме про доктрину

свободи розсуду, розроблену Судом у його прецедентному праві. І роль Суду визначена як розгляд на предмет сумісності з Конвенцією рішень, прийнятих національними органами, з належним урахуванням свободи розсуду держави (п. 9 Коментаря № 15 [27]).

Відсутність зазначеної вказівки могла би бути підставою для деяких держав вважати, що вони мають свободу розсуду щодо будь-яких прав, передбачених у Конвенції та протоколах до неї (на цьому наголосили міжнародні правозахисні організації у відкритому листі від 15 квітня 2013 р. до держав-членів РЄ [28]). Хоча, як відомо, така свобода відсутня щодо абсолютних, невід’ємних прав людини (див. про це п. 40 (а) Повідомлення [25] та п. 7 Доповіді Комісії ПАРЄ від 19 березня 2013 р. (далі — Доповідь № 15) [6]).

Віковий ценз для обрання судьями більш досвідчених кандидатів.

Стосовно заміни граничного віку для перебування на посаді судді Суду максимальним віком, в якому особа може стати суддею Суду, то така заміна спрямована на імплементацію п. 25 (f) Брайтонської декларації та пропозиції самого Суду. З одного боку, вона забезпечує можливість судді відпрацювати всі встановлені Конвенцією 9 років строку повноважень, а з другого — забезпечує можливість суддів працювати орієнтовно до виповнення 74 років. Однак означена зміна буде стосуватися тільки тих кандидатів на посаду судді, які будуть запропоновані Високими Договірними Сторонами вже після набрання чинності Протоколом № 15 (п. 1 ст. 8).

Цікаво, що розробники Протоколу № 15 у питанні визначення моменту, станом на який вік кандидата на посаду судді Суду повинен бути меншим ніж 65 років, відійшли від п. 25 (f) Брайтонської декларації. У ній пропонувалося, аби відповідний кандидат був молодшим ніж 65 років у день вступу на посаду, а ст. 2 зазначеного Протоколу передбачає недосягнення вказаного віку на день, до якого на запит ПАРЄ держава має представити список із 3-х таких кандидатів.

Причина цього відходу від Брайтонської декларації роз’яснена у п. 13 Коментаря № 15 [27]: процес виборів судді — від процедури відбору кандидатів на національному рівні до голосування у ПАРЄ — є тривалим. І необхідно уникнути випадків, коли особа досягне граничного віку обрання на посаду судді Суду ще до голосування у ПАРЄ.

Суд привітав вказану «вікову зміну» до Конвенції та назвав її такою, що «повинна бути корисною у майбутньому для заохочення обрання судьями дуже досвідчених кандидатів», а встановлена Конвенцією вікова межа перебування судді на посаді «вже не здається необхідною у наші дні» (п. 6 Висновку Суду № 15 [7]).

Незважаючи на визначення у Конвенції максимального віку, до досягнення якого особа може бути запропонована державою як кандидат на посаду судді Суду, Протокол № 15 не дає відповідей на запитання про те, якими мають бути мінімальний вік і професійний досвід такого кандидата. Однак з огляду на те, що у багатьох державах-учасниках Конвенції вимоги до мінімального віку та професійного досвіду встановлені для кандидатів на посади суддів національних судів, вказана проблема вже неодноразово піднімалася фахівцями Комісії ПАРЄ (п. 10 Доповіді № 15 [6]) та може бути вирішена на наступних стадіях реформування Суду.

Сторони без права «вето». Як відомо, Суд не використовує будь-яку формальну доктрину прецеденту, але вважає, що в інтересах правової визначеності, передбачуваності та рівності перед законом він не відійде без переконливих причин від прецедентів, сформульованих у попередніх справах (п. 14 Попереднього висновку [14]).

Одним із напрямів забезпечення послідовності й узгодженості практики Суду має стати скасування права сторони «ветувати» відмову палати від розгляду справи на користь Великої палати (ст. 30 Конвенції). Таке рішення спрямоване на виконання п. 25 (d) Брайтонської декларації та пропозиції самого Суду (п. 38 Попереднього висновку [14]).

Очікується, що після набрання чинності Протоколом № 15 до Конвенції палата буде консультуватися зі сторонами щодо її намірів відмовитися від розгляду справи і до такої відмови, наскільки це можливо, «звучить» справу, зокрема визнавши неприйнятними відповідні її частини. Це робиться для того, щоби Велика палата мала змогу надати сторонам більш конкретні орієнтири щодо потенційного відходу від чинного прецедентного права чи серйозного питання тлумачення Конвенції і протоколів до неї (пп. 18–19 Коментаря № 15 [27]).

Зменшення часу на подання заяви до Суду. Стосовно скорочення строку для звернення до Суду з 6-ти місяців до 4-х, то це нововведення, запропоноване самим Судом, імплементує положення п. 15 (a) Брайтонської декларації. Воно запроваджується через 6 місяців після набрання чинності Протоколом № 15 і не може бути застосованим до тих заяв, рішення щодо прийнятності яких за п. 1 ст. 35 Конвенції вже було прийняте впродовж 6-ти місяців до набрання чинності ст. 4 Протоколу № 15 (п. 3 ст. 8 цього Протоколу). Вказаний механізм запровадження скороченого строку на звернення до Суду останній вважає таким, що забезпечить «необхідний рівень правової визначеності для заявників» (п. 12 Висновку Суду № 15 [7]).

Видається, що таке скорочення може сприяти зменшенню кількості заяв до Суду (зокрема з України), оскільки часто, як свідчить мій практичний досвід, заявник знаходить фахівця для написання заяви до Суду на п'ятий-шостий місяць після прийняття остаточного рішення у його справі на національному рівні, а як звернутися до Суду самостійно, багато заявників просто не знають.

Удар по «несуттєвих» порушеннях прав людини. Суперечливим, як на мене, з погляду верховенства права є виключення Протоколом № 15 на виконання п. 15 (c) Брайтонської декларації гарантії унеможливлення визнання неприйнятною заяви через несуттєвість шкоди, завданої заявникові, якщо національний суд не розглянув належним чином відповідну справу (п. 3 (b) ст. 35 Конвенції). Отже, якщо заявник, на думку Суду, не зазнав суттєвої шкоди, а повага до прав людини, гарантованих Конвенцією і протоколами до неї, не вимагає розгляду заяви по суті, то Суд визнаватиме відповідні заяви неприйнятними.

Доповідач Комісії ПАРЄ К. Чоуп (Ch. Chope) вважав, що означена зміна п. 3 (b) ст. 35 Конвенції «є логічною, оскільки за потреби справа може бути розглянута по суті, якщо Суд вважатиме це необхідним. Вона водночас визнає той факт, що Суд не повинен невинувато займатися дрібницями (...*de minimis non curat praetor*)» (п. 15 Доповіді № 15 [6]; див. також: п. 23 Коментаря № 15 [27]). Але чи означає запропонована Протоколом № 15 зміна п. 3 (b) ст. 35 Конвенції, що

порушення принципів справедливості при розгляді справи заявника на національному рівні за умов, що завдана заявникові шкода не є суттєвою, не зумовлюватиме застосування принципу поваги до прав людини, який може вимагати розгляду заяви по суті? Відповідь на це питання мав би дати Суд. Однак видається, що у світлі його реформи, спрямованої на «розвантаження» від «баласту» справ, а також з огляду на принципи субсидіарності та свободи розсуду, які будуть закріплені у преамбулі до Конвенції, процесуальні порушення під час розгляду справ у національних судах можуть не стати визначальними для того, щоби за умови несуттєвості шкоди, завданої заявникові, заява останнього розглядалася Судом по суті. На користь такої позиції може свідчити те, що буквальне тлумачення чинної редакції п. 3 (b) ст. 35 Конвенції дозволяє зробити висновок, що належний розгляд справи національним судом не охоплюється принципом поваги до прав людини, гарантованих Конвенцією і протоколами до неї.

Отже, деякі держави (до яких можна віднести й Україну), в яких судова система значно хибує на порушення процесуальних норм — особливо тоді, коли суди надмірно завантажені справами, — можуть вважати, що згідно з Протоколом № 15 отримують своєрідний «карт-бланш» на такі порушення у «несуттєвих» справах.

Консультативні висновки Суду «на замовлення» національних судів. Протокол № 16 надає право державам-учасникам Конвенції самостійно — під час його підписання чи передання на зберігання ратифікаційного документа — визначити у заяві на ім'я Генерального секретаря РЄ ті вищі суди, які матимуть право звертатися до Суду за наданням консультативних висновків (ст. 10). Протокол № 16 не обмежує це право держав, а відтак можливі випадки, коли держава закріпить право «замовляти» такі висновки за судами, що мають обмежену компетенцію з розгляду справ про порушення прав і свобод. Говорячи про Україну, такими судами можуть стати Конституційний Суд України та Верховний Суд України. Але наскільки кардинально вплине надання їм повноважень звертатися до Суду за консультативними висновками у конкретних справах на рівень завантаженості Суду зверненнями проти України та на стан виконання нашою державою зобов'язань за Конвенцією? Як видається, такий вплив з огляду на компетенцію вказаних національних судів буде обмеженим.

Розробники Протоколу № 16 передбачали, що *найвищі* судові інстанції держав можуть не мати достатньої компетенції з розгляду справ. А тому для врахування особливостей національних правових систем вони передбачили, що запитувачами консультативних висновків також можуть стати *вищі* суди або трибунали, що, хоч і поступаються конституційному або верховному суду в ієрархії, проте мають достатню вагу, аби вважатися «високими» для тієї чи іншої категорії справ (п. 8 Коментаря № 16 [17]). Важливо й те, що для визначення державою судів, які отримають право на звернення до Суду за консультативними висновками, не матиме значення, чи є такі суди останніми в ієрархії судів для того, щоби вважати відповідно до п. 1 ст. 35 Конвенції, що заявник вичерпав національні засоби правового захисту. А сам перелік таких судів держава завжди матиме змогу уточнити (п. 32 Коментаря № 16 [17]).

З огляду на вищевказане, враховуючи особливості національного процесуального законодавства, доцільно, аби в Україні право на звернення до Суду на

підставі Протоколу № 16 отримали поряд із Конституційним і Верховним Судом України суди касаційної інстанції – Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, Вищий господарський суд України та Вищий адміністративний суд України.

Із набранням чинності Протоколом № 16 за рахунок консультативних висновків Суду його прецедентна практика може суттєво розширитися. Останні хоч і не будуть обов'язковими для держав, суди яких зверталися за їх отриманням (ст. 5 Протоколу № 16), однак створюватимуть «незаперечні юридичні наслідки» (п. 11 Попереднього висновку щодо цього Протоколу Комісії ПАРЕ [21]) та матимуть зобов'язуючу силу для самого Суду. Вони стануть частиною його прецедентного права поряд з ухвалами щодо прийнятності (*decisions*) та рішеннями щодо суті (*judgements*) заяв: «Тлумачення Конвенції та протоколів до неї, які містяться у таких консультативних висновках, буде аналогічним за своєю дією з правотлумачними положеннями, встановленими Судом в його рішеннях і ухвалах» (п. 27 Коментаря № 16 [17]). Отже, обсяг поняття, позначеного терміном «практика Суду» у Законі України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», потребуватиме відповідного корегування – віднесення до нього також і консультативних висновків Суду.

Протокол № 16 не передбачає обов'язку вищого національного судового органу звертатися до Суду за отриманням консультативних висновків у всіх випадках, коли той хоче застосувати для вирішення конкретної справи Конвенцію та практику Суду. Більше того, запитувач такого висновку буде вправі відкликати власний запит (п. 7 Коментаря № 16 [17]), але має враховувати, що Суд вважає об'єктивно необхідним забезпечити розгляд цього запиту в розумно короткий строк, надавши йому деякого ступеня пріоритетності (п. 13 Висновку Суду від 6 травня 2013 р. щодо проекту Протоколу № 16 [22]).

Згідно зі ст. 2 Протоколу № 16 розгляд запитів про надання консультативних висновків належить до компетенції Великої палати Суду. Проте не всі ці запити зобов'язуватимуть останню звернутися до означеної компетенції. Функцію, так би мовити, фільтрування запитів вищих національних судів виконуватиме колегія у складі 5 суддів Великої палати Суду. Ця колегія, на відміну від вирішення запитів про передання справи на розгляд Великої палати згідно з п. 2 ст. 43 Конвенції, зобов'язана мотивувати свої рішення про відмову у розгляді запиту (пп. 1–2 ст. 2), хоча Суд при обговоренні проекту Протоколу № 16 виступав проти запровадження такого обов'язку (п. 9 Попереднього висновку щодо цього Протоколу Комісії ПАРЕ [21]). До складу вказаної колегії та самої Великої палати включається суддя, обраний від Високої Договірної Сторони, національний суд якої адресував запит до Суду. Якщо такого судді немає, або якщо він не може взяти участь у засіданні, Президент Суду за аналогією з процедурою, передбаченою п. 4 ст. 26 Конвенції, визначає зі списку, поданого заздалегідь відповідною державою, особу, яка має право засідати як суддя (п. 3 ст. 2 Протоколу № 16).

Комісар Ради Європи з прав людини та Висока Договірна Сторона, з суду якої надійшов запит про надання консультативного висновку, мають право подавати свої письмові зауваження та брати участь у слуханнях. Ці можливості

в інтересах належного відправлення правосуддя Президент Суду за аналогією з п. 2 ст. 36 Конвенції може запропонувати будь-якій іншій Високій Договірній Стороні чи особі (ст. 3 Протоколу № 16).

Протокол № 16 передбачає можливість того, що позиція суддів Великої палати Суду стосовно певного консультативного висновку не буде одностайною чи позиція окремих суддів потребуватиме конкретизації. Тому кожному судді надається право викладати окрему думку (п. 2 ст. 4), яка може як збігатися з думкою більшості суддів, так і відрізнятись від неї (п. 22 Коментаря № 16 [17]). Наскільки можна здогадуватися, така окрема думка підлягає опублікуванню Судом разом із текстом відповідного консультативного висновку (п. 4 ст. 4) і з урахуванням правил конфіденційності (п. 24 Коментаря № 16 [17]).

Консультативні висновки Суду не обмежуватимуть осіб, у справах яких на національному рівні вони отримувалися, у праві на звернення до Суду на підставі ст. 34 Конвенції (п. 26 Коментаря № 16 [17]). Однак ідея зменшити завантаженість Суду не була би реалізована, якщо би запропоновані зміни не мали значення для «долі» заяв, які надходять до нього. Так, «якщо заява до Суду скерована після провадження у справі, в якій консультативний висновок Суду був ефективно застосований, то очікується, що ті частини заяви, які стосуються питань, розглянутих у консультативному висновку, будуть визнані неприйнятними чи вилучені» з реєстру (п. 26 Коментаря № 16 [17]). За якими критеріями Суд буде оцінювати ефективність застосування консультативного висновку для вирішення справи на національному рівні, поки що невідомо.

Основні висновки. Протоколи № 15 і № 16 до Конвенції продовжують реформування конвенційного механізму для збільшення «продуктивності» Суду. З огляду на те, що не всі мотиви та цілі закріплених у цих Протоколах положень зрозумілі з їх текстів, для інтерпретації Судом запропонованих нововведень матимуть значення, зокрема, проаналізовані у цій статті та інші [5; 8; 16; 18; 19; 20] підготовчі матеріали до вказаних Протоколів і декларації 2010–2012 років, які деталізують наміри розробників.

Означена Протоколом № 15 зміна преамбули до Конвенції «зв'яже» Суд принципами субсидіарності та свободи розсуду держав, що забезпечить виконання завдання, поставленого у п. 12 (а) Брайтонської декларації: заохотити Суд «до ще більшої популяризації та послідовного застосування цих принципів у його рішеннях». Причому закріплення принципу свободи розсуду держави додатково акцентуватиме на тому, що конвенційний механізм не має на меті суворої уніфікації стандартів прав людини в Європі, а отже, національний контекст реалізації й обмеження конвенційних прав і надалі буде враховуватися Судом.

Згідно з означеним принципом свободи розсуду та з метою «зміцнити здійснення Конвенції відповідно до принципу субсидіарності» (абз. 3 преамбули до Протоколу № 16) цей Протокол, з одного боку, розширить можливості держави з ведення «діалогу» з Судом стосовно з'ясування змісту деяких положень Конвенції та його практики, що можуть бути цінними для вирішення конкретної судової справи на національному рівні. А з другого боку, дозволить державі опосередковано – через «ефективне застосування» при вирішенні справи на національному рівні консультативного висновку Суду – впливати на зменшен-

ня кількості заяв, поданих проти неї до цього міжнародного органу. Пропонована Протоколом № 16 «процедура не тільки підвищить легітимність Суду, але також посилить застосування принципу субсидіарності» (п. 10 Попереднього висновку щодо цього Протоколу Комісії ПАРЄ [21]).

Чи є можливими та які саме негативні наслідки від запровадження нових «протокольних» змін для гарантування конвенційних прав людини, — можна тільки здогадуватися. Але очевидним є те, що завдання порятунку авторитету Суду як дієвого засобу захисту прав людини є на «порядку денному» РЄ більш важливим завданням, ніж забезпечення контролю за дотриманням конвенційних прав у всіх без винятку випадках.

З огляду на тенденції роботи Суду останніми десятиліттями є підстави стверджувати, що невжиття державами-учасницями Конвенції запропонованих Протоколами № 15 і № 16 заходів може закріпити регресивний «стрибок» у діяльності Суду, який спостерігається з огляду на різке збільшення кількості потенційно прийнятних заяв, надмірну тривалість розгляду ним справ і погано відображається на його авторитеті. Задля об'єктивності зазначу, що певне зрушення у бік нової якості роботи Суду — «стрибка» прогресивного — почало відбуватися після набрання чинності Протоколом № 14 (це, зокрема, відзначає і Президент Суду [12]). Однак, як зазначено у п. 8 преамбули Ізмірської декларації, «положення Протоколу № 14 до Конвенції... не забезпечать довготривалого та всебічного вирішення проблем, які постали перед конвенційною системою». Вони «не здатні встановити баланс між скаргами, що надходять до Суду, та вирішуються ним, тобто не здатні забезпечити ефективний розгляд постійно зростаючої кількості заяв» без невідкладного вжиття подальших заходів (п. 3 констатуючої частини вказаної декларації) «для забезпечення того, аби конвенційна система залишалася ефективною та могла й у подальшому захищати права і свободи понад 800 мільйонів європейців» (п. 6 Брайтонської декларації).

Зміни до Конвенції, передбачені у Протоколах № 15 і № 16, мають зумовити чергові зміни у діяльності Суду, спрямовані на перехід негативних кількісних змін у позитивні якісні, тобто на зменшення його завантаженості та підвищення завдяки цьому ефективності роботи Суду. Коли саме матиме місце прогресивний «стрибок» у розвитку цього міжнародного органу та чи буде вказаний перехід відразу помітним для фахівців, зараз припустити складно. Як видається, очевидним є факт спрямованості означеного у цій статті реформування Суду на забезпечення індукованого (тобто зумовленого цілеспрямованим зовнішнім впливом) такого «стрибка», а його встановлення дозволить пізнати об'єктивну сутність змін, що відбуваються у розвитку Суду. Як передбачає п. 6 розділу «Імплементация» Інтерлакенської декларації, «до кінця 2019 року Комітет Міністрів повинен вирішити, чи прийняті заходи продемонстрували свою достатність у забезпеченні тривалого функціонування контрольного механізму Конвенції та чи є необхідними інші, більш ґрунтовні, зміни» (див. також п. 34 Брайтонської декларації).

Як і будь-яке реформування, реформування Суду має бути спрямованим на забезпечення певної міри його завантаженості, тобто тієї оптимальної межі зміни у бік зменшення кількості заяв, що перебувають на його розгляді, яка дозволить зберегти якісні характеристики Суду як «совісті Європи» [29; 30].

Незабезпечення такої міри чи її порушення може призвести до різкого, кардинального обмеження кількості індивідуальних заяв, які потраплятимуть на розгляд Суду. Звісно, це сприятиме вирішенню проблеми його перевантаженості та наданню тим самим нової якості роботі Суду, проте, мабуть, загрожуватиме його буттю як ефективного міжнародного правозахисного судового органу, оскільки зумовлюватиме зневіру в уособлення «совісті Європи». Отже, варто, щоби реформування Суду після прогнозованого «стрибка» у його розвитку внаслідок запровадження Протоколів № 15 і № 16 до Конвенції було доведено до забезпечення такої міри індивідуальних звернень до Суду, такої їх кількості, що не зумовлюватиме якісних негативних змін у його діяльності. А оскільки будь-яка якість явища має визначені кількісні межі, то саме забезпечення означеної міри дозволить Суду зберегти, так би мовити, єдність кількості та якості.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention*. Strasbourg, 13.V.2004 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/194.htm>.
2. *Pending Applications Allocated to a Judicial Formation (30 June 2013)* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://echr.coe.int/Documents/Stats_pending_month_2013_BIL.pdf.
3. *The future of the Strasbourg Court and enforcement of ECHR standards: reflections on the Interlaken process. Conclusions of the Chairperson, Mrs Herta Daubler-Gmelin, of the hearing held in Paris on 16 December 2009* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20100121_ajdoc06%202010.pdf.
4. *Майбутнє Європейського суду з прав людини (Інтерлакенська, Ізмірська, Брайтонська декларації) // Пр. Львів. лаб. прав людини і громадянина НДІ держ. буд-ва та місц. самоврядування НАПрН України / редкол.: П. М. Рабінович (голов. ред.) та ін. — Серія II. Коментарі прав та законодавства. — Вип. 12. — Львів : Сполом, 2013. — 56 с.*
5. *Draft Protocol No. 15 to the Convention* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.coe.int/t/dghl/StandardSetting/CDDH/DH_GDR/DH-GDR%282012%29R2_Addendum%20III_Draft%20Protocol%20no%20%2015_ECHR%20%283%29.pdf.
6. «*Draft Protocol No. 15 to the European Convention on Human Rights*»: Draft opinion adopted unanimously by the Committee on Legal Affairs and Human Rights in Paris on 19 March 2013. Report (Rapporteur: Mr Christopher Chope, United Kingdom, European Democratic Group) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.assembly.coe.int/Communication/ajdoc11_2013.pdf.
7. *Opinion of the European Court of Human Rights on Draft Protocol No. 15 to the European Convention on Human Rights, adopted by the Court on 6 February 2013 (Appendix to the «Draft Protocol No. 15 to the European Convention on Human Rights»: Draft opinion adopted unanimously by the Committee on Legal Affairs and Human Rights in Paris on 19 March 2013. Report)* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.assembly.coe.int/Communication/ajdoc11_2013.pdf.
8. *Opinion 283 (2013)*. Provisional version. Draft Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

- [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=19723&lang=EN>.
9. *Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/213.htm>.
 10. *Draft Protocol No. 16 to the Convention* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/CDDH-DOCUMENTS/CDDH\(2012\)R76_Addendum%20V_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/CDDH-DOCUMENTS/CDDH(2012)R76_Addendum%20V_EN.pdf).
 11. *Speech of Dean Spielmann at the 123d Session of the Committee of Ministers, 16 May 2013 (in French)* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20130516_Spielmann_CM_FRA.pdf.
 12. *Speech of Dean Spielmann at the 78th CDDH meeting, 27 June 2013* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/CDDH-DOCUMENTS/discours%20Spielmann%20EN.pdf>.
 13. *Declaration. High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Izmir, Turkey, 26 – 27 April 2011* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://echr.coe.int/Documents/2011_Izmir_FinalDeclaration_ENG.pdf.
 14. *Preliminary opinion of the Court in preparation for the Brighton Conference (Adopted by the Plenary Court on 20 February 2012)* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.coe.int/t/dgi/brighton-conference/Documents/Court-Preliminary-opinion_en.pdf.
 15. *Brighton Declaration. High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf.
 16. *Draft Explanatory report to Protocol No. 16, Strasbourg, 2 November 2012* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/DH_GDR/DH-GDR\(2012\)020_Draft%20Explanatory%20Report_Protocol%20no%20%2016_ECHR%20\(3\).pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/DH_GDR/DH-GDR(2012)020_Draft%20Explanatory%20Report_Protocol%20no%20%2016_ECHR%20(3).pdf).
 17. *Draft explanatory report to Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights. For consideration by the GT-REF.ECHR at its meeting on 9 April 2013* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM\(2013\)31&Language=lanEnglish&Ver=add&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864#P10_123](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM(2013)31&Language=lanEnglish&Ver=add&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864#P10_123).
 18. *Draft Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. For consideration by the GT-REF.ECHR at its meeting on 9 April 2013* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM\(2013\)31&Language=lanEnglish&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864#P18_432](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM(2013)31&Language=lanEnglish&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864#P18_432).
 19. *Draft Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Explanatory Report thereto. Decisions* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec\(2013\)1168/4.3&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec(2013)1168/4.3&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864).
 20. *Draft Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Request for an opinion, 23 April 2013* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=19570&Language=EN>.
 21. «*Draft Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights*»: Draft opinion adopted unanimously by the Committee on Legal Affairs and Human Rights in Izmir, Turkey, on 27 May 2013. Report (Rapporteur: Mr Christopher Chope,

- United Kingdom, European Democratic Group) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2013/pressajdocE.pdf>.
22. *Opinion of the European Court of Human Rights on Draft Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention. Appendix to the «Draft Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights»: Draft opinion adopted unanimously by the Committee on Legal Affairs and Human Rights in Izmir, Turkey, on 27 May 2013* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2013/pressajdocE.pdf>.
 23. *Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Explanatory Report (Adopted by the Committee of Ministers on 10 July 2013 at the 1176th meeting of the Ministers' Deputies)* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec\(2013\)1176/4.4&Language=lanEnglish&Ver=app23&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec(2013)1176/4.4&Language=lanEnglish&Ver=app23&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864).
 24. *Draft Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Explanatory Report. Decisions* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec\(2013\)1176/4.4&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec(2013)1176/4.4&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864).
 25. *Interlaken Follow-up: Principle of Subsidiarity. Note by the Jurisconsult* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_Follow-up_ENG.pdf.
 26. *Interlaken Declaration. High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. 19 February 2010* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf.
 27. *Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Explanatory Report* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/213.htm>.
 28. *Draft Protocol 15 to the European Convention on Human Rights: a reference to the doctrine of the margin of appreciation in the Preamble to the Convention. Open letter to all member states of the Council of Europe* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.mdx.ac.uk/Assets/Joint%20NGO's%20Open%20letter%20to%20CM%20-%20Draft%20Protocol%2015%20to%20ECHR%20-%20April%202013.pdf>.
 29. *The Conscience of Europe. 50 Years of the European Court of Human Rights* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=echrpublications%2Fother>.
 30. *The Conscience of Europe* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.youtube.com/watch?v=YlgEbKWuvxc>.

Гудима Д. А. Чи існує взаємозв'язок між підтриманням авторитету Страсбурзького Суду та звуженням можливостей на звернення до нього?

Анотація. У статті розглядаються перспективи Європейського суду з прав людини відповідно до нових Протоколів № 15 і № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Обґрунтовується висновок про існування діалектичної залежності між підтриманням авторитету Європейського суду з прав людини та необхідністю звуження можливостей на індивідуальні звернення до нього. Автор звертає увагу на передумови та процес розроблення вказаних

Протоколів і їх значення для реформування конвенційного механізму захисту прав людини.

Ключові слова: кількість, якість, міра, Європейський суд з прав людини, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, Протокол № 15, Протокол № 16, принцип субсидіарності, свобода розсуду, «суттєва шкода», консультативні висновки.

Гудыма Д. А. Существует ли взаимосвязь между поддержанием авторитета Страсбургского Суда и сужением возможностей для обращения к нему?

Аннотация. В статье рассматриваются перспективы Европейского суда по правам человека в соответствии с новыми Протоколами № 15 и № 16 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Обосновывается вывод о существовании диалектической зависимости между поддержанием авторитета Европейского суда по правам человека и необходимостью сужения возможностей на индивидуальные обращения к нему. Обращается внимание на предпосылки и процесс разработки указанных Протоколов и их значение для реформирования конвенционного механизма защиты прав человека.

Ключевые слова: количество, качество, мера, Европейский суд по правам человека, Конвенция о защите прав человека и основных свобод, Протокол № 15, Протокол № 16, принцип субсидиарности, свобода усмотрения, «значительный вред», консультативные заключения.

Hudyma D. Is There a Relationship between Maintenance of Authority of the Strasbourg Court and Narrowing of Opportunities to Apply to It?

Summary. The prospects of the European Court of Human Rights under the Protocols № 15 and № 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms are considered in the article. The conclusion about the dialectical relationship between maintenance of the authority of the European Court of Human Rights and narrowing of the opportunities to apply to it with individual applications is founded. The attention to the background and the process of developing these Protocols and their importance for the reform of the Convention mechanism of human rights protection is paid.

Keywords: quantity, quality, measure, European Court of Human Rights, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Protocol № 15, Protocol № 16, principle of subsidiarity, margin of appreciation, significant disadvantage, advisory opinions.

ДЕЯКІ СУЧАСНІ КОНЦЕПЦІЇ ПРАВА В РОСІЇ ТА УКРАЇНІ (У СВІТЛІ ПОТРЕБОВОГО ПРАВОРОЗУМІННЯ)¹



П. РАБІНОВИЧ

*доктор юридичних наук,
академік НАПрН України,
професор кафедри теорії та філософії права
(Львівський національний університет
імені Івана Франка),
заслужений діяч науки і техніки України*

Вступні зауваги. Мета пропонованого видання — репрезентувати в одному збірнику позиції сучасних, найбільш активних і яскравих представників нині нетрадиційних і для Росії, і для України концепцій права: Сергія Івановича Максимова, Юрія Євгеновича Пермякова, Андрія Васильовича Полякова, Олексія В'ячеславовича Стовби, Іллі Львовича Честнова і Володимира Олександровича Четверніна.

Задум цей сам по собі — вельми актуальний та привабливий. Публікація поглядів названих вчених у галузі філософсько-правової й загальнотеоретичної

¹ Від редакції. Минулого року харківський вчений О. Стовба спроектував оригінальну «анкету» філософсько-правового ґатунку і запропонував декільком відомим російським та українським фахівцям викласти їхні відповіді на неї, які згодом могли би бути опубліковані в окремій російськомовній збірці.

Передмову до такого видання — на звернення ініціатора підготовки збірки — погодився написати професор кафедри теорії та філософії права юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка П. Рабінович, опрацювавши рукописи згаданих відповідей.

З огляду на те, що означена «Передмова», на думку редколегії нашого журналу, може мати й відносно самостійне наукове значення і викликати інтерес у вітчизняних читачів, пропонуємо їхній увазі її україномовний переклад (виконаний магістром права О. Ковалишин).

Для журнальної публікації назва «Передмова» автором змінена на назву «Деякі сучасні концепції права в Росії та Україні (у світлі потребового праворозуміння)».

Публікація ж самої збірки очікується наприкінці 2013 р.

© П. Рабінович, 2013

юриспруденції — поглядів, що помітно відрізняються від тих, які довгий час майже неподільно панували в нашому правознавстві та, мабуть, і зараз посідають досить вагомі позиції, — безумовно, приверне увагу багатьох колег.

Відгукуючись на почесне запрошення ініціатора цього видання О. Стовби написати передмову до збірки, я вбачав своє завдання в тому, щоб спробувати відповісти головним чином на таке питання: чи можна виявити риси, *загальні* для всіх (або ж для більшості) викладених у ньому концепцій і якщо можливо, то які вони?

Дати досить ґрунтовну, розгорнуту відповідь на згадане питання було б можливим на основі попереднього системного вивчення хоча б основних творів кожного зі співавторів збірки. Але оскільки воно вимагатиме чималого часу, то це доведеться відтермінувати на майбутнє... Тут же обмежусь аналізом лише найважливішого аспекту поглядів, наведених у цій книзі, а саме: проблеми *загального праворозуміння*. Адже саме до нього було звернене перше з десяти питань своєрідної філософсько-правової анкети, відповіді на які пропонувалося кожному учаснику збірки. Ось ці питання:

- Що є право?
- Відмінності природного і позитивного права.
- Як співвідносяться суще і належне у праві?
- Чому людина повинна підкорятися праву?
- Хто є суб'єктом права?
- Відмінність права від моралі.
- Як можливо пізнати право?
- Право і свобода.
- Відмінність філософії права від теорії права.
- Питання на вибір учасника.

Видається досить очевидним, що відповідь на перше запитання зумовлює бодай не вирішальною мірою й відповіді на всі наступні питання. Справді, чи можна розмірковувати про «правову» реальність, про «правову» комунікацію, про «правових» суб'єктів, про «правовий» смисл, хоча б не задекларувавши свою інтерпретацію феномену *права*? Тому саме про останню й піде розмова.

Особливо хотів би обумовити, що в цій «Передмові» я позиціоную себе аж ніяк не в ролі рецензента або зовнішнього критика відповідних текстів, а лише як «однопорядкового» зі співавторами книги учасника дискусії з названого фундаментального сюжету філософії та загальної теорії права.

При цьому — аби полегшити читачам розуміння своєї позиції з означеного питання (а вона послужила концептуально-методологічною базою, ніби точкою відліку в моїх подальших розмірковуваннях) — здається доречним викласти тут деякі власні, найбільш загальні положення з проблеми праворозуміння.

* * *

Слово «право» як назва понять про різні явища. У другій половині 70-х — на початку 80-х років минулого століття у вітчизняному загальнотеоретичному правознавстві — у процесі подолання одноваріантного, насадженого за допомогою, як тепер би сказали, адміністративного ресурсу, суто легістського праворозуміння — розгорнулися активні дискусії з означеної проблематики. Долучившись до них, я тоді озвучив (у статті «Про поняття і визначення права» [1])

питання, яке хвилювало мене здавна: чи є якась закономірність у тому, що у слов'янських мовах певні явища були названі саме словом «право», а не якимось іншим, чи це, навпаки, цілковита випадковість?

І коли через понад 20 років — протягом 2003–2005 років — мені випала можливість організувати на юридичному факультеті Львівського національного університету імені Івана Франка (в рамках підготовки одним із аспірантів кандидатської дисертації з герменевтики праворозуміння) відповідне емпірико-етимологічне дослідження, були отримані деякі висновки, що дозволили запропонувати, хоча б наближено, відповідь на згадане питання. Пошук, проведений у 50-ти мовах світу (що належать до дванадцяти мовних сімей) тих термінів, які на час формування останніх відповідали слов'янському слову «право», виявив неабияку багатоманітність їхніх значень.

Результати цього дослідження [2] зафіксували, що спочатку — з найдавніших часів — подібними термінами найчастіше позначалися поняття про:

- свободу людини, тобто про можливість її певної добровільної поведінки, діяльності;
- справедливість (встановлювану оцінним пізнанням яких-небудь суб'єктів як специфічну властивість тих чи інших суспільних явищ, зокрема людських вчинків);
- норми (правила різного походження) стосовно людської поведінки;
- приписи про здійснення саме такої поведінки, яка вважається деякими суб'єктами «справедливою»;
- збалансованість, узгодженість інтересів різних учасників суспільного життя, що досягається або через їхню домовленість, або ж волевиявленням носія публічної влади.

А в новій та новітній історії термін «право» використовується також і для позначення понять про:

- певні інтереси тих чи інших суб'єктів соціуму (або ж їх потреби, які в таких інтересах відображаються, втілюються);
- притаманні суб'єктам особливі почуття, емоції та інші позараціональні психічні явища;
- домагання, вимоги суб'єктів стосовно надання їм певних цінностей, благ — вимоги, звернені до суспільства, до держави або до інших людей чи їхніх об'єднань;
- власне смисли (змісти) висловлювань, понять, що конституюються суб'єктами в процесі безпосереднього спілкування останніх.

Природно виникли запитання: яке ж з усіх перерахованих явищ вважати саме *правом*? Або одночасно кілька з них? Чи всі їх без винятку? І чи існують (або будуть виникати в майбутньому) якісь інші явища, котрі також претендуватимуть на «правовість» і відобразатимуться вказаним терміно-поняттям?

Для формування й дослідження відповідей на такі запитання у філософсько-правовій та загальнотеоретичній юридичній науці сконструйована спеціальна категорія, котра дозволяє охопити всі існуючі (і навіть можливі в майбутньому) роз'яснення щодо того, що ж являє собою *право*. Такою є категорія *праворозуміння*. І, напевно, не є випадковим той факт, що терміно-поняття «праворозуміння» (або синонімічний щодо нього вираз «розуміння права»)

останнім часом все частіше вживається в науковій літературі, а іноді стає й предметом спеціальних загальнотеоретичних, зокрема епістемологічних, досліджень.

Починаючи з'ясовувати смисл цієї категорії, спробуємо насамперед поміняти місцями ті два слова, з яких складається її назва, і тоді отримаємо, так би мовити, мовно-логічне «рівняння»: праворозуміння — це розуміння права. Але сама по собі така перестановка, вочевидь, ще не продукує істотно нових знань.

Більш плідним видається врахування низки положень загальної теорії пізнання — гносеології, оскільки будь-яке розуміння (а отже, й розуміння *права*) відбувається за посередництвом пізнавальної діяльності. А тому-то загальні закономірності пізнання не можуть не поширюватися і на будь-який процес розуміння.

Як відомо, пізнавальна діяльність опосередковується різними формами відображення людською свідомістю тих реалій (явищ, предметів, процесів), які «перебувають» поза нею, тобто щодо неї існують об'єктивно. До таких форм відображення зазвичай належать відчуття, емоції, уявлення, поняття, концепції, теорії.

Пізнавальною особливістю власне понять — причому особливістю найціннішою — є те, що вони фіксують, «охоплюють» глибинні, суттєві властивості всіх явищ певного роду (типу, класу). І якщо такі відображення будуть точними, адекватними, тоді в кожному з цих випадків істинне поняття може бути тільки одним.

Поняття ж формується і «живе» у свідомості суб'єкта пізнання, «всередині» нього. Однак, аби стати відомим, доступним іншим людям, воно має бути проявлено назовні, тобто об'єктивовано.

Об'єктивація понять (як, до речі, й інших форм психічного відображення) здійснюється за посередництвом різноманітних матеріальних носіїв — знаків. У досить розвиненому суспільстві найбільш поширеними, звичайними засобами позначення понять служать «інструменти» природної мови, тобто озвучені чи написані слова або, скажімо, якісь графічні зображення (наприклад, ієрогліфи). Отже, якщо поняття *відображає* (певне явище), то слово — *позначає* (відповідне поняття). І якщо правильне поняття може бути, як зазначалося, тільки єдиним, то слів (або інших знаків, що його позначають) виявиться стільки, скільки існує різних мов (або інших знакових систем).

Оскільки ж поняття, взагалі не позначених тим чи іншим словом (терміном), не існує, то й виникає підстава використовувати такий вислів: «терміно-поняття».

Отже, далі йтиметься про роз'яснення терміно-поняття «праворозуміння».

Його можна визначити у такий спосіб: **праворозуміння** — це відображення в людській свідомості за посередництвом поняття, що позначається терміном «право» (або будь-яким іншим однозначним з ним словом чи символом), того явища, яке оцінюється певним суб'єктом як корисне для задоволення потреб його існування та розвитку і забезпечується обов'язками інших суб'єктів. Тобто це роз'яснення (інтерпретація) того, яке ж із явищ названих вище, відображається поняттям, позначеним словом «право» (або іншим однозначним з ним терміном чи знаком). Можна коротко висловитися ще й так: праворозуміння — це інтерпретація того, *що*, власне, відображає поняття, назване словом «право». До таких явищ найчастіше належали і зараз належать: деякі можливості (свободи) людей, їхніх груп; суспільні відносини з певними властивостями (наприклад, із

такою властивістю, як систематична повторюваність); людські інтереси (потреби); дії, спрямовані на їх задоволення; а також самі по собі відображення цих явищ у психіці людей (ідеї, поняття, правила та ін.).

У наведеній вище дефініції інтегровано, як видається, формальні (знакові) та змістовні (соціально-сутнісні) властивості праворозуміння. Тільки в їхній єдності, цілісності останнє становить самостійне, якісно визначене духовне (ментальне) утворення.

З усього викладеного випливає ще один вельми важливий методологічний висновок: треба розрізняти два таких самостійних феномени: перший — це *правоявища* (тобто ті явища, які у свідомості відображаються поняттями, що позначаються словом «право» або однокореневим із ним словом, або ж іншим словом, однозначним із вказаним терміном), а другий — це *правоназви* (тобто слова чи інші знаки, що використовуються для називання, «маркування» таких понять). Так чи інакше, правоявища є не чим іншим, як об'єктом оцінного пізнання (відображення) — притому що за наслідками останнього він позначається терміном «право» (або іншим однозначним символом).

Зв'язок зазначених феноменів має взаємно функціональний характер. З одного боку, оскільки праворозуміння становить оцінно-пізнавальне відображення тих чи інших явищ із притаманними їм певними властивостями, — явищ, які самі по собі існували ще до цього відображення, — то щодо них це відображення виявляється вторинним, похідним утворенням. З другого ж боку, самі ці явища конституюються як власне *правові*, тобто як правоявища, внаслідок позначення результату їх оцінного пізнання терміном «право» (або іншим однозначним символом), і в такому аспекті вони вже, своєю чергою, стають явищами вторинними, зумовленими правоназиванням. Таким чином, правоявища і правоназви пов'язані двосторонньою залежністю й утворюють, можна сказати, діалектичну єдність «протилежностей».

В українській та російській науковій літературі зміст категорії «праворозуміння» розкривається найчастіше так: праворозуміння — це пізнання (осягнення, усвідомлення, осмислення) права, а то й всієї правової дійсності, реальності. При цьому предмет цього пізнання трактується по-різному. Одні автори обмежують такий предмет тільки сутністю права та його роллю в регулюванні суспільних відносин. Інші ж включають у нього майже всі загальні властивості, риси і прояви права (і тоді, отже, праворозуміння ототожнюється бодай не з усім загальнотеоретичним правознавством).

Не буду зупинятися тут на тій обставині, що (враховуючи, зокрема, положення герменевтики як загальної теорії розуміння, інтерпретації) пізнання і розуміння — це не цілком тотожні розумові процеси (та й результати останніх). Але вислів про те, що праворозуміння — це пізнання (розуміння) права, вочевидь, хибує на логічне коло: адже перш ніж пізнавати, усвідомлювати *право*, досліднику попередньо саме і потрібно зрозуміти, а що ж являє собою, на його думку, те явище, яке він відображає і позначає терміно-поняттям «право». Але такі знання й становитимуть не що інше, як праворозуміння, принаймні — його серцевину, його концептуальний стрижень.

Але у зв'язку з цим виникають ще два питання: 1) чим же пояснити, що з-поміж різноманітних явищ, які можуть бути відображені (й справді відобра-

жаються!) терміно-поняттям «право», теоретик чи якась інша людина *вибирає* саме таке явище (а не якість інше), і 2) чим пояснити, що для інтелектуального відображення та позначення обраного явища знову ж таки *вибирається* саме вказане терміно-поняття (а не якість інше)?

Плюралістичність праворозуміння: випадковість чи закономірність? Йдеться, вочевидь, про причини неоднозначної відповіді на питання: *що* є правом? Тобто про ті обставини, які — від початку людської цивілізації й дотепер — обумовлювали та обумовлюють різноманітні інтерпретації терміно-поняття «право».

У чому полягають ці причини? Чи випадкові вони або ж, навпаки, закономірні? Чи можна їх зараз взагалі усунути? Або, можливо, вони коли-небудь зникнуть самі? Іншими словами, з чого виходять — усвідомлено або ж неусвідомлено — ті, хто *обирають* тільки певний варіант праворозуміння?¹

Відповіді вчених на всі такі питання — різноманітні. У тому числі й відповіді співавторів збірника.

Не претендуючи на повноту, а тим більше — на незаперечність висловлюваних далі суджень, нагадаю прийнятне, на мій погляд, пояснення основних причин плюралізму праворозуміння.

Такі причини (які, загалом кажучи, мають головним чином *соціальний* характер) можна розподілити на дві групи чинників: *гносеологічні* та *потребові*.

Перша з них зумовлена тим, що (як вже зазначалося в літературі) праворозуміння стосується не різних проявів одного і того ж явища, а саме різних явищ. У результаті «предметом дослідження стає не одне реально існуюче соціальне явище, а різні явища, причому не тільки реальні, а й ідеальні»². І така думка, враховуючи вищевикладене, видається достатньо обґрунтованою.

Але навіть якби правом «одногосно» визнати одне й те саме явище, то воно зазвичай являтиме собою феномен вельми складний, системний, багаторівневий, багатогранний. А тому при його осягненні навряд чи можливо одночасно і повністю охопити всі його сторони, грані, прояви. Найчастіше дослідник зосереджується лише на частині «правоявища» і до того ж нерідко перебільшує, гіперболізує його значення, ніби не помічаючи, недооцінюючи інші його елементи. Наслідком такої пізнавальної ситуації стає вирізнення лише окремих проявів відповідного феномену, які, тим не менш, і проголошуються *правом* у всій його повноті.

До цієї ж групи обставин належить також розвиток суспільних та інших наук, внаслідок чого в них виникають нові методи пізнання (у разі використання нових знань в їхній методологічній функції). Застосування останніх дозволяє отримати додаткову інформацію про правоявища, і це теж може призводити до виникнення оновлених або навіть нових варіантів праворозуміння.

¹ Ю. Пермяков небезпідставно вважає, що «в розумінні права закладено... визначений світосприйняттям вибір стратегії колективного виживання».

² Наприклад, В. Толстік у щойно цитованій статті «Від плюралізму праворозуміння до боротьби за зміст права» зазначав: «Кожний окремий вчений досліджує те, що йому хочеться, і називає це правом, а потім починається спір: “це право, а це не право”. Методологічно це патова ситуація, оскільки дійти спільного знаменника ніколи не вдається» [3].

Про це ж пише й один зі співавторів розглядуваного збірника В. Четвернін.

До другої групи причин, видається, належать ті, котрі коріняться в соціальній неоднорідності суспільства, тобто в його закономірному поділі на різні частини — нації, соціально-економічні класи, професійні верстви, ідеологічні угруповання та ін. Дається взнаки, звичайно ж, і біологічний поділ людей (віковий, статевий). А такі соціальні та біологічні групи (співтовариства або об'єднання їх учасників) мають — поряд із однаковими для них потребами, інтересами — також і свої специфічні потреби, інтереси. А тому цілком природним видається те, що кожна з таких груп (в особі її індивідуальних чи колективних представників) воліє вважати *правом* (тобто явищем *правильним, правомірним, виправданим, справедливим*) насамперед той феномен, котрий полегшує, а не ускладнює її існування, життєдіяльність, розвиток, тобто сприяє, а не перешкоджає задоволенню її потреб та інтересів. І ось такі — «потребові» — причини нерідко стають, гадаю, ще більш впливовими, дієвими, ніж обставини першої групи. Вони-то й зумовлюють *глибинно* — чи то безпосередньо, чи то опосередковано, начеби завуальовано; чи то усвідомлено, чи то навіть інтуїтивно — *вибір* певними суб'єктами того феномену, який останніми вважатиметься «правом». (Утім не виключено, що в силу якихось обставин такий вибір — у світлі об'єктивно існуючих потреб суб'єктів — може виявитися й помилковим...)

Остання група причин, які неминуче породжують змістовний плюралізм праворозуміння, дає підставу покласти в основу його інтерпретації такий концептуальний підхід, який свого часу був названий мною *потребовим* (у книзі «Социалистическое право как ценность». — Львів, 1985; 2-ге вид. — Одеса, 2006). А праворозуміння, яке зумовлюється саме таким підходом, зараз назвати, відповідно, *потребовим*.

В основу такого праворозуміння покладено уявлення про те, що тією *спільною* властивістю явищ, котрі онтично, субстанційно є різними (проте відображаються тим самим терміно-поняттям — «право»), є те, що всі вони виявляються, так чи інакше, *корисними* (тобто можуть послужити засобом) для задоволення матеріальних та інших потреб людей, їхніх груп, об'єднань, а в якихось випадках — й усього суспільства. Явища ж, котрі здатні, навпаки, гальмувати, ускладнювати задоволення потреб тих чи інших суб'єктів, — такі явища оцінюватися останніми саме як *право*, як свідчить минула і нинішня соціальна практика, навряд чи будуть. *Значимість* у задоволенні потреб — індивідуальних, групових, загальносоціальних — є фактом *об'єктивним* (який, однак, може усвідомлюватися не завжди адекватно).

Звідси, до речі, стає зрозумілим, чому і держави, й їхні вищі органи воліють — так би мовити, в ідеолого-забезпечувальних, агітаційно-пропагандистських цілях — іменувати свої формально-обов'язкові волевиявлення «правом», прагнучи переконати відповідних адресатів у їх корисності, справедливості, виправданості таких волевиявлень.

Квінтесенція потребового праворозуміння може бути представлена наступною дефініцією: **право** — це зумовлені рівнем розвитку суспільства можливості людини (чи групи людей) отримувати та використовувати засоби, необхідні для задоволення її біологічно і соціально обґрунтованих — у конкретно-історичних умовах — потреб існування й розвитку та забезпечувані обов'язками інших суб'єктів.

Оскільки такі можливості становлять «приналежність» їхнього носія, органічно влітаються у спосіб його буття, оскільки вони утворюють *суб'єктивну* сторону дефінованого феномену. А оскільки ж вони існують «при» суб'єкті, належать йому навіть незалежно від того, чи усвідомив він їх, то в цьому аспекті вони виявляються — стосовно їхнього носія — явищем *об'єктивним*.

Неважко помітити, що коротко охарактеризоване тут потребує праворозуміння належить до соціолого-позитивістського його типу (а точніше — до соціально-антропологічного різновиду останнього), причому в його *історико-матеріалістичній* інтерпретації.

Що ж до «футурологічного» питання: чи вдасться коли-небудь досягти однозначного праворозуміння, то з-поміж відповідей на нього зустрічаються навіть протилежні, взаємовиключні. Одні науковці схильні відповідати на це питання ствердно (особливо прихильники так званого інтегрального праворозуміння), а інші — негативно.

Я поділяю другий підхід. І ось чому.

Оскільки існування будь-якого людського суспільства супроводжують (і, цілком імовірно, вже завжди будуть супроводжувати) всі зазначені вище фактори, то плюралізм праворозуміння й надалі буде постійно притаманним будь-чій та будь-якій правовій свідомості, у тому числі й такому її прояву, як юридична наука. І хоча в ній, особливо останнім часом, почастишали спроби сконструювати уніфіковане «інтегральне» праворозуміння, однак і серед його прибічників воно не стає загально визнаним та однозначним. Принаймні на сьогодні стосовно обговорюваної проблеми чітко простежується, можна сказати, *плюралізм інтегральності*.

Разом з тим слід мати на увазі, що «всередині» кожного з традиційних, класичних типів праворозуміння — позитивістського і неопозитивістського — цілком можливі й нерідко подаються плюралістичні інтерпретації на основі долучення до «стрижня» чи то першого (включаючи його легістські, або соціологічні, або психологічні різновиди¹), чи то другого якихось додаткових ознак. (При цьому в логіко-граматичній структурі відповідних дефініцій загального поняття права такий «стрижень» фіксується іменником, а пропонувані додаткові ознаки — прикметником.) Інакше кажучи, *у рамках* кожного з двох основних типів праворозуміння інтегральність культивується досить часто.

Але що стосується, так би мовити, загального праворозуміння, то його смислова плюралістичність, диверсифікованість була, є і, вважаю, завжди залишатиметься його неминучою, непереборною властивістю.

Підбиваючи деякі попередні підсумки стислої характеристики основ потребового праворозуміння, можна констатувати, як мінімум, дві його, як видається, евристично плідні особливості:

- 1) воно дозволяє пояснити нездоланність змістовної плюралістичності праворозуміння (навіть у межах одного суспільства);
- 2) воно, орієнтуючи на виявлення носіїв тих потреб, задоволення яких опосередковується феноменом, що відображається терміно-поняттям «право»,

¹ Наведена класифікація правопозитивістських доктрин була достатньо обґрунтована В. Зорькіним у монографії «Позитивістська теорія права в Росії» (М., 1978).

сприяє виявленню соціальної сутності цього феномену, а не її приховуванню, маскуванню, спотворенню; воно спрямоване, таким чином, на попередження маніпулювання інтерпретаціями зазначеного терміно-поняття (яке об'єктивно допускає — зауважу ще раз — його неоднозначне, навіть взаємовиключне смисловантаження).

До питання про загальні особливості деяких новітніх концепцій праворозуміння. *Перша* з таких особливостей — і, можливо, найважливіша — вбачається у визнанні того, що терміно-поняттям «право» відображено, так чи інакше, феномен суто *соціальний*. Він перебуває, «розташований», як би там не було, в соціумі і більше того — він утворює невід'ємний елемент останнього. Для того, щоб в одного суб'єкта виникло *право*, неодмінно потрібен Інший (чи то індивідуальний, чи то колективний суб'єкт).

У більшості з нинішніх концепцій найчастіше таким феноменом вбачається *певний вид взаємодії, спілкування суб'єктів* та/або його *результат* (хоча сутність і форми такого спілкування інтерпретуються кожним із авторів аналізованих концепцій неоднаково, специфічно).

В одному випадку — це комунікація (А. Поляков), тобто безпосередній, зазвичай мовний (усний або письмовий) обмін знаками, що позначають смисли уявлень, ідей, поглядів, понять про якісь явища, предмети, події, тобто обмін осмисленими знаками. У іншому формулюванні — це обмін власне смислами, які так чи інакше символізуються матеріальними знаками.

Обмін такого роду може бути поійменованій і терміном «діалог» (І. Честнов)¹.

У другому ж випадку таким феноменом можна вважати ті установки, «налаштованості» індивідуальної свідомості, зміст яких зумовлено уявленнями його носіїв про належну (необхідну) поведінку, тобто такі інтенції, спрямованості свідомості, які існують у ній навіть ще до початку реальної, конкретної комунікації індивідів (С. Максимов).

Нарешті, у третьому випадку пошукуваний феномен вбачається не стільки в мовній комунікації або в ментальних утвореннях, скільки (а то й насамперед) у *фізичній* взаємодії суб'єктів, тобто в їхньому обміні актами фізичної, соціально «матеріальної» поведінки, — скажімо, в їхній «добровільній співпраці» (В. Четвертін).

Визнання *соціальної* буттєвості, онтичності, природи права — фундаментальна риса, мабуть, усіх викладених у збірці концепцій, яка в цьому пункті ніби «ріднить» їх і між собою, і з тими уявленнями з обговорюваного питання, які були поширені у вітчизняній загальній теорії права попереднього періоду та здебільшого залишаються такими й донині.

Саме таке — соціальне (зокрема, соціолого-позитивістське) — праворозуміння дозволяє чітко відмежовувати його від різних позасоціальних варіантів останнього (трансцендентальних, зокрема теологічних, космологічних чи різного роду міфологічних, містичних, або, приміром, суто біологічних).

¹ Утім І. Честнов використовує вказаний термін і в незрівнянно ширшому — загальнофілософському — значенні: як взаємокоректування, взаємопогодження будь-яких соціальних антиномій, будь-яких «протилежностей». Але в такому сенсі слово «діалог» сприймається радше як метаформа, образ, проте не як суто науковий термін.

Але ставити крапку на цій констатації навряд чи варто. Адже «фішка» (як тепер стало модним висловлюватися) саме у тому й полягає, щоб роз'яснити, конкретизувати, як саме розуміється феномен спілкування (і відповідне йому терміно-поняття), включаючи й такі його різновиди, як комунікація, діалог.

У зв'язку з цим заслуговує на увагу те, що — на думку деяких фахівців — нерідко вживане К. Марксом німецьке слово «*Verkehr*» (воно зазвичай перекладалося українською як «спілкування») має — з-поміж інших — і таке значення, такий зміст, як «комунікація». Причому останнє, на їхній погляд, виявляється навіть «більш відповідним терміном для перекладу поняття «*Verkehr*» [4, с. 26–27].

Так що вже в цьому відношенні у новітніх «комунікативних» вітчизняних підходах до праворозуміння *повного* змістовного «процання з класикою» (вислів А. Полякова) не відбулося. У публіцистичному ключі наведене висловлювання звучить, здавалося б, привабливо; але в суто науковому плані воно, мабуть, не є достатньо точним.

Якщо й говорити про «процання», то воно стосується переважно термінології, словесних маркерів. Ясна річ, її модернізація активує уявлення про новелізацію концепцій, але вона навряд чи може бути самоціллю. Оновлення наукової термінології виглядає виправданим, якщо воно зумовлене виникненням нових ідей, понять, знань; у протилежному ж випадку матиме місце, так би мовити, термінологічна мімікрія (тому не зайве розрізняти трансформації концепцій змістовно-термінологічні і формально-термінологічні). Чи не правильніше говорити у згаданому випадку про подальший *розвиток* певних попередніх правознавчих парадигм на основі «зняття» їх евристично перспективних положень (а не про їх «марне» заперечення)?

Але визнання соціальності феномену *права* саме по собі ще не зумовлює зміст конкретного праворозуміння. У зв'язку з цим видається доречним звернути увагу на таке.

Кожному соціальному феномену (зокрема тому, який відображають за посередництвом терміно-поняття «право») закономірно притаманні дві фундаментальні властивості. Одна з них полягає в тому, що він побутує у вигляді відносин, зв'язків, залежностей певних суб'єктів соціуму, тобто існує як суспільні відносини. Такі відносини — це (ризикну запропонувати дефініцію їх загального поняття) *взаємне становище і взаємні дії (активні чи пасивні) індивідів, у тому числі представників їхніх соціальних спільнот і об'єднань*.

Нездоланність зазначеної властивості зумовлена тим, що будь-яка людина, живучи в суспільстві, не може уникнути того, щоби будь-який її вчинок не «зачепив», не вплинув би на існування Іншого, не спричинив би для останнього (прямо або опосередковано, раніше чи пізніше) якихось наслідків. Будь-яке діяння людини відбувається, зазвичай, стосовно Іншого, *у відносинах* з ним. Інакше кажучи, *соціальна значимість* (вплив на Іншого) утворює закономірну, соціально-природну, соціально-органічну «приналежність» будь-яких діянь будь-яких суб'єктів.

А інша закономірна властивість соціальних феноменів — так би мовити, «свідомісна» — полягає у тому, що відносини суб'єктів тією чи іншою мірою від-

биваються, «переломлюються» у свідомості останніх, осмислюються ними (чи то адекватно, чи то фрагментарно, чи то викривлено, спотворено).

Обидві названі властивості соціальних феноменів в реальності часто-густо існують нероздільно, злито (навіть незважаючи на те, що в конкретному часі вони можуть і не синхронізуватися, не поєднуватися). Однак в абстрактному мисленні, «в умі» їх можна розвести. І тоді — залежно від того, яка з них покладається як початковий елемент феномену права, — буде сконструйовано праворозуміння чи то соціолого-позитивістське (у першому випадку), чи то психолого-позитивістське або ж «феноменологічне» (у другому випадку).

Прикладами першого зі згаданих зараз варіантів праворозуміння можуть, мабуть, послужити погляди В. Четверніна. А прикладами другого — погляди А. Полякова (право, вважає він, «конструюється свідомістю»¹), С. Максимова (право — це «павутина ментальних станів, правових смислів»), І. Честнова (право — це «діалог»: узгодження початково незбіжних, суперечливих поглядів суб'єктів, котрі спілкуються). Та й О. Стовба інтерпретує — услід за М. Гайдеггером — правопорядок (котрим, на його думку, першопричинно обумовлюється власне *правовий* статус будь-якого залученого в нього суцього, явища) як «онтологічний смисловий горизонт»; але при цьому залишається нез'ясованим: наділений таким смислом *ким* і *чому*? Тобто *хто* є або може бути автором цього «онтологічного смислу» і чому цей «смисловий горизонт» є саме таким, а не іншим?

І тут видається доречним висловити, вважаю, принципове методологічне зауваження. Не викликає сумніву, що породжувані людською свідомістю смисли, значення, зміст думок дослідник може у своїй уяві, «в умі» відокремити, відірвати від їх реальних психічних носіїв (висловлювань, понять тощо) і потім вивчати їх самі по собі, як якісь самодостатні, саморушійні, самовзаємодіючі ідеальні сутності — зокрема, так звані «ейдоси». Але оскільки в реальності (а не в уяві) *смисли* є невідривними від людської психіки, від свідомості, вони «належать» їй, є одним із її атрибутів, то це, гадаю, і дає підстави вважати такі різновиди «інтерсуб'єктивного» праворозуміння, як феноменолого-екзистенціалістське, комунікативне, діалогове, в означеному аспекті варіантами *психологічного* позитивізму.

Але попри це, якщо назовсім забути про справжніх «батьків» отих «ейдосів» — про реальні психічні процеси, явища, якщо не повертатися до них, а згадані явища, своєю чергою, потім не «редукувати» до тих реальних умов, в яких перебували відповідні суб'єкти — носії цих психічних процесів і явищ, тоді й навряд чи вдасться пояснити, чому ж ці смисли («ейдоси») є саме такими, а не іншими. (Ну хіба що перейшовши на рівень містики та іншої трансцендентальності, без чого, як відомо, суспільствознавство і раніше, і нині так чи інакше не обходилося...)

¹ Щоправда, коли цей автор формулює дефініцію загального поняття права, тоді воно визначається як «заснований на соціально визнаних і загальнообов'язкових нормах комунікативний порядок відносин, учасники якого взаємодіють через реалізацію своїх прав і обов'язків» [5, с. 296–297]. «Стрижень» цієї дефініції — виразно соціологічний (порядок відносин), і «нанизування» на нього додаткових видових ознак дало підставу автору назвати таке розуміння «інтегральним». Принагідно відзначу й те, що у вітчизняній літературі певний порядок відносин вважали правом, зокрема, С. Муромцев, П. Стучка.

Як відомо, у раніше (в радянський період) поширеній у нас термінології такого роду праворозуміння небезпідставно іменувалося «суб'єктивно-ідеалістичним» і було об'єктом войовничої критики з позицій матеріалістичної філософії.

Однак — аби не спрощувати неприпустимо ситуацію — нагадаю і про те, що навіть такий жорсткий критик суб'єктивного ідеалізму, як В. Ленін, зазначав (у своїх відомих філософських творах), що людська свідомість не тільки відображає світ, а й творить його; і що протиставлення буття свідомості є виправданим лише в межах питання про те, яке з цих двох явищ визнається початковим, першопричинним (питання, що раніше вважалося у вітчизняній марксистській філософії «основним»), однак за межами цього питання таке протиставлення втрачає сенс.

Не викликає сумнівів те, що власне *зміст* продуктів свідомості певних суб'єктів (позначений тими чи іншими матеріальними знаками) не буває механічно-дзеркальним відображенням тих явищ, котрими він так чи інакше зумовлений. Як і те, що його виникнення, трансформації, розвиток — у взаємодії зі смисловими структурами свідомості інших суб'єктів — характеризується специфічними, у певному відношенні «власними» закономірностями. Останні, безперечно, мають бути предметом самостійних наукових досліджень (які нині здійснюються, зокрема, феноменологією, герменевтикою, семіотикою).

І справді, не можна не відзначити, що зусиллями нинішніх представників другої (тобто психолого-позитивістської та феноменологічної) «гілки» праворозуміння вдалося виявити і деякі нові риси, характеристики того явища, яке в її рамках вважається правом, а тим самим — забезпечити певний приріст знань з цього питання. Так, взагалі кажучи, як видається, доповнити, поглибити й уточнити наукові уявлення про *ментальні* механізми опосередкування процесів формування й функціонування того феномену, який у кожному випадку відображається терміно-поняттям «право». І в цьому вбачається чимала наукова цінність сучасного комунікативного, феноменолого-екзистенціалістського і «споріднених» з ними варіантів праворозуміння).

Принагідно варто зауважити, що бодай не всі з наведених у збірнику концепцій права визнають його елементами — в тому чи іншому поєднанні, співвідношенні, в тій чи іншій послідовності: а) свідомість (зрозуміло, правову), з її мисленневими продуктами (або ж тільки-но такі продукти); б) відносини суб'єктів (правові) і в) норми (правові)¹.

Нагадаю, що саме до такої — «трюхелементної» — структури феномену *права* схилилася в другій половині 70-х років минулого століття і пізніше група авторитетних радянських теоретиків — прихильників «широкого» розуміння права (Д. Керімов, Г. Мальцев, Я. Міколенко та ін.) [6, с. 57, 59, 60, 74–76]. Але, як слушно відзначає С. Максимов, уся справа полягає в тому, *що* з названої як міні-

¹ Більш деталізовану структуру права обґрунтовує О. Стомба. Він включає до неї: правопорядок (у згаданій вище гайдегерівській інтерпретації), подію, діяння суб'єкта (у ситуації його «як-бутті-з Іншими», тобто по відношенню до них), наслідки діяння (для співбуттєвих (рос. — событующих) суб'єктів), «взаємне тяжіння» діяння і наслідків — так зване «правове буття». Щоправда, в такій інтерпретації права відрізнити його від інших соціальних регуляторів видається вельми проблематично.

мум «трійці» визнати вихідним, первинним, першородним початком («цеглинкою») права. А ось на це питання співавтори збірника відповідають по-різному.

Сам же С. Максимов вважає таким явищем *смысл*, що виникає внаслідок інтерсуб'єктного спілкування як «ідеально сконструйованого буття». Однак, як на мене, *смысл* — причому неодмінно узгоджений, уніфікований суб'єктами, котрі спілкуються, — продовжує належати свідомості кожного з них і в *цьому* відношенні він вписується, як зазначалося, в предмет психологічно-позитивістського праворозуміння. (Якщо ж, зрозуміло, «відрізати» *смысл* від свідомості його носіїв й уявити його таким, що починає жити своїм власним, самостійним, *безсуб'єктним* життям, тоді важко пояснити, яким чином він згодом увійде до свідомості Інших, у правовідносини, в норми і т. д.)

Другою прикметною особливістю більшості з викладених у збірнику варіантів праворозуміння видається те, що — згідно з ними — конституювання феномену *права* починається ще на рівні індивідуальної свідомості («передправові» установки, уявлення людини про деонтичні особливості майбутньої своєї і чужої поведінки) і завершується в процесі взаємодії першопочатково (або принаймні) *двох* індивідуальних свідомостей. Іншими словами, на рівні, так би мовити, індивідуально подвоєної свідомості, коли свідомість одного суб'єкта контактує, «стикається» — причому безпосередньо, начеби «встик» — зі свідомістю індивідуально визначеного Іншого. Отже, суто ззовні — перед нами ситуація справді «інтерсуб'єктна».

У цьому можна бачити (принаймні при найближчому розгляді), здавалось би, *гуманістичну* спрямованість розглядуваних уявлень про праворозуміння. Вони, так би мовити, особистісно акцентувані, «центровані» на особистість. За такого підходу феномен права інтерпретується не як щось зовнішнє, суто об'єктивне стосовно людини, до чого остання повинна начебто примкнути, «підлаштуватися» (в останньому випадку має місце ситуація, за термінологією В. Четверніна, — «потестарна», яка, як він стверджує, з «правовістю» не сумісна, навіть протистоїть їй). Навпаки, такий феномен вважається обов'язковою складовою власного існування людини, але в неодмінній *співучасті* останньої (до того ж, за словами цього автора, «добровільної») з існуванням Іншого (чи то індивідуального, чи то колективного суб'єкта, притому що в реальності той другий буде уособлений, так чи інакше, теж якимось індивідуалізованим його «представником»).

Отже, орієнтація на кожну людину, на врахування її індивідуальних особливостей, потреб, інтересів — таким є загальний, ясна річ, дуже привабливий пафос більшості означених концепцій.

Якщо ж говорити не про суто індивідуальну, а вже про соціальну значущість останніх, то їх *третьою* спільною особливістю можна вважати те, що вони мають, образно кажучи, миротворчу, узгоджуючу, збалансовуючу, конфліктопопереджуючу і конфлікторозв'язуючу векторність.

Мається на увазі, що в більшості з наведених у збірці варіантів праворозуміння *правом* вважається лише те, з чим добровільно згодні обидва (кілька) учасників спілкування. (Зауважимо, однак, що наявність такої згоди — хоча й важливий, необхідний, але все ж таки не єдиний і навіть не завжди основний показник «правовості», справедливості, безпосереднього суб'єктного спілкуван-

ня.) Тому-то й *критерієм раціональності* аргументів, що використовуються в процесі комунікації, виступає їх здатність приводити погляди її учасників «до спільного знаменника», до взаємно адаптованого розуміння права.

З останньою особливістю аналізованих концепцій пов'язана і така їх риса, як *еквівалентність* тих благ, з приводу яких відбувається інтересуб'єктне спілкування (у термінології К. Маркса — обмін взаємною діяльністю). Зрозуміло, ця характеристика потребує змістовної інтерпретації. А саме — відповіді на запитання: чи є згадана еквівалентність результатом виключно *індивідуальної* оцінки обмінюваних благ кожним із учасників спілкування, або ж вона характеризується якимись об'єктивними показниками, по можливості адекватно відображеними свідомістю кожного з них?

Якщо на це питання запропонувати відповідь із позицій потребового праворозуміння, то ризикну стверджувати, що пошукувана *еквівалентність* буде мати місце тоді, коли потреби кожного із суб'єктів, які спілкуються, будуть задоволені рівною мірою — тобто стануть *рівнозадоволеними* (хоча при цьому задоволеними і не повністю, і, зрозуміло, різними видами та й «дозами» благ). Іншими словами, рівність *у мірі, у ступені* задоволеності неоднакових (за змістом і за обсягом) потреб — таким може бути розуміння еквівалентності «обмінного» спілкування з позицій потребового праворозуміння.

Але в кожному разі еквівалентність результатів такого спілкування видається необхідною умовою його неформальної («матеріальної») справедливості, а тим самим — і «правовості».

Дискусійні моменти деяких концепцій праворозуміння. Більшість із наведених у книзі концепцій праворозуміння характеризуються — поряд із зазначеними вище, причому безумовно позитивними, спільними рисами — також, як видається, і деякими спільними проблемними моментами. Звернемо увагу й на них.

1. У розглянутих концепціях, на мій погляд, простежується (зрозуміло, різною мірою) автономізація, так би мовити, «атомізація» індивідуально-подвоєних осіб, тобто суб'єктів, котрі між собою безпосередньо спілкуються, а отже, має місце певне їх протиставлення колективу, соціуму. Воно, можливо, найвиразніше наведене в концепції праворозуміння В. Четверніна. Згідно з його уявленнями, про *право*, про «правовість» можна говорити лише стосовно ситуації, як зазначалося вище, добровільної погоджувальної співпраці двох людей (та формулювання ними — на цій основі — взаємних прав і обов'язків). А от у випадках, коли права й обов'язки людини встановлює не сама ця «двійка», а зовнішні стосовно неї групи, об'єднання, суспільство в цілому (і його офіційний, формальний представник — держава), до яких «пара», яка спілкується, себе зараховує, «partiципує», тоді має місце ситуація не правова, а так звана «потестарна», тобто владно-імперативна, наказова, начеби невільна, за висловом В. Четверніна, — антиособистісна для людини.

Однак «вручення» себе, партиципування себе до Цілого — це в багатьох випадках не вимушений, не нав'язаний людині вибір, а соціально-природне, об'єктивно необхідне для неї (а, будучи усвідомленим, — отже, й вільне) її власне рішення і відповідно вільна її дія.

Адже кожна людина, вступаючи в соціальне життя, соціалізуючись, застає *готовими* ті засоби виробництва, споживчі блага, форми і способи спілкування,

відносин з іншими суб'єктами, які вже були створені людьми до неї та *незалежно* від неї. Не стаючи учасником цих відносин, не скориставшись результатами діяльності попередників і сучасників, людина не зможе повноцінно виживати в суспільстві. «Партиципування» себе до Цілого — особливо в тому випадку, коли фундаментальні інтереси особистості збігаються з інтересами колективу — ситуація не підневільна, а, будучи для неї життєво вигідною, — вільна. Так чому ж *такій* ситуації відмовляти у «правовості»?

Ясна річ, у соціально неоднорідному суспільстві згаданий збіг має місце далеко не завжди. І тоді «партиципування» може стати для певних індивідів справді небажаним, вимушеним, нав'язаним, тобто з позицій *їхнього* «природного» праворозуміння — неправовим... Але й у такому випадку зберігає силу давно встановлене соціальною (зокрема, марксистською) наукою положення про те, що тільки в колективі, в соціумі індивід може отримати практично все, що необхідно йому для свого існування й розвитку. Тому непереможною характеристикою «правовості» рішень і дій, що приймаються (та реалізуються) в процесі спілкування їх акторів, є все-таки *збалансованість* його результатів з інтересами інших суб'єктів, особливо — з інтересами всього суспільства (тобто принаймні нешкідливість, безпечність таких результатів для збереження цілісності останнього)¹.

Без урахування останньої обставини педалювання, звеличення інтерсуб'єктивної буттєвості права саме і «дихає» згаданим протиставленням. Адже на сьогодні вже досить міцно утвердилося уявлення про те, що, крім прав кожного окремого індивіда (або прав «пари» останніх), не менш реально і соціально-природно існують права колективні, права народів і навіть права всього людства².

У всякому разі, реалізація персонорічності праворозуміння за рахунок, на шкоду його соціуморічності раніше чи пізніше вдарить «бумерангом» не тільки по багатьох інших персонах суспільства, а й по тій людині, стосовно якої начеби виявлялася турбота як про бенефіціара певних прав (благ).

Діалектичну єдність двох названих векторів соціальної теорії (і власне праворозуміння) — ось що, мабуть, найскладніше забезпечити в соціально неоднорідному суспільстві. (Показово, що навіть В. Четвернін, відмовляючи «потестарним» відносинам у «правовості», все ж «впускає» їх у ті *приватні* відносини людей, що кваліфікуються ним як «правові», коли він пов'язує останні саме з *авторитарним* зовнішнім текстом.)

2. Більшості з наведених концепцій праворозуміння властиве — тією чи іншою мірою — недооцінювання, а то й ігнорування *опосередкованих* (непрямих) взаємних зв'язків суб'єктів. Окреслена проблема виростає з так званого

¹ У цьому зв'язку досить показовим видається принципове зауваження І. Честнова про те, що під правом слід розуміти не будь-який діалог, а лише такий, який сприяє, а не перешкоджає збереженню цілісності та самовідтворенню всього суспільства. Але проблема криється саме в тому, що в соціально неоднорідному суспільстві оцінка загальносоціальної значущості результатів «діалогу», зазвичай, не буває однаковою.

² Ця обставина, як здається не береться до уваги В. Четверніним, коли він у принципі, «відкритим текстом» виключає відносини Одиного (індивіда) і Цілого (групи, суспільства, держави) зі сфери *правового*.

феноменолого-екзистенціалістського варіанта праворозуміння, до якого найбільш рельєфно тяжіють уявлення С. Максимова, а частково, мабуть, І. Честнова та А. Полякова.

Взагалі кажучи, феноменологічне праворозуміння на початку базувалося переважно на філософії об'єктивного ідеалізму (Е. Гуссерль): в його основу було покладено «винесені поза дужки» індивідуальної свідомості *ідеальні сутності* явищ («ейдоси»), які буцімто *передували* реальним явищам як вже похідним від них¹.

З кінця ж ХХ ст. й у сучасний період — в умовах так званого «антропологічного повороту» в суспільствознавстві, його персоноцентристської переорієнтації — феноменологія перебудувалася: перевела стрілку свого «компасу» безпосередньо в бік особистості, змінивши свою об'єктивно-ідеалістичну основу на суб'єктивно-ідеалістичну і скоригувавши свою назву на «феноменолого-екзистенціалістську». У цьому випадку носіями праворозуміння оголошені, як мінімум, двоє учасників перемовин, спілкування, дискурсу, — але за тієї умови, що вони дійшли згоди в розумінні смислу, змісту їх взаємних прав та обов'язків. Такого роду смисли начеби й утворюють *право*.

Таке трактування «феноменологічного» права вже помітно відходить від позицій класичного екзистенціалізму, орієнтованого на виявлення внутрішнього, духовного існування лише кожного окремого, начеби ізольованого індивіда, котрий справді перебуває в унікальних, непорівнюваних обставинах. Замінивши одного індивіда на двох, які спілкуються між собою, модернізований таким чином екзистенціалізм, здавалося б, зробив крок у напрямі визнання *соціальності* людського існування. Але вона так і залишилася невиявленою, «згорнутою», оскільки цей крок обмежився переходом, від, образно кажучи, «Робінзонади» — до «Робінзоно-П'ятничності».

Тим часом, існування і розвиток людини обумовлюється найчастіше не стільки його прямим, безпосереднім спілкуванням з тим чи другим Іншим, скільки об'єктивно існуючими його залежностями від діянь багатьох кількісно й персонально невизначених інших суб'єктів, з якими він, зазвичай, прямих мовних комунікацій, діалогів, дискурсів не мав і, швидше за все, не матиме. Відомо, що К. Маркс неодноразово згадував і про *непряме* спілкування індивідів поряд із прямим, якщо мова йшла про їх сутнісну, соціальну природу.

Змістом *такого* спілкування є отримання (придбання) і використання (споживання) предметних результатів діяльності невизначеної кількості «далеких» суб'єктів. То чи можуть бути застосовані власне *правові* критерії, характеристики до оцінювання такої — опосередкованої — діяльності та її результатів саме з позицій інтерсуб'єктивного (комунікативного чи іншого йому спорідненого) праворозуміння?

На таке питання відповідь у матеріалах збірки відсутня.

3. Чи не найбільш серйозна проблема обговорюваних різновидів праворозуміння (насамперед інтерсуб'єктивного) вбачається у виключенні ними зі сфери наукового дослідження *змісту* спілкування (комунікації, діалогу), а точніше

¹ У вітчизняній літературі засноване на такій філософії феноменологічне праворозуміння вже було піддане критиці на початку 70-х років минулого століття (див.: [7, 296–301]).

кажучи, — причинної зумовленості такого змісту. Чому уявлення, ідеї, погляди, домагання кожного з учасників «правового» спілкування мають саме такий зміст, а не інший; яка детермінованість останнього? Таке питання більшістю згаданих концепцій здебільшого не висвітлюється, часто навіть і не ставиться. Розглядаються ж головним чином *формальні* характеристики процесу комунікації (скажімо, визнання кожним із її учасників рівності взаємних дискурсивних позицій та можливостей). Тому такі концепції (обезпричинюючи зміст поглядів суб'єктів, котрі спілкуються) за багатьма своїми моментами видаються не менш формалістичними, соціально беззмістовними, позаісторично абстрактними, ніж небезпідставно критиковані ними суто легістско-позитивістські та споріднені з ними варіанти праворозуміння¹. Кожна з таких концепцій, однак, не є монополюючо-всемогутньою; вона має *межі* своїх евристичних можливостей. Вони ж впливають із того, що так звана «посткласика», зазвичай, не дає відповіді на питання (а нерідко навіть і не ставить його) про глибинні, фундаментальні причинно-наслідкові закономірні залежності, що зумовлюють смислово-змістовні характеристики свідомості (у нашому випадку — «правової»).

Чому ці характеристики є саме такими, а не іншими? Чому вони до певного часу є незмінними? А з часом чим викликаються їхні трансформації? Такого роду запитання опиняються найчастіше «поза бортом» посткласичного праворозуміння, внаслідок чого *соціальна сутність* «правосвідомісних продуктів» (сми́слів, «ейдосів») залишається прихованою, невиявленою і знання, спродуковані посткласичними течіями, набувають досить формалістичного, соціально-беззмістовного характеру².

Що ж, такою є доля «чистого» розуму (І. Кант), «чистої» теорії права (Г. Кельзен), належність котрих саме до класики навряд чи хтось буде заперечувати й на котрих базуються — чи то «вголос», чи то «мовчки» — численні з неокантіанських різновидів «посткласичного» праворозуміння.

Дефіцит соціальної змістовності, соціальної «матеріальності» — так можна кваліфікувати означену проблему. У цьому випадку нерозривність об'єктивних і суб'єктивних параметрів феномену *права* переважно декларується, постулюється, навіть аксіоматизується як начебто самоочевидна. Але їхнє справжнє співвідношення, їхня взаємозумовленість конкретному аналізу не піддаються³. Тоді як виявлення саме соціальної (та й іншої) детермінованості правового спілкування дозволило б, вважаю, заповнити змістовну «прогалину» у більшості з розглянутих концепцій праворозуміння.

¹ Прикметним є те, що відомий сучасний німецький філософ права Р. Алексі, погоджуючись із тим, що однією з неодмінних умов дискурсу як інструмента формування *прав* його учасників має бути рівність дискурсивних можливостей кожного з них (дискурсивна рівність), тим не менш констатує, що «необхідність визнання рівності і свободи інших у дискурсі не означає, що так буде й у реальному житті. Наприклад, цілком можливо вступити у дискусію з рабами» [8, с. 127–128].

² «Втеча від сутності» — так свого часу я дозволив собі назвати цю гносеологічну ситуацію у пострадянській теоретичній юриспруденції [9].

³ Корисними для такого аналізу можуть бути певні положення, напрацьовані в результаті проведеної лєнінградським журналом «Правоведение» у 1970–1971 рр., під керівництвом професора П. Недбайла, широкої дискусії з теми «Об'єктивне й суб'єктивне у праві».

Але чи можливо виявити таку детермінованість, не звертаючись до людських потреб та інтересів, зумовлених насамперед матеріальними, але так само й іншими умовами існування, життєдіяльності їх носіїв? Адже жодна сама по собі розумова, мислима повинність (рос. — *долженствование*), ніяка комунікація, пояснювані як би «з самих себе», поза їх неминучими залежностями від багатьох інших соціальних явищ, не дозволяють отримати **змістовну** відповідь на означене питання¹. Утім зміст інтерсуб'єктивності реального міжособистісного спілкування вирішальною мірою зумовлений об'єктивними — щодо кожного з його учасників — факторами, умовами, обставинами.

* * *

Ну що ж, час, мабуть, завершувати цю дещо затягнуту «Передмову».

Нагадаю, що основним її завданням було прокоментувати ті відповіді, які співавтори збірки давали на перше — ключове — з десяти питань запропованої їм філософсько-правової «анкети». І само собою зрозуміло, що цей мій коментар, своєю чергою, може стати предметом критичного дискутування.

Що ж стосується загальної оцінки матеріалів цього унікального видання, то дозволю собі висловити впевненість у тому, що завдяки притаманними йому фундаментальності, пошуковості, змістовній плюралістичності (яка, до речі, певною мірою відбиває культивовані за кордоном підходи до праворозуміння) воно стане дієвим стимулом для подальшої інтенсифікації філософсько-правових та загальнотеоретичних досліджень базових — «вічнозелених» — проблем юридичної науки в Росії та Україні.

У цьому й вбачається його безперечна наукова цінність.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Известия* высших учебных заведений. Правоведение. — 1982. — № 4.
2. *Дудаш Т. І.* Праворозуміння крізь призму герменевтики / Т. І. Дудаш // Пр. Львів. лаб. прав людини і громадянина НДІ держ. буд-ва та місц. самоврядування Акад. прав. наук України. — Сер. І. Дослідження та реферати. — Вип. 22 / редкол. : П. М. Рабінович (гол. ред.) та ін. — Л., 2010. — 248 с.
3. *Государство и право.* — 2004. — № 9. — С. 14.
4. *Шелике В. Ф.* Объем и содержание понятия «общение» в работе К. Маркса и Ф. Энгельса «Немецкая идеология» / В. Ф. Шелике // *Философско-методологические проблемы теории общения* : сб. науч. тр. — Фрунзе, 1982.

¹ Навіть у С. Максимова, який ратує за абстрактно-деонтологічне праворозуміння, промайнула думка про те, що ідею права слід з'єднати з конкретними соціальними умовами, «що виражаються через категорії потреби та інтересу». Та й А. Поляков згадує про «внутрішні приховані умови комунікації»; називаючи їх «онтологічними передумовами» — причому апріорними — рівність, свободу, відповідальність і справедливість, він визнає, що їх розуміння і втілення можуть істотно відрізнятися в різних соціокультурних умовах життя того чи іншого суспільства. Або, скажімо, О. Стомба звертає увагу на те, що конкретний образ «як-буття-з Іншими» авторів діянь обумовлений праворозумінням, яке визначає їх взаємну поведінку «в тих чи інших конкретно-історичних умовах». Але подібні «ремарки» в матеріалах названих авторів не набули розвитку.

А ось потребовий підхід саме і орієнтує на виявлення тих «емпіричних основ» праворозуміння, в ігноруванні, в забутті яких Ю. Пермяков дорікає певним течіям сучасної загально-теоретичної юриспруденції.

5. Поляков А. В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода : курс лекций / А. В. Поляков. — СПб., 2004.
6. *О понятии советского права* // Сов. государство и право. — 1979. — № 8.
7. Туманов В. А. Избранное / В. А. Туманов. — М., 2010.
8. *Право України*. — 2011. — № 8.
9. *Вісн. Акад. прав. наук України*. — 1995. — № 3.

Рабінович П. М. Деякі сучасні концепції права в Росії та Україні (у світлі потребового праворозуміння)

Анотація. Автор висвітлює загальні особливості, котрі притаманні праворозумінню декількох сучасних російських та українських спеціалістів у сфері філософії і загальної теорії права: С. Максимова, Ю. Пермякова, А. Полякова, О. Стівби, І. Честнова і В. Четверніна.

Цьому аналізу передуює викладення авторської концепції праворозуміння, яка названа «потребовою».

Ключові слова: праворозуміння, потребове праворозуміння, інтерсуб'єктивне праворозуміння, комунікативне праворозуміння.

Рабинович П. М. Некоторые современные концепции права в России и Украине (в свете потребностного правопонимания)

Аннотация. Автор освещает общие особенности, присущие правопониманию нескольких современных российских и украинских специалистов в области философии и общей теории права: С. Максимов, Ю. Пермяков, А. Поликов, А. Стывба, И. Честнов и В. Четвернин.

Этому анализу предшествует изложение авторской концепции правопонимания, названного «потребностным».

Ключевые слова: правопонимание, потребностное правопонимание, intersubъективное правопонимание, коммуникативное правопонимание.

Rabinovych P. Some Contemporary Conceptions of Law in Russia and Ukraine (in the Light of the Needs-Oriented Law-Understanding)

Summary. The author highlights general features inherent to understanding of law by several Russian and Ukrainian specialists in the sphere of philosophy and general theory of law: S. Maksymov, J. Permiakov, A. Poliakov, A. Stovba, I. Chestnov and I. Chetvernin. The author presents the concept of law, which he called «needs-oriented» law-understanding.

Key words: understanding of law, «needs-oriented» law-understanding, intersubjective understanding of law, communicative understanding of law.

ПРАВОВА ГЕРМЕНЕВТИКА МІЖ УНІВЕРСАЛІЗМОМ І КОНТЕКСТУАЛІЗМОМ

Н. САТОХІНА
*кандидат юридичних наук,
асистент кафедри філософії
(Національний університет
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)*



Повернення герменевтиці онтологічної глибини

Після онтологічного повороту в герменевтиці, який став можливим завдяки феноменології Е. Гуссерля, був інспірований М. Гайдеггером та концептуально обґрунтований Г.-Г. Гадамером і П. Рікьором, проблема розуміння вперше за багато століть нарешті знову отримала ту глибину, що була задана їй вже у міфологічному образі Гермеса — посередника між богами і людьми, символу потоку дискурсу, комунікації та універсального контакту, основною функцією якого було поновлення порушеного зв'язку, а отже, і відтворення первинної єдності світу. Провідну роль цей персонаж відіграє також і в утворенні правового простору. У давніх греків поняття права та справедливості були тісно пов'язані з поняттям *діке* — первинного фундаментального порядку речей, а спільне буття людей як співучасть у цьому порядку розглядалось, таким чином, як завжди буття-в-праві. Так, Платон говорить про те, що Зевс відрядив Гермеса принести право (*діке*, що слід розуміти як право) і взаємоповагу людям, згідно з якими вони повинні жити разом у полісі. Таким чином, проблема розуміння як фундаментального способу існування людини виявляється глибоко вкоріненою не тільки у правовій реальності, а й у проблемі буття взагалі, а герменевтика виявляється не чим іншим, як онтологією¹.

¹ Подальші висновки зроблені саме в межах онтологічної версії герменевтичної філософії права, яка передбачає осмислення розуміння як способу існування людини у правовій реальності та виявлення умов можливості такого досвіду. Втім, варто згадати, що існує й

Отже, Гермес поновлює ту саму єдність, що здавна турбує філософів, не менше ніж представників природничої науки, незважаючи на те, що ми завжди виявляємо себе вже існуючими у світі відмінностей: у той час як фізик, вражений красою зіркового неба, переймається питанням, чи не суперечить краса зірок тому факту, що ці зірки — лише області іонізованого газу [1, с. 17], сторони в суді прагнуть узгодження протилежних позицій у просторі мови і дискурсу, порозуміння на основі права і, таким чином, відновлення можливості співіснування.

Чи не найяскравіший приклад таким чином витлумаченої герменевтичної проблеми дає нам невщухаюча дискусія про права людини, які, з одного боку, претендують на універсальність, а з другого, за влучним висловом П. Рікьора, «все ж залишається підозра, що вони — усього лиш плід культурної історії Заходу з її релігійними війнами і кропітким та таким, що ніколи не припиняється, навчанням толерантності» [2, с. 339]. Ба більше: за великим рахунком, герменевтична проблема тільки й можлива за наявності різних культурних горизонтів, що відрізняє її від звичайної інтерпретації, а герменевтику — від інших інтерпретативних теорій в юриспруденції¹. Відмінність між сучасністю і минулим, між мною та іншим є сутнісною передумовою герменевтики, і питання тільки в тому, як її розуміти — деконструктивістськи, позитивістськи або діалогічно. Разом з тим, вже сама можливість дискусії з приводу прав людини між універсалізмом та контекстуалізмом свідчить про те, що її учасники не є замкненими на собі «монадами без вікон», а певним чином причетні до деяких універсалій, навіть якщо останні і є лише метою розуміння.

То чим урешті-решт є правова герменевтика, і чи здатна вона пролити світло на сучасні дебати навколо прав людини? Ця стаття являє собою спробу розкрити в межах правової реальності природу того досвіду, який ми звемо розумінням, що, вірогідно, дозволить прояснити сутність і завдання самої правової герменевтики та її місце у праволюдному дискурсі.

Розуміння як форма досвіду

Незважаючи на реально існуючі суперечності між універсалістською та контекстуалістською концепцією прав, полеміка між ними загострюється (а, можливо, й взагалі існує) все ж не в силу абстрактних логічних протиріч, а в результаті суперечності між доктриною прав людини та практикою їх застосування. Цей розрив між належним та існуючим вчергове змушує нас запитати, слідом за Г.-Г. Гадамером, чи не є теорія чимось більшим, ніж те, що представляє нам сучасна наука, а практика, у свою чергу, чимось більшим, ніж просте застосування останньої, і чи можна взагалі розділяти теорію і практику, якщо їх можна розрізнити лише в опозиції одна до одної [5, с. 24]. У пошуках відповідей сучасна герменевтика повертається до аристотелівської ідеї *фронесису* як інтегральної форми людського досвіду.

інша – методологічна – лінія розвитку правової герменевтики, спрямована на виявлення методів практичної інтерпретаційної діяльності. Серед найвідоміших представників останньої – Е. Бетті, Г. Коїнг, Ф. Мюллер.

¹ Детальніше щодо негерменевтичних теорій юридичної інтерпретації див., напр., [3] або [4].

Так, М. Гайдеггер визначає філософію як «герменевтику фактичності», суть якої полягає в тому, що вже у факті існування повинно міститися розуміння, і що існування як таке є герменевтичним, інтерпретуючим, прояснюючим себе [6, с. 15–16, 142–148, 226–230]. У цьому ж ключі, в рамках онтологічної версії правової герменевтики розуміння розглядається як спосіб буття людини у правовій реальності та водночас як спосіб відтворення останньої. Це не метод, що використовується для пізнання правових феноменів, а особлива форма досвіду, в якому дана і переживається правова реальність, тому його не можна звести до одних лише когнітивних структур. Це досвід, який можна назвати фронетичним.

Термін *фронесис* має грецьке походження і перекладається як розсудливість, мудрість, практична мудрість, розум, практичний розум, проникливість [7, с. 527–528]. Так, Арістотель у книзі IV «Нікомахової етики» проводить різницю між *епістеме* (науковим знанням), що виражається в *теорії* і стосується речей незмінних, *техне* (знанням у сфері творчості), що застосовується в *поезисі*, і *фронесисом* (морально-практичною мудрістю стосовно правильних дій у конкретній ситуації), вираженим у *праксисі*. На відміну від *епістеме*, пізнання не є єдиною метою *фронесису*, він керує діями (VI, 1139 b і далі)¹. У той час як *техне* можна засвоїти і забути, *фронесис* не можна засвоїти заздалегідь, але не можна й забути. При цьому питання, що справедливо, а що ні, не може бути вирішене у відриві від ситуації, тоді як «ейдос» того, що хоче виготовити ремісник, повністю визначений. Арістотель показує, що існує напруга між законом і практикою його застосування, оскільки будь-який закон є загальним і тому не може охопити дійсність в усій її конкретності (V, 1137). Слід погодитись із Г.-Г. Гадамером, що саме в цьому і полягає справжня проблема правової герменевтики: зразки поведінки не є вічними і незмінними, але й не є простими конвенціями, відображуючи природу речей, і річ тільки в тому, що ця остання визначає себе кожен раз лише у застосуванні. До того ж, якщо *техне* можна оволодіти досконало і таким чином виключити необхідність самостійного мислення, то *фронесис* у стані ідеальної завершеності є досконалістю здатності мислити, а зовсім не знанням типу *техне*. Саме тому право не підлягає догматичному застосуванню. І, нарешті, фронетичний досвід завжди передбачає, що йдеться не про мене, а про когось іншого. І людина здатна увійти в ситуацію іншого не тому, що вона знає про нього все, а тому, що вони пов'язані спільною метою [9, с. 375–382].

Так, Ф.-Дж. Мутс порівнює фронетичний досвід правознавця із досвідом психотерапевта, діяльність якого в рамках постмодерністського підходу до психотерапії є «теоретично обізнаною герменевтичною практикою»: він засвоює теоретичні настанови для того, щоб допомогти клієнту, але не намагається уникнути власної участі у діалозі з останнім, займаючи позицію «не-знання». Отже, маємо теорію, яка взаємодіє з практикою з позиції її учасника. Використовуючи цей приклад як модель для критичної правової теорії, філософ намагається показати, що право являє собою не поняття, яке належить прояснити, а наративно структурований процес, у якому учасники юридичної практики висловлюють свої страхи та занепокоєння, як і клієнти психоаналітика. Метою ж теорії є

¹ Далі посилання даються в тексті за цим виданням: [8].

не створення ідеального правового нарративу задля подальшого перенесення його на практику, а активна участь у безперервному нарративному процесі створення і трансформації правових смислів [10, с. 149].

Таким чином, у межах правової герменевтики теорія розглядається як компонент динамічних практик здійснення права, форма участі в них, але водночас і як осмислення цих практик. Останнє ж ніколи не є просто *техне*, що відтворює практику, але завжди охоплює і знання, і досвід, і дію. Якщо ремісник спочатку осягає ідею речі, потім отримує досвід її виготовлення, і лише після цього виготовляє річ, то розуміння, що опосередковує здійснення права і виражається в окремих ситуативних судженнях, завжди охоплює не тільки теоретичне осмислення правової традиції (тут у сенсі горизонту розуміння, або сукупності упереджень, що складають перед-розуміння), але й застосування її до конкретної ситуації (реальної або гіпотетичної) з метою вирішення останньої, і в такий спосіб відтворює правову реальність, стаючи її частиною. Отже, знання і дія в даному випадку нероздільні.

Розуміння і традиція

Герменевтика принципово по-новому вирішує питання про точку відліку розуміння. Якщо в Р. Декарта таким відправним пунктом став сумнів, то в герменевтиці місце сумніву посіло перед-розуміння. І в цьому сенсі герменевтична позиція протиставляється правовому позитивізму, з точки зору якого смисл тексту повністю міститься у ньому самому і може бути витлумачений без звернення до чогось зовнішнього. Подібну «самолегітимацію» тексту в позитивізмі його опоненти метафорично порівнюють зі спробою барона Мюнхаузена витягнути себе з болота за власне волосся [11, с. 474]. Натомість з точки зору герменевтики, ми ніколи не можемо зайняти неупереджену позицію «над правом», а завжди виявляємо себе частиною певної динамічної правової традиції, сформованої, у свою чергу, попередніми судженнями щодо права і такою, що постійно продовжує формуватись у конфлікті інтерпретацій.

Традиція обумовлює перед-розуміння, що складається з упереджень, тобто суджень, винесених до остаточної перевірки всіх визначальних моментів. Стосовно судової практики йдеться про правове перед-рішення, що передує остаточному винесенню рішення і має в першу чергу позитивну правову цінність, як і будь-який прецедент. Йдеться, таким чином, не про те, щоб відокремити себе від правової традиції, а навпаки, відокремити себе від того, що може завдати нам зрозуміти останню з точки зору самої справи. «Панування нерозпізнаних упереджень — ось що робить нас глухими», — пише з цього приводу Г.-Г. Гадамер [9, с. 322]. У свою чергу, судження з приводу права являє собою не результат боротьби критики з традицією і не сліпе слідування останній, а скоріше злиття з традицією як безперервний процес наближення до неї через критичну рефлексію.

Таким чином, взаємодія між правовою традицією як сукупним горизонтом розуміння у здійсненні права і конкретним правовим рішенням ілюструє ідею «герменевтичного кола», або, радше, «герменевтичної спіралі»: з одного боку, традиція обумовлює осмислення правової ситуації, але не в сенсі жорсткої детермінації, а в тому сенсі, що вона покладає межі розумінню, окреслюючи

доступні смислові альтернативи. Вона визначає, які рішення є неприйнятними. Крім того, традиція забезпечує загальною структурою та універсальним алгоритмом відповіді на будь-яке юридичне питання. З іншого боку, сама традиція складається з обумовлених нею рішень у конкретних ситуаціях, через які правозастосувач уводить у гру свої власні упередження. При цьому таке коло не є застиглою структурою, а передбачає концентричне розширення зрозумілого смислу.

Ситуація нерозуміння

Так, досвід розуміння виявляється водночас і досвідом конституювання правової реальності. Разом з тим, при уважному розгляді буттєва тканина права виявляється не такою вже й щільною. Мова йде про феномен нерозуміння в усій його неможливості. Цікаво, що ситуація кризи (в тому числі кризи прав людини, про яку так багато говорять сьогодні), не тільки на рівні буденної свідомості, яка не має особливого інструментарію, а й на рівні свідомості спеціалізованої, тобто наукової, постає саме як ситуація тотального нерозуміння [12, с. 3–12].

Чудову ілюстрацію стану нерозуміння знаходимо у блискучому аналізі тоталітарної свідомості Х. Арендт. Одвічну проблематичність філософської думки вона протиставляє тотальному поясненню, що пропонується тією чи іншою ідеологією, і в якому немає місця людській свободі, невід'ємній від здатності особистості мислити. Тоталітарна правосвідомість прагне безпосередньо виконувати закон Історії або Природи, не трансформуючи його в норми індивідуальної поведінки, а розглядаючи його втіленням людство в цілому. Таким чином, місце інтерсуб'єктивно погоджених правил поведінки займає тотальний терор, покликаний забезпечити силам природи чи історії вільний біг, що не загальмовується ніякою стихійною, вільною дією людини. Людська багатоманітність ніби зникає в одній гігантській людині [13, с. 599–604]. Таким чином, правова реальність як реальність належного замінюється реальністю існуючого у вигляді «об'єктивних» законів руху, які не потребують ані розуміння, ані визнання, ані суб'єкта взагалі.

