



ФІЛОСОФІЯ ПРАВА І ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА

НАУКОВИЙ ЖУРНАЛ

Журнал засновано

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

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

Видається

раз на півріччя

Свідоцтво про державну реєстрацію:

Серія КВ № 18647-7447Р

Науковий журнал
«ФІЛОСОФІЯ ПРАВА І ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА»

внесено до

Міжнародної наукометричної бази даних
«EBSCO Publishing, Inc.» (США)

(Ліцензійна угода від 16 травня 2013 р.)

ВИДАВЕЦЬ

© Редакція журналу «Право України»

2/2013

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
- В. С. Смородинський** – кандидат юридичних наук, доцент
- О. В. Стовба** – 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..... 9

ПРАВА ЛЮДИНИ І ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА В СУЧАСНОМУ СВІТІ

Права людини: філософські та загальнотеоретичні проблеми

ГОРН Н. (*Кельн, Німеччина*) Права людини: філософське обґрунтування та юридичний вимір..... 13

КЕМПБЕЛЛ Т. (*Канберра, Австралія*) Права людини: демократичний шлях..... 33

КІРСТЕ С. (*Зальцбург, Австрія*) Право людини на демократію як наріжний камінь права..... 51

ЛЕМАК В. (*Ужгород*) Основні права людини як джерело права: постановка питання..... 73

БИТЯК Ю., ЯКОВЮК І. (*Харків*) Права і свободи людини в умовах глобалізації..... 80

ПОГТЕ Т. (*Нью-Гейвен, США*) Чи порушуємо ми права бідних у світі?..... 94

ХРИСТОВА Г. (*Харків*) До питання про формування доктрини позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини 124

МАЛЬКО О., НИРКОВ В. (*Саратов, Росія*) Теоретико-методологічні засади формування концепції правозахисної політики..... 135

ПАНЧЕНКО В., ПЕТРОВ О. (*Красноярськ, Росія*) Юридичні перешкоди в реалізації та захисті прав і законних інтересів: поняття й види 147

Верховенство права: проблеми теорії та практики

КРІГЕР М. (*Сідней, Австралія*) Після короткого XX століття: глобальний поступ верховенства права..... 155

ВЕСТЕРМАН П. (*Тронінген, Нідерланди*) Верховенство права як юридичне обличчя держави..... 176

ЧАРНОТА А. (*Сідней, Австралія*) Про яскравий випадок невизначеності, або Правосуддя перехідного періоду і верховенство права 185

ПОЛЯКОВ А. (*Санкт-Петербург, Росія*) Верховенство права, глобалізація та проблеми модернізації філософії і теорії права..... 194

ГОРОБЕЦЬ К. (*Одеса*) Верховенство права як ціннісно-нормативний феномен 207

СУЧАСНЕ ПРАВОРОЗУМІННЯ

МЕЛКЕВІК Б. (*Квебек, Канада*) Постмодернізм, право та «прощання з розумом». Критика постмодерної правової концепції..... 215

МЕТОДОЛОГІЯ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

АЛЕКСІ Р. (*Кіль, Німеччина*) Розумність права 229

АНТОНОВ М. (*Санкт-Петербург, Росія*) Теоретичні альтернативи систематизації права 240

ПИТАННЯ ЗАГАЛЬНОЇ ТЕОРІЇ ПРАВА

СМОРОДИНСЬКИЙ В. (*Харків*) Зміст і межі регулювання людської діяльності правом 253

ОНЩЕНКО Н. (*Київ*) Стратегія і тактика законотворчості: проблеми ефективності..... 261

Дискусія: Чи можлива універсальна теорія права як спільна концептуальна основа теорій національного і міжнародного права?

ДАМІРЛІ М. (*Одеса*) Квантори «загальності» загальної теорії права 267

ТАРАСОВ О. (*Харків*) Правова персонологія: досвід побудови загальної концептуальної основи національного та міжнародного права 276

МИКІЄВИЧ М., МОТИЛЬ В. (Львів) Концептуальні основи права ЄС у контексті формування універсальної теорії права.....	283
ПРАВО І КУЛЬТУРА	
ЛИТВИНОВ О. (Луганськ) Щодо культурно-історичних аспектів взаємовідношення техніки і права.....	288
МАКСИМОВ С., САТОХІНА Н. (Харків) Право у пошуках читача (Відсутня правова реальність Франца Кафки).....	299
ФІЛОСОФСЬКІ ТА МЕТОДОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ ГАЛУЗЕВИХ ПРАВОВИХ НАУК І ЮРИДИЧНОЇ ПРАКТИКИ	
ПОГРЕБНЯК С. (Харків) Транслявання конституційних цінностей на галузевий рівень (на прикладі фінансового права).....	306
СОЦІОЛОГІЯ ПРАВА	
БУРЛАЙ Є. (Київ) Конфлікт і закон.....	320
ВЕТЮТНЄВ Ю. (Волгоград, Росія) Контури революційного юридичного досвіду.....	336
НАШІ ПАРТНЕРИ	
МАЛЬКО О. (Саратов, Росія) Науковий журнал «Правова політика і правове життя».....	346
ВИЗНАЧНІ ПОСТАТІ	
ОВЧИННИКОВА Н. (Самара, Росія) Філософсько-правові погляди Є. Трубецького (короткі роздуми з нагоди 150-річчя від дня народження видатного мислителя).....	350
НАУКОВЕ ЖИТТЯ	
Права людини, демократія, верховенство права та сучасні соціальні виклики у складних суспільствах: XXVI Всесвітній конгрес з філософії права і соціальної філософії (21–26 липня 2013 р., Белу-Оризонті, Бразилія).....	358
Право і література: VIII філософсько-правові читання пам'яті академіка В. С. Нерсисянца (2 жовтня 2013 р., Москва, Росія).....	367
Міжнародний проблемний семінар «Класична і посткласична методологія юридичної науки» (1–2 листопада 2013 р., Мінськ, Білорусь).....	370
ОБГОВОРЕННЯ, РЕЦЕНЗІЇ, ПРЕЗЕНТАЦІЇ ЛІТЕРАТУРИ	
СВОБОДА І ДЕМОКРАТІЯ: ПИТАННЯ СУМІСНОСТІ (обговорення книги В. Речицького «Політичний предмет конституції»).....	374
ЦІННІСТЬ ФОРМИ ЧИ ФОРМАЛЬНА ЦІННІСТЬ? (рецензія О. Стовби на монографію Ю. Ветютнева «Аксіологія правової форми»).....	384
АКТУАЛЬНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ОСОБЛИВОСТЕЙ ДЕРЖАВНО-ПРАВОВОГО РОЗВИТКУ В УМОВАХ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ ІНТЕГРАЦІЇ (рецензія В. Ледеяєва на монографію І. Яковюка «Правові основи інтеграції до ЄС: загальнотеоретичний аналіз»).....	387
ПРИРОДНЕ ПРАВОРОЗУМІННЯ: ДО ВІДНОВЛЕННЯ МЕТОДОЛОГІЧНОЇ ТРАДИЦІЇ (рецензія О. Стовби на монографію Р. Гаврилюк «Методологічна традиція доктрини природного права»).....	391
НЕТРАДИЦІЙНЕ НАВЧАЛЬНЕ ВИДАННЯ З ФІЛОСОФІЇ ПРАВА (рецензія А. Козловського на навчальний посібник П. Рабіновича «Філософія права»).....	396
ВІД КЛАСИКИ ДО НЕКЛАСИКИ: ДИНАМІЧНА ФІЛОСОФІЯ ПРАВА (презентація колективної монографії «Некласична філософія права: питання та відповіді»).....	399
НОВИЙ КРОК У ВИКЛАДАННІ ТЕОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА (презентація підручника «Теорія держави і права»).....	402