Можливість такого стану мислитель пов'язує з ізольованістю та всезагальною самотністю людей, яка знищує їх як суб'єктів розуміння та правових суб'єктів. Адже навіть досвід чуттєвого сприйняття залежить від загального здорового глузду, без якого ми були б обмежені лише ненадійними показниками власних почуттів. Тим більше, це стосується світу правових феноменів. Єдина здатність людського розуму, яка для свого нормального функціонування не потребує ані «Я», ані іншого, ані зовнішнього світу, це здатність логічного судження, вихідні посилки якого самоочевидні, і яке стало основним принципом дії тоталітарної форми правління [13, с. 615–622].

Таким чином, ситуація нерозуміння має в своєму підґрунті, з одного боку, стирання відмінностей і таким чином руйнування простору особистої свободи як здатності створення нового¹, а з другого — відчуження людини від інших,

¹ У цьому контексті цікавим видається сюжет антиутопії А. Куарона «Людське дитя». У фільмі зображується тоталітарне суспільство майбутнього. І хоча в ньому все ще мають місце окремі прояви свободи, але знищено її первинне джерело – кожне нове народження:

розрив із традицією та вкоріненим у ній здоровим глуздом, який складає основу перед-розуміння. Звідси — неможливість розуміння правової реальності та її відтворення, що загрожує в кінцевому підсумку заміною останньої неправовими за своєю сутністю інструментами примусу. Адже у розумінні суб'єктивна свобода не тільки виходить за власні межі та потрапляє у простір інших, утворюючи багатовимірний інтерсуб'єктивний світ, а віднаходить себе у завжди вже існуючій традиції, дозволяючи останній говорити крізь себе. Відповідно, нерозуміння призводить не тільки до втрати відчуття правової реальності, а й до зникнення останньої.

Сутність і завдання правової герменевтики

У межах викладеного вище трактування розуміння не як методу, а як особливої форми фронетичного досвіду й сама герменевтика виявляється лише способом буття у світі, а не формулюванням та утвердженням щодо нього певної позиції. І цей спосіб полягає у розмові, запитуванні, пошуку загального сенсу. У рамках правової реальності розуміння виявляється досвідом інтерсуб'єктивного відтворення правових смислів, власне правовою герменевтикою, яка у цьому сенсі здатна протистояти як постмодерністському свавіллю інтерпретацій, так і позитивістському засиллю науковості. Так, герменевтичні смисли у правовій реальності проявляються на трьох рівнях, які відповідають трьом аспектам фундаментального людського досвіду, що отримав назву розуміння.

По-перше, в аспекті *техне*, у герменевтичному розумінні відтворюється правова реальність. Цей перманентно відтворюваний світ права ґрунтується на ідеї належного, яка й вимагає дискурсу, на противагу світу природи, який тотожний самому собі, і в якому людина не залучена до постійного обміну думками. Позбавлення ж людини можливості вільної комунікації редукує її досвід до задоволення біологічних потреб. Поза світом права людині залишається лише війна за існування, в якій одна соціальна спільнота протиставляє себе іншій за принципом «друг» — «ворог». Таким чином, із спільності народів, яка долає «природний стан» (війни) між державами, ми потрапляємо у сферу реалполітики з її орієнтацією на власні прагматичні інтереси, яка не залишає місця ані універсалістській ідеї, ані правам окремих спільнот¹. Відповідно, права людини залишаються такими лише доти, доки вони є предметом дискусії; коли ж вони перетворюються на теоретичну догму, вони позбавляються своєї власне правової сутності, і дійсно заслуговують на характеристики культу [15] або нового фундаменталізму [16], якщо останній, слідом за Ю. Габермасом, розуміти як духовну установку, що наполягає на політичній реалізації власних переконань навіть у тому випадку, коли вони не сприймаються як загальні, ігноруючи таким чином епістемологічну ситуацію світоглядного плюралізму в суспільстві [14, с. 15]. Перефразуючи Р. Алексі², можна сказати, що існування прав людини полягає в їх обговоренні, і ні в чому іншому. І в цьому сенсі універсалізм

людство охопила епідемія безпліддя, і діти більше не з'являються на світ.

¹ Детальніше про опозицію «І. Кант vs К. Шмітт» див., напр., [14, с. 181 і далі].

² Алексі зазначає: «Існування прав людини полягає в їх обґрунтованості, і ні в чому іншому» [17, с. 123].

виявляється «егалітарністю індивідуалізму» (визначення Ю. Габермаса), розумною моральною установкою, яка вимагає взаємного визнання, або рівної поваги і визнання інтересів кожного. На думку ж Г.-Г. Гадамера, саме в цьому і полягає сенс герменевтики: «Герменевтика — це практика... Усіма засобами підтримувати діалог, давати сказати своє слово й інакомислячому, вміти засвоювати те, що він вимовляє, — ось у чому душа герменевтики» [18, с. 8].

По-друге, як власне *фронетичний досвід*, герменевтика опосередковує не тільки відтворення прав людини, але й їх реалізацію «на практиці». Так, П. Рікьор визначає фронесис як «розсуд, розпізнавання в ситуації невизначеності, орієнтоване на належну дію» [19, с. 87]. У цьому сенсі саме реальна багатоманітність ситуацій і точок зору на них призводить до конфлікту між універсалістською претензією і контекстуалістськими обмеженнями прав людини, між повагою до закону та повагою до осіб, коли інаковість осіб або груп протиставляє себе унітарному поняттю людства. Практична ж мудрість, на думку П. Рікьора, в таких умовах може полягати в тому, щоб надати пріоритет повазі до осіб у вигляді піклування, що адресується особам у їх незамінній унікальності [2, с. 334–335].

Інакше ми опиняємось у парадоксальній ситуації, коли правам людини надається пріоритет перед самою людиною. Саме такі наслідки має застосування насильства для захисту прав людини: виявляється, що об'єктом захисту є зовсім не моя свобода, а тільки право на неї; гуманітарні ж інтервенції, захищаючи право на життя, насправді забирають самі ці життя, що є, вочевидь, занадто високою ціною. Таким чином, можна сказати, що герменевтично витлумачені права людини існують тільки тоді, коли вони застосовуються. Розвиваючи думку А. Кауфмана, можемо сказати, що права людини не є зведенням правил; відбуваючись у правовідносинах, вони завжди динамічні, процесуальні й конкретні¹.

Перехід до практичної точки зору тягне за собою остаточну трансформацію ідеї справедливості, яка, на думку П. Рікьора, може бути сформульована у термінах прийнятності. Це своєрідна ситуаційна очевидність у констатуючому сенсі, впевненість, згідно з якою в цій ситуації таке рішення є найкращим, єдино можливим. Це очевидність того, що доречно зробити тут і зараз [21, с. 233–248]. І ця доречність визначається не об'єктивним станом справ, а спільністю прагнень суб'єкта судження і того, для кого воно є значущим.

Саме в цій спільності прагнень і міститься момент універсальності, який притаманний фронетичній практиці застосування прав, як і будь-яким правовим феноменам, і полягає в меті сприяння суспільному миру через примирення конфліктуючих сторін шляхом «правової переробки насильства за допомогою

¹ А. Кауфман відзначає, що «людина розвивається не так, як рослини і тварини, які суто об'єктивно перебувають у часі, але людина має бути, вона має завдання: здійснити себе у часі і з часу, щоб стати тим, що як можливість є в ній... Історія є тим виміром, у якому вона повинна прийти до своєї сутності» [20, с. 168]. На думку філософа, спосіб буття людей відповідає способу буття речей, заснованих у людському бутті. Тому право є історичним в аналогічному людині сенсі: воно має постійно здійснюватись, щоб прийти до самого себе. Мислитель підкреслює, що не існує готового права, але у всі часи відбувається його становлення.

перенесення його у простір слова і мовлення», і, таким чином, «перемоги мови над насильством». Усвідомлюючи утопічність цієї мети, П. Рікьор водночас зауважує, що ця утопія вкорінена в сутності права і складає його основу [22].

Таким чином, на рівні реалізації прав людини універсалістська та контекстуалістська лінія перетинаються у темпоральній структурі розуміння: з одного боку, ми завжди вже вкорінені в певній традиції, яка обумовлює передрозуміння, а з другого — телеологічний вимір розуміння, пов'язаний із мирним співіснуванням, є тим «мостом» між двома світами, що уможливорює діалог.

Основна ж роль правової герменевтики виявляється не методологічною, а, скоріше, терапевтичною: вона допомагає мінімізувати нерозуміння через усвідомлення власної зануреності в ситуацію. Інакше кажучи, як метафорично пише Й. Тонтті, тільки Феміда, яка, знявши пов'язку з очей, намагається усвідомити власні упередження, і яка розуміє, що насправді ваги ніколи не можуть бути врівноважені, може використовувати свій меч таким чином, щоб це могло вважатися виправданим [23, с. 186].

По-третє, в аспекті *епістеме*, герменевтика покликана заповнювати лакуни розуміння, постаючи як одна з нонкогнітивістських версій некласичної епістемології, в якій осмислення прав людини виявляється можливим як досвід не епістемологічний (аналогічний пізнанню у природничих науках), а фронтетичний (спрямований на контекстуальне дискурсивне обговорення цінностей), тобто досвід у власному сенсі слова, який є чимось більшим, ніж пізнання. Він завжди охоплює повернення до чогось, у чому раніше ми помилялись, момент самопізнання, усвідомлення меж людського буття. Такий досвід діє як критика будь-якого суто когнітивного мислення, будучи досвідом людської скінченності, досвідом власної історичності.

Із цим пов'язане також завдання герменевтики як навчання, тобто передання-перекладу-переміщення кимось сказаного, пізнаного, помисленого з одних просторово-часових координат в інші. При цьому герменевтична модель правового навчання, так само як і здійснення права, являє собою процес діалогічного відтворення смислів, основною метою якого є не надання учню з позиції теоретичного домінування готових методик здобуття «істинних» смислів прав людини, а відтворення досвіду діалогічного прийняття рішень в ситуації невизначеності і конфлікту, а отже, у середовище трагізму дії, в якому й існують права людини, коли конфлікти не можуть бути вичерпані, але повинні мати вирішення у ситуативному судженні. У такий спосіб виникає можливість подолання протиріччя між формальним знанням, що транслюється в освіті, і базовими інтуїціями суб'єкта освіти.

Так, завдання правової герменевтики як багатогранного людського досвіду, спрямованого на досягнення порозуміння з іншим, хоча, на перший погляд, і виявляється занадто скромним, порівняно з науковими методологічними концепціями, але по суті є не менш амбіційним, ніж завдання самого права і прав людини — уможливити мирне співіснування людей.

Правова герменевтика і проблема універсальності прав

У сучасному плюралістичному світі питання полягає, скоріше, в тому, чи може бути герменевтична модель, від початку розроблена в контексті гомоген-

ного суспільства і національного права, застосована також до питань міжкультурного діалогу. Якою мірою герменевтичне коло між правовою нормою і окремим випадком може бути ототожнено із колом між універсалістською претензією та контекстуалістськими обмеженнями прав людини?

Як видається, відповідь на ці питання криється у темпоральній структурі розуміння, яке, з одного боку, ґрунтоване у традиції, а з другого — орієнтоване на належне. Усвідомлення цієї структури в сенсі усвідомлення власної темпоральності змушує нас перейти від регресивного шляху обґрунтування прав до прогресивного шляху їх здійснення, на якому, нарешті, стає можливою постановка вимог універсалізації в контекст [2, с. 329, 337]. Так, на думку П. Рікбора, під сумнів слід поставити антагонізм між аргументацією та угодою, замінивши його складною діалектикою між аргументацією і переконаністю, яка розглядає не теоретичний, а лише практичний аспект ситуативного судження. У термінах праволюдного дискурсу це означає, що варто підтримувати претензію на універсальність, але водночас запропонувати її для дискусії не на формальному рівні, а на рівні переконань, невід’ємних від форм конкретного життя. При цьому з такої дискусії не вийшло б нічого, якщо б кожний учасник не визнавав, що в екзотичних культурах приховані інші потенційні універсалії. Це поняття універсалій в контексті, або потенційних, або універсалій, що зароджуються, на думку П. Рікбора, якнайкраще відображає ту рівновагу, яку ми шукаємо між універсальністю і контекстуальністю. І в цьому сенсі практична мудрість проявляється у мистецтві діалогу, коли етика аргументації випробовується в конфлікті переконань [2, с. 283 — 347].

Висновки

Таким чином, онтологічна версія правової герменевтики дозволяє прояснити в контексті правової реальності сутність розуміння як способу людського існування, що поєднує в собі знання, досвід і дію (осмислення та відтворення правової реальності у ситуативних правових судженнях), ґрунтується у традиції та орієнтований на належне. У свою чергу, ситуація нерозуміння загрожує не просто втратою окремих правових смислів, а всезагальною самотністю, що результує у зникнення свободи, а отже, й правової особистості та правової реальності в цілому.

Висвітлення деяких смислів розуміння дозволяє наблизитися до сутності самої правової герменевтики, яка по суті тотожна йому, будучи не методом, а способом людського існування у світі. Основним же її завданням виявляється сприяння усвідомленню кожним власної темпоральності: як в аспекті зануреності у традицію (виявлення власних упереджень з метою полегшення діалогу), так і в аспекті проективності у майбутнє (орієнтація у ситуативних судженнях на сприяння суспільному миру, навіть якщо він і є лише позаінституційним горизонтом права).

У такий спосіб герменевтика здатна узгодити між собою універсалістську претензію та контекстуальні обмеження прав людини через введення поняття потенційних універсалій, виявлення яких і є в даному випадку практичною мудрістю, або фронетичним досвідом.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Вайцзекер К.* Физика и философия / К. Вайцзекер // *Вопр. философии.* – 1993. – № 1. – С. 115–125.
2. *Рикер П.* Я – сам как другой / П. Рикер. – М. : Изд-во гуманит. лит., 2008. – 416 с.
3. *Зірк-Садовські М.* Завдання герменевтичної філософії права / М. Зірк-Садовські // *Філософія права і загальна теорія права.* – 2012. – № 2. – С. 102–114.
4. *Jørgensen S.* Lawyers and Hermeneutics / S. Jørgensen // *Scandinavian Studies in Law.* – 2000. – № 40. – Р. 181–188.
5. *Gadamer H.-G.* Praise of Theory / H.-G. Gadamer // *Praise of Theory: Speeches and Essays.* – New Haven, CT : Yale University Press, 1998. – Р. 16–36.
6. *Хайдеггер М.* Бытие и время / М. Хайдеггер. – СПб. : Наука, 2006. – 452 с.
7. *Лабарр'єр Ж.-Л.* Фронесис / Ж.-Л. Лабарр'єр // *Європейський словник філософій: Лексикон неперекладностей.* – К. : ДУХ І ЛІТЕРА, 2009. – Т. 1. – С. 527–533.
8. *Аристотель* Никомахова етика // *Аристотель.* – Соч. : в 4 т. – М. : Мысль, 1976 – 1984. – Т. 4, 1983. – С. 53–293.
9. *Гадамер Х.-Г.* Истина и метод: Основы философской герменевтики / Х.-Г. Гадамер. – М. : Прогресс, 1988. – 704.
10. *Mootz F.-J. III.* Law, Hermeneutics and Rhetoric / F.-G. III Mootz. – Burlington : Ashgate, 2010. – 470 p.
11. *Viola F.* Legal Hermeneutics and Cultural Pluralism / F. Viola // *Standing Tall. Hommages à Csaba Varga.* – Budapest : Pázmány Press, 2012. – Р. 465–481.
12. *Бурлачук В.* Символ и власть: роль символических структур в построении картины социального мира / В. Бурлачук. – Киев : Ин-т соц. НАН Украины, 2002. – 266 с.
13. *Арендт Х.* Истоки тоталитаризма / Х. Арендт. – М. : ЦентКом, 1996. – 672 с.
14. *Хабермас Ю.* Расколотый Запад / Ю. Хабермас. – М. : Весь мир, 2008. – 192 с.
15. *Ignatieff M.* Human Rights as Politics and Idolatry / M. Ignatieff. – Princeton : Princeton University Press, 2001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3391&context=flr>.
16. *Жижек С.* Против прав человека / С. Жижек [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://fmbooks.files.wordpress.com/201008zizek-text.pdf>.
17. *Алексі Р.* Існування прав людини / Р. Алексі // *Право України.* – 2011. – № 8. – С. 121–130.
18. *Гадамер Х.-Г.* Актуальность прекрасного / Х.-Г. Гадамер. – М. : Искусство, 1991. – 367 с.
19. *Рикер П.* Путь признания. Три очерка / П. Рикёр. – М. : Рос. полит. энцикл. (РОССПЭН), 2010. – 268 с.
20. *Кауфман А.* Онтологическая структура права / А. Кауфман // *Рос. ежегодник теории права.* – 2008. – № 1. – С. 151–174.
21. *Рикер П.* Справедливое / П. Рикёр. – М. : Гнозис, Логос, 2005. – 304 с.
22. *Рикер П.* Торжество языка над насилием. Герменевтический подход к философии права / П. Рикёр // *Вопр. философии.* – 1996. – № 4. – С. 27–36.
23. *Tonnti J.* Right and Prejudice: Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law / J. Tonnti. – Burlington : Ashgate, 2004. – 204 p.

Сатохіна Н. І. Правова герменевтика між універсалізмом і контекстуалізмом

Анотація. Стаття являє собою спробу розкрити в межах правової реальності природу досвіду розуміння, протиставляючи його ситуації нерозуміння, що дозволяє прояснити сутність і завдання самої правової герменевтики та її місце у праволюдському дискурсі. Автор відстоює ідею про те, що правова герменевтика, як і саме розуміння, являє собою не метод, а форму досвіду, ґрунтованого у правовій традиції та орієнтованого в напрямі належного, який, таким чином, дозволяє узгодити універсалістську претензію та контекстуалістські обмеження прав людини.

Ключові слова: правова герменевтика, права людини, універсалізм, контекстуалізм, розуміння, фронесис.

Сатохина Н. И. Правовая герменевтика между универсализмом и контекстуализмом

Аннотация. Статья представляет собой попытку раскрыть в рамках правовой реальности природу опыта понимания, противопоставляя его ситуации непонимания, что позволяет прояснить сущность и задачи самой правовой герменевтики и ее место в дискурсе прав человека. Автор отстаивает идею о том, что правовая герменевтика (как и само понимание) представляет собой не метод, а форму опыта, укорененную в правовой традиции и ориентированную в направлении должного, который, таким образом, позволяет согласовать универсалистское притязание и контекстуалистские ограничения прав человека.

Ключевые слова: правовая герменевтика, права человека, универсализм, контекстуализм, понимание, фронесис.

Satokhina N. Legal Hermeneutics between Universalism and Contextualism

Summary. The article deals with the trying to explicate the nature of the experience of understanding, contrasting it lack of understanding within the legal reality, that allows us to clarify the nature and objectives of legal hermeneutics itself and its place in the discourse of human rights. The author defends the idea that the legal hermeneutics (and very understanding) is not a method, but a form of experience, rooted in the legal tradition and oriented in the direction of due, which thus makes it possible to agree universalistic claim and contextualistic restrictions on human rights.

Key words: legal hermeneutics, human rights, universalism, contextualism, understanding, phronesis.

ПИТАННЯ ЗАГАЛЬНОЇ ТЕОРІЇ ПРАВА

ДИСКУСІЯ: ЧИ МОЖЛИВА УНІВЕРСАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА ЯК СПІЛЬНА КОНЦЕПТУАЛЬНА ОСНОВА ТЕОРІЙ НАЦІОНАЛЬНОГО І МІЖНАРОДНОГО ПРАВА?*

ДО ПИТАННЯ ПРО МОЖЛИВІСТЬ СТВОРЕННЯ УНІВЕРСАЛЬНОЇ ТЕОРІЇ ПРАВА¹



О. МЕРЕЖКО
*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри права
(Київський національний
лінгвістичний університет),
професор
(Краківська Академія
імені Анджея Моджевського, Польща)*

Професор П. Рабінович поставив цікаве і важливе питання щодо можливості створення універсальної теорії права (метатеорії), яка була б настільки загальною і всеосяжною, що могла б охопити не лише загальну теорію національного права, а й теорію міжнародного права. З цієї нагоди хотілося б висловити кілька суб'єктивних міркувань у порядку, так би мовити, дискусії.

* **Від редакції.** У попередньому номері нашого журналу читачів було запрошено до обговорення опублікованих у ньому дискусійних нотаток професора П. Рабіновича «Чи можлива універсальна теорія права як спільна концептуальна основа теорій національного і міжнародного права?»

Невдовзі на цю пропозицію відгукнулись професор О. Мережко (Київ) і професор І. Честнов (Санкт-Петербург, Росія). Їхні матеріали подаємо далі.

Окрім цього, до означеної рубрики включено також статті професора О. Спектора (Буенос-Айрес, Аргентина) і доцента І. Яковюка (Харків), оскільки деякі міркування останніх можуть виявитися дотичними до проблематики, що становить предмет дискусії.

Сподіваємось на її продовження.

¹ Переклад з російської С. Рабіновича.

© О. Мережко, 2013

Насамперед тут не можна не згадати міркування М. Тимашева щодо того, чому соціологію не можна вважати зрілою наукою. Для того щоб соціологія, як був переконаний М. Тимашев, могла претендувати на статус науки, необхідно, аби вона ґрунтувалася на загальноновизнаних у межах наукової спільноти поняттях, тобто щоб не було розбіжностей щодо ключових соціологічних термінів. Проаналізувавши понад десять класичних праць із соціології, Тимашев продемонстрував, що серед учених немає згоди навіть щодо найважливіших і найбільш часто використовуваних термінів і понять соціології. А тому немає підстав вести мову про соціологію як «зрілу науку».

З огляду на це думка професора П. Рабіновича щодо створення універсальної теорії права по суті тотожна думці про створення зрілої науки права. Саме тому ця думка заслуговує на найпильнішу увагу й на серйозне обговорення.

Щодо створення загальної теорії міжнародного права, то подібні спроби вже здійснювалися (наприклад, такими авторами, як С. Черниченко, В. Буткевич і В. Василенко), проте ці спроби, на наш погляд, були пов'язані радше з тим, що їх автори дещо механічно застосовували категорії загальної теорії права до матерії та проблематики міжнародного права. Такий підхід іноді міг давати цікаві результати, однак справжньої загальної теорії міжнародного права створити так і не вдалося. Натомість замість неї з'явилася низка «загальних теорій міжнародного права».

Важливо ще й те, що загальна теорія права, яка служила основою для спроб створити загальну теорію міжнародного права, мала принципово позитивістський характер, оскільки головне джерело права бачила в державі. А отже, міжнародне право, яке, як відомо, не впливає із суверенної волі національної держави або ж деякої понаддержави, логічно просто не могло існувати в рамках цієї теорії. Його юридичний характер викликав очевидні сумніви.

Отже, у чому вбачається перевага і водночас головна складність цікавої та плідної ідеї професора П. Рабіновича? Перевага полягає в тому, що у своїй інтенції ця ідея спрямована на створення справжньої науки права. Інакше кажучи, право стане наукою лише тоді, коли більшість юристів погодиться на створення єдиної системи основних юридичних понять (категорій права). Проте досягти такої єдності буде вельми складно. Основна причина такої складності — різноманіття філософських і теоретичних концепцій права. Власне, тут перед нами постає одвічне питання — що таке право? Єдиної відповіді на яке на сьогодні просто немає; але ж без розв'язання цього основного питання вибудувати метатеорію права просто неможливо. До того ж, як свідчить досвід, юристи, що спеціалізуються в галузі національного права, і юристи-міжнародники уособлюють різні типи юридичного мислення. Якщо юрист, фахівець у галузі національного права, орієнтується у своєму мисленні на волю держави, то юрист-міжнародник виходить з ідеї міжнародної спільноти.

Водночас у науці права вже існує універсальна теорія, що охоплює всі види права, включно із міжнародним правом і навіть божественним правом (*jus divinum*). Йдеться про психологічну теорію права Л. Петражицького. По суті, це і є метатеорія права.

Поряд із цим, якщо мають на увазі створення універсальної теорії права, то вона, послуговуючись мовою теорії Петражицького, повинна бути теорією $n+1$,

тобто теорією настільки загальною і універсальною, щоб охопити всі системи права і немов піднятися над ними.

Причому йдеться не тільки про такі системи права, як міжнародне право і національне право, а ще й про такі системи права, як наднаціональне право (наприклад, право ЄС) і транснаціональне право (*lex mercatoria*). Крім того, сюди мають також увійти всі системи релігійного права і примітивного права.

Принагідно зауважимо, що деякі зародки такої метатеорії можна спостерігати в концепції загальних принципів права, які є одним із джерел міжнародного права. Ці принципи права являють собою деякий спільний знаменник усіх систем права і всіх правових явищ.

Гадаємо, що важливу роль у формуванні метатеорії права можуть відіграти соціологія права і антропологія права. Першим завданням такої метатеорії має бути визначення права і його чітке розмежування з «не-правом» (тобто, наприклад, із мораллю і релігією).

Однак питання: чи вдасться на практиці досягти консенсусу на шляху формування основоположних понять права — надалі залишається відкритим.

УНІВЕРСАЛЬНІСТЬ ПРАВА В КОНТЕКСТІ КУЛЬТУРНОГО РЕЛЯТИВІЗМУ¹

І. ЧЕСТНОВ

*доктор юридичних наук,
професор кафедри державно-правових дисциплін
(Санкт-Петербурзький юридичний інститут (філія)
Академії Генеральної прокуратури
Російської Федерації),
заслужений юрист Російської Федерації*



Проблема, сформульована П. Рабіновичем, про те, чи можлива універсальна теорія права як загальна концептуальна основа теорій національного і міжнародного права [1, с. 245–249], прямо стосується не тільки епістемології права, а й його онтології. Більше того, питання про універсальність загальної (всезагальної) теорії права безпосередньо пов'язане з проблемою єдності й універсальності самого права — її об'єкта. Чи існує універсальне право та уявлення про його загальні — для всіх часів і народів — ознаки? Іншими словами, чи є щось спільне, що властиве явищам і процесам, котрі юридична теорія (точніше — теорії або різні концепції права) позначає терміном «право», з урахуванням його історичної мінливості, культурної зумовленості й багатогранності? Від відповіді на ці питання перш за все і залежить можливість чи неможливість загальної або універсальної теорії права.

Світогляд, котрий панує з другої половини ХХ ст. і до наших днів, здавалося б, не залишає можливості для позитивної відповіді на питання про можливість універсального права й невіддільного від нього знання про нього, адже сьогодні з легкої руки культурної антропології, аналітичної філософії², гіпотези лінгвістичної відносності, постструктуралістів, постмодерністів і т. д. домінує ідея релятивізму.

Принципово важливу роль у становленні концепції релятивізму відіграв принцип додатковості Н. Бора, що має загальнометодологічне значення. Він означає контекстуалізм наукового знання — його залежність від позиції спостерігача, відсутність привілейованої точки зору («Божественного спостерігача» — Х. Патнем), а тим самим, несумірність наукових парадигм. Тому, наприклад, наукові факти завжди є «теоретично навантаженими»: вони залежать від того,

¹ Переклад з російської мови В. Гончарова.

² Йдеться принаймні про релятивістський напрям в аналітичній філософії, представлений ідеями пізнього Л. Вітгенштейна (передусім мовних ігор), концепцією можливих світів Н. Гудмена, теорією онтологічної відносності У. Куайна та ін.

як їх оцінюють з позицій відповідної теорії, і самі по собі (без теорії) нічого не доводять¹. У зв'язку з принципом релятивізму не можна не згадати обмежувальні теореми К. Гьоделя, що спростовують можливість існування формалізованих несуперечливих і одночасно повних (завершених) систем. Зокрема, перша теорема Гьоделя твердить: якщо система (множина) несуперечлива, то вона неповна (незавершена), якщо ж вона повна (завершена), тоді вона суперечлива.

Лінгвістичний «поворот» у соціогуманітарному знанні сформулював залежність соціальної реальності від уявлень про неї: ситуація реальна настільки, наскільки вона сприймається як реальна — свідчить уславлена «теорема У. Томаса». Це ж стверджують і прихильники соціальної феноменології. Тому релятивізм у науковому пізнанні одночасно виявляється онтологічним релятивізмом соціального буття: соціальний світ не існує поза знаковим (мовним) його опосередкуванням.

Отже, релятивізм долає наївно-реалістичне уявлення про пізнання та світ: пізнання не є відображенням природи («дзеркалом природи» за Р. Порті), адже ми ніколи не зможемо порівняти уявлення про реальність із самою реальністю (Т. Рокмор), бо остання надана нам тільки як уявлення.

Усе це стосується і юридичного знання, яке — з точки зору посткласичної епістемології — володіє лише відносною автономністю в середовищі соціогуманітарного знання і зумовлене соціокультурним контекстом (насамперед панівними типами праворозуміння), панівною картиною світу, світоглядом. Юридична наука — це «окрема соціальна теорія», зміст якої визначається зв'язком із соціальною філософією та іншими суспільними науками, що володіє лише відносною автономією. Якщо знання про право відносне (соціально зумовлене), то тим самим з посткласичної точки зору обґрунтовується теза Гегеля, що право — момент, сторона суспільства.

У зв'язку з означеним вище можна сформулювати онтологічний принцип релятивізму права: **право — це соціальне явище, зумовлене взаємодіями з іншими соціальними феноменами, поза і без яких право не існує, і з суспільством** як соціальними уявленнями (за термінологією С. Московічі), відтворюваними в практиках широких верств населення, що об'єднує людей на певній території. Звідси напрошується теза, яка може здатися епатажною: немає «чис-

¹ В юриспруденції принцип додатковості наразі не отримав належного застосування. Він опосередковано використовується одним із лідерів критичних досліджень в юриспруденції США, професором школи права університету Колорадо П. Шлагом (див.: [2; 3]). Зокрема, американський юрист підіймає проблему суб'єкта права і «погляду зсередини» на право (з точки зору судді). Такий погляд, на його думку, неминуче є одностороннім, і веде до радикального спрощення права [3, р. 1115]. З однієї-єдиної перспективи впливає віра в те, що існує єдина вірна онтологія права, яка не залежить від усіх суб'єктів права (за винятком суддів) [3, р. 1116–1117]. Я. Гілінський — один із небагатьох у російській юридичній науці, хто використовує принцип додатковості як методологію кримінологічних досліджень. На його думку, походячи від принципу відносності знань (релятивізму) і надзвичайної складності навіть «найпростіших» об'єктів, принцип додатковості у викладі Н. Бора полягає в тому, що «*contraria sunt complementa*» (протилежності доповнюють одна одну): лише суперечливі, взаємовиключні концепції в сукупності можуть досить повно описати досліджуваний об'єкт; іншими словами, слід шукати не «подолання суперечливих суджень про об'єкт, а їх взаємну компліментарність») [4, с. 25–26].

тих» правових явищ, як немає і не може бути «чистої системи права» Г. Кельзена. Право, як і будь-який соціальний інститут, не має одного й єдиного референта — воно є багатогранним, багатоаспектним¹ та існує в соціальному світі у вигляді взаємодій людей, опосередкованих соціальними (що інтеріоризуються в індивідуальні) уявленнями, об'єктивованими знаковими формами, наприклад, нормативними правовими актами. У цих інтеракціях завжди співіснують психіка (психічні феномени), культура, мова, часто — економіка, політика тощо. Виокремити юридичний момент, наприклад, у договорі купівлі-продажу, перевезення або у голосуванні на виборчій дільниці, у поданні скарги і т. д. можна тільки аналітично. Таким чином, немає правових явищ (законів, індивідуальних актів, правовідносин), які водночас не були б психічними (як писав свого часу Л. Петражицький), економічними, політичними і т. д. — у широкому сенсі — соціокультурними феноменами.

Цю релятивність права стосовно таких нейтральних, здавалося б, для права явищ, як стать, раса, віросповідання, політична приналежність та ін., емпірично довели в 20–30-ті роки ХХ ст. «реалісти США» (К. Левеллін, О. Холмс, Дж. Френк та ін.). Вони показали, що навіть стать, не кажучи про расу, середньостатистично впливає на ухвалюване суддею рішення (якщо підсудний або чоловік, або жінка, або білий, або афроамериканець).

Обґрунтувати «чисту систему права» — несуперечливу, завершену, замкнену, відокремлену від «бруд» політики, економіки, від світу суцього — неможливо з кількох міркувань. По-перше, це суперечить другому закону термодинаміки: у світі не існує замкнутих систем, тому що в них є самозростання ентропії і вони неминуче руйнують себе. Тому дійсно життєздатні системи, що реально існують — відкриті, такі, що обмінюються речовиною і енергією з середовищем. По-друге, обмежувальні теореми Гьоделя, про що вже згадувалося, доводять, що не існує одночасно несуперечливих і замкнутих (завершених або повних) систем. Щоби логічно обґрунтувати систему, необхідно мати вихідну аксіому, наприклад, основну норму, з позицій якої можна говорити про юридичну валідність конституції, законодавства та інших форм права. Однак якщо вихідна аксіома — основна норма Г. Кельзена (зміст якої, за Г. Кельзенем, є абсолютно нейтральним)² або норма-визнання Г. Харта — не має змістовного визначення, то як можна бути впевненим у тому, що конституція (наприклад, Сталінська Конституція 1936 р.) є логічно і юридично обґрунтованою?

Не рятує основну норму й позиція прихильників теорії природного права, приміром, Р. Алексі, викладена ним у книзі «Поняття і дійсність права» [6]. Вважаючи, що між правом і мораллю існує необхідний зв'язок, він пише: основна норма не може бути обґрунтована іншою нормою, але може бути виправдана принципами моралі [6, с. 142]. Однак принцип релятивізму не дає можливості визнати правоту Р. Алексі та інших прихильників юснатуралізму. Це пов'язано з тим, що такі вихідні принципи моралі, як-от: свобода, справедливість, добрі звичаї та ін. принципово по-різному інтерпретуються в різні історичні епохи та в різних культурах. Так, А. Вежбицька — лінгвіст зі світо-

¹ На це цілком справедливо вказує П. Рабінович.

² На цьому наполягає Р. Алексі [6, с. 129].

вим ім'ям — доводить, що свобода (а право — це міра свободи практично при будь-якому типі праворозуміння) для західного європейця — це благо, що виражає можливість вчинення дії, обмежену свободою іншого. Для слов'янина (поляка чи росіянина) — це «вільність», всюдозволеність, «переступання кордонів» (хоча, швидше, теж благо). А для японця свобода — це антицінність, бо наділена значенням протиставлення себе колективу [7, р. 153]. Про неможливість раціонального вибору між різними моральними цінностями писав А. Макінтайр, для якого поняття справедливості, моралі, права слід визнати релятивними відносно конкретної традиції. Тому з його точки зору не існує теоретично нейтральної, дотеоретичної основи, що дозволяє розсудити суперечку конкурентних думок [8, р. 172–173]. Ця проблема в політології з легкої руки У. Геллі ще в 1955 р. отримала найменування «сутнісної оскаржуваності» («*essential contestability*») таких понять, як «справедливість», «свобода», «демократія» в силу їх принципової багатозначності, комплексності, ціннісної природи критеріїв визначення. Поняття такого гатунку, писав Геллі, не мають пріоритету одне перед одним, тому кожна точка зору може бути теоретично обґрунтована й оскаржена. Більше того, встановити емпіричним способом адекватність цих принципово різних позицій неможливо. Тому спір між ними в принципі не дозволений [9]. Р. Дворкін щодо цього заявляв, що між принципами права й судовими рішеннями немає прямого зв'язку [10, с. 71], а невизначеність стандартів, що лежать в основі Конституції, неминуче викликає розбіжності при їх використанні «розумними людьми доброї волі» [10, с. 188]. Тому «слово «права» у різних контекстах має різну силу» [10, с. 275]. Відомий антрополог Р. Д'Андрад стверджує, що між конститутивними нормами (культурними інституціями, які можна вважати принципами права) і регулятивними нормами немає зв'язку, що підкоряється законам логіки: численні конститутивні правила можуть бути пов'язані з абсолютно різними нормами, що належать до різних субкультур [11, р. 91–93].

Не рятує універсальність права «формула Радбруха», послуговуючись котрою прихильники юснатуралізму намагаються віднайти єдиний, всезагальний критерій права. Закон перетворюється на «неправо» тоді, «коли чинний закон стає настільки кричуще несумісним зі справедливістю, що закон як «несправедливе право» заперечує справедливість» [12, с. 234]. Ця формула (яка в інтерпретації юридичного лібертаризму звучить як «заборона на агресивне насильство») може бути використана в соціумі, в якому є моральний консенсус щодо питання про «нетерпимі порушення» прав людини. Але навіть у такому випадку вона непридатна для оцінки з моральної точки зору більшості нормативних правових актів, оскільки ті здебільшого є морально нейтральними. Якщо навіть така знакова подія, як руйнування Веж-близнюків у Нью-Йорку 11.09.2001, одними сприймалася як важка трагедія, а іншими (жителями європейських держав — вихідцями з країн мусульманського світу, котрі одержували соціальну допомогу) як триумф справедливості, то про який моральний консенсус може йтися?

Релятивність права (точніше — законодавства) не дає можливості сформулювати універсальні змістовні критерії, наприклад, кримінально-правових заборон. Я. Гілінський стосовно цього справедливо зауважує: «У реальній дій-

ності немає об'єкта, який був би "злочинністю" (або "злочином") за своїми внутрішніми, іманентними властивостями, *sui generis, per se*. Злочин і злочинність — поняття релятивні (відносні), конвенційні ("договірні": як "домовляться" законодавці), вони являють собою соціальні *конструкти*, котрі лише почасти відбивають окремі соціальні реалії: деякі люди вбивають інших, деякі заволодівають речами інших, деякі обманюють інших і т. ін. Але *ж однакові за змістом дії* можуть не визнаватися злочинами: вбивство ворога на війні, вбивство за вироком (смертна кара), заволодіння речами іншого за рішенням суду, обман державою своїх громадян тощо» [4, с. 37].

Визнаючи справедливість ідей, сформульованих відомим кримінологом, водночас зауважу, що без кримінальної заборони, наприклад, вбивства, жодне суспільство не в змозі існувати. Тому в будь-якому соціумі є ті норми, які забезпечують його відтворення. Проблема їх виявлення — одна з нагальних для теорії права. Сьогодні неможливо сформулювати універсальні змістовні критерії їх експлікації. Але це не означає, що їх немає. Для їх виявлення потрібно соціолого-правове дослідження даного конкретного соціуму, покликане зафіксувати, у т. ч. «якісними методами», широко поширені, багаторазово використовувані і позитивно оцінювані норми (правила) і практики їх використання в повсякденній життєдіяльності як правозастосовцями, так і обивателями.

Таким чином, **принцип релятивізму стосовно права означає антиуніверсалізм, а також історичний та соціокультурний контекстуалізм.**

Антиуніверсалізм — це відмова від претензій юридичної науки на пошук остаточних відповідей на питання про сутність права. Немає єдиного права (сутності права) для всіх часів і народів. Контекстуалізм права — взаємозумовленість його історією, культурою-цивілізацією: сприйняттям права елітою і населенням (звідси проблема транзиту правових інститутів).

Наведене вище не означає, що релятивність права — це свавілля і анархія. Як зазначалося, релятивність права — це залежність і зумовленість права суспільством. З точки зору діалектичної соціології права, право, як і будь-який інший соціальний інститут, виконує соціальну функцію: забезпечує нормальне функціонування соціуму (як мінімум — самозбереження, як максимум — процвітання, бажаний більшістю населення рівень розвитку). Право це робить послуговуючись нормуванням найбільш значущих суспільних відносин; економіка — виробництвом і розподілом матеріальних благ; політика — прийняттям політичних рішень і т. д. У цьому власне і полягає сутність права, мінімум його універсальності. Чому мінімум — тому, що змістовно — це «гола абстракція», котра наповнюється конкретним змістом у різні історичні епохи і в різних культурах-цивілізаціях. Конкретний зміст права задається саме контекстом історичної епохи та культури-цивілізації.

Таким чином, універсальне в праві — це його соціальне призначення. У всіх народів і в усі часи існували й існують конститутивні для відповідного соціуму норми. Саме вони й повинні, на мою думку, називатися правом. Іншими словами, правовими, з цієї точки зору, можуть бути названі тільки такі норми, закріплені у відповідних формах (джерелах), які об'єктивно є функціонально значущими — забезпечують щонайменше виживання, а щонайбільше — досягнення бажаного рівня функціонування соціуму, а сьогодні — людства. Так, жодне сус-

пільство не може обійтися без кримінально-правових заборон вбивства, крадіжки, грабежу та інших злочинів *mala in se*¹. Для нормального функціонування ринкової економіки необхідними — конститутивними — є конституційні та цивільно-правові норми, що закріплюють право приватної власності, альтернативність форм власності, добровільність укладання договорів, заборону на монополію та ін. Для демократичної політичної системи неможливо обійтися без норм, котрі регулюють вільні й регулярні вибори, свободу засобів масової інформації, багатопартійність та ін. Звичайно, виявити функціональну значимість окремих норм досить проблематично, тим більше, що низка нормативних правових актів займають «нейтральне» положення стосовно сформульованого критерію². Але можна виявити «неправові» норми (точніше — статті нормативних правових актів), наприклад, за такими непрямими ознаками, як поширеність, багаторазове використання і позитивна оцінка. Якщо правило поведінки з якоїсь причини не поширене серед широких верств суспільства, не використовується (застосовується) правозастосувачем і/або населенням й негативно оцінюється громадською правосвідомістю, то така стаття нормативного правового акта або цілий нормативний правовий акт не має функціональної значущості й не може вважатися нормою права³.

Очевидно, що панівна еліта і референтні групи, формулюючи правові інновації, не володіють повним знанням про «непередбачувані наслідки», які завжди є ймовірними при більш-менш широкомасштабних реформах законодавства. До всього іншого, вони завжди переслідують і власні цілі, що не збігаються (хоча б почасти) з інтересами населення. Але при всьому цьому суб'єкти законотворчості не можуть не враховувати трансцендентний критерій права — його функціональну значимість. У іншому випадку може статися так, що керувати не буде ким і чим. Відтак вивчення легітимності та ефективності права як непрямих показників його функціональної значущості — нагальне завдання юриспруденції. Саме це знання, з моєї точки зору, і є універсальною підвалиною юридичної науки.

¹ При цьому неважливо, в якій формі ці норми закріплюються — законодавства, релігійних максим, звичаїв і т. д. Важливо, що без них у суспільстві запанує анархія і воно припинить своє існування.

² Так, «нейтральними» можна вважати численні процесуальні чи організаційні нормативно-правові акти, що закріплюють процедури і структуру органів державної влади, для котрих важливо є власне одноманітність порядку діяльності. Не так важливо, з якого боку повинен рухатись автотранспорт — з правого чи як в Англії та Японії — з лівого. Важливо, щоби рух відбувався з одного боку, що має функціональну значущість для дорожнього руху. У протилежному разі дорожній рух перетворюється на одну велику «пробку», що можна спостерігати нині у великих містах Росії.

³ В інституціоналізмі, пишуть В. Четвернін та О. Яковлев, правовий інститут — це «формалізовані й неформалізовані правила, котрим реально підпорядковується соціальна діяльність, а моделі, яким не відповідає суспільна практика, інститутами не визнаються... З точки зору лібертаризму, інститут є правовим, якщо відповідає принципу права, виконує правову функцію, причому норми цього інституту, як правові норми, існують навіть тоді, коли вони не відображені в офіційних прескриптивних текстах» [13, с. 225].

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Рабінович П. Чи можлива універсальна теорія права як спільна концептуальна основа теорій національного і міжнародного права? (Запрошення до дискусії) / П. Рабінович // Філософія права і загальна теорія права. — 2/2012. — С. 245–249.
2. Schlag P. The Problem of the Subject / P. Schlag // Tex. L. Rev. — № 69, 1991. — P. 1627–1743.
3. Schlag P. Normativity and the Politics of Form / P. Schlag // U. Pa. L. Rev. — 1991. — № 139. — P. 1111–1121.
4. Гилинский Я. И. Криминология: теория, история, эмпирическая база, социальный контроль / Я. И. Гилинский. — 2-е изд., перераб. и доп. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2009. — 504 с.
5. Рабінович П. Правопонимание: сущность, причины и неизбежность плюрализма, современное европейское измерение / П. Рабінович // Право Украины. — 2011. — № 1. — С. 8–25.
6. Алекси Р. Понятие и действительность права. Ответ юридическому позитивизму / Р. Алекси. — М.: Инфотропик Медиа, 2011. — 173 с.
7. Wierzbicka A. Understanding Cultures through their Key Words: English, Russian, Polish, German, Japanese / A. Wierzbicka. — New York: Oxford Univ. Press, 1997. — 328 p.
8. MacIntyre A. Three Rival Versions of Moral Inquiry: Encyclopedia, Genealogy and Tradition / A. MacIntyre. — London, University of Notre Dame Press, 1990. — 241 p.
9. Gallie W. B. Essentially Contested Concept / W. B. Gallie // Proceedings of the Aristotelian Society. — Vol. 56, 1955. — P. 67–198.
10. Дворкин Р. О правах всерьез / Р. Дворкин. — М.: РОССПЕН, 2004. — 392 с.
11. D'Andrade R. G. Cultural Meaning Systems / R. G. D'Andrade // Shweder R. A., LeVine R. A. (eds.) Cultural Theory. Essays on Mind, Self and Emotion. — Cambridge, L., N.Y., New Rochelle, Melbourne, Sydney, 1984. — P. 88–119.
12. Радбрух Г. Философия права / Г. Радбрух. — М.: Междунар. отношения, 2004. — 240 с.
13. Четвернин В. А. Институциональная теория и юридический либертаризм / В. А. Четвернин, А. В. Яковлев // Ежегодник либертарно-юридической теории. — 2009. — Вып. 2. — С. 215–238.

Честнов І. Л. Універсальність права в контексті культурного релятивізму

Анотація. У статті обговорюється дискусійне питання про універсальність права і можливість універсальної теорії права. Автор формулює принцип релятивізму права як його соціальної зумовленості. Універсальність права пропонується розглядати як його соціальну значущість, котра виявляє себе в легітимності й ефективності права.

Ключові слова: правовий реалізм, універсальність права, ефективність права.

Честнов И. Л. Универсальность права в контексте культурного релятивизма

Аннотация. В статье обсуждается дискуссионный вопрос об универсальности права и возможности универсальной теории права. Автор формулирует принцип релятивизма права как его социальной обусловленности. Универсальность права предлагается рассматривать как его социальную значимость, которая проявляется в легитимности и эффективности права.

Ключевые слова: правовой релятивизм, универсальность права, эффективность права.

Chestnov I. The Universality of Law in the Context of Cultural Relativism

Summary. The article discusses the matter of debate about the universality of law and opportunity of universal law theory. The author formulates the principle of relativism in law as its social conditionality. The universality of law is proposed to consider as its social significance, which is manifested in the legitimacy and effectiveness of law.

Key words: legal relativism, the universality of law, the effectiveness of law.

НЕЗАСТОСОВНІСТЬ ІДЕАЛЬНОЇ МОРАЛІ У МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ¹

О. СПЕКТОР
доктор філософії, професор філософії права
(Університет Торквато ді Телла,
м. Буенос-Айрес, Аргентина,
Університет Сан-Дієго, США)



I

Більшість класичних і сучасних філософських теорій права підтримує дві ідеї. Перша ідея полягає в тому, що право становить прикладну нормативну систему (наприклад, систему норм і принципів), яка або приписує певну поведінку підданам чи громадянам, або встановлює нормативні рішення, які судді мають застосувати у порушених ними справах. В обох випадках право — це прикладна система, в якій містяться підстави для відповідних адресатів вчиняти певні дії чи утримуватися від них. Я буду називати це тезою прикладної нормативності². Друга ідея у тому, що якщо система права легітимна або виправдана, то її легітимність або виправдання впливає з того факту, що система права належним чином пов'язана з ідеальною або критикуючою мораллю (що протиставляється соціальній або звичайній моралі). Це я буду називати тезою моральної легітимності.

Непозитивістські юридичні теорії погоджуються з обома названими тезами. Найкращими прикладами у цьому сенсі є теорії природного права. Юснатуралісти визнають право сукупністю норм чи підстав для поведінки, що підпорядкована чи виводиться з вимог ідеальної моралі. Підтримуючи тезу моральної легітимності, юснатуралісти наполягають на особливому виді зв'язку між правом й ідеальною мораллю. Вони стверджують, що право обов'язково відображає, чи віддзеркалює, ідеальну мораль. Відображення чи віддзеркалення може набувати різних форм. Наприклад, Тома Аквінський (*Thomas Aquinas*) вважав юридичні

¹ Ця доповідь (*Irrelevance of ideal morality to international law*) була представлена на Міжнародному симпозиумі «Філософія і сучасне міжнародне право» у Санкт-Петербурзькому державному університеті, 13–14 травня 2013 р. Я вдячний учасникам симпозиуму за дуже добрі питання під час обговорення. Переклад з англійської мови Д. Вовка.

² Щодо дискусії про тезу практичної легітимності див.: [1–3].

норми логічними наслідками ідеальних моральних принципів або пристосуванням змісту цих принципів до прикладного регулювання. Інші представники школи природного права вбачають функціональний зв'язок між правом й ідеальною мораллю. Так, Дж. Локк (*J. Locke*) стверджував, що функцією права є захист апіорних природних прав, тому що неюрідична та бездержавна система примусу (тобто природний стан) породжує «великі незручності». Хоча сучасні неопозитивістські підходи не наполягають на існуванні природного права з усіма його метафізичними наслідками, вони, як і раніше, тримаються тез практичної нормативності і моральної легітимності. Зокрема, Р. Дворкін (*R. Dworkin*) захищає розуміння права як інтерпретації, де зв'язок між правом й ідеальною мораллю — це зв'язок вміщення чи включення. Він доводить, що правова система обов'язково містить ідеальні моральні принципи, які інтерпретуються протягом її інституційної історії.

Позитивістські теорії в основному погоджуються з тезою прикладної нормативності, але розрізняються у сприйнятті тези моральної легітимності. Хоча позитивісти заперечують обов'язковий зв'язок між правом і мораллю, деякі з них погоджуються з твердженням про те, що якщо право є морально легітимним або виправданим, його виправданість чи легітимність виводиться з ідеальної моралі. Хоча Г. Кельзен (*H. Kelsen*) і Г. Харт (*H. Hart*) приймають тезу практичної легітимності, оскільки вони розуміють правові норми як практичні вказівки, незрозуміло, чи погоджуються вони з тезою моральної легітимності. Г. Кельзена можна інтерпретувати у тому дусі, що право виправдовується скоріше через демократичний консенсус, ніж через ідеальну мораль. Г. Харт природно розглядається як теоретик утилітаризму, а утилітаризм, у свою чергу, може розумітися як відстоювання неідеальних моральних норм у різноманітних контекстах. На відміну від нього Дж. Раз (*J. Raz*) явно підтримує тезу моральної легітимності, оскільки він висуває похідну від останньої тезу: «усі вказівки влади повинні ґрунтуватися на підставах, які вже самі по собі прямо застосовні до суб'єктів вказівок і пов'язані з їхніми діями у межах тієї чи іншої директиви» [4, с. 86; 5, с. 55]. Теза, яку наводить Дж. Раз, — це різновид тези моральної легітимності, тому що (1) апіорні підстави, на яких ґрунтуються юридичні вказівки і які самі по собі застосовані до суб'єктів вказівок, є моральними підставами, і (2) зв'язок між юридичними вказівками і моральними підставами одночасно є і функціональним, і логічним.

Я хотів би показати незастосовність ідеальної моралі у міжнародному праві. Тому корисно уточнити, що я розумію під цими двома термінами, негативно пов'язаними між собою, тобто під ідеальною мораллю і під міжнародним правом.

Ідеальна мораль, яка протиставляється соціальній чи звичайній моралі, частіше за все визначається як сукупність чи система моральних правил, які відповідають таким формальним ознакам, як універсальність і загальновідомість і чие головне завдання полягає в тому, що вони є керівним підґрунтям для ухвалення моральних рішень і служать архимедовим стандартом для оцінки моральних правил і узвичаєнь, що існують у певному суспільстві. Ролзівська «концепція права» є прикладом ідеальної моралі. Дж. Ролз (*J. Rawls*) визначає її як «сукупність принципів, загальних за формою і універсальних у застосуванні, що мають дістати

громадське визнання як суд останньої інстанції для упорядкування конфліктуючих вимог моральних осіб» [6, с. 117; 7, с. 195]. У кантіанській традиції, до якої належить концепція Дж. Ролза, передбачається, що ідеальна мораль містить припущення про її універсальну або повну несуперечливість. Це означає, що ідеальна мораль має бути раціонально сприйнята у певному соціальному світі, де її вказівки цілковито визнаються і виконуються. Я буду називати поняття ідеальності, пов'язане з універсальною несуперечливістю, «практичною ідеальністю». Проте мене цікавить дещо інше поняття, а саме «епістемна ідеальність». Під «епістемною ідеальністю» я розумію таке. Передбачається, що ідеальна мораль працюватиме у певному світі вичерпного знання. Тобто передбачається, що моральні агенти мають можливість надійно і об'єктивно знати фактичні умови застосування ідеальних моральних принципів і правил. Епістемна ідеальність фокусує увагу не на повній несуперечливості, а на вичерпному знанні. Досконале знання є звичайним припущенням в економічному моделюванні. Однак якщо в моделях ідеальної конкуренції припущення про вичерпне знання означає, що економічні агенти реально володіють вичерпним знанням, то в ідеальній моралі моральні агенти позиціонуються як такі, що потенційно мають вичерпне знання, навіть якщо вони з певних причин таким знанням не володіють.

Я розумію «міжнародне право» як сукупність норм, встановлених звичаєм або договором, яким притаманні дві характеристики: (1) вони стосуються відносин між національними державами (а не відносин між індивідами, їх групами чи іншими політичними утвореннями); (2) вони не встановлюють обов'язкової юрисдикції, яка достатньо підкріплена спрямованою на це владою. Більшість із того, що ми можемо назвати Вестфальським міжнародним правом, підпадає під це розуміння; наприклад, право війни з його двома основними складовими — *jus ad bellum* і *jus in bello*. Інші сфери міжнародного права, переважно сучасного міжнародного права, відрізняються від наведеного. Так, кримінальне міжнародне право чи право міжнародної торгівлі поступово встановили обов'язкову юрисдикцію для країн, що підписали відповідні договори.

У цій статті я стверджую, що концепція ідеальної моралі не придатна для Вестфальського міжнародного права, тому що ця сукупність міжнародно-правових норм, на відміну від державного чи муніципального права, не має інституційної системи, якій під силу встановити загальну для всіх істину у відповідних контекстах. Оскільки міжнародне право не містить інститутів, спрямованих на з'ясування істини, тобто інститутів, що мають владні повноваження для встановлення фактів і з'ясування істини, ідеальна мораль не поєднується із міжнародним правом. Непоеднуваність ідеальної моралі і Вестфальського міжнародного права означає, що теза моральної легітимності не може застосовуватися до цієї групи норм міжнародного права. Теза моральної легітимності застосовується тільки у тих нормативних системах, які поділяють припущення про епістемну ідеальність, що є складовою ідеальної моралі. І навпаки, ідеальна мораль придатна для розвинених систем національного права, тому що цей тип систем виконує основні епістемні функції. Зокрема, розвинена система національного права включає складні процедури і механізми з'ясування істини.

Сьогодні будь-яка претензія на те, щоб створити концепцію національного права, не має сприйматися в есенціалістському сенсі, тобто як претензія на те,

щоб відкрити його справжню сутність чи природу. Право є соціальною практикою, яка поступово розвивається, набуваючи різних форм і виконуючи різні функції. Сучасна правова система — це змішана система, в якій поєднуються практичні та епістемні підстави. Вона має бути інституціоналізована таким чином, щоб публічні процедури з'ясування істини могли встановити, що p є істинним у цілому або стосовно певних випадків, якщо дотримано певних умов. У більшості спірних ситуацій суд має діяти як публічна епістемна влада, оскільки він має авторитетно встановити, що p є істинним.

Хартівське «Поняття права» не є прикладом есенціалістського філософського аналізу. Після того, як Г. Харт у передмові до цієї книги заявив, що вона становить «нарис описативної соціології», його дослідження можна розглядати як історію про те, як просунуті аграрні суспільства позбавляються звичаєвих, бездержавних форм права, розвиваючи писані, інституціалізовані правові форми, адміністровані державою, здатною забезпечити внутрішню і зовнішню безпеку в обмін на частку надлишкового продукту, що його нові географічні, технологічні та інституційні умови дозволили цим суспільствам виробити. Г. Харт каже, що національне, внутрішньодержавне право розвинулось зі звичаєвої системи правил, сформованих внаслідок тривалого використання і виконуваних добровільно (так званих «первинних правил»). Ця «примітивна», «нерозвинута» чи «бездержавна» правова система мала серйозні проблеми, які заважали їй виконувати свої соціальні функції: вона важко адаптувалась до нових обставин та застосовувалась стосовно конкретних випадків («статична система»), її правила важко було визначити («неефективна система») і вона не передбачала третьої, нейтральної, сторони, яка б могла вирішувати і залагоджувати конфлікти («невизначена система»). Сучасна, «модерна/розвинута», система у термінології Г. Харта, вирішує усі ці три проблеми за допомогою набору суспільних правил другого порядку (так звані «вторинні правила»), які додають до правової системи політичні інститути, що мають владу змінювати існуючі правила і давати індивідам можливість встановлювати певні правила для регулювання власних взаємовідносин (правила зміни), а також вповноважувати суди на вирішення і залагодження конфліктів (правила суду), і які (вторинні правила) визначають ті норми, що мають правовий характер, і приписують судам їх застосування у відповідних обставинах [8; 9, с. 95–101].

Попри свою пояснювальну силу історія Харта є глибоко неповною. Як і більшість представників аналітичної філософії, за винятком Р. Нозіка (*R. Nozick*) і М. Фуко (*M. Foucault*), Г. Харт не помічає важливої епістемної функції національного права. У другій частині моєї статті я обговорюватиму цю функцію. У наступних частинах я розкрию епістемний аргумент, який дозволяє побачити незастосовність ідеальної моралі у Вестфальському міжнародному праві. Аргумент має комплексний характер, але може бути стисло пояснений таким чином. Оскільки ідеальна мораль накладає жорсткі епістемні вимоги, то примітивна, бездержавна правова система (тобто система, якій бракує інститутів для з'ясування істини) не може віддзеркалювати чи відображати ідеальну мораль. Сьогодні Вестфальське міжнародне право нагадує примітивну, бездержавну систему. Відповідно воно не здатне авторитетно встановлювати об'єктивну істину. Через це Вестфальське міжнародне право не

може віддзеркалювати чи відображати ідеальну мораль. Тому теза моральної легітимності непридатна для використання у Вестфальському міжнародному праві, що, таким чином, дозволяє стверджувати незастосовність ідеальної моралі у цій правовій системі. Якщо ця правова система є виправданою, то її виправдання не впливає з того, що вона відображає чи віддзеркалює ідеальну мораль. Наприклад, виправдання Вестфальського міжнародного права може ґрунтуватися на тих прикладних функціях з обмеження чи стримування завдання шкоди, які воно виконує.

II

Теорія Г. Харта показує декілька важливих напрямів того, як вторинні правила виконують функцію усунення, використовуючи термін Дж. Локка, «незручностей» природного стану, але вона упускає важливий момент, стверджуючи, що правило визнання є головним правилом сучасної/розвиненої правової системи. Корисно порівняти позицію Г. Харта з тим, що Дж. Локк пише у «Другому трактаті про врядування». Дж. Локк доводить, що закон природи, який є різновидом бездержавного, примітивного права, був неспроможним стримати людські упередженість і насильство. У принципі Дж. Локк стверджує, що для того, щоб стримати ці дві тенденції у природі людини (себелюбство, а також дурний характер, упередженість і мстивість), потрібно виключити «будь-який приватний суд кожного члена» таким чином, щоб «суспільство стало третейським суддею, встановлюючи постійні правила, безсторонні й однакові для усіх сторін, і за допомогою людей, які отримали від суспільства повноваження втілювати ці правила у життя, вирішувало усі розбіжності, котрі можуть виникнути між будь-яким членом цього суспільства і стосовно усякого правового питання» [10, с. 174]. Таким чином, для Дж. Локка «ті, хто об'єднані в одне ціле і мають спільний встановлений закон і судову установу, до якої можна звертатися і яка наділена владою вирішувати спори між ними і карати правопорушників, перебувають у громадянському суспільстві» [10, с. 174]. Локківська теорія права як засобу вирішення спорів підкреслює функцію загального, суспільного суду, який замінює приватне правосуддя.

З точки зору Дж. Локка, правила суду і правило визнання не є двома окремими видами вторинних норм, а становлять аспекти єдиного інституційного механізму, який разом дозволяє судам і зобов'язує їх вирішувати спори і карати правопорушників, застосовуючи певні регулятивні вказівки відповідно до їх належних цілей чи критеріїв. Головним недоліком локківського/хартівського підходу є те, що встановлення цього механізму, який розуміється як поєднання первинних і вторинних правил, все одно є недостатнім для подолання незручностей бездержавного права. Навіть коли судді можуть визначити загальні для суспільства правила поведінки, такі правила зазвичай породжують епістемну вимогу, яка має бути задоволена за допомогою загальних для суспільства джерел і процедур. Коли справа доходить до застосування суспільних правил, приватні переконання і судження повинні замінюватися на публічне знання, тобто на твердження, визнані публічними інститутами як істинні, задля виправдання певних владних постанов чи рішень. Якщо б судді були у змозі застосовувати суспільні правила, слідуючи власним приватним переконанням чи судженням

або судженням будь-яких приватних суб'єктів, то незручності закону природи поверталися б в іншому вигляді.

Право є сутнісно моральним у тому сенсі, що, виконуючи свою епістемну функцію, воно допускає створення чи впровадження ідеальної нормативної системи, яка відображає чи віддзеркалює ідеальну мораль. Публічне знання є необхідною умовою функціонування ідеальної нормативної системи, і публічне знання є немислимим за відсутності авторитетних інститутів з'ясування істини. Тому ми маємо визнати, що у будь-якій сучасній/розвиненій правовій системі обов'язково існує низка норм, що вповноважує певні інститути шукати і встановлювати публічну істину у відповідних справах. Епістемні норми, як я пропоную їх називати, є характерною рисою сучасних/розвинених правових систем. Вони є важливими і навіть більш важливими, ніж правило визнання чи правила суду. Рішення, ухвалене безстороннім судом щодо певного спору із застосуванням визнаного суспільством правила, все ще залишається приватним судом, якщо воно засноване на приватному переконанні більше ніж на суспільному знанні. Епістемні правила — це правила з'ясування істини, оскільки вони передбачають, що за дотримання певних умов «*p*» є публічно істинним з відповідними наслідками.

Хоча процесуальні кодекси зазвичай містять епістемні правила того чи іншого роду, наявність цих правил має логічно припускатися у будь-якій сучасній/розвиненій правовій системі, навіть якщо вони прямо не закріплені. Також корисно відмітити, що епістемні правила не слід плутати із правилами суду. Хоча обидва види правил зазвичай діють у тандемі, сфери їх застосування можуть відрізнятися. Наприклад, правила суду іноді можуть вповноважувати суди апеляційної інстанції вирішувати спори шляхом зміни рішень, ухвалених судами першої інстанції, натомість епістемні правила можуть забороняти цим судам корегувати результати епістемного аналізу, проведеного судами першої інстанції. Так само епістемні правила частіше за все адресовані тим самим суб'єктам — суддям, однак із цього можливі й винятки. Зокрема, епістемні правила можуть уповноважувати певні інститути на з'ясування публічної істини стосовно певного класу злочинів (наприклад, злочинів проти людяності у контексті правосуддя перехідного періоду) без наділення цих інститутів владою для покарання винних. Пошук публічної істини може застосовуватися і для позаюрисдикційних цілей (наприклад, для встановлення права на грошову винагороду, що її сплачує держава).

III

К. Альчуррон (*C. Alchourron*) і Є. Булигін (*E. Bulygin*) у роботі «Нормативні системи» відмічають засадничу роль знання у функції здійснення правосуддя. Вони пишуть: «коли через незнання деяких характеристик певного факту ми не знаємо, чи належить якийсь окремих випадок до певного родового випадку, ми маємо говорити про прогалину у знанні» [11, с. 33; 12, с. 336]. У схожій ситуації вони вказують, що прогалина у знанні має місце коли «...недостатньо інформації про певний пов'язаний зі справою факт» [11, с. 146; 12, с. 426].

Хоча К. Альчуррон і Є. Булигін, поза всяким сумнівом, мають рацію зі своєю концепцією прогалини у знанні, їх аналіз майже повністю зводиться до

визначення самого цього поняття. Як добре відомо, проблема прогалини у знанні не є основною для «Нормативних систем». К. Альчуррон і Є. Булігін визначають «прогалину у знанні» як негативне фактологічне поняття (наприклад, відсутність достатньої інформації). Неважко зрозуміти, чому вони використовують саме термін «прогалина» для позначення відсутності достатньої інформації про нормативно відповідний випадок. Припустимо, що суд при здійсненні правосуддя не має достатньої інформації про те, чи є відповідна характеристика чогось (F) істинною для конкретного випадку (p), і отже, без з'ясування істинності Fp нормативна система не здатна створити нормативне рішення (Ox). Таким чином, ми маємо прогалину у знанні, чий практичний ефект є тотожним нормативній прогалині, коли нормативна система не передбачає нормативного рішення для такої справи взагалі.

Я переконаний, що аналіз епістемних прогалин в аспекті відсутності достатньої інформації є помилковим, тому що відсутність достатньої інформації не є ані достатньою, ані необхідною умовою прогалини у знанні. Відсутність достатньої інформації — це недостатня умова прогалин у знанні, тому що публічна істина про p може бути встановлена, навіть якщо інформації про p недостатньо. Це легко пояснити. Як підкреслюють К. Альчуррон і Є. Булігін, нормативні системи можуть бути замкненими завдяки правилам другого порядку, які виключають нормативні прогалини, наприклад, шляхом дозволяння x завжди, коли система не передбачає « $O(\text{не-}x)$ ». Аналогічним чином можна припустити, що правова система може мати епістемне замикаюче правило, яке встановлює, що « p » не є істинним чи навіть є хибним завжди, коли немає достатньої інформації на підтвердження істинності « p ». Таким чином, «відсутність достатньої інформації про факти справи» [11, с. 153; 12, с. 432] не породжує прогалину у знанні, якщо система містить необхідне епістемне замикаюче правило, чия функція є аналогічною функції нормативного замикаючого правила щодо нормативних прогалин.

Відсутність достатньої інформації не є також необхідною умовою прогалини у знанні. Поняття прогалини у знанні є нормативним. Відповідно прогалина може мати місце навіть коли знань достатньо. Через те, що суддя є не членом наукового співтовариства, а носієм державної влади, «достатність інформації» не може бути встановлена на його власний, приватний розсуд. Істинне твердження, на якому він будує своє рішення, повинне мати публічний характер. Відповідно публічне судження про те, що інформації про певну ситуацію достатньо, може ґрунтуватися лише на епістемних правилах, які є авторитетними для відповідної правової системи. Епістемні правила встановлюють обсяг і якість інформації, яка вважається достатньою для ствердження публічної істинності « p » і згодом для вирішення справи. Утім наявність епістемного правила про те, що хтось уповноважений чи зобов'язаний визначити істинність « p », не є обов'язковою ознакою будь-якої нормативної системи. Епістемні правила внутрішньо притаманні саме сучасним правовим системам. Це означає, що навіть якщо існує достатньо інформації про істинність « p », епістемна прогалина є можливою, якщо нормативна система не включає відповідних епістемних правил. Так само як нормативні прогалини мають аналізуватися з точки зору їх наслідків для нормативних систем, епістемні прогалини повинні аналізуватися шляхом звернення до епістемних правил.

Епістемні правила у сучасних правових системах встановлюють різновид публічної істини. Цей різновид істини не є «формальною юридичною істиною» чи істиною як звичайною відповідністю емпіричним фактам. Це істина у внутрішньому, дефляційному¹ сенсі. М. Фуко писав у зв'язку з цим: «юридичний дискурс не пристосований (ні у першу, ні в останню чергу) до істинного твердження, яке передує йому чи є зовнішнім щодо нього. Звернення до істини відбувається в юридичному дискурсі відповідно до його власних процедур і норм» [13, с. 82]. Концепція істини М. Фуко узгоджується із сучасними дефляціоністськими концепціями істини. Кожен дискурс побудований на власних критеріях, навіть якщо дисквотативна² схема (« p » є істинним, якщо і тільки якщо є p) і може бути застосована до всіх дискурсів. Юридичний дискурс має свої власні правила і процедури. Ці процедури і правила включають, але не обмежуються правилами доказування. Отже, епістемні правила у розвинутих правових системах повинні обов'язково включати індуктивні і доказові принципи, проте має значення також і якість використаної для пошуку фактів процедури. Навіть у справах, в яких достатньо інформації про p , це не означає, що p буде обов'язково визнано публічно істинним у юридичному дискурсі. Наприклад, епістемні правила можуть забороняти таке визнання, якщо доказ, який містить достатню інформацію, є «плодом отруйного дерева» (тобто був отриманий на підставі незаконних дій)³. З огляду на це відсутність прогалини у знанні у сенсі К. Альчуррона і Є. Булигіна не є запорукою істинності p для судді, а істинність p є тим, що суддя має встановити для з'ясування нормативного рішення шляхом використання *modus ponens* з гіпотетичного правила «Якщо p , то Ox ».

Індуктивне міркування не долає цих складнощів. Використовуючи індуктивне міркування, суддя може дійти висновку про ймовірність істинності p , і можливо ця ймовірність буде близькою до одиниці. Однак дуже висока ймовірність істинності « p » не дорівнює істинності « p », а саме останнє суддя має з'ясувати для застосування гіпотетичних правил типу «якщо p , то Ox ». Звичайно, ми могли б уявити нормативну систему, яка надає нормативні рішення на підставі ймовірнісних суджень, і в цьому виді систем індуктивне міркування було б достатнім для встановлення фактичних підстав таких рішень. Можна навіть обґрунтовувати, що подібна нормативна система вже існує у таких сферах, як корпоративна відповідальність, коли відповідальність накладається на основі ймовірнісних суджень про спричинення шкоди. Прогалини у знанні у такому випадку з'являлись би, якщо не було б достатньої інформації для того, щоб зро-

¹ Йдеться про дефляційні теорії істинності (М. Дамміт, Ф. Рамсей, А. Тарські та ін.), які зводяться до того, що твердження про істинність певного висловлювання не свідчить про набуття таким висловлюванням властивості істинності. — *Прим. перекладача.*

² Тобто така, що знімає лапки. — *Прим. перекладача.*

³ Доктрина «плоду отруйного дерева», що поширена передусім у країнах загального права (на неї посилається, наприклад, Верховний суд США), передбачає, що докази, отримані незаконним шляхом, не можуть враховуватися при розгляді справи. Приміром, докази, виявлені на підставі допиту, проведеного з порушенням встановленої процедури, виключаються із судового розгляду, тому що є «плодами отруйного дерева», яким є незаконний допит. — *Прим. перекладача.*

бити індуктивний висновок. У будь-якому випадку епістемні правила все одно необхідні для встановлення того, за яких умов суд має визнати певне ймовірнісне судження публічно істинним. Пізнавальні правила дають підстави для упевненості в істинності як ймовірних, так і необхідних суджень.

IV

У главі 5 «Анархії, держави і утопії» Р. Нозік висловлює яскраву думку: держава (якщо бути точним, «домінуюча захисна асоціація», тобто утворення, яке має стати державою) повинна вважати свої судові процедури надійними і чесними [14, с. 108; 15, с. 144]. Хоча філософи права зазвичай не помічають це твердження, я певен, що воно має посісти визначальне місце у теоретичній юриспруденції. Оскільки Р. Нозік припускає, що легітимна держава має лише забезпечувати природні права і карати порушників цих прав, стає очевидним, що процедури, спрямовані на виконання цієї функції, мають забезпечувати пошук відповідних фактів і з'ясування істини (що є більш важливим, ніж нормотворчі й інтерпретаційні процедури).

Р. Нозік вважає, що винна особа не має права опиратися покаранню, навіть якщо воно застосоване до неї у ненадійній процедурі. Це означає, що процесуальні права не є основними «пасивними» правами. Однак «активні» процесуальні права, такі як права на судову процедуру, належать будь-якій жертві порушення прав. Держава має ці права тільки в силу делегування їх їй індивідами. Після цього, на думку Р. Нозіка, процесуальні права мають епістемний вимір, який «вбудовує знання у різні компоненти» [14, с. 101; 15, с. 136] принципів покладення покарання на правопорушників. Оскільки покарання порушує права засудженого, нам потрібен «епістемний принцип перетину кордону», який може виправдати згадане порушення: «Якщо дія *A* порушила б права *Q*, якщо не дотримано умову *C*, тоді той, хто не знає, чи дотримано *C*, не має права здійснити дію *A*» [14, с. 106; 15, с. 142]. Р. Нозік дуже чітко вказує, що ніхто з правозастосувачів (йдеться про природні права) не має права покарати *Q*, якщо він не знає, що *Q* винен, або, інакше кажучи, правозастосувач здійснює свою процесуальну владу неправильно, якщо він карає когось без достовірної і надійної інформації. Р. Нозік відмічає, що «ніхто не має права використовувати порівняно ненадійну процедуру, щоб вирішити питання про те, чи карати іншу людину» [14, с. 106; 15, с. 142].

Для Р. Нозіка мінімальна держава виступає як допустима примусова інституція на ринку захисних агентств, тому що домінуюча захисна асоціація має *de facto* монополію на надійне і чесне забезпечення прав. Одним із центральних кроків у нозіківській аргументації на підтримку мінімальної держави і проти філософського анархізму є те, що держава слідує і публічно змушує слідувати надійним і чесним процедурам пошуку фактів і з'ясування істини, чого жодна інша інституція не здатна забезпечити. Оскільки ненадійні і нечесні правозастосовні процедури породжують соціальну незахищеність, яка, у свою чергу, призводить до поширення страху як серед винних у порушенні прав, так і серед невинних, держава може заборонити використання таких процедур, надавши потенційним користувачам ризикованих процедур у вигляді компенсації захисні послуги за ціною, яка еквівалентна різниці між конкурентною ціною цих

послуг і витратами, що їх нестимуть загадані користувачі, якщо б вони продовжували вдаватися до самообслуговування у сфері правозастосовних процедур [14, с. 108–118; 15, с. 144–155].

Сучасна/розвинена правова система є змішаною системою, яка ґрунтується на практичних і когнітивних підставах. Вона має бути інституціоналізована таким чином, щоб епістемні правила уповноважували суддю встановлювати, що p є істинним, якщо відповідні докази є процесуально допустимими. За відсутності епістемних правил суддя може лише встановити, що p є доведеним, і це твердження означає p , яке є умовою, що міститься у багатьох гіпотетичних нормах¹. У більшості спорів суддя діє як носій публічної епістемної влади, оскільки він повинен авторитетно заявити, що « p » є істинним.

V

Дослідження Р. Нозіком епістемних функцій держави доповнюється розвідками з історії права. Як і Р. Нозік, М. Фуко стверджує, що процедури з'ясування істини становлять вагомий складову правової системи сучасної держави. Однак пояснення цього з боку Р. Нозіка і М. Фуко є різними. Р. Нозік доводить, що надійне і чесне правозастосування вимагає публічних судових процедур, які розглядаються як *de facto* монополія держави або схожого на неї охоронного агентства. Він вбачає у системі публічного, монополістичного правосуддя інститут, який зменшує чи дозволяє уникнути ризиків, що впливають із приватних, децентралізованих механізмів забезпечення прав. Для М. Фуко ж, навпаки, раціональні форми розслідування і публічного з'ясування істини були способом для сучасної держави оволодіти судовими процедурами з метою накопичення багатств і контролювання економічної влади.

У різних роботах М. Фуко твердить, що сучасне право асоціюється з впровадженням нових процедур з'ясування істини. Він показує, що зародження сучасного права в античній Греції і його відродження у Середні віки пов'язане з трансформацією архаїчних форм судового процесу у нові інквізиційні форми, які наділяють суддю владою і обов'язком здійснювати правосуддя, виходячи з обставин справи. М. Фуко доводить, що написи, знайдені у Гортині², демонструють різницю між архаїчною формою суду, *dikazein*, і запровадженням нової форми, *krinein*. У *dikazein* істина встановлювалася шляхом складання присяги свідками, які не заявляли про те, що бачили, а скоріше підтримували відповіда-

¹ Я маю на увазі « p », а не твердження, що « p є доведеним». Свідчення свідків і їх відношення до допустимих доказів є предметом дослідження у: [16, с. 27–38]. Я погоджуюсь з Р. Карачолло, що фактичним засновком судового міркування має бути « p », якщо гіпотетичною нормативним засновком є «Якщо p , то Ox ». У іншому випадку *modus ponens* не спрацює (див.: [17, с. 28–29]). У конституційних режимах, де процесуальне право є загальнодержавним чи регіональним, а матеріальне право віднесено до федеральної компетенції, матеріально-правові норми мають уникати підтверджуючих свідчень.

² Йдеться про Великий звід законів Гортині – збірник писаних норм права, які діяли у давньогрецькому місті Гортина, що вважається найстарішим законодавчим актом Європи. Правові приписи було зафіксовано на одній із міських стін. — Прим. перекладача.

ча або позивача. Їх функція не полягала в тому, щоб встановити істину на безсторонній основі. Суддя, у свою чергу, був вимушений ухвалювати вирок механічно, як результат дотримання певних процедур. У *krinein* суддя, навпаки, мав чинити правосуддя, оголосивши про свою присягу істині у справі. Замість механічного рішення тут ухвалювався новий вид вироку, який нагадував сучасне, засноване на внутрішньому переконанні судді, правосуддя, що наражав суддю на ризик відплати з боку богів. Запровадження суддівської присяги змінило природу юрисдикційного акта, який з цього моменту почав розглядатися як рішення безстороннього арбітра, що бачив своє завдання у з'ясуванні істини, а не простому відтворенні заяв свідків. Ця трансформація юридичного процесу також змінила природу самого вироку суду, який більше не фіксував перемогу однієї зі сторін у спорі, він давав їй цю перемогу [13, с. 84–90].

Так само М. Фуко стверджує, що зародження у пізньому Середньовіччі державного права було позначено встановленням процедур пошуку істини у кримінальному судочинстві [18]. Він відштовхується у даному випадку від примітивної германської системи релігійних «доказів», чия роль не полягала у відкритті істини. Це була свого роду двостороння процедура між обвинувачем і обвинуваченим, що не передбачала третьої безсторонньої сторони, яка могла б вирішити конфлікт і віднайти істину. Чимало з «доказів», сприйнятих цією системою, відображали соціальну впливовість чи владу кожної зі сторін як критерій їх успіху у процесі; інші «докази» були вербальними іграми, інші — процедурами типу ордалій, що мали характер нанесення тілесних пошкоджень чи фізичних змагань. Ця примітивна система починає відмирати наприкінці XII ст., коли виникає нова інквізиційна система, так званий *processus per inquisitionem*. Ця система була запроваджена серією декреталій, виданих у 1198, 1199, 1206 і 1212 рр., але поворотним моментом став 1215 р. Тоді відбувся Четвертий Латеранський Собор, який заборонив участь священників в одиночних ордаліях, чим поклав край багатовіковій практиці звернення до *judicium Dei* (Суду Божого) як способу вирішення юридичних суперечок. 18 канон законодавства Інокентія III встановив, що клірики не можуть брати участь у справах, пов'язаних із судовими клятвами і ордаліями. Канонічні кола критикували звинувачувальну систему судівництва з водою, вогнем і очищувальною клятвою, через те, що вона все більше вважалася невідповідною теології того часу і тому, що вона підривала її дисциплінарну владу над сексуальними проступками духівництва [19, с. 473–513].

Процесуальні реформи XIII ст. призвели до появи юрисдикції *ex officio* у кримінальних справах і раціональних процедур із встановлення фактів і з'ясування істини, що відбувалося разом зі зміцненням національної держави. Але, вказує м. Фуко, цей процес не був мотивований на пошук справедливості і епістемної надійності. Він пише, що середньовічні монархи запозичили у церкви процедуру *inquisitio* з метою контролю за юридичним обігом багатств. Разом із монополією на зброю і військову силу контроль над судівництвом із боку державних посадовців і перетворення примітивної «приватної» системи доказів на «публічну» систему був засобом спрямування обігу товарів і багатств на користь монархії. Це був один зі шляхів розбудови державної влади [18, с. 65–92].

IV

За словами Г. Харта, у нерозвинутих правових системах немає вторинних правил визнання, зміни і суду. Однак Г. Харт не зміг зрозуміти, що нерозвинутих правових систем бракує також епістемних правил і процедур, спрямованих на пошук фактів і з'ясування істини, здатних надавати фактичне знання, необхідне для застосування багатьох принципів і норм ідеальної моралі. Оскільки нерозвинуті правові системи не мають епістемних процедур, вони страждають на незнищенну епістемну незавершеність. Отже, правила, які вміщує така система, обов'язково мають бути неідеальними. Це тому що правила, створені для функціонування в умовах нерозвинутої правової системи, обов'язково мають передбачати власну внутрішню епістемну неповноту, вони повинні бути неідеальними правилами і, як наслідок, не здатні відображати чи віддзеркалювати ідеальну мораль. Сьогодні прогалини у знанні не є логічно необхідними, вони становлять відносно рідкісний феномен нерозвинутих правових систем. Проте в ситуації відсутності замикаючого епістемного правила прогалини у знанні є необхідною рисою цих систем. У той час як розвинуті правові системи у принципі можуть відповідати епістемним вимогам кодексу ідеальної моралі, нерозвинуті правові системи приречені поєднуватися тільки із недосконалими, неідеальними формами моралі.

Наведена вище епістемна аргументація показує, що розвинуті правові системи можуть прагнути до відображення чи віддзеркалення ідеальної моралі, тому що вони включають епістемні правила і юридичні процедури, які разом складають передумову застосовуваності ідеальної моралі. За відсутності надійних інститутів з'ясування істини право може лише відображати чи віддзеркалювати неідеальні (тобто «другі найкращі»¹) моральні системи.

У «Понятті права» Г. Харт стверджує, що міжнародне право є різновидом нерозвинутої правової системи. Він пише, що «дійсно, існують аргументи, і ми це покажемо, на користь того, що міжнародне право не має не лише вторинних правил зміни і суду, які необхідні для здійснення законодавчої влади і судів, а й уніфікуючого правила визнання, яке специфікує «джерела» права і дає загальні критерії для ідентифікації його правил» [8, с. 214; 9, с. 214]. Далі він продовжує, кажучи, що «формально міжнародне право схоже на [такий] режим первинних правил, навіть якщо зміст його часто витончених правил дуже відрізняється від правил первісного суспільства...» [8, с. 227; 9, с. 226]. Здається очевидним, що Г. Харт має на увазі те, що я назвав Вестфальським міжнародним правом.

Як і примітивне внутрішнє право, Вестфальське міжнародне право може бути в основному охарактеризоване з огляду на його епістемну незавершеність. Оскільки немає нейтральної третьої сторони, наділеної повноваженнями встановлювати факти і з'ясовувати істину, гіпотетичні правила можуть лише пов'язувати обов'язки, права і відповідальність із беззаперечними фактами, тобто фактами, які можуть бути публічно з'ясовані без звернення до емпіричних досліджень чи доказувань (наприклад, бомбування шпиталю є беззаперечним

¹ *Орасіо Спектор* вживає вираз «second best», який означає вибір варіанта поведінки чи розвитку подій, коли найкращий варіант через певні обставини є недосяжним (див. теорію «другого найкращого» в економічній науці). — *Прим. перекладача.*

фактом). Нерозвинуті нормативні системи, такі як примітивне внутрішнє право і Вестфальське міжнародне право, повинні обійтися без правил, чиє застосування чи захист накладає епістемні вимоги, які система не має можливості задовольнити. За відсутності інститутів, здатних якимось чином надати публічне фактичне знання, нерозвинуті нормативні системи вимушені звертатися до простих і беззаперечних підстав нормозастосування. У свою чергу, багато з правил ідеальної нормативної системи стають більш витонченими і складними, тобто більш проблемними з точки зору епістемних умов. Якщо певні правила ідеальної нормативної системи стають проблемними в епістемному сенсі, то системи, які починають відчувати епістемну неповноцінність, ймовірно, перетворюватимуться на неідеальні. Це причина, з якої Вестфальське міжнародне право позбавлене ідеальної моралі.

Ми можемо проілюструвати епістемну функцію права, протиставляючи моральну теорію справедливої війни і право війни розвинутим правовим системам. Право війни, що є складовою Вестфальського міжнародного права, включає *jus ad bellum* і *jus in bello*. Якщо *jus ad bellum* передбачає, за яких умов допустимо почати війну, то *jus in bello* встановлює типи дозволеної і недозволеної поведінки під час війни. Дж. Макмаген (J. McMahan) доводить, що хоча мораль *jus in bello* зрівнює усіх комбатантів, моральна теорія справедливої війни має бути переглянута в аспекті розрізнення справедливих і несправедливих комбатантів, прирівнюючи перших до невинних цивільних. «Це означає, що коли несправедливі комбатанти атакують справедливих, вони порушують моральні права останніх не бути неправомірно атакованими і тим самим діють у недозволеній спосіб. Тим не менше вони діють у межах своїх законних прав» [20, с. 107].

Дж. Макмаген підтримує тезу моральної легітимності стосовно міжнародного права. Отже, він стверджує, що ідеальна теорія справедливої війни має служити стандартом для оцінки і, якщо потрібно, корегування міжнародного права. Він говорить у цьому зв'язку: «Вкрай важливо працювати над тим, щоб привести право війни у більш повну відповідність до моралі війни, як ми показали, шляхом приведення кримінального права у відповідність із мораллю міжособистісних стосунків усередині суспільства» [20, с. 107]. Однак Дж. Макмаген вважає, що на практиці у випадку права війни довід моральної легітимності було відкинуто. Це відкидання звело нанівець тезу моральної легітимності. У той час як ідеальна моральна теорія повинна спрямовувати правоутворення, у даному випадку позитивне право визначило напрямки ідеального морального теоретизування. Відповідно Дж. Макмаген доводить, що сучасна моральна теорія справедливої війни зазнала невиправданого впливу з боку права війни, яка проголошує усіх комбатантів морально рівними і, як наслідок, визнає всіх комбатантів легітимними цілями на відміну від цивільних, які є цілями нелегітимними. Він дуже чітко вказує, що «право війни не може бути узгоджене із мораллю» [20, с. 106]. Замість цього теорія справедливої війни має бути сформульована незалежно від права війни: «Право війни не утверджує моральної рівності комбатантів, але утверджує їх рівність *юридичну*. З огляду на це воно робить правовий статус комбатантів повністю незалежним від того, в якій війні вони беруть участь — справедливій чи несправедливій. Юридичні права, відповідальність та

імунітети комбатантів не обумовлюються *ad bellum* статусом війни, в якій вони беруть участь» [20, с. 105].

Проект Дж. Макмагена відображає його бажання повернути теорію справедливої війни до природно-правової традиції: «Моральна теорія справедливої війни передувала будь-якому серйозному регулюванню війни. Коли правники почали розвивати дослідження «права націй», то рамки, в межах яких вони сформулювали свої теорії і пропозиції, були визначені домінуючим природним праворозумінням, що можна побачити в класичних роботах з теорії справедливої війни» [20, с. 106]. Я сприймаю занепокоєність Макмагена з цього приводу як невдоволення через те, що замість орієнтації на захист моральних прав, теорія справедливої війни захарашена «другими найкращими» цілями, що є більш прийнятними у міжнародному праві: «За останні щонайменше шістьдесят років право війни мало дві принципові цілі: запобігання війнам та обмеження і стримування насильства, а також його припинення, коли воно має місце... На відміну від внутрішньодержавного кримінального права право війни створювалося не задля захисту моральних прав, а для запобігання шкідливим наслідкам» [20, с. 107].

Дж. Макмаген переформулює поняття легітимних цілей у теорії справедливої війни, пропонуючи звільнити справедливих комбатантів від відповідальності під час атаки на них з боку несправедливих комбатантів. Однак він розуміє, що його пропозиція не може бути легко сприйнята як у правовій площині, так і у моральній теорії: «Чинне право *jus ad bellum* є застарілим і спрощеним, нам бракує глибокого розуміння моралі починання війни, яка могла б спрямувати нас у реформуванні права *ad bellum*. І що більш важливо, навіть якщо ми б змогли сформулювати кращий блок правових норм *ad bellum*, нам все одно бракуватиме авторитетної юридичної інституції, яка визначатиме *ad bellum* статус війни, коли вона ще триває. Через це ми не даємо і не здатні дати комбатантам авторитетного керівного пояснення з приводу того, чи є війна, в якій вони беруть участь, справедливою або несправедливою, законною або незаконною» [20, с. 108].

Відсутність авторитетної юридичної установи у Вестфальському міжнародному праві пояснює, чому ця система права приречена не досягати відповідності з ідеальним кодексом війни. Дж. Макмаген вказує, що «право війни заперечує можливість діяти таким чином стосовно справедливих комбатантів і одночасно сьогодні визнає подібне право. Як я зазначав, усе що в сучасних умовах дозволено справедливим комбатантам, так само можуть робити і несправедливі» [20, с. 109]. З цієї причини Дж. Макмаген завбачливо утримується від наполягання на автоматичному втіленні ідеальних моральних принципів у юридичних нормах. Навпаки, він каже, що юридичні норми у сучасних обставинах не можуть відображати ідеальні моральні правила, оскільки немає способу авторитетно оцінити твердження про «справедливу причину»: «Наразі, іншими словами, коли всі, хто воює, заявляють про свою належність до справедливих комбатантів і більшість щиро вірить у це і коли їхня переконаність не може бути авторитетно оспорена, ми маємо відмовити їм у всіх можливих діях, які за певних обставин можуть дозволятися тільки справедливим комбатантам чи навіть морально вимагатися від них» [20, с. 109].

Результатом розвідки Дж. Макмагена є те, що зміна розуміння різниці між легітимними і нелегітимними цілями (несправедливі комбатанти, з одного боку, і цивільні та справедливі комбатанти — з другого) можна відстоювати у моральній теорії, однак це не матиме підстав у міжнародному праві доки ця система не впровадить інститути пошуку фактів і з'ясування істини. А. Кан'ї (А. *Kanji*) доводить, що на шляху пропонованого Дж. Макмагеном усунення розриву між *jus ad bellum* і *jus in bello* стоїть епістемна проблема: «Можливо найбільш важливим запереченням проти сформульованого Макмагеном розрізнення є епістемна проблема — відсутність усезнаючого нейтрального арбітра щодо «справедливої причини», з'ясування того, яка зі сторін війни (якщо будь-яка) може вказувати на справедливість причини участі у війні, містить ризик невизначеності і необ'єктивності. Цей висновок є особливо актуальним для війни між державами з тривалою історією взаємної напруженості, невдоволення і військових дій. У більшості війн учасники з обох сторін можуть вірити у те, що вони воюють за справедливу справу»¹.

Право війни є різновидом нерозвиненої правової системи, оскільки йому бракує інститутів для пошуку фактів і з'ясування істини. Тому немає жодної інституційної можливості заповнити його потенційні прогалини у знанні. За відсутності можливості встановити відповідні положення у публічній і об'єктивний спосіб, право війни має задовольнятися спрощеними, беззаперечними правилами. Результатом є побудова різновиду неідеальної чи «другої кращої» нормативної системи. Дж. Макмаген вимагає, щоб міжнародне право віддзеркалювало або відображало ідеальну міжнародну мораль. Але оскільки ідеальна міжнародна мораль припускає існування і ефективне функціонування епістемних інститутів, міжнародне право інституційно нездатне на відображення чи віддзеркалення міжнародної моралі. На відміну від ідеальної міжнародної моралі, яка може встановлювати правила для світів, де досконале знання є легкодоступним, міжнародне право у зв'язку з епістемною проблемою приречене на неідеальні правила. Зокрема, правила війни повинні бути неідеальними через відсутність інституту встановлення фактів і з'ясування істини, що можуть визначити, яка сторона (якщо якась) веде війну зі справедливої причини. В умовах, коли інститути з'ясування істини недоступні, неідеальні правила (і моральні, і правові) розумно не враховують різницю між справедливими і несправедливими комбатантами і морально зрівнюють усіх комбатантів.

VII

Ідеальне моральне теоретизування передбачає наявність знання, яке зазвичай відсутнє у примітивних, нерозвинених правових системах. Як результат, правила ідеальної моралі, які є здобутком такого теоретизування, часто далекі від звичайної або соціальної моралі. Неідеальне моральне теоретизування (наприклад, теоретизування за принципом «другого кращого») має бути оче-

¹ Цитована робота, яка поки що не надрукована, є переглянутою версією монографії міс Кан'ї під назвою «Необхідність симетрії: відповідь Джеффу Макмагеноу», створеною за наслідками мого курсу «Етика, ціннісний плюралізм і правосуддя перехідного періоду», що проводився у 2011 р. на факультеті права Університету Торонто.

видним вибором у ситуації, коли знання недоступне. Право війни є різновидом нерозвинutoї нормативної системи. Ідеальні моральні правила перевищують інституційні можливості Вестфальського міжнародного права. Його сенс і мета має практичний характер: скоротити і контролювати вбивчу сутичку. Цей сенс може бути досягнутий за допомогою чітких і однозначних правил, які виключають звернення до спірних фактів. Через те, що ідеальна мораль зазвичай містить більш складні і витончені правила, зокрема, правила, чиє використання має відповідати епістемним вимогам, які можуть бути дотримані тільки за допомогою інститутів встановлення фактів і застосування істини, вона (ідеальна мораль) здебільшого незастосовувана у реальному міжнародному праві. Незастосовуваність ідеальної моралі у Вестфальському міжнародному праві впливає з того факту, що ідеальне моральне теоретизування припускає, свідомо чи несвідомо, існування інституційних передумов, які не будуть досягнуті у міжнародному розвитку найближчим часом.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Raz J. Practical Reason and Norms / J. Raz. — 2nd ed. — Princeton, 1990.*
2. *Bayón Mohino J. C. La normatividad del derecho: Deber jurídico y razones para la acción / J. C. Bayón Mohino. — Madrid, 1991.*
3. *Redondo C. La noción de razón para la acción en el análisis jurídico / C. Redondo. Madrid, 1996.*
4. *Raz J. The Morality of Freedom / J. Raz. — Oxford, 1986.*
5. *Раз Дж. Моральні засади свободи / Дж. Раз ; пер. з англ. В. Василюка і О. Тереха. — К., 2001. — 431 с.*
6. *Rawls J. A Theory of Justice / J. Rawls. — Rev. edition. — Cambridge (Mass.), 1999.*
7. *Ролз Дж. Теорія справедливості / Дж. Ролз ; пер. з англ. О. Мокровольського. — К., 2001. — 822 с.*
8. *Hart H. The Concept of Law / H. Hart. — 2nd ed. — Oxford, 1994.*
9. *Харт Г. Л. А. Понятие права / Г. Л. Харт ; пер. с англ., под общ. ред. Е. В. Афанасьева и С. В. Моисеева. — СПб., 2007. — 302 с.*
10. *Локк Дж. Два трактати про врядування / Дж. Локк ; пер. з англ. О. Терех, Р. Димерець. — К., 2001. — 265 с.*
11. *Alchourrón C. E. Normative Systems / C. E. Alchourrón, E. Bulygin. — Wien, 1971.*
12. *Альчуррон К. Э. Нормативные системы / К. Э. Альчуррон, Е. В. Булыгин // Рос. ежегодник теории права. — 2010. — № 3. — СПб., 2011. — С. 309–472.*
13. *Foucault M. Leçons sur la Volonté de Savoir / M. Foucault. — Paris, 2011.*
14. *Nozick R. Anarchy, State, and Utopia / R. Nozick. — New York, 1974.*
15. *Нозик Р. Анархия, утопия и государство / Р. Нозик ; пер. с англ. Б. Пинскера. — М., 2008. — 424 с.*
16. *Ferrer Beltrán J. Prueba y verdad en el derecho / J. Ferrer Beltrán. — Madrid, 2005.*
17. *Caracciolo R. (2013). El problema de los hechos en la justificación de sentencias / R. Caracciolo // Isonomía. — 2013. — № 38. — P. 13–34.*
18. *Foucault M. La verdad y las formas jurídicas / M. Foucault. — Buenos Aires, 2007.*
19. *McAuley F. Canon Law and the End of the Ordeal / F. McAuley // Oxford Journal of Legal Studies — 2006. — Vol. 26, № 3. — P. 473–513.*
20. *McMahan J. Killing in War / J. McMahan. — Oxford, 2009.*

Спектор О. Незастосовність ідеальної моралі у міжнародному праві

Анотація. Автор виходить із того, що сутність права виводиться з вимог ідеальної моралі або ж підпорядковується їй. Це означає, що якщо право є морально виправданим, то його виправдання випливає з того факту, що право відображає чи віддзеркалює вимоги ідеальної моралі. Автор розмежовує практичну ідеальність і епістемну ідеальність. У той час як практична ідеальність фокусується на загальності і несуперечливості вимог ідеальної моралі, епістемна ідеальність звертається до досконалого знання про інформацію, потрібну для виконання чи застосування правил.

Право здатне відображати чи віддзеркалювати ідеальні моральні принципи, тільки якщо воно може сприйняти епістемні вимоги теорії ідеальної моралі. Для того щоб здійснювати епістемну функцію, право повинно передбачати існування надійних інститутів із з'ясування істини. У більшості правових систем суди є інститутами, які і з'ясовують істину, і вирішують конфлікти.

Традиційним елементам міжнародного права бракує інституційної системи, наділеної повноваженнями з пошуку фактів і з'ясування істини. Як наслідок, застосування міжнародно-правових норм мають ґрунтуватися на беззаперечних підставах, оскільки ці норми мають бути схвалені самими державами без можливого епістемного арбітражу з боку нейтральної сторони. Аналізуючи дослідження і висновки Дж. Макмагена у сфері права війни, автор доводить, що за відсутності інститутів з'ясування істини, яких немає у сучасному Вестфальському міжнародному праві, принципи ідеальної моралі не можуть бути використані у міжнародному праві, якщо застосування міжнародно-правових норм потребує встановлення спірних фактів.

Ключові слова: юридичний позитивізм, природне право, міжнародне право, ідеальна теорія, неідеальна теорія.

Спектор О. Неприменимость идеальной морали в международном праве

Аннотация. Автор исходит из того, что сущность права выводится из требований идеальной морали или должна быть им подчинена. Это означает, что если право является морально оправданным, то его оправдание вытекает из того факта, что право отображает или отражает требования идеальной морали. Автор разграничивает практическую идеальность и эпистемную идеальность. Практическая идеальность сфокусирована на общности и непротиворечивости требований идеальной морали. Эпистемная идеальность обращается к совершенному знанию, необходимому для исполнения и применения правил.

Право способно отображать или отражать идеальные моральные принципы, только если оно может воспринять эпистемные требования теории идеальной морали. Для того, чтобы осуществлять эпистемную функцию, право должно предусматривать существование надежных институтов установления истины. В большинстве правовых систем суды представляют собой институты, которые и устанавливают истину, и разрешают конфликты.

Традиционным элементам международного права не хватает институциональной системы, наделенной полномочиями в сфере поиска фактов и установления истины. Как следствие, применение международно-правовых норм должно основываться на безоговорочных фактических основаниях, так как эти нормы должны быть одобрены самими государствами без возможности эпистемного арбитража со стороны нейтрального субъекта. Анализируя исследование и выводы Дж. Макмагена в сфере права войны, автор доказывает, что в отсутствие институтов установления истины принципы идеальной морали не могут использоваться в международном праве, если применение международно-правовых норм требует установления спорных фактов.