СОДЕРЖАНИЕ

От главного редактора	9
ПРАВА ЧЕЛОВЕКА И ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ	
<i>Права человека: философские и общетеоретические проблемы</i>	
ХОРН Н. (Кельн, Германия) Права человека: философское обоснование и юридическое измерение.....	13
КЭМПБЕЛЛ Т. (Канберра, Австралия) Права человека: демократический путь	33
КИРСТЕ С. (Зальцбург, Австрия) Право человека на демократию как краеугольный камень права	51
ЛЕМАК В. (Ужгород) Основные права человека как источник права: постановка вопроса....	73
БИТЯК Ю., ЯКОВЮК И. (Харьков) Права и свободы человека в условиях глобализации	80
ПОГТЕ Т. (Нью-Хейвен, США) Нарушаем ли мы права бедных в мире?	94
ХРИСТОВА А. (Харьков) К вопросу о формировании доктрины позитивных обязательств государства в сфере прав человека.....	124
МАЛЬКО А., НЫРКОВ В. (Саратов, Россия) Теоретико-методологические основы формирования концепции правозащитной политики.....	135
ПАНЧЕНКО В., ПЕТРОВ А. (Красноярск, Россия) Юридические препятствия в реализации и защите прав и законных интересов: понятие и виды.....	147
<i>Верховенство права: проблемы теории и практики</i>	
КРИГЕР М. (Сидней, Австралия) После короткого XX века: глобальный прогресс верховенства права.....	155
ВЕСТЕРМАН П. (Тронинген, Нидерланды) Верховенство права как юридическое лицо государства	176
ЧАРНОТА А. (Сидней, Австралия) О ярком примере неопределенности, или Правосудие переходного периода и верховенство права.....	185
ПОЛЯКОВ А. (Санкт-Петербург, Россия) Верховенство права, глобализация и проблемы модернизации философии и теории права.....	194
ГОРОБЕЦ К. (Одесса) Верховенство права как ценностно-нормативный феномен	207
СОВРЕМЕННОЕ ПРАВОПОНИМАНИЕ	
МЕЛКЕВИК Б. (Квебек, Канада) Постмодернизм, право и «прощание с разумом». Критика постмодерной правовой концепции.....	215
МЕТОДОЛОГИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ	
АЛЕКСИ Р. (Киль, Германия) Разумность права.....	229
АНТОНОВ М. (Санкт-Петербург, Россия) Теоретические альтернативы систематизации права	240
ВОПРОСЫ ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ПРАВА	
СМОРОДИНСКИЙ В. (Харьков) Содержание и пределы регулирования человеческой деятельности правом	253
ОНИЩЕНКО Н. (Киев) Стратегия и тактика законотворчества: проблемы эффективности.....	261
<i>Дискуссия: Возможна ли универсальная теория права как общая концептуальная основа теорий национального и международного права?</i>	
ДАМИРЛИ М. (Одесса) Кванторы «общности» общей теории права.....	267
ТАРАСОВ О. (Харьков) Правовая персонология: опыт построения общей концептуальной основы национального и международного права.....	276

МЫКИЕВИЧ М., МОТЫЛЬ В. (<i>Львов</i>) Концептуальные основы права ЕС в контексте формирования универсальной теории права.....	283	
ПРАВО И КУЛЬТУРА		
ЛИТВИНОВ А. (<i>Луганск</i>) О культурно-исторических аспектах взаимоотношения техники и права.....	288	
МАКСИМОВ С., САТОХИНА Н. (<i>Харьков</i>) Право в поисках читателя (Отсутствующая правовая реальность Франца Кафки)	299	
ФИЛОСОФСКИЕ И МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОТРАСЛЕВЫХ ПРАВОВЫХ НАУК И ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРАКТИКИ		
ПОГРЕБНЯК С. (<i>Харьков</i>) Транслирование конституционных ценностей на отраслевой уровень (на примере финансового права)	306	
СОЦИОЛОГИЯ ПРАВА		
БУРЛАЙ Е. (<i>Киев</i>) Конфликт и закон	320	
ВЕТЮТНЕВ Ю. (<i>Волгоград, Россия</i>) Контуры революционного юридического опыта	336	
НАШИ ПАРТНЕРЫ		
МАЛЬКО А. (<i>Саратов, Россия</i>) Научный журнал «Правовая политика и правовая жизнь»	346	
ВЫДАЮЩИЕСЯ ФИГУРЫ		
ОВЧИННИКОВА Н. (<i>Самара, Россия</i>) Философско-правовые взгляды Е. Трубецкого (короткие размышления по случаю 150-летия со дня рождения выдающегося мыслителя)	350	
НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ		
Права человека, демократия, верховенство права и современные социальные вызовы в сложных обществах: XXVI Всемирный конгресс по философии права и социальной философии (21–26 июля 2013 г., Белу-Оризонти, Бразилия)	358	
Право и литература: VIII философско-правовые чтения памяти академика В. С. Нерсесянца (2 октября 2013 г., Москва, Россия).....	367	
Международный проблемный семинар «Классическая и постклассическая методология юридической науки» (1–2 ноября 2013 г., Минск, Беларусь).....	370	
ОБСУЖДЕНИЯ, РЕЦЕНЗИИ, ПРЕЗЕНТАЦИИ ЛИТЕРАТУРЫ		
СВОБОДА И ДЕМОКРАТИЯ: ВОПРОСЫ СОВМЕСТИМОСТИ		
(обсуждение книги В. Речицкого «Политический предмет конституции»).....	374	
ЦЕННОСТЬ ФОРМЫ ИЛИ ФОРМАЛЬНАЯ ЦЕННОСТЬ?		
(рецензия А. Стовбы на монографию Ю. Ветютнева «Аксиология правовой формы»)	384	
АКТУАЛЬНОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ ОСОБЕННОСТЕЙ ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВОГО РАЗВИТИЯ В УСЛОВИЯХ ЕВРОПЕЙСКОЙ ИНТЕГРАЦИИ		
(рецензия В. Ледаева на монографию И. Яковюка «Правовые основания интеграции в ЕС: общетеоретический анализ»)	387	
ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВОПОНИМАНИЕ: К ВОЗОБНОВЛЕНИЮ МЕТОДОЛОГИЧЕСКОЙ ТРАДИЦИИ (рецензия А. Стовбы на монографию Р. Гаврилюк «Методологическая традиция доктрины естественного права»)		391
НЕТРАДИЦИОННОЕ УЧЕБНОЕ ИЗДАНИЕ ПО ФИЛОСОФИИ ПРАВА		
(рецензия А. Козловского на учебное пособие П. Рабиновича «Философия права»).....	396	
ОТ КЛАССИКИ ДО НЕКЛАССИКИ: ДИНАМИЧЕСКАЯ ФИЛОСОФИЯ ПРАВА		
(презентация коллективной монографии «Неклассическая философия права: вопросы и ответы»).....	399	
НОВЫЙ ШАГ В ПРЕПОДАВАНИИ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА		
(презентация учебника «Теория государства и права»).....	402	

CONTENTS

Note of the Editor-in-Chief.....	9
HUMAN RIGHTS AND THE RULE OF LAW IN CONTEMPORARY WORLD	
Human Rights: Philosophical and Theoretical Problems	
HORN N. (<i>Köln, Germany</i>) Human Rights: Philosophical Foundations and Legal Dimensions.....	13
CAMPBELL T. (<i>Canberra, Australia</i>) Human Rights: a Democratic Way.....	33
KIRSTE S. (<i>Salzburg, Austria</i>) The Human Right to Democracy as the Capstone of Law	51
LEMAK V. (<i>Uzhgorod</i>) Basic Human Rights as a Source of Law: Formulation of the Question.....	73
BYTYAK Yu., IAKOVIUK I. (<i>Kharkiv</i>) Human Rights and Liberties in the Conditions of Globalization	80
POGGE T. (<i>New Haven, USA</i>) Are We Violating the Human Rights of the World's Poor?.....	94
KHRYSTOVA G. (<i>Kharkiv</i>) To the Question of Formation of the Doctrine of Positive Obligations of the State in the Field of Human Rights.....	124
MALJKO A., NYRKOV V. (<i>Saratov, Russia</i>) Theoretical and Methodological Bases of Formation the Concept of Human Rights Policy	135
PANCHENKO V., PETROV A. (<i>Krasnoyarsk, Russia</i>) Legal Barriers to the Implementation and Protection of Rights and Legal Interests: Concept and Types	147
Rule of Law: Problems of Theory and Practice	
KRYGIER M. (<i>Sydney, Australia</i>) After the Short Twentieth Century: the Global Career of the Rule of Law.....	155
WESTERMAN P. (<i>Groningen, Netherlands</i>) The Rule of Law as a Legal Triple A.....	176
CZARNOTA A. (<i>Sydney, Australia</i>) On the Beauty of Confusions or Transitional Justice, and Rule of Law.....	185
POLYAKOV A. (<i>St. Petersburg, Russia</i>) Rule of Law, Globalization and Problems of Modernization of Philosophy and Theory of Law.....	194
GOROBETS C. (<i>Odesa</i>) Rule of Law as a Value-Normative Phenomenon.....	207
CONTEMPORARY UNDERSTANDING OF LAW	
MELKEVIK B. (<i>Quebec, Canada</i>) Post-Modernism, Law and «Farewell to the Reason». Criticism of the Postmodern Concept of Law.....	215
METHODOLOGY OF LEGAL SCIENCE	
ALEXY R. (<i>Kiel, Germany</i>) The Reasonableness of Law.....	229
ANTONOV M. (<i>St. Petersburg, Russia</i>) Theoretical Alternatives of Systematization of Law.....	240
ISSUES OF GENERAL THEORY OF LAW	
SMORODYNSKY V. (<i>Kharkiv</i>) Content and Limits of the Legal Regulation of Human Activity.....	253
ONISHCHENKO N. (<i>Kyiv</i>) The Strategy and Tactics of Legislation: the Problems of Efficiency.....	261
Discussion: Is the Universal Theory of Law as a Shared Conceptual Basis for Theories of Domestic and International Law Possible?	
DAMIRLI M. (<i>Odesa</i>) Quantifiers of «Generality» of General Theory of Law.....	267
TARASOV O. (<i>Kharkiv</i>) Legal Personology: the Experience of Creation of Common Conceptual Framework of National and International Law	276
MYKIEVYCH M., MOTYL V. (<i>Lviv</i>) Conceptual Foundation of European Union Law in the Context of the Formation of Universal Law Theory	283