Ключевые слова: юридический позитивизм, естественное право, международное право, идеальная теория, неидеальная теория.

Spector O. Irrelevance of Ideal Morality in International Law

Summary. The most intuitive conception of law regards it as derivative from or subordinate to ideal morality. It holds that if law is morally justified, then its justification necessarily derives from the fact that it reflects or mirrors ideal morality. I distinguish between practical idealness and epistemic idealness. Whereas practical idealness focuses on publicity and perfect compliance, epistemic idealness refers to (possible) perfect knowledge of information that is necessary to follow and apply rules.

Now, law is capable of reflecting or mirroring ideal moral principles only if it can meet the epistemic demands of ideal moral theory. In fact, compliance with ideal moral principles presupposes factual knowledge that often is not easily available. In order to perform this epistemic function, law must include the functioning of reliable truth-searching institutions. In most legal systems, courts are both truth-searching and conflict-settling institutions.

Traditional areas of international law lack an institutional system endowed with fact-finding and truth-ascertaining powers. Therefore, international legal rules must refer to incontestable conditions of application because such rules must be self-applied by states without the possible epistemic arbitration of a neutral party. Consider *jus in bello*, that is, the system of legal rules that regulate permissible behavior in war. Jeff McMahan has argued that the theory of just war should differentiate between just and unjust combatants in terms of their fulfillment of *jus ad bellum* requirements, equating just combatants with civilians. But he also observes that this ideal moral view cannot be translated into *jus in bello* in the present circumstances because there are no judicial bodies that can assess and establish the *jus ad bellum* status of belligerent parties. This means that, in the absence of truth-ascertaining institutions, ideal moral principles are irrelevant for international law whenever they contemplate contestable conditions of application.

Key words: legal positivism, natural law, international law, ideal theory, nonideal theory.

СИСТЕМА ДЖЕРЕЛ ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА

І. ЯКОВІЮК
*кандидат юридичних наук, доцент
кафедри теорії держави і права
(Національний університет
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)*



Процес міждержавного об'єднання в Європі на всіх етапах свого розвитку потребував високого рівня правового регулювання. З моменту заснування в 1951 р. першого інтеграційного об'єднання в Європейському Союзі склалася унікальна система джерел права, яка поєднує неоднорідні за своєю природою джерела (елементи джерел як міжнародного, так і національного права), що є свідченням досягнення компромісу між наднаціональним і міжурядовим методами правового регулювання, що застосовуються у праві ЄС.

Досліджуючи джерела права ЄС, правники спираються передусім на положення загальної теорії джерел права, що набувають свого розвитку у працях як вітчизняних: О. Лаби, О. Москаленка, В. Муравйова, Р. Петрова, О. Стрельцової, К. Смирнової, російських: Л. Ентіна, Л. Канаєвої, С. Кашкіна, М. Марченка, В. Малахова, А. Рассмагіної, Б. Топорніна, А. Шевцова, так і зарубіжних вчених: Е. Арнула, С. Везеріл, Д. Лесока, Г. Ісаака та М. Бланке, Ж. Жаке, П. Крейга та Г. де Бурки, К. Ленаертса та П. фон Ньюффеля, Ж. Стейнер, Т. Трідімаса, М. Хорспул та М. Хамфріса, Дж. Шо та ін. При цьому вивчення системи джерел права ЄС ускладнюється низкою факторів, серед яких передусім слід вказати на комплексний характер права Союзу, багатоманітність і неоднорідність його джерел, а також невизначеність на загальнотеоретичному рівні самого поняття «джерело права», яке породжує нескінченні наукові дискусії.

Відзначаючи багатогранність та умовність терміна «джерело права», введеного до наукового обігу римським істориком Т. Лівієм [1, с. 222], дослідники традиційно вказують на незбіг понять «джерело права» та «форма права». Зокрема, джерело права розглядається як більш широка категорія, в якій форма права є лише однією зі складових. Так, на думку І. Лукашука, поняття «джерело» охоплює не лише форму існування норми, а й спосіб її створення [2, с. 18]. Поширеним є також підхід, за яким «форма права» відображає суто внутрішню організацію змісту норм права та його зовнішнього прояву, у той час як «джерело»

ло права» — витоки формування права, систему факторів, які визначають його зміст і форми вираження [3, с. 329]. Такий підхід щодо визначення співвідношення між джерелом і формою права М. Чижев висловив ще у 1878 р. На його думку, «поняття форми права знаходиться у тісному зв'язку з поняттям джерела змісту, що наповнює юридичні форми... Під джерелом права ми розуміємо корінь, від якого розгалужується право; причину, що втілює право в ту чи іншу форму» [4, с. 2–3]. Указаний підхід поділяється також європейськими правознавцями. Так, Д. Лесок підкреслює, що джерело права (*source of law*) — це причина права (*cause of law*), так званий креативний елемент, який бере участь у формуванні норми права і в той же час сам може виступати нормою права [5, с. 102]. К.-Д. Боршарт, у свою чергу, зазначає, що «термін «юридичне джерело» є двозначним: у своєму початковому значенні він стосується причини виникнення правового забезпечення, іншими словами, мотивації створення правової конструкції. Відповідно до цього визначення «юридичним джерелом» законодавства Співтовариства [Європейського Союзу] є бажання забезпечення миру та створення кращої Європи... З іншого боку, юридичною мовою вислів «юридичне джерело» стосується походження та складових елементів закону» [6, с. 60].

Європейські правники, не вдаючись до ґрунтовної розробки поняття «джерело права», традиційно розглядають його у двох проявах — формальному та матеріальному. Під формальними джерелами зазвичай розглядають «юридичні процедури і методи, що використовуються у процесі прийняття правил загального характеру, що є юридично-обов'язковими». «Матеріальне джерело» засвідчує існування прийнятих у встановленому порядку правових норм, що мають обов'язкову юридичну силу [7, с. 86]. Такий підхід поділяється окремими вітчизняними і російськими правниками [8; 9; 10], на думку яких, формально-юридичними джерелами охоплюються способи внутрішньої організації і зовнішнього вираження і закріплення норм права, а під матеріальними розуміють сили або фактори (історичні, культурні, релігійні, політичні, економічні та інші правотворчі фактори об'єктивного характеру), які обумовлюють виникнення, розвиток, зміст права [8, с. 29–77].

У процесі дослідження змісту поняття «джерело права» необхідно також зважати на пануючий у юридичній спільноті тип праворозуміння. Н. Пархоменко з цього приводу зазначає, що сучасне праворозуміння є підставою для визнання багаторівневості системи джерел права, застосування комплексного — інтегративного підходу до вивчення та розвитку теорії джерел права, поєднання формальних та змістових аспектів розуміння права, усвідомлення поняття джерела права через такі поняття, як «справедливість», «свобода», «реальні суспільні відносини» тощо поряд із формально-юридичними складовими «норма», «юридичний текст», «закон» [9, с. 7].

Слід зазначити, що з огляду на складність і комплексність вказаної юридичної категорії, її певну історичну мінливість та належність дослідників до різних правових шкіл, у яких сформувалося бачення джерел права ЄС, правознавці зазвичай утримуються від обґрунтування критеріїв виокремлення джерел права ЄС і лише окремі автори детально зупиняються на їх сутнісних характеристиках. Так, О. Москаленко виділяє низку критеріїв (наявність у джерелі норм

інтеграційного права; загальнообов'язковість або персоніфікована обов'язковість джерела; офіційно-документарна форма; визнання державою (або ЄС) за тією чи іншою формою вираження права статусу «джерело права») [11, с. 6, 14], які у сукупності дають змогу виділити джерело права ЄС серед інших правових явищ. Відповідно до цих критеріїв джерелом права ЄС правник визнає лише міжнародний договір; міжнародно-правовий звичай, сформований у процесі європейської інтеграції; регламенти і директиви ЄС; загальні принципи права Союзу; прецедентне право Суду ЄС, тоді як рекомендаційні та інші акти «м'якого права» ЄС не розглядаються як його джерела.

На думку К. Смирної, до джерел права ЄС мають бути віднесені: установчі договори та акти, прирівняні до них; нормативні акти, ухвалені компетентними структурами Союзу; загальні принципи права, що є спільними для конституційного і кримінального права держав — членів ЄС; принципи права, що були розвинуті та розтлумачені Судом ЄС; міжнародні угоди з третіми країнами і міжнародними організаціями та акти органів співробітництва, створених на базі таких угод [12, с. 7].

Західними правниками висловлюються різні погляди щодо переліку джерел права ЄС, при цьому їх спільні видові характеристики детально не аналізуються. Так, С. Везеріл, К. Ленаертс, П. фон Ньюфельс джерелами права ЄС вважають лише три групи актів: установчі договори ЄС, нормативні акти установ ЄС та загальні принципи права, сформовані у прецедентній практиці Суду ЄС [13, с. 665; 14, с. 27]. Разом із тим М. Хорспул та М. Хамфріс дотримуються ширшого підходу до цього питання: джерелами вважаються усі форми закріплення правових норм (як нормативно-правові акти, так і рішення установ ЄС, що є індивідуальними актами, рекомендації та висновки, «м'яке право» (меморандуми, циркуляри, політичні заяви, резолюції)), які можуть породжувати юридичні обов'язки у суб'єктів права ЄС як прямо, так і опосередковано [15, с. 104].

З урахуванням особливостей побудови правової системи Європейського Союзу вказаний широкий підхід щодо кола джерел права ЄС найбільш повно відображає специфіку його джерел. У зв'язку з цим вважаємо, що використовувати поняття «джерело права ЄС» більш доцільно у контексті форм зовнішнього вияву норм права, на підставі яких суб'єкти права ЄС наділяються правами та виконують зобов'язання. Так, у праві ЄС важливого значення набувають рекомендаційні акти, які можуть породжувати у суб'єктів правовідносин певні зобов'язання, невиконання яких може стати підставою, якщо і не застосування безпосередніх негативних наслідків, то, принаймні, суттєвого ускладнення в майбутньому можливості реалізації наданих їм прав у рамках інтеграційного утворення. Зокрема, у ч. 2 ст. 117 Договору про функціонування ЄС передбачається, що недотримання державою-членом рекомендації Комісії звільняє інші держави-члени від обов'язку враховувати проблеми такої держави. Крім того, Суд ЄС у своїй практиці неодноразово наголошував на обов'язку національних судів держав-членів використовувати рекомендаційні акти Союзу для тлумачення національного законодавства. Так, у рішенні у справі C-322/88 «*Grimaldi v Fondes des Malaises Professionnelles*» від 13.12.1989 р. [16, с. 4407] підкреслив, що «рекомендаційні акти установ Європейського Союзу не можуть розглядатися

такими, що не породжують юридичних зобов'язань взагалі. Суди держав-членів зобов'язані їх урахувати під час вирішення справ по суті та здійснення тлумачення норм національного права, що прийняті з метою імплементації норм права ЄС» (п. 18). Численні рекомендації інституцій Союзу можуть ухвалюватися також щодо третіх держав, які перебувають у процесі вступу до ЄС. У разі неврахування або неповного врахування їх положень держава не буде притягуватися до юридичної відповідальності, однак вказана обставина може створити суттєві перешкоди у подальшому процесі її інтеграції у ЄС.

Таким чином, відповідно до широкого підходу джерелами права Європейського Союзу вважаються усі форми зовнішнього вираження норм права, що прямо або опосередковано породжують юридичні зобов'язання та впливають на поведінку суб'єктів права ЄС.

Складна правова природа Євросоюзу обумовлює гнучкість і різноманітність способів формування правових норм, а також засобів їх вираження та фіксації у формі джерел права. Підтвердженням цього можна вважати широке використання у правовому полі ЄС специфічних нормативно-правових актів, а також актів неюридичного характеру та інших джерел, які не властиві як національним правовим системам, так і міжнародно-правовій системі.

Джерела права ЄС беруть свій початок із національних правових систем держав-членів та міжнародного публічного права. Так, існує тісний зв'язок права ЄС із правопорядками держав-членів, з яких воно рецепіює правові концепції і принципи, юридичні конструкції. Йдеться передусім про загальні принципи права, зміст яких встановлює Суд ЄС шляхом аналізу права держав-членів на предмет наявності в ньому спільних принципів. Так, відповідно до ч. 3 ст. 6 Договору про ЄС загальними принципами права Союзу визнаються основоположні права, які випливають з конституційних традицій, спільних для держав-членів. Наприклад, у рішенні Суду ЄС у справі 155/79 «*AM & S проти Комісії*» [17, с. 1575] було визначено, що всі правові системи держав-членів захищають професійну таємницю, а потім Суд встановив, які саме елементи цього захисту визнані в усіх національних правових системах. У підсумку було обґрунтовано наявність такого аспекту права на захист обвинуваченого, як захист професійної таємниці правника.

Зв'язок між джерелами права ЄС та міжнародного публічного права обумовлений передусім тим, що основою функціонування Союзу є міжнародні публічні договори, які мають найвищу юридичну силу в його правопорядку і визначають правовий статус інших джерел права. Те, що право ЄС ґрунтується на міжнародному договорі, дає підстави окремим авторам стверджувати, що воно є одним із різновидів міжнародного правопорядку [18, с. 62–65]. Однак з цим висновком не можна погодитися, оскільки в Європейському Союзі створена унікальна система правового регулювання, яка суттєво відрізняється від класичних систем національного та міжнародного права. Невипадково у правовій доктрині її прийнято характеризувати як автономну, *sui generis*. Ще у рішенні у справі 6/64 «*Flaminio Costa v E.N.E.L.*» Суд ЄС постановив: «На відміну від звичайних міжнародних договорів Договір про ЄЕС утворив свою власну правову систему, що із набуттям чинності Договором стала складовою частиною правових систем держав-членів» [19, с. 585].

О. Москаленко з цього приводу зазначає, що незважаючи на міжнародно-правові корені цієї організації, подальший розвиток права ЄС як особлива автономна система наклав відбиток і на джерела права, обумовивши їх специфіку [11, с. 1]. Отже, система джерел права ЄС суттєво відрізняється від міжнародного права. Передусім це знаходить свій вияв у тому, що в міжнародному праві відсутні вичерпний перелік джерел та їх ієрархія; це право слабоструктуроване [20, с. 11]. Натомість праву ЄС притаманні відносна вичерпність переліку джерел, їх ієрархічність, унаслідок чого це право є добре організованим, систематизованим і внутрішньо узгодженим. Окрім того, на відміну від права традиційної міжнародної організації, основним призначенням якого є регулювання порядку функціонування цієї організації, право ЄС покликане забезпечувати розвиток інтеграційних процесів між державами-членами. Це, зокрема, означає наявність специфічного предмета правового регулювання у праві Європейського Союзу.

Відмінними є також механізми дії та юрисдикційного захисту норм права, що містяться у джерелах вказаних систем права. Так, не у всіх державах-членах згідно з конституційним законодавством застосовуються принципи верховенства, прямого застосування та прямої дії норм міжнародного права. Зокрема, вони не характерні для держав, що дотримуються дуалістичної моделі співвідношення норм міжнародного і національного права. Відповідно норми міжнародного права застосовуються у таких державах виключно шляхом імплементації за допомогою національного законодавства. Серед таких країн – більшість держав-членів ЄС: Австрія, Велика Британія, Данія, Італія, Ірландія, Мальта, Німеччина, Словаччина, Фінляндія, Чехія, Угорщина, Швеція [13, с. 688–695] та ін. Разом із тим принципи верховенства, прямої дії норм права ЄС автоматично діють у правопорядку Союзу щодо всіх держав-членів незалежно від їх моделі співвідношення норм міжнародного і національного права.

Своєрідний порядок нормотворчості, в якому активна роль належить Суду ЄС, також значно відрізняє право Євросоюзу від права міжнародних організацій [22, с. 63]. С. Гоці підкреслює, що «система спільноти бере свій початок у системі міжнародного права... Однак діяльність його інституцій (ЄС), зокрема діяльність судових органів Євросоюзу, дала змогу перетворити його на нову юридичну й політичну систему» [23, с. 42]. Аналогічного висновку доходить М. Ентін, на думку якого «судове нормотворення перетворилося на одну з відмінних рис правового порядку, що виник на основі договорів про створення ЄС. Вироблені Судом ЄС юридичні концепції стали частиною права співтовариств. Саме це право у своїх найважливіших характеристиках і проявах склалося значною мірою під впливом його практики» [24, с. 15].

Особливості правопорядку ЄС додає той факт, що Лісабонським договором було започатковано унікальний для міждержавних об'єднань механізм участі громадян у законодавчому процесі (ч. 4 ст. 11 ДЄС). Зазначимо, що ця практика не тільки не властива міжнародному праву, а й недостатньо поширена в сучасних державах розвиненої демократії (Велика Британія, Франція).

Указані особливості обґрунтовують висновок про автономність та відмінність права ЄС від міжнародного права.

Досить складним з теоретичної точки зору є питання про класифікацію джерел права ЄС, яка відображає характерні риси і особливості кожного із різ-

новидів вказаної системи. У теорії найбільшого поширення набув поділ джерел права ЄС на первинні й вторинні [25, с. 48–49; 26, с. 18; 1, с. 236], щоправда, у поняття «первинні» («основні») та «вторинні» («допоміжні», «похідні», «секундарні») джерела автори вкладають різний зміст: спосіб утворення (формування, походження) та/або ієрархічна підпорядкованість та порядок застосування, що, у свою чергу, можуть бути окремими засадами для класифікації.

Д. Лесок критерієм поділу джерел вважає спосіб їх утворення. Відповідно до первинних джерел як актів, укладених державами або безпосередньо ЄС, він відносить установчі договори, конвенції між державами-членами, міжнародні договори ЄС, тоді як до вторинних джерел — тобто актів, що приймаються на їх основі, віднесені правові акти інститутів та органів ЄС, а також «суддівське законодавство», яке містить прецеденти та загальні принципи права [5, с. 103]. У свою чергу А. Капустін за порядком формування виділяє первинні (норми установчих договорів та ті конвенційні норми, які вносять зміни в установчі договори, звичаєві норми та норми загального міжнародного права) та вторинні джерела (юридичні акти, засновані на нормах первинного права, спрямовані на досягнення цілей і завдань, встановлених нормами первинного права) [27, с. 244–245]. Отже, на думку вказаних науковців, первинні джерела охоплюють акти, укладені безпосередньо державами-членами та Європейським Союзом як установчою владою (установчі договори Союзу, договори, що вносять зміни до них, Хартія про основоположні права ЄС, договори про приєднання нових держав тощо). Вони мають вищу юридичну силу і їх юридична чинність не може оспорюватися в Суді Правосуддя. Вторинні джерела (регламенти, директиви, рішення, висновки, рекомендації тощо) приймаються інститутами ЄС на підставі первинних і, відповідно, повинні їм відповідати.

Окремо за способом застосування А. Капустін виділяє основні та допоміжні джерела. До основних окрім установчих договорів ЄС, міжнародних угод із третіми державами та актів інституції він відносить практику Суду Правосуддя, а до допоміжних — правову доктрину [27, с. 314]. Однак, на думку В. Муравйова, судовий прецедент та правову доктрину в такому разі слід розглядати як допоміжні джерела права [28, с. 103].

О. Лаба надає перевагу ступеню обов'язковості як критерію поділу джерел на основні та допоміжні. До основних джерел дослідниця відносить міжнародні договори про заснування ЄС, міжнародні договори, укладені ЄС з іншими суб'єктами міжнародного права, акти органів ЄС зобов'язального характеру, загальні принципи права, що є спільними для конституційного та кримінального права країн — членів ЄС. Допоміжними джерелами науковець вважає рішення Суду Правосуддя [29, с. 17].

На думку Д. Тихоновецького, основу первинного права складають установчі договори, а також «судові рішення, які тлумачать положення установчих договорів». Вторинне право являє собою *corpus legi*, підпорядкований настановам первинного права і який не повинен суперечити йому, санкціонується виключно в межах повноважень, указаних в установчих договорах. Тож вторинне право є результатом нормотворчості інститутів Союзу [30, с. 24–26].

Спірною є класифікація, відповідно до якої на одну сходинку ставляться категорії, що не підлягають порівнянню, тобто характеризують певне явище з

різних боків. Зокрема, це має місце у І. Грицяка, який пропонує виділяти такі типи джерел: основні (первинне законодавство, похідне законодавство), похідні (нетипові акти, додаткове законодавство, зовнішні джерела) та неписані (загальні принципи права ЄС, судова практика) [31, с. 63].

Варто звернути увагу, що поділ джерел права ЄС на первинні та вторинні досить часто критикується дослідниками. Слід погодитися із О. Москаленком, що такий спрощений поділ джерел права ЄС неефективний, оскільки він не вміщує всю різноманітність численних та різнопланових джерел права Євросоюзу [11, с. 7]. Це стосується передусім загальних принципів права, загальних принципів права Європейського Союзу, прецедентів Суду ЄС, міжнародних угод Союзу, які не можуть бути повністю віднесені до однієї із вказаних класифікаційних груп.

Таке важливе джерело, як загальні принципи права, не можуть належати до первинного права, оскільки воно створюється установчою владою — державами-членами, тоді як загальні принципи виникають незалежно від держав-членів, вони запроваджуються у правопорядок ЄС його судовими органами. При цьому питання про ієрархічне підпорядкування первинного права та загальних принципів вирішується нетипово. З одного боку, за своєю природою загальні принципи права є вищими за первинне право, але з другого — первинне право встановлює (конституює) сам правопорядок Союзу, а тому повинно мати вищу юридичну силу щодо будь-яких інших норм. Тому правозастосовна практика йде шляхом тлумачення положень права ЄС, у т. ч. первинного права, у контексті загальних принципів права. Включені у правопорядок ЄС, вони перетворюються на загальні принципи права ЄС.

Прецеденти судів ЄС можуть одночасно містити як норми первинного права, коли йдеться про норми-принципи права ЄС, так і норми права вторинного, у разі прийняття судом рішень, спрямованих на тлумачення чи роз'яснення правозастосування установчих договорів та інших актів первинного права. Прецеденти утворюються судами ЄС, що діють на підставі установчих договорів, а це, у свою чергу, дозволяє розглядати їх за походженням як вторинні джерела. З другого боку, суди ЄС, до компетенції яких входить офіційне тлумачення установчих договорів і створення на основі своїх прецедентних рішень нових норм права, розвивають право первинне [22, с. 79–80]. Тож поділ джерел права ЄС на первинні та вторинні є досить умовним, оскільки може бути застосованим не до всіх джерел його права.

У цьому зв'язку окремі дослідники пропонують доповнити первинні й вторинні джерела третинними або іншими групами джерел. Так, Л. Ентін до первинних джерел відносить зовнішні вирази норм права, що містяться в установчих договорах, які утворюють конститутивну першооснову Союзу, визначаючи основні параметри інтеграційного права, його особливості, умови формування і порядок застосування. На базі правових настанов первинного права формуються джерела вторинного права як результат правотворчості самого Союзу в особі його інститутів. Третинне (допоміжне, компліментарне) право охоплює правові норми, джерелом яких є акти, що відрізняються від установчих договорів та актів інститутів ЄС: міжінституційні угоди, внутрішні регламенти інститутів, нетипові акти з точки зору ст. 288 Договору про функціонування ЄС (вказівки, декларації, інструкції, заяви, комюніке тощо) [32, с. 113–115].

К. Ленаертс і П. фон Нюффель за точку відліку беруть походження норм права ЄС, які є «результатом дій держав-членів або установ Союзу». При цьому науковці поділяють їх на норми: 1) конститутивні, створені безпосередньо державами-членами (первинне право ЄС); 2) прийняті органами ЄС, у тому числі міжнародні зобов'язання (вторинне або похідне право ЄС); 3) інші, сформульовані через прецедентне право як загальні принципи правопорядку Союзу [13, с. 665]. Ті ж види джерел, але за критерієм суб'єкта прийняття, пропонує С. Везеріл. Так, авторка виділяє установчі договори як продукт діяльності держав-членів, законодавство як результат роботи політичних інститутів ЄС та загальні принципи права ЄС як внесок судової інституції [14, с. 27]. Подібного підходу дотримуються й інші британські науковці М. Хамфрейс та М. Хорспул з тією лише відмінністю, що до «інших джерел права ЄС» вони відносять міжнародні угоди, загальні принципи права ЄС, прецедентне право Суду Правосуддя, рекомендації та висновки, «м'яке» право (меморандуми, циркуляри, заяви і резолюції) [15, с. 104].

О. Стрельцова пропонує класифікувати формально-юридичні джерела права ЄС відповідно до форм, в які втілюються загальнообов'язкові правові приписи інститутів і органів Союзу і держав-членів на: 1) джерела первинного і вторинного права (законодавства); 2) джерела договірної права; 3) джерела прецедентного права; 4) загальні принципи права [10, с. 7]. О. Москаленко, у свою чергу, пропонує зосередитися на класифікації джерел за певними рівнями відповідно до їх місця в ієрархії: перший рівень утворюють установчі договори, низка найбільш важливих рішень Ради та загальні принципи права ЄС; другий – міжнародно-правові зобов'язання Союзу, які впливають з усіх джерел міжнародного права; третій рівень складають прецеденти Суду ЄС; до четвертого рівня належать нормативно-правові акти, що приймаються органами ЄС, закриті конвенції між державами-членами, які укладаються з метою реалізації положень установчих договорів, а також звичаї, сформовані в процесі європейської інтеграції [11, с. 7–8].

Ускладнену класифікацію пропонує П. Свобода, в основу якої також покладено ієрархічний критерій: 1) первинне право (установчі договори); 2) рішення судів ЄС; 3) загальні правові принципи; 4) зовнішні договори; 5) секундарне (похідне) право I (акти інституцій); 6) секундарне (похідне) право II (імплементаційні акти); 7) терціарне право (угоди між державами-членами, предмет яких може частково суміщатися із правом ЄС) [33, с. 73]. Щоправда, цей підхід не отримав підтримки з боку інших правників.

Достатньо популярним є поділ джерел права ЄС за формою зовнішнього виразу на писані та неписані. З цього приводу Т. Хартлі вказує, що за основу класифікації джерел може також братися відмінність між писаним правом, що створене будь-яким наділеним владними повноваженнями органом, і неписаним правом – рештою норм. Писані норми права ЄС можуть прийматися державами-членами або інститутами ЄС. Відмінність між цими групами полягає в тому, що дія неписаного права є невизначеною до моменту його визнання судом. Отже, певною мірою можна стверджувати, що воно «народжується» судами. Одночасно автор зауважує, що за низкою суттєвих ознак неписане право відрізняється від прецедентного права [34, с. 100].

Поширеним є також поділ джерел права ЄС за сферою дії на внутрішні, що діють виключно в межах правопорядку Союзу, та зовнішні, які регулюють суспільні відносини з третіми суб'єктами [35, с. 240, 241]. Так, К. Смирнова до системи внутрішніх джерел права ЄС відносить установчі документи; ухвалювані інститутами ЄС акти зобов'язального характеру, прийняття яких прямо передбачене в установчих договорах; нетипові джерела, що не належать ані до установчих документів, ані до актів інститутів, оскільки юридична природа та сила їх відрізняються від юридичної природи та сили зазначених вище актів (акти, створені в процесі практичної діяльності органів Союзу та Суду ЄС: акти представників держав-членів, об'єднаних у Раді Євросоюзу); конвенції держав-членів; міжінституційні угоди; загальні принципи права. До системи зовнішніх джерел вона відносить міжнародні угоди, укладені компетентними структурами ЄС з іншими суб'єктами міжнародного права; міжнародні угоди, що їх держави-члени укладають з третіми країнами та міжнародними організаціями в рамках колишніх II та III опори; акти зобов'язального характеру, ухвалювані органами співробітництва з третіми країнами та міжнародними організаціями, які було створено на основі укладених міжнародних угод [12, с. 10–11].

Різноманітність класифікаційних підходів повною мірою відображає складність та неоднорідність системи джерел права ЄС. Як наслідок на сьогодні правниками не вироблено єдиної універсальної класифікації джерел права ЄС. Це пов'язано не лише з відсутністю згоди щодо змістовного наповнення поняття «джерело права». Передусім зазначене завдання ускладнюється особливостями права ЄС як системи, що перебуває в постійному русі, є динамічною та невпинно змінюється. Саме через це окремі вчені наголошують на необхідності опрацювання критеріїв класифікації джерел права ЄС, адекватних розвитку інтеграційних процесів [36, с. 194; 37, с. 291–293].

Слід зазначити, що ще у 1992 р. до Маастрихтського договору додавалася «Декларація про ієрархію актів Співтовариства» [38, с. 158], яка передбачала скликання 1996 р. міждержавної конференції, покликаної визначити, наскільки можливо переглянути класифікацію актів ЄС та запровадити відповідну ієрархію між ними. Однак, на жаль, вона так і не відбулася. Про складність джерельної проблематики свідчить також та обставина, що подальші зміни та доповнення до установчих договорів, у тому числі Лісабонський договір, не вирішили проблеми поділу джерел права ЄС.

Проведений аналіз засвідчує, що проблематика, пов'язана із джерелами права як категорією не лише теорії права, а й міжнародного і європейського права, залишається не до кінця розробленою у сучасній зарубіжній і вітчизняній юридичній літературі. Складнощі з визначенням джерел права передусім пов'язані з відсутністю чітких критеріїв визначення джерел права. На сьогодні в Європейському Союзі не існує остаточно сформованого переліку джерел права. Більшість джерел права ЄС має унікальні особливості, які відрізняють їх як від джерел міжнародного публічного права, так і національного права держав-членів. До особливостей слід віднести такі: джерела права ЄС ґрунтуються на міжнародному праві або установчих договорах Союзу; такі джерела містять в обов'язковому порядку норми інтеграційного права; існує внутрішня ієрархія джерел права ЄС, що відрізняє їх від міжнародного права.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Марченко М. Н.* Правовая система Европейского Союза : монографія / М. Н. Марченко, Е. М. Дерябина. — М. : НОРМА: ИНФРА-М. — 2012. — 704 с.
2. *Лукашук И. И.* Международное право. Общая часть : учебник / И. И. Лукашук. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : БЕК, 2001. — 432 с.
3. *Теория государства и права : курс лекций* / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — М. : Юристъ, 1997. — 672 с.
4. *Чижев Н.* Источник и формы права : монографія / Н. Чижев. — Варшава : Тип. Ивана Носковского, 1878. — 255 с.
5. *Lasok D.* Law and Institutions of the European Union / D. Lasok. — 6th ed. — London ; Dublin ; Edinburgh : Butterworths, 1994.
6. *Абетка законодавства Європейського Співтовариства* : пер. з англ. — К. : ТОВ «Вірусам», 2001. — 112 с.
7. *Брунли Я.* Международное право : в 2 кн. / Я. Брунли. — М. : Прогресс, 1977. — Кн. 1. — 538 с.
8. *Марченко М. Н.* Источники права : учеб. пособие / М. Н. Марченко. — М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. — 760 с.
9. *Пархоменко Н. М.* Джерела права: теоретико-методологічні засади : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / М. Н. Пархоменко. — К., 2009. — 32 с.
10. *Стрельцова О. В.* Джерела права Європейського Союзу (теоретичні аспекти) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. В. Стрельцова. — К., 2008. — 20 с.
11. *Москаленко О. М.* Джерела права Європейського Союзу (міжнародно-правовий аналіз) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11 / О. М. Москаленко. — Х., 2005. — 17 с.
12. *Смирнова К. В.* Джерела права Європейського Союзу : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11 / К. В. Смирнова. — К., 2005. — 19 с.
13. *Lenaerts K.* Constitutional Law of the European Union / K. Lenaerts, P. van Nuffel. — Ed. by R. Bray. — 2nd ed. — London : Sweet & Maxwell, 2005. — 971 p.
14. *Weatherill S.* Cases and Materials on EU Law / S. Weatherill. — 7th ed. — Oxford : University Press, 2006. — 728 p.
15. *Horspool M.* European Union Law / M. Horspool, M. Humphreys. — 6th ed. — Oxford University Press, 2010. — 619 p.
16. *Judgment of the Court of Justice of the European Communities in the case C-322/88 «Grimaldi v Fondes des Malaises Professionnelles» of 13.12.1989* // European Court Reports. — 1989.
17. *Case 155/79 «Australian Mining & Smelling Europe Ltd v Commission»* // European Court Reports. — 1982.
18. *Watt and Dashwood's European Union Law.* — 4th ed. — London : Sweet & Maxwell, 2000.
19. *Case 6/64 «Flaminio Costa v E.N.E.L.»* // European Court Reports. — 1964.
20. *Cassese A.* International Law / A. Cassese. — 2nd ed. — Oxford : Oxford University Press, 2005.
21. *Schermers H. G.* Judicial Protection in the European Communities / H. G. Schermers, D. F. Waelbroeck. — 5th ed. — Deventer, Boston : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992.
22. *Анакіна Т. М.* Судовий прецедент у праві Європейського Союзу : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11 / Т. М. Анакіна. — Х., 2009. — 231 с.
23. *Гоці С.* Урядування в об'єднаній Європі / С. Гоці ; [пер. з італ. К. Тищенко]. — К. : К.І.С., 2003.

24. *Энтин М. Л.* Суд Европейских сообществ: правовые формы обеспечения западноевропейской интеграции / М. Л. Энтин. — М. : Междунар. отношения, 1987. — 176 с.
25. *Аракелян М. Р.* Право Европейского Союза : підручник / М. Р. Аракелян, М. Д. Василенко. — О. : Фенікс, 2012. — 390 с.
26. *Богачова Л. Л.* Джерела європейського та національного права / Л. Л. Богачова // Держ. буд-во та місцеve самоврядування : зб. наук. пр. / редкол. Ю. Г. Барабаш та ін. — Х. : Право, 2012. — Вип. 24. — С. 17–26.
27. *Капустин А. Я.* Европейский Союз: интеграция и право / А. Я. Капустин. — М. : Изд-во РУДН, 2000. — 436 с.
28. *Муравйов В. І.* Правові засади регулювання економічних відносин Європейського Союзу з третіми країнами (теорія і практика) / В. І. Муравйов. — К. : Академ-Прес, 2002. — 426 с.
29. *Лаба О. В.* Право Європейського Союзу та право України: теоретико-правові проблеми співвідношення та гармонізації (1991–2004 рр.) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. В. Лаба. — К., 2005. — 21 с.
30. *Тихоновецкий Д. С.* Судебная практика как источник Европейского права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / Д. С. Тихоновецкий. — М., 2004. — 152 с.
31. *Грицяк І. А.* Право та інститути Європейського Союзу : навч. посіб. / І. А. Грицяк. — К. : К.І.С., 2006. — 300 с.
32. *Європейське право. Право Європейського Союзу и правовое обеспечение защиты прав человека : учебник / рук. авт. кол. и отв. ред. Л. М. Энтин.* — 3-е изд., пересмотр. и доп. — М. : Норма: Инфра-М, 2011. — 960 с.
33. *Свобода П.* Вступ до європейського права / П. Свобода; пер. з чес. О. Андрійчука. — К. : К.І.С., 2006. — 280 с.
34. *Хартли Т. К.* Основы права Европейского Сообщества: Введение в конституционное и административное право Европейского Сообщества / Т. К. Хартли; пер. с англ. и науч. ред. В. Г. Бенды. — М. : Закон и право, ЮНИТИ, 1998. — 703 с.
35. *Shaw J.* Law of the European Union / J. Shaw. — 3rd ed. — Palgrave, 2000.
36. *Абдуллин А. И.* Право Европейских Сообществ: к вопросу о классификации источников / А. И. Абдуллин // Правоведение. — 2001. — № 4. — С. 177–197.
37. *Топорнин Б. Н.* Европейское право : учебник / Б. Н. Топорнин. — М. : Юристь, 1998. — 456 с.
38. *Declaration on the hierarchy of Community Acts // Official Journal.* — 1992. — Serie C. — № 191.

Яковюк І. В. Система джерел права Європейського Союзу: загальна характеристика

Анотація. Проблемам визначення поняття «джерело права», розкриття його співвідношення з «формою права», формування системи джерел національного права традиційно приділяється значна увага у наукових розробках як вітчизняних, так і зарубіжних правознавців. Проте на сьогодні в юридичній науці відсутній консенсус з указаних питань. Ще більшою невизначеністю у вітчизняній доктрині європейського і міжнародного права характеризується проблема визначення системи джерел права Європейського Союзу. В умовах невпинного зростання ролі Європейського Союзу у світовій геополітиці вивчення його джерел права набуває не лише теоретичного, а й важливого практичного значення. Це обумовлено прагненням України набути членства у ЄС, а отже, необхідністю здійснення адаптації вітчизняного законодавства до законодавства Союзу. Відповідно в цій статті проведено аналіз основних підходів до визначення правових особливостей джерел права Європейського Союзу та виокремлення критеріїв їх систематизації.

Ключові слова: Європейський Союз, європейська інтеграція, джерело права, форма права, внутрішньодержавні джерела права, джерела міжнародного права, джерела права Європейського Союзу.

Яковюк І. В. Система источников права Европейского Союза: общая характеристика

Аннотация. Проблемам определения понятия «источник права», раскрытию его соотношения с «формой права», формирования системы источников национального права традиционно уделяется много внимания в научных разработках как отечественных, так и зарубежных правоведов. Несмотря на это, сегодня в юридической науке отсутствует консенсус по указанным вопросам. Еще большей неопределенностью в отечественной доктрине европейского и международного права характеризуется проблема определения системы источников права Европейского Союза. В условиях непрерывного возрастания роли ЕС в мировой геополитике изучение источников его права приобретает не только теоретическое, но и важное практическое значение. Это обусловлено стремлением Украины получить членство в ЕС, а следовательно, необходимостью осуществления адаптации отечественного законодательства к законодательству Евросоюза. Соответственно, в этой статье проведен анализ основных подходов к вопросу определения правовых особенностей источников права Европейского Союза и определению критериев их систематизации.

Ключевые слова: Европейский Союз, европейская интеграция, источник права, форма права, внутрисударственные источники права, источники международного права, источники права Европейского Союза.

Iakoviuk I. System of the European Union Sources of Law: General Characteristic

Summary. Ukrainian doctrine as well as foreign traditionally pays a great attention on the problems of determination of notion «source of law», its correlation with «form of law», formation the system of national (domestic) sources of law. Nevertheless there is no consensus among scholars on these issues. More complicated is a problem of the European Union sources of law in national doctrine of European and international law. Considering the increasing role of the European Union in modern geopolitics investigation of its sources of law is not only a theoretical but a practical task. It is connected with the intention of Ukraine to become a member state of the EU and accordingly to adopt its legislation towards the European Union's one. This article deals with analysis of general approaches on determination of legal peculiarities of the European Union sources of law and criteria of its systematization respectively.

Key words: European Union, European integration, source of law, form of law, national (domestic) sources of law, sources of international law, European Union sources of law

**РОЛЬ ТЕОРІЙ ПРИРОДНОГО ПРАВА
У СТВОРЕННІ СУЧАСНОГО СВІТУ
(ДО ПИТАННЯ
ПРО «ДРУГИЙ ОСЬОВИЙ ЧАС»)**

О. ЛИТВИНОВ
*кандидат філософських наук,
кандидат юридичних наук, доцент,
заступник завідувача кафедри
філософії права, історії і культурології
(Луганський державний університет
внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка)*



Вторгнення історії філософії права у філософію історії, що пропонується в цій короткій розвідці, є результатом досить тривалих міркувань, водночас вагань, потім появи впевненості в можливій евристичній перспективі такої постановки питання, що стосується ролі права та його наріжного каменя — прав людини у створенні нової соціальної реальності в останні декілька століть. Додатковим поштовхом, що спонукав до оприлюднення ідеї «другого осьового часу» та ролі в його започаткуванні класичних теорій природного права, був заклик головного редактора журналу С. Максимова до орієнтації матеріалів цього номера на тему XXVI Всесвітнього конгресу IVR «Права людини, демократія, верховенство права і сучасні соціальні виклики у складних суспільствах», що має відбутися в липні 2013 р. [1, с. 13]. Відразу зазначимо, що справа не лише в термінології, хоча це має велике значення, особливо коли йдеться про сталі й визнані тлумачення тих чи інших феноменів культури, а в намаганні адекватно і водночас виразно визначити ті зміни й трансформації, які відбувалися й відбуваються, зокрема і як історичні процеси. Цей текст можна вважати також спробою «належної відповіді на критику тієї моделі, яку розвинуті країни історично нав'язали решті світу» [1, с. 13], оскільки, як удається, якщо вважати наріжним каменем названої моделі (гранично стисло) права людини як рівні (однакові) права кожної людини, то тоді відзначену в наведеній цитаті її критику слід порівняти зі стосунками з відомим у освічених колах каменем такого ж відомого міфологічного працелюбця Сізіфа. Персоналізація як принцип, який

фактично започаткувала філософія права Нового часу, тепер стає — вже стала — фактом ще й технічним (мобільні телефони, Інтернет, персональні адреси електронної пошти тощо). Наука, техніка і створена ними економіка починаючи з Нового часу і до сьогодні спиралися на ті самі філософсько-світоглядні підмурки свідомості, що еволюціонувала в бік виокремлення особистісних начал людини та підкреслення їхнього домінування, як то відбувалося і в філософії права, яку презентують насамперед природно-правові концепції [докладніше див.: 2].

Цей загальнокультурний процес поширення «юридизації» навіть за межі відносин, що регулюються організаційно та примусово (наприклад, «залучення правових термінів і судових метафор» до інших сфер знання і діяльності [3, с. 157–158]), є вельми природним, оскільки правова інституалізація свободи була нагальною потребою інтенсивного розвитку того типу суспільства, який відомий як «буржуазний», або (навіть у термінології К. Маркса) «юридичний». Звідси актуальність теми цієї статті може бути аргументована як мінімум із двох позицій. Перша стосується надзвичайно складних процесів запеклої боротьби принципів недавнього тоталітарного минулого (з його показовим нехтуванням правами і навіть самим життям людини) та проголошеного демократичного, тобто буржуазного та юридичного майбутнього в різних сферах життя сучасної України (з його формально-документальною фіксацією цих прав). Друга стосується актуальної, а також ретроспективної та перспективної екстраполяції такого роду процесів на світову історію, оскільки унікальними їх в українському варіанті можна назвати такою ж мірою, як і аналогічні процеси становлення буржуазного суспільства та юридизації соціального життя в будь-якій іншій країні — усі мали свої культурно-національні та соціально-політичні особливості, навіть якщо враховувати нашу без перебільшення трагічну історію і фактично бездержавне, та ще й у складі різних імперій, тоталітарне минуле. До того ж наслідки ірраціонального примітивізму соціально-правових побудов цього минулого з різним ступенем мімікрії переслідують нас і сьогодні.

Із позицій синергетики (що нині виходить на передові рубежі наукових, у тому числі й соціальних розвідок) як методології дослідження і перша позиція, і друга можуть надати непередбачені й несподівані результати [4, с. 236–238], оскільки (і це не суперечить, наприклад, класичній діалектиці) у сучасному існує і минуле, і майбутнє [5, с. 161]. Але в соціальних системах панівними залишаються культурно-історичні чинники, які мають світоглядну домінуючу перевагу, що також відповідає положенням синергетики про залежність кінцевого стану системи від її «передісторії» [4, с. 217–218]. Це положення досить інтенсивно розробляється в соціогуманітарних науках, наприклад у педагогічних, зокрема у філософії освіти [6, с. 286; 7, с. 7; ін.], втім, такий історико-культурологічний аспект синергетичного методу в правознавстві не використовувався, що й обумовлює новизну постановки питання у цьому тексті.

Метою статті є обґрунтування особливого значення формування та втілення ідеї права як права кожної людини (що є засадничим у філософських основах природно-правових концепцій Нового часу) у створенні якісно нового світу, що надає можливість висунути думку про визначення останніх 300–400 років в історії людства як «другого осьового часу». Цей погляд, можливо, слід було

означити як гіпотезу, але, як удається, невиразність гіпотетичності тут долається надзвичайною наочністю та значною за обсягом фактичністю¹.

Запропоновану термінологію обрано не випадково. Деякі періоди в історії людства мають особливе значення і тому їх класифікують як перехідні чи навіть як переламні. І хоча, як колись зауважив видатний російський філософ ХХ ст. О. Лосєв стосовно сталої оцінки епохи Відродження як перехідної, що в реальній історії тільки й існують перехідні епохи [8, с. 72], про певні періоди історії людства мабуть можна і навіть потрібно говорити як про особливі, зважаючи на ті нові результати, що змінюють подальший поступ людини у світі, і говорити слід саме в контексті культури [9]. Такі періоди можуть відрізнитися за часом, але головним для них є, висловлюючись мовою класичної філософії, якість як особливості, якісне наповнення, що відрізняє від епох попередніх, а також наслідки (додамо від себе — як передбачувані, так і непередбачувані) цього якісного змісту. Таким є «осьовий час» за К. Ясперсом, який у його термінології стає втіленням «філософської віри» — одного із засадничих понять вчення німецького екзистенціаліста взагалі. Ясперс відмовляється від визнання точкою відліку нового поступу людства тільки часу, пов'язаного виключно з постаттю Христа, хоча й погоджується з її непересічним значенням, як і християнства взагалі, оскільки, як він зазначав, це стосувалося тільки самого християнства та його прихильників. Таким чином, К. Ясперс відмовляється від августинівської традиції тлумачення історії, яка була основною в європейській культурі (і багато в чому залишається й сьогодні), мабуть слід згадати, що і Г. В. Ф. Гегель вважав явлення Сина Божого на землі «віссю світової історії». Визначальною для всього людства видатний німецький філософ ХХ ст. знаходить особливу епоху, яку він назвав «осьовою», оскільки ця «вісь» стосувалася не тільки християнського світу. Її визначником же Ясперс вважає ту особливість філософської віри, яка долає ірраціоналізм одкровення і включає в себе також знання: «Ознакою філософської віри, віри людини, що мислить, завжди є те, що існує в союзі зі знанням. Вона хоче знати те, що є доступним знанню, і зрозуміти саму себе» [10, с. 423]. Це не тільки епоха зародження світових релігій, а й філософії, «коли людство вперше усвідомило себе і своє відношення до світу, поставило «останні питання буття» про смертність, конечність свого існування і усвідомило своє безсилля перед ними» [11, с. 737]. Тобто К. Ясперс, точка зору якого вже давно визнана класичною, «осьовий час» схарактеризовує як такий, що його можна

¹ Упевненості в цьому надають і результати неодноразового обговорення цієї ідеї на науково-методологічних семінарах кафедри філософії права, історії та культурології Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е. О. Дідоренка із запрошенням соціальних філософів та філософів історії філософського факультету Східноукраїнського національного університету ім. В. Даля та істориків і політологів історичного факультету Луганського національного університету ім. Т. Шевченка. Дискусії на цю тему та критичні зауваження дозволили уточнити й посилити позиції, що пропонуються у цій статті, за що автор дуже вдячний своїм колегам, включаючи тих, хто висловлював сумніви і не погодився з можливістю такої постановки проблеми — їхня аргументація безперечно мала значення для корегування точки зору, що викладається. Автор вдячний також і С. Максимову та С. Рабіновичу за небайдухе ставлення до цієї ідеї та її конструктивну критику під час особистого спілкування.

виявити емпірично як факт, значущий для всього людства, а смисловим змістом цього факту є те, що «з'явилася людина такого типу, який зберігся і до сьогодні» [12, с. 33 та ін.]. Це період, що охоплює майже півтисячоліття між 800 та 200 роками до н. е., коли в різних кутках світу відбувається багато чого незвичного, що закінчується переважанням раціональності та раціонального над міфологічною свідомістю, а найбільш відомими історичними фактами він називає наступні. У Китаї виникає філософія з майже всіма її напрямками (найвідоміші імена — Конфуцій та Лао Цзи), в Індії з'являються Упанішади та живе Будда, в Ірані — Заратустра, у Палестині — пророки Ілія, Ісайя та інші. У Греції — надзвичайні в своєму історичному значенні досягнення в різних сферах духовного життя, пов'язані з іменами Гомера, Парменіда, Геракліта, Піфагора, Платона, Есхіла, Фукидіда, Архімеда та багатьох інших. Новим і виробленим незалежно одна від одної в названих культурах було те, що людина усвідомила буття в цілому, саму себе та свої межі, а також було вироблено головні категорії, що є основою мислення людини і сьогодні [12, с. 33–34]. Людина не тільки усвідомлює себе, вона стає іншою, починаючи свою планетарну експансію, з одного боку, а також свою внутрішню гуманістично-раціональну перебудову — з другого, включаючи соціально-організаційну сферу. Додамо, що остання також набуває дедалі більше культурних (*cultura* на відміну від *natura*) та громадянсько-цивілізаційних (*civiltas* як *cultura* і водночас як *jus*) якостей [докладніше див.: 13]. Зовсім іншою стає не тільки сама людина, а й світ людини.

Щодо самої епохи, то К. Ясперс говорить, що вона була «часом знищення й творення одночасно» [12, с. 36], причому, якщо мати на увазі якесь завершення, то воно мало «насамперед політичний характер» [12, с. 36]. Майже одночасно насильницьким шляхом створюються величезні могутні імперії: у Китаї — Цинь Ши-Хуанді, в Індії — династія Маур'я, на Заході — еліністичні держави та Римська імперія, і всюди на руїнах світу, що зникав, «складався насамперед технічно та організаційно планомірний порядок» [12, с. 36]. При цьому дух епохи, що зникала, став зразком та об'єктом поклоніння: у династії Хань — це конфуціанство, в Ашока — буддизм, епоха Августа відродила еліністично-римську освіченість. У наступні тисячоліття не залишилося названих імперій, були інші, але залишилася духовна напруга, яка постійно впливала на людей, відроджуючи в їхній діяльності «нову невизначеність і нове значення» [12, с. 37].

Утім К. Ясперс відзначає й те, що в контексті нашої постановки питання має принципово важливе значення: «Найвищі можливості мислення і практики, які набули свого вияву в окремих особистостях, не стали спільним надбанням, оскільки більшість людей не могла йти цим шляхом» [12, с. 36]. Тобто якість епохи є новою, але це стосується і водночас розуміється обмеженим колом обраних. І стосується це переважно або навіть виключно того чи іншого вельми обмеженого кола тих, хто має доступ до влади, знання, культів тощо.

До того ж зазначене вище упорядкування у вигляді держав переважно імперського типу К. Ясперс пов'язує з реформаторськими ідеями і спробами філософів, які переходять з однієї держави в інші, де виступають як радники та вчителі. Він зауважує, що «в соціологічному аспекті існує пряма аналогія між невдачами Конфуція при імператорському дворі держави Вей і Платона в Сіракузах, між школою Конфуція, де виховувалися майбутні державні діячі, та

академією Платона, яка ставила перед собою ту ж мету» [12, с. 36]. Таким чином, як на нашу думку, К. Ясперс конструює драматургію своєї концепції, спираючись на запропоновану ним категорію філософської віри і намагаючись додати їй усталеності за допомогою відомих усім і неспростовних історичних фактів, тобто він немов говорить, що раціональність матеріалізується і стає реальним фактором суспільності. За всіх можливих сумнівів стосовно певної схематичності цієї драматургічної конструкції, втім, саме неспростовність історико-філософської та соціально-історичної фактичності в їхній єдності робить такі сумніви несуттєвими, а саме: висновки видатного філософа стали здобутками інтелектуального життя ХХ ст. і не втратили своєї ваги й сьогодні.

Утім логіка роздумів та загального підходу К. Ясперса вимагає подальшого з'ясування долі тих чинників, які, на його ж думку, обмежували те «коло обраних», про яке йшлося. Так, склалася та людина, яка існує й до сьогодні, але висновок філософа стосується якісного боку процесів, що він їх відзначає (тому ми можемо уточнити його думку навіть термінологічно, наприклад, сказати так: «почали з'являтися окремі люди, яких ми й сьогодні можемо вважати подібними до нас чи то нашими сучасниками» тощо). Якщо ж узяти те, що стосується кількісного боку цих процесів, то факти, що їх відзначив К. Ясперс для визначення новітніх на той час тенденцій розвитку людства, набувають статусу рідкісної особливості або навіть винятку, тим більше, що нам є відомими безліч інших фактів та подій, що суперечать його загальній позиції аж до спростування. Тому набуття його аргументацією нового ступеня переконливості через кількісний чинник дає підстави подивитися на втілення філософської віри (або, іншими словами, найяскравішого прояву раціоналізації людського мислення і життя) в ідеях, формулюваннях, вчинках, діях тощо в сучасному світі. Останній у філософії історії та загальній історії має досить багато точок відліку, обґрунтування більшості з яких є безсумнівним, але в руслі запропонованого К. Ясперсом погляду на проблему, що розглядається, той відлік починається саме з правових засад, що їх надають класичні теорії природного права Нового часу.

Доречною тут видається згадка про думку Г. В. Ф. Гегеля в його філософсько-правових студіях, яка не тільки посилює та значною мірою підтверджує правомірність положень К. Ясперса в його пропозиції щодо розуміння «осьового часу» (щоправда, з указаних вище християноцентристських позицій), а й положення, що висувуються в цьому тексті стосовно «другого осьового часу». Видатний діалектик у своїх міркуваннях стосовно основ права власності доходить висновку, що «завдяки християнству почала утверджуватися *свобода особи* (курсив Г. В. Ф. Гегеля. — *О. Л.*) й стала, *хоча й у незначній частині людського роду* (курсив мій. — *О. Л.*), загальним принципом. Що ж до *свободи власності* (курсив Г. В. Ф. Гегеля. — *О. Л.*), то вона, можна сказати, лише з учорашнього дня дістала в деяких місцях визнання як принцип» [14, с. 71]. Як бачимо, «незначна частина людського роду», якої стосується «*свобода особи*», що відзначає видатний німецький філософ першої половини ХІХ ст., за смислом повністю збігається із зауваженням видатного німецького філософа ХХ ст. про «окремі особистості», іншими словами, можна констатувати певний «гегелівський слід» у К. Ясперса із зазначеним вище хронологічним корегуванням. А запропоновані положення про «другий осьовий час», як на нашу думку, посилює спо-

глядання Г. В. Ф. Гегеля стосовно «свободи власності» та того значення, якого вона набула за Нового часу, або, як висловлюється філософ, «з учорашнього дня», тобто йдеться про одне з основоположних (за Дж. Локком — про головне) прав людини — право на приватну власність. Звісно, усі ці міркування видатного представника об'єктивного ідеалізму завершуються відповідним чином, тобто як хода «світового духу». Він говорить: «Ось приклад із світової історії, який свідчить про те, наскільки тривалий термін потрібен духу, щоби просунутися у своїй самосвідомості, і який можна протиставити точці зору нетерпіння» [14, с. 71].

Тому, зважаючи на викладене, час, починаючи з приблизно XVI ст., і особливо століття XVII та XVIII — епоха Просвітництва, є особливим і переломним не тільки завдяки сформованій у ті часи ідеології, що ґрунтувалася на прагненні зруйнувати станово-феодальні ідеали і порядки, які відверто заважали суто людському — розумному та моральному — організовувати спільні дії, а й у контексті всесвітньої історії вперше свідомо сформульоване начало раціоналістичної спрямованості пронизує майже всі сфери життя і починає диктувати умови існування самій людині. Причому такої всезагальності це раціоналістичне начало надає не тільки створена й філософські обґрунтована генієм голландців та англійців ідея права як права кожного, а й створена генієм французів ідея «енциклопедії» як сукупності — і також всезагальності — людських знань та претензій чи то зазіхань людини на розуміння всього Всесвіту й себе самої. Тому творча спадщина Г. Гроція, Б. Спінози, Т. Гоббса, Дж. Локка, Ш. Л. Монтеск'є, Ж.-Ж. Руссо, І. Канта, Г. В. Ф. Гегеля й інших видатних мислителів Нового часу та її дієвість, тобто вплив на формування правової реальності нової якості, коли права людини як права кожної людини (частина загального положення про рівність усіх суб'єктів права — «коперніканський переворот» у праворозумінні [15, с. 407]) створюють ту «особливу якість правопорядку», який відповідає й «сучасним цивілізаційним стандартам» [16, с. 211]. Таким чином, через набуття правом значення стрижня людського (соціального) життя — долається та духовно-інтелектуальна обмеженість так би мовити, зовнішньо кількісного характеру, яку відзначав і сам К. Ясперс.

Це означає також, що філософська віра стає вірою в людину, причому антропологічна складова соціального розвитку втілюється в царині організації, регулювання та контролю її, людини, дій, що в цілому термінологічно відбивається в понятті права. Раціоналістичні підмурки природно-правових теорій (та абстрактність, за яку їх постійно критикували й відкидали, зокрема й Г. В. Ф. Гегель) насправді синтезують античну агональну спрямованість напруження людських пошуків, середньовічну дисципліну схоластичних силогізмів, індивідуалістичний порив творчого генія Ренесансу зі спробами реформаторів у боротьбі проти католицької церкви, що занепадала, повернути християнству моральну автентичність. Надзвичайні наукові відкриття вже на початку Нового часу надали людському розумові неабиякої ваги, що на додаток до щойно переліченого стало втілюватися спочатку в релігійній та художній формі, а потім як всезагальність уже логічного гатунку — оформлюватися в досить незрозумілі тоді для багатьох ідеї прав людини як таких, що вона їх має мати за фактом самого свого існування. Перша спроба такого підходу в філософському обґрунтуванні ідеї невідчужуваних прав людини — кожної людини! — у Б. Спінози

викликала шалений спротив у юдейської свідомості його громади, що коштувало йому особисто надто дорого: трагічна доля видатного голландського мислителя відома. Але слід згадати і попередників такого роду сумнівів, що стали наріжними каменями принципово нової правосвідомості, а саме: ідеологів та діячів Реформації, і насамперед М. Лютера, який доклав надзвичайно багато зусиль для культурологічного обґрунтування нового погляду на людину, її призначення у світі — «покликання» та наполягання на певних принципах, що випливають з євангельських текстів, які мали надзвичайний вплив на формування нового типу правової (а також економічної, політичної тощо) свідомості.

Нас, звичайно, цікавить вплив на правосвідомість. Щодо першого, культурологічного, аспекту, то тут непересічне значення мав подвиг видатного мислителя — переклад Біблії народною німецькою мовою, що зробило Святе Письмо доступним фактично кожному, бо майже в кожній родині був хтось письменний. Щодо другого, яке значною мірою виходить з першого, то будь-яку працю «у поті лица свого» було визначено як служіння Богові, як «покликання» людини. Щодо третього, яке також впливає з першого та тісно пов'язане з другим, то науково коректним виглядає, як на нашу думку, звести його до таких принципів: 1) рівнодостоїнство; 2) індивідуальна відповідальність; 3) чесна праця. Стосовно впливу на правосвідомість останнє гранично коротко можна прокоментувати так: 1) усі рівні (кожен є рівним) перед Законом Божим, а тому стає очевидною вимога щодо рівності перед законом людським; 2) усі мають відповідати (кожен відповідає) за скоєне ним, і насамперед перед своїм сумлінням, тобто перед Богом; 3) усі мають (кожен має) слугувати Творцю своєю працею, щоб не робив, а тому зроблене є мірилом реалізації свого покликання, або, іншими словами, знаходить світоглядно-релігійне обґрунтування приватної власності як «священної», тому цей принцип іноді формулюється і як «культ чесної праці»¹.

Для суто філософсько-правового оформлення цих та інших ідей, що сьогодні втілено в конституціях величезної кількості країн, а також у багатьох міжнародних політико-правових актах, ці погляди, процеси та явища часів Реформації мали своєрідний пропедевтичний характер, що, зокрема, непрямо підтверджує й, наприклад, класичне дослідження М. Вебера «Протестантська етика та дух капіталізму», де розглядаються переважно економічні та соціологічні їхні аспекти, однак культурологічний та правовий складовим також приділено певну увагу [18]. Просвітництво Розум робить Богом, і хоча не є нашим завданням критика надто великих сподівань на перебудову життя на цих раціональних, тобто суто людських принципах (що відрізняють *homo sapiens* від інших істот), ми звернемо увагу на розуміння та тлумачення культури мислителями того часу як чогось майже антагоністичного природі та водночас відзначимо в такому розумінні відношень (культура-природа) певну суперечність. Остання полягає насамперед у постійному зверненні самих просвітителів до цього поняття та смислів, що в ньому закладено, а це є особливо важливим саме в філософсько-правовій, а також (у руссоїстському варіанті) і в педагогічній площині [19, с. 117–118].

¹ Такий конспективний висновок значною мірою зроблено як резюме ще одного дослідження Е. Соловйова: [17].

Іншими словами, культуру ми не будемо розуміти в зазначеному (домінуючому в епоху Просвітництва) на сьогодні вже історично обмеженому сенсі, а будемо апелювати до відправних точок зору в мисленні просвітителів, які завдяки зверненню до природних основ самої людини виокремили, втім, такі культурні смисли, які багато в чому впливають і на наше сьогоднішнє — і через освіту, і, що для нас є надзвичайно важливим, через право. Втім вважаємо за доцільне підкреслити, що соціальна ефективність останнього є більш вагомим завдяки його імперативній дієвості, але піднесення першого, освіти, у культуротворчому сенсі є більш важливим, оскільки йдеться про опору не на переважно негативні й руйнівні боки життя, як то відбивається значною мірою в праві, а на позитивні й творчо спрямовані, у чому полягає сутність освіти та виховання майбутніх (на кожен час) поколінь людей.

Сучасний російський історик філософії і культури та водночас один із провідних філософів права Е. Соловйов підкреслював не просто особливу, а надзвичайну роль епохи Просвітництва в праворозумінні — саме він красномовно визначив її як «коперніканський переворот». Е. Соловйов виокремлює основні ідеї у правовій галузі, що їх висунули просвітителі, а саме: правління законів, верховенства законів, освіченого законодавця та правителя. Вказується на те, що найбільше привертало увагу видатних мислителів цього часу, — ідея народного суверенітету (а не суверенітету монарха) та вчення про природне право як право рівних від природи людей. Їхню загальну світоглядну позицію, що спиралася на майже необмежену віру в могутність і також необмежені можливості людського розуму, він називає історичним та юридичним оптимізмом. Принизливе становище необґрунтованої залежності однієї людини від іншої на підставі лише досить умовної соціальної ієрархії має подолати раціонально обґрунтована позиція, що втілювалася в політичних гаслах свободи, рівності та братерства, а в поточному житті мала реалізуватися у відповідних правових засадах, що спиралася на філософську ідею автономії особистості. Ірраціональність домінування примітивної сили як основи ієрархічного блюзнірства залежності замінювалася раціонально обґрунтованим егалітаризмом, що спирався на природні засади і в юридичному оформленні. Раціональне мислення втілювалося насамперед у критичному ставленні до всього того, що існувало як характеристика людської взаємодії, апогеєм чого була нищівна критика церкви Вольтером, яку той гнівно викривав як основний чинник людських страждань і попередніх часів «темного» середньовіччя, і його сучасності, при цьому відразу ж зазначимо розмежування ним церкви та релігії — до останньої видатний мислитель ставився як до необхідного для людини, ставився також раціонально обґрунтовано, з точки зору надання їй необхідних для неї самої загальних правил. Останні мають кінець-кінцем також раціональне обґрунтування, оскільки як мінімум повинні стримувати людину від необдуманих афективних дій, притаманних, і визначальних, як на думку Вольтера, «неосвіченим низам». Іншими словами, йшлося про встановлення цих правил, обов'язковість яких надавала їм фактично правового характеру.

Відзначена загальна критична позиція просвітителів не могла не відбитися і на ставленні до державно-правових інституцій. Якщо звертатися до інших видатних постатей цієї епохи, крім Вольтера, то ці інституції були головною

мішенню в їхній боротьбі зі світовим злом. Е. Соловійов наголошує на цій думці і звертає увагу на висновки, які узагальнюють ставлення просвітителів до держави. Йдеться, звісно, про державу феодальну, але багато чого поєднує їхні міркування з відомим ставленням до держави як такої несамовитого християнина Августина (державна — згряя розбійників, злочинців), коли вони тлумачать її аналогічно, говорячи про злочинну державність: саме вона через свої механізми реалізує неправомірні зазіхання на свободу і життя людей для задоволення потреб і намірів обмеженої кількості тих, хто є причетним до влади.

Раціонально-логічні обґрунтування зазначеної позиції є незаперечними, а ми можемо додати і до думок самих просвітителів, і до думок Е. Соловійова, на якого спираємося в цьому дослідницькому епізоді [15], що значною мірою вони, ці обґрунтування, подаються в ракурсі, який через більш ніж століття отримає назву феноменологічного (тут немає нічого дивного, якщо згадати, яке значення відіграло поняття феномену в ті часи, наприклад, у кантівських міркуваннях, зокрема про освіту, а також про право і державу). Так, просвітителі виявляють, що право як зведена в закон воля правителя, як то було притаманне державі їхніх часів, — це є фактично беззаконням, оскільки кількість злочинів, скоєних владою, є незрівнянно більшою, ніж скоєних індивідами, головною причиною чого була залежність судів від влади, що необмежена репресія держави пов'язана з корупцією, вона придушує вільну волю взагалі, а не волю злочинця, що все це і є фундаментом злочинної державності. Якби вони використовували сучасну термінологію, то (можна в цьому навіть не сумніватися) йшлося б і про авторитаризм, і про тоталітаризм як сконцентроване відродження тієї державної злочинності, свідками якої були ці видатні мислителі. В їхній же термінології йшлося про деспотію (деспотизм) або тиранію. Е. Соловійов підкреслює неабияке значення того, що було зроблено Просвітництвом, звертає увагу на ідеї, які й обумовили той «коперніканський переворот» у галузі юриспруденції, значення якого неможливо переоцінити, як і значення досягнень самого М. Коперника для розвитку людства і людського (розумного, тобто раціонального) мислення. Вони доходять висновку щодо необхідності й обов'язковості такого ж розумного, тобто раціонального обмеження державного насилля, це перше, і щодо такої ж необхідності й обов'язковості зрівняння у правах усіх суб'єктів права, включаючи саму державу відносно навіть окремого індивіда, це друге. І на цьому слід особливо наголосити: державу в філософії права просвітителів було зрівняно у правах з індивідом. І ще слід зауважити: потім американці — Т. Джефферсон¹ (якого, як і Б. Франкліна, також можна зарахувати до просвітителів) у XVIII ст., а потім В. Вільсон² на початку ХХ ст. розвинули цю ідею в той бік, що за рівних вихідних умов сперечання чи то конфлікту індивіда і держави перший уже повинен мати перевагу в праві здійснення своїх прагнень, оскільки друга — то є юридична особа з величезною перевагою (у порівнянні з першим) у силі, можливостях, впливові тощо.

¹ Він був не тільки автором тексту «Декларації незалежності» та 3-м Президентом США (1801–1809), а й свого часу начальником міліції (народного ополчення) Вірджинії та засновником і першим ректором Вірджинського університету.

² Професор права і Президент Принстонського університету, 28-й Президент США (1913–1921).

Державою, де сьогодні права людини захищені найкраще в світі, визнана Англія, чому, звичайно ж, є пояснення й історичного характеру. Не слід, мабуть, нагадувати про непересічну пам'ятку правової думки *Carta Magna*, але витоки неперевершеної ідеї втручання Розуму в правову сферу у вченнях Т. Гоббса та Дж. Локка, за всіх відмінностей загальнофілософських та філософсько-правових позицій [3, с. 157–158], надали їхній батьківщині не тільки заслуженої слави, а й всесвітнього значення як взірцям подолання людським Розумом обмеженості стадних принципів організації суспільного життя і звільнення від ірраціонально-інстинктивних підмурків традиційного «закритого суспільства» (якщо використовувати термінологію А. Бергсона [20] та К. Поппера [21], що є вже також класичною). І якщо йдеться про XVII ст., то, звичайно, слід згадати й про голландського філософа Б. Спінозу, особисті нещастя якого, що майже вдвічі скоротили його життя, були результатом саме раціоналістичного обґрунтування того, що сьогодні є смисловим ядром праворозуміння — ідеї прав людини як рівних прав кожної людини, яких її ніхто не може позбавити.

Іншими словами, філософсько-правові вчення англійського та голландського Просвітництва XVII ст. — це вчення видатних філософів, які першими в Європі і у світі почали вирішувати відповідні проблеми з точки зору раціонального мислення вже нової якості, спираючись на суто наукову методологію (вже в сучасному значенні поняття науки), що її розробляли як представники емпіричного напрямку, починаючи з Ф. Бекона, так і напрямку раціоналістичного, починаючи з Р. Декарта. Якість цю звичайно визначають поняттями буржуазного та юридичного, як уже було зазначено, хоча слід обов'язково згадати і попередній релігійний досвід реформаційної спрямованості, про що йшлося, оскільки саме він був у підґрунті таких відомих і визначних історичних подій, як буржуазні революції в Голландії (початок XVII ст.) і в Англії (кінець XVII ст.), а потім, хоча вже дещо опосередковано, революцій XVIII ст. у США та Франції, які створили політико-правові документи неабиякої історичної значущості — «Декларацію незалежності США» та «Декларацію прав людини і громадянина»: філософсько-правові ідеї було інституалізовано в політико-правовій, а потім і в практичній юридичній площині. Опора на визначальні ідеї цих документів маркувала поступ країн західнохристиянської культури, а потім і всього людства в бік персоналістичного бачення індивідуальності та його усвідомлення й відбиття вже у правовій сфері. Ідея прав людини як рівних прав «кожної» людини була і нині залишається «лакмусовим папірцем» при визначенні стану суспільства та державного ладу в тій чи іншій країні. Вона набула такого значення через визнання її масовою свідомістю, через таку ж масову оцінку як одного з найголовніших досягнень людства, як неперевершеного надбання, яке дає можливість творчої самореалізації «кожній» людині, що неймовірно збільшує загальний культуротворчий потенціал людства, а значить робить перспективи його розвитку, його майбутнє більш позитивним — саме через знищення чинників, що гальмують такий розвиток.

Звідси важливим виглядає і такий висновок: неврахування особливостей та основних (домінантних) тенденцій розвитку нашого часу як «другого осьового» (справа не в назві, а в суті) слід розцінювати як спроби повернення в часи, що зникли або продовжують зникати, і відтворення тих типів відносин, які за межа-

ми офіційно потестарних, а значить урегульованих у правовий спосіб, відроджують відносини залежності однієї людини від іншої на тлі елементарного, тобто примітивного насильства. Таким чином, минуле існує в сучасності як відчутне гальмо раціонально обґрунтованого поступу людства в бік гуманізації людського співіснування через юридичне оформлення суто правових відносин з неодмінною часткою (яка до того ж має зростати) морального напруження, що в сучасній термінології відбивається, зокрема, в понятті соціальної, а точніше — правової та соціальної держави. Набуття ж самою державою інструментального характеру через вироблені новочасними теоріями природного права принципи суспільного контролю, демократичних процедур та розподілу повноважень державної влади стає необхідністю не тільки державно-правового чи то економічного значення, а й значення загальносоціального. Забезпечення можливості вільного розвитку творчих здібностей кожної людини (через реальне забезпечення її — кожної людини — рівних прав) створює й креативне суспільство, здатне вирішувати практично всі проблеми, що постають як перед окремими країнами, так і перед людством у цілому.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Максимов С. Від головного редактора / С. Максимов // Філософія права і загальна теорія права. — 2012. — № 2. — С. 9–13.
2. Литвинов О. М. Культура, техніка і право: філософські нотатки стосовно історичних аспектів взаємодії / О. М. Литвинов // Вісн. Луган. держ. ун-ту внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка : Спецвип. № 7: Правова політика і правова реальність. — Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2010. — С. 120–131.
3. Зеельман К. Особистість і привинення: від Просвітництва до філософії ідеалізму / К. Зеельман // Філософія права і загальна теорія права. — 2012. — № 2. — С. 156–165.
4. Пригожин И. Порядок из хаоса: Новый диалог человека с природой : пер. с англ. / И. Пригожин, И. Стенгерс. — М. : Прогресс, 1986. — 432 с.
5. Крымский С. Б. Наш разговор длиною в жизнь : цикл интервью / записала Т. А. Чайка. — К. : Изд. дом Сергея Бураго, 2012. — 436 с.
6. Князева Е. Н. Основания синергетики / Е. Н. Князева, С. П. Курдюмов. — СПб. : Алетей, 2002. — 414 с.
7. Рабош В. А. Синергетический подход к проблеме устойчивого развития образования / В. А. Рабош // Філософія образования. — 2008. — № 2 (23). — С. 5–12.
8. Лосев А. Ф. Эстетика Возрождения / А. Ф. Лосев. — М. : Мысль, 1978. — 623 с.
9. Каган М. С. К проблеме переходного типа культуры / М. С. Каган // Античная культура и современная наука. — М. : Наука, 1985. — С. 317–320.
10. Ясперс К. Філософська вера. Перва лекція. Поняття філософської вери / К. Ясперс // Смысл и назначение истории : пер. с нем. — М. : Политиздат, 1991. — С. 420–431.
11. Філософський енциклопедичний словник / голова редкол. В. І. Шинкарук. — К. : Абрис, 2002. — 738 с.
12. Ясперс К. Истоки истории и ее цель / К. Ясперс // Смысл и назначение истории. — С. 27–286.
13. Литвинов О. М. Про поняття «культура» як правову категорію (до філософської постановки питання у культурологічній площині) / О. М. Литвинов // Вісн. Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Сер.: Філософія, філософія права, політологія, соціологія : зб. наук. пр. — 2012. — № 3 (13). — С. 218–222.

14. Гегель Г. В. Ф. Основы философии права, або Природне право і державознавство : пер. з нім. / Г. В. Ф. Гегель. — К. : Юніверс, 2000. — 336 с.
15. Соловьев Э. Ю. Личность и право / Э. Ю. Соловьев // Прошлое толкует нас : Очерки по истории философии и культуры. — М. : Политиздат, 1991. — С. 403–431.
16. Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления / С. И. Максимов. — Харьков : Право, 2002. — 328 с.
17. Соловьев Э. Ю. Время и дело Мартина Лютера / Э. Ю. Соловьев // Прошлое толкует нас. — С. 54–126.
18. Вебер М. Протестантская этика и дух капитализма / М. Вебер // Избр. произведения : пер. с нем. — М. : Прогресс, 1990. — С. 44–271.
19. Ваховский Л. Ц. Западноевропейская философия воспитания эпохи Просвещения / Л. Ц. Ваховский. — Луганск : Альма-матер, 2000. — 292 с.
20. Бергсон А. Два источника морали и религии / А. Бергсон ; пер. с фр., послесл. и примеч. А. Б. Гофмана. — М. : Канон, 1994. — 384 с.
21. Поппер К. Р. Открытое общество и его враги : пер. с англ. / К. Р. Поппер. — К. : Ника-Центр, 2005. — 800 с.

Литвинов О. М. Роль теорій природного права у створенні сучасного світу (до питання про «другий осьовий час»)

Анотація. На основі культурологічного підходу в процесі осмислення ролі класичних теорій природного права Нового часу обґрунтовується точка зору щодо їхньої вирішальної ролі у створенні фундаментальних підмурків сучасної правової реальності. Висувається гіпотеза про особливість розвитку людства з періоду XVI–XVII ст. до сьогодення, коли вирішального значення набувають наука, техніка і особливо право, що якісно кардинально змінило світ в економічному та політичному вимірах, і що надає підстави вважати цей період «другим осьовим часом» в історії. У вимірі правовому для такого твердження головним аргументом є поширення та інституалізація ідеї прав людини як рівного права «кожної» людини.

Ключові слова: синергетичний метод, філософія права, Новий час, Просвітництво, раціоналізм, теорії природного права, права людини, «осьовий час», «другий осьовий час».

Литвинов А. Н. Роль теорій естественного права в создании современного мира (к вопросу о «втором осевом времени»)

Аннотация. На основе культурологического подхода в процессе осмысления роли классических теорий естественного права Нового времени обосновывается точка зрения относительно их решающей роли в создании фундамента современной правовой реальности. Выдвигается гипотеза об особенностях развития человечества в период XVI–XVII вв. до настоящего времени, когда решающее значение приобретают наука, техника и особенно право, что качественно кардинально изменило мир и в экономическом, и в политическом измерениях, и что дает основания считать данный период «вторым осевым временем» в истории. В измерении правовом для такого утверждения главным аргументом являются распространение и институализация идеи прав человека как равного права «каждого» человека.

Ключевые слова: синергетический метод, философия права, Новое время, Просвещение, рационализм, теории естественного права, права человека, «осевое время», «второе осевое время».

Lytvynov O. An Importance of the Natural Law Theories in Creation of the Modern World (to the Issue of «The Second Axial Age»)

Summary. The point about decisive role of classical natural law theories of the New Age in creation of foundation of modern legal reality is justified on the basis of cultural studies approach. It is offered the hypothesis about peculiarity of mankind's development from the period XVI–XVII centuries up to date, when the science, technology and especially law gain in decisive importance. It qualitatively changed the world both in economical and political dimension that gives reasons to consider this period in history as «the second axial age». The main argument for such statement in legal dimension is spreading and institutionalization of the idea of human rights as an equal right of «every» person.

Key words: synergetic method, philosophy of law, New Age, Enlightenment, rationalism, theory of natural law, human rights, «axial age», «the second axial age».

ПРО РЕЛІГІЙНУ ТРАДИЦІЮ У ПРАВІ



Д. ВОВК

*кандидат юридичних наук,
асистент кафедри теорії держави і права
(Національний університет
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)*

Праву як суспільному феномену властива історичність. Історичність права означає не просто наявність певного правового минулого, на яке спирається право сьогоднішнє або через яке ми можемо краще зрозуміти сучасний етап буття права. Історичність проявляється у вигляді правових традицій, що зумовлюють особливості існування якогось правового явища чи правової системи у цілому. Інакше кажучи, правова традиція — це поняття, яке характеризує специфічність ідеального і матеріального буття права у контексті уявлення про його історичний розвиток.

Однією з найпотужніших у праві є релігійна традиція, яка, відповідно до нашого визначення правової традиції, відображає специфіку правової системи, зумовлену впливом певної релігії на неї. Дослідження релігійної правової традиції дає можливість побачити, як і якою мірою релігія в усьому розмаїтті її проявів визначила і продовжує визначати історичний розвиток права того чи іншого суспільства. Кожній релігійній традиції у праві властива низка рис, що можуть бути поділені на дві групи: сутнісно-функціональні риси (спільні для всіх релігійних правових традицій, тобто такі, що відображають природу цих традицій та їх роль у правовій системі), а також змістовні риси (властиві кожній конкретній традиції, тобто такі, що дозволяють відмежувати одну релігійну правову традицію — християнську, ісламську, іудейську, індуську тощо від іншої). До сутнісно-функціональних рис, які, таким чином, дають можливість побачити природу релігійної традиції у праві, ми відносимо: 1) момент виникнення традиції; 2) наявність специфічних джерел традиції; 3) сферу дії традиції; 4) чинники поширення традиції; 5) експансивний характер традиції та шляхи її експансії.

Момент виникнення релігійної правової традиції відображає перетворення релігійного впливу на право з потенційного у реальний. Кожна релігія, відштовхуючись від власного розуміння священного, формулює або прагне сформулювати достатньо повну картину світу, в якій би містились відповіді на всі основні питання життя віруючого¹ або, мовою Ю. Габермаса, певна життєва форма була

¹ Т. Масарик, чеський філософ і державний діяч, писав, що релігія «захоплює людину, її думки, почуття та дії, усе її життя; вона заволодіває народами і цілими суспільствами... Немає нічого більш творчого, нічого більш загального від релігії [1, с. 214].

структурована у цілому [2, с. 244]. У багатьох релігіях (напевно, в усіх розвинених релігійних системах) ця картина світу включає також і право та державу як важливі складові суспільного устрою.

Однак релігійне ставлення до державно-правової дійсності само по собі не утворює релігійну правову традицію. Розуміння останньої як специфіки буття правової системи, зумовленої релігійним впливом, приводить до висновку про те, що ця традиція виникає, коли виникає цей вплив, тобто коли релігія починає визначати формування і функціонування права у соціумі. З урахуванням цього можна уявити ситуацію, коли в якійсь релігії на нормативному чи доктринальному рівні представлена правова «тематика», але правова традиція на ґрунті такої релігії не виникла через відсутність її (релігії) впливу на правову систему. Виникнення правової традиції може історично збігатися з виникненням самої релігії (наприклад, у мусульманстві, де формування ісламської релігії і держави на чолі з пророком Мухаммедом та його нащадками йшло паралельними шляхами, або в іудаїзмі, де, зокрема, Тора є переплетінням релігійних, моральних, правових і навіть технічних (наприклад, щодо технології обробки землі) приписів, що від самого початку мали характер «живого», тобто застосовуваного на практиці, комплексу нормативного регулювання) або не збігатися (наприклад, у християнстві, в якому говорити про виникнення правової традиції можна не раніше III–IV ст. н. е., коли християнська релігія набуває статусу дозволеної та згодом державної у Давньому Римі).

Кожна правова традиція має свої джерела, з яких вона виростає як чинник розвитку правової системи. У широкому розумінні джерелом релігійної правової традиції є та релігія, на ґрунті якої традиція виникає. У вузькому розумінні джерелами релігійної правової традиції є певні складові релігійної системи. У цьому аспекті ми виокремлюємо змістовні й формальні джерела традиції. До змістовних джерел належать релігійні норми, релігійна доктрина та в цілому уявлення християн про право і державу, а також релігійна практика (діяльність).

Релігійні норми, тобто правила поведінки прихильника певної релігії у його відносинах з іншими людьми та священним, є невід'ємною складовою кожної релігії. Йдеться про будь-які види нормативності, що охоплюють різні сфери суспільних відносин (перш за все релігійні, а також етичні, політичні, економічні, естетичні відносини тощо). Досить часто у розвинених релігіях оформлюється своєрідний «правовий» блок норм, спрямованих на регулювання відносин передусім усередині релігійної громади. Такий блок норм має назву релігійне право. Вираз «право», на нашу думку, тут достатньо умовний; за сферою дії, предметом регулювання, структурою, характером відповідальності за їх порушення і санкцій ці норми сутнісно є релігійними або релігійно-корпоративними, однак у певних історичних ситуаціях (наприклад, у монорелігійному соціумі чи теократичній державі) вони можуть ставати правом у власному сенсі, тобто сукупністю норм, що офіційно визнані і мають у суспільстві характер загальної обов'язковості.

Із наведеного випливає суттєва особливість релігійних норм як джерела релігійної традиції у праві. Вони є і джерелом традиції, і одночасно її проявом, коли зазначені норми є складовою не лише релігійної, а й правової системи.

У секуляризованих правових системах релігійні норми переважно виконують роль джерела відповідної релігійної правової традиції і впливають на розвиток права опосередковано (наприклад, біблійні приписи про заборону одностатевих зв'язків (Рим. 1:27) є одним з аргументів проти введення у законодавстві інституту одностатевого шлюбу чи партнерства). Іноді у таких правових системах релігійні норми можуть санкціонуватися державою, однак йдеться переважно про норми символічного характеру (наприклад, у вигляді встановлення вихідного у день релігійного свята, іноді складання присяги на релігійному тексті тощо). У синкретичних правових системах, де право не відокремлене від релігії, релігійно-правові приписи є як джерелом, так і проявом відповідної релігійної традиції (наприклад, у Державі Ізраїль норми іудейського права є як чинником розвитку законодавства та прецедентного права, так і безпосередньо діючим правом в окремих сферах суспільних відносин).

Під релігійною доктриною у даному випадку ми розуміємо систему релігійних поглядів на певні явища, засновану на уявленні про священне. Релігійна доктрина у сфері права, так само як і релігійні норми, може бути і проявом релігійної правової традиції, коли вона визнається джерелом права (наприклад, іджма у мусульманському праві). В умовах світської державності доктрина виступає одним із чинників правоутворення, виражаючи бачення розвитку правового регулювання в цілому або його окремих аспектів, що пропонується від імені певної соціальної групи — релігійної громади її інститутами або окремим релігійними діячами (богословами, теологами). Приміром, Основи вчення Російської православної церкви про гідність, свободу і права людини втілюють доктринальне розуміння цієї церквою цих засадничих для європейського права категорій і можуть розглядатися як російсько-православний підхід у цій сфері, що в умовах постсекулярного світу має право на участь у правовому дискурсі (інша справа, що пропонується у вказаному церковному акті й у цілому з боку даної церкви позиція значною мірою обмежує можливості діалогу між релігійним і світським сприйняттям феномену основоположних прав¹).

Важливим джерелом релігійної правової традиції є релігійна практика, під якою у даному випадку слід розуміти діяльність релігійно вмотивованих осіб, релігійних громад та їх інститутів (церков, об'єднань тощо), що впливає на формування і функціонування права. Дослідження релігійної практики як джерела традиції є важливим із декількох причин.

По-перше, звернення до релігійної практики має особливе значення в умовах відносної слабкості чи неоформленості релігійної доктрини.

По-друге, без аналізу релігійної практики неможливо досягти об'єктивності в оцінці релігійного впливу на право, адже діяльність досить часто може бути опозиційною релігійним нормам чи доктрині і при цьому справляти не менший вплив на право, ніж нормативний чи доктринальний елементи. Підкреслимо, що

¹ Йдеться і про недостатню обґрунтованість прав людини з позицій православно-правової культури, про що пише С. Максимов [3, с. 130], і про суперечливість концепції основоположних прав у документах православних церков України і Росії, що відмічає П. Рабінович [4, с. 11], а також і про певну вимушеність, зовнішність сприйняття ідей прав людини з боку українського, а ще більше російського православ'я, що підтверджується вельми неоднозначною практикою згаданих церков у цій сфері.

йдеться не лише про традиційно згадувану опозицію «добра норма чи доктрина — погана практика», якою зазвичай пояснюють хрестові походи, інквізицію, виправдання соціальної нерівності, заперечення важливих досягнень прогресу (наприклад, щеплення), потурання і навіть культивування нетолерантності (А. Сулима Камінський вказує, що попри неодноразову заборону Святим Престолом антиюдейських процесів за звинуваченням у ритуальних вбивствах, до таких процесів у Речі Посполитій активно долучалися навіть католицькі єпископи [5, с. 81]), що мали місце в історії християнських церков. Ситуація може бути і протилежною, адже відмова від певного жорстокого покарання, вказаного у Біблії чи Корані, навряд чи вкладається у згаданий хід думок.

По-третє, врахування релігійної практики важливе ще й тому, що практика стає способом корегування релігійних догматів. Ми вже зверталися до проблеми заборони одностатевих зв'язків, що присутня в кожній авраамічній релігії. Є очевидним, що ця заборона, яка зберігається і в доктринах християнських церков, достатньо важко узгоджується з толерантністю як важливим етичним постулатом сучасного права. Однак сьогодні у багатьох американських церквах на вході можна побачити веселку (символ людей із нетрадиційною сексуальною орієнтацією), що можна розцінювати як крок на шляху до толерантного ставлення до таких осіб, який відбувається саме на рівні релігійної практики.

І по-четверте, релігійна практика як джерело релігійної традиції важлива ще й тому, що іноді усталена релігійна діяльність може зберігатися навіть у ситуації відмови від її догматичної підстави, наприклад, збереження рукоположення у священний сан тільки чоловіків (винятки становлять окремі протестантські церкви, де наділення жінки священним саном має місце¹).

Поряд зі змістовними джерелами релігійної правової традиції потрібно також виокремлювати джерела формальні, які становлять способи оформлення змістовних джерел. Перелік цих джерел значною мірою залежить від специфіки кожної конкретної релігії і навряд чи може бути вичерпно визначений. Релігійні норми і релігійна доктрина формалізуються у священних текстах, актах релігійних громад, церков, інших релігійних об'єднань чи їх окремих органів, працях та життєписах авторитетних релігійних діячів (наприклад, хадіси — оповідання про життя пророка Мухаммеда утворюють Суну — одне з джерел мусульманського права). На ранніх етапах розвитку людства релігійні приписи чи настанови могли також закріплюватися і в усній формі (наприклад, Усна Тора в іудаїзмі, так звані «приклади» (*exempla*), тобто невеличкі повчальні історії з релігійно-моральним змістом, у середньовічному християнстві, які часто торкалися етико-правових питань). Релігійна практика виявляється у вигляді церковної нормотворчості, формулюванні фактичної позиції релігійної громади, церкви, об'єднання з певних питань поза межами нормотворчості, взаємодії з іншими суспільними інститутами (державою, іншими конфесіями) тощо.

¹ Цікаво, що ідея про можливість рукоположення жінок лунає ще в «Утопії» Т. Мора, який, до речі, був канонізований католицькою церквою, хоча, як зауважує Л. Донскіс, можливо Мор просто іронізував у цій ситуації [6, с. 157].

Вирізнення формальних джерел важливе в науковому плані. Аналіз священних текстів дає можливість побачити метафізичний образ права, закладений у певній релігії. З церковних і подібних актів, доктрини, усних джерел, практично можна вивести розвиток цього образу в реальних правових системах.

Поширення певної релігії у суспільстві, збільшення її значення як чинника соціального життя приводить до ситуації, коли джерела релігійної правової традиції починають формувати останню; традиція з потенційної перетворюється на дійсну, стає реальністю правової системи. Релігійні норми, положення правової доктрини можуть санкціонуватися у вигляді норм позитивного права або ж становити один із вагомих факторів правостановлення, впливаючи на законодавця при виборі того чи іншого варіанта правової регламентації суспільних відносин, а також на правосвідомість і юридично значущу поведінку суб'єктів права, які є віруючими або (особливо у світських державах) носіями релігійної етичної і правової традицій навіть без позиціонування своєї релігійності. Аналогічний вплив на право здійснює і практика діяльності релігійної громади, її інституційних утворень, окремих релігійних діячів. Крім того, у синкретичних чи частково секуляризованих правових системах самі ці релігійні інститути можуть набувати характеру правових установ (наприклад, церковні суди та органи управління в історії країн Європи, рабинські суди у сучасному Ізраїлі) і ставати суб'єктами правостановлення і правозастосування, включаючи правосуддя.

Питання сфери дії традиції у правовій системі (у тому числі і релігійної традиції у праві) має два виміри: зовнішній і внутрішній. Зовнішній вимір пов'язаний із відповіддю на питання, на які правові системи світу поширюється традиція, а внутрішній вимір відображає сферу поширення традиції всередині правової системи.

У зовнішньому вимірі релігійні правові традиції можуть бути присутні в одній або декількох правових системах. Це зумовлено і специфікою самої релігії (наприклад, іудаїзм як релігія єврейського народу а р'іогі пов'язаний лише з правовою системою Держави Ізраїль як втіленням єврейської державності), і ступенем її поширення у світі (правові традиції світових релігій — християнства, ісламу, буддизму — присутні у праві різних держав, натомість народні вірування Китаю, поєднані з релігійно-філософською системою конфуціанства і маоїстською інтерпретацією марксизму, є джерелом правової традиції виключно цієї країни). Релігійні правові традиції, що охоплюють низку правових систем, є за своєю природою плюралістичними, тобто їм властиві як спільні риси, які дозволяють ідентифікувати відповідну традицію як таку (приміром, ісламська правова традиція включає негативне ставлення до місцевих звичаїв, так званих адатів), так й одиничні і особливі характеристики, які дозволяють побачити зв'язок певної релігії з конкретною правовою системою. Така плюралістичність релігійної традиції у праві може пояснюватися як внутрішньорелігійними чинниками (наприклад, конфесійний поділ у християнстві, діяльність певних релігійних громад чи окремих релігійних діячів), так і зовнішніми моментами (історією розвитку країни, рівнем секуляризованості права і держави, глибиною проникнення релігії у суспільну свідомість тощо). Як приклад зовнішньої детермінованості релігійної правової традиції можна згадати Туреччину, де в

результаті історичних подій (передусім падіння Османської імперії і діяльність М. Кемалю Ататюрка) роль ісламської традиції у праві значно знизилась (особливо це стосується позитивного права, правозастосування, юридичної освіти, меншою мірою правосвідомості, юридично значущої поведінки), а мусульманське право фактично було витіснене із системи права, здебільшого перетворившись із прояву традиції (тобто діючих норм, що має місце у більшості ісламських країн) в її джерело.

Внутрішній вимір сфери дії релігійної правової традиції є питанням більш складним. Універсальність релігії як світогляду, форми свідомості, способу освоєння дійсності, нормативного регулятора зумовлює, що потенційно релігійна традиція може охоплювати всі елементи правової системи (нормативні, інституційні, ідеологічні складові тощо). Однак у сучасному праві традиція не відчувається у кожному елементі правової системи однаково, ступінь її проникнення у законодавство і правосвідомість, систему права і правопорядок, юридичну освіту і правореалізацію може бути різним¹. Причому логіка поширення релігійної традиції пояснюється не тільки і не стільки якимись суто релігійними закономірностями, скільки специфікою відносин, що становлять предмет правового регулювання. Сферу дії релігійної традиції у праві можна уявити у вигляді трьох «кіл», які включають різні типи суспільних відносин.

Перше коло — релігійні відносини, що мають правове значення (сповідування релігії, стосунки між віруючими та їх об'єднаннями, державно-церковні відносини). Модель правового регулювання таких відносин завжди, свідомо чи несвідомо, будується на уявленні не про релігію як наукову абстракцію, а про історично домінуючу в суспільстві форму релігійності. У даному випадку йдеться не про закріплення чи не закріплення релігійних догматів у праві, а про принцип регулювання, що корелюється із суспільним уявленням про релігію, її місцем у житті соціуму. У цьому сенсі свобода віросповідання і державно-церковна автономія як основа правового регулювання релігійного життя в європейських країнах зросла у тому числі (хоча, безумовно, не лише) і на християнській правовій традиції, адже християнство містить необхідні ідеологічні елементи (передусім свобода волі людини, релігійність як акт волевиявлення людини і уявлення про церкву, що не ототожнюється ані з суспільством, ані з державою), з яких випливає (точніше, може впливати за певної інтерпретації) свобода віросповідання і ідея державно-церковної автономії. Натомість ісламська правова традиція, яка виходить з уявлення про державу як складову умми (ісламської общини, на чолі якої стоїть Аллах), меншою мірою схильна до сепарації держави і релігії, що відповідним чином впливає і на регламентацію релігійних відносин в ісламських країнах, і на сприйняття мусульманськими суспільствами змісту і обсягу свободи віросповідання.

Окремо у цій сфері відносин слід згадати про надання правового характеру релігійним обов'язкам і заборонам (йдеться про обов'язки і заборони неморального плану, наприклад, споживання їжі, виконання релігійних ритуалів тощо). У секуляризованих правових системах, як вже зазначалося, правове регулюван-

¹ Додамо, що і в історії майже відсутні приклади, коли правова традиція охоплювала всю правову систему.

ня релігійних відносин майже не торкається цього питання, крім деяких випадків на кшталт святкування релігійних свят, добровільної релігійної освіти тощо. У синкретичних або частково секуляризованих правових системах поєднання правового і релігійного обов'язку чи заборони є достатньо поширеним. Приміром, у Державі Ізраїль святкування суботи (шабат) є обов'язком правового характеру, через що у цей день не працюють чи обмежено працюють заклади торгівлі, харчування, транспорт тощо, які є кошерними (допустимими) для правдивого іудея.

Друге коло — відносини, що мають етичний вимір, тобто відносини, в яких суб'єкт права, визначаючи свою поведінку, спирається не лише на юридичну норму, а й на моральні чи релігійно-моральні уявлення. Релігія завжди пропонує своїм віруючим систему етичних принципів, достатньо просто пояснених і обґрунтованих. Ці принципи досить часто зберігають свою силу навіть в умовах атеїстичного світогляду і становлять один із чинників як правоутворення (зокрема і позитивізації норми права у законодавстві чи іншому джерелі права), так і правореалізації. Наприклад, релігійно-етичні погляди японського суспільства (зокрема, уявлення про карму, людину як колективну істоту, члена сім'ї, територіальної громади тощо) мають одним із наслідків на рівні законодавства обмежене застосування в японському праві інститутів звільнення від відбування кримінального покарання або умовно-дострокового звільнення, а на рівні юридично значущої поведінки — майже повну відсутність спроб втеч із в'язниць (людині, яка не пройшла шлях відбування покарання і не зняла ганьбу з себе і з колективу, членом якого вона є, просто нікуди йти, їй ніхто не надасть притулок).

Третє коло — відносини, що не мають релігійного чи етичного значення. Йдеться, наприклад, про відносини процедурно-правового характеру. Якщо зміст певного закону може бути оцінений із точки зору релігії або релігійної моралі (принаймні на рівні релігійних уявлень про справедливість), то процедура ухвалення закону, внесення до нього змін чи скасування навряд чи може бути об'єктом такої оцінки.

У елементах правової системи, що пов'язані з першими двома колами суспільних відносин, присутність релігійної правової традиції має системний характер, адже у даному випадку відбувається постійне перетинання релігійного і правового регуляторів. Інша справа, що у синкретичних соціумах і відповідних правових системах релігійна правова традиція домінує при встановленні правових норм та їх реалізації у суспільній практиці, а у секуляризованих правових системах релігія може лише запропонувати свій варіант правової регламентації, який не має ексклюзивного статусу і може бути відкинутий суспільством або державою. У елементах правової системи, які стосуються третього кола суспільних відносин, релігійна правова традиція присутня лише фрагментарно і навіть випадково. Так, приміром, канонічне право певною мірою вплинуло на розвиток юридичної техніки у країнах Європи. Французький юрист Р. Кабріак вказує, що кодифікації, проведені у канонічному праві (Декрет Граціана, Звід канонічного права тощо), стали «провісниками пробудження кодифікацій Нового часу» [7, с. 45]. Техніка інтерпретації юридичних текстів багато в чому завдячує схоластичному методу, розвиненому теологами

Середньовіччя. Однак цей приклад не є закономірністю і стосується саме впливу християнства на право, увага інших релігійних традицій до цих питань з огляду на деякі обставини (історичні умови, специфіка релігійних текстів, вестернізація права, у країнах, де поширені ці традиції, тощо) є значно меншою.

Сфера дії різних релігійних правових традицій є дуже варіативною. Вже зазначалося, що релігійна традиція в історії розвитку права ніколи не охоплювала правову систему повністю, завжди залишалося місце традиціям, заснованим на звичаях конкретного суспільства (наприклад, на згаданих вище адатах в мусульманському праві або давньоруських звичаях, що, вказує М. Козюбра, чинили настирливий опір християнському (візантійському) впливові [8, с. 5]), правовій рецепції чи акультурації тощо. Однак існували та зараз існують правові системи, на які вплив релігії мав і має суттєвий і навіть вирішальний характер, а сфера дії релігійної правової традиції у яких є досить широкою (правові системи християнських країн епохи високого Середньовіччя, ісламських держав, Ватикану, Ізраїлю, Індії та ін.). Усе це повертає нас до питання щодо чинників поширення релігійної традиції у праві.

Масштаб дії конкретної релігійної правової традиції визначається, на нашу думку, трьома основними моментами: 1) увагою релігії, яка є джерелом відповідної традиції, до відносин, які входять до сфери правового регулювання; 2) ступенем секуляризованості правової системи; 3) моделлю відносин між державою і релігійними інститутами.

Увага релігії до правових питань залежить від ставлення релігії до цього світу, місця людини у ньому, характеру діяльності людини задля досягнення трансцендентних цілей (наприклад, спасіння). Найбільш відомі й розвинені авраамічні релігії (християнство, іслам, іудаїзм) в аспекті згаданих цілей приділяють серйозну увагу поведінці віруючих в усіх сферах їх земного життя. Як наслідок релігійне регулювання часто перетинається з регулюванням правовим (у випадку секуляризованої правової системи) або накладається одне на одне (у випадку синкретичної або частково секуляризованої правової системи). І у першому, і у другому випадку це закономірно приводить до формування розвинутої релігійної правової традиції. Неавраамічні релігії (буддизм, народні вірування країн Південно-Східної Азії, певною мірою — індуїзм) не так зосереджені на цьому світі і лише в обмежених формах прагнуть встановлювати чіткі приписи поведінки своїх адептів (для прикладу можна порівняти ісламське і індуське право, в якому перше виглядатиме набагато більш, так би мовити, «юридичним», детально розробленим та доктринально забезпеченим). Тому і правові традиції, що виникають на основі цих релігій, є не такими потужними, однак, при цьому і право в очах відповідних суспільств зазвичай є менш важливим і цінним явищем порівняно з іншими нормативними регуляторами.

Вплив рівня секуляризованості правової системи на сферу поширення релігійної традиції у праві вже частково згадувався. Релігія за своєю природою завжди містить у собі претензію (у даному випадку ми не надаємо цьому слову негативного значення) на ексклюзивність. Правова система не є винятком. Поширюючись у праві, релігійна традиція з огляду на свою специфіку прагне акумулювати і переробити згідно з власним розумінням світу, суспільства, людини усі інші правові традиції (якщо вони, звичайно, перетинаються між собою).

У синкретичній правовій системі це виливається у максимально можливе поширення релігійної традиції, хоча, як зазначалося вище, ця традиція ніколи не охоплює правову систему повністю. У секуляризованій правовій системі це зробити важче, адже релігійна традиція там є тільки одним із варіантів бачення права та його розвитку, який існує поряд з іншими баченнями (а на ранніх етапах секуляризації релігійні підходи до права можуть взагалі відкидатися як такі, яскравий приклад – філософсько-правові концепції Просвітництва). Відповідно за стану секуляризації права релігійна традиція має природну тенденцію до звуження.

Із проблемою секуляризації пов'язаний і третій із виділених нами чинників поширення релігійної правової традиції – модель відносин між державою і релігійними інститутами (у випадку християнства – державно-церковних відносин). Сучасні розвинені правові системи існують в умовах державно організованого суспільства, причому держава об'єктивно є найбільш впливовим учасником суспільних відносин. З урахуванням цього в ситуації, коли держава ігнорує релігійні об'єднання або навіть за допомогою різних методів витісняє їх із соціального середовища (наприклад, в умовах тоталітарного режиму, коли релігія сприймається як прямий конкурент стверджуваної державою ідеології, як це було у Радянському Союзі чи нацистській Німеччині), роль релігійної традиції у праві знижується спочатку в позитивному праві, а згодом і у правосвідомості, юридично значущій поведінці тощо. У випадку коли стосунки між державою і релігійними об'єднаннями є помірковано сепараційними або коопераційними (і те й інше є проявом державно-церковної автономії), цей процес теж має місце, однак у менш масштабних і загрозливих для існування традиції формах. Нарешті модель відносин, коли держава й інститути панівної релігії взаємно проникають одне в одного (наприклад, клерикальна чи теократична держава), зумовлює зміцнення релігійної традиції у праві та поступове розширення сфери її дії.

З питаннями сфери дії релігійної правової традиції пов'язана ще одна характерна риса цієї традиції – її експансивний характер. Експансивний характер традиції означає, вона не є статичним явищем, їй завжди властива тенденція до розширення, якщо таке розширення можливе в умовах конкретної правової системи.

У літературі звертається увага на те, що експансія є властивістю кожної традиції як такої [9, с. 63], однак, очевидно, передумови експансивності у конкретних традицій можуть суттєво відрізнятися. У випадку релігійної правової традиції зазначена риса впливає з природи самої релігії як джерела традиції. Вже вказувалося, що кожна форма релігійності прагне запропонувати своїм прихильникам завершену картину світу. Феномен віри, на якому ґрунтується будь-яка релігія, зумовлює, що цю картину світу можна або прийняти (повірити), або не прийняти (не повірити)¹. Відповідно релігійний світогляд має вклю-

¹ Звичайно, це дещо спрощене уявлення, адже віра у певні релігійні догмати може мати різне обґрунтування. У християнстві це і «вірую, оскільки абсурдно» Тертуліана, і «розумію, щоб вірувати» П. Абеляра, і навіть вже у XX ст. «вірую у Тебе (йдеться про Бога. – Д. В.), мій єдиний притулок» Г. Марселя. Однак момент віри і загального прийняття певної картини світу має існувати завжди.

чати відповіді на всі важливі для віруючого запитання, зокрема, і у сфері права. Релігійний вплив прагне охопити всю правову систему, оскільки тільки тоді право можна повноцінно вбудувати у релігійну реальність (хоча, ще раз наголошено, дане завдання ніколи повністю не реалізується, цей процес нагадує математичну функцію, яка безкінечно прагне до нуля, але ніколи його не досягає). Воно (право) в очах віруючих чи релігійної громади не може бути частково виправданим із точки зору релігії. Умовно кажучи, законодавство, яке, наприклад, дозволяє контроль за вагітністю (у тому числі її штучне переривання), але забороняє евтаназію, не робить його для християнина наполовину відповідним християнській традиції (застосовуючи відому метафору, склянка для християнина у даному випадку завжди буде напівпорожньою). Інша справа, що і релігія у сучасному світі поступово відмовляється від явно невідповідних суспільній практиці вимог, сприяючи тим самим оновленню релігійної традиції, зокрема і у сфері права (наприклад, деякі протестантські церкви, а так само і окремі богослови визнають, що переривання вагітності з метою збереження життя матері чи у випадку якщо матір хворіє на ВІЛ, є можливим, хоча позиції більшості історичних християнських конфесій та їх першосвященників залишаються у питаннях абортів незмінно негативними).

Крім того, більшість історичних релігій усвідомлюють, що живуть у світі, що, принаймні певною мірою, рухається у напрямі секулярності (незалежно від того, чи має ця секулярність системний, як у християнських країнах, чи фрагментарний, як у мусульманському світі, характер). Одним із проявів такого руху є наявність у державі світського, вільного від прямого релігійного впливу права, існування якого *de facto* визнається. Сьогодні навряд чи можливо, наприклад, почути в ісламській чи буддистській країні (крім радикальних випадків) вимогу про скасування якогось кодексу на тій підставі, що він створений за західним зразком і не відповідає традиції нормотворчості відповідної релігії.

Оскільки питання експансії традиції пов'язане з питанням сфери її дії, то ця риса також може розглядатися у внутрішньому (експансія усередині правової системи) і у зовнішньому аспектах (поширення традиції у різних правових системах).

Яким чином відбувається експансія релігійної традиції у правовій системі, тобто як виявляється внутрішній аспект експансії? Тут можливі різні шляхи, які залежать від рівня секуляризованості права. У синкретичних правових системах ця експансія може спиратися на державний примус, за допомогою якого здійснюється витіснення з писаного права, практики реалізації і застосування норм права, юридичної науки і освіти ідеологічно інших підходів до права і правового регулювання. У секуляризованих правових системах примусове поширення традиції виключається, тому широка експансія навряд чи є можливою. Це, однак, не виключає прагнення такої експансії з боку релігійної громади та її інституційних утворень, які намагаються брати участь у правовому дискурсі та впливати на нього, а також у розробці документів, які визначають ставлення релігії до права і правових явищ (наприклад, прав людини), артикулюванні власної позиції з актуальних питань правового регулювання і донесенні її до суб'єктів нормотворчості.

Додамо також, що експансивний характер релігійної правової традиції породжує питання про небезпеку такої експансії у суспільствах, які засновані на верховенстві права. Однією зі складових останнього є світськість держави як правової організації суспільства, що може страждати під впливом розширення релігійної традиції. Це не означає, що у таких суспільствах має заперечуватися і витіснятися з права релігійна традиція як така (що, думається, не є корисним чи навіть можливим для правової системи, так само як і поглинання релігією права), однак суспільство і держава мають захищати правове регулювання від надмірного впливу, передусім шляхом забезпечення державно-церковної автономії.

У зовнішньому аспекті експансія релігійної правової традиції полягає в її поширенні за межі правової системи, у якій вона сформувалася. Таке поширення може відбуватися або разом з її джерелом — самою релігією, або без неї. У випадку навернення певного суспільства, завоювання чи іншого підкорення однієї держави іншою, що тягне за собою перехід у релігію завойовників, позначається і на праві, в якому поступово (іноді за допомогою публічно-владного примусу) починає оформлюватися традиція відповідної релігії. Як приклад можна згадати правову систему Стародавньої Русі, у якій після хрещення почала формуватися християнська правова традиція.

Експансія релігійної правової традиції можлива і поза розповсюдженням самої релігії, коли традиція поширюється саме як правове явище. Це знову ж таки може мати примусовий характер (наприклад, запровадження елементів мусульманського права на християнських територіях Османської імперії у XVIII–XIX ст.) або добровільно шляхом рецепції певних елементів правової системи, що існують як прояв відповідної традиції. Щодо останнього достатньо згадати, що феномен конституції як безумовно правового Основного Закону держави, що виражає угоду між державою і суспільством, ідеологічно має у тому числі і християнське забарвлення. Г. Єллінек писав, що індепенденти-пуритани під впливом біблійного вчення про союз Бога з його народом (йдеться про Старий Завіт) і вчення Ж. Кальвіна про християнську общину, яке було перенесено на державу, дійшли поглядів, що держава, подібно християнській общині, заснована на суспільному договорі, який одностайно має бути ухвалений усіма членами (політичного) спілкування [10, с. 490], формальним виразом цього договору виступає конституція чи конституційні акти. До цього можна додати, що німецький правник наводить окремий випадок зв'язку християнства і конституціоналізму¹. Тут, напевно, слід говорити про те, що релігійність як вільний вибір людини, що впливає з учення Христа, і на чому наполягали не лише філософи права Нового часу, а й отці церкви у ранньому Середньовіччі², поєднана з ідеєю чіткого розмежування мирського і релігійного, автоматично унеможлиблює виконання Біблією ролі основного закону держави, а Богом — гаранта політико-правового порядку у межах договору («завіту») (як це було у

¹ Власне і доктрина пуритан цим не обмежувалась. Д. Літл вказує, що ідеологія пуритан включала такі ідеї конституціоналізму, як природна свобода, державно-церковна автономія, певна міра релігійної свободи [11, с. 47].

² Короткий, але досить змістовний огляд думок отців християнської церкви стосовно свободи совісті див. у В. Новіка [12, с. 336–338].

старозавітній традиції) і породжує питання про світський «аналог» Біблії, яким у європейських країнах і стає конституція (порівняння Т. Пейном конституції з політичною Біблією не є лише фігурою мови [13, с. 178]), головною політичною функцією якої, за словами Г. Кельзена, є встановлення правових обмежень здійснення влади [14, с. 360]. У такому ж вигляді ідея конституції була перенесена у правові системи багатьох держав, що не належать до християнського світу.

Однак цей же приклад демонструє, що експансія релігійної традиції, коли вона відбувається виключно у правовій площині, може мати суто формальний характер. Приміром, аналіз державно-правової практики ісламських держав (особливо тих, в яких зберігається суттєвий вплив мусульманського права) дозволяє побачити, що конституція там не виконує роль основного закону, вона є свого роду «даниною моді» чи навіть декларацією, яка не породжує і не обґрунтовує обов'язків держави щодо суспільства, а справжнім основним законом залишається Коран.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Чапек К.* Бесіди з Томашем Масариком / К. Чапек ; пер. з чес. Лідія Кіцила ; післямова Михайла Нагорняка. — Л. : Астролябія, 2010. — 463 с.
2. *Хабермас Ю.* Между натурализмом и религией. Философские статьи / Ю. Хабермас ; пер. с нем. М. Б. Скуратова. — М. : Весь Мир, 2011. — 336 с.
3. *Максимов С. І.* Філософія права: сучасні інтерпретації: вибрані праці: статті, аналітичні огляди, переклади (2003–2010) / С. І. Максимов. — Х. : Право, 2010. — 336 с.
4. *Рабінович П.* Основоположні права людини: сучасні позиції православних церков Росії і України / П. Рабінович // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2010. — № 3. — С. 3–11.
5. *Камінський Сулима А.* Історія Речі Посполитої як історія багатьох народів, 1505–1795. Громадяни, їхня держава, суспільство, культура / А. Сулима Камінський ; пер. з пол. Я. Стріхи. — К. : Наш час, 2011. — 263 с.
6. *Донскіс Л.* Влада та уява. Студії з питань політики і літератури / Л. Донскіс ; пер. з англ. О. Буценка. — К. : Спадщина, 2012. — 277 с.
7. *Кабряк Р.* Кодификации / Р. Кабряк ; пер. с фр. Л. В. Головки. — М. : Статут, 2007. — 476 с.
8. *Козюбра М.* Дихотомія букви і духу права: виникнення проблеми, її аспекти та напрями вирішення / М. Козюбра // Наук. зап. НаУКМА. — 2008. — Т. 77 : Юридичні науки. — С. 3–8.
9. *Бондырева С. К.* Традиции: стабильность и преемственность в жизни общества : учеб. пособие / С. К. Бондырева, Д. В. Колесов. — М. : Изд-во МПСИ ; Воронеж : Изд-во НПО «МОДЭК», 2004. — 280 с.
10. *Еллинек Г.* Общее учение о государстве / Г. Еллинек ; вступ. ст. И. Ю. Козлихина. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. — 752 с.
11. *John Calvin's American Legacy* / ed. Thomas J. Davis. — New York : Oxford University Press, 2010. — 292 p.
12. *Вениамин*, игумен (Новик). Православие. Христианство. Демократия : сб. статей / игумен Вениамин (Новик). — СПб. : Алетея, 1999. — 368 с.
13. *Пейн Т.* Права людини / Т. Пейн ; пер. з англ. І. Савчак. — Л. : Літопис, 2000. — 283 с.
14. *Кельзен Г.* Кто должен быть гарантом конституции? / Г. Кельзен // Шмитт К. Государство: Право и политика / К. Шмитт ; пер. с нем. и вступ. О. В. Кильдюшова ; сост. В. В. Анашвили, О. В. Кильдюшов. — М. : Изд. дом «Территория будущего», 2013. — С. 353–370.

Вовк Д. О. Про релігійну традицію у праві

Анотація. У статті надається теоретична характеристика релігійної традиції у праві. Автор виокремлює низку сутнісно-функціональних і змістовних рис релігійної традиції. Перша група рис є спільною для усіх релігійних правових традицій, а друга — властива кожній конкретній традиції. До сутнісно-функціональних рис, які віддзеркалюють природу релігійної традиції у праві, відносять: момент виникнення релігійної традиції, наявність специфічних джерел традиції, сферу дії традиції, чинники поширення традиції, експансивний характер традиції та шляхи її експансії.

Далі поступово розглядається кожна із вказаних рис. Доводиться, що релігійна традиція у праві виникає, коли релігія починає визначати або суттєво впливати на формування і функціонування правової системи у соціумі. Виокремлюються змістовні і формальні джерела традиції. Акцентується увага на значенні релігійної практики як джерела традиції. Вказується, що сфера дії релігійної традиції у праві значною мірою залежить від специфіки суспільних відносин, які складають предмет правового регулювання. У зв'язку з цим виділяється три типи («кола») суспільних відносин, у регламентації яких системність релігійного впливу буде відрізнятися. Наводяться основні чинники і шляхи внутрішнього і зовнішнього поширення релігійної традиції у праві.

Ключові слова: право, релігія, правова система, правова традиція, джерела традиції, експансія.

Вовк Д. А. О религиозной традиции в праве

Анотация. В статье дается теоретическая характеристика религиозной традиции в праве. Автор выделяет сущностно-функциональные и содержательные черты религиозной традиции. Первая группа черт является общей для всех религиозных правовых традиций, а вторая включает черты, свойственные каждой конкретной традиции. К сущностно-функциональным чертам, которые отображают природу религиозной традиции в праве, относятся: момент возникновения традиции, наличие специфических источников традиции, сфера действия традиции, факторы распространения действия традиции, ее экспансивный характер и пути экспансии.

Далее последовательно рассматривается каждая из приведенных выше черт. Доказывается, что религиозная традиция в праве возникает в момент, когда религия начинает определять или существенно влиять на формирование и функционирование правовой системы в социуме. Выделяются содержательные и формальные источники традиции. Акцентируется внимание на значении религиозной практики как источника традиции. Указывается, что сфера действия религиозной традиции в значительной мере зависит от специфики общественных отношений, составляющих предмет правового регулирования. В связи с этим выделяется три типа («круга») общественных отношений, в регламентации которых системность влияния религии будет различной. Определяются основные факторы и пути внутренне-го и внешнего распространения религиозной традиции.

Ключевые слова: право, религия, правовая система, правовая традиция, источники традиции, экспансия.

Vovk D. On the Religious Tradition in Law

Summary. Theoretical description of religious tradition in law is presented. The author identifies a number of essentially-functional and substantive features of the religious tradition. The first group of features is common to all religious legal traditions, while the second group reflects particularities of a separate tradition. The author specifies such essentially-functional features of the religious tradition in law that reflect its nature as: the moment of the religious tradition nascence, specific sources of the tradition development, the scope of the tradition spreading, the expansive nature of the tradition and ways of its expansion.

Then each of the features is described. It is proved that the religious tradition in law arises when religion determines or significantly influences on formation and functioning of legal system in society. Substantive and formal sources of the tradition development are specified. Importance of religious practice as a source of the tradition is emphasized. It is argued that the scope of the religious tradition in law heavily depends on specifics of social relations, which are the subject of legal regulation. Therefore three types («circles») of public relations are highlighted. This classification is grounded on the ways and forms of religious influence on these public relations. The basic factors and ways of internal and external dissemination of the religious tradition in law are shown.

Key words: law, religion, legal system, legal tradition, sources of tradition, expansion.

ДВА ПАРТИКУЛЯРИСТИЧНИХ ПІДХОДИ ДО БАЛАНСУВАННЯ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРИНЦИПІВ¹



Х. РУЇЗ МАНЕРО

*доктор філософії, професор філософії права
(Університет Аліканте, Іспанія)*

Метою цієї статті є вивчення та критичний аналіз двох сучасних, відносно сучасних, напрямів робіт, які захищають партикуляристичний підхід у правових контекстах, представниками яких є Луїджі Феррайолі і Бруно Челано. В обох випадках вибір на користь партикуляризму пов'язаний із співвіднесенням між собою конституційних принципів. Утім масштаб поглядів дуже відрізняється для кожного з цих авторів. Різниця, по-перше, обумовлена тим, що погляд кожного із авторів на особливості конституційного регулювання прав у нашій правовій системі є дуже різним. По-друге, підходи названих вчених сильно розрізняються, оскільки автори розходяться у поглядах на те, на яку, власне, із ідеальних моделей регулювання конституційних прав, що кожним із них відстоюється, має бути схожим саме конституційне регулювання. Зайвим буде додавати, що обидва автори пояснюють, яке регулювання конституційних прав найдужче наближується до того варіанта, який кожен із них собі уявляє. По-третє, масштаб вибору на користь партикуляристичного підходу є дуже різним для кожного із цих авторів, оскільки рівень можливих конфліктів між правами в наших конституційних системах також розрізняється відповідно до реконструйованих концепцій кожного із них. Давайте подивимося.

У ситуації із Б. Челано має місце явний захист партикуляристичного підходу щодо всіх випадків суперечності між конституційними принципами і, ми

¹ Переклад з англійської мови С. Погребняка і О. Уварової.

маємо сказати, про партикуляристичний підхід до юридичної аргументації в цілому (і більше того, до практичного аргументування)¹. У випадку із Л. Феррайолі відстоювання партикуляризму, з одного боку, не представлено самим цим терміном (термін «партикуляризм» відсутній у його термінології); крім того, і понад усе: на думку Л. Феррайолі, і це добре відомо, у більшості справ колізія між принципами є просто очевидною, а тому може бути вирішена через застосування «абстрактних рішень», зокрема, через рейтинг або ієрархію конституційних принципів, до яких можна звернутися у будь-якій справі. І лише у надзвичайно невеликій кількості випадків таке ранжування або заздалегідь продумане абстрактне рішення не можуть бути застосовані. Для вирішення цієї незначної кількості справ Л. Феррайолі обирає — на противагу співвіднесенню принципів, як це має місце у загальному випадку, що відстоюється більшістю авторів-принципістів², — те, що він називає «рівною вагою». Така «рівна вага», на мою думку, є чистою альтернативою партикуляристичному підходу. Почнемо із поглядів Л. Феррайолі.

Залишковий партикуляризм Л. Феррайолі

Як я вже вказував, цей підхід не є явно партикуляристичним. Навпаки, відповідно до Л. Феррайолі, конституційні принципи значною мірою є ранжованими або являють собою ієрархію «в абстрактному вигляді», тобто поза і незалежно від особливостей конкретної справи. Першим із таких ієрархічних критеріїв є критерій, який ставить основні права, що складаються із простих імунітетів, а не правомочностей або повноважень, на вершину ієрархії. По-друге, Л. Феррайолі вважає «набагато більш важливими» всі основні права, у тому числі «соціальні права і права на свободу», які мають зайняти в ієрархії більш високе місце, аніж акти здійснення основних прав громадянської автономії, які також є повноваженнями. Висновок Л. Феррайолі є таким, що «у нас є три види основних прав — прості фундаментальні імунітети, права на певні свободи і права-повноваження — перші з яких мають перевагу над всіма іншими, в той час як третя група є підпорядкованою в загальній ієрархії усім іншим [2, с. 6; 3, с. 19–56; 4; 5, с. 44]. Ця ідея Л. Феррайолі щодо своєрідного рейтингу прав в її загальному вигляді зазнала критики з різних причин³, і я був змушений також її критикува-

¹ Див. серед інших текстів Б. Челано: «Якою має бути наука конституційного права», «Можливість бути скасованим і зважування. Про можливість стабільної версії», «Етичний плюралізм, партикуляризм і характеристика бажаності: потрібна модель», «Чи можемо ми вибирати між партикуляризмом і універсалізмом» — у книзі Б. Челано «Закон, справедливість, причини. Нариси 2000–2007» [1].

² Принципізм — система етичних норм, базована на таких моральних принципах, як автономія — свобода волі, благодійність — спрямування на творення добра, ненанесення шкоди і справедливість — у соціальному розподілі вигод і тягот. Прихильники принципізму вказують на те, що від самого початку історії людства більшість моральних рішень базується на цих моральних принципах, оскільки вони є частиною або є сумісними із більшістю інтелектуальних, релігійних або культурних переконань. — *Прим. ред.*

³ Серед критиків — П. Коммандуччі в статті «Проблеми сумісності між основними правами» [6], П. Салазар у статті «Обмеження на більшість і соціальна метафора контракту в демократичній теорії Л. Феррайолі. Два спірних питання» [7], Ж. Ж. Морезо «Про конфлікти між правами» [8].

ти в останній публікації в Доха. Я вважаю, що в нашій правовій системі всі основні права без винятку поступаються іншим або, навпаки, переважають над ними залежно від певного набору загальних обставин, тобто не працюють подібні ієрархії в абстрактному вигляді, вони не є справедливими для будь-якого можливого випадку. І я вважаю, зокрема, що концепція Л. Феррайолі включає в себе особливо сильну версію так званої «горизонтальної дії основних прав», їх нормативної сили щодо дій людей, що, на мою думку, не відповідає реальності нашої правової системи [9]. Не будемо зупинятися тут на цих відгуках, оскільки предмет нашої розмови становлять саме ті випадки, в яких, відповідно до концепції самого Л. Феррайолі, така ієрархія або «абстрактні рішення» є не застосовними. Йдеться, зокрема, про зіткнення між правами на певні свободи, правами, які відповідно до підходу самого Л. Феррайолі, не перебувають у ієрархічному зв'язку один з одним у наших конституційних текстах. У таких випадках колізія, на його думку, має вирішуватись не шляхом співвіднесення норм (або принципів), як це має місце у загальному випадку, і саме цей підхід відстоюється низкою авторів-принципістів, а шляхом врахування обставин конкретної справи (в його термінології, «справедливого балансування»). Давайте почнемо із тези, в якій Л. Феррайолі пояснює, по-перше, що, на його думку, розуміється під співвіднесенням (балансуванням) авторами-принципістами, і, по-друге, як насправді має розумітися таке співвіднесення, на його думку. Л. Феррайолі говорить таке: «Чинне право є єдиною мовою, доступною для застосування судьями з метою надання оцінки фактам, щодо яких їм потрібно винести рішення, таким як крадіжка або розтрата, здійснення свободи слова або наклеп, не тому, що вони зважують значення цих слів, тобто правила про крадіжку, розтрату, свободу преси чи наклеп (ми більше зважуємо, коли говоримо слова «стілець» або «крісло»), а тому, що вони оцінюють (або якщо хочете, зважують) унікальні характеристики обставин справи, що робить їх більш ідентифікованими і розумно використовуваними для кваліфікації таких обставин, як крадіжки, розтрата, законне використання свободи преси або завдання шкоди особистій гідності особи» [2, с. 8]¹.

Я, зі свого боку, думаю, перше, що має бути сказано про цей текст: Л. Феррайолі дає характеристику співвіднесення принципів між собою авторами-принципістами у термінах, в яких навряд хтось із них міг би впізнати себе: ніхто, наскільки мені відомо, не стверджував, що співвіднесення (або зважування) полягає у встановленні «ваги» щодо «значення слів». Такі автори вказують, що сукупність аргументів, що присутні за загальних обставин, можуть наводитись на користь кожного із конфліктуючих принципів. Можливо, то буде зайвим, але я проілюструю вказану ідею на одному прикладі, настільки звичному, що від нього вже могли втомитися: припустимо, ми маємо конфлікт між правом на приватність і свободою інформації, який проявляється у питанні, чи

¹ «Таке співвіднесення [...] призначене для застосування не щодо правил, а скоріше, до фактів з метою юридичної кваліфікації» [5, с. 47–48]. Із цього ж приводу Х. Руїз Манеро: «Якщо ми говоримо про «співвіднесення», то, як видається, більш правильно просто [...] сказати, що метою цього процесу є встановлення індивідуальної, унікальної і неповторної конотації фактів і ситуацій, оцінка яких завжди є різною, навіть коли вони стосуються тих самих правил» [9, с. 83].

можете ви легально розкрити певну інформацію про історію психіатричного лікування кандидата на посаду, скажімо, голови уряду. Стикаючись із подібною справою і виходячи із того, що немає заздалегідь передбаченого правила із визначення, яке із конфлікуючих прав має здобути пріоритет, ми маємо, згідно із принципіалістськими авторами, зважити аргументи на користь права на приватність і аргументи на користь свободи інформації, зважаючи на обставини цієї справи. І результатом такого зважування завжди є певне правило поведінки: наприклад, правило, що в ситуації із кандидатом на посаду голови уряду і психіатричним анамнезом свобода інформації переважає над правом на приватність (через важливість психіатричної здатності приймати рішення, часто серйозні та невідкладні, які доводиться приймати прем'єр-міністру, тощо). Природно, таке правило не визначає пріоритету свободи інформації над правом на приватність щодо будь-якої іншої справи, де постане колізія між цими двома правами. Наприклад, якщо йдеться про історію психіатричної хвороби кандидата у мери, а не прем'єр-міністри (напевно, можна стверджувати, що рішення, які доводиться приймати меру, не є настільки важливими, навіть якщо мер страждає на певний психічний розлад та ін.). Так само щодо кандидата на посаду голови уряду, якщо проблема полягає вже не в історії психіатричної хвороби, а, скажімо, йдеться про історію дерматологічної хвороби (яка жодним чином не впливає на здатність приймати рішення зі складних питань тощо). В усіх таких випадках ми завжди фокусуємось на рівні загальних обставин. Якщо у справі немає інших відповідних загальних обставин, що відрізняються від раніше розглянутої справи, обидві справи мають отримати однакові рішення, оскільки на них слід поширити одне й те саме правило.

Однак, за Л. Феррайолі, ми маємо зважувати аргументи не щодо кожного права, що вступає в конфлікт із іншим правом, в аспекті загальних обставин справи, а щодо індивідуальних обставин справи, «унікальних особливостей обставин справи», висловлюючись його словами. Погодьтеся, «зважування унікальних особливостей обставин справи», якщо читати буквально, є складним для розуміння виразом. Втім виходити із буквального розуміння було б несправедливо щодо Л. Феррайолі. Очевидно, він мав на увазі, як я думаю, що ми повинні зважувати аргументи на користь кожного конфлікуючого права у взаємозв'язку з унікальними особливостями розглядуваних обставин.

На мою думку, тим не менше, якщо ми не будемо розглядати такі «унікальні особливості», як окремі прояви загальних властивостей, в нас не буде жодного способу оперувати термінами, за допомогою яких ми спілкуємося із іншими. І ми навіть не зможемо зафіксувати їх якимсь чином, окрім як певного роду некомунікативну інтуїцію, що є також проявом інтерсуб'єктивного неконтрольованого¹. Рішення, яке ми відстоюємо в такий спосіб, не зможе бути представ-

¹ Звичайно, завжди є можливість віднайти «унікальні характеристики» у справі, які є такими, що піддаються комунікативній передачі, тобто можуть знаходити лінгвістичний вираз і не простежується при цьому певна комбінація типових властивостей. Так трапляється, якщо в нашому описанні справи ми використовуємо власні назви або певний опис особи чи осіб. Але розгляд особи чи осіб, що беруть участь у справі, так само як і їх власність, очевидно, вимагає явної відмови від претензій на універсалізацію, яка є невід'ємною частиною нашої ідеї обгрунтування.

лене в термінах, які призначені для обґрунтування; воно обов'язково буде здаватися довільним. Така ситуація має місце, оскільки наша ідея обґрунтування включає в себе ідею прагнення вирішувати схожі випадки схожим чином, або, іншими словами, ідею про те, що справи, в яких наявні ті самі прояви загальних властивостей, мають отримувати однакові рішення. У випадку колізії між принципами, що підлягають застосуванню, на мою думку і на протигагу Л. Феррайолі, необхідно розглянути підстави, за якими кожний принцип розглядається не з точки зору «нездоланої унікальності», а з позиції певного набору властивостей, що утворюють певні загальні випадки.

Загальний партикуляризм Б. Челано

Партикуляризм, який захищає Б. Челано, дуже відрізняється від підтримуваного Л. Феррайолі. На відміну від Л. Феррайоллі, Б. Челано визнає в загальних рисах бачення щодо співвіднесення, що переважно поширено серед авторів-принципіалістів. Л. Феррайолі, як ми бачили, дотримується тієї точки зору, що більшість конфліктів між принципами може бути вирішена за допомогою заздалегідь визначених «абстрактних рішень» і відзначає, що зважування щодо загальних випадків, яке відстоюють автори-принципіалісти, «є методом, що надмірно розширює судовий розсуд до точки, де суддя вже не підкорюється закону» [5, с. 47]. Б. Челано, навпаки, стверджує, що переважання того або іншого з принципів, що діють одночасно, завжди має визначатися залежно від обставин конкретної справи: тому для Б. Челано не існує нічого подібного до «абстрактних рішень». Навпаки, конституційне регулювання прав за допомогою заздалегідь визначених моделей, що названі Л. Феррайолі «абстрактними рішеннями», передбачає нерухоме співвідношення принципів, що не може, на думку Б. Челано, забезпечити «розумну, чуттєву дисципліну права» [1, с. 203]. Більше того, на протигагу думці Л. Феррайолі про те, що в конституційній мові «не повинні заохочуватися нечіткість і невизначеність у будь-якому випадку, і, навпаки, слід перевіряти і використовувати мову настільки вичерпно, наскільки це можливо» [10, с. 83], Б. Челано заперечує твердження, що наявність оціночних, а тому розпливчастих, термінів у нашій конституції і особливо в тих її положеннях, які врегульовують права, є дефектом. Конституційні положення, які одночасно приписують і умови реалізації права, і модель поведінки, яку воно захищає, викласти в суто описових термінах буде «часто неможливо», на переконання Б. Челано, оскільки це приведе нас до «абсурдних висновків» [1, с. 201].

Отже, Б. Челано визнає одночасно дескриптивну (описову) і прескриптивну (приписуючу) тези, які, як правило, вважаються характерними для принципізму. Описова теза складається із твердження, що, за нашими конституціями, врегулювання прав здійснюється централізовано через принципи, і характерним для принципів є те, що, з одного боку, вони характеризуються застосуванням дуже оціночних термінів для моделювання належної поведінки в своєму змісті. З другого боку, вони не визначають наперед умов, за яких той чи інший принцип буде переважати над іншими принципами. Нормативна теза полягає у твердженні про бажаність того, щоб конституційне регулювання прав виходило із узгодженого в своїй основі розуміння принципів.

Базуючись на цих вихідних тезах, Б. Челано спрямовує свою позицію із захисту партикуляризму на критику розуміння балансування (співвіднесення), що запропоноване Жозе Жуаном Морезо [1, с. 235; 11, с. 267]. У будь-якому разі критика з боку Б. Челано спрямована не тільки на точку зору Ж. Ж. Морезо, а в цілому на те, що ми можемо назвати типовим поглядом принципістів на балансування (співвіднесення). Зокрема, Б. Челано заперечує ідею, що результатом співвіднесення між собою двох принципів щодо загальних обставин справи є правило, яке передбачає виняток для врегулювання ситуації, щодо якої ми не маємо нічого, окрім двох конкуруючих принципів. Однак, віддавши належне критиці з боку Б. Челано, необхідно коротко нагадати, як саме ця ідея представлена у стандартному принципіалістському баченні. Як добре відомо, відправною точкою є те, що, як тільки-но було зазначено, принципи є нормами, які не визначають у своєму антецеденті, в будь-якій іншій умові свого застосування можливість вчинити дію, яка деонтично модалізована в її (нормі) консеквентні, і сама деонтична модальність існує тільки на перший погляд. На шляху від такої первісної деонтичної модальності до кінцевої деонтичної модальності має бути визначено, чи походить принцип, який розглядається в світлі певної справи, від іншого принципу, який, у зв'язку із цією справою, має більшу вагу. Якщо дотримуватися цього погляду, конституційні принципи, які встановлюють права, обов'язково перебувають у напрузі, оскільки в багатьох випадках права, що ними захищаються, одночасно будуть перебувати під дією інших принципів, що передбачають можливість вчинення дій, несумісних із такими правами. Або, іншими словами, оскільки в багатьох випадках дії, що є прикладами застосування того чи іншого права, передбаченого конституційним принципом, одночасно є також прикладом порушення іншого права, передбаченого іншим конституційним принципом, і навпаки. Продовжимо використовувати один із звичних прикладів: свобода інформації, з одного боку, повага честі й гідності або приватності — з другого, є конституційними правами, проте ми маємо багато випадків, коли використання свободи інформації включає в себе порушення честі або приватності, і багато прикладів того, коли повага до гідності або приватності обмежує використання свободи інформації. У такого роду конфліктах, як слідує із головної течії сучасної філософії права, можна сформулювати конфліктуючі права в гармонійній ієрархії, яка встановлює пріоритет кожного з них щодо інших, які могли б конкурувати із ним, але не у спосіб, запропонований Л. Феррайолі, тобто «в абстрактному вигляді» або для будь-якого можливого випадку конфлікту, але щодо певної категорії випадків (або, іншими словами, щодо загальних випадків). Це, я вважаю, ключова ідея стандартного погляду на співвіднесення між собою принципів, що розуміється як операція, що спрямована на конструювання правила, яке визначає пріоритет одного із них у випадках, що мають певний набір ознак. Наприклад, продовжуючи наведений вище приклад, правило, вироблене нашим Конституційним судом, відповідно до якого у випадках конфлікту між свободою інформації і правом на повагу честі та гідності, перше має пріоритет тільки у випадку, коли інформація стосується громадськості, є правдивою і передається без використання образливих виразів; якщо якась із названих вимог не виконується, пріоритет надається повазі до честі й гідності. Правила такого типу визначають остаточно, що має бути зроблено; таке

правило застосовується доти, поки не виникає новий окремий випадок, що відрізняється додатковою властивістю, яка не охоплюється вже виробленим правилом і є значущою настільки, що вимагає вироблення нового правила. Правила, що є результатом співвіднесення принципів між собою, вироблені органами правозастосування, не є, як і жодне правило, абсолютно стійкими; завжди існує можливість, що правило у випадках із несподіваними комбінаціями властивостей не зможе охопити їх собою, або іншими словами, що такі випадки виявляться прикладами аксіологічних прогалин¹.

Тим не менше, ці правила, у свою чергу, є відносно стабільними, оскільки вони остаточно визначають, що повинно бути зроблено, як я вже сказав, до тих пір, поки окремий випадок не встановить властивість, яка не охоплюється таким правилом, що буде вимагати перегляду існуючого правила. І в цьому випадку результатом, як уже зазначалося, стане нове більш точне правило. Стандартний погляд не передбачає відповідей, що були б правильними тільки для індивідуального випадку, оскільки відповіді є правильними або неправильними не щодо характеристик окремої справи, а щодо певного типу справ.

Ця ідея, що співвіднесення принципів між собою призводить до правила, наявність якого має значення у ситуації, в якій у нас є тільки конкуруючі між собою принципи, є об'єктом критики Б. Челано. За його словами, таке значення буде наявним тільки тоді, коли в результаті балансування принципів виробляється абсолютно стійке правило, правило, яке може бути сформульоване як умовно непереборне. Наявність не зовсім стійкого правила не виключає того, що баланс буде порушено будь-яким випадком, що матиме місце у майбутньому. А це означає, відповідно до ідеї Б. Челано, що балансування, яке розуміється таким чином, хоча і представляється як подолання партикуляризму, залишає партикуляризм недоторканим [1, с. 236].

Проте, це, на мій погляд, перебільшені висновки. Звичайно, Б. Челано правий, коли він говорить, що правило, яке виникає в результаті балансування між двома принципами для врегулювання певного випадку, є таким, що підлягає перегляду. Воно є таким, оскільки ми не можемо виключити можливість виникнення нового випадку, що буде відрізнятися певними характеристиками настільки, що потрібно буде вироблення нового правила. Щоб виключити таку можливість, ми повинні мати те, що Б. Челано назвав тезою кінцевої актуальності [1, с. 249; 13, с. 348–349], тобто критерій, за допомогою якого, апіорі, визначаються, по-перше, всі характеристики, що можуть мати значення, і, по-друге, всі можливі комбінації таких характеристик, що можуть бути представленими у майбутніх справах. Якщо у нас був би такий критерій, ми могли б, як вказав Ж. Ж. Морезо, реконструювати правову систему як набір правил, що не переглядаються, тобто «як набір умовних правил, антецедент яких є достатньою умовою концевента» [11, с. 286]. Але є очевидним, що визначення усіх характеристик, що можуть мати значення для справи, і усіх можливих комбінацій таких характеристик є чимось, що виходить за межі епістемологічних можливостей людських створінь. Утім, згідно із Ж. Ж. Морезо, «оскільки, звичайно,

¹ Поняття «аксіологічна прогалина» походить, як можна припустити, з роботи К. Альчуррона і Є. Булігіна [12].

неймовірно думати про регулярний перегляд всіх конституційних принципів, що включає в себе білль про права», «більш правдоподібною виглядає думка про різні стабільні версії, пов'язані із мікронаборами конституційних принципів» [11, с. 286], такі як – ми продовжуємо той самий приклад – мікронабір, до якого входять право на честь і недоторканність приватного життя і, по-друге, права на свободу інформації. На мій погляд, єдине, що станеться, якщо ми обмежимося мікронаборами, як їх запропоновано, це те, що виникнення можливості того, що певну властивість не взяли до уваги, буде менш ймовірним, ніж це було б, якби нам довелось охопити всі конституційні принципи. І справді, після того як викристалізувалася доктрина Конституційного суду про пріоритетність права на честь і приватність, наскільки мені відомо, нових справ, які б змушували її переглянути, не з'являлося. Це правило, як добре відомо, базується на властивостях значущості інформації для громадськості, її достовірності та невикористанні образливих висловів. Поява нової справи, характеристики якої вимагають перегляду вже існуючого правила, не може бути повністю виключена. Ми могли б звільнитися від такої необхідності повністю, якби мали можливість передбачити всі можливі значущі характеристики та їх комбінації, що будуть представлені в майбутніх справах. Але оскільки ми не маємо дару всезнання, ми ніколи не зможемо бути впевнені, що характеристики або їх комбінації, про які ми навіть не думали, не виявляться значущими для справи, і тому ми ніколи не можемо бути впевнені, що не з'явиться новий випадок, який вимагатиме перегляду вже існуючого правила. Відповідно, ми не можемо розумно розраховувати на абсолютну стабільність правил, вироблених у результаті співвіднесення конкуруючих принципів. Проте, на мою думку, це не означає, на відміну від того, що про це думає Б. Челано, що перехід від конкуруючих принципів до правила, яке виражає баланс між ними для певного набору випадків, є кроком, який залишає речі такими, якими вони були до того. Б. Челано правий, що крок від принципу А, що конкурує із іншим принципом Б, до правила, яке передбачає, що А переважає або поступається Б, у зв'язку із певним набором характеристик справи є переходом від одного правила, що підлягає перегляду, до іншого перегляданого правила. Наголошувати на цьому, однак, означає забувати, що можливість перегляду наявна в кожній із таких справ, у відповідний спосіб, і це, на мою думку, головний недолік підходу Б. Челано.

Висновок про те, що здатність до перегляду правила присутня у кожному такому випадку, є неминучим, якщо ми відштовхнемося від розуміння того, що різниця між простими справами і складними полягає в тому, що справа є простою, якщо дотримуються тільки дві умови: по-перше, ми маємо заздалегідь встановлене правило, під яке ми можемо підвести свій випадок, і по-друге, що застосування цього правила до нашого випадку не є спірним. Якщо це так, наявне правило, що встановлює відносини пріоритетності між двома принципами у світлі певного набору загальних обставин, підлягає застосуванню до кожного випадку, в якому загальний набір таких обставин присутній; відповідно, виконується перша умова для кваліфікації таких справ як простих. Друга умова – щодо відсутності спору з приводу такого застосування – буде виконуватися увесь час, допоки не з'явиться нова справа, що буде вимагати іншого нормативного рішення. Стверджуючи це, відбувається використання концепцій

К. Альчуррона і Є. Булігіна [12]: якщо щодо загального випадку ми маємо тільки конкуруючі між собою принципи, право констатує нормативну прогалину щодо справи, яка розглядається¹; нормативна прогалина заповнюється, коли ми маємо правило, яке передбачає, що у такій справі пріоритет належить одному із конкуруючих принципів.

Природно, наявність правил включає в себе усунення нормативної прогалини, але наявність правил не гарантує, що, стосовно справи, яка має нові характеристики, не виникне аксіологічна прогалина. Але так само, як наявність нормативної прогалини, означає, що будь-який випадок, який потрапляє до цієї сфери, є складною справою, що вимагає обговорення, спрямованого на вироблення правила для її вирішення. Можлива наявність аксіологічної прогалини означає, що ви не можете апріорно виключити можливість того, що випадок, який охоплюється дією правила, виявиться врешті-решт складною справою через наявність певних додаткових властивостей. Ці додаткові властивості повинні бути прийняті до уваги (або принаймні, якщо це ставити під питання, то якщо вони повинні бути прийняті до уваги), для того, щоб зіставити їх із іншим нормативним рішенням. Або, інакше кажучи: будь-який випадок, в якому немає заздалегідь встановленого правила, під яке можна підвести випадок, що виник, є складною справою. Випадок, який охоплюється дією правила, зазвичай є легкою справою, проте вона може стати складною, якщо можна буде стверджувати, або принаймні виникне щодо цього спір, що стосовно неї застосування заздалегідь встановленого правила призводить до оціночного неприйняттого рішення відповідно до балансу між принципами, що мають значення для справи. Це означає, якщо використовувати категорії Ф. Шауера [15, с. 91], що у першому випадку, коли ми маємо тільки принципи, орган правозастосування повинен уважно придивлятися до їх важливості щодо обставин справи. На противагу, у випадку, коли ми маємо заздалегідь встановлене правило, буде достатньо, якщо правозастосовний орган швидко на перший погляд визначить, що серед обставин справи немає жодної, яка не врахована правилом і могла б вимагати іншого нормативного вирішення відповідно до принципів. Природно, якщо такий поверховий погляд виявляє наявність обставин подібного роду, правозастосовний орган має уважно придивитися до справи. Тобто до співвіднесення принципів слід звертатися тільки у тому разі, коли на руках правозастосовця є тільки такі принципи. Це говорить про те, що справа набуде характеру складної. Але в цій ситуації так само наявність заздалегідь встановленого правила відрізняє її від ситуації, коли правила немає взагалі. Наявність такого правила означає, що у гру вступають не тільки ті принципи, що стосуються суті справи (субстантивні принципи), але і такі принципи (інституційні принципи), як принципи стабільності, передбачуваності, поваги до владного суб'єкта, що встановив правило, тощо. Отже, відмова від заздалегідь встановленого правила можлива тоді і тільки тоді, коли баланс субстантивних принципів, які підтримують відхилення від встановленого правила, переважає ті інституційні принципи, що мають відношення до цього правила.

¹ У цьому сенсі сформулював поняття нормативної прогалини Х. Руїз Манеро у праці «Деякі уявлення про право та прогалини у ньому» [14].

Отже, на закінчення ми можемо підсумувати дві особливості. По-перше, маючи задалегідь встановлене правило, багато випадків видаються, з першого поверхового погляду, легкими справами; це ті випадки, в яких правильність застосування одного й того ж правила не видається спірною. Друга особливість полягає в тому, що у тих випадках, для яких правильність застосування правила виявляється спірною, дискурс, спрямований на побудову балансу, який сформує основу для вирішення справи, не включає в себе ті самі складові, як у ситуації, коли застосуванню підлягають тільки субстантивні принципи, оскільки за наявності встановленого правила у гру також вступають інституційні принципи, пов'язані із таким правилом. З цієї точки зору, відмінність у підході, яка впливає із наявності задалегідь встановлених правил (на мою думку), також як і їх розумність (також на мою думку), жодним чином не є безглуздою чи несуттєвою, але явно важливою.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Celano B.* Derecho, justicia, razones : ensayos 2000–2007 / B. Celano. — Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009. — 510 p.
2. *Ferrajoli L.* El constitucionalismo entre principios y reglas / L. Ferrajoli // *Doxa*. — № 5. — 2012. — P. 6.
3. *Ferrajoli L.* Los fundamentos de los derechos fundamentales / Ed. by Antonio de Cabo and Gerardo Pisarello / L. Ferrajoli. — Madrid : Editorial Trotta, 2001. — 339 s.
4. *Ferrajoli L.* Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia / L. Ferrajoli // Vol. 1 : Teoria del diritto. — Laterza : Storia e società, 2007. — 757 p.; Vol. 2: Teoria della democrazia. — Laterza : Storia e società, 2007. — 713 p.
5. *Ferrajoli L.* Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista / L. Ferrajoli // *Doxa*. — 2011. — № 34. — P. 15–54.
6. *Commanducci P.* Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales / P. Commanducci [Електронний ресурс] — Режим доступу : http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=128&Itemid=27.
7. *Salazar Ugarte P.* Los límites a la mayoría y la metáfora del contrato social en la teoría democrática de Luigi Ferrajoli. Dos cuestiones controvertidas / P. Ugarte Salazar // In *Garantismo : estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* / M. C. Sánchez, P. S. Ugarte. — Madrid : Trotta, 2005. — P. 429–446.
8. *Moreso J. J.* Sobre los conflictos entre derechos / J. J. Moreso // In *Garantismo : estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* / M. C. Sánchez, P. S. Ugarte. — Madrid : Trotta, 2005. — P. 159–170.
9. *Manero Ruiz J.* A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, 'soluciones en abstracto' y 'ponderaciones equitativas' / J. Manero Ruiz // *Doxa*. — 2012. — № 35.
10. *Ferrajoli L.* Dos modelos de constitucionalismo / L. Ferrajoli, J. Ruiz Manero. — Editorial Trotta, 2012. — 160 p.
11. *Moreso J. J.* La constitución. Modelo para armar / J. J. Moreso. — Madrid, Barcelona, Buenos Aires : Marcial Pons, 2009. — 360 p.
12. *Alchourrón C.* Normative Systems / C. Alchourrón, E. Bulygin. — New York-Wien : Springer, 1971. — 226 p.
13. *Bayón Mohino J. C.* La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción / J. C. Bayón Mohino. — Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1991. — 800 p.

14. *Manero Ruiz J.* Algunas concepciones del depecho y sus lagunas / J. Ruiz Manero // F. Atria, E. Bulygin, J. J. Moreso, P. Navarro, J. Rodríguez, J. Ruiz Manero: Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial. — Madrid-Barcelona : Marcial Pons, 2005. — P. 103–127 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.marcialpons.es/static/pdf/100742265.pdf>.
15. *Schauer F.* Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life / F. Schauer. — Oxford : Clarendon Press, 1991. — 254 p.

Руїз Манеро Х. Два партикуляристичних підходи до балансування конституційних принципів

Анотація. Метою цієї статті є вивчення та аналіз двох сучасних поглядів прибічників партикуляризму у правовому контексті — Л. Феррайолі й Б. Челано.

В обох випадках вибір на користь партикуляризму розглядається у світлі питання про співвіднесення між собою конституційних принципів, але масштаб цього вибору є дуже різним для кожного із цих авторів. У випадку із Л. Феррайолі, який навіть не використовує термін «партикуляризм», переважна більшість конфліктів між принципами може бути вирішена шляхом застосування «абстрактних рішень», справедливих для будь-якого можливого випадку. Б. Челано, навпаки, стверджує, що переважання того або іншого з принципів, що діють одночасно, завжди має визначатися залежно від обставин конкретної справи, тому для нього не існує нічого подібного до «абстрактних рішень».

Сам автор статті виділяє три групи випадків: 1) прості справи, коли є наперед встановлене правило поведінки, що підлягає застосуванню без звернення до принципів; 2) випадки, коли правозастосовний орган стикається із повною відсутністю правила поведінки і має вирішувати справу за допомогою субстантивних принципів права; 3) складні справи, коли наперед встановлена норма є, але звернення до субстантивних принципів вказує на необхідність відхилення від неї при вирішенні розглядуваного випадку.

Ключові слова: партикуляризм, конституційні принципи, прогалина, Луїджі Феррайолі, Бруно Челано.

Руиз Манеро Х. Два партикуляристических подхода к балансированию конституционных принципов

Аннотация. Целью этой статьи является изучение и анализ двух современных взглядов сторонников партикуляризма в правовом контексте — Л. Феррайоли и Б. Челано.

В обоих случаях выбор в пользу партикуляризма рассматривается в свете вопроса о соотношении между собой конституционных принципов, но масштаб этого выбора очень отличается для каждого из этих авторов. В случае с Л. Феррайоли, который даже не использует термин «партикуляризм», подавляющее большинство конфликтов между принципами может быть разрешено путем применения «абстрактных решений», справедливых для любого возможного случая. Б. Челано, наоборот, утверждает, что преобладание того или иного из принципов, действующих одновременно, всегда должно определяться в зависимости от обстоятельств конкретного дела, поэтому для него не существует ничего, схожего с «абстрактными решениями».

Сам автор статьи выделяет три группы случаев: 1) простые дела, когда есть заранее установленное правило поведения, подлежащее применению и не требующее обращения к принципам; 2) случаи, когда правоприменительный орган сталкивается с отсутствием правила поведения и должен решать дело путем обраще-

ния к субстантивным принципам; 3) сложные дела, когда заранее установлена норма, но обращение к субстантивным принципам указывает на необходимость отклонения от нее при решении рассматриваемого случая.

Ключевые слова: партикуляризм, конституционные принципы, пробел, Луиджи Феррайоли, Бруно Челано.

Ruiz Manero J. Two Particularistic Approaches to the Balancing of Constitutional Principles

Summary. The purpose of this paper is to examine and criticize two recent defenses of particularism in legal contexts, by L. Ferrajoli and B. Celano.

In both cases, the choice in favour of particularism concerns the balancing between constitutional principles, but the scope of this choice is very different in each of these authors: in Ferrajoli's case, the option in favour of particularism (a term that is alien to his vocabulary) is rather residual, since most conflicts between principles can be solved, in his opinion, applying «abstract solutions», valid for any possible case. In Celano's case, however, there is an explicit defense of a particularist approach to every case of conflict between constitutional principles and, more generally, to the whole sphere of practical reasoning.

The author of the article identifies three types of cases: 1) the simple case when there is a pre-established rules of conduct to be applied, and 2) cases where the enforcement authority is faced with a complete lack of rules of conduct and shall decide the case by substantive principles of law, and 3) the hard cases where advance is norm, but an appeal to the substantive principles indicates the impossibility of its application to the case under consideration.

Key words: particularism, constitutional principles, gap, Luigi Ferrajoli, Bruno Celano.

ФІЛОСОФСЬКИЙ СМИСЛ КЛАСИЧНОЇ ТА НЕКЛАСИЧНОЇ КОНЦЕПЦІЙ АВТОРСЬКОГО ПРАВА¹



А. КАРТАШЕВА
*кандидат філософських наук,
асистент кафедри онтології та теорії пізнання
(Уральський федеральний університет
імені Б. М. Єльцина,
м. Єкатеринбург, Росія)*

Авторське право існує та розвивається як система інтелектуальних прав, в основі якої — концепція авторства, що змінюється історично. Філософський аспект у дослідженні інтелектуальних прав полягає в тому, що концепція авторства розбудовується на людському вимірі буття. Можна виокремити класичний і некласичний періоди уявлень про авторське право, та, відповідно, класичну і некласичну концепції авторського права. Класична концепція виникла на межі XVIII–XIX ст. і пов'язана з виникненням уявлення про самодостатнього й оригінального автора-творця. До цього часу створювачі текстів були тісно пов'язані з культурною традицією, з такими поняттями, як «авторитет» і «канон». М. Фуко вважає, що «поняття автора конституює момент індивідуалізації в історії ідей, знань, літератур, як і в історії філософії та наук» [13, с. 12]. Слід зафіксувати, що саме в цей період, разом із появою перших законів про авторське право, відбулося набуття людиною статусу суб'єкта. На думку М. Гайдеггера, «філософія Нового часу зробила тотальний поворот у способі запитувати про суще і стала виходити з суб'єкта» [16, с. 162]. Тепер людина-суб'єкт займає панівне становище, оскільки його уявлення «засвідчують» суще й задають систему координат: «людина тепер принципово розпоряджується всім сущим як таким, оскільки сама задає міру буттєвості будь-якого сущого» [15, с. 290]. Із наданням людині якості суб'єкта почала оформлюватися ідея про «оригінальність», «новизну» та «унікальність» результатів творчої діяльності, а також про вільну особистість автора.

Слід урахувати, що інститут авторського права не залишався і не залишається недоторканим. Змінювалися й змінюються правові норми, їхній філософський смисл, а також способи ведення дискусій про інтелектуальні права. Для виокремлення характерних рис та основних історичних етапів у розвитку

¹ Переклад з російської О. Литвинова.

поняття «автор» і його правового оформлення в межах авторського права пропонуємо визначити онтогносеологічні основи авторського права. По-перше, авторське право формується й розвивається під впливом техніко-технологічних, соціально-економічних, культурних, правових чинників реальності, які разом складають онтологічні основи людського існування на тому чи іншому етапі його історичного розвитку. По-друге, для нас є важливою також гносеологічна складова культурно-історичних епох, що пов'язані зі становленням і розвитком авторського права: є необхідним урахувувати відмітні риси у способах пізнання й опису таких феноменів, як знання та ідеї, а також у тлумаченні категорій «зміст/форма», що їх розкривають, у різних культурах і епохах. Слід урахувувати, як впливають на законодавство й правозастосувальну практику словник, що використовується, та риторичні стратегії при обговоренні культурних практик.

Онтологічні та гносеологічні основи є тісно пов'язаними між собою. Г. Й. Зандкюллер стверджує, що метод реконструкції історії ідей повинен відповідати так званій онтичній єдності, оскільки онтологічний (або зовнішній) та гносеологічний (або внутрішній) боки існування з необхідністю доповнюють одне одного: «онтологічні та епістемологічні передумови реконструкції рівною мірою належать до того самого онтичного статусу предмета дослідження» [5, с. 18]. Так, саме виокремлення онтогносеологічних основ дозволяє виявити внутрішню логіку виникнення й розвитку правового інституту, що розглядається. Таким чином, створюються необхідна повнота і цілісність при описанні й поясненні авторського права.

Філософський смисл класичної концепції авторського права міститься в двох теоріях авторства, а саме: теорії оригінального генія та теорії загального блага (XVII–XVIII ст.). Саме ці теорії відповідно покладено в основу романо-германської та англосаксонської систем авторського права.

Теорія оригінального генія наполягає на тому, що автори мають природне право власності на створені ними ідеї. З'явився термін «оригінальний геній» (*original genius*), що прямо стосується автора як єдиного творця свого витвору. Теорія оригінального генія пов'язана з двома ключовими текстами — «Два трактати про врядування» (1690 р.) Дж. Локка та «Міркування про оригінальну творчість» (1759 р.) Е. Юнга. Дж. Локк писав, що «кожна людина має певну власність, що втілена в його ж власній особистості... завдяки своїй праці він приєднує до [предмета] щось таке, що виключає загальне право інших людей» [7, с. 277]. Стосовно права інтелектуальної власності можна погодитися з Р. Шарт'є в тому, що в межах «сформульованої Локком теорії природного права, авторська власність розглядається як плід індивідуальної праці» [17, с. 194]. Шарт'є вказує, що так чи інакше теорія природних прав Локка стала основою формування однієї з систем легітимації авторського права, а саме тієї, що лежить в основі романо-германської правової системи.

Подальшого розвитку ця теорія набула вже на континенті у Д. Дідро, Г. Лессінга й інших письменників і філософів, а також у законодавчій системі Франції. Саме у французькому законодавстві закріпилися поняття літературної та промислової власності як невід'ємної власності автора або винахідника. На формування правових ідей у цьому випадку вплинули трактування понять

«знання» і «творчість» як феноменів, що безумовно належать суб'єкту, тобто як таких, що породжені тільки індивідуальним розумом.

Теорію оригінального генія з моменту свого виникнення було доповнено теорією загального блага (авторами якої можна назвати М. Лютера та Ж. А. Кондорсе). Важливо враховувати, що метою теорії загального блага не є відкидання права інтелектуальної власності як явища. Але ця теорія знаходить інші передумови виникнення авторського права, оскільки вважає головною метою законодавства суспільну справедливість й дотримання інтересів усіх зацікавлених осіб. Так, ще у XVI ст. М. Лютер проповідував: «усе добре, що ми маємо від Бога, повинно поставати від одного до іншого і бути загальним для всіх» [8, с. 38]. У 1776 р. французький математик і філософ Ж. А. Кондорсе, відповідаючи на лист Д. Дідро, писав, що літературна власність — це власність, що ґрунтується в самому суспільстві, це не є чистим правом, а тільки привілеєм [6, с. 155]. Кондорсе стверджував, що ідеї за своєю суттю є соціальними, тому вони не створюються однією особистістю, а є плодами колективного прогресу: «Науки були невідчуженим надбанням деяких людей; вони вже стали загально-доступними, і наближається той момент, коли їхні елементи, їхні принципи, їхні найпростіші методи стануть істинно народними. Саме тоді їхнє додавання до мистецтв, їхній вплив на загальну справедливість розумів будуть воістину загальнокорисними» [6, с. 189]. У справі поширення наук Кондорсе виокремлює аспект суспільного просвітництва, він підкреслює стрімке розповсюдження знання.

Теорія загального блага вплинула на формування англосаксонської системи авторського права. У Великій Британії в 1710 р. було прийнято перший у світовій історії закон про авторське право — «Статут Королеви Анни». Повний заголовок «Статуту Королеви Анни» недвозначно показує цінність охорони твору з точки зору суспільного інтересу: «Закон про заохочення навчання шляхом закріплення за авторами або тими, хто придбав копії друкованих книжок, прав на останні на час, що встановлений цим законом» («*An act for the Encouragement of Learning by vesting the Copies of Printed Books in the Authors of Purchasers of such Copies during the times herein mentioned*») [9, с. 37]. Таким чином, у Великій Британії доктрину загального блага було визнано такою, що більше відповідає історичним обставинам, що склалися, ніж теорія оригінального генія. Автор визнається як індивідуальність з особливими правами, але суспільне благо диктує обмеження цих прав.

Маючи на увазі, що в кожного суб'єкта і в кожній групі суб'єктів, що об'єднані за якимись ознаками, є свої особливі цілі та інтереси, ми бачимо, що загальне благо — це той самий правовий інструмент, який дозволяє зберегти свободу у виборі цілей кожній окремішій особистості, при цьому не зачіпаючи інтереси інших осіб. Ексклюзивні права на унікальну форму вираження ідей можуть бути виправдані тим, що домовленість є найкращим механізмом заохочення творчості.

Р. Шартъє оцінює теорії оригінального генія та загального блага таким чином: «літературна власність стає абсолютною, коли видавці удаються до неї, відстоюючи довічний характер привілеїв, і обмеженою, коли держава визнає її, дозволяючи друкованій продукції виокремитися в особливу сферу суспільного

життя... — але і в тому і в іншому випадку літературна власність потребує обґрунтування» [17, с. 194]. Дійсно, доведення необхідності авторського права може бути вибудоване з різних філософських позицій.

Якщо звернутися до сучасної правової реальності, то дві зазначені теорії подаються в найрізноманітніших співвідношеннях у законодавствах різних конкретних країн. Межа між цими теоріями є настільки нечіткою, що окремі положення однієї з них можуть бути досить вільно використані в іншій. Навіть у Дж. Локка, якого вважають засновником теорії оригінального генія, є уявлення про те, що права автора мають бути певною мірою обмежені. Локк писав: «оскільки ця праця є безсумнівною власністю працівника, будь-яка людина, крім нього самого, не може мати права на те [що створене цією працею], принаймні в тих випадках, коли достатня кількість і такої ж якості [предмета праці] залишається для загального користування інших» [7, с. 277]. Дж. Локк робить важливе уточнення стосовно того, що «достатня кількість» повинна залишатися для «загального користування». Так він визначає межі авторського права, що і є своєрідним «мостом» між теорією оригінального генія та теорією загального блага. Таким чином, історичне формування й легітимація авторського права відбувалися з використанням двох теорій, які або співіснували, або змагалися одна з одною.

Якщо класична філософія завжди намагалася говорити від імені якихось універсальних й авторитетних інстанцій (наприклад, таких як «буття», «Бог», «капітал», «розум»), то в ХХ ст. почали виникати неklasичні філософські концепції, де надавалося велике значення динаміці, взаємодії, сільовим структурам та поняттю комунікації.

Бог (або Абсолют) домінував до винаходу книжкового друку, соціум посів панівну позицію в концепції утилітаризму і в комуністичній ідеології, романтичний геній набув безпрецедентного впливу в XVII–XVIII ст. Але сьогодні гуманітарні дослідження відкидають монологічну концепцію творчості й визнають принципову зорієнтованість висловлювання на дію та сприйняття як відповідь. Діалогічна концепція ґрунтується на понятті комунікації, тобто спілкування читача або глядача з автором, з «епохою створення» твору, з іншими читачами та глядачами, з твором мистецтва.

Причому читач швидко виходить зі своєї ролі й починає рефлексувати над особливостями духовного світу автора, епохи, самого себе. Твір мистецтва «не може бути однозначно визначеним як продукт тільки авторської діяльності. У цьому процесі спільно з автором бере участь і художній матеріал (як папір та чорнила, так і теми, сюжети, факти)» [12, с. 67]. Таким чином, істинними суб'єктами художньої комунікації виступають «глядач-читач» і твір мистецтва.

Уся інтелектуальна діяльність спирається на накопичене раніше знання. Творчість часто починається з наслідування. К. Р. Поппер писав, що «люди не можуть починати з чистого аркуша, створюючи світ думки з нічого: дійсно, їхні думки — в загальному і цілому — є продуктом інтелектуальної спадщини» [10, с. 73].

Таким чином, істинними суб'єктами художньої комунікації стають «глядач-читач» і твір мистецтва. У Г. В. Ф. Гегеля знаходимо: «якою мірою *форма*, що виникає в повторному висловлюванні, перетворює скарбницю наявних

наукових даних, і особливо думки інших людей, які ще зберігають зовнішню власність на продукти своєї духовної творчості, у спеціальну духовну власність індивіда, що її відтворює, такою ж мірою це дає або не дає йому право перетворити їх і на свою зовнішню власність, якою мірою таке повторення в літературному творі стає *плагіатом*, не може бути... відбитим у праві за допомогою особливого закону... Тому закони проти *передруку* досягають своєї мети — правового забезпечення власності письменника і видавця — визначеною, але вельми обмеженою мірою [3, с. 125–126] (курсив Г. В. Ф. Гегеля. — А. К.). Будь-яке змінення форми вже накладає на чужу власність більш-менш чітку печатку свого.

Філософський смисл некласичної концепції авторського права міститься в принциповій орієнтації творчості на «комунікативність». Серед різноманітних психологічних, математичних (математична теорія комунікації К. Шеннона та У. Уівера), соціально-філософських та естетичних теорій комунікативності, вважаємо за доцільне виокремити герменевтику Г.-Г. Гадамера та П. Рікера, а також теорію комунікативної дії Ю. Габермаса, оскільки саме ці теорії мають найбільше значення для правової реальності та авторського права.

Некласична філософія права П. Рікера базується на філософській антропології, оскільки точкою відліку є людина та її головне бажання — бути, існувати. Але, поки людина залишається наодинці з собою, перед нею правові проблеми не постають. Право виникає з початком міжособистісних відносин з іншими людьми. І правові дії завжди є взаємодіями, вони передбачають наявність інститутів комунікації та юридичного простору [11, с. 30]. Так, Ю. Габермас розуміє право як форму практичного дискурсу, в його теорії важливе місце займає поняття раціональної процедури комунікації та прийняття практичних рішень. Комунікативна дія, за Габермасом, — це лінгвістично опосередкована інтеракція, де досягнута згода вимірюється інтерсуб'єктивним визнанням. Правові норми приймаються тоді, коли вони відповідають цілям та інтересам усіх учасників комунікації. Для досягнення консенсусу є також важливим загальний фон життєвого світу та горизонт соціальних традицій. За Габермасом, з необхідністю повинна бути встановленою комунікативна раціональність і консенсусна процедура законодавчої практики.

Теорія комунікативної дії впливає й на загальну теорію права. М. ван Хук [20] розглядає сучасне право як комунікативно обґрунтоване. Між класичною та комунікативною легітимаціями існує низка відмінностей. Якщо класична легітимація є лінійною, то комунікативна — циклічною, пов'язаною з рухом по колу; якщо класична легітимація базується на авторитетному рішенні нав'язування загальної справедливості, то комунікативна легітимація ґрунтується на аргументації, переконанні й приватній справедливості. Комунікативна легітимація є некласичною, оскільки з її точки зору право являє собою сітку взаємопов'язаних подій, норм. Важливою є утягнутість суб'єктів у процес правотворчості та правозастосування, будь-яка властивість тієї чи іншої ділянки цієї сітки з правових норм не має абсолютного характеру, а залежить від властивостей інших ділянок: норм і суб'єктів-учасників.

Правові норми не несуть у собі онтологічну напередданість, але щоразу встановлюються у вільних дискусіях за суворими правилами. Виключення фун-

даментальних понять, відносність установлень приводять до того, що стверджується не предметність, а середовище, не сила, а взаєморозуміння.

Сьогодні ми бачимо, що відбуваються зміни в неklasичному розумінні права в цілому та авторського права зокрема. Першу важливу зміну можна визначити як перевагу принципу функціональності в правовій реальності. З. Денікіна зазначає, що «функціональна детермінація стає вирішальною і заміною ефект системної обумовленості цілого стосовно частин» [4, с. 129]. Дійсно, важливою стає функціональна обумовленість правових норм. У такому випадку моделлю законодавства стає не стільки образ «інтелектуальної власності», що об'єднує всі інші права, які є пов'язаними з відношеннями з приводу результатів інтелектуальної діяльності, скільки образ «виняткових прав», який має функціональне навантаження, оскільки виняткові права є майновими правами і можуть належати автору або правовласнику в різних комбінаціях залежно від об'єкта чи договору. Пом'якшують функціональність «виняткових прав» схематично прописані в законодавстві особистісні немайнові права, які невід'ємно належать автору і є невідчужуваними.

Другу важливу зміну в правовій реальності можна умовно означити як принцип «багатосутності». На думку Ю. Габермаса, «у складних суспільствах між теорією і практикою уклінилося настільки багато опосередкованих ланок, що ми повинні мати недовіру до будь-якого філософа, який сьогодні... виступає з претензією запропонувати якийсь ключовий підхід» [14, с. 70]. Тому комунікативні концепції, що намагаються пояснити насамперед взаємовідношення між різними теоріями та відносність будь-яких оцінок, займають центральне місце в неklasичних концепціях права. При розгляді сучасного авторського права слід підкреслити гнучкість правової доктрини, здатної підлаштуватися під вимоги часу, а також визнання авторським правом принципової множинності об'єктів інтелектуальної діяльності та поширення на них виняткових прав.

Філософське осмислення авторства і авторського права показує нам існування декількох теорій (та, відповідно, моделей законодавства) навіть у межах класичної теорії, а саме: теорії оригінального генія і теорії загального блага.

Неklasична концепція авторського права у наш час тільки формується, але вже можна виокремити деякі її особливості, такі, як принципова зорієнтованість на функціональність правових норм та визнання багатосутності правових суб'єктів, а також різноманітність правових процедур, що пропонуються. Неklasична концепція авторського права виявляється також і в тому, що все частіше самі автори усвідомлюють необхідність створення стратегії своєї взаємодії з читачами. Автору вже недостатньо створити один об'ємний текст, він починає певною мірою популяризувати свої ідеї, писати статті, нотатки, надавати коментарі, комуніціювати зі своїми читачами в різноманітний спосіб. Розвиток неklasичної концепції авторського права потребує подальшого осмислення як з боку філософів, так і з боку юристів.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Алябьева Л.* Литературная профессия в Англии в XVI–XIX веках / Л. Алябьева. — Новое литературное обозрение. — М. : Новое литературное обозрение, 2004. — 400 с.

2. *Вишневецкий Л. М.* Формула приоритета. Возникновение и развитие авторского и патентного права / Л. М. Вишневецкий, Б. И. Иванов, Л. Г. Левин. — Л. : Наука, 1990. — 203 с.
3. *Гегель Г. В. Ф.* Философия права / Г. В. Ф. Гегель. — М. : Мысль, 1990. — 524 с.
4. *Деникина З. Д.* Неклассическая и постнеклассическая философия права : монография / З. Д. Деникина. — 2-е изд., испр. и доп. — М. : Изд-во МГОУ, 2010. — 230 с.
5. *Зандкюллер Х. Й.* Действительность знания. Историческое введение в эпистемологию и теорию познания / Х. Й. Зандкюллер. — М. : Центр по изучению немецкой философии и социологии, 1996. — 432 с.
6. *Кондорсе Ж. А.* Эскиз исторической картины прогресса человеческого разума / Ж. А. Кондорсе ; пер. И. А. Шапиро. — М. : Гос. публ. б-ка России, 2010. — 233 с.
7. *Локк Дж.* Два трактата о правлении / Локк Дж. // Сочинения : в 3 т. — М. : Мысль, 1988. — Т. 3. — С. 135–406.
8. *Лютер М.* Избранные произведения / М. Лютер. — СПб. : Лютеранское наследие, 1997. — 431 с.
9. *Минков А. М.* Международная охрана интеллектуальной собственности / А. М. Минков. — СПб. : Питер, 2001. — 720 с.
10. *Поппер К. Р.* Открытое общество и его враги : в 2 т. / К. Р. Поппер ; под общ. ред. В. Н. Садовского. — Т. 2 : Время лжепророков: Гегель, Маркс и другие оракулы. — М. : Феникс, Междунар. фонд «Культурная инициатива», 1992. — 528 с.
11. *Рикёр П.* Торжество языка над насилием. Герменевтический подход к философии права / П. Рикёр // Вопр. философии. — 1996. — № 4. — С. 27–36.
12. *Тарасова М. В.* Роль автора в теории субъектов художественной коммуникации / М. В. Тарасова // Автор и зритель: эстетические проблемы восприятия и творчества : материалы науч. конф. — СПб. : Роза мира, Санкт-Петербургское философ. общество, 2006 — С. 63–68.
13. *Фуко М.* Что такое автор / М. Фуко // Воля к истине: по ту сторону знания, власти и сексуальности. Работы разных лет / сост. и пер. с фр. С. Табачниковой. — М. : Касталь, 1996. — 448 с.
14. *Хабермас Ю.* Демократия. Разум. Нравственность: лекции и интервью / Ю. Хабермас. — Москва, апрель 1989 г. — М. : Наука, 1992. — 256 с.
15. *Хайдеггер М.* Европейский нигилизм / М. Хайдеггер // Проблема человека в западной философии : сб. переводов / Э. Кассирер, М. Шелер, Х. Плеснер, А. Гелен, Х. Ортега-и-Гассет, Ж.-П. Сартр, Ж. Маритен, М. Хайдеггер, Э. Финк и др. ; пер. А. Муравьева, А. Филиппова, В. Бибикина, А. Гараджи и др. — М. : Прогресс, 1988. — 552 с.
16. *Хайдеггер М.* Основные проблемы феноменологии / М. Хайдеггер. — СПб. : Высш. религиозно-философ. шк., 2001. — 446 с.
17. *Шартье Р.* Автор в системе книгопечатания / Р. Шартье // Новое литературное обозрение — 1995. — № 13. — С. 188–214.
18. *Hesse C.* Enlightenment epistemology and the laws of authorship in revolutionary France, 1777–1793 / C. Hesse // Representations. — 1990. — № 30. — P. 109–137.
19. *Hesse C.* The rise of intellectual property, 700 b.c.–a.d. 2000: an idea in the balance / C. Hesse // Journal of the American Academy of Arts and Sciences — Dædalus Spring — 2002. — P. 26–45.
20. *Hoecke Van. M.* Law as Communication / Van. M. Hoecke. — Oxford : Hart Publishing, 2002. — 236 p.

Карташева А. О. Філософський смисл класичної та некласичної концепцій авторського права

Анотація. У статті досліджено історичні передумови та особливості формування правового інституту авторського права. Виокремлено онтогносеологічні основи класичної та некласичної концепцій авторського права. Філософський смисл класичної концепції пропонується розуміти у виокремленні теорії оригінального генія й теорії загального блага, а комунікативність визначено як основну складову некласичної концепції авторського права.

Ключові слова: авторське право, онтогносеологічні основи, класичне, некласичне, автор, авторство, комунікативність.

Карташева А. А. Философский смысл классической и неклассической концепций авторского права

Аннотация. В статье исследованы исторические предпосылки и особенности формирования правового института авторского права. Выделены онтогносеологические основания классической и неклассической концепций авторского права. Философский смысл классической концепции предлагается понимать как выделение теории оригинального гения и теории общего блага, а коммуникативность определена как основная составляющая неклассической концепции авторского права.

Ключевые слова: авторское право, онтогносеологические основания, классическое, неклассическое, автор, авторство, коммуникативность.

Kartasheva A. Philosophical Sense of Classical and Non-Classical Concepts of Copyright

Summary. The article sets forth the historical background and the peculiarities of the legal institution of copyright. The onto-epistemological foundations of classical and non-classical concepts of copyright were allocated. Philosophical sense of the classical conception is in the separation of the theory of original genius and the theory of the common good, and communication is defined as the main component of the non-classical conception of copyright.

Key words: copyright, onto-epistemological foundations, classical, non-classical, author, authorship, communication.

КОНФЛІКТ І СУД



Є. БУРЛАЙ
*кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник*

Поганий мир кращій за добру сварку
Російське народне прислів'я

Правосуддям є неухильна і тверда воля
надавати кожному його право.

Ульпіан

Суд є першою з установ, у яких
конститується і встановлюється право.
Б. О. Кістяківський

1. Значення і актуальність питання

Ця стаття є третьою у циклі робіт, що публікуються в журналі «Філософія права і загальна теорія права» від початку його видання і мають на меті проаналізувати деякі правові явища (явище права включно) на методологічній основі, яку надають досліднику поняття «конфлікт» та похідні від нього як основного. На думку автора, інтерпретовані і розвинуті в рамках відповідної спеціалізованої теорії поняття «конфлікт», «конфліктність» тощо здатні суттєво допомогти не тільки у з'ясуванні сутності права як соціального інституту, а й у поясненні його характерних особливостей (що зазвичай досягається за допомогою традиційного апарату догматичної юриспруденції); більше того, суто метаправове поняття «конфлікт» як основа відповідної концепції дозволяє значною мірою пояснити не тільки явище права в цілому, а й природу найбільш важливих елементів, через які воно формується і діє. Перші дві статті цього циклу були присвячені відповідно загальному поняттю «конфлікт» (яке є не просто міждисциплінарним, а соціально-філософським, оскільки без нього або без його відповідних смислових еквівалентів неможливо пояснити глибинні закономір-

© Є. Бурлай, 2013

ності цивілізованого соціального буття), а також висвітленню конфлікту як чинника виникнення договору — історично та логічно *першою*, на думку автора, форми існування і дії права. Стверджувалося, зокрема, що договір виникає як результат запобіжної самозахисної реакції суб'єктів за умов небезпечних конфліктів, у яких вони ризикують опинитися, реалізуючи власні інтереси і долаючи при цьому спротив або перешкоди, обумовлені відповідною активністю інших суб'єктів.

Необхідно, однак, пам'ятати, що первинність однієї правової форми (у даному випадку — договору) у зіставленні з іншими є цілком умовною. За логікою речей всі основні форми буття права (до яких автор відносить договір, судові рішення, закон) мають формуватися у людській практиці майже одночасно, інакше системне правове регулювання суспільних відносин як таке, впорядкування стану соціуму на засадах права не є можливим. Ретельно досліджена історія ранніх форм правового регулювання, як і звичайна логіка, підтверджують це. Дійсно, вже елементарна, рання практика укладання договорів і надзвичайна простота первинних форм таких договорів передбачають, що в більшому чи меншому обсязі вони не виконуватимуться (завідоме невиконання усього масиву укладених договорів від тих часів є константною закономірністю правового регулювання), і той, хто потерпів у результаті такого невиконання, неодмінно шукатиме сатисфакції в той чи інший спосіб. Більше того, існує стародавнє явище делікту (простого, безвідносно до будь-якого договору, спричинення шкоди одним суб'єктом інтересам іншого, насамперед матеріальної, майнової). Зрозуміло, завдання такої шкоди не можна залишити без реагування, адже особа безпідставно зазнала втрат, що *об'єктивно* звузили, обмежили матеріальну основу її буття, а *суб'єктивно* — зумовили психологічний стрес, інстинктивний протест, обурення, у кращому випадку просто незадоволення і засмучення. Усі згадані (разом із можливими іншими) реакції акумулюються в ємному старовинному понятті «образа». Природна реакція ображеного у подібних випадках — щонайменше поновити стан речей, виправити ситуацію, спричинену шкодою, повернути безпідставно втрачене. Однак далеко не завжди з ряду причин ображений суб'єкт може захистити порушений інтерес самотужки, тому він інстинктивно шукає шляхи, через які це можна зробити, а точніше — *торує ці шляхи, формуючи своєю потребою і своєю активністю відповідну соціальну функцію*, яка має здійснитися заради спокою і добробуту в суспільстві — *функцію владнання конфліктів через зовнішні рішення щодо них за умови, що запропонованим діям по задоволенню порушених інтересів сторони конфлікту не чинитимуть спротив; тим самим буде збережено мінімум — співіснування, максимум — співробітництво, тобто несиловий, неруйнівний алгоритм відносин між ними. У короткому позначенні це і є сутністю судової діяльності в усі часи і форми його існування.*

Але перш ніж генетичний та функціональний зв'язок явищ соціального конфлікту і суду проаналізувати докладніше, необхідно сказати декілька слів про теоретичну і практичну значимість порушеного питання. У *теоретичному* плані відчувається істотний дисонанс між численністю досліджень проблем організації суду і судочинства і увагою, яка приділяється в них чиннику соціальної конфліктності для пояснення природи суду і особливостей його функціонування. Такою, зокрема, є ситуація в сучасній правовій думці України. Навіть у спеціа-

лізованих роботах щодо феномену правосуддя цьому аспекту не завжди приділяється належна увага¹, та й взагалі, при значному обсязі написаного про суд, правосуддя, судочинство в умовах перманентної судової реформи в Україні роботи з сутнісним аналізом феномену суду і судівництва майже відсутні.

Практична актуальність проблеми «конфлікт і суд» може пояснюватися дуже розлого, однак у даному випадку хотілося б звернути увагу лише на один момент. Аспекти проблеми «конфлікт і суд» — численні й різноманітні аж до питань суто прикладного характеру (наприклад, про психологічний контроль конфліктних ситуацій, що виникають у процесі розгляду судових справ², методичний аналіз правового спору, який, поряд із деякими іншими явищами відноситься фахівцями до відповідної категорії юридичних конфліктів³, тощо.

¹ Як приклад можна послатися на монографію В. Бігуна «Філософія правосуддя. Ідея та здійснення» [1], одну з перших спеціалізованих розвідок щодо правосуддя як об'єкта соціально-філософського і філософсько-правового аналізу. Заради справедливості необхідно зазначити, що питання про логічне співвідношення понять «правосуддя» і «конфлікт» у ній позначено; так, відокремивши «резолютивний смисл» правосуддя від владного, правозахисного та від смислу, пов'язаного з творенням справедливості (логіка, яка потребує додаткового пояснення), автор поєднує згаданий «резолютивний смисл» із фактичним розв'язанням конфліктів, після чого переводить дискурс дослідження у з'ясування сутності юридичного конфлікту, співвідношення явищ конфлікту і спору, завершуючи аналіз розглядом цілком конкретних аспектів прийняття рішень за судовими спорами [1, с. 120 і наст.]. У решті важливих аспектів, у тому числі очевидно філософського рівня, це питання залишається нерозкритим (щоправда, автор попередив, що цей монографічний текст не відтворює усіх його здобутків у науковому опрацюванні теми).

Те ж можна сказати про доволі змістовну колективну монографію «Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення» [2], присвячену філософським інтерпретаціям ряду особливостей правосуддя як правового явища. Про конфліктологічну природу суду у книзі практично не згадується, хоча практика соціальної конфліктності виступає неодмінним фоном, на якому у згаданій роботі розглядаються різні аспекти правосудної діяльності. У деяких підрозділах книги (це, до речі, характерне і для інших досліджень питань правосудної діяльності) простежується підхід, який коротко можна визначити не як «суд для конфліктів», а «конфлікти для суду». Виглядає це так, немовби суд як механізм розв'язання спорів і розгляду справ завбачливо створюється якимось розумним суб'єктом і, будучи створеним і налагодженим, «завантажується» конкретними справами, які він розглядає і розв'язує у відповідному процесуальному порядку. Практика сьогодення дає певні підстави для такого бачення функціонування суду, але воно не відтворює відповідної історичної реальності, а отже, здатне формувати хибне уявлення про його реальну соціальну природу.

Недостатня увага на згаданий аспект питання звертається у вітчизняних роботах із філософії та соціології права. Як у підручниках, так і найбільш значущих монографічних дослідженнях з цих дисциплін (див. роботи С. Максимова, А. Козловського, П. Рабіновича, О. Бандури та ін.) окремі аспекти цієї проблематики розглядаються лише побічно або не розглядаються зовсім.

² На думку В. Бринцева, ефективне управління такими ситуаціями, а тим більше їх недопущення (попередження) – це чутливий критерій професійної майстерності судді (див. докладніше: [3, с. 107 і наст.]). У цій же роботі містяться і деякі змістовні міркування щодо застосування основних положень теорії конфлікту в правосудді (с. 101 і наст.), викладені, на жаль, доволі лаконічно, можливо, тому, що це питання не визначалося автором як предмет спеціального аналізу.

³ Див. із цього приводу спеціалізовані роботи з правової конфліктології, а також роботи, присвячені різним категоріям правових спорів, наприклад, [4; 5; 6; 7; 8] та ін.

У даному випадку до розгляду пропонується лише один, але дуже важливий аспект проблеми: *соціальний конфлікт як логічна й історична передумова виникнення і існування суду як правового інституту*. Цей аспект має принципове значення не тільки з точки зору коректної картини системи правового регулювання суспільних відносин і місця суду в ній, а й із точки зору бачення принципових моментів організації системи судочинства, що відповідає кількісним і якісним параметрам національної карти конфліктності у певний історичний момент розвитку суспільства (зокрема, сучасного українського).

Метою цієї статті, таким чином, є спроба пояснити на відповідному рівні абстрагування генезис, розвиток та функціонування суду дією чинника соціального конфлікту і конфліктності. Подальший текст статті подається через ряд розгорнутих тез, присвячених трьом питанням: *1) соціальна конфліктність і генезис суду; 2) характерні особливості суду і судівництва, обумовлені чинником конфліктності; 3) акт судівництва як акт впорядкування конфлікту до стану контрольованого балансу інтересів*. При цьому для підвищення обґрунтованості висновків щодо суду як неодмінного елемента системи правової регуляції в суспільстві необхідною мірою будуть згадані деякі моменти зі сфери теоретичної конфліктології.

2. Соціальна конфліктність і генезис суду

Спроба визначення, які саме чинники конфліктної практики безпосередньо обумовлюють появу такого унікального соціального інституту, як суд, є логічним першим кроком у рамках заявленого аналізу. Спеціалізовані конфліктологічні, соціологічні, соціально-психологічні, історичні дослідження дозволяють говорити принаймні про три таких чинники: *антагонізм конфліктів; потреба у владнанні конфлікту при неможливості сторін вийти з нього самостійно; масовість і систематичність конфліктів*. Коротко згадаємо про кожний із цих чинників окремо.

Антагонізм конфліктів. «Антагонізм» у даному контексті — це характеристика крайнього ступеня гостроти конфлікту. В статті «Конфлікт і право» зверталася увага на стадійність розвитку конфліктної ситуації і притаманну конфліктам властивість розвиватися від поміркованого до небезпечного рівнів у випадках, коли об'єктивні передумови і суб'єктивні мотиви протистояння залишаються безконтрольними; безконтрольність конфлікту може призвести до його крайніх форм, фатальних включно (коли його сторони або відносини між ними просто перестають існувати). В окремих випадках конфлікти за їх об'єктивним змістом можуть одразу виникати як гранично гострі; так, позбавлення людини в насильницький спосіб життя або завдання їй каліцтва викликає природне протистояння між потерпілим або його рідними і особою, що заподіяла каліцтво (смерть); насильницьке відчуження одним суб'єктом майна іншого найчастіше робить людей ворогами (особливо якщо йдеться про життєво значущі для потерпілого втрати); у духовному плані людина може бути ображена в найкращих почуттях (любов до родини, до країни, до віри, самоповага, відчуття честі, гідності тощо); ескалація конфлікту до гранично гострих форм є логічною у випадках одночасних претензій декількох конкурентів на один і той же дефіцитний ресурс (наприклад, ринковий простір для збуту товарів або сировинний

ринок для промислових корпорацій, електорат під час виборчих кампаній для відповідних політичних сил тощо). Безумовно, не в усіх ста відсотках таких ситуацій конфлікт розгортається до максимуму, однак за його логікою таке розгортання ніколи не виключається. Це перетворює конфлікт на суттєвий чинник соціальної небезпеки і об'єктивно потребує відповідних механізмів стримування та елімінації.

У цьому контексті доцільно згадати і про момент концептуального характеру. В теорії конфлікту антагонізм за відомою інерцією подекуди пов'язують із протистоянням на макрорівні суспільства (насамперед класовим). Принципова неузгодженість соціальних інтересів на рівні макрогруп дійсно характеризує конфліктні протистояння глобального рівня, характерні для суспільств, розширених за майновою ознакою. Однак справа, як уявляється, все ж не в глобальності конфлікту; антагонізм — це рівень ворожнечі, непримиримості позицій, на якому сам факт існування суб'єкта може сприйматися іншим як несумісний із його прагненнями, з його життєвим інтересом. Тому ареал антагоністичності є більш широким та ієрархічним — від конфліктів на макрорівні (міжкласові, міжстанові, міжплеменні, міждержавні, міжетнічні, міжконфесійні конфлікти, які є інерційними і системними, стосуються багатьох, а тому є особливо суспільно небезпечними) до протистояння окремих людських індивідів¹; без подібного бачення антагоністичності важко зрозуміти генезис правосудної функції в суспільстві, як, зрештою, і функції правового регулювання в цілому.

Теоретично будь-який конфлікт, зростаючи в своїй інтенсивності, може розвинути до стадії антагоністичного. Однак, як щойно зазначалося, існують категорії конфліктів (залежно від сфери стосунків), що мають дуже швидку перспективу загострення або одразу виникають як антагоністичні в силу відповідних соціальних і психологічних передумов. Такими є вже згадані конфлікти *вітального значення*, пов'язані, наприклад, із спричиненням однією людиною іншій смерті або тілесних ушкоджень, що виключають можливість повноцінно існувати в цьому світі; для тих, хто постраждав, це нестерпні, неможливі факти², які є підґрунтям природної симетричної реакції — помсти. Помста — інстинктивне людське прагнення відновити рівновагу в ситуації спричинення одним суб'єктом різких і болісних втрат іншому, це рефлекторна «реакція справедливості» у даному типі конфліктних взаємовідносин, тому помста у певних кон-

¹ Наявність такої категорії конфліктів, що вирізняється на підставі їх інтенсивності, їх гостроти, визнається багатьма конфліктологами; характерними рисами антагоністичних конфліктів визнаються їх ірраціональність, дисфункціональність, руйнівний (деструктивний) характер [9]. Подекуди про такий тип конфліктів говорять як про такі, що виникають на основі антагоністичних протиріч [10, с. 99]. За деякими позиціями будь-який конфлікт є антагоністичним [11, с. 183 і наст.], що швидше за все є підтвердженням можливості ескалації будь-якого конфлікту до руйнівних форм.

² Ця принципова схема, безумовно, потребує уточнень, що обумовлюються конкретними особливостями осіб, об'єднаних даною конфліктною ситуацією, та об'єктивних обставин. Так, люди є різними за темпераментом і вихованням; скажімо, людина, вихована в християнських традиціях всепрощення або більш поміркована за характером, може виказати менш агресивну реакцію у відповідь на спричинення їй тяжких сімейних втрат, ніж людина імпульсивна або така, що має іншу релігійно-етичну орієнтацію.

кретних проявах (наприклад, кровна помста, окремі форми самосуду) кваліфікується як один із перших і найбільш природних правових інститутів в історії людства. У цьому контексті слушно зазначити, що механізм помсти (самосуду) як спроби симетричної реакції на брутальне нанесення суб'єкту непоправних втрат застосовується в людських спільнотах за різних соціально-історичних умов, у тому числі в умовах державної монополії на правосуддя (зокрема, коли офіційна юстиція спрацьовує очевидно несвоєчасно або неадекватно).

Іншою категорією конфліктів, здатних швидко набувати антагоністичних форм, є протистояння на *духовно-культурному та ідеологічному ґрунті*. Так, різниця в позиціях щодо релігійних вірувань, етнічної належності, питань світоглядного, мовно-культурного, іншого подібного значення в історії людства дуже часто зумовлювала гострі зіткнення на рівнях як міжособистісного, так і міжгрупового і міжнародного спілкування. Ще одним різновидом конфліктів, що реалізуються у формі переважно антагоністичного протистояння, є конфлікти, пов'язані із *здобуттям та утриманням політичної влади* (якщо йдеться про внутрішньодержавні стосунки) або *забезпеченням політичного домінування* у міждержавних відносинах. Політична історія людських суспільств засвідчує, що відносини влади і домінування є сферою концентрованої конфліктності, часто на межі прихованого чи відкритого фізичного або психічного насильства (до війн включно); і цивілізований імідж процесу здобуття влади чи домінування, прикрашений піарними посмішками політичних акторів або вишуканим тактом дипломатів, не в змозі приховати гострий, небезпечний, реально антагоністичний характер цього типу суспільних стосунків.

Однак найбільш могутнім джерелом антагоністичних конфліктів, здатним зробити усіх людей реальними або потенціальними ворогами, є *відносини власності, відносини, пов'язані з майном, з людськими багатствами у їх матеріальному вираженні*, починаючи від природних і завершуючи рукотворними. Граничного значення цей чинник набуває, безумовно, в епоху ствердження відносин приватної власності¹, коли здатність володіти і розпоряджатися майном (у тому числі майном виробничого значення) отримує окрема людина, коли з'являється можливість його концентрації в руках приватних осіб і окремих сімей. У контексті цього дослідження зазначена обставина не потребує політичних, етичних чи інших оцінок, натомість достатньо зауважити, що відносини приватної власності є матеріальним підґрунтям: 1) *практики надзвичайно різноманітних довільних посягань одних суб'єктів на майно інших* (у правовій термінології — «корисливої злочинності»); 2) *інституту війни між народами як способу насильницького системного перерозподілу природних і штучно створених ресурсів на макрорівні*. Зайве пояснювати, що війна і корисливий злочин — це найбільш характерні приклади антагоністичних конфліктів у людських соціумах.

¹ Великий англієць Т. Гоббс, проголосивши у XVII ст. стан речей, за якого кожен веде війну проти усіх (*bella omnium contra omnis*), у принципі не додав нічого нового до староримського «*homo homini lupus est*» («людина людині — вовк»), а також журливих сентенцій Гесіода, про які буде згадано нижче. Разом з тим він був цілком правий, оскільки констатував вибуховий розвиток відносин приватної власності на зорі промислових революцій в Європі. Характерним для розуміння конфліктогенного потенціалу відносин приватної власності є символічне зауваження Н. Макіавеллі про те, що «люди швидше простять смерть батька, ніж втрату майна».

Отже, необхідною належністю цивілізованого суспільства є відчутний сегмент антагоністичної конфліктності, яка потребує особливих механізмів її контролю і обмеження. Антагоністичні соціальні конфлікти і виступають безпосередньою причиною виникнення суду як необхідного засобу протидії їм. Потрібно, однак, зазначити, що суд чиниться виключно через прийняття вольового рішення про права, прийняти яке може лише людина; тому він більш-менш ефективно впорядковує конфлікти між людьми і не надто ефективно впливає на міжінституціональні конфлікти (конфлікти на макрорівні).

Потреба у владнанні конфлікту при неможливості сторін вийти з нього самотійно. Із постулатів конфліктологічної теорії відомо, що поміркований стан конфліктності є нормальним для суспільства; конфлікти можуть виконувати позитивну функцію, відтворюючи актуальні суспільні протиріччя як передумову позитивної соціальної динаміки. Однак конфліктність лише тоді здатна виконати позитивну функцію, коли вона не є надмірно розвинутою і виснажливою, такою, що підводить соціум до грані катастрофічного зриву. Соціальна організація здатна витримати лише конкретну критичну масу різкої конфліктності, в іншому випадку вона руйнується.

Ще один суттєвий момент, що свідчить не на користь антагоністичної конфліктності, полягає у тому, що гострі, інтенсивні конфлікти передбачають *мобілізаційне* протистояння сторін, на якому б рівні (міжлюдському чи системному) вони не спостерігались; прагнення отримати перемогу над небезпечним супротивником потребує цільової концентрації ресурсів (матеріальних, фінансових, інформаційних, психологічних тощо). Це означає, що гостре протистояння завідомо дорого коштує сторонам, це — доволі *витратна річ*. Причому ресурсні затрати, пов'язані з мобілізаційним протистоянням у конфліктах, далеко не завжди є виправданими; вони нагадують витрати людини, яка в нормальному стані витрачає доступний ресурс на повноцінне і цікаве існування, а у стані хвороби змушена інтенсивно спрямувати його на те, щоб тільки досягти нормального стану. Ось чому сторони антагоністичного конфлікту, з одного боку, змушені підкорятися його логіці (ніхто не хоче поступатися життєвим інтересом і втрачати суб'єктність), з другого — неохоче ідуть на ескалацію протиборства добровільно (ніхто не хоче зайвої напруги, надмірних зусиль і витрат). І ось чому конфліктна практика людства природним чином формує і активно використовує механізми гасіння, врегулювання конфліктів, антагоністичних вклучно, що передбачають зведення протистояння до спокійного, мирного стану¹.

У теоретичній конфліктології є усталеною думка про *компроміс* як досконалий спосіб подолання конфліктів; сутність його полягає у знаходженні сторонами обопільно прийнятної позиції через взаємне обмеження суб'єктивних інтересів. При цьому може йтися про вимушені, небажані для сторін обмеження, але вони йдуть на них, усвідомлюючи безперспективність і небезпеку надмірного протистояння, розуміючи ризик того, що незмінна позиція в конфлікті не лише

¹ Тенденцію до миру і порядку можна вважати закономірністю існування як цілісних людських суспільств, так і окремих людських індивідів у цих суспільствах попри те, що ця тенденція неодмінно реалізується через конфлікти і безлад, а антропологічна і соціальна природа людини охоплює ряд її характеристик із відчутним конфліктогенним потенціалом.

не задовольнить актуальний інтерес, а й може призвести до непоправних, катастрофічних наслідків. Досягнення компромісу, таким чином, означає реальне врегулювання, заспокоєння конфліктної ситуації, відхід від силового протистояння, розумний баланс взаємних вимог; при цьому вважається, що поступки, які є основою компромісу, не передбачають непропорційних втрат. Але особливою, основною цінністю компромісу як способу гасіння конфліктів є те, що при його реалізації не ламається вольова позиція жодної з його сторін, не пригнічується їх суб'єктність¹; із правової точки зору це — принциповий момент.

Ще більш досконалим способом розв'язання конфлікту можна вважати *примирення*, тобто знаходження такого варіанта обопільної поведінки, який не тільки зберігає суб'єктність, а й практично усуває предмет конфлікту як його підґрунтя: знайдений варіант поведінки вважається таким, що не зашкоджує інтересам жодної зі сторін. Цим примирення відрізняється від компромісу (компромісні поступки, хоч і є передумовою мирного подолання конфлікту, все ж передбачають взаємне обмеження, стримування інтересів сторін). При примиренні ж конфлікт долається через досягнення конструктивного взаємного порозуміння щодо чинників, які спровокували протистояння. При цьому не має принципового значення, відбувається таке примирення за ініціативи однієї зі сторін чи за допомогою посередника: у будь-якому випадку сторони залишаються при своєму інтересі, який не зазнав ущемлення, і визнають одне одного суб'єктами, достойними подальшого спілкування². Конструктивний соціальний зв'язок зберігається, що і є ознакою врегулювання, розв'язання конфлікту, а не подолання його в інший спосіб³.

¹ Інколи в спеціальній літературі з цієї проблематики згадується про компроміс як «насильницький консенсус» [12, с. 16; 13, с. 110]. На нашу думку, в рамках якої б доктрини не тлумачити таке словосполучення, воно в будь-якому випадку містить «суперечку в об'єкті» (*contradictio in objecto*); «насильство» і «консенсус» – логічно несумісні речі. Що ж стосується соціального аспекту питання, то, як справедливо зазначалося в профільних джерелах, консенсус, строго кажучи, взагалі є сумісним тільки з демократичним режимом [14].

² Такий тип розв'язання конфліктів у спеціальних дослідженнях інколи визначається як «інтеграція (М. Фоллет) або «співробітництво».

³ У світлі вказаного вважаємо слушним згадати про два важливих моменти стародавньої і сучасної правової практики. Перший стосується явища, яке в спеціальній літературі з історії права позначається поняттям «примирювальне право». Воно вважається однією з первинних форм правового регулювання, що виникає ще в епоху родоплемінного суспільства. На думку шведського історика права Е. Аннерса, примирювальне право сформувалося в умовах суперечок, які виникали між родовими групами в результаті відповідної практики переговорів між ворогуючими групами, до яких останніх стимулювали племінні інститути влади; це право від самого початку не являло собою ні цивільного, ні кримінального права, а було лише договором про примирення або ж про укладення миру між ворогуючими родовими групами [15; с. 14]. На нашу думку, термін «примирювальне право» має у цьому контексті умовне значення; воно побудоване на практиці домовленостей про припинення насильницьких дій із боку сторін міжродового конфлікту, при цьому не усувається (і навряд чи може бути усунута) причина, що обумовила виникнення конфлікту. Тим самим конфліктна ситуація, по суті, зберігається, однак наявні інститути влади локалізують конфлікт і не дають йому розвинутися до крайньої стадії.

Такою ж мірою умовним можна вважати поняття «примирювальне» (або «відновлюване») правосуддя, яке є прикметою правової практики сьогодення. Питання його впровадження

Однак далеко не завжди загасити конфлікт виявляється можливим через компроміс і примирення. Не завжди сторони погоджуються відмовитись від вимог, заявлених ними у конфлікті, тобто з реальним або потенціальним програшем у двобої. Дуже важко добровільному компромісному регулюванню піддаються саме згадані вище антагоністичні конфлікти. У результаті формується практика свого роду «патових» ситуацій, коли, з одного боку, компроміс у конфлікті неможливий, а з другого — сторони не зацікавлені в його надмірному загостренні і доведенні його до деструктивної стадії. А в умовах подібних «патових ситуацій» (які з огляду на різноманітність антагоністичних конфліктів виникають систематично) єдиним для сторін шляхом уникнути деструкції і виснажливих втрат, що супроводжують протистояння, залишається лише залучення ними до свого конфліктного спілкування розумного посередника, але з *особливою функцією* — *виявлення ущемленого інтересу як причини конфлікту і вказівки на подальші дії з її усунення і згортання конфлікту в міру можливого*; при цьому обидві сторони, сподіваючись на захист саме свого інтересу, готові визнати обов'язковість рішення з цього приводу.

Таким чином, наявність антагоністичних конфліктів з одночасною потребою сторін в уникненні їх деструктивної стадії можна вважати визначальним моментом у розумінні генезису суду як соціального інституту і як чинника соціальної безпеки. Формування функції *судівництва*¹ в суспільстві зумовлюється особливостями соціальних конфліктів із приводу життєво важливих інтересів суб'єктів, які є за рівнем їх напруженості дуже гострими (антагоністичними), з яких сторони не можуть вийти самостійно та не інакше, як через зіткнення на поразку, і розвиток яких пов'язаний із небажаними для сторін істотними втратами.

Винесення судового рішення у конфлікті (в суді він отримує специфічно юридичну назву «спір») є несиловим, ненасильницьким способом його владнання, при цьому його не можна вважати ні компромісом, ні примиренням. Може, в ідеалі суд і мав би розв'язувати конфлікт таким чином, щоб інтерес кожної з його сторін виявився б задоволеним і сторони втратили основу не тільки для правових претензій, які вони заявляють в суді, а й взагалі підстави для протистояння і непорозуміння. Цілком ймовірно, що в деякому відсотку випадків так воно і є. Однак у принципі судове рішення не знімає конфлікт, оскільки здебільшого одна зі сторін у судовому спорі неодмінно програє. І навіть якщо рішення суду за його суттю є справедливим, той, хто програв, не буде ним задоволений, адже його інтерес залишився не підтриманим і незахищеним, а це збе-

у вітчизняну практику кримінального судочинства вже багато років вивчаються в Україні. «Відновлюване правосуддя» — це шлях уникнення виснажливої процедури формалізованого розгляду кримінальної справи і винесення вироку на фініші. Однак, як і в першому випадку, «примирення» у даному випадку — суто зовнішнє, утилітарне. Глибинного протистояння між злочинцем і потерпілим чи іншими суб'єктами воно не знімає.

¹ У такому контексті уявляється логічним застосувати саме цей термін, який констатує лише факт того, що в соціумі формується і функціонує суд (на відміну від термінів «*правосуддя*», який є більш складним за значенням і вказує на суд як інститут захисту суб'єктивних прав у рамках відповідних правових стосунків і «*судочинство*», який звертає увагу на процесуальний аспект правосудної діяльності).

рігає підґрунтя конфлікту і лише може змінити його форми і прояви. Саме тому суддя є не простим посередником, медіатором у знаходженні компромісу, а владним суб'єктом, який виносить обов'язкове для сторін рішення. І реальною метою суду і судового рішення є не повне примирення сторін, а *неухильне забезпечення захисту правомірного інтересу суб'єкта у випадку його реального порушення*, в кінцевому ж підсумку — забезпечення виправданого балансу інтересів, характерного, як правило, для будь-яких правових стосунків, тобто досягнення того, що професіонали доволі точно іменують «*дійсною юридичною рівновагою учасників правовідносин*» [16, с. 139].

Масовість і систематичність конфліктів. Суд як розвинений соціальний інститут, як спеціалізований орган суспільства, що системно впливає на стан справ у ньому, ніколи не сформувався б за умов спорадичної, випадкової, слабкої конфліктності. Для виникнення суду як функції і розвинутих судових систем необхідно, щоб конфлікти були масовими і систематичними, повторюваними, з постійними передумовами виникнення, а соціалізація членів соціуму передбачала б виховання психологічної готовності бути учасником конфлікту і в будь-який момент включитися в боротьбу за свій порушений інтерес (порушене право)¹.

Вище було коротко позначено чинники, що зумовлюють виникнення, розвиток і перманентне функціонування судів як спеціальних органів по примусовому контролю численних типізованих конфліктів між людьми, групами і навіть між народами. Існують цілком коректні, з нашої точки зору, історичні свідчення масовості й систематичності конфліктної практики навіть у *ранніх цивілізованих суспільствах*, в яких вже здійснюється функція судівництва, хоча відповідні узагальнення виступають при цьому не у вигляді соціологічних і статистичних документів, а у вигляді релігійних та правових формул, а подекуди — у вигляді великих поетичних переживань і пророцтв². Що ж стосується сучасного моменту,

¹ Щодо цього можна висловити до певної міри парадоксальну тезу: виголошення конкретного суб'єктивного права автоматично вводить його носія у стан потенційної конфліктності з суб'єктами відповідних обов'язків; особливо це стосується носіїв так званих «абсолютних прав» (права власності, наприклад), оскільки їх наявність робить зобов'язаними відносно правомочної особи невизначену кількість суб'єктів. Дійсно, офіційне виголошення про належне мені право свідчить саме про перебування або про реальну можливість мого перебування у конфлікті: адже моє право потрібно мені виключно для досягнення потрібного мені результату за умов, коли мені у цьому чиниться або може чинитися спротив (це і є конфлікт). Визнання ж за мною мого права дає мені можливість включати наявні механізми примусу, які допомогли б мені подолати цей спротив і навіть більше — отримати допомогу.

² Не маючи можливості ілюструвати ці висновки на основі відповідної соціологічної інформації і соціальної статистики, я спробую навести як аргументи чотири джерела зі стародавньої історії людства, різних за формою і походженням, але змістовно цілком подібних, оскільки кожне з них вказує на широкий спектр відносин, із приводу яких між людьми систематично виникали тяжкі конфлікти, які і стали предметом уваги відповідних публічних органів влади. Найдавніше з них — зі Стародавнього Єгипту, воно вважається взагалі одним із перших відомих людству письмових джерел, що містять правову інформацію (датується воно приблизно п'ятим-четвертим тисячоліттям до нашої ери). Йдеться про хрестоматійно відому «Книгу мертвих», релігійну збірку, що

описує обряд «звіту» померлої людини перед богами, за результатами якого вирішувалась (на основі відповідного судового рішення, до речі) подальша доля її безсмертної душі. Так, постаючи перед богом загробного світу Озірісом, озброєним вагами для зважування серця померлого (серце врівноважується пером богині Маат, праведне серце мало бути легшим за перо), душа небіжчика, після складного сакрального вступу, повинна була виголосити формулу такого змісту: «Слава тобі, боже великий, владико обопільної правди. Я прийшов до тебе, володарю мій. Ти привів мене, аби бачити твою красу. Я знаю тебе, я знаю твоє ім'я, я знаю імена сорока двох богів, що перебувають із тобою в палаці обопільної правди, які живуть, сторожачи злих і поглинаючи їх кров у день відповіді перед лицем Благого. Ось я прийшов до тебе, владико правди; я приніс правду, я відігнав брехню. Я не творив несправедливого стосовно людей. Я не робив цього. Я не робив того, що є для богів мерзотою. Я не вбивав. Не зменшував хлібів у храмах, не віднімав їжі богів, не позбавляв заупокійних дарів небіжчиків. Я не зменшував міри зерна, не віднімав міри довжини, не порушував міри ланів, не збільшував вагу гир, не підроблював стрілки вагів. Я чистий, чистий, чистий!» [17]. Покидаючи приміщення «чертога обопільної правди» небіжчик зазначає: «...до мене немає звинувачень з боку нинішнього царя. Я прийшов до вас без гріха, без пороку, без зла, без свідка, проти якого я б вчинив щось зле...». У спеціальній літературі існують різні версії цієї формули, що в даному контексті вирішального значення не має. Натомість є цікавими і характерними, по-перше, спроба систематизувати форми гріховної, протиправної, тобто однозначно конфліктної поведінки людини в середовищі собі подібних; по-друге, вміщення відповідного переліку в «звітну» релігійну формулу (що свідчить про стандартність тогочасних конфліктів у відповідному соціумі); по-третє, зафіксована у даному документі діалектика конкретного і абстрактного і використання відповідних правових та естетичних понять (той, хто звітує, розуміє, що йдеться про різноманітні прояви одного й того ж — «несправедливого» і «мерзотного» в людських стосунках; зрештою, по-четверте, усвідомлення того, що остаточна доля людини, що переходить із цього до інших світів, може бути визначена лише рішенням суду богів у результаті відповідної процедури. Як бачимо, вже стародавні єгиптяни чудово розуміли, що судова процедура є непересічною у пошуку і встановленні істини і що саме неупереджене судове рішення символізує вищу можливу справедливість.

Іншим історичним свідченням того, як люди поступово деградували, занурюючись у небезпечний світ гострих (можна сказати — антагоністичних) суперечностей і конфліктів, є творіння одного з класичних давньогрецьких поетів — Гесіода, який у лаконічній, але надзвичайно змістовній епічній поемі «Роботи та дні», змалювавши коротко еволюцію людей від стану досконалого («золотого») племені, констатував таке:

Нині-бо плем'я існує залізне. Ні вдень, ні вночі вже
Не припочити йому від труда, не позбутися смутку.
Доли не має. Турботи тяжкі від богів йому дані.
Правда, до злого і тут прилучилось добро. Бо Кроніон
Згубить і це покоління людей, обдарованих словом,
Як у рождених дітей сивина забіліє в волоссі.
Поки ж те буде, нема односердя між батьком і сином.
Гостю немилый господар, товаришу — давній товариш,
Навіть недружні брати між собою, як перше бувало.
Хутко безчестити стануть ці юди батьків староденних
(Вже-бо й тепер їм не раз домовляють образливим словом).
Горе злосливим! Забулись небесної помсти. Не знають

Дяку належну віддати батькам за труди виховання.
В злості один на одного похватні губити вітчизну.
Не полюбляють людей незрадливі присяги. Мужі
Праведні й горді в погорді у них, а злочинця шанують.
Правого суду далекі, стида не плекають у серці.
Гірший і кращого мужа до зла і неслави призводить
Словом лестивої мови, брехливого свідчення словом.
Заздрість несила між людьми нещасними з зойканням диким
З повним ненависті зором блукає, радіючи злому.
Десь недалеко той день, що з землі на вершину Олімпу
Гожість прекрасного тіла укривши під одягом білим,
До не смертельного роду простуючи, кинувши людство,
Стид віддалиться і честь, і самі лиш остануться біди
Смертним рожденцям землі, і не буде на муки поради.

Цей твір, безперечно, віддалений від юридичного підходу, у ньому мало конкретного і документального, однак багато сентенцій і переживань етичного характеру; втім поетичні емоції дозволяють більш глибоко відчутти і усвідомити не тільки інтенсивну еволюцію тогочасних еллінінських соціумів до стану розколотості, розшарування і відповідно – тотальної (в описанні Гесіода) конфліктності, а й актуальні переживання інтелектуальної еліти з цього приводу, формулювання її визначними представниками певних рис соціальною устрою, які уявлялися бажаними і відповідно ідеалізувалися. Зрозуміло, критичні виступи тогочасної інтелігенції не могли не відбитися у сфері тогочасного політичного управління, про що свідчать активні пошуки політиками шляхів зняття соціальної напруги в суспільствах «залізної» епохи (зокрема, через законодавчу діяльність). Як примітка до цього короткого коментаря поетичних студій Гесіода вважаємо за необхідне додати, що наведена тут україномовна версія цього твору [18] виявляється неповною у порівнянні з іншими, зокрема, перекладом відомого російського письменника і поета В. Вересаєва [19]. Переклад у виконанні останнього містить більш цікаві з правової і політичної точки зору узагальнення. Поет пророкує, наприклад, що «правду замінить кулак», що «міста підпадуть грабуванню», що «право опиниться там, де буде сила», «що добрій людині люди недобрі шкодити стануть брехливими свідченнями і брехливою клятвою». Як і «Книга мертвих», пророцтва Гесіода цікаві свідченням того, що його суспільство є суспільством з вже добре розвинутим судом і судочинством, які, однак, не здатні захистити право суб'єкта тоді, коли він опинився у конфлікті з більш сильним, більш могутнім супротивником. Паралелі із сучасністю напрошуються мимоволі.

Наступне джерело є більш лаконічним порівняно з попередніми. Йдеться про соціально-юридичне (а у певному розумінні – цілком соціологічне) узагальнення римського юриста Гермогеніана, вміщене в Дигести Юстиніана (що підтверджує його кількасотрічну актуальність та рівним чином – актуальність значного фрагменту карти соціальної конфліктності Стародавнього світу (щоправда, у професійному баченні римських юристів): «...Правом народів введено війну, розподіл народів, заснування царств, розподіл майна, встановлення меж ланів, будівництво споруд, торгівлю, купівлю продаж, найм, зобов'язання, за винятком тих, що вводяться в силу цивільним правом» [20, с. 158]. Нам треба завдячити Гермогеніану за надання стислої і точної інформації про основоположні соціальні конфлікти, пам'ятаючи, однак, що ця карта конфліктності не є вичерпною, що для отримання повної картини протиріч, що дестабілізували

то в даному плані було б вельми цікаво піти зворотним шляхом і, проаналізувавши устрій складних судових систем сучасних держав, інтенсивність їх функціонування, наявні форми здійснення судочинства, паралельну практику виконання квазісудових функцій несудовими установами (рішення комісій з трудових спорів, накладення адміністративних стягнень уповноваженими на те органами виконавчої влади тощо), узявши до уваги недержавну судочинну практику (третейські суди), практику утворення і функціонування судочинних органів на міжнародному і регіональному рівнях тощо, провести дослідження і зробити висновки стосовно «карти конфліктності» сучасного світу — як на рівні окремих держав, так і на міждержавному рівні.

3. Характерні особливості суду і судівництва як правових інститутів, обумовлені чинником конфліктності

Серед характерних рис суду як органу, що має *соціальне* коріння, але є за своєю суттю *правовим* інститутом, хотілося б виокремити три найбільш, з нашої точки зору, суттєві. Цікавим при цьому є те, що вони визначаються значною мірою через не дуже відому в старі часи філософсько-правову термінологію як найбільш придатну для цього, хоча йдеться про риси, які за логікою характеризують суд і судівництво *усіх часів і народів*. Конкретно йдеться про те, що: 1) *суд є органом, що підтверджує суб'єктність сторін у конфлікті*; 2) *суб'єкт судівництва — це в будь-якому випадку носій реальної і легітимної влади*; 3) *судове рішення — завжди публічно обумовлене і публічно обов'язкове, що є передумовою реального впорядкування конфлікту і стримування конфліктності*.

Скажемо буквально по декілька слів щодо кожної з цих рис.

1. У статті «Конфлікт і право» акцентувалася увага на тому, що поняття «конфлікт» служить для позначення певних соціальних і психологічних реальностей, які відтворюють специфічну взаємодію соціальних суб'єктів у вигляді протистояння і протидії; що воно в принципі передбачає наявність суб'єктів, які діють доцільно або представляють певну доцільну позицію. У статті «Конфлікт і договір» чинник суб'єктності виводився як необхідна передумова договору як однієї з найбільш органічних форм подолання конфліктної ситуації або її попередження. У цій роботі логічно зазначити, що *судове рішення є способом протидії конфліктам, який не тільки зберігає суб'єктність його сторін (тобто є однією*

тогочасне римське суспільство, необхідно ознайомитися ще з тим, що входило до предмета регулювання природного і цивільного права.

А як останнє джерело ми пропонуємо Закони вавилонського царя Хаммурапі [21], які за змістом дуже нагадують середньовічні європейські варварські «правди», тільки є значно більш досконалим за змістом, формою та ідеологічним обґрунтуванням документом. Згадані юридичні пам'ятки являють собою просто каталоги конфліктних ситуацій цих історичних суспільств, які, щоправда, стали вже об'єктом не тільки суддівського, а й законодавчого регулювання. Сам Хаммурапі мотивував встановлення ним розгорнутого зводу законів потребами «управління людьми і встановлення благоденства в країні», чого він і досяг тим, що «правду та справедливість в уста країни він вклав і плоть людей він ублаготворив» [21, с. 170] (тобто пригасив агресивні настрої в суспільстві і унормував найбільш конфліктогенні стосунки, що завжди є запорукою «благоденства»).

з найбільш соціально ефективних і функціональних форм обмеження соціальної конфліктності¹), а й засвідчує суб'єктність учасників конфлікту як об'єктивний соціальний факт. Одне те, що особа залучена до судового процесу, що вона є стороною у справі, підтверджує сприйняття її соціумом (в особі судді) як представника відповідної вольової позиції, носія конкретного інтересу, який потребує розважування у співвідношенні з іншими. Більше того, судові рішення, оскільки воно є загальнообов'язковим, відкриває (або звужує) гарантований простір для реалізації цього інтересу. До цього потрібно додати, що судова процедура (з винесенням рішення включно) передбачає зіставлення зацікавлених позицій сторін у спорі (що має місце не лише при змагальному, а й інквізиційному процесі). Все згадане виключає такий підхід до подолання конфлікту, який обмежував би чинник суб'єктності (за всіх фактичних винятків із цього правила); навпаки, конфлікт впорядковується за обов'язковою умови артикуляції кожною з його сторін свого інтересу і обґрунтованих претензій. На завершення цієї констатації важливо додати, що судові рішення є офіційним публічним підтвердженням правосуб'єктності особи, свідченням того, що вона є реальним носієм прав та обов'язків, є *суб'єктом права*. Визнання ж особи суб'єктом права гарантує їй відповідний простір реальної соціальної свободи, конкретної можливості вільно діяти в своїх інтересах (зрештою, соціальні суб'єкти є настільки рівними і вільними у стосунках між собою, наскільки вони мають суб'єктивну здатність і об'єктивну можливість підтвердити і захистити свій інтерес у суді).

Ось чому суд і судові рішення можна вважати однією з найбільш досконалих винайдених людством форм обмеження соціальної конфліктності, і в цьому контексті важливо ще раз підкреслити, що народжується ця форма з потреби і активності самих соціальних суб'єктів (які, з одного боку, не в змозі досягти компромісу, з другого — прагнуть уникнути надмірних небезпек, які несе з собою конфлікт).

2. *Суб'єктом судівництва за будь-яких умов має бути інститут влади*, що також зумовлено декількома моментами принципового значення. Перший момент — це готовність сторін конфлікту підкоритися суб'єкту судочинства, яка закладена в самому факті звернення до нього; ініціюючи розгляд спору в суді, суб'єкти автоматично визнають владу суду здійснити такий розгляд з викорис-

¹ Шляхи згортання соціальних конфліктів можуть бути різними, насильницькими включно. Маються на увазі, зокрема, випадки, коли уникнути небезпечної ескалації конфлікту не вдається і на фінальній стадії прямого зіткнення один суб'єкт знищує іншого (фізично або соціально) або ж після такого зіткнення повністю зникає контакт між цими суб'єктами; припинення такого контакту є також соціальною втратою і проявом соціальної дисфункції (це руйнація соціуму хоча б у невеликому сегменті). Також маються на увазі випадки ліквідації або обмеження конфліктів через силове втручання третіх суб'єктів, що мають достатні можливості для примусового обмеження конфліктного протистояння. Останній шлях протидії конфліктам (при тому, що інколи його неможливо оминати) все ж не є соціально ефективним і функціональним, насамперед тому, що він не усуває підґрунтя конфлікту, не торкається його причин; крім того, він пов'язаний із прямим насильством стосовно сторін у конфлікті, а це зумовлює ризик утворення нових конфліктних стосунків. Зрештою, такий шлях обмежує (якщо не знищує взагалі) можливість реалізації сторонами конфлікту їх суб'єктності, їх здатності бути суб'єктами, реалізовувати власну волю і власний вибір, що перетворює їх на механічні елементи в соціальному житті.

танням для цього функціонально необхідних елементів примусу (наприклад, для залучення до процесу як сторона суб'єкта, який бажав би цього уникнути, або для отримання необхідних доказів і свідчень). Другий момент — це реальний авторитет суб'єкта судочинства; суд як інститут навряд чи виник би, якби учасник конфлікту (звертаючись до посередника за рішенням, якому він у принципі готовий підкоритися) не довіряв його мудрості, вмінню розібратися у складній ситуації, а головне — не вірив би у неупередженість рішення, яке буде винесене за його справою (цей момент, до речі, покладає колосальний моральний тягар на особу, яка ризикує накласти на себе ношу суддівської мантії). А третій момент — це функціональна вимога до судового рішення, зумовлена тим, що воно має бути неодмінно виконане; інакше воно втрачає сенс, у ньому немає потреби. Виконати ж судові рішення ніколи не є простою справою: сторона, не на користь якої прийнято рішення, зробить все залежне від себе, щоб його не виконувати (ніхто не ворог собі і своєму добробуту). Так було в усі часи, так є зараз. Тому суддя має володіти достатнім обсягом влади для того, щоб забезпечити виконання винесеного ним рішення або принаймні організувати таке виконання.

Таким чином, суб'єкт, що здійснює функцію судівництва, — це відначально суб'єкт влади. Виступати такими суб'єктами можуть:

– *грумада*, членами якої є учасники конфлікту. Громадський суд — історично перша форма суду в людських суспільствах; за часів родоплемінного і ранньодержавного устрою місце народних зборів є одночасно місцем громадських судилищ, з певною пересторогою до громадського судівництва можна віднести практику окремих форм самосуду в простих спільнотах. Елементи участі громади в судочинстві зберігаються і в розвинутих формах судочинства (інститут присяжних);

– *статусні носії влади в громадах і на територіях* (вожді, старійшини, релігійні лідери, бігмени в племінних соціумах; королі, власники феодів у середньовічних державах, сільські старости в сусідських общинах тощо). Ці суб'єкти не є суддями, однак виконують суддівські функції тому, що вони є суб'єктами при владі, а судівництво, крім усього іншого, — це форма здійснення соціальної і політичної влади (не згадуючи вже про те, що судочинний процес, навіть простий, і судові рішення неможливі без владної підтримки);

– *професійні судді*. З часом суд поступово виростає у спеціалізовану функцію, яка потребує для свого здійснення відповідного професіоналізму (знань, умінь, досвіду тощо). Це є передумовою формування інституту професійного судді. Потрібно, однак, зазначити, що професійний суддя є носієм *специфічної влади*, пов'язаної насамперед із здійсненням судочинного процесу і винесенням рішення по суті справ, які він розглядає; його функціонування передбачає диференційовану розгалужену систему влади, судівництво в якій є лише одним напрямом її реалізації (поряд з адмініструванням, військовою справою, законодавством, релігійною справою тощо);

– *суди і судові системи*. У міру поступової еволюції державності і ускладнення соціальної конфліктної практики виникають суди як спеціалізовані державні органи (судді плюс допоміжний персонал плюс фахівці, що обслуговують суддівську функцію, — судові слідчі, прокурори тощо). Перетворення судівництва на

конвеєрний процес є передумовою формування більш-менш розвинутих судових систем, які ми знаходимо, зокрема, в сучасних державах; з наявністю інституту професійного судді і розвинутих судових систем пов'язується розуміння «судової влади» (яка функціонує поряд із законодавчою та виконавчою владами).

3. *Передумовою дієвого впорядкування конфлікту через механізм судівництва є, зокрема, й те, що судові рішення завжди публічно обумовлене і публічно обов'язкове.* Суддя ніколи не виносить рішення, керуючись тільки особистим баченням справи і обставин у ній (в іншому випадку — це свавільний суддя). Критерії його розсуду мають бути зрозумілі усім, хто звертається до суду (лише маючи хоч якесь уявлення про ці критерії, хтось може сподіватися, що суддівське рішення буде прийнято на його користь). Тому суддя — це не тільки і навіть не стільки носій специфічної публічної влади; це насамперед добрий знавець засад, на яких побудовано життя цього соціуму, знавець базових соціальних цінностей і норм; крім того, це досвідчена і авторитетна людина, яка до того ж у змозі стримувати свої почуття і емоції й розглядати фабулу порушеної перед ним справи настільки безсторонньо, наскільки це можливо. Весь потенціал публічного соціального досвіду, інформації, інтелекту через особу судді мобілізується за ініціативою приватних осіб для вирішення їх життєвих проблем і владнання ситуації протистояння, у якій вони опинились. Таким чином, певна загадковість і одночасно — особлива величність суду як соціального інституту полягає в його гранично діалектичній природі (зокрема, органічній єдності приватного і публічного, казуального і нормативного, загального і одиничного та інших антиномій, якою характеризується судочинна діяльність). У цьому контексті важливо також зазначити, що адресатом рішення суду практично такою ж мірою, як і сторони у спорі, є усі члени суспільства; знання про визнане за суб'єктом право має бути загальнодоступним для того, щоб виключити інші спроби посягання на нього; крім того, членам соціуму має бути відомо, якого роду конфлікт розглядав суддя і яким виявився спосіб його розв'язання¹, для необхідної завбачливості у конфліктогенних стосунках між собою. Загальнообов'язковість судових рішень відповідно є важливим чинником становлення уніфікованого правопорядку і контролю (запобіжного включно) конфліктності в людських соціумах.

4. Акт судівництва як акт впорядкування конфлікту до стану контрольованого балансу інтересів

Акт судівництва як одна з найбільш цікавих загадок права є цілком достойним бути предметом окремого філософсько-правового дослідження. Цей тисячі разів повторюваний феномен, на перший погляд, дуже простий, елементарний, на перевірку є, як і будь-що гранично елементарне, надзвичайно складним і потребує в змістовому плані відповідної інтерпретації, яку не завжди отримує.

¹ «Якщо постає потреба звернутися до безстороннього судді, — зазначав з цього приводу Ф. А. Гайек, — то лиш тому, що від такої особи очікують вирішення випадку як одного з багатьох, що можуть трапитися де завгодно в будь-який час, а отже, способом, який задовольнить сподівання будь-якої особи, що потрапила в подібну ситуацію серед осіб, персонально їй не знаних» [22, с. 77].

Якщо анатомувати акт судівництва, тобто владне рішення, яке приймає суд за конкретним спором¹, можна бачити, що воно є актом одночасної реалізації цілого ряду взаємопов'язаних, однак змістовно відокремлених, самостійних функцій. З певною умовністю їх можна позначити як *функції*: а) *розсуду*; б) *правосуду*; в) *присуду*; г) *осуду*. В контексті цього дослідження про кожну з цих функцій необхідно згадати окремо, хоча б коротко.

Функція розсуду є логічно першою в акті судівництва (у процесі винесення рішення), і значення її у даному контексті означає не «розсудити по справедливості» (це було б рішенням по суті), а визначити, що відбулося чи відбувається в дійсності, та підійти до ситуації, винесеної на розгляд суду, гранично *розсудливо*. Це той аспект рішення, який потребує не влади, а мудрості і певного спеціального знання стосовно того, як відшукувати, розуміти і оцінювати факти у спірній ситуації, з'ясувати, що конкретно відбулося, чи стало воно причиною чийось втрат, якщо стало — то якою мірою і яких. У рамках даного аспекту акту судівництва з'ясовується також, чи відбувся факт заподіяної шкоди внаслідок певних об'єктивних процесів (за умов непричетності до них інших суб'єктів), чи він став результатом чийось суб'єктивних дій. З'ясовується також, чи завдав хтось шкоди іншому навмисне, прагнучи цього або припускаючи це, чи наміру вчинити кривду не було, а стався просто невдалий випадок і шкоду було спричинено необережно або від зайвої самовпевненості. Крім того, тут встановлюється, чи можна до особи, чиею активністю спричинено шкоду, мати якісь претензії, чи здатна вона збагнути, що нею скоєно. Усе згадане є фактологічною, доказово-оціночною основою відповідного рішення, подібно до того, як певний набір аргументів надає об'єктивну основу для остаточного висновку у логічному спорі. Умовно цей елемент акту судівництва можна назвати «*судженням про факти*», маючи на увазі, що згадане судження є результатом відповідної дослідницької роботи по виявленню конкретних змін в об'єктивній реальності і комплексу відповідних причинно-наслідкових зв'язків.

Друга функція (функція правосуду), яку має виконати акт судівництва, — це визначення (після встановлення факту нанесення шкоди і порушення чийогось інтересу), чи підлягає згаданий порушений інтерес захисту. *Саме у цій точці відбувається переплавлення соціального в правове, саме в цьому аспекті суд справцює як орган права, який встановлює, що конкретний суб'єкт є реально повноважним у своєму інтересі, що він має конкретний простір для його реалізації, має можливість прагнути і працювати для його задоволення, оскільки це нікому не зашкоджує і не суперечить загальним засадам співжиття у даному суспільстві; тому інші члени соціуму не можуть не рахуватися з цим і мають забезпечити йому цей простір, не заважаючи і не протидіючи йому з даного приводу.* Зрозуміло, що таке встановлення передбачає, як зазначалося вище, добре знання алгоритмів, стандартів, порядків, тобто принципів і конкретних норм

¹ Ми не говоримо в даному контексті про рішення «у справі»; таке формулювання є більш доречним у розмові про судочинство, а не правосуддя, тим більше судівництво. Не в процесуальному, а предметно-змістовному плані суд, як уявляється, завжди виносить рішення у спорі про право.

(правил)¹, на яких побудовано соціальне життя, зокрема у сфері, де виник конфлікт; про ці засади і норми так чи інакше має бути відомо і суб'єкту (саме це і зумовлює його звернення до суду по допомогу). Однак його особиста точка зору з питань, що і як мало б відбуватися у випадку, який стосується його особисто, запрограмована на підтримку лише однієї позиції, а тому не може бути сприйнята беззастережно, як і зворотно спрямована позиція іншої сторони. Саме тому і потрібно, щоб вагоме слово про наявний інтерес і факт його порушення публічно виголосив третій суб'єкт, причому такий, позиція якого неодмінно була б узята до уваги усіма зацікавленими персонами (не лише учасниками конфлікту — сторонами у спорі). Відповідно функціонально необхідно, щоб згаданий суб'єкт, на якого покладається тягар вирішення життєво важливих, подекуди доленосних для суб'єктів питань, був завідомо сильним, авторитетним і обов'язково — неупередженим, безстороннім у спорі². Авторитетне виголошення висновку про порушений інтерес і необхідність його захисту, в якій формі воно не відбулося б, є по суті *актом визнання, публічної констатації* суб'єктивного права, за яким слідують іманентні заходи щодо його підтримки. Цей аспект акту судівництва можна назвати *розсудом (судженням) про право*, який здійснюється судом у будь-якому разі; без нього акт *судівництва* не є правовим актом, не є актом *правосуддя*. Витончена, загадкова, чудодійна діалектика цього аспекту акту судівництва полягає, щонайменше, у двох моментах. По-перше, суд у людському середовищі здійснюється тільки людьми, тому автором рішення про право є проста людина, звичайна приватна особа. Однак на момент винесення рішення про право згадана *приватна особа* має зникнути, має відключитися і перевтілитися в *публічний орган*, у чутливий барометр, здатний надати об'єктивну картину спору, порушених суб'єктивних інтересів і вказівку на збалансований шлях їх підтримки і захисту³. Звідси виникає велика практична проблема пошу-

¹ Тут зовсім не передбачається наявність правових норм, визначених у законах та інших цільових джерелах, що виголошують обов'язкові правила поведінки з метою спрямувати проблемну поведінку соціальних суб'єктів в одне русло, включити її в єдині алгоритми і вивести відповідні відносини (хай не на сто відсотків) із зони небезпечної конфліктності. Артикуляція звичаєвих норм, а особливо позитивна нормотворча діяльність — це дуже високий рівень правового регулювання, який логічно наслідують стадії винесення у численних випадках конкретних судових рішень уповноважуючого (стосовно носія правомірного інтересу, який було порушено) і одночасно — зобов'язуючого (стосовно порушника) характеру. З історії правового регулювання добре відомо, що перші закони — це вперше узагальнені і зафіксовані судові прецеденти і правові звичаї.

² «Великим завоюванням ...стало розмежування між помстою і справедливістю. Замість короткого замикання помсти справедливість уводить розведення протагоністів на певну відстань, символом якої в кримінальному праві є встановлення певного проміжку між злочином і покаранням. Але як інакше може бути встановлений такий проміжок, якщо не завдяки виходу на сцену певного третього, який не є жодним із протагоністів? Головним критерієм, де справедливість починає себе відрізняти від несправедливого, є порівняння між справедливістю і безсторонністю. Справедлива дистанція, опосередковуюча роль третього, безсторонність виступають як великі синоніми відчуття справедливості...» [23, с. 13].

³ На цей важливий момент звертав увагу Г. В. Ф. Гегель, який зазначав, зокрема, у «Філософії права»: «Особа, що діють у суді, щоправда, також є по суті особами, однак їх воля є всезагальною волею закону, і вони не прагнуть вміщувати в покарання те, чого немає у

ку для виконання функції судівництва людських індивідів, здатних на подібне героїчне (без перебільшення) перетворення, а також створення соціальних умов для цього. По-друге, в авторитетному рішенні суду *факт існування суб'єктивного права* у вигляді актуального інтересу (порушеного або такого, що перебуває під ризиком порушення) *об'єктивується*, стає *явищем об'єктивного права*, джерелом права, що має загальносоціальне значення, тобто здобуває обов'язкову значимість не тільки для зацікавленого суб'єкта (носія суб'єктивного права), а й для усіх інших нинішніх і майбутніх суб'єктів (аж до моменту, коли волею самого уповноваженого суб'єкта або іншим мотивованим рішенням компетентного суду це право не буде змінене чи анульоване).

Говорячи про цей момент у процесі правоутворення, принципово важливо зазначити, що ймовірна наявність нормативного акта, який походить від компетентного органу і який за нинішніх умов сприймається як *conditio sine qua non* наявності у суб'єктів відповідних прав, по-перше, жодним чином не заперечує щойно розглянуту функцію правосуду (судження про наявність права, виголошення права), не віднімає її у суду; все, що робить законодавець у цьому плані, – це одночасно проголошує типізовані права та обов'язки (які стосуються невизначеної кількості суб'єктів, що потрапляють у типові передбачені законом обставини), тобто робить те, що багато разів повторив би суд, розв'язуючи подібні спори. Більше того, роль суду у встановленні суб'єктивних прав за будь-яких умов є непересічною, оскільки наявність закону – ще не гарантія наявності права. У законі можна виголосити чудові речі, стосовно прав суб'єкта включно, які, однак, у силу пороку змісту чи форми закону або з інших об'єктивних чи суб'єктивних причин можуть «повиснути у повітрі», не зазнати реалізації. У таких випадках для визнання реального права суб'єкта все одно знадобиться судові рішення, яке, будучи прийнятим, включить механізм виконання обов'язків, що кореспондують зазначеному праву, і спонукає інших суб'єктів і суспільство в цілому працювати на задоволення актуального суб'єктивного інтересу правомочної особи. Додамо до цього, що за судом завжди залишається остаточне слово щодо визначення (через іманентний розсуджувальний діяльності момент тлумачення) змісту права, встановленого законом для відповідних категорій суб'єктів, а від цього часто залежить, чи опиниться взагалі суб'єкт під дією закону, чи виявиться він носієм права, чи ні. Як можна бачити, навіть за умови наявності досконалого законодавця суд у справі публічної констатації, виголошення права суб'єктів, як і в питанні визначення змісту цього права, зберігає первинність. Суд дійсно є установою, у якій насамперед конститується і встановлюється право. Але для цього за будь-яких умов суд має відповідати своїй корінній сутності, тобто, незважаючи ні на що, бути носієм твердої і неухильної волі надавати кожному його право (див. епіграфи).

природі речей. Навпаки, потерпілому неправу являє себе не в його кількісному та якісному обмеженні, а тільки як неправу взагалі, і він може не дотримати міри у відплаті, що, у свою чергу, призвело б до нового неправу». І далі: «Вимога розв'язати це протиріччя..., яке існує у способі зняття неправу, є вимогою звільненої від суб'єктивного інтересу і форми, а також від випадковості сили, яка відповідно є такою, що не мстить, а справедливо карає. У цьому полягає насамперед вимога волі, що як особлива, суб'єктивна воля воліє всезагальне як таке» [24, с. 151–152].

Третя функція, яку виконує акт судівництва-правосуддя, є *функція присуду*, тобто формулювання вказівки, що і ким має бути зроблено для того, щоб порушений інтерес суб'єкта виявився задоволеним, його втрати зліквідовано (наскільки це можливо), тобто для того, щоб він здобув захист у своєму праві. Цю функцію можна вважати *серцевиною акту судівництва-правосуддя як акту справедливості*, завдяки якому, згідно зі стародавньоримською формулою, кожен «отримує своє». Саме в цій функції суд повною мірою реалізує себе як соціальна влада; логічним доказом реальності влади в даному випадку є факт виконання присуду зобов'язаним суб'єктом, тому реалізація судового рішення не може бути виведена за межі акту судівництва.

Зрештою, акт судівництва-правосуддя передбачає виконання *ще однієї функції*, що має важливе соціальне значення — *функцію осуду* суб'єкта, який вільно чи невільно порушив виправданий інтерес іншого суб'єкта і порушив, тим самим, його право. Осуд у даному контексті є складовою акту справедливості: якщо навмисними діями суб'єкта спричинено шкоду, нанесено втрати, порушено інтерес іншого, він має не лише зробити все залежне для «знешкодження шкоди» і виправлення порушеного інтересу, він має бути покараним за злу, несоціальну поведінку, якої він з тих чи інших мотивів припустився. І якщо примусове погашення суб'єктивної образи є актом справедливості *на рівні учасників протистояння*, то покладання на зловмисника додаткового тягара у вигляді публічного покарання є актом *соціальної* справедливості, актом підтримки рівноваги в цілісному соціумі, актом контролю соціальної конфліктності (особливо якщо йдеться про типізовані, часто повторювані, болісні конфлікти в суспільстві (якими, зокрема, є конфлікти антагоністичного характеру)).

Як бачимо, функція осуду (функція меча), хоча і здійснюється в одному акті судівництва, проте перебуває на останньому місці стосовно інших, що можна вважати цілком виправданим. По-перше, вона притаманна не кожному акту судівництва. По-друге, функція кари, застосування санкцій за порушення наявних поведінкових стандартів (норм) характерна не тільки для права, а й для інших соціальних регуляторів; різниця тільки в характері санкцій і в процедурі їх формулювання і виголошення.

* * *

Завершити змістовний аналіз акту судівництва і одночасно місця суду в контролі соціальної конфліктності хотілося б міркуванням поетичного характеру. Одним із найбільш вдалих символів правосуддя в історії людства, є, безумовно, богиня із стародавньогрецького пантеону небожителів Феміс (у римському пантеоні богів — Феміда), дружина Зевса, мати Прометей і трьох дочок — Діке (богиня справедливості), Евномії (богиня благозаконня) та Немезиди (богиня відплати). Феміда є доволі складним символом і інтерпретується подекуди вельми суперечливо. Я не беруся зараз за таку інтерпретацію (яку, до речі, вважав би не самоцільними «ігрищами розуму», а дослідженням важливої теоретичної (швидше — філософської) проблеми). Але вважаю за необхідне звернути увагу на суттєвий момент, пов'язаний з історичною еволюцією цього символу.

Можна вважати цілком звичним образ Феміди з мечем у руках, що символізує, по-перше, карну функцію, функцію відплати («возмездия» російською мовою), яку має виконати суд стосовно правопорушника, по-друге, те, що правосуддя як

таке має бути сильним, озброєним, щоб бути дієвим, має бути владою. Мені відомим є більш ранній образ богині Феміс, яка замість меча мала в руках ріг достатку як символ суспільного добробуту і благополуччя. Історичні зміни в інтерпретації західної філософсько-правової традиції стосовно того, що є метою правосуддя і як воно здійснюється, безперечно, мають відповідне соціально-історичне підґрунтя¹, однак, на нашу думку, Феміс із рогом достатку в руках є значно більш точним і глибоким символом соціального призначення правосуддя, ніж фігура з мечем. Порядок, передбачуваність і відносний спокій, розширення зони соціального миру (в тому числі досягнутого примусово) ціною звуження, обмеження, контролю зони соціальної конфліктності — це навіть не завдання, це об'єктивна функція правосуддя, те, заради чого суд цілком об'єктивно, незалежно від суб'єктивних оцінок, намірів і прагнень, виникає і функціонує в людських соціумах; у цьому, якщо виразитися патетично, полягає його соціальне призначення.

5. Висновки

Право і його основні інститути (яким є, зокрема, інститут суду і правосуддя) — явище специфічне, воно значною мірою пов'язане з умоглядним конструюванням і владним встановленням правил поведінки людей у різних ситуаціях з метою зробити людське існування у відповідних суспільствах більш зручним, безпечним і досконалим; так принаймні завжди проголошує політик-законодавець. При цьому як носій політичної влади він керується не добрими побажаннями, а твердим наміром досягти необхідного йому результату; тому він не запрошує користуватися створеними ним правилами, а виголошує щодо цього чітку вимогу, для гарантованого виконання якої використовує відповідні засоби примусу (хто не бажає виконувати вимоги добровільно, примушується до цього силоміць, до того ж карається за неслухняність). Відповідно до такого соціального алгоритму для досконалого життя і життя людей по праву необхідними виявляються насамперед і головним чином правила (норми); наявність правил законодавця виступає першою ціллю в праві, тим, з чого починається правове регулювання, а те, що відбувається в житті людей, виявляється припустимим (правомірним) лише тому, що воно цим правилами відповідає. Немає правил (норм) — нема і права; відповідно якщо нема встановлених законодавцем правил про суд і судочинну діяльність — нема і суду як правового інституту. Якщо за такого звичного для юристів підходу і спостерігається зв'язок права з суспільством та його інститутами, то вельми опосередкований, туманний і неясний. Суспільство у різних його фрагментах виявляється об'єктом творчості, пластичним, який може бути підігнаний під створену законодавцем форму, набувши досконалого вигляду...

Утім і юристу не можна забувати, що альфою і омегою права і всього механізму правового регулювання було і є людське суспільство. Право не тільки обумовлене суспільними потребами; для права в цілому, як і для корінних правових інститутів суспільство відіграє роль не простої передумови, а формоутво-

¹ За деякими припущеннями ріг достатку на меч у руках богині замінили прагматичні римляни в ході рецепції сонму грецьких богів на власному специфічному культурному ґрунті.

рюючого чинника. Це обставина, з якою має рахуватися найбільш амбітний законодавець.

Сказане, зокрема (як це засвідчує і весь здійснений вище аналіз), є справедливим і для розуміння такого важливого правового інституту, як суд. Суд — це непересічна форма буття права¹, місце, де воно постійно народжується і реалізується. Однак і найбільш самовпевнений законодавець не ризикне стверджувати, що як правовий інститут суд створюється в результаті прийняття відповідного закону і функціонує лише завдячуючи закону. Суд — це місце, де впорядковуються великі й малі життєві суперечки між людьми; і те, як суд утворюється і функціонує, залежить насамперед від природи цих суперечок, їх кількісних і якісних характеристик, від міри їх гостроти, зрештою, від об'єктивної суспільної потреби тримати їх під контролем, підтримуючи тим самим необхідний рівень суспільної безпеки. Іншими словами, форма і зміст суду, його специфічні особливості, як і природа окремих актів судочинства, визначаються насамперед особливостями об'єкта, якому протидіє суд, а саме — особливо гострими та небезпечними формами соціальних конфліктів і конфліктності.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Бігун В. С.* Філософія правосуддя: ідея та здійснення : монографія / В. С. Бігун. — К., 2011. — 303 с. (Бібліотека Міжнародного часопису «Проблеми філософії права»).
2. *Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення* : кол. моногр. / А. М. Бернюков, В. С. Бігун, Ю. П. Лобода та ін. ; відп. ред. В. С. Бігун. — К., 2009. — 316 с.
3. *Брынцев В. Д.* Теория и практика управления судом в правовом государстве : монография / В. Д. Брынцев. — Киев : Юринком Интер, 2010. — 440 с.
4. *Герасіна Л. М.* Проблеми правої конфліктології: феноменологічний, гносеологічний та праксеологічний аналіз : монографія / Л. М. Герасіна, М. І. Панов. — Х. : Право, 2004. — 112 с.
5. *Конфліктологія* : підруч. для студ. вищ. навч. закл. юрид. спец. / за ред. Л. М. Герасіної та М. І. Панова. — Х. : Право, 2002. — 256 с.
6. *Кривцова В. М.* Юридичний конфлікт як феномен правової дійсності : автореф. ... канд. юрид. наук : 12.00.12 / В. М. Кривцова. — Х., 2005. — 19 с.
7. *Гульгай М. М.* Про конституційно-правовий спір у контексті розвитку конституційної юстиції в Україні / М. М. Гульгай // Державне будівництво та місцеве самоврядування. — 2012. — Вип. 23 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/dbms/2012_23/68.pdf.
8. *Писаренко Н. Б.* Адміністративно-правові спори (удосконалення порядку вирішення) : монографія / Н. Б. Писаренко, В. А. Сьоміна. — Х. : Право, 2011. — 136 с.

¹ Люди добре розуміли це уже в старі часи. «Слово “право”», — зазначав класичний римський юрист Павл, — застосовується у декількох значеннях: по-перше, «право» означає те, що завжди є справедливим та добрим — таким є природне право. По-друге, «право» — це те, що є корисним усім у кожній державі — таким є цивільне право. Не менш правильно в нашій державі «правом» називається *ius honorarium*. Кажуть, що претор висловлює право (вносить рішення), навіть якщо він вирішує несправедливо, це слово стосується не того, що претор зробив, а того, що він мав зробити. В іншому розумінні «право» означає місце, в якому виноситься рішення; тут назва переноситься з того, що робиться, на те, де робиться...» [20, с. 159].

9. Цой Л. Н. Практическая конфликтология [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://evartist.narod.ru/text7/53.htm>.
10. Анцупов А. Я. Конфликтология в схемах и комментариях : учеб. пособие. — 2-е изд., перераб. / А. Я. Анцупов, С. В. Баклановский. — СПб. : Питер, 2009. — 304 с.
11. Тернер Дж. Структура социологической теории / Дж. Тернер. — М. : Прогресс, 1985. — 471 с.
12. Бобровник С. В. Компроміс і конфлікт у праві: антрополого-комунікативний підхід до аналізу : монографія / С. В. Бобровник. — К. : Юрид. думка, 2011. — 384 с.
13. Бобровник С. В. Новітні способи дослідження компромісу і конфлікту як соціальних явищ / С. В. Бобровник // Загальнотеоретичне правознавство, верховенство права та Україна : зб. наук. статей / гол. ред.: Андрій Мелешевич. — К. : ДУХ І ЛІТЕРА, 2013. — 608 с.
14. Кудрявцев В. Н. Юридическая конфликтология [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://reed.in.ua/jurpsy/Kudrjajtsev_VN.__JUrIdicheskaja_konfliktologija/_49.php#.Ud27yaz_eeU.
15. Аннерс Э. История европейского права / Э. Аннерс. — М. : Наука, 1996. — 395 с.
16. Демченко С. Ф. Теоретичні аспекти становлення і розвитку економічного судочинства в Україні : монографія / С. Ф. Демченко. — К. : Преса України, 2009. — 240 с.
17. Древнеегипетская Книга мертвых // Хрестоматия по истории Древнего мира / под ред. Е. А. Черкасовой. — М. : Просвещение, 1991 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://ru.wikipedia.org/wiki/>.
18. Гесіод. Роботи і дні / Гесіод ; пер. В. Свідзинського (1936) // Антична література : хрестоматія / упоряд. О. І. Білецький. — К. : Рад. шк., 1968 (2-ге вид.). — 612 с. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://ae-lib.org.ua/texts/hesiod__opera_et_dies__ua.htm.
19. Гесиод. Труды и дни / Гесиод ; пер. В. В. Вересаева // Гесиод. Теогония. Труды и дни. Щит Геракла. — М., 2001 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://az.lib.ru/w/weresaew_w_w/text_0300.shtml.
20. Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. — М. : Зерцало, 1997. — 698 с.
21. История Древнего Востока. Тексты и документы : учеб. пособие / под ред. В. И. Кузицина. — М. : Высш. шк., 2002. — 719 с.
22. Гайек Ф. А. Право, законодавство і свобода. Нове визначення ліберальних принципів справедливості і політичної економії. Т. I–III / Ф. А. Гайек. — К. : Аквілон-Прес, 2000. — 448 с.
23. Рікер П. Право і справедливість : пер. з фр. / П. Рікер. — К. : Дух і літера, 2002. — 216 с.
24. Гегель Г. В. Ф. Философия права : пер с нем. / Г. В. Ф. Гегель ; ред. и сост. Д. А. Керимов и В. С. Нерсисянц. — М. : Мысль, 1990. — 524 с.

Бурлай Є. В. Конфлікт і суд

Анотація. Стаття продовжує цикл робіт, у яких методологічною основою для пояснення правових явищ використано теорію конфлікту як частину теоретичної соціології і соціальної філософії. У цій роботі показано генетичний і функціональний зв'язок явищ конфлікту, соціальної конфліктності і суду. Доводиться, зокрема, що антагонізм окремих категорій соціальних конфліктів, їх масовість і систематичність, часта нездатність сторін вийти із стану конфлікту самостійно і розв'язати їх через компроміс є чинником, що зумовлює виникнення функції судівництва як владної діяльності по впорядкуванню конфліктів через зовнішнє рішення з

обов'язковим для сторін конфлікту значенням. У статті також показується, що чинник конфліктності зумовлює найбільш характерні ознаки суду (зокрема, те що суд є органом, який підтверджує суб'єктність сторін у конфлікті; що суб'єкт судівництва в будь-якому випадку є носієм реальної і легітимної влади; що судові рішення є завжди публічно обумовленим і публічно обов'язковим, це і утворює передумову реального впорядкування конфлікту і стримування соціальної конфліктності як тенденції). У статті також детально проаналізовано ряд функцій, які виконує акт судівництва (розсуд, правосуд, присуд, осуд), при цьому особливу увагу приділено функції правосуду, в рамках якої відбувається трансформація соціального інтересу суб'єкта в суб'єктивне право як факт правової дійсності.

Ключові слова: конфлікт, конфліктність, компроміс, примирення, антагоністичний конфлікт, масова і систематична конфліктність, неможливість самостійного і мирного вирішення конфлікту, суб'єктність, суд, судівництво, ознаки судівництва, функції акту судівництва, розсуд, правосуд, присуд, осуд.

Бурлай Е. В. Конфликт и суд

Аннотация. Статья продолжает цикл работ, в которых методологической основой для объяснения правовых явлений используется теория конфликта как часть теоретической социологии и социальной философии. В работе показана генетическая и функциональная взаимосвязь явлений конфликта, социальной конфликтности и суда. Обосновывается, в частности, что антагонизм отдельных категорий социальных конфликтов, их массовость и систематичность, частая неспособность сторон выйти из конфликта самостоятельно и невозможность разрешения его путем компромисса обуславливают возникновение функции судоправления как властной деятельности по упорядочению конфликтов посредством внешнего решения с обязательным для сторон конфликта значением. Фактор конфликтности обуславливает, по мнению автора, и наиболее характерные черты суда (суд есть орган, подтверждающий субъектность сторон в конфликте; субъект судоправления есть в любом случае субъектом реальной и легитимной власти; судебное решение всегда публично обусловлено и публично обязательно, что и составляет предпосылку реального упорядочения конфликта и сдерживания социальной конфликтности как тенденции). В статье также детально проанализированы функции, исполняемые актом судоправления (рассуждение, правосуждение или суждение о праве, присуждение, осуждение); особое внимание при этом уделено функции «*правосуждения*», в рамках которой осуществляется трансформация социального интереса субъекта в субъективное право как факт правовой реальности.

Ключевые слова: конфликт, конфликтность, компромисс, примирение, антагонистический конфликт, массовая и систематическая конфликтность, невозможность самостоятельного и мирного разрешения конфликта, субъектность, суд, судоправление, признаки судоправления, акт судоправления, рассуждение, правосуждение, присуждение, осуждение.

Burlay Ye. Conflict and Court

Summary. The article continues series of works in which the theory of conflict as a part of theoretical sociology and social philosophy is used as a methodological basis for the explanation of some of the law phenomena. A genetic and functional interrelation of the phenomena of conflict, social confliction and court is shown. It's grounded, in particular, that antagonism of some categories of social conflicts, their massive scale and systematic character, frequent inability of its participants to go out of conflict independently and impossibility of its settlement by a compromise determinate a new function of social power — the conflict's control by an external decision with an obligatory meaning for the conflict's participants. The factor of conflict also determinates the most distinctive features of court (a court is a body confirming subjectness of the conflict's participants; the creator of court decisions is always the person of the real and

legitimate power; a court decision is always a public determined and public obligatory act, and it makes the pre-condition of the real regulation of conflict and control of social conflict as a tendency). Some functions of an act of justice are analysed in the article too (reasoning, legal reasoning, adjudgement, condemnation). Special attention is devoted to the function of «legal reasoning» which causes transformation of the interests of the person to the legal right as a fact of legal reality.

Keywords: conflict, proneness to conflict, compromise, reconciliation, antagonistic conflict, massive and systematic conflict, impossibility of independent and friendly settlement of conflict, subjectness, court, distribution of justification, act of justice, reasoning, legal reasoning, adjudgement, condemnation

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ЗНАКІВ Ч. С. ПІРСА ТА ТЕОРІЯ ДОКАЗІВ: ТОЧКИ ПЕРЕТИНУ

Д. БОЧАРОВ
*кандидат юридичних наук, доцент,
декан юридичного факультету
(Академія митної служби України)*



Відомий італійський медієвіст, семіолог і романіст У. Еко стверджував, що автор не повинен коментувати власні тексти. «Авторові слід було би померти, завершивши твір, аби не стати перешкодою на шляху власного тексту», — писав він [9, с. 6, 11]. Адже текст за визначенням — генератор інтерпретацій і насамперед — читацьких; ніщо так не тішить, як нові прочитання, що про їх можливість автор і гадки не мав, працюючи над твором [9, с. 6, 8].

Парадоксальність цих тверджень полягає в тому, що висловлені вони в коментарях «на маргінесах» першого роману У. Еко «Ім'я ружі», виданих автором окремою книжкою [9]. У подальшому метр не менш охоче коментує й інші свої романи. Бо ж автор хоч і «не мусить нічого пояснювати, проте може розповісти, як і чому він писав» [9, с. 13].

Узявши до уваги спільні для У. Еко та «головного героя» цього матеріалу Ч. Пірса розуміння текстів як знаків, що потребують інтерпретації [3, с. 247–280], та переконаність у потенційній необмеженості семіозису (а отже, й інтерпретації текстів-знаків), маємо можливість висувати: в ідеалі автор не повинен коментувати власні тексти, але за певних обставин просто зобов'язаний це робити, щоб «розповісти, як і чому він писав». Наш світ не ідеальний, реальні читачі далеко не завжди є «зразковими», тим більше коли йдеться про тексти, присвячені теорії знаків.

Саме цим умотивований намір прояснити підстави трактування юридичних доказів як знаків у раніше опублікованих статтях [1; 2] та перспективи класифікації доказів з огляду на систему «категорій» Ч. Пірса.

Серед тих учених, які поділяють думку стосовно доречності використання доробку семіотики в юридичній науці (в цілому) та теорії доказів (зокрема), більшість убачає безспірними два моменти:

юридичний доказ є знаком, що б ми під цим не розуміли;

залежно від характеру зв'язку зі своїм об'єктом докази поділяються на іконічні, індексальні та символічні знаки.

Але визнання поділу знаків на ікони, індекси та символи залежно від стосунку знака до свого об'єкта (визнаного самим Ч. Пірсом найбільш фундаментальним поділом [8, с. 201]) передбачає роботу в системі координат, запровадженій Ч. Пірсом, а отже — й прийняття його моделі знака.

Ч. Пірс уважав знак триелементною конструкцією — «тріадою», яка поєднує в собі репрезентамен, референт та інтерпретанту. *Репрезентаменом* є дещо, що заступає собою щось інше (референт) у певному відношенні або якості. Це, так би мовити, матеріальний, фонетичний, графічний замітник означуваного ним об'єкта, речовинне вираження знаку. *Референтом* є об'єкт означування, що ним можуть виступати об'єкти реальні, уявні та навіть такі, яких не можна собі уявити. Предмети матеріального світу, образи, ідеї, закони, знаки та ін. — усе це може правити за об'єкти означування. *Інтерпретанта* — це спосіб представляти за допомогою іншого знака те, що саме і на яких засадах репрезентамен насправді репрезентує [8, с. 177; 7, с. 179].

За Ч. Пірсом, знак діє таким чином: через інтерпретацію матеріального «тіла» знака (репрезентамена) свідомість інтерпретатора породжує ідею (інтерпретанту) об'єкта (референта), заміщеного репрезентаменом. Власне, інтерпретанта немов би творить об'єкт (референт) на основі репрезентамена. «Реальність» референта — суть презумпція; об'єкт, представлений знаком, існує завдяки репрезентативній «дії» знака та переконливій інтерпретації.

У пірсовій системі координат юридичний доказ має трактуватись як знакова конструкція, що має триелементну функціональну будову: *відсилає* до свого референта («предмет доказу» — факт, який підлягає встановленню; цей зв'язок іменується «належністю»), *існує* як репрезентамен («фактичні дані» — матеріалізоване в належній процесуальній формі повідомлення чи матеріальний об'єкт; характеризується «допустимістю») і *значить* завдяки інтерпретанті (витворений «доказовий факт» — квінтесенція смислу доказової інформації; має певний рівень «достовірності»).

Як цілком слушно зазначав У. Еко, винятковість підходу Ч. Пірса полягає в тому, що він «працював із загальною семіотикою, яка стосується всіх типів знака» [3, с. 251].

Це значно більше, ніж проста констатація відмінності «універсальної» моделі знака Ч. Пірса від «лінгвістичної» моделі Ф. де Сосюра. Адже поділ знаків на ікони, індекси та символи залежно від належності знака до свого об'єкта здійснений лише за одним із критеріїв, які впливають із обстоюваної Ч. Пірсом системи категорій.

За свідченням самого Ч. Пірса та його біографів, система категорій, що так суттєво вплинули на класифікацію знаків та зумовили загальний вигляд теорії знака, який вона наразі має, сформувалася під безпосереднім впливом системи «чистих розсудкових понять, або категорій» І. Канта, яким Ч. Пірс щиро захоп-

лювався. «Перші спроби інтерпретації, спровоковані читанням І. Канта й романтиків, з одного боку, та реальною науковою практикою — з другого, з часом стали важливою складовою архітекτονіки головного теоретичного спадку Пірса — його загальної теорії знаків», — пише В. Кірющенко [5, с. 56–57]. Згодом, за власним образним зізнанням Ч. Пірса, його «кантіанство повільно, проте невідворотно потоншало до меж можливого; так воно перетворилося на дріт — але сталевий дріт» [5, с. 111]. На думку В. Кірющенко, у певний момент свого розвитку теорія Ч. Пірса збочила з провідної колії кантівської думки, зберігши тим не менш її принциповий настрій і структуру [5, с. 111].

На відміну від І. Канта, який побудував власну систему категорій чи то розсудкових понять, спираючись на поділ суджень, притаманний тогочасній формальній логіці (за кількістю, якістю, відношенням і модальністю) [4, с. 92], Ч. Пірс узяв за основу для виведення категорій аналіз структури судження, оскільки «єдність, що до неї розум приводить враження, становить єдність пропозиції (судження. — *Д. Б.*)» [8, с. 97; 7, с. 116]. Перший варіант «таблиці категорій» уключав п'ять елементів: «субстанцію», «якість», «відношення», «репрезентацію» та «буття» [8, с. 103; 7, с. 116]. Пізніше Ч. Пірс відмовив у статусі категорій «субстанції» та «буттю», оскільки категорія субстанції відповідала суб'єкту пропозиції, а категорія буття виступала абстрактним виразом зв'язки предиката й суб'єкта, тож із точки зору логіки відношень обидві були зайвими [7, с. 118].

Натомість категоріям «якості», «відношення» й «репрезентації» Ч. Пірс зберіг вірність до останку, хоч їх розуміння також із часом зазнало змін. Зрештою, саме ці категорії зумовили зміст класифікації знаків «за Ч. Пірсом». Слід також зазначити, що «буття» й «субстанція» неявно лишилися присутніми у списку категорій, розчинившись серед інших та суттєво ускладнивши розуміння класифікації знаків (у чому можна переконатися, наприклад, порівнявши трактування змісту й підстав класифікації Ю. Мельвілем і В. Кірющенко).

Категорія «якості» (перша категорія) виражає якість як таку, безвідносно до чогось іншого. Зелений колір може бути кольором фіранки, але існує як якість незалежно від існування або неіснування реальної фіранки. Говорячи про сприйняття якості, Ч. Пірс уживає термін «відчування», пояснюючи: «під відчуванням я розумію відчуття без зв'язку з певним предметом чи обставинами... без накидання його якомусь певному суб'єктові» [8, с. 145–146; 7, с. 129]. Як слушно зазначає Ю. Мельвіль, тут прослідковується цілком очевидна тенденція трактувати «якості» в дусі платонізму, з тою лише різницею, що їм приписується не актуальне, а тільки потенційне існування. Невтілена або нереалізована якість може існувати не в дійсності, а лиш у можливості. Саме це «буття в можливості», за Ч. Пірсом, притаманне першій категорії. Адже будь-яке втілення якості передбачає відношення до чогось іншого, а це вже друга категорія [7, с. 129–130].

Категорія «відношення» (друга категорія) пов'язана з існуванням, охоплює царину досвіду й має діадичний характер (становить двочленне відношення). «Діада складається з двох суб'єктів (об'єктів, предметів. — *Д. Б.*), що утворюють єдність, — пише Ч. Пірс. — Два суб'єкти — це ще не діада, а лиш один з її елементів. Другий елемент діади становить специфічне відношення між суб'єктами, яке надає їм нових властивостей» [8, с. 141; 7, с. 142]. На його думку, діада є

індивідуальним фактом в екзистенційному розумінні, цей факт не має нічого «загального». Буття монадичної якості (перша категорія. — Д. Б.) — лише потенційність, позбавлена існування. Натомість існування в чистому вигляді діадичне. За Ч. Пірсом, «існування — це присутність у певному всесвіті досвіду, — хай то буде всесвіт наявних у цю мить матеріальних предметів або всесвіт законів, феноменів і відчужень — і ця присутність передбачає, що кожна річ перебуває в динамічній взаємодії з будь-якою іншою річчю цього всесвіту» [8, с. 143].

І нарешті, третя категорія — категорія «репрезентації». На відміну від монадичної, першої, та діадичної, другої, третя категорія, природно, є втіленням «третинності» або «троїстості». Захоплений ідеями хімічної валентності [8, с. 118 — 120], Ч. Пірс помітив, що між логікою побудови хімічних ланцюжків і логікою предикативних відносин у мові наявні певні паралелі. «Зокрема, — зазначає В. Кірющенко, — його увагу привернув той факт, що відповідно до ідеї хімічної валентності жодна зі структур, за винятком тривалентної, подвоюючись, не дає більшої кількості зв'язків. Він (Ч. Пірс. — Д. Б.) виявив, що тривалентна структура... відіграє в хімічному ланцюжку ту саму роль, яку схожим чином улаштовані предикативні структури відіграють у природній мові, тобто генерує нові смисли» [6, с. 40]. Ідеї, пов'язані з ідеєю «третинності» або «троїстості», посідають чільне місце в філософії Ч. Пірса, який уважав тріаду найбільш досконалою категоріальною формою¹, що виступає «атомарною» складовою чотири- і п'ятичленних відносин (поліад), та опосередковує зв'язок між першими двома категоріями [7, с. 156]. Власне, опосередкування, представлення одного через інше й становить сутність третьої категорії. «Розглядувана як категорія, третинність (репрезентація. — Д. Б.) є тим самим, що й опосередкування, — стверджував Ч. Пірс. — Усяка опосередкована репрезентація передбачає наявність об'єкта (знака. — Д. Б.), що заміщує собою якийсь інший об'єкт, причому заміщення має бути таким, щоб *досвід* першого зумовлював *знання* про другий» [8, с. 142; 6, с. 143].

Щира, не вироджена третинність (репрезентація) передбачає інтелектуальне опосередкування (інтерпретацію). «Поняття інтерпретації тісно пов'язане з поняттям репрезентації, зокрема в тому, що саме здатність бути об'єктом інтерпретації уможливило справжню репрезентацію як знак», — вважає В. Кірющенко [6, с. 139]. Оскільки знак є чимось іншим, ніж об'єкт репрезентації, то має існувати й певна думка чи положення, що пояснювали б, яким чином (тобто в рамках якої концепції чи на якій підставі) знак репрезентує об'єкт або сукупність об'єктів [8, с. 179]. Власне, це вже згадувана вище інтерпретанта, завдяки якій знак являє собою сукупність взаємозумовлених відношень до денотата й розуму, опертих на певну якісну засаду, або ж аспект загального ставлення до буття. Якщо це троїсте відношення не є виродженим, знак відсилає до свого об'єкта тільки через розумові асоціації й залежить від звички до певного типу поведінки. Такі знаки завжди мають загальний характер, оскільки звички суть загальні правила, що підпорядковують дії так само, як переконання підпорядковують думки² [6, с. 143].

¹ «Можна надзвичайно простим способом (хоч формулювання доказу вельми карколомне) довести, що жодний елемент не може мати валентність більшу трьох» [8, с. 120].

² Це зауваження, проте, у жодному разі не скасовує потреби розрізнення трьох категоріальних елементів, без яких інтерпретація не буде успішною: третинність, або репрезентація, що

Ч. Пірс пов'язує третю категорію з ідеєю регулярності, а отже, й безперервності, закономірності та всезагальності. «Первинність, або якість-відчування (існуючи лише як можливість. — Д. Б.) від часу не залежить, — вважає Ю. Мельвіль, — натомість вторинність як факт існує лише тут і тепер». З третьою категорією не все так просто. Адже регулярність передбачає існування закону й виступає проявом його дії, оскільки «без закону немає регулярності» [7, с. 157]. Час репрезентації — «завжди».

На підставі списку категорій Ч. Пірс виводить три трихотомії, що характеризують знак сам собою, знак у його відношенні до свого об'єкта та знак у його прагматичному аспекті — в його відношенні до інтерпретанти.

Першим розділом кожної з трьох трихотомій виступає знак з точки зору категорії якості, другим — відношення, третім — репрезентації.

Знак сам собою Ч. Пірс іменує «основою» (імовірно, маючи на увазі знак у ролі об'єкта, основи потенційної інтерпретації) [8, с. 177]. Основою з позицій першої з категорій (квалісайном або ж квалісигнумом — залежно від застосування транскрипції чи транслітерації) є знак, що позначає свій об'єкт безпосередньо (колір, звук, розмір тощо); при цьому не має значення, втілена ця якість у реальному об'єкті чи ні. Це «якісний» знак [8, с. 184–185].

Основою з точки зору відношення (сінсайном/сінсигнумом) є дійсний, реально наявний тут і тепер об'єкт (річ, особа чи подія), у якому втілена певна якість (наприклад, згадана раніше зелена фіранка, можливість якої «провіщає» зелений колір) [8, с. 185].

Основа, трактована як репрезентація (легісайн/легісигнумом), є переважно конвенційним знаком і позначає певну повторюваність, регулярність, закономірність, утілюючи загальне правило («зелена фіранка» як поняття чи термін). Застосування в конкретних умовах загального знака називається реплікою й являє собою одиничний знак (сінсайн/сінсигнумом) [8, с. 185].

Видається, що в царині теорії доказів прикладами якісних знаків могли б виступати загальні поняття належності, допустимості, достовірності й ваги (доказів); законності, доцільності й ефективності (дій); відповідності, компетентності й добросовісності (суб'єктів) тощо. Є певні сумніви стосовно того, чи можна вважати ці характеристики якостями в повному розумінні, але для демонстрації характеру знака це не є принциповим. Натомість як «одиничні знаки» мають трактуватися випадки оцінки з точки зору належності, допустимості, достовірності та ін. конкретних доказів за конкретних обставин; самі ці докази; дії, якими їх створено; особи, які здійснювали ці дії, тощо. Прописані в законі поняття, дефініції, процедури, безумовно, становлять загальні знаки (легісайни/легісигнуми).

З огляду на характер зв'язку знака зі своїм об'єктом Ч. Пірс поділяє всі знаки на три основних типи: ікони, індекси та символи [8, с. 185–186, 200–222]. «Іконою» є знак, що виступає втіленням якості та відсилає до об'єкта означування через подібність до нього (якість) [8, с. 185–186]. Іконічними знаками є малюнки й скульптурні зображення. «Індексом» називається знак, який певним чином пов'язаний з об'єктом означування, є його наслідком або частиною (існу-

заміщує певний об'єкт; діадичність (двоїстість), чи об'єкт, заміщений репрезентацією; монадициність (первинність), або форму, в якій об'єкт заміщується репрезентацією [6, с. 143].

вання-відношення) [8, с. 186]. Прикладами знаків-індексів можуть бути положення флюгера (знак напрямку вітру), дірка від кулі (знак пострілу) та пахоші з кухні (знак смачної страви). На відміну від попередніх, знак-«символ» не має зв'язку з означуваним об'єктом ані через подібність до нього, ані через суміжність із ним. Символи використовуються за традицією чи за згодою (конвенційне опосередкування, репрезентація), прикладами символічних знаків є букви, цифри, слова тощо [8, с. 186].

У семіотичній площині такі докази, як свідчення (усні й письмові), протоколи, експертні висновки становлять символічні знакові системи, що відсилають до певних явищ, безпосереднє спостереження (відчуття) яких не є можливим або доцільним. Речові докази — то переважно знаки-індекси, що своїми властивостями, станом чи приналежністю «свідчать» про певні факти. Роль іконічних знаків у процесі доказування менша, але безперечно, що схеми дорожньо-транспортних подій та діаграми є знаками-іконами. Іконічну природу мають також ідеальні сліди-образи, що залишаються в пам'яті очевидців і згодом відтворюються в іконічній (фоторобот) або символічній (вербальний портрет-опис) формах.

Третя трихотомія знаків Ч. Пірса має справу, відповідно, з останньою позицією системи категорій (репрезентацією), тобто зі знаком у його відношенні до інтерпретанти. Інакше кажучи — зі способом інтерпретації знака. Як зазначає Ю. Мельвіль, ця трихотомія попри позірну простоту передбачуваного поділу на класи знаків, виявилася найменш опрацьованою й роз'ясненою автором [7, с. 199]. Це приводило і приводить до суттєвих відмінностей у способах трактування елементів класифікації в цій її частині [7, с. 199–203; 6, с. 48–50], але разом із тим — до в цілому узгоджених результатів.

Отже, рема, діцисайн/діцисигнум й аргумент являють собою відповідно знак можливості об'єкта, знак дійсного існування об'єкта і знак об'єкта як правило інтерпретації. Ці три типи знаковості характеризують знаки — хай то буде абстракція, згадка, інстинктивна реакція, слово чи текст, загальний тип, соціальний або природний закон тощо — з позиції того, як вони *можуть бути* інтерпретовані, *були* інтерпретовані чи *мають бути* інтерпретовані [6, с. 48]. Особливості представників цієї трихотомії знаків мають неабияке значення в процесі доказування за допомогою фактичних даних, з яких шляхом інтерпретації «виводяться» факти, і дають можливість більш реалістично уявити собі природу результатів юридичного доказування.

Насамкінець слід зауважити, що ця стаття також є текстом-знаком, який являє собою лиш одну з ланок необмеженого семіозису, інтерпретує окремі положення теорії знаків Ч. Пірса й раніше опублікованих автором текстів та у свою чергу потребує подальших читацьких інтерпретацій. Інакше «розповідати, як і чому він писав» [3, с. 13] знову змушений буде сам автор.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Бочаров Д. Функціонування доказів як семіозис: від фактичних даних — до фактів / Д. Бочаров // Право України. — 2012. — № 7. — С. 127–133.
2. Бочаров Д. Юридичний доказ як динамічна знакова конструкція / Д. Бочаров // Право України. — 2011. — № 2. — С. 186–192.

3. *Еко У.* Роль читача. Дослідження з семіотики текстів / У. Еко ; пер. з англ. М. Гірняк. — Л. : Літопис, 2004. — 384 с.
4. *Кант І.* Критика чистого розуму / І. Кант ; пер. з нім. та приміт. І. Бурковського. — К. : Юніверс, 2000. — 504 с.
5. *Кирющенко В.* Чарльз Сандерс Пірс, или Оса в бутылке. Введение в интеллектуальную историю Америки / В. Кирющенко. — М. : Изд. дом «Территория будущего», 2008. — 373 с.
6. *Кирющенко В.* Язык и знак в прагматизме / В. Кирющенко. — СПб. : Изд-во Европ. ун-та, 2008. — 199 с.
7. *Мельвиль Ю. К.* Чарльз Пірс и прагматизм / Ю. К. Мельвиль. — М. : Изд-во МГУ, 1968. — 500 с.
8. *Пірс Ч. С.* Избранные философские произведения / Ч. С. Пірс ; пер. с англ. К. Голубович, К. Чухрукідзе, Т. Дмитриева. — М. : Логос, 2000. — 448 с.
9. *Еко У.* Заметки на полях «Имени розы» / У. Еко ; пер. с итал. Е. А. Костюкович. — СПб. : Симпозиум, 2007. — 92 с.

Бочаров Д. О. Загальна теорія знаків Ч. С. Пірса та теорія доказів: точки перетину

Анотація. У статті аналізуються можливості використання положень загальної теорії знаків Ч. Пірса для вдосконалення теорії юридичних доказів. Покладена в основу класифікації знаків система категорій (якість, стосунок, репрезентація) відкриває перед теорією доказів нові багатонадійні перспективи, знімає потребу розрізняти «предметне» і «сміслові» значення й демонструє підстави перетворення юридичних доказів на аргументи в перебігу доказування.

Ключові слова: докази, знаки, категорії, якість, відношення, репрезентація, аргумент.

Бочаров Д. А. Общая теория знаков Ч. С. Пирса и теория доказательств: точки пересечения

Аннотация. В статье анализируются возможности использования положений общей теории знаков Ч. Пирса для усовершенствования теории юридических доказательств. Положенная в основу классификации знаков система категорий (качество, отношение, репрезентация) открывает перед теорией доказательств новые многообещающие перспективы, избавляет от необходимости различать «предметное» и «смысловое» значение, демонстрирует причины трансформации юридических доказательств в аргументы в процессе доказывания.

Ключевые слова: доказательства, знаки, категории, качество, отношение, репрезентация, аргумент.

Bocharov D. General Theory of Signs by C. S. Peirce and Theory of Proofs (Overlapping Points)

Summary. The article analyzes the possibilities of using concepts of General Theory of Signs by C. Peirce to refine the theory of legal evidences. Taken as a basis for classification of signs the system of categories (quality, attitude, representation) opens for theory of proof promising prospects and demonstrates reasons for transformation of legal evidences into arguments in the course of proving.

Key words: evidences, signs, categories, quality, attitude, representation, argument.

**ПОЗИТИВІЗМ В АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКІЙ
ФІЛОСОФІЇ ПРАВА.
ВЧЕННЯ ГЕРБЕРТА Л. А. ХАРТА¹**



С. КАСАТКІН
*кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри методології і філософії права
(Самарська гуманітарна академія,
м. Самара, Росія)*

Цю статтю присвячено аналізу однієї із найбільш впливових течій сучасної правової думки — юридичному позитивізму, систематизації його основних критеріїв і базових трактувань, як вони представлені в англо-американській юридичній літературі сьогодення, з особливою увагою до вчення про право британського філософа Г. Харта. Його концепція, з одного боку, розглядається на Заході як одна з ключових для визначення параметрів юспозитивізму і концептуальних орієнтирів сучасної філософсько-правової думки, з другого — залишається маловідомою і слабо затребуваною в пострадянській юриспруденції з точки зору як змісту її позицій, так і методологічного інструментарію, що в ній використовується. Останнє стосується і самого розуміння юридичного позитивізму: тоді як у вітчизняній правовій думці він часто трактується в дусі класичних форм, сформульованих в ХІХ — першій половині ХХ ст., і залишається зав'язаним на (опредмечуваній, гіпостазованій) державі, у зарубіжній юриспруденції — у тому числі завдяки розвідкам Г. Харта — він пройшов значну трансформацію, набувши вигляду, який більше відповідає постулатам сучасної методології, доктрині та практиці конституційних держав сьогодення. Дотримуючись зазначених орієнтирів, ми почнемо з огляду основних критеріїв

¹ В основу статті покладено матеріали виступу на міжнародній конференції з юридичного позитивізму і конкуренції теорій права (Росія, Івановський державний університет, 5–8 жовтня 2012 р.). Переклад з російської О. Уварової.

юспозитивізму, що представлені в англо-американській думці, досліджуваних у ній ключових позитивістських концепцій, а потім звернемося до відповідних рис вчення Г. Харта, до з'ясування його місця в позитивістській традиції і до базових напрямів його критики.

Критерії юридичного позитивізму в сучасній англо-американській юриспруденції. В англо-американській думці сьогодення юридичний позитивізм, як методологічний проект, розглядається як правова теорія найбільш високого порядку. Він традиційно тлумачиться як загальне вчення про природу (або поняття) права, пов'язане з дослідженням (описом, поясненням) права, «як воно є» (тобто з «аналітичною» юриспруденцією), на протиправу, «яким воно має бути» (тобто «нормативною» або «критичною» юриспруденцією), з претензією на відокремлене, морально-нейтральне і «наукове» уявлення права, із твердженням про можливість і значущість останнього [1].

Для концептуального виокремлення юспозитивізму часто використовують набір критеріїв (причому таких, що не збігаються із тими критеріями, які традиційно представлені у вітчизняній літературі). Юридичний позитивізм тут, як правило, пов'язується з трьома базовими тезами / постулатами [2; 3]:

1) *теза про соціальний факт (social fact thesis)*: існування права є можливим завдяки певному різновиду соціального — на протиправу моральному — факту (наприклад, наявності суверена і масової практики підпорядкування його наказам або правила визнання, що приймається і реалізується посадовими особами у своїй діяльності, і т. ін.). Відповідно до цієї тези право за своєю суттю являє собою соціальне установа. На відміну від неправових норм, юридичні стандарти мають таку якість, що відсилає до певного соціального факту, наявність / відтворення якого є тим, що гранично пояснює існування правової системи та конститууює її як артефакт;

2) *теза про конвенційність (conventionality thesis)*: критерії юридичної дійсності / сили за своєю природою є конвенційними. Згідно із цією тезою влада / авторитет критеріїв юридичної дійсності в будь-якій понятійно можливій правовій системі пояснюється тим, що подібні критерії конституують умови соціальної конвенції серед людей, що діють як посадові особи. Існування соціальної конвенції і правопорядку, який на ній базується, залежить від збігу / однаковості поведінки та ставлення (установки) членів спільноти: на додаток до конформної поведінки, має бути наявним загальне переконання у тому, що відступ від відповідного стандарту є виправданою підставою для осуду;

3) *теза про розподільність (separability thesis)*: необхідний перетин між правом і мораллю відсутній. Відповідно до цієї тези мораль і право є понятійно різними, що в плані критеріїв юридичної дійсності означає таке: моральні принципи не є концептуально необхідним або достатнім елементом критеріїв юридичної сили. Отже, існує понятійно можлива правова система, в якій юридична дійсність норми не залежить від її моральних переваг, або, інакше кажучи, існує хоча б одна концептуально можлива правова система, в якій критерії юридичної дійсності засновані виключно на своєму джерелі / походженні.

Констатуючи ці критерії, звернемо увагу на низку обставин:

– будучи доволі традиційним, такий варіант відмежування юспозитивізму базується насамперед на узагальненні відповідних сучасних концепцій англо-

американської юриспруденції, перш за все концепції Г. Харта і заснованих на ній полемік, з одного боку, між включаючим і виключаючим позитивізмом, з другого — між позитивізмом і різними неklasичними версіями теорії природного права;

– у межах загальної методологічної програми юспозитивізму саме перший із зазначених постулатів — теза про соціальний факт — розглядається як основоположний [4; 5], тоді як два інших — теза про конвенційність і про розподільність — відіграють роль його важливих роз'яснень або наслідків. На противагу цьому в рамках інших концепцій на передній план можуть виходити й інші риси позитивізму (так, наприклад, теорія природного права, як головний опонент позитивізму, буде робити акцент швидше на третьому його постулаті, протиставляючи йому тезу про нерозподільність, тобто твердження про необхідний перетин права та моралі, про неможливість визначення права без звернення до моралі);

– як один із постулатів юспозитивізму часто фігурує і теза — не розглянута в пострадянській науковій думці — про правову невизначеність і суддівський розсуд (що особливо яскраво проявляється в критиці позитивізму Р. Дворкіним і в пов'язаній із цим полеміці [6; 7; 8]). Разом із тим, хоча подібний постулат і підтримується сучасними версіями позитивізму, набагато рідше включається до його понятійного ядра, часто розглядається як його вторинна та/або контингентна ознака [9];

– відзначимо відсутність у визначенні поняття юспозитивізму — таких традиційних для вітчизняної думки — прямих посилань на державу як на джерело і гарант права, його понятійну і онтологічну засаду. У зв'язку із цим є підстави говорити про розрізнення класичних (І. Бентам, Дж. Остін) і неklasичних (Г. Кельзен, Г. Харт, Дж. Раз) концепцій позитивізму. Якщо першим властива теза про обов'язковий понятійний зв'язок права із державою, визнання права через державу (і про похідний характер права як норми / належного від держави як факту / суцього), то для других характерним є акцент на нормативності, зникненні держави з визначень права: держава (суверен) трактується тут як щось вторинне, похідне (і навіть тотожне) щодо юридичної нормативності, як певний конструкт / статус, що впливає з внутрішніх установок членів спільноти, із стандартів / конвенцій / схем інтерпретації, що ними поділяються і практикуються;

– важливо також вказати на те, що — на відміну від поширеної у вітчизняній думці позиції — розуміння юспозитивізму традиційно дається поза зв'язком із конкретними філософсько-методологічними засадами відповідних концепцій. Інакше кажучи, подібні засади можуть бути різними (емпіризм, класичний (конттовський) позитивізм, неокантіанство, позитивізм Віденського гуртка, аналітична лінгвістична філософія тощо), а віднесення концепції до юридико-позитивістської пов'язується саме із (заявленими раніше) теоретико-правовими постулатами.

Основні концепції юспозитивізму в англо-американській юриспруденції.

Від розгляду критеріїв юспозитивізму перейдемо до огляду ключових його трактувань: йдеться про концепції, які належать до позитивістської традиції і обговорюються в такій якості в межах сьогоднішньої англо-американської

правової думки; національна належність їх авторів значення не має. Отже, тут, як правило, виокремлюють чотири базові концепції (і пов'язані із ними типи, різновиди) юридичного позитивізму.

1. *Наказна (командна) теорія*, яка пов'язується з ім'ям Дж. Остіна (1790–1859) [10]. Право тут розуміється як наказ суверена. Наказ (*command*) — це веління, підкріплене загрозою покарання / кари на випадок його недотримання. На відміну від погроз грабіжника подібні накази, за Дж. Остіном, мають особливе «джерело» — виходять від суверена, тобто особи (або групи осіб), якій зазвичай / за звичкою підпорядковується більшість членів певного незалежного політичного суспільства і яка зазвичай / за звичкою не підкорюється нікому. Звідси, вчений проповідує коректуру (редукцію) мови роздумів про право (відмежування від права тих стандартів, які називаються правовими неналежним чином: божественні закони, норми позитивної моралі тощо), а також методологічно зрозуміле, відокремлене від моралі, емпірично (й утилітарно) орієнтоване дослідження / аналіз — позитивного — права, «як воно є»: проект правової науки як «аналітичної юриспруденції» (на протигагу «нормативній» / «критичній» науці про право, «яким воно має бути»). Попри те, що Дж. Остін займає важливе і заслужене місце в пантеоні правових мислителів, його концепції в англо-американській юриспруденції сьогоdnішнього дня надається переважно лише історичне значення.

2. *Чиста теорія права (нормативізм) Г. Кельзена* (1881–1973) [11; 12; 13; 14]. Право — це діючий у суспільстві примусовий нормативний порядок, ієрархія правових норм. Концепція Г. Кельзена часто розглядається як досвід конструювання трансцендентальних підстав правопорядку, вибудовування логіки нормативного міркування, що впливає з факту розгляду людьми дій і висловлювань інших людей (посадових осіб) як діючих норм [15]. Спираючись на кантівську дихотомію належного і суцього, Г. Кельзен розглядає право як деонтичний феномен. Правова норма — це належне (його формулювання, імператив і т. ін.), вона визначається не через своє існування (подібно природним фактам), а через дійсність, тобто статус у межах — володіє мінімумом ефективності — соціального правопорядку. Крім того, вона покладається ставленням умови і наслідків, вказівкою посадовій особі застосувати санкції при настанні певних обставин, схемою інтерпретації явищ суцього і поставленням йому нормативних характеристик і наслідків. Правові норми, за Г. Кельзенем, вибудовані в ієрархію, де кожне нормативне твердження (висновок) має більш загальну / високу нормативну посилку і в підсумку сходиться до основної норми (*Grundnorm*) — до гіпотези (фікції), яка становить граничну точку деонтичного порядку і критерій дійсності (для) всякого належного йому стандарту і яку, на думку автора, необхідно постулювати з метою забезпечення обґрунтованості та несуперечливості нормативного роздуму. Право вивчається Г. Кельзенем поза зв'язком із мораллю, а ключовим у праві розглядається саме формальний / статусний момент: визнаючи можливість / наявність змістовної дійсності положення, тобто відповідності більш високій нормі за змістом, автор вважає його вторинним та контингентним щодо формальної (структурної) дійсності, тобто відповідності більш високій нормі з точки зору формальних параметрів її створення (управненості суб'єкта, форми і процедури нормотворчості), яка є

необхідною для правопорядку і надає йому якості динамічної системи. У цьому руслі Г. Кельзен вибудовує і свій проект «чистої» юридичної науки: загальної описової морально-нейтральної теорії права, що звільняється від «домішок» не тільки теоретичних і практичних міркувань про належне право, а й від історичних, соціологічних, психологічних та інших аспектів вивчення суспільних правопорядків. Чиста теорія — це суто нормативна дисципліна, побудована на принципі зобов'язання (на противагу принципу причинності природничих наук), що використовує виключно юридичні підстави і критерії в побудові власних понять і тверджень, і націлена на створення ідейно-методологічного (і відповідно, практико-лінгвістичного) інструментарію найкращої (юридично строгої, системної) репрезентації чинного права. Будучи однією з найбільш фундаментальних концепцій права та юриспруденції ХХ ст., вчення Г. Кельзена тим не менш не набуло значного поширення і затребуваності в англо-американській юриспруденції [16; 17; 18], яка більшою мірою — як у позитивному, так і у критичному плані — спирається на ідейно-методологічні погляди Г. Харта.

3. *Аналітична юриспруденція (теорія правил, «м'який» / включаючий позитивізм) Г. Харта (1907–1992) [19; 20; 21; 22].* Право — це система первинних і вторинних правил, що прийняті і практикуються в суспільстві. Переосмислюючи погляди І. Бентама, Дж. Остіна і Г. Кельзена в руслі ідей філософського аналізу мови, Г. Харт будує своє вчення на базі поняття правила (*rule*). Останнє він відмежовує як від підкріпленого санкціями наказу суверена (за змістом, походженням, сферою поширення), так і від звички / поведінкового звичаю (за наявністю «внутрішнього» аспекту — позиції членів спільноти, які приймають правило як стандарт (власний і чужий) поведінки, підстави схвалення і осуду, на противагу «зовнішній» точці зору спостерігача (або «бандита» / «поганої людини» (*bad man*)), який, не розділяючи норму, лише встановлює імовірнісні зв'язки між її порушенням і застосуванням заходів відповідальності). У цьому контексті саме право трактується філософом як система первинних і вторинних правил, тобто норм, що накладають обов'язки, і метанорм (правил про правила), що наділяють владою, забезпечують збереження і відтворення правил першого порядку — правил визнання, зміни та (судового) рішення (*adjudication*). Особлива роль відводиться Г. Хартом правилу визнання: воно визначає форми правотворчості, виступає вищим і остаточним критерієм юридичної дійсності будь-якого положення / акта в системі, забезпечує прийнятну цілісність і узгодженість регулювання і, на відміну від звичайних правил, має специфічний модус існування — що є питанням факту, а не дійсності — проявляючись в узгодженій практиці судів і посадових осіб зі встановлення та відтворення того, що є правом у спільноті. Саме правило визнання виступає тим соціальним (арте)фактом, який формує розрізнення правового та неправового і конститує суспільний правопорядок. За Г. Хартом, існування та ідентифікація права, що розуміється таким чином, цілком можливі без звернення до моралі: мислитель заперечує наявність необхідного зв'язку права і моралі як на рівні правопорядку в цілому, критеріїв юридичного, що практикуються, так і на рівні визначення конкретної правової норми і прийняття офіційного рішення (юридична сила яких може зв'язуватися виключно з їхнім походженням). Разом з

тим він допускає і можливість існування правових систем, де відповідність норми / рішення субстанціональним цінностям або моральним принципам і обмеженням встановлюється правилом визнання як підстава / критерій їх юридичної сили (що й отримало назву тези включення (*incorporation thesis*) і позиції «м'якого» або включного позитивізму). Також важливою для Г. Харта є теза про часткову не(до)визначеність права, зумовлену природою мови — як діяльності, якій притаманні ясні й суміжні випадки вживання знака / терміна / правила («ядро» і «півтїнь» значення), а отже, і невизначеність («відкрита структура») останніх у застосуванні до нових / нетипових ситуацій — і теза, яка з цього неминуче слідує, про наявність у будь-якій правовій системі обмеженого суддівського розсуду («проміжної» правотворчості) як вибору між альтернативними рішеннями у складній справі. У методологічному плані Г. Харт мислить і виправдовує своє вчення загальним описом права як феномену соціальності, реконструкції (упорядкування) визнаного і такого, що практикується в спільноті, поняття права на базі аналізу слововживання. При цьому така концепція проголошується морально-/ціннісно-нейтральною, зосередженою на осмисленні права, як воно є, на «аналітичній» юриспруденції, і відмежовується від альтернативного проекту «нормативної», ціннісно-заангажованої юриспруденції, обґрунтування права, яким воно має бути. Саме підхід Г. Харта виступає ключовою концепцією позитивізму для сучасної англо-американської філософії права (і традиційно мислиться в такій іпостасі) — концепцією, що сформувала її мову, інтелектуальний порядок денний та лінії її головних дискусій.

4. «Жорсткий» / «виключаючий» позитивізм Дж. Раза (народ. у 1939 р.) [23; 24; 25; 26; 27]. Право розглядається тут як система норм, що інституційно створені, практикуються і «виключають» / «заміщають» підстави практичної діяльності (*exclusionary / preemptive practical reasons*). Розвиваючи концепцію Г. Харта, Дж. Раз виходить із того, що право є соціальним установленням, що претендує на легітимну (моральну) владу / авторитет (*authority*) у суспільстві, на всеосяжне, верховне і відкрите регулювання поведінки своїх адресатів. При цьому автор, з одного боку, трактує право з точки зору його моральної мети та інституційної ідеології (задоволення правом вимог моралі розглядається ним не як контингентний історичний факт, а як реалізація своєї сутності моральним регулятором поведінки), з другого — цілком допускає фактичну хибність таких посягань, моральну порочність конкретних юридичних норм і систем. Розмірковуючи про владу права, Дж. Раз трактує її як «служіння» / «послуги» (*service*): функція права вбачається тут у реалізації інтересів своїх адресатів, у забезпеченні найкращого керівництва їх практичною діяльністю. Посягання права на легітимність / авторитет розкривається у Дж. Раза в таких трьох положеннях: 1) теза залежності: всі офіційні приписи повинні, серед іншого, базуватися на відповідних (у тому числі моральних) підставах або міркуваннях першого порядку, що застосовуються до адресатів цих приписів — використовуються суб'єктами до і поза урахуванням будь-яких соціальних норм або інститутів (розумність, здоров'я, добробут, низка моральних аргументів тощо) — і пов'язані з регульованими ними обставинами; 2) теза заміщення (*preemption*): право діє як відображення і заміщення відповідних підстав першого порядку за допомогою встановлення підстав другого порядку (правових норм), тим самим

створюючи різницю (*practical difference*) у практичному судженні й поведінці суб'єктів, виключаючи їх звернення до первинних міркувань, спираючись на останні; 3) теза звичайного виправдання: дотримання суб'єктами правових приписів зазвичай є виправданим, оскільки воно краще забезпечує правильний баланс між відповідними підставами першого порядку в поведінці суб'єктів, ніж при їх власному зверненні до подібних підстав. Звідси, на думку вченого, включення моральних міркувань до числа критеріїв юридичної дійсності тягне за собою нездатність права забезпечити різницю в практичному міркуванні і поведінці своїх адресатів через заміщення / виключення підстав першого порядку, а тому воно несумісне з універсальним посяганням права на легітимну владу щодо встановлення зразків належної поведінки в суспільстві. Сперечаючись із Г. Хартом («включним» позитивізмом), Дж. Раз відстоює так звану «тезу про джерело» (*source thesis*), згідно з якою існування конкретних правових норм і систем — це завжди і всюди питання соціального факту, а не питання відповідності моральним принципам або цінностям. У методологічному плані Дж. Раз відстоює проект загальної, описової, морально-нейтральної правової теорії — взаємопов'язаної сукупності необхідних істин про право і правові явища, націлених на пояснення природи права, його загальних і необхідних властивостей як людського інституту і соціального явища. В англо-американській юриспруденції концепція Дж. Раза виступає важливим продовженням, критикою і розвитком побудов Г. Харта і уособлює другу пануючу тут базову версію — жорсткого / «виключного» — юспозитивізму.

Правове вчення Г. Харта: місце в позитивістській традиції і основні напрями критики. Як зазначалося раніше, в англо-американській думці концепція Г. Харта сприймається як одна з головних / канонічних версій юспозитивізму і представляє право як систему первинних і вторинних правил. У світлі названих вище критеріїв позитивістський характер вчення Г. Харта можна углядіти в такому:

1) існування права, за Г. Хартом, можливе завдяки певному різновиду соціального факту — наявності в співтоваристві прийнятого й такого, що практикується, правила визнання, яке встановлює критерії юридичного, відрізняє правові норми від неправових і конститує правову систему як артефакт (при цьому, на думку автора, правило визнання існує в правовій системі, якщо задовольняються дві умови: а) критерії юридичної сили містяться в ньому, сприймаються посадовими особами системи як стандарти / зразки посадової поведінки; б) прості громадяни в розглянутій системі зазвичай слідуєть первинним правилам, дійсність яких базується на прийнятому правилі визнання);

2) існування права, за Г. Хартом, базується на певній соціальній конвенції, що конститується однаковістю в поведінці та установках: критерії юридичної сили стандартів у правовій системі, що містяться у правилі визнання, розкриваються в узгодженій практиці (і пов'язаній із нею конвенції) судів і посадових осіб із визначення того, що є правом у даному співтоваристві, які приймають подібне правило як зразок посадової поведінки і підставу для осуду. Правило визнання накладає на посадових осіб обов'язок слідувати конвенціональним критеріям юридичної дійсності, що містяться в ньому;

3) існування та ідентифікація права, за Г. Хартом, можливі без звернення до моралі: відповідність моральним постулатам не є необхідною складовою правила визнання, прийнятих критеріїв юридичної сили, звідси можливе існування правової системи, в якій критерії дійсності правила або рішення пов'язуються виключно з його джерелом / походженням (суб'єктом, формою, процедурою і т. ін.). При цьому автор допускає можливість існування правових систем, де дійсність норми принаймні частково залежить від відповідності її змісту тим чи іншим моральним вимогам.

Слід зазначити, що Г. Харт прямо і неодноразово проголошував свою відданість традиції юридичного позитивізму і розглядав свою головну працю — «Поняття права» — як «нарис з аналітичної юриспруденції» [20, р. vi]. Цікаво, що він використовував дещо інші критерії виокремлення позитивізму. Г. Харт, зокрема, вказував, що в сучасній йому англо-американській літературі цей термін «вживається для позначення одного або низки з таких тверджень: 1) правові норми — це видані людьми накази; 2) необхідний зв'язок між правом і мораллю, або між правом, як воно є, і правом, яким воно має бути, відсутній; 3) аналіз або вивчення значення правових понять являє собою важливий вид дослідження, який слід відрізнити від історичних розвідок, соціологічних досліджень, а також критичної оцінки права з точки зору моралі, соціальних цілей, функцій тощо (але який жодним чином не заперечує останні); 4) правова система — це «закрита логічна система», в якій правильні рішення можуть бути виведені на підставі попередньо встановлених юридичних правил за допомогою одних тільки логічних засобів; 5) на відміну від тверджень про факти, моральні судження не можуть бути обґрунтовані за допомогою раціонального аргументу, свідчення або доказів («нонкогнітивізм в етиці»)» [20, р. 302]. Якщо застосувати подібні критерії до поглядів самого Г. Харта, то можна констатувати його прихильність до другого і третього твердження, заперечення четвертого твердження, припущення істинності першого твердження при його розгляді як окремих випадків права взагалі (при встановленні відповідних критеріїв у правилі визнання); що стосується п'ятого твердження, то, як видається, підхід Г. Харта цілком узгоджується з останнім, при тому, що подібний критерій не розглядається ним як визначальний і, наскільки нам відомо, спеціально не обговорюється, будучи винесеним за рамки позитивістсько орієнтованої правової теорії [20, р. 253–254].

Методологічно Г. Харт поєднує дві великі дослідницькі традиції. З одного боку, він проголошує свою прихильність до класичних позитивістських вчень Дж. Бентама і Дж. Остіна, їх проекту аналітичної юриспруденції. До того ж є вагомі підстави відносити до базових інтелектуальних передумов його концепції і проект загальної теорії Г. Кельзена, що представляє право як ієрархічну систему норм належного, що сходить до фундаментальної верховної норми. Йдучи останнім, Г. Харт будує своє вчення як загальний морально-нейтральний опис права як соціального явища, дослідження права, «як воно є». З другого боку, як філософська основа побудов Г. Харта виступає аналітична лінгвістична філософія (Дж. Остін, пізній Л. Вітгенштейн та ін.) з її критикою метафізики, сциєнтизму, логіцизму і особливою увагою до реальних практик слововживання і повсякденної мови, яка вважається такою, що не зводиться до репрезентації

матеріального світу і строгого апарату науки, і що містить ключ до «загостреного сприйняття» соціальних дій та інститутів, що фіксуються і відтворюються в її конвенціях, правилах, «іграх» [20, ch. 1]. Слідуючи цим настановам і створюючи поняття права на базі реконструкції (упорядкування) сформованого слововживання, Г. Харт відмовляється від його дефініції у традиційному спекулятивно-логічному стилі через *per genus et differentiam specificam* чинності неясності родового поняття і множинності межових випадків вживання, по-різному пов'язаних із його центральним значенням: замість цього він пропонує проект «пояснювального визначення», сполучений із відокремленим розбором ряду фундаментальних і відмінних одна від одної проблем: 1) поняття правила, його статусу, видів, функцій; 2) співвідношення права з примусом, з одного боку, і мораллю — з другого; 3) специфіки межових випадків. На додаток до сказаного потрібно також вказати і на методологічну важливість герменевтичної орієнтації побудов Г. Харта. Як зазначалося, базове для автора поняття правила має як зовнішній, так і внутрішній аспект, являючи собою певний стандарт поведінки та оцінки, вбудований у практику спільноти. Звідси, саме внутрішня перспектива — погляд членів спільноти, які приймають правила як обов'язкове керівництво, — виступає ключовим для відмежування правила від простої поведінкової однаковості і тим самим стає соціально-практичним фундаментом для розгортання побудов Г. Харта, для проведення теоретичних кордонів права, юридичної мови, юридичного правила і т. ін. [21, р. 1, 12; 28].

Із зазначених методологічних позицій Г. Харт прагне сформулювати свою теорію права, перетворивши наявні позитивістські концепції. Так, автор створює своє вчення на базі критики поглядів Дж. Остіна. Г. Харт відкидає редуccionізм останнього — зведення права до підкріпленого загрозою покарання наказу суверена, що бачиться філософу серйозним спрощенням та приховуванням соціальних підстав права, розмаїття його видів і функцій. За Г. Хартом, юридичні правила не є тотожними наказам і відрізняються від них за своїм змістом (можуть бути як зобов'язуючими, так і уповноважуючими, правогарантуючими), походженням (вони можуть походити не тільки від суверена, а й з інших джерел) та охопленням (поширюються не тільки на простих громадян, а й на законодавця / державу). Крім того, за Г. Хартом, вчення Дж. Остіна незадовільно пояснює самого суверена, наступність і всеохоплюючий характер верховної влади і створюваних нею положень, ігнорує легітимність і заданість її статусу соціальними зв'язками, нормами, конвенціями. Нарешті у всьому цьому, за Г. Хартом, проявляється головна вада командної теорії — відсутність у ній базового поняття правила. Звідси неприйняття філософом крайнього емпіризму свого попередника, заяви про його нездатність пояснити ідею нормативності права і пов'язану з цим ідею обов'язку, вхопити символічні, герменевтичні та соціально-конструктивні властивості правопорядку, відмова від створення правової теорії на базі опису виключно зовнішніх поведінкових актів і відносин [20, ch. 2–5]. Визнаючи значимість проекту «чистої теорії» іншого свого попередника Г. Кельзена і приймаючи деякі важливі позиції останнього, Г. Харт не поділяє цілу низку положень його теорії. Так, методологічно Г. Харт не сприймає надмірну абстрактність і крайній антиемпіризм Г. Кельзена, жорсткого протиставлення суцього і належного, проголошеної вченим можливості повного і

строго «очищення» теоретико-юридичних понять і тверджень. У теоретичному плані Г. Харт заперечує редукаціонізм Г. Кельзена, що зводить різноманіття норм до одного типу стандарту (до припису посадовій особі застосувати санкції при настанні певних обставин), не приймає жорсткого поділу моралі і права (твердження про неможливість їх перетину, конфліктів тощо). Критикує Г. Харт і концепт «основної норми», наполягаючи на власній альтернативі — правилі визнання, яке: 1) є не логічно необхідною, постульованою гіпотезою, але реально діючим (хоча часто і мовчазно передбачуваним) поведінковим стандартом; 2) не є суто нормативним феноменом, протипоставленим реальності, але належить до світу фактів (соціальних практик); 3) не зводиться до універсального правила про покору конституції або «тим, хто створив першу конституцію», але може мати різноманітний і мінливий зміст; 4) необов'язково є байдужим і протиставляється іншим нормативним (зокрема, моральним) вимогам [20, ch. 6; 21, p. 286–242; 29]. Нарешті, що стосується підходу Дж. Раза, то певної чітко вираженої критики його позицій з боку Г. Харта немає, при тому, що є як явні розбіжності в їхніх поглядах, так і наступне сприйняття Г. Хартом низки доводів свого молодшого колеги / опонента [20, Postscript; 21, ch. 10].

Даючи загальну оцінку поглядам Г. Харта, є підстави говорити про те, що його правова концепція є базовою (однією з базових) для сучасної англо-американської філософії / загальної теорії права і для позитивістської традиції, що нею поділяється: концепція Г. Харта забезпечила значне перетворення англо-американської правової думки, інтеграцію і переопис варіантів праворозуміння, що існували раніше, в дусі передових для свого часу філософських і методологічних віянь і відповідно до практики сучасних західних держав, а отже, стала відправною точкою для подальшого розвитку всієї англомовної юриспруденції, включаючи як позитивістські вчення про право (сьогоднішні міркування про позитивізм у США та Британії — це насамперед осмислення поглядів Г. Харта, а також Дж. Раза та їх послідовників), так і альтернативні їм концепції (проекти природного права Л. Фуллера, Дж. Фінніса, інтерпретативізм Р. Дворкіна, натуралізована юриспруденція / правовий реалізм Б. Лайтера та ін. багато в чому будуються як критика теоретичного підходу Г. Харта).

Завершуючи огляд, звернемо увагу на основні напрями критики правової концепції Г. Харта (які так чи інакше стосуються і позитивізму в цілому, як він представлений в англо-американській думці сьогодення). Значущими моментами її предметної критики можна назвати такі: 1) ігнорування автором цільової / функціональної природи права, його пов'язаності із базовими соціальними цілями і цінностями [30; 31]; 2) незадовільне пояснення Г. Хартом нормативності права, юридичної обов'язковості права як належної підстави практичної діяльності [32; 33]; 3) незадовільний опис філософом співвідношення права і моралі (невизнання необхідності морального виправдання права, його вкоріненості в моралі через власні цілі та принципи [31; 32] або, навпаки, неврахування потреби в повному виключенні моралі з права для реалізації останнім своїх інституційних домагань на владну регламентацію практичної діяльності [23; 24; 25]); 4) неналежне представлення Г. Хартом держави (приховування її ролі у правовій системі, відтворення морально незв'язаного чиновницького

поняття влади, поняття права як інструменту панування еліт) [34]; 5) зведення автором елементного складу правової системи до правил (ігнорування різноманіття правових стандартів — правових цілей / стратегій (*policies*), а також принципів, вкорінених в моралі спільноти) [6]; 6) неадекватна характеристика вченим правила визнання (ствердження його статичності, повноти, очевидності, вичерпного характеру критеріїв юридичного, відсутність спорів («теоретичних розбіжностей») про їх зміст [7], або, навпаки, ствердження можливості закріплення в ньому моральних критеріїв визначення юридичної сили) [25]; 7) невірне пояснення автором судочинства та юридичної — особливо прецедентної — аргументації (ствердження незаданості рішення і суддівського розсуду / правотворчості в проблемних справах, неврахування можливості дії всупереч ясному випадку / нормі, оспорювання правил визнання та звернення до моральних аргументів, неадекватне уявлення обов'язків судді та інституційного статусу судової влади [7]) тощо.

Як значущі моменти методологічної критики побудов Г. Харта можна виділити такі: 1) неврахування філософом проблем соціальної відповідальності правової теорії, легітимація державного насильства і авторитарних режимів, руйнування імунітету юридичного корпусу до зловживань владою [31]; 2) низька практична значущість концепції автора, її нездатність забезпечити належне управління практичною діяльністю людей, легітимацію правопорядку і конкретних юридичних рішень, нездатність дати практичні орієнтири для судочинства у складних, нестандартних випадках [6; 7; 32]; 3) проблемність існування проголошеної Г. Хартом ціннісно-нейтральної правової теорії та інтерпретації права, проблемність теоретичної та практичної значущості такого підходу [7; 31–36]; 4) обмеженість прийнятого автором концептуального аналізу для цілей правової теорії (трактування філософії як постачальника емпірично автономних «аналітичних» істин), розмежування юриспруденції (як абстрактної, доктринальної дисципліни) і соціальних (емпіричних) наук [37; 38] тощо.

Ці та інші напрями критики в англо-американській думці зламу століть — що розрізняються за ступенем виправданості, визнання й успішності — не призвели до втрати вченням Г. Харта статусу сучасної класики правової філософії, стимулюючи подальший розвиток позитивістських та альтернативних їм підходів до осмислення права, що становлять інтерес як для автентичних західних авторів, так і для вітчизняних правознавців, які відчують потребу в належному методологічному інструментарії вирішення завдань сьогоденної юридичної теорії і практики.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Bix B.* Legal Positivism / B. Bix // Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory / Eds. W. Edmundson, M. Golding. — Oxford, 2005. — P. 29–49.
2. *Himma K.* Inclusive Legal Positivism / K. Himma // The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law / Eds. J. Coleman, S. Shapiro. — Oxford, 2002. — P. 125–165.
3. *Coleman J.* Legal Positivism / J. Coleman, B. Leiter // A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory. 2nd ed. / Ed. Patterson. — Oxford, 2010. — P. 226–248.
4. *Villa V.* Inclusive Legal Positivism, Legal Interpretation, and Value-judgments / V. Villa // Ratio Juris. — 2009. — Vol. 22, № 1. — P. 110–127.

5. *Алекси Р.* Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / Р. Алекси. — М. : Инфотропик Медиа, 2011. — 192 с.
6. *Дворкин Р.* О правах всерьез : пер. с англ. / Р. Дворкин ; ред. Л. Макеева. — М. : РОССПЕН, 2005. — 392 с.
7. *Dworkin R.* Law's Empire / R. Dworkin. — Cambridge : Harvard University Press, 1986. — XVI, 471 p.
8. *Касаткин С. Н.* Проблема судейского усмотрения в полемике Харта и Дворкина: линии аргументации и методологические истоки спора / С. Н. Касаткин // Правоведение. — 2012. — № 3. — С. 11–34; № 4. — С. 10–33.
9. *Himma K.* Judicial Discretion and The Concept of Law / K. Himma // Oxford Journal of Legal Studies. — 1999. — Vol. 19. — P. 71–82.
10. *Austin J.* Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law. 2 vols., 4th ed. Rev. and ed. R. Campbell. 1879. / J. Austin // Reprint, Bristol, UK : Thoemmes Press, 2002. — 1169 p.
11. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве / Г. Кельзен // Российский ежегодник теории права. — 2011. — № 4. — С. 430–511.
12. *Kelsen H.* General Theory of Law and State (with a new introduction by A. Javier Teviño) / H. Kelsen // New Brunswick, NJ : Transaction Publications, 2006. — 556 p.
13. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве / Г. Кельзен // Сборник переводов. — М. : ИНИОН РАН, 1987. — Вып. 1. — 195 с.; Кельзен Г. Чистое учение о праве / Г. Кельзен // Сборник переводов. — М. : ИНИОН РАН, 1988. — Вып. 2. — 213 с.
14. *Kelsen H.* General Theory of Norms / H. Kelsen ; Ed. and trans. M. Hartney // Oxford : Clarendon press, 1991. — 465 p.
15. *Paulson S.* The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law / S. Paulson // Oxford Journal of Legal Studies. — 1992. — № 12. — P. 311–332.
16. *Telman D.* A Path Not Taken: Hans Kelsen's Pure Theory of Law in The Land of The Legal Realists / D. Telman [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://ssrn.com/abstract=1723183>.
17. *Kletzer Ch.* The Role and Reception of The Work of Hans Kelsen in The United Kingdom / Ch. Kletzer [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://ssrn.com/abstract=1578145>.
18. *Marmor A.* How Law is Like Chess? / A. Marmor [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://ssrn.com/abstract=897313>.
19. *Харт Г.* Позитивизм и разграничение права и морали / Г. Харт // Правоведение. — 2005. — № 5. — С. 104–136.
20. *Hart H. L. A.* The Concept of Law / H. L. A. Hart. — 2nd ed. with Hart's Postscript ; Eds. P. Bullock, J. Raz. // Oxford: Clarendon press, 1994. — 315 p.
21. *Hart H. L. A.* Essays in Jurisprudence and Philosophy / H. L. A. Hart // USA : Oxford University Press, 1983. — 404 p.
22. *Касаткин С. Н.* Постскрипtum к «Понятию права» Герберта Л. А. Харта / С. Н. Касаткин // Российский ежегодник теории права. — 2008. — № 1. — С. 753–785.
23. *Raz J.* The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System / J. Raz. — Second Edition // Oxford : Oxford Clarendon Press, 1997. — 242 p.
24. *Raz J.* Practical Reason and Norms. 2nd rev. ed. / J. Raz // Oxford: 8vo Card Covers 1st Edn., 1999. — 192 p.
25. *Raz J.* The Authority of Law: Essays on Law and Morality / J. Raz. — 2nd ed. // Oxford : The Clarendon Press, 1979. — 292 p.
26. *Раз Дж.* Возможна ли теория права? / Дж. Раз // Российский ежегодник теории права. — 2009. — № 2. — С. 158–185.

27. Касаткин С. Н. Философия права Джозефа Раза: моральная (само)легитимация института права и методологический проект универсальной правовой теории / С. Н. Касаткин // Российский ежегодник теории права. — 2009. — № 2. — С. 152–157.
28. Bix B. H. L. A. Hart and The Hermeneutic Turn in Legal Theory / B. Bix // SMU Law Review. — 1999. — Vol. 52. — P. 167–199.
29. Харт Г. Л. А. Посещение Кельзена / Г. Л. А. Харт // Российский ежегодник теории права. — 2011. — № 4. — С. 570–591.
30. Фуллер Л. Мораль права / Л. Фуллер. — М. : Ирисэн, 2007. — 308 с.
31. Фуллер Л. Позитивизм и верность праву. Ответ профессору Харту / Л. Фуллер // Правоведение. — 2005. — № 6. — С. 124–159.
32. Финнис Дж. Естественное право и естественные права / Дж. Финнис // М. : ИРИСЭН, Мысль, 2012. — 554 с.
33. Perry S. Hart's Methodological Positivism / S. Perry // Legal Theory. — 1998. — Vol. 4. — P. 427–469.
34. Dyzenhaus D. The Demise of Legal Positivism? / D. Dyzenhaus // Harvard Law Review Forum. — 2006. — Vol. 119. — P. 112–121.
35. Dworkin R. Justice in Robes / R. Dworkin. — Cambridge (Ma) — London (Engl) : The Belknap press of Harvard University press, 2006. — 295 p.
36. Dickson J. Evaluation and Legal Theory (Or How to Succeed in Jurisprudence Without Moral Evaluation) / J. Dickson // Oxford : Hart Publishing, 2001.
37. Lacey N. Analytical jurisprudence Versus Descriptive Sociology Revisited / N. Lacey // Texas Law Review. — Vol. 84. — 2006. — P. 945–982.
38. Лайтер Б. За пределами спора Харта и Дворкина: проблема методологии в юриспруденции / Б. Лайтер // Российский ежегодник теории права. — 2009. — № 2. — С. 116–151.

Касаткін С. М. Позитивізм в англо-американській філософії права. Вчення Герберта Л. А. Харта

Анотація. Стаття присвячена характеристиці юридичного позитивізму, представленого в сучасній англо-американській правовій думці. У статті систематизуються основні критерії виділення юридичного позитивізму: тези соціального факту, конвенційності та розподільності (права та моралі), а також описуються базові концепції / типи юридичного позитивізму: наказової теорії Дж. Остіна, нормативізм Г. Кельзена, теорія правил / «включного» позитивізму Г. Харта і «виключного» позитивізму Дж. Раза. У роботі також більш детально аналізується вчення про право Г. Харта, його зміст, значення, методологічні засади, взаємозв'язок з іншими позитивістськими концепціями та основні напрями її предметної і методологічної критики.

Ключові слова: юридичний позитивізм, поняття права, методологія юриспруденції, Г. Харт, Дж. Остін, Г. Кельзен, Дж. Раз.

Касаткин С. Н. Позитивизм в англо-американской философии права. Учение Герберта Л. А. Харта

Аннотация. Статья посвящена характеристике юридического позитивизма, как он представлен в современной англо-американской правовой мысли. В статье систематизируются основные критерии выделения юридического позитивизма: тезисы социального факта, конвенциональности и разделимости (права и морали), а также описываются базовые концепции / типы юридического позитивизма: приказная теория Дж. Остина, нормативизм Г. Кельзена, теория правил / включающий позитивизм Г. Харта и исключаящий позитивизм Дж. Раза. В работе также

более подробно анализируется учение о праве Г. Харта, его содержание, значение, методологические начала, взаимосвязь с другими позитивистскими концепциями и основные направления ее предметной и методологической критики.

Ключевые слова: юридический позитивизм, понятие права, методология юриспруденции, Г. Харт, Дж. Остин, Г. Кельзен, Дж. Раз.

Kasatkin S. Positivism in Anglo-American Legal Philosophy. Doctrine of Herbert L. A. Hart

Summary. This article is concerned with a characteristic of legal positivism as it's presented in contemporary Anglo-American legal thought. The main criteria of identification of legal positivism are systematized including theses of social fact, conventionality and separability (of law and morality). The basic conceptions / types of legal positivism are described: J. Austin's command theory, H. Kelsen's normativism, H. Hart's theory of rules / inclusive positivism, J. Raz's exclusive positivism. The article also analyses in more detail H. Hart's doctrine of law, its content, significance, methodological foundations, interconnections with other positivistic conceptions as well as major lines of its substantial and methodological criticism.

Key words: legal positivism, concept of law, methodology of jurisprudence, H. Hart, J. Austin, H. Kelsen, J. Raz.

ПСИХОЛОГІЧНИЙ НАПРЯМ В ЄВРОПЕЙСЬКІЙ НАУЦІ ПРАВА ХХ СТОЛІТТЯ



О. МЕРЕЖКО

доктор юридичних наук, професор,

завідувач кафедри права

*(Київський національний
лінгвістичний університет),*

професор

(Краківська Академія

імені Анджея Моджевського, Польща)

Слід визнати, що ще до появи фундаментальних робіт професора Л. Петражицького в європейській науці права періодично з'являлися праці, що обґрунтовували право як психологічне явища. Однак лише Л. Петражицькому вдалося сформулювати чітке й адекватне наукове визначення права, створити методологію психологічної школи права і збудувати відповідну систему права. Разом з тим ті праці в європейській науці права, які можна віднести до психологічної школи права, і які з'явилися після теорії Л. Петражицького, так чи інакше несуть на собі відбиток впливу цієї теорії, навіть якщо провадять із нею полеміку.

Так, у німецькій науці права, незалежно від вчення Л. Петражицького, у першій половині ХХ ст. з'явилася низка робіт, які можна віднести до психологічного напрямку в науці права, і які, по суті, підтверджують основні постулати і висновки вчення Л. Петражицького. Ці роботи можна вважати підтвердженням правильності психологічного вчення Л. Петражицького про право.

Так, наприклад, ще в 1912 р. у Берліні вийшла робота Франца Клейна «Психологічні джерела підпорядкування» [5], а у 1921 р. була опублікована праця Ервіна Ріцлера «Правове почуття. Правничо-психологічне дослідження» [6]. У 1924 р. з'явилася праця Карла Хаффа «Психологія права (Дослідження індивідуальної і масової психології права і правові дослідження)» [2]. У цій роботі К. Хафф пише, зокрема, про те, що Л. Петражицький називав «дитячим правом», тобто про те, що право існує не тільки у дорослих, а й також серед дітей. Спостерігаючи за дитячою правовою психікою, пише цей вчений, можна побачити, як поступово формується поняття справедливості в людині. На його думку, конституція держави, що визначає засади суспільного порядку, повинна створюватися у зв'язку з «масовою волею», а не поза нею. Створення міцного суспільного порядку вимагає урахування масової психології, інакше такий порядок може легко розвалитися, якщо масова воля не буде відчувати зв'язку з цією юридичною надбудовою. К. Хафф був упевнений у необхідності створення нової юриспруденції, яка б базувалася на наукових знаннях про правову психо-

© О. Мережко, 2013

логію. При цьому К. Хафф у своїй праці не давав відповіді на такі важливі питання, як: яка природа права, як з'являється правова психологія, що таке почуття справедливості, а також: як визначається «масова народна воля» і яке вона має значення.

Цікавим також є те, що невеличка робота німецького автора Макса Рюмеліна про правове почуття (1925) містить у собі посилання на праці Петражицького [8]. У цій праці М. Рюмелін говорить про певну інтуїцію справедливості, що є властивою як для дорослих, так і для дітей. У правовому житті людей, відзначає цей автор, відбувається боротьба різних людських інтересів, в яких визначаються різні цілі та завдання, що вимагають об'єктивної оцінки та об'єктивного критерію такої оцінки. Таким об'єктивним критерієм служать ті вищі цілі людського суспільства, які об'єктивуються у певному ідеалі. Як зазначає М. Рюмелін, у правосвідомості людей виражається несвідоме прагнення цього ідеалу, а людям властивий своєрідний «інстинкт порядку» (*ordnungstreib*), прагнення гармонії та вищих цілей людства. У процесі цього пристосування виробляються певні засади, що потім знаходять своє втілення в законах. Так, наприклад, визначається засада власності, рівності, відшкодування шкоди тощо.

Коли суддя вирішує питання про відповідність або невідповідність певної дії добрим звичаям, то він керується при цьому не тільки власним почуттям справедливості, а й також цими засадами, що являють собою накопичений у суспільстві запас моральних ідей, які адаптуються до морального ідеалу. Дії, які не відповідають правовому почуттю, викликають в людині почуття психологічного дискомфорту і, навпаки, дії, що відповідають цьому почуттю, викликають почуття морального задоволення. Усе це свідчить про те, що в глибинах психології людини знаходиться певний «інстинкт справедливості».

Знаменитий автор Швейцарського цивільного кодексу, професор Євген Хубер (Eugen Huber) у своїй праці «Право та його здійснення» на основі свого професійного досвіду висловив низку думок, які цілком співзвучні психологічній теорії Л. Петражицького [3]. Так, на думку Є. Хубера, право повинно рахуватися з психологією окремих людей, а закони треба формулювати так, щоб вони були спрямовані на регулювання поведінки реальних, а не ідеальних людей.

У франкомовній науці права особливої уваги заслуговує теорія права професора римського права брюссельського університету Анрі Ролена (*Henri Rolin*), яка є вельми близькою психологічній теорії Л. Петражицького. Свою соціально-психологічну концепцію права А. Ролан виклав у книзі «Пролегомени до науки права. Ескіз юридичної соціології» (1911) [7].

Стосовно юридичної науки свого часу Ролан висунув звинувачення у наявності схоластичного духу в ній. Для більшості юристів, вважав цей автор, об'єктом досліджень є не право як таке, а норми права, тобто не суть явища, а щось, що не має феноменального існування. Для того щоб подолати схоластичний підхід до права, необхідно, на його думку, побачити в юридичних поняттях те, чим вони в дійсності є, тобто побачити в них лише зручні форми, за якими приховується психологічна і соціальна реальність. Єдине, що існує і що реальне у праві, підкреслює А. Ролан, — це лише певні психологічні феномени. Іншими словами, соціологічні та психологічні явища — це факти психологічного поряд-

ку, що залежать від соціальних умов. Соціологія, був переконаний А. Ролен, повинна бути зведена до дослідження пристосувань (головним чином психологічних) людини до життя у суспільстві; тоді як право — це лише одне з таких механізмів пристосування, який має на меті боротися, шляхом примусу, проти результатів і проти причин деяких недосконалостей пристосування.

Норми права і суб'єктивні права, що є предметом вивчення науки права, вважає А. Ролен, не існують як явища; існує лише і підлягає науковому дослідженню той факт, що люди думають і діють, поважаючи і змушуючи поважати інших дані права і норми. Соціальна реальність, яка називається правом, зводиться до «психологічних фактів» чи до «станів свідомості». Психологічні ряди будуються, як правило, у людській психіці у такий спосіб: 1) образ чи уява про річ або дане положення; 2) почуття, мотиви або імпульси, які збуджуються цією уявою; 3) воля, що супроводжується дією.

Процес «образ-мотиви-воля» являє собою механізм, за допомогою якого людський організм реагує на збудження ззовні. У цьому ряду юридичний елемент проявляється лише у мотивах. Що стосується волі, незалежно від того, узгоджена вона з правом чи ні, і уяви, то в них, на думку А. Ролен, не міститься нічого специфічно юридичного. Серед мотивів, які мотивують людину до дії, дійсно юридичним елементом є лише боязнь юридичної санкції.

Існування і функціонування права пов'язані з тим, що у будь-якому людському суспільстві одна частина цього суспільства (звичайні громадяни) володіє одними відносно сталими психічними структурами (*structures mentales*), тоді як інша частина (в основному представники влади) володіє іншими психічними структурами. Саме в психіці громадян постійно асоціюються такі ряди: 1) уява про факти чи ситуації, які можуть викликати конфлікти між індивідами; 2) мотиви, що змушують їх діяти, включаючи боязнь юридичної санкції; 3) воля діяти відповідно до приписів права.

У психіці представників влади, з іншого боку, постійно асоціюються такі ряди: 1) уява про дії, протилежні приписам права; 2) бажання застосувати до порушника юридичні санкції; 3) воля застосувати ці санкції.

Як сказав би французький філософ Мішель Фуко, у свідомості представників влади домінує намагання «надзирати та карати».

Існування права, згідно з теорією А. Ролен, обумовлене співіснуванням двох різних психологічних асоціацій громадян (підданих) і правителів. Під правителем А. Ролен розуміє кожную особу, яка відноситься до права як до норми, підпорядкування до якої слід вимусити. Кожна особа, яка бере участь у застосуванні закону, є у цьому сенсі представником влади, хоча б її суспільне положення не було вищим за положення звичайного громадянина або навіть нижчим за нього. У цьому плані, послуговуючись мовою сучасної соціології, представник влади в теорії А. Ролен — це та особа, яка бере участь у здійсненні соціального контролю в суспільстві.

Свою тезу, що право — це лише стан нашої свідомості, А. Ролен ілюструє на прикладі таких інститутів права, як право власності, інститут шлюбу і договір. Згідно з А. Роленом, власність є чимсь абсолютно суб'єктивним, оскільки вона є певною манерою мислити, почувати і бажати. Право власності існує лише тоді, коли його поважає достатньо велика кількість людей. Право власності перед-

бачає певне «дресирування» більшості людей, які стикаються з майном, що є власністю когось, а також існування у них таких психологічних асоціацій: 1) уява про річ, що належить іншому; 2) більш чи менш вираженої боротьби імпульсів та мотивів, з яких одні намагаються викликати, а інші зупинити рух до привласнення цієї речі; 3) волі, яка зупиняє цей рух.

А. Ролен бачить відмінність права від таких суміжних явищ, як мораль і традиції, у тому, що юридичне переживання поєднане з мотивом санкції. Іншими словами, боязнь юридичної санкції, згідно з А. Роленом, — це і є юридичний мотив у психічному переживанні. Почуття законності, поваги до закону А. Ролен відносить до категорії моральних почуттів, які розвинулися, на його думку, вже після зародження права і знаходяться поза межами права. Як вважає цей автор, чим сильніші і більш поширені моральні почуття у суспільстві, тим менше соціальна потреба у праві. При цьому він, так само як і Л. Петражицький, передбачає такий момент у розвитку людства, коли моральні почуття наберуть такої сили, що право стане зайвим.

Згідно з теорією А. Ролена, поки у переживаннях громадян ще немає серед мотивів боязні санкції, а у переживаннях правителів — намагання застосувати цю санкцію, то права як автономного соціального явища ще не існує. Воно ще зливається з традиціями, мораллю та релігією. Тому при вивченні життя первісних народів не можна називати правом те, що є лише традиціями. Різниця між правом та іншими соціальними регуляторами стає достатньо чіткою лише тоді, коли існує постійна влада, що діє більш-менш постійно. Інакше кажучи, в теорії А. Ролена різниця між правом та мораллю передбачає існування більш-менш організованої державної влади. Право народжується у той момент, коли треті особи беруть на себе захист безпосередньо зацікавленої особи. Щодо держави як такої, то вона являє собою втілення правителів, чиновників і агентів влади взагалі.

Із теорії А. Ролена випливає, що частину публічного права не можна вважати правом як таким, оскільки низка його норм не підкріплена санкціями. Так, наприклад, політичні засади, що містяться в конституційному праві багатьох країн, які вказують законодавцеві, які закони він повинен, а які не повинен приймати, оскільки за ними не стоїть санкція, не є нормами права, а являють собою саме політичні принципи. Те саме стосується, згідно з теорією А. Ролена, і міжнародного права, яке у світлі цієї теорії являє собою не право *per se*, а лише право *in statu nascendi*, тобто лише право, що народжується. У своїй книзі А. Ролен полемізує з такими авторами, як Е. Бірлінг та М. Коркунов, які заперечували санкції як необхідний атрибут права. Щодо цього теорія А. Ролена відходить від учення Петражицького про право, який, як відомо, включав у своє поняття права міжнародне право.

У нормі права А. Ролен виділяє дві сторони: норму поведінки та норму санкції. Помилкою юристів-теоретиків А. Ролен вважає те, що вони не бачать подвійного характеру природи норм права, яка пов'язана з відповідними асоціаціями представників влади та громадян. Згідно з А. Роленом, психічні асоціації громадян створюють основу норм права, а переживання правителів дають фундамент нормам санкції. На його думку, не можна будувати єдине поняття норми права, що стосується лише громадян і яке містить у собі санкцію. Насправді, вважає А. Ролен, норма права, у тому вигляді, як вона психічно являє себе гро-

мадянам, містить уяву про санкцію (але не саму санкцію!) лише як один з мотивів, що може бути пов'язаний з іншими мотивами поведінки людини. Це означає, що коли норм права дотримуються, то питання про застосування санкції, як правило, не виникає. Санкція знаходиться поза нормою права, і лише тоді, коли норму порушено, тобто коли психічне переживання громадянина змінилося порівняно з тим станом, який був до порушення норми, виступає санкція як наслідок норми санкції.

А. Ролен виділяє і описує чотири види санкцій: заборонні, відновлювальні, виправні та репресивні. Він також досліджує питання про виникнення права у світлі своєї психологічної теорії. Згідно з цією теорією, перш ніж виникло право, завдяки поєднанню своїх двох істотних елементів (специфічних переживань громадян і переживань правителів), у індивідів, які входять у певну соціальну групу, повинна сформуватися звичка діяти певним чином. Лише поступово у психіці осіб, які входять у цю соціальну групу, зі звичної ідеї, що «володіння іншого не порушується», виникає нормативна ідея, що «воно не повинно порушуватися». Повторювана дія, згідно з А. Роленом, намагається стати звичкою, звички людей мають тенденцію ставати узвичаєннями, узвичаєння — нормою, норма — інститутом.

В ученні А. Ролен право тісно торкається сфери соціальної педагогіки, що сильно нагадує вчення Л. Петражицького про виховну функцію права. Право, переконаний А. Ролен, не може існувати без послідовного виховання поколінь, оскільки для підтримання функціонування права необхідно, щоб маси були «вишколені» до підпорядкування і до дій, що відповідають нормам права. Необхідно, щоб кожне покоління громадян передавало наступному поколінню це «дресирування», успадковане ним від попереднього покоління. Це стосується і виховання владної еліти. Закон, як вважає вчений, дає початок праву лише тоді, коли він створює у психіці властителів відповідні психічні асоціації і одночасно підкріплює в психіці підвладних відповідні психологічні ряди. При цьому А. Ролен вказує на помилковість поширеної серед юристів уяви про те, що для зміни права достатньо лише волі законодавця і прийняття відповідного закону. Насправді, вважає А. Ролен, закон є лише засобом створення у суспільстві нового звичаю, а у своїй основі всіляке право є звичайним. Моральна чи побутова норма стає нормою права лише тому, що вона звичайно виконується. Традиції і певний образ життя встановлюються в даній соціальній групі завдяки силі звички і такій властивості мозку, як його «автоматизм».

Із психологічної теорії права А. Ролен впливає, що, з одного боку, для існування права необхідно, щоб його норми дотримувалися громадянами (оскільки закон, якому не підпорядковуються, неминуче втрачає властивості права), однак, з другого боку, для існування права необхідно, щоб його норми час від часу порушувалися (оскільки якби норми виконувалися автоматично, тоді припинили би своє існування юридичні переживання громадян та правителів).

Доволі цікавими є також міркування А. Ролен стосовно історії права та його викладання. Історія права, на його думку, повинна вивчатися як частина соціальної психології. При цьому кожний історик права, щоб зрозуміти соціально-психологічну суть права в історичній перспективі, повинен намагатися від-

повідати на такі запитання: які у даній соціальній групі психічні асоціації у громадян, до яких як мотив входить юридичний фактор боязні? У кого в цій соціальній групі існують ці переживання? Яким є механізм їхньої появи? Якими є особи, втручання яких у соціальні відносини як правителі викликає боязнь? Виконують вони свою роль постійно чи випадково? Якими є і яким чином формуються психічні переживання представників влади?

Лише відповівши на ці і подібні запитання, можна розкрити логіку історії права, її соціально-психологічний зміст.

Одним словом, вчення А. Ролена, що розглядає право як проекцію психічного світу людини, є вельми близьким теорії Л. Петражицького і, можливо, виникло і сформувалося під безпосереднім впливом цієї теорії. А. Разом з тим, головна відмінність вчення А. Ролена, у порівнянні з теорією Л. Петражицького, полягає в тому, що він більшою мірою схильний до соціально-психологічного розуміння права, оскільки двосторонній характер норм права виявляється у нього не у психіці окремого індивіда, як у теорії Л. Петражицького, а у соціальному збігу двох корелятивних переживань властителів і підвладних.

Незважаючи на те, що основні праці Л. Петражицького так і не були перекладені основними європейськими мовами і не набули широкої відомості в американській та європейській науці права, тим не менш, ми можемо констатувати значний вплив психологічної теорії права на світову юридичну науку в другій половині ХХ ст. Навіть творець теорії нормативізму, яка вважається антиподом психологічної теорії права, Ганс Кельзен був змушений, хоч і опосередковано, визнати, що право як соціальна техніка впливає на психіку людей, від чого в кінцевому рахунку залежить ефективність права. «...Ефективними є не норми або правопорядок у їхній діючій, обов'язковій екзистенції, — писав Г. Кельзен, — але той факт, що люди уявляють собі норми чи правовий порядок, і саме ця уява створює ефективність завдяки тому, що змушує поводитися так, як це відповідає даній уяві» [4, с. 7].

Говорячи про «ефективність», Г. Кельзен, по суті, має на увазі реально існуюче право, тобто право як таке, а не право у вигляді тексту на папері. Що є особливо важливим, під словом «уява» криється те, що Л. Петражицький у своїй теорії називає «інтуїтивним правом», тобто правом у вигляді специфічного психічного переживання. Треба віддати належне Г. Кельзену: хоча і не дуже охоче, але він у цьому пасажі фактично визнав правоту психологічної теорії права Л. Петражицького.

Цікаво зазначити, що соціологія права німецького соціолога Нікласа Лумана має виразне психологічне забарвлення і в деякому сенсі нагадує вчення Л. Петражицького. Так, елементарний рівень виникнення права Н. Луман вбачає в емоційно-психологічних переживаннях учасників соціального спілкування, а джерело права, на його думку, корениться у почутті «очікування» певної поведінки [1, с. 85]. Йдеться про те, що у різних життєвих ситуаціях їхні учасники очікують один від одного певних стереотипів поведінки і щодо цього «очікування» одного учасника є основою поведінки іншого учасника, і навпаки [1, с. 86]. Такі «очікування» Н. Луман поділяє на пізнавальні та нормативні. Тією мірою, як суспільство стає дедалі складнішим, вважає Н. Луман, зростає надвиробництво нормативних очікувань. Право, на його думку, є

результатом певної еволюції, своєрідним висновком поступової, незалежної від суспільства «диференціації специфічних правових очікувань» різних соціальних груп і індивідів [1, с. 86].

По суті, під «специфічними правовими очікуваннями» в соціологічній концепції Н. Лумана можуть приховуватися «юридичні емоції» в психологічній теорії права Л. Петражицького.

Як бачимо, основні теорії права ХХ ст. так чи інакше були змушені вести діалог з психологічною школою і намагалися по-своєму дати відповіді на питання, поставлені цією школою.

Разом з тим, на нашу думку, психологічну теорію права в оновленому вигляді ще очікує свій ренесанс в європейській науці права, оскільки творчий потенціал цієї теорії ще далеко не вичерпано і вона чекає на своїх продовжувачів у ХХІ ст.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Кененов А. А.* Луман Н. Социология права / А. А. Кененов // Правовая мысль ХХ века : сб. обзоров и рефератов / РАН ИНИОН. Центр социал. науч.-информ. исслед. Отд. правоведения ; отв. ред. — Ю. С. Пивоваров. — М., 2002. — С. 84–88.
2. *Haff K.* Rechtspsychologie (Forschungen zur Individual und Massenpsychologie des Rechts und zur modernen Rechtsfindung) / K. Haff // Archiv für die civilistische Praxis. — V. 125, № 1/2. — Berlin, 1926. — S. 215–219.
3. *Huber E.* Recht und Rechtsverwirklichung: Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie / E. Huber. — Basel : Helbing & Lichtenhahn, 1925. — 463 S.
4. *Kelsen H.* What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science / H. Kelsen. — Berkley : Los Angeles: Univ. California Press, 1960. — 397 p.
5. *Klein F.* Die psychische Quellen des Rechtsgehorsams und der Rechtsgeltung / F. Klein. — Berlin, 1912.
6. *Riezler E.* Das Rechtsgefühl. Rechtspsychologische Betrachtungen (J. Schweizers Verlag) / E. Riezler. — München, 1921. — 192 S.
7. *Rolin H.* Prolegomenes a la science du droit. Esquisse d'une sociologie juridique / H. Rolin. — Paris-Bruxelles, 1911. — 167 p.
8. *Rumelin M.* Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein / M. Rumelin. — Tübingen, 1925. — 80 S.

Мережко О. О. Психологічний напрям в європейській науці права ХХ століття

Анотація. Стаття присвячена дослідженню розвитку психологічної школи права у двадцятому столітті. Автор розглядає праці тих європейських авторів, яких можна віднести до психологічної школи права. Одночасно автор показує вплив психологічної теорії права Л. Петражицького на розвиток психологічної школи права в Європі. У статті, зокрема, аналізуються праці таких європейських вчених, як К. Хафф, Є. Хубер, Ф. Клейн, Е. Ріцлер, А. Ролен, М. Рюмелін і Н. Луман. На думку автора, психологічна школа ще не вичерпала свій потенціал в науці права і її може очікувати новий підйом у двадцять першому столітті.

Ключові слова: психологічна теорія права, Л. Петражицький, історія політичних і правових вчень, наука права, соціологія права.

Мережко А. А. Психологическое направление в европейской науке права ХХ века

Анотація. Стаття посвящена исследованию развития психологической школы права в двадцатом веке. Автор рассматривает работы тех европейских

авторов, которых можно отнести к психологической школе права. Вместе с тем автор показывает влияние психологической теории права Л. Петражицкого на развитие психологической школы права в Европе. В статье, в частности, анализируются работы таких европейских ученых, как К. Гафф, Е. Губер, Ф. Клейн, Э. Рицлер, А. Ролен, М. Рюмелин и Н. Луман. По мнению автора, психологическая школа не исчерпала свой творческий потенциал в науке права и ее может ожидать новый подъем в двадцать первом веке.

Ключевые слова: психологическая теория права, Л. Петражицкий, история политических и правовых учений, наука права, социология права.

Merezhko O. Psychological Current in the European Legal Science in the 20th Century

Summary. The article is devoted to the research of the development of the psychological school of law in the XX century. The author considers works of those European authors who belong to the psychological school of law. At the same time, the author demonstrates the influence of the psychological theory of law by L. Petrazycki on the development of the psychological school of law in Europe. In the article, inter alia, the works of such European scholars as Haff, Huber, Klein, Riezler, Rolin, Rumelin and Lhumann are analyzed. In the author's view, the psychological school has not yet exhausted its creative potential in the legal science and the new upsurge might await it in the XXI century.

Key words: psychological theory of law, L. Petrazycki, history of political and legal teachings, legal science, sociology of law.

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА АРТУРА КАУФМАНА: У ПОШУКАХ «ТРЕТЬОГО ШЛЯХУ»



О. СТОВБА

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теоретичної і практичної філософії
(Харківський національний університет
імені В. Н. Каразіна)*

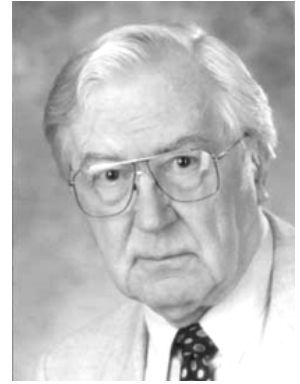
Німецький філософ права Артур Кауфман (10.05.1923–11.04.2001) є одним із найвидатніших правознавців другої половини ХХ ст. На жаль, на пострадянському просторі його твори та особистість майже зовсім невідомі¹. Тому далі буде окреслено його творчий шлях та запропоновано невеличкий коментар основних положень його філософії права.

Артур Кауфман народився у сім'ї політика Едмунда Кауфмана. У 1941 р. він вступив до університету, де вирішив вивчати фізику та математику, проте був мобілізований. Після повернення з війни А. Кауфман відчув, що задля досягнення сенсу жахливих подій нацизму та Другої світової війни слід звернутися до гуманітарних наук. Як зазначав сам німецький правознавець, девізом для всього його покоління став відомий вислів К. Ясперса: «те, що я досі живий, є моєю провинною» [6, с. 145].

У пошуках відповідей німецький студент звертається до найавторитетніших мислителів свого часу, з якими він мав змогу спілкуватися наживо. Його думка зазнала впливу екзистенціалізму (К. Ясперс), герменевтики (Г.-Г. Гадамер), антропології (К. Левіт). Деякий час А. Кауфман перебував у Фрайбурзі, де слухав М. Гайдеггера, проте, як йому здалося, за складними реченнями та важкими формулюваннями німецького титана не стояло нічого, окрім свавільної гри зі словами (згодом, щоправда, він змінив свою думку) [6, с. 145]. Однак вирішальною стала зустріч у 1946 р. в університеті Гейдельберга з видатним філософом права Г. Радбрухом. Як відомо, стрижень думки цього німецького правознавця

¹ Окрім фрагментарних згадок у деяких монографіях [2; 4] див. спеціально присвячену А. Кауфману мою статтю [3] та переклад його праці «Онтологічний устрій права» [1].

був спрямований проти правового позитивізму, який створив теоретичне підґрунтя для формальної законності нацистських злочинів. Відтак основним завданням Г. Радбруха був пошук того онтологічного правового фундаменту, який би міг обмежити свавілля на законодавчому та судовому рівнях. Цей рух, спрямований на подолання правового позитивізму, згодом набув назви «Ренесанс природного права». Подібно до геніїв Відродження, які намагалися подолати обмеження, накладені католицькою доктриною на вільний рух думки, такі видатні німецькі правознавці, як В. Майхофер, Р. Марчич, Е. Фехнер, Е. Вольф, Г. Гуссерль та ін. прагнули знайти відповідь на питання: як може існувати «поза законом» таке право, яке не є «голою ідеєю» класичного юснатуралізму, а чимось більш конкретним: «природою речей», «структурою логіки фактів», «перед-даною інституцією». Важливий внесок у цю справу зробив і А. Кауфман, працюючи одночасно суддею в суді Карлсруе та заміняючи К. Енгіша у Гейдельберзькому університеті [6, с. 146].



Артур Кауфман

У своїй першій невеличкій роботі «Природне право і історичність» (1957) німецький дослідник сформулював ряд положень, які згодом стали програмними для його думки. Вони полягають у такому.

1. Правовий позитивізм та класичне природне право є однією стороною підходів, перший з яких акцентує увагу на формі права, а другий — на його змісті. Отже, слід шукати «третій шлях» до сутності права.

2. З одного боку, право (його конкретна форма та зміст) є історично обумовленим, з другого існують «позачасові» правові принципи, які є «надпозитивними», проте абстрактними, а отже — непридатними для практичного застосування.

3. Право і закон — не одне й те саме. Закон є нормою (належним) для безлічі конкретних ситуацій. Право ж є «фактичною відповідністю» конкретних життєвих обставин (буття) нормам закону. Отже, правозастосування є не суто дедуктивним процесом — від загальної норми до конкретного випадку, а зустрічним «приведенням до відповідності» норми і конкретної ситуації.

4. Отже, абстрактні правові принципи («кожному своє», «категоричний імператив» і т. ін.) під час правозастосування конкретизуються залежно від обставин, а тому втрачають свою загальну значущість.

5. Право здійснюється у вигляді ступінчастого порядку, від абстрактно-загальних правових принципів через конкретно-загальні, формально-позитивні норми до конкретного, матеріально-позитивного права. Але подібний процес (законодавство, правосуддя тощо) не є виключно дедуктивним. Як законодавець мусить зважити на всі *можливі* випадки застосування відповідного закону, врахувавши їх в акті створення норми, так і суддя при вирішенні справи має взяти до уваги всі особливості *дійсної* ситуації, щоб досягти правильного вирішення справи. Тому процес здійснення права є змішаним, індуктивно-дедуктивним¹.

¹ Той, хто здійснює право, має немовби «одночасно» йти з «двох боків»: від ситуації до норми і навпаки. У подальшому А. Кауфман трансформує цю ситуацію у вигляді

6. Пізнання права не є монологічним актом, а відбувається в комунікативному історичному процесі, який має на меті в усілякій дивергенції знайти конвергенцію, як вирішальний критерій істини [6, с. 147–148].

Наступною «знаковою» працею німецького філософа права стала «Онтологічна структура права» (1962). Зважаючи на те, що вона вже перекладена російською і детально відкоментована [1; 3; 4, с. 108–111], зупинимося дуже коротко на її змісті. Виходячи з тези Сартра про «існування, яке передує сутності», А. Кауфман стверджує, що правовий позитивізм абсолютизує існування права, в той час як природно-правовий підхід — його сутність. Отже, треба шукати право в єдності його сутності та існування, які разом і складають онтологічну структуру права як суцього [1, с. 156]. Така єдність існує не в законі і не в конкретному випадку самому по собі, але у *вирішенні* конкретної ситуації. Як пише сам німецький правознавець, «закон є загальна норма для множини конкретних випадків, право, навпаки, вирішує ситуацію тут і зараз» [1, с. 171]. «Право не є наявною нормою, не є абстрактною схемою для правильного вчинку, воно, скоріше, є сам цей правильний вчинок чи правильне рішення у конкретній ситуації» [1, с. 172].

Проте сама «правильність» конкретного рішення (яка, нагадаємо, не тотожна його «законності»), а також його «відповідність» конкретній ситуації передбачає *попередню «витлумаченість»* як обставин конкретної справи, так і норми, на підставі яких у їх сукупності у ході «дедуктивно-індуктивного мислення» приймається «вірне рішення» — здійснюється право. Таким чином у сферу думки А. Кауфмана входить герменевтика.

У праці «Аналогія та природа речей» (1965) німецький філософ звертає увагу на ту обставину, що інтерпретації норми передує розуміння тих можливих випадків, на вирішення яких вона спрямована. У свою чергу, осмислення конкретної ситуації як релевантної у правовому сенсі передбачає попереднє розуміння права. Це і є те герменевтичне коло, у яке потрапляє той, хто прагне досягнути випадок (частку) та норму (загальне). *Інтерпретація* будь-якого з цих членів передбачає *попереднє їх розуміння* (перед-розуміння (Г.-Г. Гадамер)) і навпаки. Іншими словами, коли хтось шляхом мови намагається встановити сенс ситуації, він *вже* має розуміти ту відповідність, яка існує між словами та фактами. Як пов'язані у праві *слова* і ті *факти* (злочин, угода, волевиявлення тощо), які ці слова позначають? Загублення цього зв'язку знову відкриває шлях до свавілля позитивізму, коли розстріл буде іменуватися «вищою мірою соціального захисту», а звільнення професора-неарійця (випадок Е. Гуссерля) — «поновленням на посаді професійного чиновництва».

Отже, герменевтика у своєму трансцендентальному аспекті відкриває умови можливості мовного розуміння взагалі, проте не в змозі запропонувати критерії для визначення змістовної правильності процесу розуміння [6, с. 157–158]. Тому герменевтику слід доповнити «реляціональною логікою», тобто логікою відносин, яку, зокрема, розробляв видатний американський філософ Ч. Пірс. Аплікації логіки відносин на царину права присвячена праця

герменевтичного кола (див. далі цю статтю).

А. Кауфмана, переклад якої пропонується читачеві далі у цьому номері часопису. Хід думки німецького правознавця полягає у наступному.

На думку А. Кауфмана, шлях до відповіді на зазначені вище питання¹ лежить у площині онтології права. Однак під онтологією не слід розуміти «класичне» вчення про субстанцію. На місце субстанції можуть бути поставлені структура, відносини тощо. Тому, згідно з гіпотезою німецького вченого, відповідь на питання про критерії істини у праві здатна дати логіка відносин Ч. Пірса.

Як впливає з викладеного вище, право локалізоване між нормою та випадком. Тому буде логічним припустити, що право є не чим іншим, як відносинами, реляцією між нормою та конкретною ситуацією. Така реляція є ані дедукцією, ані індукцією. Услід за Ч. Пірсом А. Кауфман вказує, що специфіку таких відносин можливо описати через абдукцію — імовірнісний силогізм. Іншими словами, якщо припустити певний стан речей, слід розглянути можливі його наслідки. Цей підхід є дуже плідним для права, оскільки будь-яка норма спрямована не на конкретну, але на ймовірну ситуацію. З іншого боку, будь-яка норма є тим смисловим стрижнем, на який ми можемо нанизати все розмаїття подібних випадків. Тому абдукція є тим «третьім шляхом», який допомагає уникнути «дедуктивно-індуктивної правової дилеми»: відштовхуватися від норми («континентальне праворозуміння») чи від фактів («англосаксонський» варіант)?

Разом з тим імовірність для права припустима тільки на рівні законодавства. Проте, наприклад, судові рішення не має права бути «імовірно істинним», оскільки вирішується людська доля. Тому А. Кауфман робить висновок, що правом є не будь-які («імовірні»), а лише «істинні» відносини між нормою і випадком. «Відношення «П» (право) є відношенням між x (справою) та y (нормою), яке задовільне тільки тоді, коли висловлювання xPy істинне» [5, с. 114].

Однак така відповідь ставить, щонайменше, два нових питання. Як існує таке відношення — логічно («в голові»), фактично (як суспільні відносини), у мові тощо? І що є запорукою, критерієм його істинності?

А. Кауфман слушно припускає, що право як відношення не існує само по собі, а тільки «через» людей. «Правову людину» він іменує «персоною». Згідно з поглядами німецького правознавця з точки зору права «персона» є сукупністю всіх правовідносин, учасником яких вона є [5, с. 122]. Таким чином, буття права здійснюється у взаємовідносинах персон і не існує поза ними. Але і сама персона є сукупністю відносин. Слід наголосити, що тут йдеться не про «суто інтелектуальне» споглядання певних осіб «як персон права»: німецький правознавець підкреслює, що персона — це не суб'єкт і не об'єкт. Вона реляціональна, динамічна, історична. Персона — це не певний стан, навпаки, це подія, дія. Аналогічним чином і право не є простою сукупністю правил: воно «відбувається» у персональних «відносинах». Якщо цього не відбувається, ми маємо закони, але не право. Право входить в екзистенцію через діяння [5, с. 122].

Статус осіб як персон конституюється їх *взаємним визнанням*. Оскільки «одна» персона неможлива, персоні конституюють одна одну в актах взаємовизнання, які мають місце при всякому фактичному «вступі у правовідносини». Тому відносини є правовими у випадку, якщо відбувається згадане взаємне

¹ Про критерії істини у праві — коли право *справді* здійснюється?

зустрічне визнання персон. І навпаки, у випадку відсутності цього ми маємо не персон, а просту сукупність людей і зв'язків між ними.

Отже, належним критерієм істинності, «правильності» відносин між нормою і випадком, який має місце у співбутті осіб як персон, німецький дослідник вважає те, чи відбувається при цьому акт взаємного визнання. Іншими словами, будь-яке відношення між нормою і випадком є істинним (тобто правом), коли особи, які здійснюють це відношення через власні вчинки¹, визнають одна одну і, отже, є персонами. Тому можливість здійснення права вкорінена у можливості людини бути персоною, тобто вступати у відносини з іншими на підґрунті взаємного визнання. Ідея права — резюмує А. Кауфман — є ідеєю персони як власності людини, або вона ніщо [5, с. 123].

Таким чином, можна зробити висновок, що німецький правознавець намагається мислити право як динамічний, мінливий двосторонній зв'язок між нормою та конкретною ситуацією, який здійснюється у взаємному визнанні людей як «персон», коли зазначене визнання є запорукою істинності згаданого зв'язку. Такий підхід справді є «третім шляхом» між позитивізмом і юснатуралізмом. Разом з тим осмислення права А. Кауфманом викликає і ряд запитань, на деякі з яких варто знайти відповідь.

По-перше, здається, що А. Кауфман належним чином не обґрунтовує предметну сферу саме *права*. Адже окрім правової норми і правової ситуації існують ще й моральні, і релігійні, і багато інших норм і ситуацій. Слушно припустити, що в тій самій ситуації може існувати кілька альтернативних, проте рівною мірою «вірних» рішень, які пропонують мораль, право, релігія, звичай та ін. Крім того, існують випадки, коли природа та специфіка конкретної ситуації може вимагати негати її правового аспекту на користь її вірного вирішення у межах моралі чи релігії (приклад — суд Пілата на Ісусом, який дійсно вчинив злочин проти Риму). Тому коли на місце «П» («права») у згаданій кауфманівській формулі xPu поставити «М» (мораль), «Р» (релігію) тощо, то може вийти так, що в деяких випадках право *взагалі не здатне запропонувати вірного вирішення (коли «П» не може бути істинним)*. Отже, німецькому правознавцеві варто було б здійснити аналіз конститутивних рис саме *правових ситуацій*, які, на відміну від ситуацій моральних, релігійних та ін. вимагають для свого осмислення саме права, *дають т. зв. «правовий першопоштовх»*. Подібний підхід дав би можливість виявити специфіку предметної сфери права і окреслити легітимний простір правознавчих розвідок².

По-друге, зазначене зауваження призводить до проблеми саме «правової ідентифікації» персони. Адже коли людина вчиняє найдрібніший «соціальний акт» (А. Райнах), вона діє як учасник не тільки правових, а й одночасно економічних, політичних, етичних і багатьох інших різновидів суспільних відносин. Тому виникає питання про безпідставну «абсолютизацію» саме *правового* аспекту персони, оскільки взаємного визнання вимагають і політичні, і економічні і, в кінцевому підсумку, будь-які різновиди соціальних зв'язків. Отже, чи не є

¹ Вчинок у даному випадку слід розуміти максимально широко, включаючи сюди і судження (наприклад, правозастосовувача), і конклюдентні дії тощо.

² Додаткову критику позиції А. Кауфмана та спробу відповіді на зазначене питання див. [4, с. 108 і далі].

«свавіллям правознавця» вести мову *виключно про правову персону*, нехтуючи її економічними, політичними, моральними та ін. аспектами?

По-третє, А. Кауфман залишає без відповіді те, яку роль відіграє *свідомість* при здійсненні правильного вчинку в конкретній ситуації? Тут йдеться про те, що якщо правом є правильний вчинок, то слід мати на увазі, що без інтелектуальної складової він (правильний вчинок) має здебільшого *випадковий* характер. Тому вказуючи на те, що персона є сукупністю відносин, в яких вона бере участь, німецькому дослідникові не зайвим було б зупинитися на аналізі інтелектуальної компоненти акту визнання, з одного боку, та акту встановлення «відповідності» норми і ситуації — з другого, що дало б можливість виявити їх власне правову специфіку.

Таким чином, слід зробити висновок, що А. Кауфман, блискуче вирішуючи одні проблеми, тим самим ставить ряд інших, які ще чекають на своє розв'язання. Отже, ми маємо самі відчуті і зрозуміти, чи можемо ми прийняти виклик німецького правознавця, продовживши шукати відповіді на відкриті ним запитання?

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Кауфманн А.* Онтологическая структура права / А. Кауфманн // Российский ежегодник теории права — 2008. — № 1. — С. 151–174.
2. *Максимов С. И.* Правовая реальность: опыт философского осмысления / С. И. Максимов. — Харьков : Право, 2002. — 328 с.
3. *Стовба А. В.* Артур Кауфманн: в поисках «целого» права / А. В. Стовба // Российский ежегодник теории права. — 2008. — № 1. — С. 144–150
4. *Стовба А. В.* Правовая ситуация как исток бытия права / А. В. Стовба. — Харьков : Диса+, 2006. — 176 с.
5. *Kaufmann A.* Preliminary Remarks on a Legal Logic and Ontology of Relations / A. Kaufmann // Law, Interpretation and Reality. — Dordrecht, 1990. — P. 104–123.
6. *Kaufmann A.* Fuenfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie / A. Kaufmann // AfRuSP, Beiheft 44, Hrsg. R. Alexy, R. Dreier u. U. Neumann. — Stuttgart, 1991. — S. 144–161.

Стовба О. В. Філософія права Артура Кауфмана: у пошуках «третього шляху»

Анотація. Стаття являє собою опис життя та творчості видатного правознавця Артура Кауфмана. Для цього автор пропонує осмислити творчий шлях німецького філософа права у його динаміці. Результатом є відтворення філософської еволюції А. Кауфмана від неокантіанства до герменевтики і логіки відносин.

Ключові слова: право, закон, герменевтика, логіка відносин, онтологічний устрій права.

Стовба А. В. Философия права Артура Кауфмана: в поисках «третьего пути»

Аннотация. Статья представляет собой описание жизни и творчества выдающегося правоведа Артура Кауфмана. Автор предлагает осмыслить творческий путь немецкого философа права в его динамике. Результатом является представление философской эволюции А. Кауфмана от неокантианства до герменевтики и логики отношений.

Ключевые слова: право, закон, герменевтика, логика отношений, онтологическая структура права.

Stovba O. Legal Philosophy of Arthur Kaufmann: «the Third Way» Searching Summary. The article is the description of the life and works of the famous legal philosopher Arthur Kaufmann. Author proposes to think the way of legal philosophy of A. Kaufmann in its dynamic aspect. The result of the such thought is the presentation of the scientific evolution of the German legal researcher from Neo-Kantianism to the hermeneutics and logic of relations.

Key words: law, legislation, hermeneutics, logic of relations, ontological structure of law.

ПОПЕРЕДНІ ЗАУВАЖЕННЯ ЩОДО ПРАВОВОЇ ЛОГІКИ ТА ОНТОЛОГІЇ ВІДНОСИН. ЗАСАДИ ПРАВОВОЇ ТЕОРІЇ, ЗАСНОВАНОЇ НА ПОНЯТТІ ПЕРСОНИ¹

А. КАУФМАН
*доктор юридичних наук,
Ординарний професор філософії права
та кримінального права
(Університет Мюнхена, Німеччина)*



I

Використовуючи слова «попередні зауваження» в заголовку, моїм наміром було виразити певну обмовку. Причиною є те, що чим більше хтось займається предметами логіки і онтології відносин, тим скромнішим і обережнішим стає він у своїх твердженнях. Моєю початковою передумовою є те, що третій Рейх заповідав нам законність безпрецедентного свавілля у правовій практиці. Для актуальних цілей більш-менш даремні питання про те, позитивістське або не-позитивістське ставлення до права винне в тому, що відбувається, можна ігнорувати. У будь-якому разі, здається, що теоретичні оцінки на користь позитивізму або не-позитивізму не становлять проблеми. Стосунки у той час були продиктовані політичними потребами на основі подвійної стратегії: у випадку нацистських законів суворість позитивістських передумов і семантичні значення правових текстів були цілком ігноровані на користь актуальних націонал-соціалістичних цілей. З другого боку, у випадку з нацистськими законами строге підпорядкування було потрібне, навіть якщо це відношення передбачало відкрите презирство до фундаментальних принципів справедливості — збочена версія позитивізму. Поглядаючи на цей спадок, природно, що всі серйозні починання у філософії права безпосередньо після війни мали своєю метою здолати правове свавілля. Ця звичка дивитися на речі в історичній перспективі не мала зустріти труднощів, схоплюючи історичне значення цих спроб.

¹ Переклад виконано за: Kaufmann A. Preliminary Remarks on a Legal Logic and Ontology of Relations. Foundations of a Legal Theory based on the Concept of Person // Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence. — Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1990. — P. 104–123.

Переклад з англійської О. Стовби, наукове редагування С. Максимова.

Складність цього завдання обумовлена тим фактом, що неможливо ані повернутися до школи класичного природного права, ані відродити правовий позитивізм 19-го століття. Однією з головних причин є те, що обидві доктрини не можуть довести зв'язок з історичною природою права.

Отже, необхідно шукати «некерований елемент» (*Unverfügares* — не наявний у розпорядженні), який міг бути водночас конкретним і історичним. Існувала ідея шукати його у сфері онтології: природа речей (*Natur der Sache* — нім.), фактичні логічні і онтологічні структури (*sachlogische Strukturen* — нім.), перед-буттєві інституції і тому подібне. Утім до цих речей розвивалося скептичне ставлення. Усі спроби довести вказані феномени були марними. Це могло бути причиною того, чому багато правових мислителів були зацікавлені функціоналізмом. Тут нема що заперечити; це необхідне відношення. Функціоналізм стає з часом сприйнятливим до серйозних заперечень, коли він перестає бути єдиним винятковим шляхом до пояснення правових феноменів; це підхід, який ми зустрічаємо при розгляді права Н. Луманом. Функціональна концепція робить право цілком керованим і залишає його на волю свавілля.

Але чи не є функціональний спосіб мислення лише альтернативою онтологічному підходу? Мислення в термінах онтології здається більшості правових мислителів приналежністю минулого, тупиковим випадком. Багато-хто з них, насправді, відкрив зручний шлях усунути своїх опонентів — вони просто таврують їх як «підозрюваних в онтології», виносячи це, як достатній аргумент, на передній план¹. Але їх успіх — лише ілюзія. Усе, що вони насправді роблять — звужують значення онтології до суто субстанційної онтології. Але це помилкове вживання подібного поняття. Ідея онтології корениться в емпірично заснованій гіпотезі, що все, що засноване в бутті, некероване. Людина може «розпорядитися» буттям лише за умови, що вона бере до уваги відповідні закони. А некерований елемент подібного роду² у такому разі не потребує того, щоб бути субстанціальним, він може бути структурою³ або відношенням. Чіткий зв'язок онтології з субстанцією вже давно був здоланий, особливо І. Кантом і Г. В. Ф. Гегелем, здається, важко припустити, що багато-хто ще опирається, використовуючи термін «онтологія» в сенсі аристотелівсько-томістської субстанційної онтології. Зокрема, з часів Ч. Пірса таке трактування більш не прийнятне. Насправді це Ч. Пірс, який сьогодні, після довгого періоду забуття, проголошений «найвидатнішим філософом Америки» і «чия слава еквівалентна Лейбніцу і Арістотелю, не перестає надихати майбутні покоління»⁴. Він єдиний, хто насправді завершив вирішальний поворот від субстанційної онтології до онтології відносин⁵. Згідно з думкою багатьох, він просто логік, який знайшов свій вихід з аристоте-

¹ Див.: *Hubert Rodingen* : Die Lehre von der Rechtsbeziehung : eine neue Rechtsontologie?, in *Rechtstheorie* 11(1980), p. 28 і далі.

² Див. про подібне поняття «онтології» : *Ulfrid Neumann* : Rechtsontologie und juristische Argumentation; Zu den ontologischen Implikationen juristischen Argumentierens. 1978, p. 1 і далі.

³ Див.: *Heinrich Rombach* : Strukturontologie; Eine Phenomenologie der Freiheit, 1971.

⁴ *Elizabeth Walter*, «Charles Sanders Peirce», в «Die Grossen der Weltgeschichte», vol. VIII, p. 692 і далі (698).

⁵ Найважливіші положення містяться передусім у Peirce's Collected Papers, vol. 8 1931 і далі.

лівської «чистої» логіки у напрямі інтенціональної і модальної логіки, що розуміються як семіотика: до логіки відносин¹. Це так само вірно, як і важливо. Ч. Пірс увів логіку в сферу, яка була невідома Арістотелю і І. Канту, тоді як традиційній логіці були відомі лише властивості-предикати, він відкрив шлях до стосунків-предикатів. Це було просування величезного значення. Але таким же важливим є факт, що Ч. Пірс не був задоволений своїм відкриттям. Замість цього він поставив питання, які вивели його далеко за межі царини логіки. Це ще одна причина, з якої ми повинні вважати його великим. Насправді, чи існує філософ, який би був лише логіком?

Отже, питання полягає в тому, чи не поспішають філософія і теорія права, оминаючи онтологічну проблематику і шукаючи притулку у функціоналізмі, посилаючись на безвихідь субстанційно-онтологічного мислення? Відповідь на виклик онтології відносин все ще має бути знайдена у сфері права.

II

Класичне природне право і класичний (нормативістський) правовий позитивізм схожі в одному аспекті. Вони трактують процес здійснення права як цілком позаісторичний, процес, де нічого не відбувається. Справа і право залишалися такими, як вони завжди були, незмінними: субстанціальний шлях мислення. Процес є суто дедуктивним. Правове рішення дедукувалося формально бездоганним шляхом; статут, з іншого боку, був похідним від вищих норм, а вони виходили з останньої та ієрархічно найголовнішої. Відмінність між класичним природним правом і класичним правовим позитивізмом полягала лише в тому, що в першому верховна норма передбачалася екзистенціально вкоріненою в логосі, природі, божому законі, розумі, тоді як останній постулював «основну норму» (*Grundnorm*), що розуміється як продукт людського рішення, як гіпотезу або трансцендентальну умову.

Немає необхідності включатися в довгу дискусію для того, щоб довести, що той метод, який властивий одночасно і класичному природному праву, і класичному правовому позитивізму і вважає правозастосування різновидом категоризації, повністю непридатний і ніколи насправді не застосовувався на практиці. Зараз це визнано вже одноголосно. Проте вищі норми, хоча цілком і не втратили свого значення, занадто бідні за змістом, щоб продукувати в дедуктивному процесі інші норми. Завжди існує емпірична тяга до них. Навіть статутне право в його загальних станах ніколи не вирішує реальну суперечку (справу) безпосередньо, в сенсі, без певної міри невизначеності. Право недвозначне насправді тільки тоді, коли воно використовує числові поняття. Застосування права (категоризація як необхідна, але недостатня умова) завжди вимагає «препарування» норми перед лицем конкретної справи. Суто дедуктивна логіка, очевидно, досягає своєї межі в цій точці.

Емпіричний правовий позитивізм також, як багато екзистенціальних філософій і ситуаційних етик, випробовує інший шлях, засоби індуктивної логіки. Вони хочуть досягти рішення, відштовхуючись від справи, без апеляції до норми.

¹ Див. Wolfgang Stegmüller : Hauptstroemungen der Gegenwartsphilosophie. Vol.1 6-th ed. 1976, p. 431.

Багато серйозних логіків критикують індукцію як науково сумнівну, юристи, проте, справляються з цим. Після усього цього здається неможливим розвивати правовий метод без змістовного ядра індукції. Усе ще загадка, як хто-небудь може досягти нормативного рішення, *тільки* способом індукції, базуючись на обставинах справи; питання, яке, здається, не вирішене представниками цього методу.

Це не випадкова, але внутрішня необхідність, що Ч. Пірс, який розвивав релятивну логіку (насправді він не був єдиним, але був одним із піонерів)¹, говорив не лише про дедукцію та індукцію, а також про третю форму умовиводу, *абдукцію* (імовірнісний силогізм. — *Прим. пер.*)², іноді перетворювану на *ретродукцію*³. Щоб зрозуміти це, необхідно зважити, що Ч. Пірс — один із засновників американського прагматизму. Основним постулатом прагматизму є такий: «роздумуючи про наслідки, які мають мисленнєво досягнутий практичний характер, ми приходимо до розуміння об'єкта нашого уявлення. Тоді наше уявлення про ці наслідки є цілком нашими уявленнями про об'єкт»⁴. Ч. Пірс визначає і специфікує значення поняття з урахуванням практичних висновків, які виходять із прийняття цих понять як необхідних, з точки зору тих проблем, які можуть бути проаналізовані й вирішені за допомогою цих припущень. Біблейське «по їх плодах ми упізнаємо їх» було підтримуючим його девізом⁵. Це утилітарний прагматизм, подібний до того, який відстоювали тоді (стик століть) У. Джеймс і О. У. Холмс-молодший, також відомий як «інструменталізм», головним представником якого був Дж. Д'юї. Згідно з цією традицією, що має високу репутацію в США, етика заснована на життєвому досвіді і (природній) науці, і досягалась не як дисципліна, вільна від цілей, але як засіб і інструмент, які можуть служити життю усередині людського співтовариства⁶.

Легко побачити, чому Ч. Пірс зі своєї прагматичної позиції (сам він називав її «радикальний емпіризм») повинен заперечувати «чисту логіку» і залишатися байдужим до дедуктивного способу умовиводу. Дедукція веде до необхідних висновків, але суто аналітичного характеру, і ні до чого іншого, крім того. Індукція й імовірнісний силогізм, навпаки, — синтетичні судження, що звичайно не забезпечують необхідних висновків із передумов. Проте, чому окрім

¹ Пірс розвивав логіку відносно незалежно від подібних спроб у Г. Фреге, Б. Рассела, А. Уайтхеда.

² Collected Papers, 5, pp.171 і далі, 7, 121 і далі, особливо р. 136 і далі.

³ Там само, pp. 5, 580; 6, 66; 6, 469 і далі.

⁴ Там само 5, р. 402. Ч. Пірс використовує таке формулювання в 7, р. 219, щоб виразити цю ідею: «Виходить так, що інтелектуальна значущість всякої думки в абсолютному ступені поміщена в її ефекті стосовно наших дій. У чому полягає інтелектуальний характер поведінки? Явно, в його гармонії з поглядом розуму, з фактом, що розум у спогляданні відшукає в ньому гармонію цілей». Див. також: Ч. Пірс: «Ueber die Klarheit unserer Gedanken (вступ, переклад, коментар Klaus Oehler)», 1968, 47 і далі. Про американський прагматизм, особливо про Ч. Пірса див.: Wolfgang Fikentscher; Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, vol. 2, 1975, p. 275 і далі.

⁵ Див.: Collected Papers 5, pp. 204 і 465.

⁶ Див. недавні його оцінки: Robert S. Summers: Instrumentalism and American Legal Theory, 1982. Див. також: George E. Moore: Philosophical studies, 1960, особл. р. 97 і далі; Juergen v. Kempster: Charles S. Peirce und der Pragmatismus, 1952; Klaus Oehler, цит. пр. pp. 11 і далі, 113 і далі.

індукції, ми також потребуємо абдукції? Відповідь Ч. Пірса є такою: «імовірнісний силогізм — це процес формування пояснюючої гіпотези. Це тільки логічна операція, яка становить будь-яку нову ідею. Індукція лише детермінує цінність, а дедукція більшою мірою встановлює необхідні наслідки чистої гіпотези»¹.

Через абдукцію ми можемо набути нових сфер, відповідно нових гіпотез. Це вирішальний поворот. Абдукція передує індукції, викладаючи основу аргументації перед лицем абдуктивно сформованої гіпотези і передбачаючи можливий результат експерименту². Імовірнісний силогізм підвищує наші знання, даючи нам лише вірогідність³. Логіка Ч. Пірса — це імовірнісна логіка, яка може бути, відповідно до його прагматичної максими, не чим іншим, як сама собою.

Добре відомо, що наука широко використовує дедуктивні та індуктивні міркування. Арістотель згадує міркування за аналогією — що також називаються змішаними індуктивно-дедуктивними міркуваннями, тобто що йдуть від відомого до менш відомого. У своїй «Риторичі»⁴ він демонструє це на такому прикладі: «Відомо, що Пісістрат і Теаген і багато інших, подібних до них, вимагали охоронців і, як тільки їх прохання задовольнялося, ставали тиранами. Отже, у випадку з Діонісієм також треба зробити висновок, попри те, що його дійсні мотиви невідомі, що він шукає особисту охорону для того, щоб встановити тиранію». Відомі приклади тут усі підпадають під одне загальне припущення. Хто коли-небудь вимагає охоронців, шукає встановлення тиранії. Висновок, описаний тут, як його пояснює Арістотель, є ні від частки до загального, ні від загального до окремого, ні від загального до загального, але від частки до окремого, від подібного до іншого подібного. «Коли обидва належать до одного класу, хоча один і відоміший, ніж інший, то це приклад». Приклад, модель, тип є випадками припущень і виражають головну і загальну ідею, а саме — що всі ті, хто вимагає собі охоронців, хочуть встановити тиранію. Те, що аналогія служить формулюванням гіпотези, є, як правило, звичним уявленням логіки. К. Сигварт, наприклад, експліцитно іменує аналогію евристичною процедурою для формулювання гіпотези⁵.

Чи є імовірнісний силогізм, у розумінні Ч. Пірса, видом висновку за аналогією? Ймовірно, багато-хто повинен думати так, зважаючи на мою пристрасть до аналогічного способу сприйняття, до якого я схильний⁶. Але я вважаю, що краще

¹ Collected Papers, 5, p.171.

² Пірс в Collected papers 7, p.136 робить таке зауваження: «Абдукція більшою мірою (порівняно з індукцією) є попередньою. Це перший крок наукового мислення, тоді як індукція — завершальний».

³ Див. з приводу імовірнісних силогізмів (абдукції) у Ч. Пірса: v. Kempfski, цит. пр. (посилання 12) p. 114; K. T. Funn. Peirce's Theory of Abduction, 1970.

⁴ 1357 b, див. також Другу Аналітику II, p. 24.

⁵ Logik, vol. 2, 5-th edition 1924, p. 307 і далі, 600 і далі. Про евристичну цінність аналогії див. також: Christian Thiel : «Analogie» in Enzyklopedie Philosophie und Wissenschaftstheorie, vol. 1, 1980, p. 98 f.

⁶ Див.: Arthur Kaufmann : Analogie und «Natur der Sache», zugleich Ein Beitrag zum Lehre vom Typus. 2-nd Ed. 1982, esp. p. 29 і далі (англійський переклад Ilmar Tammelo, Lyndal I. Tammelo, Anthony Blackshield and Albert Foulkes: «Analogy and «The nature of Things»» — A Contribution in the Theory of Types in: Journal of the Indian Law Institute. Vol. 8, No.3, July – September 1966, p. 358 і далі).

дати вирішити це самому Ч. Пірсу. Тут наводиться короткий зміст того, що він стверджує¹. Одна з найгірших і широко поширених помилок у науці полягає в тому факті, що імовірнісний силогізм та індукція (дуже часто змішувані з дедукцією) не розділяються. Імовірнісний силогізм та індукція, звичайно, мають багато спільного, наприклад, працюють із гіпотезами. Але вони мають абсолютно протилежні цілі. Вони вибирають абсолютно протилежні методи. Імовірнісний силогізм відштовхується від фактів, не маючи теорії, що уявляється заздалегідь, хоча і усвідомлюючи цей факт, і мотивований тим фактом, що теорія потрібна для пояснення фактів. Індукція, з другого боку, відштовхується від гіпотези, не маючи у цей момент конкретних фактів у полі зору; у будь-якому разі вона усвідомлює обов'язковість фактів для підтримки теорії. Абдукція шукає теорії, індукція — фактів. Абдукція полягає у формулюванні гіпотези для огляду фактів. Метою індукції є конструювання гіпотези, експеримент, який проливає світло на факти, «навіяний» гіпотезою. Нині спосіб «навіювання», який в абдукції веде від факту до гіпотези, суть *подібність* — подібність фактів наслідкам гіпотези. «Модус навіювання, за допомогою якого факти в абдукції вселяють гіпотезу, є *схожість* — схожість фактів і наслідків гіпотези». Інший шлях в індукції, який проходить від гіпотези до фактів, описується Ч. Пірсом як «близькість» і «звичне знання».

Я не стверджую, що абдукція Ч. Пірса — те саме, що аналогія. Утім, з другого боку, стверджувати, що вони повністю різні, також невірно. Конденсоване цитування Пірса, яке я наводив, дуже ясно показує, що абдукція йде від частки до окремого, для того щоб прийти до гіпотези. Але в той же час теорія передбачається. Інакше одного разу не можна буде сприйняти подібність². Аристотелівський «приклад», безперечно, є абдукцією в сенсі Ч. Пірса.

Проте, повернемося назад до аналізу права і процедури його реалізації. Як я вже зазначав, суто дедуктивний спосіб міркування не є достатнім для правових методів, а індуктивний сам по собі також неповний. Процедура є набагато складнішою, внаслідок взаємодії емпіричних і нормативних моментів, а також уявно неможливої комбінації буття і належного у простому силогізмі. Що відбувається в ході правозастосування (яке є не просто застосуванням статуту): з одного боку, що потрібно, так це конструювання справи, вироблення особливостей цієї справи у світлі норми; іншими словами, формування юридично значимого стану справ (*Sachverhalt*). З другого боку, інтерпретація норм вимагає насправді їх конкретизації у світлі окремого випадку, формування нормативного каркаса, до якого можна пристосувати реальність (*Tatbestand*). За допомогою обох актів конструкції та інтерпретації, які не слідують у часі один за одним, але швидше збігаються відносно взаємообумовлення, відповідності випадку і норми у формі фактичного і правового, нормативний каркас

¹ Collected papers 7, p. 136.

² Див. також: *Kuno Lorenz*, «Abduction» in *Enzyklopedie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, vol. 1, 1980, p. 28: «це абдукція, коли, маючи загальні передумови, ми вирушаємо від результату до окремої гіпотези, що “пояснює гіпотезі”». Також є дуже цікавим зауваження відносно цього Ернста Кассирера: «Substanzbegriff und Funktionsbegriff; Untersuchungen ueber Grundfragen der Erkenntniskritik, 1910. Reprint 1969, p. 333 f.: «Автентична і дійсно плідна аналогія полягає не у фізичній відповідності окремих рис, але в концептуальній відповідності усередині структури стосунків (*Relationsgefüge*)».

«*Sachverhalt*» і «*Tatbestand*» є завершеним. Така відповідність не існує заздалегідь (хоча тенденція в цьому напрямі існує і у справі, і в нормі). Воно має бути зроблене шляхом створення збігу випадку і норми з точки зору юридичного розуму за допомогою активного, відлитого, оформленого акту (теорія збігу; також схожою є теорія «справи-норми» В. Фікентшера¹, відповідно до якої має бути створений випадок-норма, що репрезентує випадок і норму, на підставі якого мала б місце категоризація). Випадок і норма не можуть збігатися через «сиру» форму, оскільки вони стоять на різних категоріальних рівнях, на рівнях «буття» і «належного». Збіг можливий лише після того, як норма збагатиться нормативними елементами, а справа — емпіричними особливостями, і лише тоді вони зможуть ідентифікуватися один з одним. Можна тільки узагальнити юридично значимі факти на підставі нормативного каркаса, «стан справ» на підставі «юридичного складу». Нескладно побачити, що творення юридично значимого каркаса фактів і каркаса нормативного, «стану справ» і «юридичного складу» пов'язане з аналогією або з абдукцією.

Крім того, є очевидним зв'язок з *історичним процесом*. Для кожного випадку так званого застосування права «виробництво» повинне мати місце наново. Навіть пояснення справи як існуючої подібно до попередньої — строго кажучи, як тотожної — вимагає цього способу мислення, навіть якщо ми не завжди в усіх відношеннях усвідомлюємо, що ми насправді творимо.

Реалізація права, що розуміється в цих термінах, є формувальною (*shaping*), «відливаючою» (*moulding*) дією. Норма і випадок підкоряються закону історичності. Право, що герменевтично розвивається, є «щось ще» крім того, чим воно зазвичай вважалося «в книгах». Те саме стосується випадку, як справи, що юридично кваліфікується і яка, в ході цієї кваліфікації, отримує новий *вимір*. Звідки виходять елементи, які суть причина цих змін? Перш за все здається, що тим, що забезпечує історичний розвиток права у сенсі безперервної адаптації до реальності, є самі життєві обставини. Але на більш глибокому рівні ми відкриваємо, що навіть право в певному значенні має бути схильним до історичності для того, щоб бути гнучким і відкритим. Інакше воно не може годитися в життєвих обставинах. Чіткий і ясний закон (незважаючи на неймовірність такого) був би у своєму жорсткому і безживному стані повністю неісторичним. А історичний вимір може співіснувати лише з відкритою системою².

Право в його строгому сенсі не може бути засноване лише в нормі або тільки у випадку, але в їх взаємному відношенні. Чи можуть абстрактна правова норма і конкретний випадок вмістити в себе «субстанцію», «об'єкти» до асиміляції — це питання, на яке тут не може бути відповіді. Але вони безперечно не є ані нормативною структурою («юридичний склад» і «правові наслідки»), ані юридично значимим фактуальним каркасом («стан справ»), оскільки вони показу-

¹ Цит. пр. (посилання 10) vol. 4, 1977, p. 129 і далі, esp. 202 і далі.

² Див. *Claus-Wilhelm Canaris* : *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. 2-nd Ed. 1983, p. 61 і далі. Fikentscher цит. пр. (посилання 10) vol. 2, 1975, p. 64 і далі; Jose Llompart : *Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien*, 1976, passim p.190 f. «Arthur Kaufmann», в Kaufmann/Hassemer (Ed.) : *Einfuehrung in Rechtsphilosophie und rechtstheorie der Gegenwart*, 4th ed. 1985, esp. p.113.

ють спосіб, яким норма і випадок співвідносяться між собою¹. Насправді це те співвідношення, яке ми називаємо правом. Право є, як я говорив з іншого приводу, «співвідношенням буття (*Sein*) і належного (*Sollen*)»². Право не є субстанція: швидше, навпаки, воно є відношенням. Але якщо воно відносне, тоді воно історично неминуче має бути засноване в цій відносності.

III

Де ж розташована ця некерованість відносного (*indisposability of the relational*)? Що є відношенням? Подібними формулюваннями нам важко це охопити. Відношення — основна форма логічного і ймовірно онтологічного характеру, категорія, що включає, як мінімум, два відношення, які взаємно обумовлюють одне одне в їх просторовому, тимчасовому, матеріальному або семантичному способах буття (*Befindlichkeit*). Стосунки можуть бути поняттями (суб'єкт — об'єкт), речами (причина — наслідок), станами свідомості (ноезис — ноема) або ціннісними судженнями (категоричними, гіпотетичними, альтернативними ціннісними судженнями), залежними від роду стосунків між суб'єктом і предикатом³.

Це теорія, відповідно до якої реальність складається головним чином (ймовірно лише) із відносин, а не субстанції (реляціоналізм). Г. Бредлі доводив, що усі відносини є «внутрішніми», оскільки вони впливають на підстави цих відносин. Іншими словами, відносини не можуть бути тим, що вони є, без їх відношення одна до одної (насправді це протилежність «зовнішніх стосунків», які індиферентні до відносних об'єктів). Г. Бредлі, нарешті, доходить висновку, що все у світі відноситься до всього; тобто жодний об'єкт не може бути пізнаний як такий⁴. Те, наскільки коректне це узагальнення, не стосується нашого міркування. Для царини права і інших видів структурованої реальності це, проте, абсолютно правильно. Навіть Т. Аквінський, який, як ми пам'ятаємо, перебував під впливом субстанційної онтології, ясно усвідомлював, що «порядок є не субстанція, але відношення»⁵. Право — мережа стосунків, які є взаємозалежними і взаємообумовленими. Це старе осяяння: застосовуючи одну норму, застосовуються

¹ Про релятивний характер «*Sachverhalt*» (фактуального каркаса) див.: Hermann Krings : *Transzendente Logik*, 1964, р. 285 і далі. Про релятивний характер «*Rechtsverhaeltnis*» (правовідносин) див.: Norbert Achterberg : *Die Rechtsordnung als Rechtsverhaeltnisordnung*; *Grundlegung des Rechtsverhaeltnistheorie*, 1982 особл. р. 78 і далі.

² А. Kaufmann. *Analogie* (посилання 18) (в англійському перекладі р. 372). Див. раннього Alfred Loewenstein. *Der Rechtsbegriff als Relationbegriff i dali* 1915 в осіб. pp.17 і далі, 23 і далі.

³ Див.: Cassirer цит. пр. (посилання 20) особливо 313 і далі; Harald Hoeffding. *Der Relationsbegriff i dali: Eine Erkenntnistheoretische Untersuchung*, 1922; Wilhelm Burkamp. *Begriff und Beziehung. Studien zur Grundlegung der Logik*, 1927, р. 52 і далі; Rudolf Carnap, *Symbolische Logik*, 2nd Ed. 1960, р. 114 і далі; Julius R. Weinberg. *Abstraktion, Relation and Induction, Three Essays in the History of Thought*, 1965. Guenther Patzig : «*Relation*» in: *Handbuch der philosophische Grundbegriffe*, vol. 4, 1973, р. 1220 і далі.

⁴ Я посилаюся на Patzig, цит. пр. (посилання 25) р. 1226. Про зовнішні і внутрішні відносини див. також: Moore цит. пр. (посилання 12) р. 276 і далі, і Rolf – Peter Horstmann : *Ontologie und Relationen : Bradley Russel und die Kontroverse ueber interne und externe Beziehungen*, 1984, р. 31 і далі, 145 і далі, 169 і далі.

⁵ *Summa theologica* I, р. 116. 2. Про реляційний характер «близько» див.: Werner Maihofer. *Vom Sinn der menschlicher Ordnung*. 1956, особливо р. 64 і далі.

усі правові норми¹. Ч. Пірс говорить: «адже пізнання відношення обумовлене попереднім пізнанням. Жодне пізнання не залежить від попереднього пізнання, проте може бути пізнане»². Пізнання у сфері стосунків є, таким чином, необхідно аналогічним знанням: безперервне порівняння і розрізнення. «Мислення в термінах випадку» в сенсі методу зіставлення випадків абсолютно легітимно. Не треба лише протиставляти це «мисленню в термінах норми», оскільки звірення справ без стандарту цього порівняння – а у праві цю функцію узяли на себе норми – було б нереальним.

Процес реалізації права демонструє, що правові стосунки є внутрішніми. Відношення «П» (право) є відношення між «X» (справою) і «Y» (нормою), яке тільки тоді є задовільним, коли висловлювання xPu істинне. Без цього відношення вони б не були тим, що вони є. Коли норма і справа вибудовуються стосовно одне одного, справа конструюється відповідно до закону, а право інтерпретується відповідно до справи; це привносить до стосунків причини їх взаємних змін. Виробляються унікальний юридичний склад (*Tatbestand*) і унікальний стан справ (*Sachverhalt*). (Так що обидва є ще чимось стосовно один одного, окрім відношення.) Це еквівалентно рівнянню з трьома невідомими. Це те, чому певні «упереджені ціннісні судження» (*Vorurteil*), «фон знань» або, в розумінні Ч. Пірса, деякі «попередні знання» є необхідними. Ми не знаємо, що означає право, поки не здобули знання про окремі справи (нехай навіть і фіктивні). А правовий характер справи розкривається лише через право і те, чим насправді є обидва елементи відношення, значною мірою обумовлене існуючим відношенням. Що є відношення?

У логіці відносин існують різні їх види³. Пірс особливо цікавився відмінністю одномісних і багатомісних відносин (*One – place and more – place relations*). У правовій теорії важливість цієї відмінності навряд чи може бути досліджена. Такої мети, проте, тут не ставиться. Я хотів би підкреслити таке: Ч. Пірс доводив, що існує лише три типи відносин: одномісні (монади), двомісні (діади) і тримісні (тріади), чотири- і більше місні відносини можуть, згідно з Ч. Пірсом, бути зредукованими до тримісних відносин. Для нашої мети – це багатообіцяюче, оскільки ми знаходимося на шляху до онтології відносин, реляційної (замість субстанційної) онтології.

Теорія відносин Ч. Пірса близько стикається з його категоріальною доктриною, яка також припускає три попередні категорії: я, воно, ти (у його пізній термінології відомі як якість, відношення, репрезентація)⁴. Що це дає стосовно моїх цілей, я сподіваюся, стане зрозумілішим далі.

¹ Karl Engisch. Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, p. 26. Про більш ранні враження див.: Rudolf Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, p. 24 f., і Philipp Heck : Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, p.107. Див. далі: Arthur Kaufmann, Analogie (посилання 18), p. 56 f. (в англійському перекладі: p. 400 f.).

² Peirce: Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, ed. Karl-Otto Apel, 2nd Ed., 1976, p. 34 див. також pp. 356, 416.

³ Читку експозицію дає Ulrich Klug : Juristische Logik, 4-th ed., 1982, p. 73 і далі.

⁴ Про логіку відносин Ч. Пірса див. особливо: Collected Papers, vol. 3, див. до цього також: Doede Nauta : «Peirce's three Category Regained : towards an Interdisciplinary Reconstruction of

Розрізнення семантичних відносин «інтенції» і «екстенсії» (Р. Карнап)¹ і «сенсу» і «значення» (Г. Фреге)² було набагато привабливішим для правової теорії. Ці відмінності — поза сумнівом, дуже важливі — проте, не дуже багатообіцяючі при спробі відкрити «некерований елемент» у сфері реляційності. Тому ми вимушені їх ігнорувати.

Ми підходимо ближче до опису Арістотелівського розрізнення акциденційних відносин (*relatio accidentalis or praedicamentalis*) і субстанційних відносин (*relatio essentialis or transcendentalis*)³. Якщо на запрошенні на вечірку «Б» йде за «А» за абеткою, — це акциденційне відношення. Це, зрозуміло, річ не у відношенні між справою і нормою. Але чи буде це достатньою причиною, щоб говорити про субстанціальні відносини? Інша відмінність, яка відрізняється від попередніх, це відмінність між когнітивними (*relatio rationis*) і некогнітивними відносинами (*relatio realis*). Очевидно, що тут вступає у гру стара проблема універсалій, диспут між реалізмом і номіналізмом. Одні чітко відкидають існування субстанціальних властивостей і стосунків. Г. Патциг, наприклад, заявляє, що відношення «бути батьком» не означає, що чоловік має «внутрішнє» відношення до дитини, але ми даємо найменування, називаючи особу «батьком» лише у разі, коли «є X у тій якості, що X це дитина Y»⁴. Цей приклад, ймовірно, не має сенсу для більшості людей; замість цього вони прагнуть прийняти те, що відношення батька до дитини є реальним і есенціальним. Застосований до правових феноменів номіналізм, проте, набуває певної правдоподібності: чи є стосунки справи і норми, нормативної структури (*Tatbestand*) і фактичного каркаса (*Sachverhalt*) насправді поміщеними в речі і есенцію, або ж вони існують лише в інтелекті, і, ймовірно, лише випадково? Коротко: чи є право лише поняттям, яке ми застосовуємо до відповідних стосунків, реляційним «способом говорити», без щонайменшої відповідності реляційному каркасу фактів (*Sachverhalt*)?

На мій погляд, правовий номіналізм у цій формі не може бути спростованим. Утім, з другого боку, він не може бути також доведений. Вирішальним питанням є, чи може послідовно вживаний номіналізм бути толерантним. По їх плодах ми упізнаємо їх! Плоди номіналізму в праві з достатніми підставами можуть бути розглянуті як важко засвоювані. У світлі номіналізму право повністю варіативне. У символічній концепції права і справедливості Н. Лумана це більш ніж твердження. Згідно з ним право не може легітимізуватися за допомогою системно-трансцендентних критеріїв, але лише за допомогою самого себе, за допомогою правової процедури. Іншими словами, право може бути усім⁵.

Якби право було лише реляційним способом говорити, без релятивного каркаса фактів (*Sachverhalt*), позбавленим належних властивостей об'єктом права

Peircean Frameworks», in Ketner(ed.) Proceedings, 1981, p.121 і далі.

¹ Цит. пр. (посилання 25) pp. 39 і далі, 98 f., 113 f.

² Funktion, Begriff, Bedeutung, Ed. Guenther Patzig, 5th Ed., 1980, p. 41 і далі.

³ Aristotle. Categories, 6 глава «Метафізики» 5 кн., 15(1020 і далі).

⁴ Цит. пр. (посилання 25) p. 1226.

⁵ Для детального аналізу (з бібліографічним списком): Kaufmann/Hassemer: Grundproblemen der Zeitgenossischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 1971, p. 27 і далі.

(«*Sache Recht*»)¹, то тоді наступне відношення звучало б так: X — суб'єкти права лише аріані, а Y=I — іудеї, отже, xPu є те, що іудеї I не є суб'єктами права (не мають правоздатності). Це відношення звучить *юридично* бездоганно лише тому, що воно формально обґрунтовується коректним способом. Якщо хтось не готовий прийняти цю потворність, то треба погодитися, що не будь-яке відношення між випадком і нормою може бути кваліфіковане як право. Можливе одне заперечення, що помилка полягає в релятумі, праві, а не у відношенні самому по собі, руйнується шляхом визнання того факту, що несправедливість з'являється лише після застосування *lex corrupta*. Порівняно із звичайними випадками «несправедливого права» (*a contradictio in adjecto*) вони є такими, в яких неправдиві стосунки встановлюються між правильним правом і правовим чином визначеним випадком. Словом, право не застосоване належним чином.

Але що насправді означає застосовувати право «невірним способом»? Відношення E=електрика еквівалентна B=річ є прикладом відношення, яке люди зазвичай схильні не приймати. Але чи є це відношення неправильним у потрібному сенсі, як неправильно «двічі по два=п'ять»? Чи не існує шляхів описати електрику як «річ»? Хіба неможливо уявити собі електрику в контексті крадіжки в тому сенсі, що все, що може бути забрано геть (*wegnehmen*), суть «річ»? Важко сказати тут тверде «ні». Тоді здається можливим, що більш ніж одне відношення може бути «властивим», може бути «істинним». У праві це дуже частий випадок. У німецьких кодексах і судових рішеннях відношення «можливості зачати і народити дитину» (*Empfaengnis — und Gebaerfaehigkeit*) еквівалентне «можливості породжувати потомство» (як чоловіка, так і жінки), і розуміється це відношення як нормальне, хоча і не в цілому, але в тому, що сто-сується спричинення тілесної шкоди.

Те, що давно було вже сказано, припускає, що відношення «право» є завжди *аналогією*. Це те, чому я все ще дотримуюся думки, висловленої двадцять років тому: «право від самого початку аналогічне»². Кардинальне питання можна сформулювати так: де описані межі допустимої аналогії? Питання значиме не лише у кримінальному праві. Насправді, не існує галузі права, де необмежено застосовується аналогія. Все-таки, чи має аналогія свої обмеження? Якби вона була вільна від своїх реальних обмежень, вона була б фікцією.

Якщо ми не хочемо усю сукупність стосунків, яка описує право, розбити окремо; іншими словами, якщо ми не приймаємо, що все може мінливо іменуватися «правом», то у такому разі повинен існувати ідентично конституційований феномен, що відповідає способу буття (*Seinmaessige*), яким не можна необмежено маніпулювати (*ad libitum*). Цей феномен повинен існувати одночасно поза й усередині процесу реалізації права, він повинен гарантувати «повноту права» і він має бути за своєю істинною природою реляційним, процедурним і відносним. Він притягує питання про онтологічний характер відносин, про реляційну онтологію. Це, крім усього іншого, питання про реальність.

¹ З цієї проблеми див.: Joachim Hruschka; *Das Verstehen von Rechtstexten; Zur hermeneutischen Transpositivitaet des positiven Rechts*. 1972, особливо р. 56 і далі.

² Arthur Kaufmann. *Analogie* (посилання 18), р. 19 (в англійському перекладі: р. 373).

IV

Питання про реальність непокоїло великих мислителів усіх часів. Це був головний предмет дискусії упродовж схоластичного і пізньосхоластичного періодів. Ч. Пірс дуже явно і детально резюмував теми схоластичної традиції. Його головним співрозмовником, якщо можна так сказати, був Д. Скот. Сам Ч. Пірс описував свою позицію таким чином: «Моїм материнським молоком у філософії була кантівська «Критика чистого розуму». Але за роки діяльності «Метафізичного клубу» моє кантіанство редукувалося до невеличкого виміру. Я присвятив себе працям інших великих філософів: Б. Спінози, Г. В. Лейбніца, англійських класиків, і особливо вивченню схоластів, без яких я б став більш-менш схоластичним реалістом, проте не таким радикальним, яким я став лише після поглиблених студій у цій сфері. Часом я не можу перевершити точку зору Скота, утрируваний, апологетичний, легкодухий реалізм, який я вже давно відкинув. Я не пішов навіть настільки далеко, щоб врятувати себе від індивідуалістичного номіналізму Дж. С. Мілля¹.

Дискусія схоластів і Ч. Пірса про реальність насправді стимульована спекуляцією про Трійцю. Попри те, що спекуляція далека від того, щоб бути адекватною основою філософії або філософії права, деякі аспекти все ще роблять її цікавою.

Бог розглядається як чиста субстанція, знаходиться далеко по той бік людського буття, він тихий Бог, *deus absconditus*. Якщо він заходить у стосунки з людськими істотами, говорить з ними, він має бути *особою*. Згадана спекуляція припускає, що Бог є особа, насправді навіть три особи, і все ще єдина субстанція (*tres personae, unius substantiate* — перший Нікейський собор, 325 р. н. е.).

Ч. Пірс відновив число три: три категорії, три відношення. І це насправді помітно, як Ч. Пірс приходять до мови про три відношення: Я, воно, ти, як про трьох персон². Це цілком вірно. Персона є відношення, персона є архетип відношення, вище відношення. Ф. Шиллер³ говорив про «персону вищу», посилаючись на юридичний, швидше невизначений вираз, відомий як «природа речей»; якщо це взагалі має сенс, то воно має бути чимось реляційним, аналогічним.

Але знову, що є реальність відносин? Який їх онтологічний статус?⁴ Чи існують взагалі стосунки? Чи є «персона» чимось реальним? У схоластичній традиції з цих предметів велися довгі й палкі спори, особливо в контексті спекуляцій про Трійцю. Як ми можемо вважати субстанцію (*deus unus*) і відношення (*tres personae*) єдністю? Якщо ми приймаємо «*distinctio realis*», тоді єдність Бога, очевидно, має бути логічною. Якщо, з другого боку, ми приймаємо «*distinctio logica*», тоді його троїстість нереальна. Обидва шляхи ведуть до неприйняттого для схоластів висновку. Д. Скот запропонував рішення за допомогою «*distinctio*

¹ Peirce. Schriften (посилання 29), р. 143 f.

² Про цю проблему див. примітка 3 на с. 337. Про спекуляції з приводу Трійці див. також: Weinberg цит. пр. (посилання 25) р. 86 і далі.

³ Розроблено в «Kalias oder ueber die Schoenheit». Про реляційний характер «природи речей» див. особливо: Guenter Stratenwerth : Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache», 1957 р. 24 і далі Loewenstein цит. пр. (посилання 24) р. 68 і далі також відмічав зв'язок між правом, відношенням і персоною.

⁴ Див. Horstmann, цит. пр. (посилання 26) р. 29 і далі.

formalis»¹. Ми сильно сумніваємося у правдоподібності цього рішення. Проте проблема справжня і все ще дуже важлива. Зараз, якщо ми беремо реальність як те, що складається з частковостей, але, з другого боку, якщо людський розум здатний охоплювати лише універсальні, загальні ідеї, то немає ніякої інтелектуальної можливості осягати індивідуальні частковості. Тоді ми залишаємося лише з нашими інтуїціями.

Це точка, звідки для Ч. Пірса немає повернення, він йде далі Д. Скота. Він запитує себе, як відбувається передбачення в науці? Тільки реалізм може дати йому відповідь: «не відділяючи існування (об'єктів пізнання) від свідомості і існуючи у свідомості цілком неспіввимірним способом»². Це означає, що реальність загальних понять має бути загально визнана, а отже, і реальність відносин³.

Я не вважаю концептуальний реалізм прийнятним, але я не можу пояснити в цій статті — чому. Я лише хочу вказати, що заперечення концептуального реалізму зовсім необов'язково веде до номіналізму. Якщо хтось відмовляється прийняти «*distinctio realis*», імовірно існує між загальним і частковим (есенцією і екзистенцією), це не припускає одночасного визнання «*distinctio logica*» або «*distinctio formalis*». Я, отже, говорю, що «*distinctio rationis cum fundamento in re*»⁴. Наслідком цього висновку є те, що ми не можемо сприймати «суть» речей адекватним і ясним способом, але лише аналогічно. Тут немає місця для дебатів із приводу того, чи можна говорити про «пізнання», легітимно використовуючи цей термін. З епістемологічно девіантної точки зору ми можемо швидше говорити про «аналогічне схоплення».

Чи заснований мій тип розрізнення на науковому *reservatio*? Таким шляхом я не розглядаю реальність загального, не маю наміру затвердити реальність стосунків. Я навіть заходжу так далеко, що відкидаю реальність «персона як такої». Але «персона як така» заснована *in re*, вона бере участь в «бутті»⁵. Якщо ми не хочемо підкорятися переконанню, що усі речі суть персона⁶, ми повинні обмежити себе строгою інтерпретацією персональності, що належить виключно людям. Але це не означає, що людська істота і персона є тією самою річчю. Люди в субстанційному сенсі існують як частковість, персона ж осягнута лише серед інших персон; це те, чому право — хоч би в західних термінах — немислиме для

¹ Див. це у Peirce: Collected Papers 8, p. 18.

² Peirce: Schriften (посилання 29), p. 119. Стосовно проблеми реальності див. також Peirce: Klarheit (посилання 10), p. 81 і далі.

³ Див. Oehler (посилання 10), p.132 і далі; Apel, цит. пр. (посилання 29), p. 453. Я не в змозі обговорювати тут проблему «possibilitia». Я хочу лише підкреслити, що ця проблема зберегла актуальність аж до нашого часу. Див. лише Nicolai Hartmann : *Moeglichkeit und Wirklichkeit*, 2nd Ed., 1949; Jose Llompart, цит. пр. (посилання 22) p. 34 і далі демонструє, що схоластична теорія *actus i potentia* є перешкодою для досягнення історичності.

⁴ Далі по цій проблемі див.: Arthur Kaufmann. *Rechtsphilosophie im Wandel*. 2nd Ed., 1984, p.111 і далі.

⁵ Дещо інакше у Horstmann цит. пр. (посилання 26), p. 184 і далі: *Reality of relations as «subsistence»*; див. також p. 331 і далі.

⁶ Див. Carl S. Popper, in Popper/Eccles : *Das Ich und sein Geheirn*, 2nd ed. 1982, p.145 f.

однієї людини, але завжди відносно людських істот одна до одної і до інших окремих речей — право існує лише для персон.

Тут слід підкреслити, що, говорячи про онтологію відносин, не мається на увазі концепція відносин як реально суцільних (що приречене на провал). Онтологія відносин обґрунтовує некерованість відносин (обґрунтувавши, що вони не просто зовнішні або акцидентні) внаслідок того факту, що вони кореняться у бутті. У цьому випадку онтологія відносин може бути осмислена як онтологія персонального, оскільки персона є *relatio pura*, структурна єдність *relatio* і *relata*.

Пірс був не першим, хто присвятив себе вивченню онтології відносин. У кантівській філософії персона більше не розглядалася лише як об'єкт (ще Боецій визначав персону як *naturae rationis individua substantia* субстанцію раціональної природи), але як відношення як таке¹. Але тим, хто виконав завдання подолання об'єктивованого, субстанціального мислення (особливо в праві) і піднявся до реляційності, був в основному Г. В. Ф. Гегель. Таким чином, не є сюрпризом те, що Ч. Пірс відкрив Г. В. Ф. Гегеля у свій пізній період, як не є сюрпризом і те, що сучасна американська філософія демонструє зростаючий інтерес до Г. В. Ф. Гегеля. Згідно з Г. В. Ф. Гегелем, індивід, не будучи персоною як такою, досягає подібного статусу тільки за допомогою розвитку своєї самосвідомості. Тут вкорінена влада персони. Відповідно, це особа (не суб'єкт, що іменується людиною), яка має правоздатність (*Rechtsfaehigkeit*), і формує поняття і «основу дії» формального права. Звідси імператив права такий: «будь персоною і поважай інших як суцільних персон»².

Подібний чинник поваги і визнання є дуже важливим для персонально-реляційного мислення. Й. Г. Фіхте дійшов усвідомлення цього³. К. Поппер вказував, що «особа занурена у взаємодію з іншими особами, з артефактами і іншими об'єктами довкілля»⁴. У сучасній соціології і теорії політичної науки, наприклад у теорії соціального світу (*Lebenswelt*), розвиненій А. Шютцем і Т. Лукманом, або в теорії комунікативної дії (Ю. Габермас) важливу роль відіграє аспект можливості взаємного очікування. Персона ніколи не може бути визначена в термінах самотньої індивідуальності. М. Шелер, насправді, називав поняття «Індивідуальної персони» «*a contradictio in adjecto*»⁵. Персона завжди сконструйована *іншими*; інші розуміються тут не в сенсі, що об'єктивувався, але так, що персона розуміє себе як існуючу в стосунках до інших, на основі розуміння ролей інших осіб і навпаки. Відношення купівлі-продажу, наприклад,

¹ У «*Metaphysik der Sitten*», Akademieausgabe, S. 23, I. Кант говорить: «Персона (на відміну від речі) є суб'єкт, дії якого можуть бути комусь приписані».

² Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts-oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, pp. 35, 36.

³ Johann Gottlieb Fichte : *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, Ed. Philosophische Bibliothek No. 256, p. 85 і далі.

⁴ Popper, цит. пр. (посилання 48) p. 76 f. Див. також Фіхте цит. пр. (посилання 51), p. 73 і далі.

⁵ *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik; Neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus*, 4th ed. 1954 p. 382. Див. також: Joseph J. M. van der Ven: «Recht, Mensch, Person; Eine rechtsantropologische Anfrage an die Rechtsvergleichung», в Winfried Hassemer (ed.). *Dimensionen der Hermeneutik; Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, 1984 p. 15 і далі.

передбачає, що покупець сприймає не лише роль продавця, але також розуміє, що продавець так само розуміє роль покупця і навпаки.

Припустимо зараз, що персону неможливо об'єктивувати, тут немає сенсу застосовувати суб'єкт-об'єктну схему у сфері персонального — це не має тут значення. Персона це не суб'єкт і не об'єкт¹ і, таким чином, недоступна мисленню, що об'єктивує, статичному, неісторичному. Персона реляційна, динамічна, історична. Персона не є стан, ця *подія*, персона є *дія*². Це релевантно також до права. Право не є сукупністю правил, воно «трапляється» в персональних «стосунках». Якщо цього не трапляється, ми ймовірно, маємо закони, але не право. *Право входить в екзистенцію за допомогою діяння.*

Людина, таким чином, не є персоною «за природою». Але звідки виходить ця властивість буття персони? Насправді це питання дистрибутивної справедливості, питання, хто дарує людям рівність. Цей простір для різних спекуляцій, у т. ч. прохання про допомогу до Бога, або до трансцендентальної «персони як такої», або до уявно початкових угод. Проте тут потрібно бути дуже уважним. Людина стає персоною *за допомогою взаємного визнання іншими людськими істотами* (звідси право визнання). Відповідь Ч. Пірса вказує в тому ж напрямі³. Звичайно, консенсус не може бути абсолютною основою, на якій зупинилися б особа і право. Але що залишається з персональних властивостей людини і від права без шанобливого визнання?

Чи може все зараз стати знову доступним, керованим? На мій погляд, ні. Даність, що персона є відношення, структурна єдність *relatio* і *relata*, забезпечує процедурний характер права, оберігаючи його, з другого боку, від самовпевненої і необмеженої варіативності. Те, що ідентифікує право як таке, є також питанням про те, чи володіє людина як персона⁴ тим, що належить їй, *the suum iustum*. Коли *suum iustum* не гарантований (життя, свобода, власність навіть невдасі, хто б він не був), тоді право насправді не реалізоване. Персона тобто персональні відносини людей один до одного і до речей, некерована, онтологічний елемент, який ідентифікує як специфічний правовий факт (що розуміється не субстанційно) будь-який феномен права. Оскільки специфіка особи — її історичність, то те, що повинно виходити зі сфери права, історичне, але аж ніяк не свавільне.

Безперечно, заснувавши право в ідеї персони, неможливо уникнути багатьох правових питань, що впливають із наявних суперечностей, які залишаються без певних і коректних відповідей (персональне мислення є, в основі, аналогічним). Для того щоб продукувати інтерсуб'єктивно значущі відповіді, які здатні встановити загальну згоду і звести до меншої кількості коректні і правдоподібні варіанти, потрібен *дискурс*. У будь-якому разі такий (раціональний) дискурс має бути визначений, це абсолютно необхідно для того, щоб встановити його ідентичний предмет, ідею як його специфічну основу, яка відрізняється від дискурсу самого

¹ Див. Hegel цит. пр. (посилання 50), р. 35.

² Так Scheler, цит. пр. (посилання 53), р. 397 і далі; Porper цит. пр. (посилання 48), р. 77, 560: «Особа як продукт її власної вільної дії у минулому».

³ Див. Oehler (посилання 10), р. 137.

⁴ Див.: Lothar Philipps : Zur Ontologie der Sozialen Rolle, 1963; він відстоює концепт персони з точки зору «онтологічної атрибуції».

по собі. Зараз, якщо предмет юридичного дискурсу поміщений у право, «добре право» або, нарешті, «не в неправильне право» або у відкриті варіанти, то цей дискурс має базуватися на змісті, що ідентично гарантується, на «некерованому елементі», яким невичерпно насичується людина як персону. Тоді людина як персону обумовлює правовий дискурс, не лише його процедуру, але також і зміст. Людина як персону зрештою об'єднує «як» і водночас «що»¹.

Історичний вимір персони заздалегідь полягає у бутті *relata* і *relatio*, у бутті «що» і в той же час «як». Це породжує обумовленість і необумовленість, самореалізацію і самовідчуження. Але розгляд цих відмінностей нарізно призводить до їх підсумовування в структурну єдність, персону. Якщо історичність права — будучи обдуманого, насправді, як аналогія історичності персони — не просто формує каркас інтерпретації, байдуже сплетений недбалою рукою історії, але швидше безперервно змінювана і варійована незмінна тема, то у такому разі вона має бути заснована в людській особистості. Ідея права — ідея персони як людської властивості, або вона є ніщо.

Кауфман А. Попередні зауваження щодо правової логіки та онтології відносин. Засади правової теорії, заснованої на понятті персони

Анотація. Стаття відомого німецького правознавця А. Кауфмана присвячена пошукам т. зв. «третього шляху» між позитивізмом і природно-правовими вченнями. Як методологічний базис автор використовує логіку відносин Ч. Пірса. У результаті феномен права осмислюється як відношення норми до конкретного випадку. Онтологічним фундаментом такого відношення виступає персону.

Ключові слова: персону, відношення, право, позитивізм, логіка відносин.

Кауфман А. Предварительные замечания по поводу правовой логики и онтологии отношений. Начала правовой теории, основывающейся на понятии персоны

Аннотация. Статья известного немецкого правоведа А. Кауфмана посвящена поискам т. н. «третьего пути» между позитивизмом и естественно-правовыми учениями. В качестве методологического базиса автор использует логику отношений Ч. Пирса. В результате феномен права осмысливается как отношение нормы к конкретному случаю. Онтологическим фундаментом подобных отношений является персону.

Ключевые слова: персону, отношение, право, позитивизм, логика отношений.

Kaufmann A. Preliminary Remarks on a Legal Logic and Ontology of Relations. Foundations of a Legal Theory based on the Concept of a Person

Summary. The article of the famous German legal philosopher A. Kaufmann is devoted to the searching of the so-called «third way» between legal positivism and natural law conceptions. The relation logic of Ch. Pearce is used as methodological basis of the researching. From the similar point of view the phenomenon of law is the relation between the norm and the concrete case. The person is the ontological foundation of such relations.

Key words: person, relation, law, positivism, logic of relations.

¹ Далі до цього: Arthur Kaufmann, *Theorie der Gerechtigkeit, Problemgeschichte Betrachtungen*, 1984, р. 35 і далі. Див. також те саме в Kaufmann/Hassemer : *Einfuehrung* (посилання, 22), Р. 113 і далі.

ТВОРЧИЙ ШЛЯХ ТА ПРАВОВЕ ВЧЕННЯ ГАНСА КЕЛЬЗЕНА¹

М. АНТОНОВ
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії та історії права
(Санкт-Петербурзький філіал
Національного дослідного університету
«Вища школа економіки», Росія)*



Цього року виповнюється 40 років з дня смерті визначного правознавця сучасності Ганса Кельзена (1881–1973). Слід зазначити, що Г. Кельзен був, якщо так можна сказати, генетично пов'язаний з Україною — його батько Адольф народився і до переїзду до Праги мешкав на території Галичини, у місті Броди на сході сучасної Львівської області [1, с. 244–249]. Г. Кельзену належить заслуга постановки ключових методологічних питань загальної теорії права та держави. Ці питання обговорювалися ним у ракурсі проблем демократії, прав людини, верховенства права — сучасні європейські правознавці у своїх працях з названих аспектів рідко обходяться без згадування відповідних ідей австрійського правознавця. Без сумніву, основною перспективою кельзенівської концепції є оригінальне обґрунтування ідеї про верховенство права в рамках тієї версії юридичного нормативізму, яка отримала назву «чисте вчення про право». У праці «Чисте вчення про право», яку вперше було опубліковано у 1934 р. та яка нещодавно вийшла в російському перекладі [2], до назви винесене авторське найменування нормативізму, яке відображає сутність позиції Г. Кельзена щодо методологічних питань правознавства. Ця праця є одним із основних його творів, що характеризує його наукову концепцію першого етапу (до 1960-х рр.). У змістовному відношенні вона практично повністю незалежна від другого видання, яке було опубліковане у 1960 р. та вийшло у частковому перекладі російською мовою [14].

Під чистим вченням про право Г. Кельзен розумів теорію, з якої видалені всі елементи, що є чужими для юридичного мислення. Правознавство повинно займатися не соціальними передумовами чи моральним підґрунтям правових установок, а специфічним нормативним змістом права. При цьому Г. Кельзен не заперечує того, що зміст будь-якого позитивного порядку, будь то міжнародне чи національне право, обумовлений історичними, економічними, моральними

¹ Це дослідження виконане за фінансової підтримки РДНФ (грант 11-03-00637а).
Переклад з російської мови В. Абашніка.



Ганс Кельзен

повного зруйнування, — за ширмою правих ідеологій Г. Кельзен намагався відкрити структуру правового мислення, спотвореним відображенням якого були постулати традиційної юриспруденції. Цю мету він чітко сформулював ще наприкінці 1920-х рр. [3].

Проблемами теорії права, особливо поняттям юридичної норми, Г. Кельзен почав цікавитися ще в період свого навчання у Віденському університеті. Він дійшов висновку, що потрібне чітке відмежування теорії позитивного права від етики, з одного боку, та від соціології — з другого. «Те, що мене дивувало у існуючій постановці цих проблем, — пише Г. Кельзен, — було очевидним недоліком точності та систематизації основ, але перш за все страшна плутанина у постановці питань, яка постійно призводила до змішування того, що розуміється під позитивним правом, з тим, яким, на оцінюючу думку когось, повинне бути право, з одного боку, та стирання кордонів між питаннями, як повинні поводити себе суб'єкти з точки зору позитивного права, та тим, як вони поведуться фактично, — з другого. Чітке відмежування теорії позитивного права від етики, з одного боку, та від соціології — з другого, здавалося мені терміново необхідним. Пізніше, коли я ознайомився з працями Г. Когена, мені стало ясно, що слід прагнути до «чистоти методу», на що я й був націлений, але це було більш інстинктивно, аніж результатом систематичних роздумів» [4, с. 37]. Хоча ця ідея була відома у філософії права ще з часів Дж. Остіна та І. Бентама, але Г. Кельзен на початку свого творчого шляху не був знайомий з англомовною літературою, про що він потім жалкував та у своїй біографії зазначав: «Я був зовсім сп'янілим від почуття, що у галузі науки я йду повністю новим шляхом. І лише багато років по тому мені стало відомо, що за півсотні років до мене великий англійський теоретик права Джон Остин вже зробив таку саму спробу обґрунтування в науці права» [4, с. 43]. Тому новизна його ідеї про «чистоту» права була лише відносною.

Під час навчання у Г. Кельзена визріло бажання написати роботу, в якій він мав намір піддати критичному дослідженню найважливіші проблеми державного права з точки зору постулату чистоти правового вчення. Після закінчення університету він розпочав підготовку дисертації, в якій були вперше систематизовані та викладені концептуальні основи його вчення та в якій він розкритикував «...страшну плутанину різних питань, постійне змішування цих питань, ототожнення питання щодо того, чим є позитивне право, з питанням про те,

яким воно повинне бути з тієї чи іншої світоглядної позиції... пов'язування питання про те, як повинні діяти суб'єкти позитивного права, з питанням про те, як вони поводять себе в дійсності» [5, с. 62]. Але якщо відкинути всю ідеологію, то що ж залишиться від науки про державу та право? Г. Кельзен був упевнений, що основоположним поняттям такої науки «...мало бути поняття про юридичну норму — за аналогією з поняттям закону причинності як основоположного природознавчого поняття» [4, с. 38].

У ході реалізації цього дослідницького завдання в 1920 р. мислитель оприлюднив монографію «Соціологічне та юридичне поняття держави» [6], яка стала, за словами Г. Кельзена, пробним каменем перед його працею «Загальна теорія держави» [7]. «Теорію держави, — згадує Г. Кельзен, — я від самого початку мислив як складову інтегровану частину вчення про право. У моєму дослідженні «Чисте вчення про право», яке з'явилося у 1934 р., та у моїй книзі «Загальна теорія держави та права» я надав моє вчення про державу та право як систематичну єдність. Щодо сутності держави вирішальним мені здавалося питання: що створює єдність у численності індивідів, які утворюють це суспільство? І на це питання я не міг знайти іншої науково обґрунтованої відповіді аніж та, що саме специфічний правопорядок є тим, що робить можливим утворення цієї єдності; що всі спроби обґрунтувати цю єдність мета-юридичними, тобто соціологічними методами приречені на невдачу. Теза, згідно з якою держава за своєю сутністю є відносно централізованим правопорядком, з чого слідує, що дуалізм держави та права є фікцією, котра заснована на анімістичній персоніфікації, за допомогою якої робляться спроби зобразити юридичну єдність держави, стала суттєвим елементом мого вчення про право» [4, с. 61–62].

Примітною подією творчого шляху Г. Кельзена є його діяльність як одного з авторів конституційної реформи в Австрії та судді Конституційного суду цієї країни. Наприкінці 1918 р. після його переходу із військового міністерства на академічну роботу К. Реннер, який на той час був державним канцлером, запросив Г. Кельзена відредувати проект Конституції, який був написаний цим політичним діячем. Під час роботи над Конституцією для Г. Кельзена «...особистим прагненням було бажання кодифікувати запропоновані мені політичні принципи по можливості найбільш безперечним способом з точки зору юридичної техніки і при цьому включити туди дієві гарантії, котрі б забезпечили функціонування держави в рамках Конституції. Юридичним стрижнем Конституції я розглядав той її розділ, де йшла мова про гарантії, які надаються Конституцією та керівництвом держави... Та частина тексту закону, яка була для мене найважливішою, яку я розглядав як моє власне творіння — про юрисдикцію Конституційного суду, — не зазнала під час парламентських дебатів жодної зміни» [4, с. 69–70].

Незабаром після набрання чинності новою Конституцією розпочав свою діяльність Конституційний суд Австрії, у якому Г. Кельзена було обрано суддею. Поряд із роботою у Конституційному суді він продовжив свою діяльність на юридичному факультеті Віденського університету вже на посаді штатного професора. Він залишався суддею Конституційного суду аж до його розпуску у 1929 р. Наступного, 1930-го, року, він отримав запрошення викладати у Кельнському університеті, яке він прийняв з огляду на труднощі, з якими — на

думку деяких дослідників [8] — він зіштовхувався в антисемітськи налаштованих колах Австрії. Під час викладання у Кельні Г. Кельзен також читав лекції з міжнародного права у Женеві. У 1932 р. його було обрано деканом юридичного факультету Кельнського університету. В 1933 р., коли Гітлер стає рейхсканцлером, у Німеччині приймається закон «Про відновлення професійного чиновництва», і Г. Кельзен стає першим серед вчених, яких усунули з посади. «Я снідав та читав газету, — згадує він, — і тут моя дружина, яка сиділа напроти мене, сказала, що моє прізвище написано на зворотній сторінці. Це було повідомлення про усунення мене з посади, про яке я взяв таким чином. Так настав час залишити Німеччину» [4, с. 82–83]. Після зміни політичного режиму стало очевидно, що подальше перебування в Німеччині загрожувало особистій безпеці мислителя.

Із Кельна він повернувся до Відня. Однак у Віденському університеті йому не вдалося продовжити свою академічну діяльність. Тим часом із-за кордону він отримав відразу три запрошення — перше із Лондонської школи економіки, друге — із Нью-Йорка і третє — із Женеві. Г. Кельзен згодився на останнє запрошення до Женеві. Головним аргументом було, за його словами, те, що хоча його знання французької мови і не були досконалыми, однак все ж таки кращими, аніж знання англійської мови. «Зовнішні умови в Женеві, — згадує Г. Кельзен, — були чудовими... Після подолання мовних труднощів я знову міг повернутися до праці, котру розпочав ще у Відні перед моїм від'їздом до Кельна й котра з того часу отримала деяке переосмислення. Моїм першочерговим планом було створення систематичної теорії правового позитивізму в сукупності з критикою природного права... Її основною тезою було те, що в так званих примітивних релігіях душа у першій фазі релігійного розвитку була суб'єктом помсти, котра у земному світі ототожнюється з утіленням справедливості, для того щоб у другій фазі цього розвитку стати об'єктом помсти у потойбічному світі. Душа, котра мститься у земному світі, — як істота надлюдська — стає безсмертною душею, котрій, у свою чергу, чинить помсту вище божество у потойбічному світі. Оскільки віра в існування душі створює центр будь-якої метафізики, то з цього слідує, що соціологія віри повинна стати фундаментальною критикою будь-якої метафізики» [4, с. 83–85]. У результаті цієї праці в 1941 р. вийшла книга «Відплата та причинність» Г. Кельзена [9]. Вона була надрукована того ж року, але опублікована лише після закінчення війни. До цього в розширеному варіанті ця праця вийшла англійською мовою під назвою «Суспільство та природа» («Society and Nature»).

Під час перебування Г. Кельзена у Женеві університети Гарварда та Утрехту присвоїли йому звання почесного доктора. Однак політичні події в Європі дуже стрімко розвивалися. Він у зв'язку з цим зазначав: «З осені 1938 р. я вже був впевнений, що розпочнеться війна. Ту обставину, що Швейцарія зможе залишитися нейтральною у цій війні, я вважав неймовірною. Коли в 1939 р. розпочалася війна, моє бажання залишити Європу було вже остаточним... Так, у червні 1940 р. з тягарем на серці я разом із сім'єю залишив Женеву, де пройшли сім років плідної роботи в ідеальному оточенні, щоб поїхати до країни, мову якої я ледве знав, для того щоб у віці майже 60-ти років розпочати там мою академічну кар'єру із самого початку» [4, с. 90–92].

«Зрозуміло, — згадує Г. Кельзен, — мені було нелегко перебудуватися на англійську мову. Я міг лише читати, але майже не говорив і зовсім не вмів писати» [4, с. 92]. Непросто було йому знайти і гідну посаду. Спочатку йому запропонували читати лекції у Гарвардській школі права. «Я повинен був прочитати всього пару лекцій, — пише Г. Кельзен, — пізніше вони були оприлюднені у Гарвардському університетському видавництві під назвою «Право та мир у міжнародних відносинах» [10]; однак, платня, яка була призначена Фондом Рокфеллера за це, була достатньою для цілого року життя. Наступного року знову завдяки допомозі Фонду Рокфеллера мене було призначено молодшим науковим співробітником, а в період літнього семестру у 1942 р. — позаштатним професором у коледжі. Я також читав курс з соціології права на факультеті соціології Гарвардського університету» [4, с. 92–93].

Улітку 1942 р. Г. Кельзен отримав запрошення приїхати до Берклі на посаду позаштатного професора університету Каліфорнії, а з 1945 р. він стає штатним професором. У Каліфорнії він викладав до 1952 р. З 1952 р. мислитель йде у відставку з професорської посади, але при цьому він продовжує свої дослідження. Вчений публікує свої твори аж до кінця 1960-х рр. Остання праця, яку Кельзен оприлюднив за життя, вийшла у 1968 р. [11]. Навіть у похилому віці він не зупиняє свою працю на новими творами, про що свідчать численні архівні матеріали, які були оприлюднені вже після смерті правознавця (серед них найбільш значними були: [12; 13]). Під час своєї довгої та плідної наукової і викладацької діяльності він одинадцять разів отримував вчене звання «почесний доктор» (від університетів Утрехту, Гарварда, Чикаго, Мехіко, Берклі, Берліна, Відня, Парижа, Зальцбурга, Нової школи соціальних досліджень у Нью-Йорку). У 1947 р. Віденський університет присвоїв йому титул екстраординарного професора, а Австрійська Академія наук обрала його своїм членом-кореспондентом. Незадовго до його смерті, 30 жовтня 1972 р. у Австрії було створено Інститут Ганса Кельзена. Г. Кельзен помер 19 квітня 1973 р.

Характеристику правового вчення Кельзена слід розпочати з того, як він розумів право. Для мислителя — це сукупність норм, які виконуються у примусовому порядку. У національних правових системах норми узгоджені між собою й розташовуються за ступенями, утворюючи ієрархію, яка динамічно змінюється у ході правозастосовчих процесів. Джерелом єдності цієї ієрархії він називав ґрунтовну норму — трансцендентально-логічне поняття, яке постулюється нашою свідомістю з метою обґрунтування всього правопорядку в цілому. Ґрунтовна норма не містить нормативних приписів у власному розумінні слова.

Відокремлення світу того, що повинне бути, від світу суцього в ракурсі чистого вчення про право дозволяло виділити дві базові категорії в описі правового порядку: чинність (*Geltung, Gültigkeit*) та дієвість (*Wirksamkeit, Effektivität*) права. Під чинністю правових норм Г. Кельзен розуміє їх специфічний зобов'язуючий характер, введення ними того, що нормативно повинно бути (встановлення як обов'язкове), у той час як дієвість означає фактичну ефективність норм права у суспільному житті, їх силу як фактора, котрий обумовлює поведінку людей. Розподіл цих двох сфер права означає, що чинність правової норми не виводиться із суцього, із фактичного стану суспільства — вона може впливати лише із більш високої норми, із того, що повинно бути. Слід відміти-

ти, що всупереч численним докорам на адресу чистого вчення про право, ця розділювальна теза не означала зведення всього права лише до сфери того, що повинно бути; доказом цього служить хоча б відома доктрина «мінімальної дієвості права» як умови юридичної чинності правових норм.

Таке бачення права приводить Г. Кельзена до ствердження динамічного характеру права — до вчення про ступеневу будову (*Stufenbau*) правового порядку. Це вчення, яке мислитель запозичив у свого учня А. Меркля, означало розгляд правопорядку не як сукупності статичних правових норм, а як багаторівневої нормативної системи, яка сама організовується, де зміст правової норми формулюється та розкривається у процесі її застосування. Як концептуальна основа вчення про динамічний устрій правового порядку виступає ідея про здібність права створювати та знищувати себе через самореферентну структуру зв'язків між правовими нормами. У цій перспективі створення права представляється як послідовна індивідуалізація та конкретизація правових норм — «загальні правові норми» (законодавчі приписи) конкретизують свій зміст стосовно окремих ситуацій через «індивідуальні правові норми» (судові та правозастосовчі акти), через угоди, через акти використання права.

На думку Г. Кельзена, як ті, хто застосовує право, так і звичайні суб'єкти права, які укладають між собою угоди, беруть участь у створенні права. Ступінь такої участі може варіюватися залежно від рівня автономії, який надається більш вищою нормою, з котрої виводиться компетенція тих, хто застосовує право, чи сторін угоди. Подібна автономія є невід'ємною рисою права, оскільки зміст індивідуальної норми не може бути повністю визначений загальною нормою, котра є лише рамкою, яка заповнюється конкретним змістом на стадії правозастосування. А це означає, що нормативні тексти (закони і т. ін.) не мають наперед заданого, зафіксованого значення, яке належить судді логічно «вивести» із норми та застосувати до конкретної справи. Конструювання індивідуальних норм не є результатом знання про деякий об'єктивний зміст більш високих правових норм; воно також не є результатом логічних операцій (схожість форми механізму ставлення з логічним силогізмом є лише поверхневою, оскільки ці форми виконують різні функції).

Г. Кельзен стверджує, що «конкретна дія отримує свій специфічний юридичний сенс, своє власне правове значення в силу існування деякої норми, котра за змістом співвідноситься з цією дією й надає їй правового значення, так що акт може бути розтлумачений згідно з цією нормою. Норма функціонує як схема тлумачення» [14, с. 8]. Для Г. Кельзена це підтверджується ще й тим, що суддя (інший, хто застосовує право) завжди зберігає за собою свободу вирішити те, чи підходить загальна рамка правової норми для даного конкретного факту — іншими словами, чи може цей конкретний факт бути кваліфікований як юридичний факт з посиланням на ту чи іншу норму права. У будь-якому випадку (чи вважає суддя таку правову норму такою, що підходить або не підходить для даного факту) має місце процес правозастосування — саме те, що суддя розцінює деякий факт як такий, що не є пов'язаним з умовами дії деякої правової норми, означає застосування цієї норми. З цієї точки зору зміст рішення суду неможливо вивести із закону, так само як зміст конкретного закону неможливо вивести із конституції — на кожному ступені правозастосування продовжується

творче конструювання норм права, причому ті, хто застосовує право, залишаються вільними у рішеннях щодо конкретизації змісту норм. Так Г. Кельзен замикає циркулярну систему опису дії права — через свою нормативну структуру право постійно породжує само себе.

Вчення Г. Кельзена про норму має на меті не опис права таким, яким воно є у фактично існуючих правових текстах, — його завданням є конструювання схеми, яка дозволяє відокремити норми від самих текстів. Право для позитивної науки є даним лише у соціальній практиці. У цій соціальній практиці спостерігач може запримітити, що люди розглядають свою поведінку як пов'язану з правом з тієї причини, що така поведінка має певне значення (сенса), яке відображає порядок того, що повинно бути. Мета будь-якого акта правотворчості мислиться його авторами у створенні припису, який буде установлювати юридично зобов'язуючі правила поведінки для певних осіб. Об'єктивне (тобто таке, яке не залежить від розсуду його авторів) значення акта правотворчості полягає в тому, що цей акт приписується, ставиться конституцією як правовий, а сама конституція отримує таке значення від гіпотетичної ґрунтовної норми. У тому, що стосується індивідуальних норм, також слід розрізнити суб'єктивний сенс (рішення того, хто застосовує право, щодо конкретного правового спору) та об'єктивне значення (юридична неможливість перегляду такої норми в рамках такого правопорядку). Тут особливий випадок становлять угоди, умови яких також створюють індивідуальні норми. На відміну від правозастосовчих актів, юридична сила індивідуальних норм, які впливають із угод, залежить не від об'єктивного значення волі осіб, які вчинили цей акт, а від зв'язку між цими індивідуальними нормами та приписами позитивного права, які установлюють санкції за порушення таких норм (умов договору).

Ця динамічна риса будь-якого правопорядку означає для Г. Кельзена єдність процесів правотворчості та правозастосування — будь-який акт застосування більш вищої загальної норми одночасно означає створення більш нижчої індивідуальної норми, і так далі аж до останнього акта фактичного примусу (наприклад, опис власності приставом чи ув'язнення злочинця). Якщо сприйняти бачення Г. Кельзеном цього процесу, то немає суттєвої різниці між законодавчою діяльністю та судовим процесом: ці види діяльності утворюють елементи єдиного процесу. Відмінність між ними існує лише щодо кількості, а не якості: законодавець має більш велику свободу щодо розсуду, ніж той, хто застосовує право. Відносне значення цих видів діяльності у даному процесі залежить від ступеня централізації правового порядку. Можливими є централізовані правопорядки, в яких законодавець намагається максимально обмежити свободу суддівського розсуду й прописує загальні норми матеріального права з високим ступенем деталізації. Можливими також є децентралізовані правопорядки, де законодавець обмежує себе вказівкою на процесуальні правила та загальні принципи матеріального права, залишаючи тому, хто застосовує право, конкретизацію цих правил та принципів. Однак більшість розвинутих правопорядків являє собою дещо посереднє між цими двома типами.

З урахуванням того, що норми не є виказуваннями, а виражають сенс актів людської волі, вони належать до сфери того, що повинно бути, а не до самого буття; вони можуть бути дійсними чи недійсними, але до них не можуть застосо-

уватися логічні закони. Таким чином, загальна форма того, що повинно бути, може бути заповнена будь-яким мислимим змістом, шляхом тлумачення загальної норми може бути створена будь-яка індивідуальна норма. Юридична дієвість такої індивідуальної норми (скажімо, судового рішення) буде залежати від компетенції судді, а не від правильності чи неправильності процесу його логічної аргументації, від відповідності чи невідповідності судового рішення тексту закону, на який посилається це рішення. Правова наука може лише описати конфлікти між нормами, вказати на дефекти тих чи інших положень права. Але вона повинна утримуватися від судження про чинність чи нечинність норм залежно від свого розуміння логіки норм і залишити таке судження тим, хто займається застосуванням права. Як бачимо, можливість оцінки відповідності чи невідповідності нижчої норми щодо вищої не виключена у чистому вченні про право, але у неї відібрано об'єктивну основу — рішення того, хто застосовує право, про таку (не) відповідність буде актом волі, який призводить до юридичних наслідків, а думка правознавця — буде лише припущенням, яке не верифікується. При цьому не слід забувати, що нормативно-правова система у Г. Кельзена була лише інтелектуальною конструкцією, яка описує зв'язки між нормами у перспективі їх підпорядкування гіпотетичній ґрунтовній нормі, а єдність правопорядку означала єдність процесу пізнання права: «Постулат єдності пізнання беззаперечно застосовується у нормативній сфері та знаходить тут своє вираження в єдності та виключності системи норм» [15, с. 105]. Тому «єдність системи є фундаментальною аксіомою будь-якого нормативного пізнання» [15, с. 111].

Правова концепція Г. Кельзена стала, мабуть, одним з основних об'єктів філософсько-правової рефлексії та критики у ХХ ст., пунктом опору для одних теоретиків права, пунктом відштовхування — для інших. Ця концепція знаменує собою своєрідний пункт неповернення для юриспруденції — неможливість найвної віри в об'єктивність та ідеологічну нейтральність понять юридичної догми. Критична праця автора чистого вчення про право призвела до розвіювання багатьох міфів (про необхідні межі між суб'єктивним та об'єктивним, публічним та приватним, міжнародним та державним правом і т. д.). Більше того, Г. Кельзен поставив перед наукою про право, служінню якій він присвятив своє життя, кардинальні за своєю значущістю питання, від яких ця наука вже не може відійти, — питання про останнє підґрунтя чинності правових норм, про ґносеологічні умови єдності правового порядку, про взаємовизначеність понять держави та права. У сучасній західній правовій традиції вчення Г. Кельзена є своєрідним локосом, топом (якщо використовувати терміни риторики), навколо якого будуються наукові дискусії про норми права.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Абашик В.* Ганс Кельзен — видатний австро-американський юрист з українським корінням / В. Абашик // *Філософія права і загальна теорія права.* — 2012. — № 1. — С. 244–249.
2. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве / Г. Кельзен. — 1-е изд. // *Рос. ежегодник теории права.* — 2011. — № 4. — С. 416–495.
3. *Kelsen H.* Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre / H. Kelsen // *Juristischen Wochenschrift.* 1929. — S. 1723–1726.

4. *Hans Kelsen im Selbstzeugnis*. Mohr Siebeck Verlag. — Tübingen, 2006.
5. *Kelsen H.* Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz / H. Kelsen // Hans Kelsens Werke. — Tübingen, 2008. — Bd. 2.
6. *Kelsen H.* Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht / H. Kelsen. — Tübingen, 1922.
7. *Kelsen H.* Allgemeine Staatslehre / H. Kelsen. — Berlin, 1925.
8. *Busch J.* «Ein Kampf ums Recht»? Bruchlinien in Recht, Kultur und Tradition in der Kontroverse zwischen Kelsen und Hold-Ferneck an der Wiener Juristenfakultät / J. Busch, C. Staudigl-Ciechowicz // Turning Points and Breaklines / Hornvack S. et al. (hrsg.). München, 2009. — S. 110–139.
9. *Kelsen H.* Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Untersuchung / H. Kelsen. — Den Haag, Chicago, 1941.
10. *Kelsen H.* Law and Peace in International Relations / H. Kelsen. — Cambridge, Massachusetts 1942.
11. *Kelsen H.* Die Problematik der Reinen Rechtslehre / H. Kelsen // Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht. — 1968. — № 18. — S. 143–184.
12. *Kelsen H.* Allgemeine Theorie der Normen / H. Kelsen. — Wien, 1979.
13. *Kelsen H.* Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons / H. Kelsen. — Wien, 1985.
14. *Чистое учение о праве Г. Кельзена*. — Вып. 1. — М., 1987.
15. *Kelsen H.* Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts / H. Kelsen. — Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. — Tübingen, 1920.

Антонов М. В. Творчий шлях та правове вчення Ганса Кельзена

Анотація. У цій праці автор розглядає основні моменти біографії австрійсько-го правознавця, засновника чистого вчення про право Г. Кельзена. Біографічний аналіз подано в контексті формування його правових уявлень. Особливий акцент робиться на характеристиці процесу правозастосування, який завжди передбачає конкретизацію правових приписів і в цьому сенсі стає продовженням процесу правотворчості.

Ключові слова: Ганс Кельзен, нормативізм, чисте вчення про право, ґрунтовна норма, Віденська школа філософії права, ступеневий устрій правопорядку.

Антонов М. В. Творческий путь и правовое учение Ганса Кельзена

Аннотация. В данной работе автор рассматривает основные моменты биографии австрийского правоведа, основателя чистого учения о праве Г. Кельзена. Биографический анализ дан в контексте формирования его правовых представлений. Особый акцент делается на характеристике процесса правоприменения, который всегда предполагает конкретизацию правовых предписаний и в этом смысле оказывается продолжением процесса правотворчества.

Ключевые слова: Ганс Кельзен, нормативизм, чистое учение о праве, основная норма, Венская школа философии права, ступенчатое устройство правопорядка.

Antonov M. The Path of Life and the Legal Conception of Hans Kelsen

Summary. In this paper the author examines the key moment of the biography of the Austrian legal thinker, the founder of the Pure Theory of Law, H. Kelsen. The biographical analysis is conducted in the context of formation of the legal ideas of Kelsen. A special accent is made on characteristic of the law-enforcement process which always implies the concretization of legal provisions and in this sense constitutes a prolongation of the lawmaking process.

Key words: Hans Kelsen, normativism, Pure Theory of Law, the basic norm, the Vienna School of legal philosophy, hierarchical structure of legal order.

ЄДНІСТЬ І СМИСЛ У ТЕОРІЇ ПРАВА РОНАЛЬДА ДВОРКІНА¹



С. ГЕСТ
професор філософії права
(Університетський коледж Лондона,
Велика Британія)

Я пильно стежу за роботою Рональда Дворкіна вже понад сорок років. Насправді, моя перша зустріч із Р. Дворкіним відбулася в 1973 р., коли я вперше отримав штатну посаду в університеті, а цього року, коли він помер, я виходжу на пенсію. У той час двадцять чотири роки Р. Дворкін був моїм колегою по факультету юридичних наук Університетського коледжу Лондона, де він працював на посаді професора з неповним навантаженням. Він, звичайно, в цей час обіймав також аналогічну посаду в школі права Нью-Йоркського університету і на юридичному факультеті Оксфордського університету. Коли він пішов з Оксфорда в 1998 р., то у Лондоні обійняв посаду Куайн-професора юриспруденції (*Quain Professor of Jurisprudence*). Він випромінював особисту чарівність і харизму, був надзвичайно розумним і ввічливим. Р. Дворкін відомий своєю здатністю надавати тривалі, докладні й добре побудовані лекції, не звертаючись до нотатків. Він був творчим і оригінальним. У нього були як вороги на інтелектуальній ниві, так і численні шанувальники, як-от я, і, на мою думку, вороже ставлення до нього, що інколи траплялося, було породжене заздрістю до його колосальної обдарованості. Р. Дворкін був добре обізнаний щодо власних здібностей і ніколи, наскільки мені відомо, не використовував їх, щоби принизити когось, хоча багато-хто думав, що його інтелектуальна позиція була зарозумілою. Це, звичайно, правда, що він мав тверді переконання щодо свободи, рівності, демократії та багатьох інших менш абстрактних питань, зокрема, йому доводилося критикувати суддів за деякі деталі їх міркувань у гучних справах, і він висловлював ці погляди з твердою і щирою переконаністю. Однак ця критика ніколи не обходилася без прискіпливого добору й вираження аргументів, він завжди наводив найдетальніший їх виклад та захищав свою позицію від будь-яких випадів у її бік. Він постійно наводив проти самого себе контраргументи, які навіть нікому не спадали на думку, бо він начеби відчував, що інші можуть не помітити критику, котра могла бути висунута проти його поглядів. Він був надзвичайним.

¹ Переклад з англійської мови В. Гончарова.

Одна з помилок, якої часто припускалися щодо Р. Дворкіна, полягала у тому, що через твердість його переконань могло здатися, що він схилився до буцімто «недолугого» погляду про наявність правильних відповідей на моральні й інші ціннісні питання. Але для нього було очевидно, що в це насправді вірять всі, і навіть всі скептики, які повинні, зрештою, обґрунтувати свій скептицизм, аби в той можна було повірити; і для нього протягом тривалого часу було загадкою, чому йому довелося стати відомим за цю, на його думку, цілком зрозумілу позицію. Але це правда, що кожен, хто сумнівається в істинності тези про «єдину правильну відповідь», так її називають, як і раніше буде повністю збитий з пантелику теорією права Р. Дворкіна¹. Оскільки ця теза має вирішальне значення для повного розуміння Р. Дворкіна, я змушений пояснити й обґрунтувати його твердження про об'єктивність цінностей. Мені не здається, що це є настільки інтуїтивно очевидним — твердження про те, як ми зазвичай думаємо, — що саме його простота змушує людей припускати, що воно хибне. Першу частину цієї ретроспективи про Р. Дворкіна я присвячу тезі, що ціннісні судження можуть бути об'єктивно істинними чи хибними.



Рональд Дворкін

Означена теза про об'єктивність тісно пов'язана з визнанням Р. Дворкіним юмівського принципу, згідно з яким сфера істини емпіричної відмінна від сфери ціннісної (у відомій термінології Д. Юма, «треба» відрізняється від «є»). Адже якщо ми приймаємо тезу про «єдину правильну відповідь» у справах про цінності, тоді ми стикаємося з питанням про те, наскільки оціночні судження відрізняються від емпіричних, якщо відрізняються взагалі. Зокрема, я вважаю, що коментатори книги Р. Дворкіна недооцінили важливість цього моменту, а тому припустились серйозної помилки в розумінні його теорії права, котра була найбільш яскраво викладена в роботі «Імперія права» (*Law's Empire*) (1986) [1]. У цій книзі він стверджував, що право не може в кінцевому рахунку визначатися виключно за посередництвом емпіричних істин про те, що певні групи людей домовились про критерій для права на кшталт знаменитого «правила визнання», котре було проголошене найбільш інтелектуально впливовим сучасним позитивістом у галузі права Г. Хартому в його «Понятті права» (*The Concept of Law*) (1961)². Думка Р. Дворкіна — яку він обґрунтовував постійно і в повному обсязі протягом усього свого наукового життя — полягала у тому, що право є цілковито визначеним у зв'язку з використанням суджень про мораль, згода щодо яких існує часто, хоч і не завжди; іншими словами, він вірив, що право є одним із підвидів політичної моралі. Тож другу частину цієї ретроспективи я витрачу на те, щоби показати, наскільки принципово важливо розуміти природу

¹ Просто для повторення моєї думки у попередньому реченні. Той, хто заперечує дворкінівську тезу про «єдину правильну відповідь», повинен, як цього вимагає логіка, обґрунтувати істинність положення, що «правильної відповіді нема». Просто оминати це питання не вдасться.

² «Правило визнання» детально описане у главах IV і V «Поняття права» Г. Харта [2].

«сфери цінностей» і, зокрема, по-перше, наскільки різоче та відрізняється від «сфери емпіричного факту», а по-друге, оскільки з цього випливає, що всі ціннісні судження мають бути отримані лише зі сфери цінностей, то далі ми повинні розглянути всі моральні, політичні та правові істини як складові «єдності цінностей».

Правильне розуміння положень про об'єктивність та єдність цінностей повинне допомогти прояснити плетеницю теорій Р. Дворкіна за останні понад 40 років. Буде видно, що він цілковито послідовний, хоча багато-хто вважає, що Р. Дворкін значно змінив свої погляди в «Імперії права»¹. Що стає ясно, то це, що теорію права Р. Дворкіна можна зрозуміти тільки якщо посилання на факти — реальні практики у праві, в усіх юрисдикціях — розуміти у зв'язку з їх моральним статусом, котрий цим фактам приписують на основі більш абстрактних моральних аргументів, що лежать в їх основі. Якщо ми розуміємо, наскільки наскрізне значення для нього має моральне обґрунтування у праві, тоді для того, щоби критикувати будь-яку частину розлогого набору теоретичних позицій, котрі складають його теорію права, доведеться «вступити у двобій» із Р. Дворкіним на цьому абстрактному рівні.

Загалом, хоча, ймовірно, й на неприйнятному абстрактному рівні, «факти» не спростовують положень теорії Р. Дворкіна, однак хибність юмівського розмежування таки може бути [4]. Отже, критика повинна зосереджуватися на тому, чи є виправданим юмівське розмежування, а це проблематично. Крім того, якщо юмівське розмежування є вірним, тоді логічно припустити, що аргументи на користь істини у питаннях цінностей можуть відрізнятися від наукових критеріїв, які висувають задля доведення емпіричної істини; іншими словами, недостатньо просто сказати, що немає правильної відповіді, адже для цього немає жодних доказів.

Надалі я покажу, як Р. Дворкін обґрунтовує своє твердження про єдину правильну відповідь, і розгляну його відповіді на заперечення. Потім я опишу й розгляну його тезу про єдність цінностей і те, які заперечення можна стосовно неї висловити. У завершальному розділі я покажу, як обидві ці тези посилюють його правову теорію, котру він вперше почав розробляти у своїй статті-доповіді «Модель правил» (*Model of Rules*) (1967) [5], і яка досягла свого найбільш витонченого варіанта в «Імперії права», де він звертається до форми єдності цінностей в ідеї цілісності права (*law's integrity*).

ТЕЗА ПРО ЄДИНУ ПРАВИЛЬНУ ВІДПОВІДЬ

Ми не сумніваємося, що є правильні відповіді принаймні на деякі питання. Існує правильна відповідь на запитання про те, чи $2 + 2 = 4$, чи сонце встає вранці та чи Еверест є найвищою горою у світі. Проблема виникає тільки там, де вбачається внутрішня невизначеність стосовно того, якою є правильна відповідь; тільки-но з'ясовані всі значення слів та встановлено узгоджений спосіб визначення того, що є правильною відповіддю, всі проблеми зникають. Але ми

¹ Наприклад, С. Шапіро. Див. І параграф його невдало названої роботи «Спир між Хартон і Дворкінін: короткий путівник в заплутану історію» (*The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed*) (2007) [3].

не згодні частіше здебільшого і зі значенням термінів, і зі способом знаходження відповіді. Ця невід’ємна суперечність стосується усіх ціннісних тверджень, хоч ми часом і можемо дійти згоди; у принципі ж не існує жодного узгодженого способу врегулювання спорів, аби розсудлива людина могла погодитися з правильною відповіддю. Однак у цих випадках філософський висновок, що не може бути правильною відповіді в нашому повсякденному дискурсі, здається, не турбує нас, бо немає сумнівів, що ми говоримо так, ніби правильні відповіді таки існують¹. Насправді людям звично висловлювати думку, що не існує правильних відповідей, а діяти так, наче би ті існують. Дві людини, які істотно розходяться в міркуваннях про те, чи аборт у визначених умовах є морально допустимим, незгодні з тим, якою є правильна відповідь на запитання: «Чи є аборт морально допустимим у цих обставинах?». Інакше дуже складно зрозуміти, що вони мають на увазі. Якщо кожна з них припускає, що вони тільки висловлюють відчуття згоди чи незгоди, і що немає правильної або неправильної відповіді на це питання, можна було б задатися питанням, про що власне суперечка: вони ж просто обмінюються своїми відчуттями з цього приводу. Про що ж тоді мова, якщо в одного одне відчуття, а в іншого – інше? Справді, якщо ми звернемо увагу на доводи, які висуває кожна сторона у прикладі з абортom, то знайдемо дещо дуже близьке у наборах аргументів сторін; хтось скаже: «Моя релігія забороняє це за таких обставин», інший може сказати, що позаяк плід ще не життєздатний, то це морально допустимо. Вже просто висловлюючи аргументи, кожна сторона повинна опосередковано визнавати кілька положень, з-поміж яких, що (і) на відміну від почуттів самих по собі аргументи враховуються, (ii) ці аргументи переважають конкуруючі аргументи та (iii) існує результат, який є правильним за цих обставин. В іншому випадку не можна сподіватись, що із суперечки вийде щось добре. І це слушно для всіх міркувань у питаннях цінностей, оскільки за своєю природою вони є спірними навіть у тих випадках, коли більшість чи майже всі приймають певні ціннісні судження за правду. Вбивство незнайомця з корисливих мотивів або катування будь-якої особи задля «розваги» переважно сприймається як морально неправильне, але ці дії неправильні не через те, що так домовились, а через причини, які роблять ці дії неправильними. Ви можете поміркувати над протилежним випадком: колись прийнято було вважати, що рабство є морально допустимим, але доводи, які робили його неправильним, були так само відомі тоді, як і сьогодні, і лише внаслідок наступного схвалення цих доводів рабство було остаточно скасоване. Зв’язок між причинами та вірою рівною мірою дійсний і для цінностей, і для науки. Колись було прийнято вважати, що світ плаский, а з найбільш вагомим міркувань, відомих людям тоді, було обгрунтовано вважати, що світ плаский. Але світ не був пласким, і коли зрештою з’явилися більш вагомі доводи для розуміння світу, було

¹ Судді без філософського ухилу – їх більшість – так і роблять. Див. нашу полеміку з Лордом Т. Бінгхемом, який вважав «дикою» позицію Р. Дворкіна про наявність правильних відповідей на юридичні питання [6]. У моїй статті під назвою «Об’єктивність і цінність: юридичні аргументи і помилковість суддів» [7] я цитую деякі фрагменти виступів Лорда Т. Бінгхема в Палаті лордів (нині Верховний суд), де він насправді послуговується словами «правильний» і «неправильний» у судженнях про те, яким є право.

загально визнано, що світ круглий. У майбутньому, нам могли б стати відомі ще більш вагомі доводи, так воно і відбувається.

Феномен переконання про те, що існують правильні відповіді на питання про цінності, проявляє себе в аргументах, які стосуються права. Апеляційний суд у Великобританії, як правило, засідає у складі трьох суддів, кожний з яких висловлює помітно відмінні міркування з приводу тієї самої низки фактів, а також законодавчих актів та рішень судів загального права. Вони сперечаються один з одним і ввічливо розходяться у поглядах. Природно було б сказати, що вони розходяться стосовно того, яке рішення правильне і яке розуміння права є найбільш слухним. Але все це говорить про те, що вони — всі без винятку — вірять, що є найбільш слухне розуміння права, а незгодні лише в тому, яке саме. За мажоритарною процедурою рішення приймається незважаючи на те, що судді не доходять згоди щодо правильної відповіді. Звичайно, Р. Дворкін не каже, що будь-яке прийняте суддями рішення є правильним¹. Усі визнають можливість того, що судді припускаються помилок, коли визначають, яка інтерпретація права є найкращою; насправді, в нас би не було поняття про те, що таке помилкове рішення, якщо б ми не поділяли ідею, що на питання можна відповісти правильно чи неправильно. Усе набагато серйозніше. Якщо би в нас не було ідеї, що судді можуть помилятися (або, можливо, що тільки один суддя дійшов правильної відповіді), у нас не було б жодних підстав для оскарження рішення в суді вищої інстанції. Адже логіка підстав для оскарження в правових питаннях полягає в тому, що є юридичний аргумент на користь того, що нижчий суд отримав неправильну відповідь на питання, яким мало бути право у тій справі. Крім того, звідси не можна припускати, що всі найвищі судові інстанції, як-от Верховний суд США, щоразу дають правильну відповідь лише тому, що вищих від них судових інстанцій вже нема. Будь-який адвокат, студент юридичного факультету чи викладач часто робить судження про правильність чи неправильність рішень, котрі приймають усі найвищі судові інстанції.

Річ у тім, що частиною звичайного людського дискурсу цінностей є те, що люди припускають, здебільшого несвідомо, що є правильні й неправильні відповіді (котрі виражають істинні й хибні твердження, якщо бути точним) на питання про цінності. Є положення, котрі ми висловлюємо, коли описуємо власні відчуття, наші емоції і так далі, але вони не є ціннісними судженнями, а, скоріше, лише повідомленнями про наші фізіологічні чи психологічні стани або уподобання. Вираження «Я виснажений» чи «Я люблю мариновану цибулю» стосуються емпіричних повідомлень про наші емоції чи смаки. Порівняйте ці два висловлювання з висловлюваннями морального змісту, як-от «аборт це погано, бо він порушує право на життя» і правовими висловлюваннями, на кшталт висловлювання судді Д. Харлана у Верховному суді Сполучених Штатів: «Наша Конституція не розрізняє кольорів, а так само не знає й не припускає поділу на класи наших громадян» [9]. Перші вирази є фактичними повідомленнями про

¹ Звичайно, це не означає, що Р. Дворкін вважав, начеби судді ніколи не помиляються; інакше, чому він взагалі заморочувався протягом 40 років їх критикою на шпальтах «*New York Review of Books*»? Утім є навіть професори юриспруденції, які припускаються цієї помилки: див.: [8].

почуття людини, але останній запрошує висловити заперечення проти наведених аргументів; у звичайному дискурсі ми вимагаємо, щоби такі позиції підкріплювалися викладенням причин, а не почуттів, і недоречно говорити дещо на кшталт: «Я думаю, що аборт це погано з моральної точки зору, тому що я відчуваю, що це так». Ми би подумали, що світ сказився, якби в контексті судового засідання у залі адвокати й головуючий суддя висловлювалися у таких термінах, як: «Я відчуваю, що Конституція не розрізняє кольорів» або «Я відчуваю, що суд володіє необхідною юрисдикцією» (а як контраргументи говорили би «Я, навпаки, відчуваю, що Конституція розрізняє кольори»). Студенти юридичних факультетів першого року навчання, котрі говорять і пишуть таким чином, провалюють свої іспити!

Вищенаведене є очевидним аргументом проти будь-якої теорії про мораль, яка стверджує, що та є нічим іншим, як об'єктом емоційних спалахів, у зв'язку з чим вираз «Я думаю, що аборт це погано» є лише одним зі способів сказати, що «У мене є відчуття, що аборт це погано» або «Мені не подобаються аборти». Очевидність цих аргументів зумовлена лише тим, що наведене суперечить нашому нормальному дискурсу. І тому дуже важливо запитати, чи ця емотивістська теорія глибше розкриває нам природу моралі, достатньо глибоко, щоб бути спроможним показати, що нормальний людський дискурс є глибоко помилковим, заохочуючи нас припускати, що існує разюча відмінність між емоційними вираженнями і моральними судженнями (а по суті, усіма судженнями про цінності).

Хоча це більш глибоке запитання про кінцевий сенс нашого дискурсу моральної об'єктивності і є слухним, нам слід на мить відволіктись. Чому склалося так, що правову теорію Р. Дворкіна переслідують постійні твердження, що та від самого початку є помилковою, адже базується на припущенні про моральну об'єктивність? Для тих, хто сумнівається, буде достатнім сказати, що вони самі покликаються на об'єктивну істинність своїх суджень, коли стверджують, що не існує правильних відповідей на питання про мораль. Іншими словами, як я вже зазначав, ті, хто сумнівається, несвідомо виявляють свої переконання, що існує об'єктивність у скептичній природі їх критики. Вони не можуть вийти з проблеми, котра, як вони думають, терзає роботи Р. Дворкіна.

Р. Дворкін знаходить багато самозаперечень у своїх критиків у роботі «Правосуддя для їжаків» (*Justice for Hedgehogs*) (2011) [10], хоча різні форми критики виводяться з його розмежування «зовнішнього» і «внутрішнього» скептицизму в «Імперії права» та його блискучій статті про об'єктивність, опублікованій в 1996 р. [11, с. 87–139]. Будь-який справжній скептицизм із приводу моралі, каже він, має починатися і закінчуватися в моралі. Якщо ви вважаєте, що можливим є лише емпіричне розуміння моралі, так що моральні твердження є істинними лише тоді, коли вони підтверджуються емпіричними доказами (наприклад, можливо, лише переконань чи почуттів, що аборт — погана річ з точки зору моралі), ваш погляд іде врозріз із нашими нормальними судженнями, в яких ми готові обговорювати ці питання незалежно від наших почуттів. Оскільки, безперечно, загальноприйнято вірити, що ми можемо помилятися в наших почуттях з приводу певних питань, і більш очевидно, що наші переконання не завжди є знаннями (тільки обґрунтована істинна віра є знанням). Те, що

подібна точка зору йде врозрід із нормальним дискурсом, можна показати досить просто. Якщо ви заперечуєте істинність твердження, що аборт є морально неприпустимим (бо це не може бути доведено емпірично), ви тим самим логічно приречені визнавати, що аборт є морально допустимим. Він повинен бути морально допустимим, якщо не суперечить моралі. Якщо, на вашу думку (хоча, ймовірно, ви цього спочатку не розуміли), аборт є морально допустимим, то ви взагалі не займаєте скептичної позиції в цьому моральному питанні: у вас є відверта віра принаймні в одну моральну істину: що аборти є морально допустимими. Таким чином, увесь «зовнішній» скептицизм, за словами Р. Дворкіна, є формою «внутрішнього» скептицизму, хоча й дуже поганою його формою, оскільки та спирається на вкрай підозрілу засаду емпіризму для оцінки моральних та інших ціннісних тверджень.

Люди повинні тримати перед очима моральні аргументи «нормального дискурсу», щоби правильно зрозуміти вигадливу й детальну теорію Р. Дворкіна. Звичайна реакція, такий собі «колінний рефлекс», котрий переслідував його впродовж останніх тридцяти років на семінарах, після лекцій чи колоквиумів¹ і яку я спостерігав у багатьох випадках, є занадто поверхневою, щоби витратити час на її розгляд; але вона й понині продовжує бути відчутною — причиною реготу — з цим доводиться стикатися. Повторимося, ми всі говоримо так, ніби об'єктивно правильні відповіді на питання цінностей існують, навіть коли критикуємо такі теорії. Ми всі це робимо.

Утім слід розглянути більш глибоке питання. Ми всі можемо помилитися і наш спільний дискурс моралі може бути наскрізь помилковим; логіка тут безсила. Є багато філософів, які притримуються цього курсу, навіть філософи в галузях моралі, політики і права, незважаючи на те, що ціннісні судження займають тут значне місце. Це головоломка. Загалом, обраний курс є науковим. Де знайти аргумент чи доказ, що визначає або підтримує твердження про цінності? Не можна довести, що аборт є морально допустимим, як би нам цього не хотілося. І немає жодних емпіричних доказів на користь його моральної допустимості, котрі би були вільні від явних чи неявних моральних засновків.

Аргумент Р. Дворкіна про об'єктивність із цього приводу найпростіше знайти в його «Правосудді для їжаків»². Не кажучи вже про «аргументи з дискурсу», є моральний аргумент на користь об'єктивності, який ґрунтується на положеннях, котрі не залежать від нашого нормального дискурсу. Якщо ми вважаємо, що питання про об'єктивність моралі вичерпується застосуванням наукового методу, то чи не випустимо з поля зору дещо важливе? Р. Дворкін (і я) думає, що так і є. І ви теж! Адже якщо мораль — це лише те, що ми емпірично «відчуваємо» в будь-який конкретний момент часу, то такого поняття, як мораль, взагалі не існує і ми не готові його прийняти. Це означає, що ваші обов'язки перед вашими дітьми, вашими сусідами, вашою країною є такими ж ефемерними, як і відчуття в ці моменти: вони можуть зазнавати змін, не підля-

¹ Пам'ятаю, після декількох таких випадків протягом кількох років, він сказав мені: «Що тут ще скажеш? Це все одно що битись головою о цегляну стіну».

² Р. Дворкін формально аналізує всі аргументи за об'єктивність у сфері цінностей в одному великому параграфі на початку «Правосуддя для їжаків»; складна справа.

гають критиці, водночас відкриваючи величезний театр бойових дій для непримиреного конфлікту. Іншими словами, набагато краще зберегти наш моральний дискурс на тій підставі, що ми потребуємо його з моральних міркувань. Двома словами, найкращий аргумент на користь того, що правильні відповіді на питання моралі існують, полягає у тому, що існує моральний аргумент на користь існування таких відповідей.

У «Правосудді для їжаків» Р. Дворкін подає читачам теорію істини, яка на найбільш абстрактному рівні перетинає сфери науки і цінностей [10, с. 157–190]. Істина, каже він, має бути виміряна успішністю аргументу, котрий стосується своєї сфери¹. Істина в науці вимірюється успішністю передбачення поведінки зовнішніх об'єктів, а отже, природно припускати, що вона встановлюється на підставі наукових критеріїв, які допомагають оцінити (на більш низькому абстрактному рівні) необхідні докази на підтримку такої поведінки. (Наприклад, протягом багатьох років в основу прогнозів закладалися радше емпіричні докази, ніж релігійні переконання.) Набагато більш проблематично визначити істину у сфері цінностей. Р. Дворкін вважає, що однією з проблем нашого часу є поширене переконання про властиву науковому знанню перевагу над усіма іншими формами знання; він вважає, що це гальмувало розвиток форм ціннісної аргументації, на противагу сформованим формам аргументації наукової. Це те беззаперечне переконання про панування емпіризму, що поширене у багатьох формах гуманітарного знання². Таким чином, вивчення літератури є «менше вартим» за вивчення хімії, оскільки в першій нема нічого «складного»; помилка, на думку Р. Дворкіна, полягає просто в тому, що застосовуються не ті критерії.

Що все ж таки може вважатися мірилом успішності у сфері цінностей? У випадку з мораллю, що є такого в хорошому моральному аргументі, що надає йому успішності? Шлях до відповіді вимагає напруженої роботи. Згідно з позицією Р. Дворкіна, це успішність у сумлінному збереженні курсу, котрий найкраще збігається з тим, чого вимагає людська гідність. Ця ідея людської гідності вимагає поваги до кожної людини рівною мірою, визнання за кожним «рівної об'єктивної цінності», а кантівський мотив в його теорії вимагає, щоби кожна людина бачила у вимозі ставитися до інших належним чином віддзеркалення її власної самоповаги; ця остання ідея, у свою чергу, вимагає розуміння істотної важливості означення людиною власного життя як власного, або, його словами, бачення, що кожна людина «несе відповідальність за своє власне життя». Ці споріднені ідеї про рівність і свободу самі по собі впливають з особистої етики особи, в якій та живе своїм особистим життям у самоповазі, і вони разом утворюють найбільш важливі цінності у житті як самоцінності.

Таким чином, досягти успішності в моральній аргументації — це те саме, що мати рацію, і тому правильне судження, виражене у формі твердження, означає, що твердження істинне. Отже, цьому критерію успішності ми можемо

¹ «Істиною вважається винятково успішне вирішення наукової проблеми» [10, с. 177].

² Це розлоге явище. Державним інспекторам подобаються «об'єктивні» критерії якості, а це неминуче означає, що непідходящу цінність «одягають» на вимірюваний предмет, але не той, котрий потребує ціннісного судження; у Великобританії це називають ментальністю «рахівника бобів» (*bean-counter*) чи «галочника» (*tick box*).

протиставити емпіричну теорію моралі, теорію, що сурмить про «поверхову» точку зору. Що та оцінює? Вона повідомляє нам, що мораль є усього-навсього емпірично визначеними почуттями й переконаннями. Як може теорія на кшталт цієї надати нам ефективно поняття про моральний аргумент щодо аборту? Для початку, вона не каже нам нічого про те, як ми повинні діяти; чи повинні ми, чи ні допомагати дівчині, яка попросила нашої поради про те, що їй робити, або ще гірше, як ми повинні діяти, якщо вона змушена зробити аборт проти власної волі? Де згадка про порядність, про занепокоєння, яке ми повинні висловити, про людину, про людське життя і людську гідність? Якщо наука визначає, що ми повинні зробити, то ми не можемо робити нічого взагалі! І таким чином, «наукове» втручання в невідповідну для науки сферу цінностей зазнає жакливого невдачі, і те, що вона зазнає його настільки драматично, повинно зміцнити не безсилля моралі, але її силу. Ми не можемо жити без моралі і, таким чином, ми можемо комфортно повернутися до нашого звичайного дискурсу моральної аргументації, адже тепер у нас є моральна підстава для його прийняття.

ЄДНІСТЬ ЦІННОСТЕЙ

У чому полягає головна відмінність між сферами науки і цінності? Перш ніж розглядати це питання, корисно зробити розсудливе зауваження щодо складності науки, яка сама по собі рясніє як ціннісними судженнями про мету і суть наукового мислення, так і інтелектуально-ціннісними судженнями про зв'язок між доказами і прогнозуванням. Розгляд цього сюжету дозволяє нам побачити справжню сферу, позбавлену цінностей, якою є сфера емпіричної істини, а не науки, оскільки використання наукою цінності знань тим самим розташовує її у сферах і емпіричної, і ціннісної істин. У чому полягає суть науки? Емпіричних доказів, які б могли нам щось про це повідомити, нема. Та й не слід зазначати, що емпіричні твердження потребують доказів на свою підтримку. Скоріше, смисл науки полягає у цінності передбачення та у корисності володіння й розширення наших знань про зовнішній світ — наше емпіричне середовище. Але емпіричні знання, якщо вони ні про що не свідчать, позбавлені сенсу доти, доки ми не накладемо на них певний ціннісно-навантажений критерій значущості; лише тоді наука оживає. І є ще багато інших цінностей, закладених у зайнятті наукою як різновидом людських практик: економія понять, елегантність, особиста чесність вчених, переслідування наукою благих цілей і цінність самої істини — спрямованість на позитивний досвід складає суть науки. Сферу науки, в розумінні останньої як такої сфери, котра відмінна від сфери цінностей, точніше було би схарактеризувати як сферу емпіричної істини. Відзначимо, що сфера цінностей проникає досить глибоко у наукові знання, надаючи їм смислу й спрямування, а отже, сфера цінностей виявляється панівною, далекою від анахронізму — або атрофії — як часто стверджується¹.

¹ Це стосується, наприклад, тих вчених, котрі принижують релігію, оскільки існування Бога неможливо науково довести. Якщо вони думають, що знанням є лише те, що можна довести, тоді вони принижують усі цінності, у тому числі моральні цінності, і, звичайно, знання про суть і методи науки.

Р. Дворкін строго розмежовує цінності й емпірію. Він посилається на знаменитий принцип Д. Юма, який відділяє ці дві сфери одна від одної: як часто характеризують принцип Д. Юма, неможливо «вивести» «треба» з «є»¹. Дуже простий спосіб виразити це – більш сучасним способом – це сказати, що існує фундаментальна відмінність між передбаченням й обґрунтуванням², або описовістю і нормативністю [13, с. 21]. Спроби ув'язати ці дві широко використовувані категорії увінчалися приголомшливим провалом³. Строго застосовуючи принцип Д. Юма, Р. Дворкін доходить висновку, що лише ціннісні судження можуть виправдати інші ціннісні судження, а отже, більш абстрактні моральні міркування повинні виправдовувати менш абстрактні. Ураховуючи послідовність як вимогу раціональності та моральну вимогу, що людська гідність повинна користуватись повагою, він надалі виводить свою тезу про «єдність цінностей». Якщо є моральна об'єктивність і успіх у моралі вимагає від нас, щоби ми уникали моральних конфліктів, тоді успіх у сфері моралі вимагає абстрактності, котра охоплює всі моральні судження. Невизначеність стосовно того, якою є правильна відповідь на питання морального змісту, іноді є неминучою (як це яскраво простежується у випадку з абортom, де ми розставляємо різні акценти на свободу матері та властиву плоду цінність), але це лише проблема психології, емпірична проблема з іншої сфери [15, с. 1]. Зрештою, каже Р. Дворкін, справжня основа моралі полягає в нашому небажанні відмовитись від наших найглибших переконань; він любив говорити, що, коли ми віримо у щось, то повинні в це вірити по-справжньому. Що він має на увазі, то це, що ми насправді не можемо піти далі за наші найглибші укорінені переконання, утім це не якісь наші ефемерні мари, але переконання, які підтверджують нашу моральну ідентичність.

Однак було б дуже серйозною помилкою припустити, що Р. Дворкін мав під цим на увазі, буцімто істинність наших моральних суджень повністю залежить від наших переконань, що, звичайно, цілком у дусі якогось релігійного фанати-

¹ Цей фрагмент варто процитувати у повному обсязі: «Я помітив, що в кожній етичній теорії, з якою мені досі доводилося зустрічатися, автор протягом деякого часу міркує звичайним способом, встановлює існування Бога або викладає свої спостереження щодо справ людських; і раптом я, на свій подив, знаходжу, що замість звичайної зв'язки, що вживається у пропозиціях, а саме *є* чи *не є*, я не зустрічаю жодного речення, в якому не було б як зв'язки *треба* чи *не треба*. Підміна ця відбувається непомітно, але вона найвищою мірою важлива. Оскільки це треба чи не треба виражає певне нове відношення або твердження, останнє слід неодмінно взяти до уваги і пояснити, і водночас має бути зазначено підставу для того, що здається зовсім незрозумілим, а саме того, яким чином це нове відношення може бути дедукцією з інших, зовсім відмінних від нього. Але позаяк автори зазвичай не вдаються до такої обережності, то я дозволяю собі рекомендувати її читачам і впевнений, що цей незначний акт уваги спростував би всі звичайні етичні системи і показав би нам, що відмінність між гріхом і чеснотою не ґрунтується виключно на відносинах між об'єктами й не пізнається розумом» [12, с. 172].

Цікаво, що Р. Дворкін тлумачить Д. Юма не як морального скептика, як це зазвичай роблять інші, а як того, хто стверджує незалежність цінностей від науки. Це розуміння дозволяє з упевненістю обґрунтовувати наші моральні переконання незалежно від науки.

² Див., напр., [2, с. 89–90].

³ Можна розпочати з [14].

ка, який не прислухається до голосу розуму. Як ми бачили, Р. Дворкін відкидає емотивну теорію права, так само він, звичайно, не думає, що переконання є такими ж, як і знання. Дійсно, одне з наших найбільш глибоко вкорінених переконань полягає у тому, що ми повинні бути чуйними до доводів, і що ми повинні відмовитися від наших переконань, коли ми бачимо, що вони суперечливі або недостатньо виправдані, або упереджені, або лише поверхово повторюють, дещо загальноприйняте [16].

Сферам емпіричної істини і цінностей притаманна різна логіка, котра полягає у такому. Проаналізуйте такі два уявних випадки:

(I) Є науковий факт, що раптове магнітне поле наочно збігається зі зміною моральних переконань кожного час від часу. Люди, які мають тверде переконання перед появою магнітного поля, що аборти є морально недопустимими, одразу після його появи мають однаково сильне переконання, що аборт є морально допустимим.

Р. Дворкін каже, що якби істинність цього положення була емпірично доведена, то це не мало б жодного стосунку до того, як ми можемо виправдати наші зміни моральних переконань. Ми б не сказали: «Тепер через те магнітне поле я думаю, що аборти допустимі». Радше за все, ми би навели моральні доводи, що підтримують наші нові переконання (наприклад, це може бути переважне право матері або відсутність здатності плоду щось відчувати). Р. Дворкін каже: «Єдина підстава, яка би могла пояснити те, що істина вплинула на вашу моральну позицію, це незалежна віра в те, що ваше переконання істинне» [10, с. 78].

(II) Обдарований невролог у змозі зробити настільки точно передбачення того, що художник намалює, що навіть може повністю описати послідовність мазків, точне використання кольорів і так далі. Дійсно, за допомогою потужного комп'ютера і робота він створює картину, яка ідентична шедевру, котрий геніальний художник, не пам'ятаючи про експеримент, нарешті закінчує незабаром після цього.

Питання полягає у тому, чи цінність цього твору мистецтва зменшується бодай якимось, якщо ми заздалегідь дізнаємося, що саме художник збирається зробити. Художник діє на тлі свого свідомого розуміння того, що він робить, і цього свідомого розуміння самого по собі досить, щоби протистояти будь-якій сторонній оцінці, що його робота не має жодної цінності, адже не була «справді» творчою. Р. Дворкін каже, що хоча ми би високо оцінили цей тріумф науки, він не мав би абсолютно ніякого відношення до питання про цінність творчості художника. Художня творчість вимірюється на основі того, що має значення: що художник прагнув створити картину в дивовижному поєднанні таланту й переконаності.

Із цих прикладів має стати зрозумілим, що Р. Дворкін вважає, що наші моральні судження не можуть бути спростовані наукою. Для нього це означає, що деякі неврологічні припущення про свободу волі і відповідальність, однаково необхідні для моралі, не можуть пояснити межі людського досвіду. Їх помилка полягає у тому, що вони припускають, буцімто об'єктивність цінності для свого успішного існування повинна мати наукову основу (це лише чергова

форма зовнішнього скептицизму). З цього не повинно випливати, що аргументи науково-причинного ґатунку не мають жодного стосунку до моральних суджень, а радше, що недостатньо сказати, що маніяк-вбивця не несе відповідальності за вбивство тільки тому, що, скажімо, в нього ушкоджена лобова доля головного мозку. Замість цього ми виправдовуємо маніяка, бо йому бракує розумових здібностей, що спричинено ушкодженням, і цей брак розумових здібностей має бути пояснено в термінології моралі, так, що йому «не вистачало обізнаності» або, що, якщо він і знав, то в нього не було можливості розуміти, що вбивство це погано [10, с. 219–254].

Р. Дворкін змальовує в цьому контексті відмінність між моральним принципом відповідальності, що грубо зводить питання про відповідальність до «казуального контролю», і більш тонким підходом до з'ясування того, чи має людина «моральну здатність» («moral capacity»). Адже міркування про те, що фізичні чинники пояснюють нашу відповідальність, погано узгоджується з нашими уявленнями про відповідальність і свободу волі (тоді як принцип контролю над власними «здатностями» цілком відповідає критерію кримінальної відповідальності в англо-американському кримінальному праві). Часом видається морально виправданим критикувати деякі дії, хоча йдеться про фізичні факти, які дійсно зумовлюють результат: коли хтось хапає чужу сумку, в котрій, як виявляється, немає грошей, то невдача тут хоч і зумовлена емпіричними чинниками, сама поведінка все ж є морально неприпустимою. Ми також маємо численні наперед сформовані переконання, бо ті підпорядковуються фізичній світобудові (тільки божевільний має свободу вірити у що завгодно!). Крім того, ми не припускаємо відсутності відповідальності, коли справа доходить до людей, котрі є психічно недієздатними або просто незрілими, як маленькі діти.

Я думаю, що Р. Дворкін має рацію у своїй спробі підвищити статус моральної аргументації. Протягом вже дуже тривалого часу дискусії про достовірність моральних суджень — і дебати з приводу цінностей — відбувалися у тіні науково створеної «реальності»; це спричинило істотну шкоду для моральності. Ті моральні філософи, які називають себе «реалістами», не в змозі показати, чому науковий «реалізм» керує справою (іншими словами, вони припускаються «категоріальної помилки»). Ті, хто називають себе «антиреалістами» — ті, хто вірить у «розумово-залежну» мораль, — самі того не усвідомлюючи, перебувають у тій самій тіні, бо вони припускають, що «реальність» є тим, що під нею розуміє наука. Вони не можуть втямити, що «реальний» світ моралі теж існує. Справді, є вагомні підстави вважати, що світ, в якому геноцид — це погано, є більш реальним, ніж світ, в якому, як кажуть, є мільйони чорних дір у десятки миль завширшки і в трильйонах миль від нас.

ПРЕЦЕДЕНТНЕ ПРАВО

Ці основоположні засади — про об'єктивність і єдність цінностей — подають, як на мене, роботу Р. Дворкіна у правильному світлі. Я вірю, що він був надзвичайно послідовним від часів своєї першої публікації 50 років тому і протягом понад тридцяти років, коли я спостерігав за ним у різних наукових та інших контекстах. Тому, коротко підсумовуючи, я доходжу думки, що його ранні роботи цілком узгоджуються з пізнішими, хоч як модно стало стверджувати

останніми роками, що Р. Дворкін помітно змінив свої більш ранні позиції, викладені в його класичній роботі «Імперія права». Мені видається, що люди не повністю оцінили цю роботу, принаймні не тією мірою, якої та заслуговує, бо мені видається, що вони вивчали її недостатньо. Гадаю, що те ж станеться з «Правосуддям для їжаків». Іншими словами, я вважаю, що всю силу його робіт не буде належно оцінено ще протягом одного чи двох поколінь.

Цю ранню теорію права можна розуміти як емпіричне описання права. Такий погляд на Р. Дворкіна хоч і дуже поширений, але не вірний, як не вірно припускати, що «Поняття права» Г. Харта було описовою теорією права, а не аргументом політичної моралі (як в І. Бентама) задля розуміння права, котре дозволило би нам скептично ставитися до офіційних претензій влади (все стає ясно в главі Х «Поняття права»). Звичайно, будь-яка теорія права повинна до певної міри відповідати чи «збігатися» (як Р. Дворкін це називає) з юридичною практикою, але з цього не випливає, що «збіг» є справою простого описання. Якщо у праві є суть, будь-яка теорія права повинна спочатку дати переконливе пояснення цій суті, а потім показати, як ця суть виявляє себе в юридичній практиці. Відома початкова критика Р. Дворкіна в бік «Поняття права» Г. Харта полягала у тому, що останній опустив когерентні засоби для визначення «принципів», які судді, безсумнівно, застосовують у спірних або «складних» справах. Позаяк цілісна теорія права має бути спроможною пояснити визначення права в цих складних справах і Г. Харту не вдалося з цим впоратись (якщо не брати до уваги твердження, що судді покликаються на «мораль» й інші ціннісні судження в дебатах з юристами від захисту й обвинувачення, а також для обґрунтування власних рішень), його теорія права була неповною: вона розповідала не всю історію, а лише її частину.

Якщо ви схилиєтесь до думки, що означена критика була емпірично-описовою, це заохочує вас думати про теорію Р. Дворкіна як про своєрідне «доповнення» до теорії Г. Харта. З цієї точки зору, здається, що Р. Дворкін лише вказує на певні риси феномену права, котрі Г. Харт не побачив. Виходячи з цього, критики Р. Дворкіна стверджували, що оскільки юристи у США вільно використовують моральні принципи, що впливають із Конституції США, і котрі стосуються основоположних свобод і важливості рівності, теорія Р. Дворкіна є не «універсальною», а «вузько парафіальною»: вони можуть це робити у США, але необов'язково в іншому місці.

Цей підхід, настільки поширений, принципово неправильно витлумачує теорію Р. Дворкіна. Помилка ця двояка. Передусім тут припускається, як я вже казав, що Р. Дворкін мав намір описати «феномен» права, але що більш серйозно, тут має місце цілковито неправильне розуміння суті підходу до цінностей у Р. Дворкіна. Він вважає, що феноменологічне розуміння права є неможливим, оскільки право є оціночним (або, як він каже, «інтерпретаційним») поняттям, ми «описуємо» те, що вимагає право, не більше, ніж ми «описуємо» те, що вимагає мораль. Недооцінка цього важливого положення є надзвичайно поширеною в інтерпретаціях робіт Р. Дворкіна¹. Знову ж, якщо припустити, що теорія права

¹ Візьмемо, наприклад, здавалося б нищівну критику Р. Дворкіна Д. Гарднером (вона просто гнітюче поширена і тягнеться від Д. Раза). Він зазначає, що, кажучи «право має моральний

Р. Дворкіна є виключно описовою, то природно було б думати, що його теорія була «ідеальною», а це означає, що «феноменологічна реальність» правових систем це одне, а от «ідеальна» система — дещо інше. Знову ж таки, ні: скоріше річ у тім, що його теорія стверджує, що право є оціночним, а його визначення і розуміння є предметом постійного морального схвалення, спору й перегляду; юридичні практики то звужуються, то розширюються відповідно до наших аргументованих вимог до права і у світлі найкращого морального виправдання для його розуміння. Це не припускає використання будь-якого розмежування, як-от на «реальне» і «ідеальне» в розумінні права, оскільки це розуміння безсумнівно перебуває у сфері моралі: відмінність між емпірично-описовим та морально-оціночним вже передбачена. Якщо право є різновидом моралі, що, як мені видається, Р. Дворкін добре обґрунтовує, тоді теорія права є настільки ж універсальною, як і теорія моралі: вона простягається на весь людський досвід і засуджує деякі правові норми та схвалює інші, і немає жодних причин, чому це вона не повинна таким же чином поширюватись на різні правові системи. Тільки той, хто думав, що право є соціальним явищем, котре піддається описанню, міг би подумати, що той «факт», що люди посилаються на нацистську правову систему, скажімо, може бути контраргументом проти теорії права Р. Дворкіна, хоча такий спосіб ведення дискусії з ним напрочуд поширений.

Сила теорії права Р. Дворкіна полягає в її здатності пояснювати так багато з того, що ми як юристи робимо. Я завжди був особисто вражений тим, як багато вона може принести для юридичної освіти. Ця теорія каже нам, що право завжди відкрите для обговорення і що хороший юридичний аргумент спирається на попередні юридичні аргументи, але робить це творчо; як можна сподіватися, що хороша юридична школа прийме цю ідею за своє кредо! Якщо навчання і знання права обмежені безоціночним, виключно описово-феноменологічним підходом до права, чи лишається тоді місце в юридичній школі для творчого винахідництва нових аргументів, якими можна обґрунтовувати контрверсійні позиції? Право є аргументом, у нього є моральний зміст; воно принципово пов'язане зі справедливістю. Від професійних адвокатів очікують, що ті займатимуть правові позиції на користь своїх клієнтів і держави. Але теорія Р. Дворкіна піддає осмисленню комплекс взаємозв'язків рольових відносин між адвокатом і суддею, між судом і державою, а також між правосуддям і процедурною справедливістю. Такі відносини переважно мали смисл тільки у зв'язку з поняттям про легітимність держави — творити право — і панівним становищем законодавчого механізму і самого законодавства. Ці різні функції держави є не просто історичними даностями, котрим випало «мати місце», але самі по собі є оціночними у

зміст», Р. Дворкін показує, що для нього існує відмінність між «правом» і «наявністю морального змісту» і т. д., з чого Д. Гарднер робить висновок, буцімто Р. Дворкін повинен вірити, що право можна описати незалежно від його морального змісту (див. [17]). Д. Гарднер припускає, що граматика фрази «право має моральний зміст», містить відповідь на одвічне запитання про те, чи правда на боці позитивізму, чи на боці природного права. (Певна річ, Л. Вітгенштейн вилікував нас від цієї помилки у своїх «Філософських дослідженнях» (*Philosophical Investigations*) (1953), коли сказав, що значення виводиться зі змісту, а той виводиться з «форм життя» — дійсно оціночної ідеї — яка лежать в основі нашого використання мови).

своєму визначенні, знову ж таки, відкритому для суперечливих інтерпретацій, що властиві оцінюванню. (Т. Гоббс, Дж. Локк, Ш. Монтеск'є, І. Кант, І. Бентам та інші могли б так багато сказати щодо цього.) Відтак звернення Р. Дворкіна до демократичного пояснення зв'язку між цими різними функціями є виправданим. Законодавча влада є представницькою, а отже, вимога про рівність є більш-менш задоволеною; суддя є неупередженим і спрямовує свою увагу на конкретну справу, таким чином виражаючи повагу до людини — знову ж таки, задовольняючи вимогу рівності; законодавча і судова влада є незалежною; законодавство слід тлумачити в дусі демократії, а саме, на користь завітів свободи і рівності, з котрих законодавча влада черпає свою легітимність. Я вважаю, що означені міркування, твердо засновуючись на ідеях об'єктивності цінності й незалежності ціннісної аргументації, добре послужать нам в осягненні права і правових аргументів.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Dworkin R. M. Law's Empire* / R. M. Dworkin. — Harvard University Press, 1986.
2. *Hart H. L. A. The Concept of Law* (2nd ed.) / H. L. A. Hart. — Oxford : Clarendon Press, 1994.
3. *Shapiro R. The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed* / R. Shapiro // Ronald Dworkin, Ripstein (ed.). — New York : Cambridge University Press, 2007.
4. *Guest S. How to Criticise Ronald Dworkin's Theory of Law* / S. Guest // *Analysis*. — April 2009. — Vol. 69, № 2. — Pp. 1–13.
5. *Dworkin R. M. The Model of Rules* / R. M. Dworkin. — University of Chicago Law Review, 1967. — Vol. 35. — Pp. 14–46.
6. *The Susskind Interviews: Law Experts in Changing Times*, Susskind (ed.). — London : Sweet & Maxwell, 2005.
7. *Guest S. Objectivity and Value: Legal Arguments and the Fallibility of Judges* / S. Guest // Freeman and Harrison (eds.). *Law and Philosophy*. — Oxford : Oxford University Press, 2007. — Pp. 76–103.
8. *Fried Ch. The Supreme Court Phalange: An Exchange* / Ch. Fried, J. Allan // *New York Review of Book*. — Dec.6, 2007.
9. *Justice Harlan in Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537, 559.
10. *Dworkin R. M. Justice for Hedgehogs* / R. M. Dworkin. — Harvard University Press, 2011.
11. *Dworkin R. M. Objectivity and Truth: You'd Better Believe It* / R. M. Dworkin // *Philosophy & Public Affairs*. — Spring 1996. — Vol. 25. — Pp. 87–139.
12. *Hume D. A treatise of human nature* / D. Hume / Two Vols. Vol II. — London, Thomas and Joseph Allman, 1817.
13. *Finnis J. Natural Law and Natural Rights* / J. Finnis. — Oxford University Press, 1980.
14. *The Is-Ought Question : A Collection of Papers on the Central Problems in Moral Philosophy* by W. D. Hudson. — Macmillan, 1969.
15. *Dworkin R. M. Indeterminacy and the Law* / R. M. Dworkin // *Positivism Today*. St. Guest (ed.). — Ashgate, 1996.
16. *Dworkin R. M. Lord Devlin and the Enforcement of Morals* / R. M. Dworkin // *Yale Law Journal*. — 1966. — Vol.75. — Pp. 986–1003.
17. *Gardner J. Law's Aim in Law's Empire* / J. Gardner // *Exploring Law's Empire*. Scott Hershovitz (ed.). — Oxford : Oxford University Press, 2006.

Гест С. Єдність і смисл у теорії права Рональда Дворкіна

Анотація. Стаття присвячена засадам теорії права Р. Дворкіна. Автор розкриває тезу Дворкіна про «єдину правильну відповідь» і аналізує відповіді на заперечення до неї. Увага приділяється поняттю єдності цінностей і запереченням у його бік. Обґрунтовується, що в основі права лежить мораль. Автор пояснює тезу Р. Дворкіна, згідно з якою феноменологічний підхід до права є неможливим у зв'язку з оцінною (інтерпретаційною) природою права. На завершення автор показує, як тези про «єдину правильну відповідь» і єдність цінностей підкріплюють теорію права Р. Дворкіна.

Ключові слова: право, мораль, істина, юридична аргументація, теорія права.

Гест С. Единство и смысл в теории права Рональда Дворкина

Аннотация. Статья посвящена основам теории права Р. Дворкина. Автор раскрывает тезис Р. Дворкина о «единственном правильном ответе» и анализирует ответы на возражения к ней. Внимание уделяется понятию единства ценностей и возражениям в его адрес. Обосновывается, что в основе права лежит мораль. Автор объясняет тезис Р. Дворкина, согласно которому феноменологический подход к праву невозможен в связи с оценочной (интерпретационной) природой права. В завершение автор показывает, как тезисы о «единственном правильном ответе» и единстве ценностей усиливают теорию права Р. Дворкина.

Ключевые слова: право, мораль, истина, юридическая аргументация, теория права.

Guest S. Unity and Sense in Ronald Dworkin's Theory of Law

Summary. The article refers to the foundations of R. Dworkin's legal theory. The author reveals R. Dworkin's «one right answer thesis» and considers his responses to objections to it. The attention is paid to the concept of the unity of value and objections made to it. It is argued that law is morally pointed. The author clarifies R. Dworkin's thesis according to which phenomenological account of law is not possible because of law's evaluative (interpretive) nature. Finally the author shows how the «one right answer thesis» and the unity of value make the best sense of R. Dworkin's legal theory.

Key words: law, morality, truth, legal reasoning, legal theory.

**ПОШУК
НОВИХ ФІЛОСОФСЬКО-МЕТОДОЛОГІЧНИХ
ОРІЄНТИРІВ ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИХ
ДОСЛІДЖЕНЬ:
V МІЖНАРОДНА НАУКОВА КОНФЕРЕНЦІЯ
«КОМПАРАТИВІСТСЬКІ ЧИТАННЯ»**

(26–28 квітня 2013 р., Одеса)

Із 2006 р. в Україні стало традицією проведення Міжнародних наукових конференцій «Компаративістські читання», організованих за ініціативи Української асоціації порівняльного правознавства та Центру порівняльного правознавства при Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Цей форум є одним із найбільш авторитетних і представницьких наукових заходів, які визначають сучасний стан, а також основні напрями і тенденції порівняльно-правових досліджень, що є характерними для сучасної юридичної науки.

Міжнародна конференція традиційно збирає фахівців у галузі порівняльного правознавства не тільки з України та Росії, але й інших пострадянських держав, а також колег із Західної Європи, США та країн Азії.

Цього року Міжнародна конференція «V Міжнародні компаративістські читання» проходила в м. Одесі, а її співorganizаторами виступили Національний університет «Одеська юридична академія», Національна академія правових наук України, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Українська асоціація порівняльного правознавства. Усього в роботі конференції взяли участь із доповідями та повідомленнями 158 вчених (у тому числі 85 – безпосередньо і



73 — заочно). Серед них — 37 докторів і 67 кандидатів наук, 54 — викладачі, аспіранти, державні службовці, адвокати. Крім того, у конференції брали участь 55 слухачів. Учасники конференції представляли 10 країн: Україну, Росію, США, Канаду, Туреччину, Угорщину, Польщу, Молдову, Болгарію та В'єтнам.

Відкриваючи конференцію, директор Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, академік НАН України, член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права Ю. Шемшученко зазначив, що сучасне порівняльне правознавство є однією з найбільш розвинених, концептуально і методологічно наповнених юридичних наук.

Під час конференції було проведено п'ять майстер-класів: «Національна правова система і проблема рецесії права» (Халук Кабалиоглу, декан юридичного факультету Університету Єдитепе у Стамбулі, віце-президент Європейської асоціації юридичних факультетів), «Розуміння іноземного права зсередини» (Кетрін Валке, професор Університету Торонто), «Значення поняття «право» в порівняльно-правових дослідженнях і проблема їх об'єкта» (Чаба Варга, професор-дослідник Інституту правових досліджень АН Угорщини), «Порівняльні підходи в міжнародному праві» (Уільям Елліотт Батлер, професор Університету штату Пенсильванія), «Сучасні напрямки досліджень у порівняльному правознавстві» (Хашматулла Бехруз, професор Національного університету «Одеська юридична академія»); три пленарних засідання: «Теоретико-методологічні питання порівняльного правознавства», «Правові системи сучасності: класифікація, взаємодія, тенденції розвитку», «Діалог праворозуміння, права людини і порівняльне правознавство»; секційні засідання; одинадцять презентацій наукових та науково-методичних видань.

Жваву дискусію викликав майстер-клас філософсько-правової спрямованості професора Ч. Варги, на якому розглядалися питання про зміст і співвідношення явищ, що позначаються термінами «закон» і «право», розмежування яких є, на його думку, необхідним для визначення належного об'єкта правового порівняння. У центрі уваги вченого перебували дві ключові проблеми: 1) формалізація норм права в законі у процесі правотворчості і роль юридичної техніки у цьому процесі; 2) потенціал закону і його актуалізація у реальних умовах в процесі правозастосування, насамперед у конституційному правосудді. Професору близька ідея *dynamei*, згідно з якою незалежно від правозастосування закон несе в собі потенціал, який може актуалізуватися в щось більше за допомогою формально-юридичних дій і отримати онтологічне існування під впливом суспільного буття. Виходячи з цього засновку, закон може виступати у двох іпостасях: перша — однорідна формальна субстанція, друга — практична дія, зумовлена нагальними потребами. Евристичну значущість мав фінальний висновок Ч. Варги щодо необхідності формування нового рівня порівняльно-правових досліджень — сутнісного порівняння норм права з урахуванням правозастосовної практики, особливостей лінгвістичних способів і засобів, правової культури, правової ідеології як особливого роду професійної деонтології та інших факторів.

Ключовими питаннями на конференції стали проблеми філософії, теорії та методології порівняльного правознавства, різні аспекти яких були висвітлені у виступах О. Тихомирова «Просторовий вимір права», присвяченому обґрунтуванню актуальності і необхідності осмислення правової реальності в контексті

просторової форми її існування; О. Ткаченка «Правове порівняння у структурі інтелектуального простору юриспруденції: експозиція постметафізичної ситуації», присвяченому сучасному правознавству, яке вимагає експлікації структур правового пізнання. Як інтелектуальний простір воно має охоплювати сфери суцього і його осмислення у сфері буття: першій відповідають конструкції юридичної догматики, другій — правове порівняння як юридична деконструкція.

У ряді виступів розглядалися проблема використання різних концептуальних підходів і методів у дослідженні порівняльного правознавства, зокрема у виступах В. Завальнюка «Антропологічний метод у дослідженні правових систем», де представлена взаємодія дослідницьких програм юридичної антропології та порівняльного правознавства та продемонстровано значення антропологічного методу для дослідження правових систем; І. Ситара «Методологія акультураційних процесів у контексті синергетичних підходів», де було окреслено особливості використання порівняльно-правового методу як фундаментальної основи дослідження акультураційних процесів та порівняльного правознавства в цілому; О. Халабуденка «Конструкція і деконструкція: посткласичний підхід до порівняльного правознавства», присвячений способам вирішення комплексу філософсько-методологічних проблем, що виникають у порівняльному правознавстві; К. Горобця «Структуралізм і постструктуралізм в методології порівняльно-правових досліджень», що висвітлює структуралістські і постструктуралістські основи методології сучасного порівняльного правознавства; В. Муллер «Методологічна роль герменевтичних канонів Е. Бетті в порівняльному правознавстві» з аналізом когнітивних можливостей застосування герменевтичних канонів, розроблених італійським ученим Е. Бетті в порівняльно-правовій науці; М. Абсайтової «Методологічні аспекти осягнення істини в порівняльно-правових дослідженнях», де запропоновано оригінальний погляд на проблему осягнення істини в порівняльно-правових дослідженнях тощо.

V Міжнародна наукова конференція «Компаративістські читання», як видається, мала істотне значення з точки зору пошуку філософсько-методологічних парадигмальних орієнтирів порівняльно-правових досліджень, концептуальних установок і комунікативних мотивацій для сучасних юристів. Необхідність формування нового юридичного мислення і вимог до юридичної професії детермінується зміною основ суспільно-політичного життя сучасного суспільства. За доби глобалізації саме порівняльне правознавство стає системоутворюючим фактором у формуванні мислення сучасного юриста.

Х. БЕХРУЗ

*доктор юридичних наук,
професор кафедри права Європейського Союзу
та порівняльного правознавства
(Національний університет «Одеська юридична академія»)*

О. КРЕСІН

*кандидат юридичних наук, доцент,
член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права,
керівник Центру порівняльного правознавства
(Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України)*

МІЖНАРОДНИЙ СИМПОЗИУМ «ФІЛОСОФІЯ І СУЧАСНЕ МІЖНАРОДНЕ ПРАВО»

(13–14 травня 2013 р., Санкт-Петербург, Росія)

13–14 травня 2013 р. у м. Санкт-Петербурзі відбувся Міжнародний симпозиум «Філософія і сучасне міжнародне право», організатором якого виступив Санкт-Петербурзький державний університет спільно з Університетом Буенос-Айреса (Аргентина). Як зазначив у вітальному слові всесвітньо відомий філософ права, професор Університету Буенос-Айреса Є. Булигін, особлива значущість цього форуму полягає не тільки в тому, що він зібрав вчених із багатьох країн світу, а й насамперед у тому, що він вкотре об'єднав зусилля юристів та філософів у вирішенні актуальних проблем міжнародного права.

Учасники симпозиуму розпочали роботу з осмислення філософських підстав міжнародного права. Так, І. Осипов (Санкт-Петербург, Росія) у своїй доповіді привернув увагу до особливих умов, у яких формувалась російська правова культура, та домінуючої в її розвитку тенденції до універсалізму. Доповідь викликала жваву дискусію, зокрема, Є. Булигін підняв питання щодо сумісності релігійності та демократії в контексті російської правової дійсності. У методологічному ключі тему універсалізму продовжив А. Поляков (Санкт-Петербург, Росія), доповідь якого була присвячена проблемам модернізації філософії і теорії права в умовах глобалізації. Йшлося, зокрема, про актуалізацію комунікативного підходу, що розглядає право як систему інституційної міжсуб'єктної взаємодії на основі специфічних текстів і, таким чином, дає можливість відрізнити нормативний правовий порядок від свавілля. Особливий акцент було зроблено на теорії прав людини, що в контексті згаданого підходу розглядається як антрополого-комунікативна конструкція, яка не зводиться ані до позитивізму, ані до природно-правових концепцій.

Логічним продовженням рефлексії феномену суб'єктивних прав стала доповідь Р. Гібурга (Буенос-Айрес, Аргентина). Залежно від конфігурації кореспондуючих обов'язків автор розташував права за шістьма рівнями сили: від негативного дозволу, коли якусь дію просто не заборонено (наприклад, право слухати музику), до обов'язку певних суб'єктів надати допомогу особі, яка бажає здійснити якусь дію, але натрапляє при цьому на певні перешкоди (як-от право на правовий захист). У такий спосіб доповідач намагався виявити суперечності між тими моральними смислами, якими наділяються права у сучасному політико-правовому дискурсі, та існуючою практикою їх реалізації. Продовжуючи осмислення етичної проблематики, О. Спектор (Буенос-Айрес, Аргентина) взагалі ставить питання про недоречність морального дискурсу в сучасній системі міжнародного права. На думку доповідача, концепції, що вдаються до моральної легітимації права (як природно-правові, так і позитивістські), неодмінно стикаються з проблемою епістемологічних прогалів. Остання ж може бути вирішена лише за умови існування в суспільстві інститутів, уповноважених визначати істину. Так, наприклад, принцип відновлювальної справедливості може бути реалізований у

вигляді покарання агресора лише за умови існування відповідної системи кримінального правосуддя. Тому правові інститути є скоріше передумовою ідеальної моралі, а не її відображенням. При цьому міжнародне право не пропонує такої системи виявлення істини, тому неможливе втілення ідеальної моралі, наприклад, у міжнародному гуманітарному праві. Дискусія, що розгорнулася навколо доповіді, стосувалася передусім уточнення поняття ідеальної моралі та характеру її зв'язку з нормами міжнародного права. Практичний вимір проблеми універсальності було розглянуто у доповіді Х. Руїз Манеро (Аліканте, Іспанія), присвяченій критиці партикуляристських концепцій узгодження конституційних принципів Л. Феррайолі і Б. Челано. Особливий інтерес у слухачів викликала теза останнього щодо реконструкції нормативної системи в кожному випадку такого узгодження на підставі врахування конкретних обставин, незважаючи на те, що отримане в результаті узгодження правило все ж залишається оспорюваним.

Слід зазначити, що з аналітикою та логікою нормативних систем, зокрема, з теорією нормативних систем К. Альчуррона та Є. Булигіна була пов'язана одна з центральних тематичних ліній симпозиуму. Полемізуючи з авторами «Нормативних систем», Х. Зулета (Буенос-Айрес, Аргентина) виступив із критикою запропонованого ними поняття правопорядку як послідовності правових систем у часі, тобто множини множин норм. На думку доповідача, таке розуміння правопорядку не відповідає його меті, ба більше, робить концепцію правопорядку взагалі непотрібною. З деякими уточненнями виступила також М. Редондо (Генуя, Італія). Зокрема, на думку Є. Булигіна, твердження, що містять зобов'язання, заборону та дозвіл, є невизначеними, тобто можуть як позначати емпіричний факт, підтверджуючи валідність норм у дескриптивному сенсі, так і висловлювати певне ставлення до цього факту, надаючи йому абсолютної, або моральної, валідності. Натомість доповідач із позицій нередукціоністського позитивізму заперечує обидва варіанти, висуваючи тезу про те, що в даному випадку йдеться про нормативний факт і, відповідно, внутрішню валідність норми, яка разом з тим залежить від людської поведінки, обставин місця і часу. Автор, таким чином, пропонує позитивізму використати конструктивістську концепцію для пояснення різновидів речень.

У доповіді, присвяченій історії, сучасному стану та перспективам взаємодії логіки та права, із відповіддю на висловлені зауваження виступив сам автор теорії нормативних систем. Є. Булигін проаналізував існуючі здобутки в галузі деонтичної логіки та окреслив коло проблем, які ще очікують свого вирішення. Серед останніх чи не найскладнішою, на думку доповідача, є проблема, що склалася навколо поняття правової системи. Так, Х. Зулета відкидає ідею правової системи як динамічної послідовності на підставі того, що самі послідовності є лише множини, і введення в дію норми призводить до появи нової множини норм, і, відповідно, до їх нової послідовності. Є. Булигін же наголошує на тому, що ідентичність послідовностей визначається не ідентичністю множини норм, а ідентичністю критеріїв їх ототожнення, головний серед яких — перше постановлення, що є початком правового порядку. Таким чином, послідовність може бути визначена як послідовність всіх систем, що містять перше постановлення. У цілому ж автор відзначив складність розглянутої проблеми та закликав слухачів до подальших дискусій.

Підсумковою у програмі пленарних засідань як хронологічно, так і змістовно, стала доповідь В. Графського (Москва, Росія), у якій він активно підтримав ідею

взаємодоповнюваності і взаємопідтримки правових норм та моральних вимог у контексті міжнародних відносин, усупереч домінуючій сьогодні доктрині та практиці політичного реалізму, яка, на переконання доповідача, виключає як повагу до людської гідності та прав людини і громадянина, так і орієнтацію на загальне благо.

Друга частина симпозиуму пройшла у секційних засіданнях за тематичними напрямами: «Філософські підстави міжнародного права», «Моральні цінності і правові норми в контексті міжнародного права», «Аналітика і логіка нормативних систем», «Нормативні системи і міжнародне право». У симпозиумі взяла участь велика група вчених з України, які виступили з такими доповідями: «Дерріда і філософія права: деконструкція між законом і справедливістю» (Ю. Азарова, Харків), «Логічні аспекти взаємодії моралі і права» (Я. Богданова, Харків), «Ступінь визначеності політичної норми у форматі норм міжнародного права» (Н. Гаврилов, Донецьк), «Універсальність прав людини в контексті глобального правового порядку» (С. Максимов, Харків), «Соціально-психологічний аналіз ціннісних конфліктів у сучасному нормативному полі» (О. Невельська-Гордєєва, Харків), «Актуалізація соціальних доктрин і міжнародне право: філософсько-антропологічний аспект» (О. Никитченко, Одеса), «Історична справедливість і відповідальність: на межі правового» (Н. Сатохіна, Харків).

Важливою подією стала презентація в рамках симпозиуму видання «"Нормативные системы" и другие работы по философии права и логике норм», яке охоплює російські переклади низки класичних робіт у галузі логіки норм та філософії права К. Альчуррона та Є. Булігіна, а саме: «Нормативні системи», «Експресивна концепція норм», «Про поняття нормативного порядку», «Дозвільні норми та нормативні системи», «Час та валідність», «Кельзен про проблему валідності», «Коли право мовчить» та ін. Над перекладами з англійської, іспанської та німецької мов працював колектив перекладачів під керівництвом О. Лисанюк. Автор «Нормативних систем» відзначив особливу значущість перекладу цих праць рідною для нього російською мовою та висловив сподівання на те, що видання стане популярним у Росії.

У цілому в роботі симпозиуму взяли участь понад 80 вчених, які представляють 13 країн та майже 30 міст, що саме по собі вже свідчить про важливість запропонованої проблематики. А численні дискусії навколо етичної складової міжнародного права тільки підтверджують актуалізацію філософського дискурсу в контексті сучасних глобальних викликів. Статті учасників симпозиуму, написані за результатами оголошених на ньому доповідей та їх обговорення, планується опублікувати в журналах «Известия высших учебных заведений. Правоведение» та «Российский ежегодник теории права».

С. МАКСИМОВ

*доктор юридичних наук,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри філософії
(Національний університет «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)*

Н. САТОХІНА

*кандидат юридичних наук, асистент кафедри філософії
(Національний університет «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)*

ПРАВОВЕ ВИХОВАННЯ В КОНТЕКСТІ СОЦІОКУЛЬТУРНОГО РОЗВИТКУ СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ: ВСЕУКРАЇНСЬКА НАУКОВО-ПРАКТИЧНА КОНФЕРЕНЦІЯ «ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО ВИХОВАННЯ В СОЦІОКУЛЬТУРНОМУ ЗНАННІ»

(15 травня 2013 р., Харків)

15 травня 2013 р. у Національному університеті «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» відбулася Всеукраїнська науково-практична конференція «Теоретичні та практичні проблеми правового виховання в соціокультурному знанні». Ця зустріч, в якій взяли участь представники провідних вищих навчальних закладів та громадських організацій України, продовжує серію заходів, спрямованих на вдосконалення концепції правового виховання в Україні.

Головними завданнями конференції організатори вважають репрезентацію світоглядних та методологічних основ рефлексії правового виховання, дослідження практичних моделей правового виховання, аналіз взаємозв'язку правового виховання та правової культури як факторів розвитку української державності, обговорення стану й перспектив розвитку правової культури та правового виховання в сучасній Україні.

У вступній промові голова оргкомітету академік НАПрН України А. Гетьман наголосив на практичному значенні результатів правових досліджень для розв'язання стратегічних завдань розвитку правової держави та громадянського суспільства в Україні, враховуючи євроінтеграційну спрямованість її історичного руху, що, у свою чергу, передбачає ретельне осмислення та творчу адаптацію правових практики країн із розвиненими демократичними традиціями.

А. Гетьман також зазначив, що міждисциплінарний характер правових проблематики обумовлює необхідність її комплексного дослідження за участю наукових колективів як споріднених суспільно-гуманітарних кафедр вузів юридичного профілю, так і галузевих правознавчих кафедр. Цінним надбанням у цьому сенсі вбачається досвід підготовки й видання монографії «Правове виховання в сучасній Україні» під керівництвом Президента Національної академії правових наук України, ректора Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» академіка НАН України В. Тація. Вагомі кроки на цьому шляху, на думку А. Гетьмана, вже зроблені: зокрема, у навчальний план університету включено спеціальну дисципліну «Філософські проблеми правового виховання» для студентів усіх форм навчання.

Говорячи про проблеми оптимізації правового виховання в сучасній Україні, професор О. Данильян зазначив, що головним напрямом має бути створення комплексної багатоступінчастої системи правової освіти, що покликана забезпечити безперервність правових дій серед усіх верств населення та сфор-

мувати необхідний рівень правосвідомості й правової культури. Ця програма передбачає, зокрема, оновлений правовий лікнеп, піднесення загальної моральності громадян, диференційовану популяризацію правових знань тощо.

Сполучаючи правове та естетичне у виховному процесі, професор О. Бурова наголосила, що у коло роздумів необхідно внести фігуру суб'єкта, який, діючи заради задоволення власних потреб, має навчитися поважати гармонізуючі нормативні обмеження на користь подібних потреб інших. Доповідачка показала також приховані можливості впливу на правову регуляцію, зосереджені в естетиці юридичного мислення, юридичного тексту, правосудного процесу та ін.

У доповіді професора О. Дзьобаня йшлося про тісну взаємодію правових і моральних цінностей у процесі правового виховання. Було показано, що існування довготривалих ціннісних орієнтацій у праві стає можливим завдяки солідарній взаємодії права з мораллю, звичаями і звичаями приватно-сімейного або публічного життя.

Професор Ю. Калиновський говорив про особливості впливу правового виховання на відтворення соціального капіталу в сучасному українському суспільстві. Було обґрунтовано, що відтворення соціального капіталу повинно бути однією з цілей правового виховання та важливою умовою функціонування правового суспільства, яке розвивається на основі діючого законодавства та завдяки ініціативі й самоорганізації громадян.

Розглядаючи правову культуру українських громадян у контексті гуманітарного розвитку суспільства, професор О. Лозовой зазначив, що головним чинником, який сприяв би утворенню ефективного правового середовища, має стати програма правової просвіти населення, реалізацію якої забезпечуватимуть освітні структури, правоохоронні органи та органи місцевого самоврядування.

На пленарному засіданні обговорювались також проблеми правового виховання майбутніх юристів (професор Є. Мануйлов), взаємозв'язку правового менталітету та правового виховання (доцент С. Жданенко), сучасного стану правосвідомості українського суспільства (доцент Е. Кальницький), правової компетентності громадян України (доцент І. Коваленко), соціально-правової динаміки в умовах глобалізації (доцент О. Прудникова) та ін.

Організатори та учасники конференції висловили сподівання, що результати їх наукових доповідей та повідомлень стануть суттєвим теоретичним підґрунтям для розв'язання нагальних завдань у процесі підготовки та діяльності юристів, педагогічних кадрів, соціальних працівників, психологів, які безпосередньо пов'язані з правовиховною практикою.

О. ДАНИЛЬЯН

*доктор філософських наук, професор,
завідувач кафедри філософії*

*(Національний університет «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)*

І. КОВАЛЕНКО

*кандидат філософських наук,
доцент кафедри філософії*

*(Національний університет «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)*

МІЖНАРОДНА НАУКОВА КОНФЕРЕНЦІЯ «СВІТ ЛЮДИНИ: НОРМАТИВНИЙ ВИМІР-3»

(13–15 червня 2013 р., Саратов, Росія)

13–15 червня 2013 р. у Саратовській державній юридичній академії відбулася чергова щорічна конференція, присвячена феномену нормативності.

Завдяки організатору конференції, проф. І. Невважаю (СДЮА, Саратов, Росія), на цей захід зібралися не тільки правознавці, а й ряд відомих фахівців у галузях філософії, етики, соціології. Зазначеним фактором було обумовлено ряд цікавих – міждисциплінарних – дискусій, які створювали передумови для комплексного підходу до досліджуваної проблеми.

Заявлена проф. І. Невважаєм тема нормативності була обумовлена як загальними філософськими потребами осмислення тієї ролі, яку відіграють норми у людському бутті, так і наявністю тієї галузевої (правової, етичної, соціологічної тощо) специфіки, яка трансформує «абстрактність» філософських підходів у емпіричну площину окремих дисциплін. Отже, екстраполяція філософських ідей на терени права, політики, соціуму та, з іншого боку, наповнення цих ідей емпіричним матеріалом конкретних наук створила ту неповторну творчу атмосферу, яка сприяла жвавому обговоренню основних питань конференції: філософських проблем нормативності, раціональності етичного і політичного, легітимності і раціональності права.

Науковий захід розпочався з доповіді проф. І. Невважая, який наголосив на кризі легітимності та, як вихід з неї, запропонував переосмислити раціональність правової філософії: від *de facto* до *de jure*. Як філософсько-методологічний фундамент для цього доповідач запропонував концепцію *правової філософії*,



яка, на відміну від *філософії права* як складової правознавства, є тим філософським підходом, що уможлиблює дослідження законодавчої функції людської екзистенції, процес конституювання різних форм раціональності людського буття¹. Співвідношенню моральності (рос. — нравственности) та легітимності був присвячений виступ відомого російського етика проф. Р. Апресяна (ІФ РАН, Москва). У надзвичайно цікавій промові іншого російського філософа, О. Савіна (ІФ РАН, Москва), було розкрито проблеми нормативного соціального порядку. Зокрема, досить плідною здається висунута останнім ідея про те, що збільшення тиску з боку держави створює т. зв. «протестне суспільство», внаслідок чого вищих форм легітимності набувають засоби спротиву суспільства державі. Привернули увагу слухачів також доповіді проф. А. Полякова (СПбДУ, Росія) (який зупинився на аналізові комунікативного підґрунтя вчення відомого російського філософа С. Франка) та Ю. Пермякова (СДУ, Самара, Росія), який розглянув метаморфози легітимності у сучасному російському суспільстві.

Також цікавими були виступи проф. А. Павленка (Москва, ІФ РАН), С. Касаткіна (Самара), С. Моїсеєва (Новосибірськ), Ю. Ветютнева (Волгоград) та ін. Викликала дискусії з О. Савіним (щодо особливостей експлікації вчення М. Гайдеггера на право) та С. Касаткіним (щодо співвідношення правового позитивізму та динамічного праворозуміння) і доповідь автора цього огляду, присвячена нормативності у контексті концепції темпоральної онтології права.

Насамкінець слід особливо відзначити гостинність організаторів (які люб'язно взяли на себе витрати, пов'язані з приїздом і розміщенням учасників), а також надзвичайно високий філософсько-правовий і загальнометодологічний рівень конференції. Будемо сподіватися, що цей захід відбудеться і наступного року, знову надавши можливість живого спілкування і вільного руху нових та цікавих ідей.

О. СТОВБА

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри теоретичної і практичної філософії

(Харківський національний університет імені В. Н. Каразіна)

¹ На запрошення автора цього огляду проф. І. Невважай люб'язно погодився викласти ці ідеї у вигляді окремої статті для нашого часопису.

XXVI ВСЕСВІТНІЙ КОНГРЕС З ФІЛОСОФІЇ ПРАВА І СОЦІАЛЬНОЇ ФІЛОСОФІЇ «ПРАВА ЛЮДИНИ, ДЕМОКРАТІЯ, ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ТА СУЧАСНІ СОЦІАЛЬНІ ВИКЛИКИ В СКЛАДНИХ СУСПІЛЬСТВАХ»

(21–26 липня, 2013 р., Белу-Орізонті, Бразилія)

З 21 по 26 липня 2013 р. у м. Белу-Орізонті, Бразилія, відбувся XXVI Всесвітній конгрес з філософії права і соціальної філософії, який проходив під егідою Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (IVR). Приймала Конгрес Бразильська асоціація філософії права і соціальної філософії (ABRAFI) у співпраці з кількома організаціями та університетами. Основні заходи проходили в одному з найбільших університетів країни, в якому навчається 31 тисяча студентів та 15 тисяч магістрів і докторантів, – Федеральному університеті Мінас-Жерайс (*Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG*).

Тема Конгресу – «Права людини, демократія, верховенство права та сучасні соціальні виклики в складних суспільствах». Як відзначили організатори форуму, важливість обраної теми обумовлена, з одного боку, загостренням проблеми у країнах, що розвиваються, як-от Бразилія, необхідності урівноваження інтере-

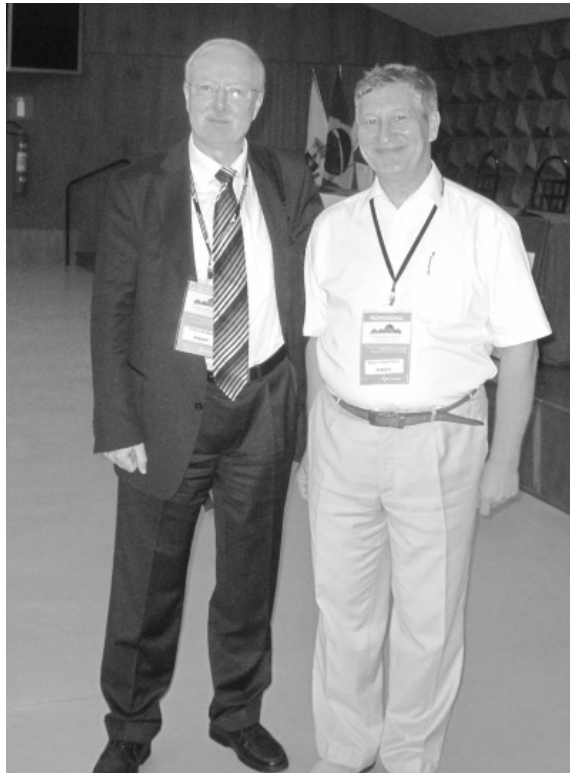


Президент оргкомітету Конгресу, професор Марсело Галуппо
(Федеральний університет Мінас-Жерайс, Белу-Орізонті),
Президент Бразильської асоціації філософії права і соціології права

сів інтенсивного економічного розвитку та захисту прав людини, а з другого — тим, що розвинені країни наразі зіштовхуються з критикою моделі, яку ними історично накладено на решту світу.

26 липня відбулися реєстрація та урочистий прийом учасників Конгресу в Палаці Свободи (колишня резиденція губернатора штату).

На церемонії відкриття Конгресу 22 липня своє вітальне слово учасникам наукового форуму адресували губернатор штату Мінас-Жерайс Антоніо Хунхо, мер Белу-Орізонті Масіо Ласерда і президент Спільки юристів штату Мінас-Жерайс Луїс Чавес, а також зі вступними промовами виступили Клеліо Дініз — ректор Федерального університету Мінас-Жерайс; Ульфрід Нойман — професор Франкфуртського університету —



Президент IVR Ульфрід Нойман
і професор С. Максимов

президент IVR; Марсело Галуппо, професор ФУМС, президент Бразильської асоціації філософії права та соціології права, президент оргкомітету Конгресу.

Наукова діяльність Конгресу відбувалася у форматах пленарних засідань, робочих груп і спеціалізованих семінарів. Пленарні засідання розпочалися 22 липня з доповіді **С. Уїкс**, доктора права (Оксфорд), старшого наукового співробітника Університету Кейптауна — «Змагальна демократія та верховенство права (законів) у плюралістичних суспільствах: приклад Південної Африки». Наступним виступив переможець премії IVR для молодих вчених **Ж. Бубліц** (Університет Гамбургу) із доповіддю «Свобода думки в епоху нейрології: пропозиції щодо відродження забутого фундаментального права».

23 липня були заслухані доповіді **М. Селлерса**, професора Університетської системи штату Меріленд (США), президента відділення IVR у США, директора Центру міжнародного і порівняльного права у Балтиморі (США) — «Право, розум та емоції» і **Т. Кемпбела**, професора Університету Чарльза Стерта (Австралія), головного співробітника Центру прикладної філософії та суспільної етики «Права людини: демократичний шлях».

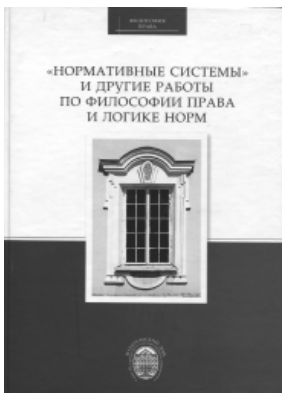
25 липня із пленарними доповідями виступили **Я. Морігіва**, професор Вищої школи права Нагойського університету (Японія), президент IVR у 2009–2011 рр. — «Істина у концепції “закон є закон”» і **С. Кірсте**, професор філософії права в Університеті Зальцбургу (Австрія) — «Право людини на демократію як наріжний камінь права».

26 липня свої доповіді оголосили **Н. Хорн**, професор Кельнського університету (Німеччина) – «Права людини: філософські основи і юридичні виміри» і **С. Лафер**, почесний професор Інституту міжнародних відносин Університету Сан-Паулу (Бразилія), міністр закордонних справ Бразилії у 1992 р. – «Права людини та їх виклики в сучасному світі: рефлексії щодо розвитку думки і дії». Завершила наукову програму Конгресу доповідь **М. Густін**, доктора філософії права, професора Федерального університету Мінас-Жерайс (Бразилія) «Соціальне управління спільнотами з точки зору периферичного вилучення: фундаментальні питання про його ефективність».

На засіданнях 37 робочих груп деталізувалася й розвивалася загальна тема Конгресу. На 64 спеціальних семінарах відбувалися дискусії на інші теми, які були запропоновані учасниками Конгресу. Офіційна мова заходу – англійська. Водночас деякі спеціальні семінари відбувалися португальською мовою. У роботі Конгресу взяло участь 908 вчених із 57 країн. Зокрема, Україну з доповіддю «Універсальність прав людини та культурні відмінності» представляв С. Максимов (Харків), Росію із доповіддю «Нормативність і фактичність у соціології права Ойгена Ерліха» – М. Антонов (Санкт-Петербург). На засіданні Виконавчого комітету IVR було прийнято рішення, що наступний XXVII Всесвітній конгрес Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії за темою «Право, розум та емоції» відбудеться 27 липня – 1 серпня 2015 р. у м. Вашингтон, США.

С. МАКСИМОВ
*доктор юридичних наук,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри філософії
(Національний університет «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)*

НОРМАТИВНІ СИСТЕМИ **(рецензія В. Смородинського** **на збірку перекладів праць К. Альчуррона** **та Є. Булигіна «“Нормативні системи” та інші** **праці з філософії права та логіки норм»)**



На вулиці вітчизняних теоретиків і філософів права свято: надруковано довгоочікуваний російський переклад основних праць К. Альчуррона та Є. Булигіна під загальною назвою «“Нормативні системи” та інші праці з філософії права та логіки норм»¹. До цієї збірки увійшла їхня спільна класична праця з юриспруденції «Нормативні системи» (це її друге видання²) та десять статей, що були написані ними як самостійно, так і у співавторстві з іншими науковцями. Особливо цінним є те, що, за твердженням самого Є. Булигіна, «ця книга відображає якщо не всі, то майже всі праці обох авторів». Збірку відкриває велика за обсягом і значна за змістом

передмова перекладачів і редакторів цього видання — відомих російських правознавців М. Антонова та О. Лисанюк, завдяки кропіткій роботі яких це видання відбулося. Цю передмову слід розглядати як окрему важливу працю з філософії права, метою якої є бережне введення оригінальних, часто-густо незвично складних ідей К. Альчуррона та Є. Булигіна у матерію вітчизняного філософсько-правового дискурсу щодо природи та змісту права.

Карлос Едуардо Альчуррон (1931–1996) — аргентинський філософ, один із найкращих логіків Аргентини, багато років викладав філософію права і логіку на філософському факультеті університету Буенос-Айреса. Євген Вікторович Булигін (нар. 1931 р. у м. Харкові) — відомий аргентинський теоретик права, професор університету Буенос-Айреса. Ці визнані науковці понад сорок років працювали разом та видали низку спільних книг і статей. Найвідомішою спільною їх працею є саме «Нормативні системи». Уперше її

¹ «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм / К. Э. Альчуррон, Е. В. Бульгин, П. Герденфорс, Д. Макинсон ; под ред. Е. Н. Лисанюк. — СПб. : Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2013. — 380 с.

² Перше видання див.: Альчуррон К. Э., Бульгин Е. В. Нормативные системы / К. Э. Альчуррон, Е. В. Бульгин ; пер. с англ. М. В. Антонова ; под науч. ред. Е. В. Бульгина, Е. Н. Лисанюк // Рос. ежегодник теории права. — 2010. — № 3 / под ред. А. В. Полякова. — СПб. : Изд. дом СПбГУ, 2011. — С. 309–472.

було видано в 1971 р. англійською мовою, у 1975 р. — іспанською, у 1994 р. — німецькою. Це є класична, визнана науковцями різних країн, робота з високим індексом цитування. Є. Булігін у передмові до російського видання підкреслює, що «Нормативні системи» — це книга саме з філософії права й призначена для правників. Утім і науковці-логіки вважають її «свою» як класичну працю в галузі деонтичної логіки. І це природно — адже ця робота не тільки підсумовує результати попередніх досліджень логіки норм стосовно теорії права, а й визначає шляхи подальшого розвитку цих галузей знань.

Право трактується К. Альчурроном і Є. Булігіним передусім як система норм (що обумовлює безумовну належність авторів до школи юридичного позитивізму). Є. Булігін у передмові зазначає, що в цьому розумінні права нема нічого нового. Усі значні правники та філософи права — від Томи Аквінського до Г. Гроція, С. фон Пуфендорфа, Ф. К. фон Савіньї, Р. фон Ієринга та Г. Кельзена, використовували щодо права термін «система», точно не визначаючи це поняття. Саме заповнення цієї прогалини, за словами Є. Булігіна, є однією з головних цілей книги. У ній сформульовані точні дефініції таких важливих для правників понять, як норма поведінки, нормативна система та її головні з точки зору авторів атрибути: повнота (відсутність прогалин, юридичних лакун), несуперечливість тощо. Отже, «Нормативні системи» та інші праці, що містяться у збірці, крім іншого, складають розвинену методологічну базу майбутніх досліджень як проблем юридичної (передусім судової) практики, так і взагалі неопрацьованої вітчизняним правознавством теорії юридичної аргументації. Вбачається, що знайомство з цими працями, їх ретельний аналіз неодмінно внесуть значні корективи до наших поглядів на такі усталені юридичні конструкції, як правова система, правовий порядок, прогалини у праві тощо, а також певним чином до концепту права загалом.

Слід зазначити, що дослідження нормативних систем (зокрема судових), здійснене К. Альчурроном та Є. Булігіним, є складовою міцного доктринального фундаменту, до створення якого безпосереднє відношення має ряд видатних західних теоретиків та філософів права, серед яких добре відомі в Україні та Росії Г. Кельзен, Г. Радбрух, А. Росс, Г. Харт, що є очевидними натхненниками авторів, а останній навіть брав активну участь у редагуванні «Нормативних систем». Таким чином, праці, що увійшли до збірки, займають важливе місце в контексті видатних правничих дискусій ХХ ст. щодо розуміння сенсу й змісту права, які продовжують точитися й у новому столітті, хоча й, на жаль, не так запекло.

Видання російського перекладу робіт К. Альчуррона та Є. Булігіна, безумовно, є важливою академічною подією як у теорії права, так і в логіці, філософії, відкриває нові обрії взаємодії цих галузей знань. Сподіваємося, що вкрай необхідну роботу з перекладу найзначніших творів зарубіжних теоретиків і філософів права буде продовжено.

В. СМОРОДИНСЬКИЙ
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії держави і права
(Національний університет «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)

ЧИ ДІЙСНА ЮРИДИЧНА ДІЙСНІСТЬ? (рецензія О. Стовби на монографію Г. Гаджиєва «Онтологія права (критичне дослідження юридичного концепту дійсності)»¹)



Останнім часом у російськомовному правознавстві спостерігається поява цілої низки робіт учених, що належать до різних галузей права, і які під час осмислення свого предмета не задовольняються існуючими рамками своїх спеціальностей, але звертаються до філософських засад права в цілому. Яскравим прикладом такої тенденції є монографія відомого російського вченого-конституціоналіста Г. Гаджиєва, в якій він робить спробу критичного аналізу юридичного концепту дійсності.

«Професійне мислення юриста в результаті втрачає найважливішу навичку — бачити повноту життя і в нього вчитися. Очі юриста застилає те, що я називаю символічними правовими структурами або знаками — юридичними поняттями, які лежать в основі позитивного права». З

такої шокуючої для професійних юристів заяви автор рецензованої монографії починає викладення своїх роздумів із приводу юридичної дійсності. Справді, юристи часто забувають про те, що оточуюча нас реальність може тлумачитись не тільки в правовому, але разом із тим і в естетичному, релігійному, моральному, економічному і в незліченній безлічі інших ракурсів. У той же час — і ця ситуація найбільш чітко виявляється в конституційному праві, яке оперує гранично загальними поняттями з максимальним смисловим навантаженням, — такі феномени, як «правова держава», «гідність особистості», «економічна свобода», відсилають до глибоких концепцій, часто належать до інших сфер: політики (держави), моралі (гідність), економіки (економічна свобода) та ін. Схожа ситуація складається, наприклад, і у цивільному праві, коли такі фундаментальні категорії цивілістики, як «річ», «особа», «свобода волевиявлення», не можуть бути осмислені виключно в межах методологічного апарату цієї науки.

Тим самим Г. Гаджиєв поволі підводить читача до концептуального постулату своєї роботи: будь-яке глибоке вивчення права (конституційного, цивільного, кримінального тощо) необхідним чином приводить до виходу за межі тієї чи іншої галузі і змушує перейти до філософсько-правового рівня осмислення. Автор переконаний, що філософсько-правове знання є дійсною підставою юриспруденції, а всі більш-менш значущі кроки вперед у цій сфері є результатом прикладання філософського знання до юридичної дійсності².

¹ Гаджиєв Г. А. Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности) / Г. А. Гаджиев. — М. : Норма, Инфра-М, 2013. — 320 с.

² Там само. — С. 6.

Такою загальною — методологічною — основою для дослідження проблем права російський правознавець пропонує «юридичний концепт дійсності». Це гранично загальна, абстрактна категорія, яка дозволяє охопити всі прояви права, у тому числі «віртуальну реальність» електронних правових операцій, «нематеріальну реальність» юридичних осіб, «позадержавну реальність» транснаціональних корпорацій і т. д. Результатом її екстраполяції на «наш» світ є виникнення «юридичної картини світу», тобто стійкої і взаємоузгодженої системи поглядів на світ і наше місце в ньому з точки зору юриспруденції.

При цьому слід мати на увазі, що відповідно до авторської позиції юридичний концепт насправді не є довільною методологічною конструкцією. Як підкреслює Г. Гаджиев, сам по собі юридичний концепт дійсності склався об'єктивно, це свого роду природна закономірність¹. Тим самим це своєрідний соціально-історично сформований світогляд, який сам по собі має стати не об'єктом догматичного постулювання, а предметом критичного філософсько-правового аналізу. У свою чергу, результати такого аналізу, початого Г. Гаджиевим, служать фундаментом для постановки та вирішення низки найважливіших проблем конституційного права: його онтологічної структури (що включає в себе позитивне і природне право, а також традиції і сформовану правозастосовну практику)², зв'язку спору та згоди як найбільш важливих універсальї онтології права, у тому числі конституційного та ін.³

Як до методологічної основи свого дослідження автор звертається до досягнень сучасних філософів у сфері онтології права. Так, він широко використовує концепцію правової реальності українського вченого С. Максимова⁴, аналіз онтологічної структури права, який здійснено німецьким філософом права А. Кауфманом⁵, розуміння права, що є «частиною порядку частини порядку», сформульоване німецьким правознавцем Е. Фехнером⁶, та ін. Це надає можливість автору методологічно обґрунтовано підійти до вирішення вказаних вище питань, не задовольняючись звичними для галузевих наук догматичними відповідями, але виходячи на філософсько-правовий рівень осмислення. Тим самим головною і беззаперечною перевагою монографії, що рецензується, є новизна постановки проблем та оригінальність пропонуванних шляхів їх розв'язання, що обумовлено перш за все сучасною філософсько-правовою методологією, яка використовується в роботі та дає підстави вважати цю монографію такою, що має доктринальне значення для науки конституційного права, а також становить значний інтерес у філософсько-правовому аспекті.

Разом із тим, як і кожен неординарний твір, робота Г. Гаджиева містить низку полемічних, спірних моментів.

¹ Гаджиев Г. А. Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности) / Г. А. Гаджиев. — М. : Норма, Инфра-М, 2013. — С. 23.

² Там само. — С. 188 і далі.

³ Там само. — С. 200 і далі.

⁴ Там само. — С. 123 і далі.

⁵ Там само. — С. 139 і далі.

⁶ Там само. — С. 144 і далі.

Так, перш за все звертає на себе увагу двоїстість авторського визначення юридичного концепту дійсності. Як стверджує російський правознавець, юридичний концепт дійсності з точки зору онтології права становить одну із важливих *методологічних категорій, онтологічну структуру* (курсив мій. — О. С.)¹. Суперечність цього положення полягає в тому, що якщо методологічна категорія — це своєрідний теоретичний конструкт, призма, крізь яку ми дивимося на дійсність, то онтологічна структура є чимось, що притаманне самій цій дійсності, тобто такою, що складає основоустрій буття досліджуваного явища. Іншими словами, *методологічна категорія є штучним* утворенням, яке спеціально вводиться у *гносеологічних* цілях вивчення явища, у той час як *онтологічна структура* є чимось *природним*, таким, що складає *онтологію* предметної сфери, яка вивчається. Тим самим автор не визначає онтологічний статус самого юридичного концепту дійсності — чи існує він у *свідомості* дослідника, або ж у *бутті* самого досліджуваного явища, тобто чи є юридичний концепт дійсності *результатом* філософсько-правової *рефлексії*, або ж *дорефлексивним* моментом правової реальності?

Уявляється, що причиною такої онтологічно-гносеологічної двоїстості є досить дискусійне авторське трактування філософії М. Гайдеггера, що використовується як загальнофілософська засада дослідження, як орієнтоване на аналіз буття, виходячи із внутрішньої індивідуальної свідомості людини². Як відомо, М. Гайдеггер принципово відмовляється від терміна «свідомість», тим самим відмежовуючи своє вчення — фундаментальну онтологію — від феноменології свідомості свого вчителя Е. Гуссерля. Новизна підходу М. Гайдеггера саме і полягала в тому, що він переорієнтував увагу з *рефлексії свідомості* суб'єкта, що пізнає, на його *буття* як таке, що передує усякій рефлексії і робить її можливою³. Власне, основна критика М. Гайдеггера на адресу Е. Гуссерля і зводилася до того, що, ігноруючи онтологічну різницю між буттям і сущим, останній не ставив питання про спосіб буття самої інтенціональної свідомості, внаслідок чого ставало неможливим онтологічне розрізнення феноменів свідомості й буття⁴. Оскільки Г. Гаджиев не враховує цього принципового моменту, юридичний концепт дійсності виявляється «розтягнутим» між сферами онтології і гносеології.

¹ Гаджиев Г. А. Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности) / Г. А. Гаджиев. — М. : Норма, Инфра-М, 2013. — С. 27.

² Там само. — С. 82.

³ Як вказує сам М. Гайдеггер, «феноменологія... має розкрити дійсність саме так, як вона показує себе *перш* (курсив М. Гайдеггера. — О. С.), ніж наука звертається до неї зі своїми питаннями, і як та дійсність, даність якої передує *питанням* науки (курсив мій. — О. С.)... Лише цим забезпечується підґрунтя для теорії наук, тобто, по-перше, для інтерпретації їх походження із донаукового досвіду, по-друге, для демонстрації їх підходу до попередньо даної дійсності, і по-третє, для визначення того, як на основі такого дослідження формуються поняття» (див.: Хайдеггер М. Прологомени к истории понятия времени / М. Хайдеггер. — Томск : Водолей, 1998. — С. 8).

⁴ Хайдеггер М. Прологомени к истории понятия времени / М. Хайдеггер. — Томск : Водолей, 1998. — С. 122 і далі.

Разом з тим вказані дискусійні моменти не слід розцінювати як недолік рецензованої монографії тією мірою, якою вони спонукають нас до подальшого осмислення згаданих проблем. Убачається, що саме в проблематизації юридичної дійсності, яка традиційно мислилась як дещо догматичне, і полягає справжня цінність цієї роботи, в якій, безсумнівно, є найголовніше — живий нерв оригінальної авторської думки.

О. СТОВБА
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теоретичної і практичної філософії
(Харківський національний університет імені В. Н. Каразіна)*

**АКТУАЛЬНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ
КОМПЛЕКСУ АКсіОЛОГіЧНИХ ІДЕЙ
У ФіЛОСОФії ПРАВА
ТА ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІЙ
ЮРИСПРУДЕНЦії
(рецензія С. Максимова
на монографію К. Горобця
«Аксіосфера права:
філософський і юридичний дискурс»)¹**



Уявлення про право як сферу цінного, що виникла як відповідь на тезу щодо формальної сутності права, його інструментальної природи, як констатація того, що право може мати власний зміст, власну наповненість, що відрізняє його від інших інститутів суспільства, — одна з ключових та найбільш принципових тез сучасної філософсько-правової думки. Зародження аксіологічного підходу в юриспруденції, який на пострадянському просторі асоціюється з іменами Н. Неновські, П. Рабіновича, В. Нерсесянца, ознаменував собою насамперед переосмислення методологічних засад природно-правових та позитивістських концепцій, їх синтезу в контексті цін-

нісного правового дискурсу, виходу на нові рівні осмислення правової реальності, в якій рівною мірою діють як норми, так і цінності. Більше того, аксіологічна тема в сучасній філософії права як у гносеологічному, так і в онтологічному напрямі, — це рух до виявлення унікальних граней правової сфери, її самобутності та спрямованості на використання специфічних засобів досягнення соціального компромісу.

Однак загострення проблематики правової аксіології пов'язане не лише з внутрішніми суперечностями в самій філософії права. Ціннісна тема має багато більш широкий спектр інтерпретацій, аніж догматичні суперечки. В епоху трансформацій аксіологія завжди набуває особливого статусу, наповнюється новими відтінками та проблемами. Сучасне право перебуває саме у стані докорінних змін не лише форми, а й змісту, структури, найбільш глибоких рівнів свого існування. Це передусім виводить до проблеми аксіологізації правового розвитку як протидії уніфікації правових систем та культур. У наш час очевидно, що збереження правової системи в її унікальності та самобутності — одне з найскладніших завдань, що стоїть перед окремими правовими культурами.

¹ Горобець К. В. Аксіосфера права: філософський і юридический дискурс : монографія / К. В. Горобець. — О. : Фенікс, 2013. — 218 с.

У цьому сенсі рух цінностей правової сфери, їх розвиток та трансформація, взаємодія, їх ранжування, центрування тощо — це пріоритетні напрями правової аксіології як сфери філософсько-правової думки.

У цьому контексті актуальність теми монографії К. Горобця не викликає сумнівів. Виявлення системних характеристик правових цінностей та цінностей права шляхом розгляду їх як деякого цілісного феномену — аксіосфери права, що розвивається за своїми внутрішніми тенденціями, має специфічну будову, особливим чином взаємодіє з позитивним правом та формує окремий напрям розгортання правової ідеї — дозволяє по-новому осмислити класичні та найновіші аксіологічні концепти філософії права.

Автор дослідження поставив собі за мету виявлення природи та структури аксіосфери права як системи правових цінностей та цінностей права. Слід зауважити, що така комплексна та широкомасштабна проблема, навіть при найпершому наближенні, справляє враження дуже складної та багатовимірної. Однак міцна та глибоко продумана методологічна база дослідження дозволила автору вибудувати цілісну струнку концепцію, що гармонійно вписується як у сучасну філософію права, так і загальнотеоретичну юриспруденцію.

Автор обрав методологічну позицію інтерсуб'єктивності в комунікативному її баченні як основу для свого дослідження. При цьому заслуговує на схвалення пропозиція К. Горобця розглядати цінності не просто як предмети дискурсу, але як певні ідеї, носіями яких можуть бути певні інтегративні суб'єкти, як-от нація, суспільство чи людство у цілому (с. 41–44). Такий погляд дозволив йому відійти від проблеми релятивізму та універсалізму у сприйнятті цінностей правової сфери та констатувати їх інтегративну, єднальну функцію.

Оригінальною та сміливою видається ідея автора щодо розгляду структури права як єдності догми права, цінностей правової сфери та суб'єктів, що взаємодіють у рамках правової ситуації (с. 70–79). Очевидно, автор тут намагається використати неklasичні погляди на природу догми права, що лише останніми роками починають ставати предметом дискусій та обговорень. Поглиблення цієї тези у подальших наукових розробках автора мають стати значним внеском у ці дискусії.

Можна констатувати, що автору вдалося реалізувати феноменологічне бачення правових цінностей. Використовуючи сучасні інтерпретації гуссерлівських ідей, К. Горобець справедливо говорить про подвійну природу правових цінностей, які є одночасно компонентами права, входять до його структури, і одночасно — засобами його пізнання, що використовуються як на рівні буденної правосвідомості, так і на рівні наукового осмислення проблем правової реальності. Заслуговують на увагу авторські роздуми щодо відплатної (реактивної) та ініціативної (активної) справедливості, що аналізуються в контексті співвідношення морального, релігійного та правового сприйняття ідеї справедливого.

Монографічне дослідження К. Горобця було б неповним, якби у ньому не розглядалися проблеми співвідношення аксіосфери права та системи позитивного права, яку автор пропонує іменувати нормосферою. Цікавим є розгляд компонентів нормосфери за двома напрямками: система правових норм та система правових принципів. Відштовхуючись від позитивістського бачення норми як наказу, закону, автор не лише доводить хибність цієї позиції, а й демонструє

принципову відмінність між правовими нормами та принципами, які виступають, відповідно, нормативними вимогами та нормативними необхідностями. Метафоризацію правових принципів як певних законів, що організують правовий простір, можна вважати вдалим підходом до визначення глибинних основ правової нормативності (с. 127).

Третій розділ монографії автор присвятив тим аспектам теми, що мають безпосередній вихід на практичну сферу. Тут особливу увагу заслуговує думка, що цілісність аксіосфери та нормосфери права забезпечується за допомогою феномену верховенства права — особливої правової цінності, що, на думку К. Горобця, виражає інструментальний аспект справедливості. При цьому верховенство права виступає критерієм визначення власної цінності права, а ступінь ефективності реалізації цього принципу є індикатором відповідності нормосфери права його аксіосфері. У розрізі розгортання ідеї щодо ролі верховенства права логічними виглядають авторські ідеї щодо філіації та інституціалізації цінностей правової сфери.

Водночас, розглядаючи особливості філіації цінностей правової сфери як процесу взаємодії аксіосфери та нормосфери права, що виражається в наповненні нормативної складової права правовими цінностями та цінностями права, автор чомусь безпідставно оминув питання принципів права. Хоча саме принципи права є тією проміжною ланкою, яка поєднує аксіосферу та нормосферу права, адже саме через закріплення у принципах права (які і визначають загальну спрямованість права) правові цінності знаходять свій прояв у нормах права. Можливо, це пов'язано з тим, що принципи права автор відносить насамперед до нормосфери права (с. 127–128). Утім складно погодитися з цією тезою з огляду на те, що саме за допомогою принципів права відбувається актуалізація цінностей справедливості, рівності свободи, на рівні вирішення конкретних правових ситуацій (наприклад, при застосуванні аналогії права).

У підсумку все наведене дозволяє констатувати, що монографія К. Горобця є істотним внеском у розвиток сучасної правової аксіології, відкриває нові аспекти буття цінностей правової сфери, визначає шляхи практичного використання надбань правової аксіології як філософсько-правової концепції у правовому житті.

С. МАКСИМОВ
*доктор юридичних наук,
 член-кореспондент НАПрН України,
 професор кафедри філософії
 (Національний університет «Юридична академія України
 імені Ярослава Мудрого»)*

УРОБОРОС II, АБО ПРОЛЕГОМЕНИ ДО СЕМІОТИКИ ПРАВА (рецензія Д. Бочарова на монографію О. Балинської «Семіотика права»)



Продувати сиквели — справа невдячна. У більшості випадків сиквели значно поступаються первинному твору за всіма параметрами і мають на меті лиш одне — витиснути з його популярності щось і для себе. Коротко кажучи, ліпше б тих сиквелів не знімали й не писали...

Звернутись до формату сиквелу, давши рецензії вже використану раніше назву, мене змусила видана цьогогоріч монографія¹ львів'янки О. Балинської. Але не тому, що ця книга стилістично чи концептуально схожа на книгу В. Речицького «Символічна реальність і право»² — адже це цілком самостійні твори — радше тому, що в обох

право постає подібним до змія, який заковтує власний хвіст, поглинаючи й одночасно запліднюючи сам себе³. Право також водночас обмежує і стимулює, впливає й становить об'єкт впливу, перебуває в русі й залишається стабільним.

Усвідомленням цієї властивої праву амбівалентності (с. 136) просякнута вся «Семіотика права», головним лейтмотивом якої виступає думка про знакову, «символічну» природу правої дійсності. Власне, ця думка — те спільне, що єднає роботи О. Балинської та В. Речицького й зумовлює однойменність присвячених їм рецензій.

«Семіотика права» О. Балинської складається з п'яти розділів. Перший розділ — *Семіотичні форми буття права* — присвячений виявленню онтологічної природи права як семіотичної системи, а правової дійсності — як семіосфери (у термінології Ю. Лотмана). У зв'язку з цим авторка розглядає як сутнісні характеристики права його «інформаційну сигнальність», «суспільну законодавність», «вербальну та матеріальну знаковість». Тут-таки розкривається гносеологічний аспект правового знаку як основного поняття семіотики права і міститься авторське визначення правового знаку як емпіричного матеріального носія інформації, що його суб'єкти правовідносин сприймають на чуттєвому рівні у процесі правової комунікації як відтворення, уособлення якогось об'єкта

¹ Балинська О. М. Семіотика права : монографія / О. М. Балинська. — Л. : ЛьвДУВС, 2013. — 416 с.

² Речицкий В. В. Символическая реальность и право / В. В. Речицкий. — Львов : ВНТЛ-Классика, 2007. — 732 с.

³ Детальніше див.: Бочаров Д. Уроборос або Символічна реальність і право / Д. Бочаров // Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : статті учасників Четвертого всеукраїнського «круглого столу» (м. Львів, 28–29 листоп. 2008 р.). — Л. : Край, 2009. — С. 31–39.

(предмета, дії, події, явища і т. д.) і його правових ознак та властивостей, що проявляються у взаємодії та співвідношенні з іншими такими ж об'єктами (с. 57); окрім того, визначаються соціальні функції правового знаку, зокрема номінативна, інформаційна, пізнавальна, комунікативна, культурологічна, управлінська, дидактична, превентивна функції та функції заощадження і збереження інформаційних засобів (с. 58–59).

У другому розділі йдеться про право як «відкриту динамічну моделюючу реальну соціальну цілеспрямовану синергетичну і водночас зовні керовану складну систему» (с. 136). О. Балінська аналізує зміст таких явищ, як денотація/десигнація у праві (с. 87–96), розмірковує з приводу сутності конотації (с. 96–109) і припускає можливість трактування правової дійсності як тексту, послуговуючись доволі поширеною метафорою «світу як книги» (с. 84).

Наступний розділ називається «Соціальна цінність права як вербальної знакової конструкції в інформаційно-нормативному просторі» і виявляє специфіку права у контексті семіотики: це не тільки основний елемент правової дійсності, а й інструмент її впорядкування. Інструментом правового впливу в розумінні О. Балінської виступає правове повідомлення — ідеальна абстрактна інформаційна модель конкретних суспільних відносин та юридичних фактів (с. 141). Щоправда, доволі часто використовуване авторкою порівняння правової норми (права) з моделлю (с. 95, 127, 169–189, 373) видається дещо неточним, оскільки право здебільшого не *описує*, а *приписує*.

І нарешті, антропосеміотичні засади та праксеологічний аспект функціонування права як знакової системи розкрито в останніх розділах монографії. «Родзинкою» цієї частини книги є концепт *Homo semioticus*'а, який передбачає двояке розуміння людини: 1) як основного суб'єкта створення знаків; 2) як знакову одиницю цього простору, основний символ соціальної дійсності. Людина як збірна семіотична одиниця з усіма її складовими елементами (тіло, дух, душа, ім'я, соціальна роль, професія, поведінка і т. д.) опосередкована правом, а всі створені людиною знаки стають можливими і зрозумілими тільки завдяки наявності в неї мови, здатності абстрактно мислити і вмінню аналізувати й синтезувати себе як соціального суб'єкта в контексті правової дійсності (с. 375). Отже, *Homo semioticus* виступає водночас суб'єктом, об'єктом і засобом правового семіозису — просто, за словами Й. Мандельштама, «Я садівник, і квітка я, відтак...»¹. А відтак, що прикметно, уособлюється тим самим Уроборосом...

Як видається, до числа здобутків авторки «Семіотики права» можуть бути віднесені положення роботи, в яких здійснено визначення правового знаку; розкрито його соціальні функції; репрезентовано трактування семіозису права як руху (функціонування) правової інформації у соціокультурному просторі як знаки (знакові системи), а також процес, що реалізується як різновид правової комунікації та охоплює статичні складові — правові норми, правову дійсність, суб'єкта права і процесуальні складові — означення (денотацію, конотацію, кодування), сприйняття (декодування) і реалізацію змісту (інтерпретацію, правову поведінку) а права — як тексту; виявлено розуміння правових знаків зі сфери протиправної поведінки та застосування права, зокрема, знаковості типу

¹ Мандельштам О. «Дано мне тело — что мне делать с ним...». Пер. М. Нізовцов.

злочинця, вербальних відповідників злочинної діяльності, кримінальних і криміналістичних знаків, судового процесу як символічного ритуалу, знакових відносин у пенітенціарній системі, тобто знаків, які означають, маркують, класифікують, структурують, ієрархізують, організують і впорядковують правові відносини. Заслугує на увагу й трактування юридичної відповідальності як іманентної та функціональної семіотичної характеристики правовідносин, що, відповідно, розкривається через її індивідуально-психологічні (страх, адаптація, залежність, усвідомлення, готовність, вибір) та колективно-соціальні ознаки (стимулювання, ціннісні установки, необхідність, компроміс, взаємодія, інтеграція), а також суспільно-організаційні (комунікація, градація, регламентація, моделювання, коригування, прогнозування) і державно-розпорядчі (переконання, примус, запобігання, охорона, покарання, регулювання) властивості. Здійснений О. Балинською аналіз співвідношення правових символів і знаків (с. 190–192) немовби продовжує дискусію, започатковану однойменною рецензією на книгу В. Речицького.

Природно, що найбільшої уваги заслуговує *idea fix* роботи — пропозиція О. Балинської розглядати семіотику права як нову наукову парадигму, що концептуально охоплює всі основні філософські аспекти (онтологію, гносеологію, аксіологію, антропологію та праксеологію) права як суспільного феномену, що створений і діє на основі функціонально зорієнтованих сигналів, кодів, знаків соціальної дійсності, окремий напрям філософії права, що має свій специфічний предмет вивчення — знаки і знакові системи, які виникають у процесі правовідносин з означення і впорядкування правової дійсності (с. 13–14, 377–378). Ідея, поза сумнівом, слухна і продуктивна. Але для того щоб утвердитися у статусі наукової парадигми, семіотика права має набути визнання й широке коло прихильників серед науковців, має утвердитися як складова «нормальної науки», формувати систему координат і визначати напрями наукових досліджень, постачати «крутиголовки» (у термінології Т. Куна; ординарні в рамках наукової парадигми наукові завдання) для «нормальних» учених тощо. Наразі семіотика права цим вимогам не відповідає, а отже, навряд чи може вважатися парадигмою — радше, потенційною парадигмою. А втім, як видається, це лише питання часу.

Хотілося б також звернути увагу на певну суперечність окремих положень роботи. Так, авторка стверджує, що «тільки людина є джерелом виникнення знаків», оскільки «жодний інший живий організм не здатний на такі розумові процеси» (с. 273). Жодною мірою не заперечуючи винятковості людської екзистенції й особливої ролі людини в процесі семіозису, дозволю собі сумнів у тому, що прерогатива творити й споживати знаки належить виключно людині. Існує безліч прикладів «семіотичної» поведінки тварин (див., наприклад, працю К. Лоренца «Так зване зло»; Дж. Ділі у роботі «Основи семіотики» веде мову про «зоосеміоз», «фітосеміоз» і навіть «фізіосеміоз»; надзвичайно широко трактував поняття семіозису Ч. Пірс); зрештою, кожному відомо, що більшість хижаків «мітить» свою територію, створюючи знаки, на підставі яких їхні потенційні «конкуренти» роблять відповідні висновки (боротися за територію чи вертати домів).

На с. 34, 39, 369 О. Балинська трактує правовий код передовсім як спрощене узагальнене відображення елементів (будови) правової системи; системне від-

творення змісту правового явища чи поняття без деталізації та конкретики. Видається, що сутність правового коду більш точно виражає друга частина авторського визначення — «готова трафаретна формула (матриця) для розуміння спеціалізованої мови права», — адже код не є ні відображенням, ні відтворенням, а скоріш інструментом або засобом відтворення/відображення правової дійсності.

Авторка між іншим пише про предметне та смислове значення знаку (с. 60–61). У зв'язку з цим варто зауважити, що вона визнає поділ знаків на три основних типи: ікони, індекси та символи (с. 57–58) з огляду на характер зв'язку знаку зі своїм об'єктом, тож цілком логічно було би припустити, що предметне та смислове значення будуть репрезентовані через характеристику «основи» знаку з позицій якості, відношення та репрезентації.

Видається також, що позамовні правові знаки заслуговують більшої уваги, ніж була їм приділена (с. 57–58, 334–336), оскільки дія права не обмежується лише лінгвістичним планом, і це прекрасно продемонстровано самою О. Балинською (с. 304–306). Суб'єкти, об'єкти (відносин), дії, бездіяльність, фактичні дані, факти, докази, фікції — все це може і має стати предметом ґрунтовного семіотичного аналізу.

Тож сподіваємось, ДАЛІ БУДЕ. Адже Уроборос заковтує власний хвіст...

Д. БОЧАРОВ
*кандидат юридичних наук, доцент,
декан юридичного факультету
(Академія митної служби України)*

ПАМ'ЯТІ РОНАЛЬДА ДВОРКІНА

14 лютого 2013 р. у Лондоні внаслідок лейкемії пішов із життя Рональд Майлс Дворкін (*Ronald Myles Dworkin*).



Він народився 11 грудня 1931 р. у м. Провіденс (Род-Айленд, США) у сім'ї емігрантів із Литви. Батьки рано розлучилися, і його матері — вчительці музики довелося самій піднімати трьох дітей. Рональд з юних літ мав покладатися тільки на себе. Він здобув середню освіту в Бостоні, і після закінчення школи завдяки цілеспрямованості й блискучим здібностям отримав стипендію на навчання в Гарвардському університеті.

Спочатку для спеціалізації він обрав сучасну літературу, брав активну участь у студентському літературно-артистичному клубі. Звідси походить його схильність до метафор на кшталт суддів Геркулеса чи Гермеса у майбутніх філософсько-правничих творах, образність мови та вишуканий літературний стиль.

Навчаючись на старших курсах він захопився філософією і під керівництвом видатного логіка В. В. О. Квайна (*Willard Van Orman Quine*) у 1953 р. став бакалавром мистецтв (BA). Вплив Квайна помітний у манері ретельної аргументації всіх нових положень, які відстоював учений у своїх працях. Того ж 1953 р. він отримав стипендію Родса (*Rhodes Scholarship*) для продовження навчання в Оксфорді (Велика Британія), де протягом наступних двох років вивчав юриспруденцію під керівництвом Р. Кроса (*Sir Rupert Cross*). Його фінальну екзаменаційну роботу, знову на ступінь BA, перевіряв Г. Харт (*Herbert Lionel Adolphus Hart*), який, попри діаметральну протилежність його власної позиції поглядам, висловленим у цій роботі, був вражений оригінальною аргументацією і виставив на кожній її сторінці відмінні оцінки.

Повернувшись до США в 1955 р., вступив до Гарвардської школи права і через два роки одержав ступінь бакалавра права (*LLB*). У 1957 р. він став клерком відомого Л. Хенда (*Learned Hand*), судді Апеляційного Суду для другого Округу (Нью-Йорк), допомагаючи в підготовці судових процесів та публічних лекцій. Філософ права у своїх працях часто згадував Хенда з глибокою вдячністю і повагою. Під час роботи клерком Р. Дворкін у 1958 р. одружився на Бетсі Росс (*Betsy Celia Ross*, померла у 2000). (До речі, саме їй присвячена книжка «Імперія права».) У цьому шлюбі народилися близнюки Ентоні та Дженіфер.

Після виходу Хенда у відставку він зайнявся практикою в престижній міжнародній юридичній фірмі *Sullivan & Cromwell* зі штаб-квартирою у Нью-Йорку. Це була цікава й високооплачувана робота, але вона вимагала постійних відряджень, і після ультиматуму Бетсі («Або шукай нову роботу, або нову дружину») вирішив перейти до викладання.

У 1962–1969 рр. він став професором права в Єльському університеті, де через деякий час очолив кафедру юриспруденції. У 1969 р. Харт вийшов у відставку з посади очільника кафедри юриспруденції Оксфордського університету і порекомендував своїм наступником Р. Дворкіна, який і займав цю посаду до 1998 р. З 1975 р. перші півроку він викладав у Оксфорді, а другі півроку – в юридичній школі Університету Нью-Йорка. Після відставки в Оксфорді і до 2008 р. Р. Дворкін одночасно був професором Лондонського університетського коледжу, після 2008 р. – професором філософського факультету Університету Нью-Йорка. Разом із Т. Нейджелом (*Thomas Nagel*) він вів колоквиум із філософії права, соціальної та політичної філософії.

На запрошення провідних університетів США і Європи учений виступав із численними проблемними лекціями. Деякі його виступи доступні в Інтернеті, наприклад, лекція в Бібліотеці Конгресу США на тему «Чи існує істина в інтерпретації? Право, література та історія» (2009) [1].

Р. Дворкін є автором сотень статей та низки книг, які викликали широкий професійний і суспільний резонанс у США та зацікавлення в усьому світі. Науковій громадськості пострадянських країн він відомий головним чином за українським [2] та російським [3] перекладами його першої книги «Серйозний погляд на права» (1977) [4], і фрагментом «Цілість права» [5] іншої відомої книжки «Імперія права» (1986) [6]. На підставі цих та ще декількох перекладених російською мовою текстів у вітчизняних філософів та теоретиків права формується уявлення про творчий доробок ученого. Утім ним написані й багато інших великих праць, присвячених різним аспектам філософії права, теорії конституціоналізму та філософії політики: «Питання принципу» (1985), «Філософські аспекти старечого недоумства» (1987), «Білль про права для Британії. Чому британці мають потребу в захисті» (1990), «Домініон життя: Аргумент за аборти, евтаназію та індивідуальну свободу» (1993), «Закон свободи. Моральне прочитання американської конституції» (1996), «Суверенна чеснота: Теорія і практика рівності» (2000), «Справедливість у мантіях» (2006), «Чи можлива тут демократія? Принципи для нових політичних дебатів» (2008), «Справедливість для їжаків» (2011), не кажучи вже про сотні статей і усних виступів на радіо і телебаченні, відеозаписів публічних лекцій в Інтернеті. Тематичний репертуар його праць дуже широкий – від проблем загального права, інтерпретації конституційних норм, соціальної рівності, громадянської дії до питань захисту права на життя, абортів, евтаназії та статусу психічно хворих, а також взаємодії права і релігії у сучасному світі.

Завдяки дослідженням його творчості й перекладам його книг багатьма європейськими, а також китайською та японською мовами, Р. Дворкіна вважають найбільш впливовим із сучасних філософів права.

Він був членом Британської Академії (*Fellow of the British Academy*) і Американської Академії Мистецтв і Наук (*the American Academy of Arts and*

Sciences). Його нагороджено багатьма преміями американських наукових товариств та міжнародними відзнаками, найважливішою з яких є премія Холберга від норвезького Університету Бергена (*Ludvig Holberg International Memorial Prize, 2007*), що для юристів стала аналогом Нобелівської премії.

Р. Дворкін відігравав вагомую роль у політичному житті (є одним із ідеологів руху так званої *affirmative action* (термін, який неможливо однозначно перекласти як просто «ствердна», або «позитивна дія» — йдеться про систему політико-правових заходів із запобігання і компенсації расової, національної, гендерної дискримінації, або недотримання прав осіб з обмеженими можливостями); ініціював протест проти призначення Р. Борка до складу Верховного Суду США в 1987 р. брав участь в організації переговорів представників Африканського Національного Конгресу з юристами і суддями ПАР на початку 1990-х, у комітетах виборців від демократів у 2000-х (*Hillary Rodham Clinton for US Senate Committee, John Kerry for President, Obama for America*), був співголовою у Закордонній філії демократичної партії, членом Ради освітнього тресту письменників і науковців (*the Council of Writers and Scholars Educational Trust*), консультував з питань прав людині у Фонді Форда (*Human Rights consultant to the Ford Foundation*). Широкий суспільний резонанс викликали його критичні оцінки ситуації з дотриманням громадянських прав у США після 11 вересня 2000 р. [7], а також видана за його редакцією збірка критичних матеріалів щодо виборів президента Буша-молодшого (2002) [8]. Протягом двох десятиліть він регулярно виступав як політичний та літературний коментатор у «Нью-Йоркському огляді книг» (*The New York Review of Books*).

Останніми роками Р. Дворкін звернувся до осмислення конфлікту між мажоритаризмом і моральними принципами в поляризованому суспільстві. У книзі «Чи можлива тут демократія?» (2006) [9] він наголошував, що політика в Америці стала поляризованою і спрощеною, як ніколи раніше. У Конгресі, ЗМІ та академічних дебатах супротивники борються один проти одного так, ніби політика — це силові спортивні змагання, що супроводжуються криками і бійками уболівальників. Наслідком є глибоко депресивна політична культура, яка погано пристосована для вирішення постійної необхідності відповідати на виклики досягнення соціальної справедливості, а також загроз міжнародного тероризму. Чи може бути реалізованою надія на позитивні зміни? Р. Дворкін вважав необхідним визначити і захистити основні принципи особистої та політичної моралі, які мають поділяти усі громадяни. Визнання таких принципів є передумовою конструктивного політичного діалогу, в якому взаємне презирство зміниться на взаємну повагу. Тільки тоді демократія буде у всій повноті реалізована в Америці і в будь-якій іншій країні.

Остання праця Р. Дворкіна «Справедливість для їжаків» [10] присвячена обґрунтуванню нової парадигми у філософії. Інтригуюча назва книги запозичена з байки давньогрецького поета Архілоха: «Лисиця знає багато речей, а їжак знає лише одну, зате найголовнішу». Такою найголовнішою річчю для філософії є истина, що розкривається у різних аспектах — як моральні вимоги або як вимоги справедливості в економіці, праві й політиці. Він наголосив, що скептицизм у всіх його формах, від античних до постмодерністських, загрожує єдності не просто категорій, а тих цінностей, що стоять за ними. Він заявив, що ми потребуємо нової рево-

люції у свідомості, метою якої має бути визнано, що існують абсолютні моральні цінності, які знаходяться в центрі людського життя, — це гідність і самоповага.

Учений до останніх днів свого життя попри захворювання на лейкемію зберігав жвавий інтерес до актуальних проблем сучасності, за декілька днів до смерті він надіслав до видавництва Гарвардського університету рукопис своєї останньої книжки «Релігія без Бога». Вона має вийти друком у другому півріччі цього року.

Р. Дворкін прожив довге і наповнене глибоким змістом життя. Він був не лише філософом права світового рівня, а й мужньою людиною, що попри випробування долі й тяжку хворобу спромоглася завершити свої масштабні задуми.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Dworkin R. Is There Truth in Interpretation? Law, Literature and History / R. Dworkin // The Inaugural Frederic R. and Molly S. Kellogg Biennial Lecture on Jurisprudence in the Coolidge Auditorium of the Library of Congress [Електронний ресурс].* — Режим доступу : http://wn.com/Ronald_Dworkin.
2. *Дворкін Р. Серйозний погляд на права / Р. Дворкін ; пер з англ. А. Фролкін.* — К. : Основи, 2000. — 519 с.
3. *Дворкін Р. О правах всерьез / Р. Дворкін.* — М. : Рос. полит. енцикл., 2004.
4. *Dworkin R. Taking Rights Seriously / R. Dworkin.* — Cambridge (Ma): Harvard University Press, 1977. — XV, 293 p.
5. *Дворкін Р. Цілість права / Р. Дворкін // Філософія права / за ред. Дж. Фейнберга та Дж. Коулмена.* — К. : Основи, 2007. — С. 183–205.
6. *Dworkin R. Law's Empire / R. Dworkin.* — Cambridge: Harvard University Press, 1986. — XVI, 471 p.
7. *Ronald Dworkin. The Threat to Patriotism / Ronald Dworkin // The New York Review of Books, February 28, 2002 [Електронний ресурс].* — Режим доступу : <http://www.nybooks.com/articles/archives/2002/feb/28/the-threat-to-patriotism/?page=1-3>.
8. *A Badly Flawed Election: Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy.* — New York : New Press, 2002. — 344 p.
9. *Dworkin R. Is Democracy Possible Here? / R. Dworkin.* — Principles for a New Political Debate. Princeton, N. J. : Princeton University Press, 2008 — xii, 177 p.
10. *Dworkin R. Justice for Hedgehogs / R. Dworkin.* — The Belknap Press of Harvard University Press : Cambridge (Massachusetts) — London (England), 2011. — Dworkin R. — Cambridge, Mass. : The Belknap Press of Harvard University Press, 2011 — xi, 506 p.

В. ТИТОВ

*доктор філософських наук, професор кафедри логіки
(Національний університет
«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»)*

Г. КОВАЛЕНКО

*здобувач кафедри логіки
(Національний університет
«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»)*

ПАМ'ЯТІ ІНОЗЕМНОГО ЧЛЕНА НАПрН УКРАЇНИ, ЧЛЕНА-КОРЕСПОНДЕНТА РАН СЕРГІЯ СЕРГІЙОВИЧА АЛЕКСЕЄВА

12 травня 2013 р. не стало С. Алексеєва — сучасного класика загальної теорії права...

У кожній країні, у той чи інший період її історії, у тих чи інших сферах наукових знань нерідко з'являються широко визнані лідери.



Ось і у сфері загальнотеоретичної юриспруденції з радянських часів — з 60-х років минулого сторіччя — таким лідером став професор Свердловського юридичного інституту (нині — Уральська державна юридична академія) — Сергій Сергійович Алексеєв. Ним же він залишиться і сьогодні на пострадянському просторі незалежних держав, зокрема і в Україні. Це виражається перш за все в тому колосальному — концептуальному і методологічному — впливі на розвиток вітчизняного (у найширшому сенсі цього слова) правознавства, який надали і нині продовжують надавати десятки книжок і сотні статей С. Алексеєва. Не применшуючи заслуг інших наших теоретиків-юристів, мабуть, навряд чи можна когось із них поставити в

один ряд із С. Алексеєвим. Десять томів його творів, виданих у Москві кілька років тому, — матеріалізоване втілення його наукового подвигу!

Серед основних «ліній права» (його термін), що стали предметом багаторічних систематичних досліджень і публікацій вченого, виокремлюються: приватне (цивільне) право; загальна теорія права; філософія права; правове навчання і виховання молоді. «Сходження», з одного боку, до первинних, глибинних зачатків права, а з другого — до його загальноцивілізаційних, у деякому сенсі навіть світобудівних, висот — таким видається гігантський науковий простір, який упродовж понад 60 років опановував С. Алексеєв.

У цій сумній замітці немає ні потреби, ні можливості перераховувати навіть основні його книги. Але назву лише ті з них, що були видані останніми роками — вже після того, як юридична громадськість майже 9 років тому відзначила 80-річний ювілей Сергія Сергійовича:

- «Линия права» (Москва, 2006);
- «Право собственности. Проблемы теории» (Москва, 2008);
- «Общая теория права» (2-ге вид., Москва, 2008);
- «Тайна и сила права. Наука права: новые подходы и идеи. Право в жизни и судьбе людей» (2-ге вид., переробл. і допов., Москва, 2009);
- «Крушение права. Полемические заметки» (Екатеринбург, 2009);
- «Общая теория права» (3-тє вид., Москва, 2009);

- «Государство и право» (Москва, 2009);
- «Гражданское право» (Москва, 2009).

Рідкісною — саме для теоретика — особливістю професійної діяльності С. Алексеєва була його безпосередня, і знову ж таки, зазвичай лідерська, участь у підготовці фундаментальних, можна сказати, доленосних законодавчих актів Росії (зокрема, її Конституції та Цивільного кодексу), а також в організації та діяльності ряду унікальних наукових установ (Дослідницький центр приватного права при Президентові РФ, Інститут філософії та права Уральського відділення АН СРСР (нині — РАН)).

Чи не найяскравішими сторінками біографії С. Алексеєва, що ілюструють активність реалізації його наукових концепцій, принципів у юридичну практику, була його діяльність як Голови Комітету з питань законодавства, законності та правопорядку Верховної Ради СРСР (1989–1990), Голови Комітету конституційного нагляду СРСР (1989–1991), а також члена Президентської Ради, а потім і Комісії з прав людини при Президентові Росії (1993–1995).

Особливо слід відзначити формування С. Алексеєвим уральсько-сибірської науково-викладацької школи — і донині однієї з найавторитетніших і плідних на пострадянському просторі.

У практико-прикладному сенсі не можна не згадати і багаторічну діяльність С. Алексеєва у сфері популяризації серед молоді правових знань, правового навчання і виховання школярів. Зокрема, слід згадати, що в 1989 р. у Москві вийшов друком підготовлений за його керівництвом і за його участю «пробний» навчальний посібник для дев'ятикласників «Основы правовых знаний»; і вже через рік він був опублікований у Києві українською мовою. (До речі, я мав честь бути одним із співавторів цієї колективної праці, завдяки чому набув досить корисного досвіду в підготовці такого виду літератури.)

Хочу сказати кілька слів про неординарні особистісні якості Сергія Сергійовича — людини найвищої інтелектуальної, моральної та духовної культури, мужньої, справедливої і на рідкість багатогранно талановитої.

Ймовірно, не всі читачі знають, що свого часу він організував у Свердловському юридичному інституті туристський клуб «Аврора» і багато років водив своїх студентів у гірські й байдаркові походи по Уралу, Сибіру, Далекому Сході і... Карпатах. У цих походах зазвичай лунали складені ним — і ним же під гітару виконувані — задушевні ліричні пісні. Тому й завершити цю коротку, нехай і з сумного приводу, публікацію дозволю собі фрагментом однієї з таких авторських пісень Сергія Сергійовича, які мені доводилося слухати біля туристського багаття:

*Где бы ни был ты на свете,
Что бы в жизни ты не встретил
И какой бы ни оброс ты бородой, —
Не забудь таежных зорей,
Где тебя сама «Аврора»
Позвала далекою мечтой...*

Такою зіркою у вітчизняній юридичній науці був і, варто сподіватися, назавжди залишиться Сергій Сергійович Алексеєв — член-кореспондент Російської академії наук, заслужений діяч науки РФ, лауреат Державної премії РФ, заслужений професор Уральської державної юридичної академії, почесний доктор Університету Париж XII Валь-де-Марн.

П. РАБІНОВИЧ
*доктор юридичних наук, академік НАПрН України,
професор кафедри теорії та філософії права
(Львівський національний університет імені Івана Франка),
заслужений діяч науки і техніки України*

МЕТОЮ ЙОГО ЖИТТЯ ТА НАУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ БУЛО СЛУЖІННЯ ПРАВУ, ДОСЯГНЕННЯ ТОРЖЕСТВА ПРАВА У СУСПІЛЬСТВІ (Світлій і незабутній пам'яті професора С. С. Алексєєва — видатного вченого)



«Право і закон — це не те саме. Закон може бути й виразом свавілля влади, тоді ця влада існує поза правом, перетворюючись на тиранію». Ці слова видатного вченого-правознавця професора С. Алексєєва наведені не випадково. Вони відображають багатовікову, складну, часом драматичну історію країни, роки тривалого становлення в ній права, що несе суспільству, людям цінності свободи, рівності та справедливості. У всі часи, не виключаючи сучасність, боротьба за торжество цих цінностей викликала у влади настороженість і протидію. Право постійно стикається з силою й примусовою міццю влади.

С. Алексєєв є одним із небагатьох, хто впродовж усього свого життя й наукової діяльності самозабутньо вірив у торжество Права у житті суспільства, його неминущі цінності свободи, рівності, справедливості. Цьому присвячені його численні наукові праці, причому з різноманітних теоретичних і філософських проблем права, серед яких фактично нема жодної роботи, про яку не можна сказати, що це «вперше».

У сфері практичного життя, підкреслював учений, право — це «об'єктивований Розум», адже нема іншого «соціального механізму», що міг би зрівнятися «за ступенем розумності з правом» [1, с. 92–93]. Той, хто спілкувався з Сергієм Сергійовичем або уважно вивчав його роботи, не міг не відчутти те піднесене, навіть у чомусь романтичне ставлення до права, яке було невід'ємне від нього, внутрішньо й глибоко йому властиве. Він постійно знаходився в пошуку того, що й як ще зробити у правовому житті суспільства, щоб звільнити право від підпорядкування державній владі, яка захопила його, надати йому самостійності, щоб насправді право було собою — Правом.

Надзвичайно широким було коло його наукових інтересів; власне, для професора не існувало будь-яких меж у методології досліджень, пошуку нових ідей, концепцій, переосмисленні колишніх своїх позицій про право, про шляхи й перспективи розвитку правової науки. Свою наукову діяльність Сергій Сергійович, як відомо, розпочав із дослідження проблем цивільного права, у 1960 р. захистив докторську дисертацію на тему «Предмет радянського цивільного права». Водночас підсумком кропіткого осмислення ним загальнотеоретичних питань права стала монографія «Загальні теоретичні проблеми системи

радянського права» (1961), пізніше — фундаментальне дослідження «Структура радянського права» (1975), десятки наукових статей у журналах.

Свої блискучі знання з теорії права й цивілістики він реалізував у процесі розробки Концепції, а потім і проекту нового Цивільного кодексу РФ (1990–1993). Саме тоді в науці цивільного права він виявив проблеми, вирішити які, на його думку, було вкрай складно без залучення досягнень науки загальної теорії права.

Роботи С. Алексєєва справили величезний вплив на розвиток у правовій науці нових напрямів, формування в ній нових галузей знання та інститутів, і що не менш важливо, — на вирішення практичних завдань нормотворчості, систематизації та кодифікації законодавства. У цьому неважко переконатися, спостерігаючи за дослідженнями з цієї проблематики, й незалежно від того, чи торкаються вони предмета теорії права або галузевих юридичних наук, в усіх них виразно простежується творчий відбиток наукових досліджень ученого.

Свою наукову нішу в цій тематиці знайшов і автор цього нарису, й слід сказати, не без впливу саме С. Алексєєва та його наукових праць. Якщо стисло, йдеться про особливий випадок, який багато в чому визначив мою дослідницьку роботу в галузі права. Це пов'язане з вибором теми моєї кандидатської дисертації «Співвідношення структури радянського права й структури радянського законодавства», затвердженої вченою радою Харківського юридичного інституту (сьогодні — Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»). Як аспірант, із властивим на той час максималізмом, я прагнув розробки складних проблем, невід'ємних від фундаментальних засад правової науки або близьких до них.

Наприкінці травня 1972 р. в юридичному інституті відбувалося засідання секції Мінвузу СРСР з юридичних наук, в якому брав участь і С. Алексєєв. Вже саме по собі перебування в стінах інституту такого авторитетного вченого, без перебільшення, стало знаковою подією в інституті й, звичайно, у моєму житті також. Щоправда, цьому передувала сумна подія: на початку травня того ж року передчасно пішов із життя теоретик права, доктор юридичних наук, професор П. Полежай — мій перший науковий керівник. Утім сам на сам у ситуації, що склалася, я залишався не довго, й перед керівництвом інституту постало питання, кого ж призначити моїм науковим керівником. Як його вирішити, я не замислювався, твердо знаючи, що за будь-яких обставин написання дисертації залишиться виключно моєю справою.

Використовуючи перебування в інституті С. Алексєєва, ректор інституту професор В. Маслов і проректор з наукової роботи доцент І. Даньшин з цією пропозицією звернулися до нього. Нічого не обіцяючи, Сергій Сергійович сказав, що обміркує цю пропозицію, а відповідь на неї дасть після особистої розмови зі мною.

Така бесіда відбулася на кафедрі теорії держави і права. Природно, я хвилювався, на зустрічі з С. Алексєєвим хвилювання відчували навіть досвідчені професори, плутаючи його прізвище, ім'я та по батькові. Він ознайомився з темою моєї дисертації й, трохи подумавши, сказав, що проблема дуже складна, має фундаментальне значення, запитав, чи під силу мені буде її розробка, бо за дослідження цієї проблеми беруться тоді, коли в науці «з'їли достатньо солі».

Моя відповідь була коротка й полягала в тому, що мене не лякає складність теми, до того ж, чому не почати свій шлях у науці з дослідження таких проблем, як ця. Сергій Сергійович пильно подивився на мене й сказав: «Ну добре». При цьому дав мені завдання підготувати проспект дисертації й надати йому через півтора дня. Зізнаюся, для мене таке завдання було не лише першим, а й не простим, тим більше, що в інституті склалася інша практика наукового керівництва аспірантами. План, структура, принципи дисертаційних досліджень опрацьовувалися й уточнювалися за найактивнішою участю наукових керівників.

Утім, як би не було, проспект я підготував і надав професорові. З того, як він читав, роблячи на його берегах свої позначки, я зрозумів, що нехай не все, але щось мені все-таки вдалося зробити. На моє задоволення, так воно й було. По суті й у цілому Сергій Сергійович схвалив проспект і план дисертації, що містився в ньому. Крім того, він звернув увагу на деякі моменти, вказавши, що теорії в проспекті достатньо, а окремі положення в дослідженні необхідно посилити судовою й законодавчою практикою. З цього я зробив висновок, що професор погодиться бути моїм науковим керівником, що незабаром було підтверджене відповідним наказом ректора інституту. Так закінчилася моя перша зустріч із найавторитетнішим у країні теоретиком права. Проспект із підписом і позначками Сергія Сергійовича я зберігаю як одну з найдорожчих для мене реліквій. Попереду чекала напружена праця, нові зустрічі з професором, уже як моїм офіційним науковим керівником.

Тут хотів би підкреслити дуже важливу для мене думку. Уся складність роботи над дисертацією полягала в тому, що в результаті я неодмінно мав зробити щось нове, привнести до розробки проблеми щось своє, тобто зробити якийсь крок уперед — нехай малюсінкий, але крок. Інакше, вважав я, все дослідження не матиме перспективи й становитиме «оправлену паку паперів». Сьогодні, через сорок з гаком років, вважаю такий шлях і поставлені завдання цілком правильними й виправданими, бо іншого в науці не має бути. Адже кожний аспірант, початковий дослідник тих чи інших проблем права, незалежно від того, загальнотеоретичного вони або галузевого напрямку, повинен розуміти свою відповідальність за обрану тему, прагнути того, щоб привнести до її розробки свій персональний внесок.

Подальші зустрічі з С. Алексєєвим проходили вже у Свердловську (сьогодні — м. Єкатеринбург) на кафедрі теорії держави і права Свердловського юридичного інституту (сьогодні — Уральська державна юридична академія). Тут я відчув багато з того, чим жила кафедра, її професорсько-викладацький колектив, аспіранти. На той час усі викладачі були учнями Сергія Сергійовича. Серед них такі відомі вчені, як В. Ісаков, В. Корельський, В. Леушин, В. Перевалов (сьогодні — президент Уральської державної юридичної академії), М. Тарасов (нині — проректор з наукової роботи тієї ж академії), О. Черданцев та ін.

У цьому зв'язку хотів би особливо підкреслити педагогічний талант Учителя, його дивовижну коректність і шанобливість у стосунках із співробітниками кафедри та аспірантами, доступність і простоту у спілкуванні. Він ніколи й ні на кого не підвищував голосу, не чинив будь-якого психологічного тиску на співробітників і аспірантів, не вимагав наслідувати його наукові ідеї, позиції, висновки. Навпаки, Сергій Сергійович усім своїм знанням і досвідом

сприяв кожному в роботі, в розвитку його творчості, у знаходженні свого шляху, нових підходів у вирішенні тих чи інших проблем теорії права і держави, прищеплював самостійність і відповідальність за результати досліджень. Сила авторитету професора, найвища моральна порядність, велика духовність, чуйність здобули щиру й глибоку повагу до нього не тільки в інституті, а й у всіх регіонах країни.

Утім це далеко не всі властивості Сергія Сергійовича як видатного вченого-правознавця й просто чудової людини. Він був на подив дуже скромним, вільним від будь-яких амбіцій. До своїх громадських і наукових регалій, яких у нього було дуже багато, він ставився з якоюсь соромливістю й деяким песимізмом. Пам'ятаю, як вручав йому надрукований автореферат своєї дисертації, в якому, крім іншого, було відзначено, що професор С. Алексєєв є лауреатом Державної премії СРСР. Він був збентежений цим записом, сказав мені, що це не потрібно було зазначати. На кафедрі це відчували, проте ніхто й ніколи не дозволяв собі допустити жодного, навіть найменшого, зловживання цими рисами його характеру. Наслідком була чудова морально-психологічна атмосфера, що панувала на кафедрі, джерелом якої був С. Алексєєв.

У зв'язку з цим згадую свою зустріч із Сергієм Сергійовичем у його квартирі. Запросив він мене, мабуть, не випадково, а щоб ближче упізнати мене, дізнатися про мої плани на майбутнє. У квартирі нічого не нагадувало про якусь розкіш, під ногами тихо скрипіла підлога, стіни були пофарбовані кольоровою вохрою. Коротше кажучи, відчувалося філософське ставлення хазяїв до свого побуту. Професор по-домашньому приготував зелений чай, розлив його у фаянсові піали, з цього розпочалася наша тривала бесіда про право, історію, філософію, а також про життя, її хитросплетіння, драми й трагедії.

Сергій Сергійович розповів про свого батька, якого було репресовано в 1937 р. і звільнено з колимських таборів у 1947 р. за відсутністю складу злочину. Десять років утраченого життя абсолютно безневинної людини, але після всього, що сталося з батьком, — з хвилюванням продовжував Сергій Сергійович, — він не озлобився на людей, життя, не став мстивим. У свою чергу, я розповів йому про своїх дідів, яких було репресовано в тому ж жахливому 1937 р., одного було розстріляно, другого заслано на Колиму, а третій загинув на операційному столі. Я випадково подумав, що мій дід міг зустрічатися з батьком професора. Цю думку я висловив вголос, на що Сергій Сергійович відповів: «Можливо, вони були знайомі, не виключено. То був трагічний період у нашій історії, його не можна забувати, щоб ніколи більше не допустити свавілля влади щодо людей».

Розповів він і про те, як після війни намагався вступити до Свердловського юридичного інституту, проте йому в цьому було відмовлено як синові ворога народу. Як же так, не розумів Сергій Сергійович, адже воював він із ворогами Батьківщини, віч-на-віч стикався з німецькими фашистами, пройшов майже всю війну, має нагороди, а йому не дозволяють вступити до юридичного інституту. Втім Свердловський обком партії по-новому розглянув справу С. Алексєєва, врахував його військові нагороди й зняв заборону на вступ. Так розпочав свій шлях у юриспруденції майбутній видатний учений-правознавець. Чи не парадокс це та абсурдність того часу? Дійсно, його шлях у науці не був широкою верстовою дорогою.

Показав мені професор свій робочий кабінет і бібліотеку. Уздовж стін розміщувалися стелажи книг, серед яких були дореволюційні видання праць з історії Росії М. Карамзіна, С. Соловйова, В. Ключевського, праці російських і зарубіжних учених-юристів, переважно роботи теоретиків і цивілістів, філософські твори І. Канта, Г. В. Ф. Гегеля, Й. Фіхте та ін. У бібліотеці панував дух Розуму, спадкоємності й прагнення розвивати досягнення попередніх поколінь. Професор із благоговінням розповідав про роль у розвитку правової думки І. Канта й видатного вченого-цивіліста Й. Покровського. Згодом С. Алексєєв написав, що «нема жодного філософа останніх двох століть і нема жодного юриста нинішнього століття, які так, як І. Кант і Й. Покровський — кожен зі своїх творчих позицій, розробили б такі ж глибокі фундаментальні філософсько-правові ідеї щодо розуміння сенсу й призначення права у житті людей у сучасну епоху — епоху, віритимемо, затвердження ліберальних цивілізацій, свободи, благополуччя й солідарності людей» [2, с. 408]. Свої роздуми з цих питань Сергій Сергійович виклав у книгах «Найсвятіше, що є у Бога на землі: Імануїл Кант і проблеми права у сучасну епоху» (1998) і «Право на порозі нового тисячоліття» (2000), а також у своїх подальших працях.

Відвідуючи кафедру під час мого чергового приїзду на консультацію зі своїм науковим керівником, я щоразу спостерігав, як аспіранти й здобувачі (їх, як правило, було до десяти, а іноді й більше) чекають С. Алексєєва. Вони були представниками різних регіонів країни: Москви, Сибіру, Далекого Сходу, автономних і союзних республік СРСР. Так трапилося, що за всю історію вітчизняного правознавства я був і залишаюсь, на жаль, єдиним представником України, хто був аспірантом цього непересічного вченого, дивовижного педагога й чудової людини, а також хто був безпосередньо причетним до унікальної уральської школи теорії права.

Примітною рисою С. Алексєєва як ученого було незадоволення досягнутим. Його постійно турбувало нігілістичне ставлення до права, нерозуміння його цінності в житті суспільства. Це відношення було й залишається, м'яко кажучи, далеким до ідеального, до того «чистого права», про яке мріяв професор. Продовжуючи прогресивні традиції правознавців і філософів, Сергій Сергійович увесь свій науковий потенціал, авторитет, досвід політика направляв на відстоювання престижу права, його власної та інструментальної цінності, визначної самостійної ролі в житті суспільства, на заперечення його розуміння як додатку до економіки, влади, політики. Пам'ятаю, як на черговому З'їзді народних депутатів СРСР він, будучи народним депутатом і головою комітету Верховної Ради СРСР із законодавства, закликав народних обранців до тремтливого ставлення до Конституції країни, до неухильного дотримання права. Так було й із розробкою нової Конституції РФ. Докладаючи усіх своїх зусиль, великих знань з проблем російського права і держави, Сергій Сергійович прагнув втілення в ній найпрогресивніших ідей і світових стандартів демократичного облаштування сучасного суспільства. Звичайно, не всі задуми вдалося реалізувати вченому в Основному Законі держави, але й у тому, що було в ньому закріплено, чимала заслуга С. Алексєєва.

Пізніше, відстоюючи ідеї самостійності права, закладених у ньому одвічних цінностей свободи, справедливості й рівності, С. Алексєєв напише: «Положення

про базис і надбудову в тому вигляді, в якому вони були канонізовані марксизмом-ленінізмом, потребують, слід вважати, ґрунтовної критичної перевірки, переосмислення. Особливо з точки зору... реальних процесів, характерних для виникнення, функціонування й розвитку такого важливого інституту суспільства в умовах цивілізації, як право» [3, с. 573]. Сьогодні цю думку вченого підтримують багато правознавців, філософів, економістів.

Таким чином, тисячолітня боротьба за торжество права у суспільстві сьогодні набуває нових, більш цивілізованих форм. «Думка про необхідність боротися за право, — стверджував Сергій Сергійович, — що є справедливою сама по собі, стає ще більш значущою й у чомусь дуже гострою та тривожною, якщо вбачати у праві об'єктивоване буття розуму, утверджувати його як право людини, що покликане бути “метою суспільства”» [3, с. 391, 394]. Ця думка лише підтверджує той величезний внесок С. Алексєєва у досягнення торжества права у нашому житті.

Не замикаючись на власне загальній теорії права, зокрема на її догматичній частині, Сергій Сергійович поступово виходив на філософське осмислення проблем права, на нові методологічні принципи дослідження його закономірностей. Переглянувши своє колишнє ставлення до філософії права як інтегрованої сфери знань, він робить висновок, що «філософія права — це новий, найбільш високий ступінь осмислення права, у певному сенсі вершина узагальнених юридичних знань... Треба не випускати з поля зору той якісно новий поворот у самому підході до права, що характерний для цієї філософської галузі наукових знань про право», що філософія права — це «завершальна ланка цілісної системи загальнотеоретичних правових знань, де реалізуються й розвиваються на філософському рівні дані попередніх шаблів, особливо дані про специфічну логіку права, й на цій основі розробляється власна філософсько-правова проблематика» [3, с. 391–394]. Так професор писав у своїй черговій фундаментальній праці «Сходження до права. Пошуки й рішення» (2001), привертаючи цим увагу дослідників права й передусім молодих учених до вивчення глибинних шарів права, закликаючи не обмежуватися аналізом однієї тільки правової догми.

У зв'язку з цим запам'яталася одна наша бесіда з Сергієм Сергійовичем, під час якої я висловив свої сумніви щодо статусу юриспруденції як науки. Я мав на увазі поширені в ній схоластику, догматизм, доктринерство, тривалі й абстраговані від соціально-політичної реальності дискусії тощо. Показово тут і те, що в пошуку відповіді на те чи інше питання права обов'язково натикаєшся на його різне, часто-густо нічим не аргументоване пояснення, непримиренні суперечки правознавців і т. ін. Сергій Сергійович, як завжди уважно й серйозно вислухавши мене, відповів, що і його свого часу відвідували подібні сумніви, але завдяки своєму науковому керівникові — визначному вченому-цивілісту, професору Б. Черепакіну йому вдалося їх подолати. Він погодився зі мною, що, як і у будь-якій галузі наукового знання, у правовій науці є свої певні витрати, проте підкреслив, що з часом кожна наука так чи інакше ці витрати долає по-своєму, при цьому не втрачаючи своєї привабливості та престижу. І це повною мірою стосується і правової науки.

Відтоді пройшло багато часу, а ці сумніви залишилися, по суті не змінилося й моє критичне ставлення до правознавства як науки — я б сказав, що в мені воно тільки зміцнилося. Для цього є достатньо підстав, що дискредитують правову науку. Серед них — велика кількість захищених кандидатських і докторських дисертацій, опублікованих монографій, статей тощо, значна частина яких, на мій погляд, нічого спільного з наукою не має — це лише компіляції, плагіат, приправлені цитатами відомих учених, набір усіяких публічних виступів тощо. Проте всі подібні «самостійні наукові дослідження» безпідставно претендують на почесне місце у правовій науці.

Водночас уральській школі теорії права та її фундаторові С. Алексєєву робить честь те, що поява в ній таких робіт виключена самою системою підготовки наукових кадрів, негласними, але дуже жорсткими вимогами до наукових досліджень тих чи інших проблем теорії права. Я сам зазнав цього, осмислюючи весь накопичений правознавством досвід досліджень теми моєї дисертації. В усіх відношеннях для мене й моїх товаришів по аспірантурі на кафедрі теорії держави і права Свердловського юридичного інституту це була воістину визначна школа, де порушення наукової етики чи інших вимог просто виключалися, їх не могло бути за визначенням. І в цьому сенсі діяльність Сергія Сергійовича як ученого й педагога була безперечним і яскравим прикладом по-справжньому наукового ставлення до всіх видів робіт на кафедрі та в інституті, інакше й бути не могло. І таким С. Алексєєв назавжди залишиться в історії правової науки, в пам'яті наукової громадськості, всіх, хто його знав і працював з ним.

І ще одна дуже важлива обставина. Сергія Сергійовича ніколи не залишало переконання в соціальній цінності права, у настанні торжества права у суспільстві. Підсумком його досліджень у цьому контексті стала монографія «Соціальна цінність права у радянському суспільстві» (1971). Треба уявити соціально-політичну реальність, що існувала тоді, щоб правильно й неупереджено оцінити значення цієї праці. Зберігаючи вірність своєму кредо, професор і тут був першим, хто на високому теоретико-філософському рівні почав досліджувати аксіологічні аспекти права, чудово усвідомлюючи гострі проблеми його реалізації, особливо у сфері захисту прав людини — найважливішої, як він вважав, ланки філософського розуміння права. Теми прав людини, його суб'єктивних прав постійно знаходилися в полі зору вченого, й це не було чимось випадковим, підлеглим політичній ситуації або кон'юктурі, що склалася.

Джерелом теоретичних і філософських роздумів про право, його долю в суспільстві була практика, накопичений людством багатомістовий досвід використання права як найбільш важливого й авторитетного регулятора суспільних відносин. У зв'язку з цим С. Алексєєв багато зусиль і часу приділяв аналізу й узагальненню судової практики, робив це мотивовано, з великою зацікавленістю. У судовій практиці він убачав дійсне здійснення права, знаходив у ній прогресивне (торжество права) і водночас виявляв у ній помилки й прорахунки, а також вади у законах держави. Звідси його глибоке розуміння різниці між правом і законом, адже останній, за твердженням професора, далеко не завжди виражає право, виступає його належною формою й може визнаватися дійсно правовим актом.

Як в історії країни, так і сьогодні непоодинокими є випадки, коли закон насправді закріплює свавілля державної влади, стає актом цього свавілля. Непримиренність із такими юридичними актами повною мірою виявилася у Сергія Сергійовича, коли він займав відповідальний пост голови комітету Верховної Ради СРСР із законодавства й, особливо, коли він очолив Комітет конституційного нагляду СРСР — орган, що був покликаний охороняти Конституцію країни, забезпечувати законність, припиняти дію тих актів державної влади, що порушують права та свободи громадян, суперечать світовим правовим стандартам. Незважаючи на дуже складну економічну й соціально-політичну ситуацію в країні, цей Комітет під керівництвом С. Алексеєва визнав низку юридичних актів, виданих державною владою, такими, що не відповідають Основному Закону. Серед них — акти, що закріплювали інститут прописки громадян, деякі норми трудового, адміністративного й цивільного законодавства, створення так званого «ГКЧП» та ін. Результати діяльності Комітету конституційного нагляду, навіть з урахуванням обмеженості його повноважень, привернули до себе увагу громадськості, що бажала змін. У цьому, вочевидь, була велика заслуга й Сергія Сергійовича як першого керівника й організатора вказаного державного органу, що став попередником створення конституційного правосуддя в країнах колишнього СРСР, зокрема в Україні (1996).

Не менш, ніж теоретико-філософське осмислення проблем права, ученого турбувало й сприйняття права людьми, їхній рівень знань про нього. С. Алексеєв вважав необхідним популяризацію права у суспільстві, доступне доведення до громадян його унікальності, значущості й соціальної цінності. Тим більше, що так звана правова пропаганда й правове виховання були далекі від таких завдань і цілей. З цією метою він опублікував серію науково-популярних книжок про право: «Азбука закону», «Право у нашому житті», «Право і наше життя» та ін. Задум їх автора полягав у тому, щоб «ознайомити читача зі складними питаннями юриспруденції, з юридичними тонкощами, з багатьма гранями того складного соціального явища, що називається правом» [4, с. 6]. Дійсно благородна мета — зробити право надбанням людей як творців історії своєї країни, навчити їх правильно користуватися правом, опановувати знання про нього, щоб вправно захищати свої інтереси.

Цей нарис жодним чином не претендує на повне висвітлення життя й діяльності професора С. Алексеєва — безперечно видатного мислителя й ученого-правознавця ХХ — початку ХХІ ст. Та це і неможливо — у такому короткому викладі висвітлити його життєвий шлях як людини, громадянина та вченого. Деякі фрагменти наведені мною з огляду на безпосереднє спілкування із Сергієм Сергійовичем, за що я дуже вдячний своїй долі.

Немає сумніву, що з часом з'являться ретельні дослідження наукової творчості С. Алексеєва, буде надана об'єктивна оцінка його вченню про право, створений ним славетній уральській школі теорії права та філософії права. Тем і ракурсів для таких досліджень вистачить на багато років, тільки не потрібно відкладати. Професор, незважаючи на тяжку хворобу, все ж устиг підготувати до видання зібрання своїх творів у десяти томах (2010). Утім залишився великий архів матеріалів, чернеток, варіантів книг і статей, нотаток, серед інших і на

берегах книжок, що чекає на систематизацію, обробку. Можливо, з часом ми доторкнемося й до цієї спадщини Видатного Вченого.

На завершення хочу ще раз підкреслити, що творчість небагатьох учених-правознавців привертає до себе таку увагу, як наукові дослідження С. Алексєєва. Його численні монографії, наукові статті, нотатки, есе продовжують залишатися найбільш цитованими у правовій науці. Для мене, як і для багатьох інших, Сергій Сергійович не пішов із життя — у нього лише зупинилося серце.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Алексєєв С. С.* Тайна права. Его понимание, назначение, социальная ценность / С. С. Алексєєв. — М. : Норма, 2001. — 176 с.
2. *Алексєєв С. С.* Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования / С. С. Алексєєв. — М. : Статут, 1999. — 712 с.
3. *Алексєєв С. С.* Восхождение к праву. Поиски и решения / С. С. Алексєєв. — М. : Норма, 2001. — 752 с.
4. *Алексєєв С. С.* Право и наша жизнь / С. С. Алексєєв. — М. : Юрид. лит., 1978. — 221 с.

П. ЄВГРАФОВ

*кандидат юридичних наук, доцент,
суддя Конституційного Суду України у відставці*

Додаток до юридичного журналу
«Право України»

Науковий журнал

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА І ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА

1/2013

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
Серія КВ № 18647-7447Р

Журнал рекомендовано до друку
Вченою радою Національного університету
«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»
(протокол № 10 від 25 червня 2013 р.)

Редагування і коректура *А. Костюк*
Комп'ютерна верстка *Т. Замури*
Художнє оформлення *С. Харука*

Підп. до друку 12.08.2013. Формат 70×108¹/₁₆. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 36,05. Обл.-вид. арк. 28,16. Зам. № 13-577.
Наклад 100 прим. Ціна договірна.

Передплату на науковий журнал
«Філософія права і загальна теорія права»
можна оформити безпосередньо
в редакції журналу «Право України» за адресою:
04107, Київ-107, вул. Багговутівська, 17–21
телефон для довідок:
+380(44) 537-51-00
+380(44) 537-51-14
+380(44) 537-51-15

Передплатний індекс у каталозі ДП «Преса»: 68107

Віддруковано у ПАТ «ВПОЛ»
Україна, 03151, м. Київ, вул. Волинська, 60
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до Державного реєстру видавців,
виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 752 від 27.12.2010 р.