LAW AND CULTURE

LYTVYNOV O. (*Luhansk*) On Cultural and Historical Aspects of Interrelation Between Technique and Law..... 288

MAKSYMОВ S., SATOKHINA N. (*Kharkiv*) Law in Search of the Reader (Franz Kafka's Absent Legal Reality)..... 299

PHILOSOPHICAL AND METHODOLOGICAL ISSUES OF THE BRANCH LEGAL SCIENCES AND THE LEGAL PRACTICE

POGREBNIAK S. (*Kharkiv*) Constitutional Values Transmission on Branch of Law Level (Example of Finance Law Level)..... 306

SOCIOLOGY OF LAW

BURLAY Ye. (*Kyiv*) Conflict and Legislation Act..... 320

VETYUTNEV Yu. (*Volgograd, Russia*) The Contours of the Revolutionary Legal Experience..... 336

OUR PARTNERS

MAJJKO A. (*Saratov, Russia*) Scientific Journal «Legal Policy and Legal Life»..... 346

PROMINENT FIGURES

OVCHINNIKOVA N. (*Samara, Russia*) Philosophical and Legal Views of E. Trubetskoy (Some Thoughts Devoted to the 150 Anniversary of the Famous Thinker)..... 350

SCIENTIFIC LIFE

Human Rights, Democracy, Rule of Law and Contemporary Social Challenges in Complex Societies: 26th World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy (21–26 July 2013, Belo Horizonte, Brazil)..... 358

Law and Literature: VIII Philosophical and Legal Reading to the Memory of Academician V. S. Nersesyants (2 October 2013, Moscow, Russia)..... 367

International Discussion Panel «Classical and Post-Classical Methodology of Legal Science» (1–2 November, 2013, Minsk, Belarus)..... 370

DISCUSSION, REVIEW, PRESENTATION OF LITERATURE

FREEDOM AND DEMOCRACY: THE COMPATIBILITY ISSUES (Discussion of the Monograph by V. Rechitskyy «Political Matter of Constitution»)..... 374

VALUE OF FORM OR THE FORMAL VALUE? (Review by O. Stovba of the Monograph by Yu. Vetyutnev «Axiology of Legal Form»)..... 384

THE CURRENT RESEARCH OF THE STATE LEGAL DEVELOPMENT FEATURES IN THE TERMS OF EUROPEAN INTEGRATION (Review by V. Ledyayev of the Monograph by I. Iakoviuk «Legal Basis of EU Integration: General-Theoretical Analysis»)..... 387

NATURAL UNDERSTANDING OF LAW: RESUMPTION OF THE METHODOLOGICAL TRADITION (Review by O. Stovba of the Monograph by R. Havryliuk «Methodological Tradition of the Natural Law Doctrine»)..... 391

UNCONVENTIONAL EDUCATIONAL EDITION ON PHILOSOPHY OF LAW (Review by A. Kozlovskyy of the Educational Edition by P. Rabinovych «Philosophy of Law»)..... 396

FROM CLASSICAL TO NON-CLASSICAL: DYNAMIC PHILOSOPHY OF LAW (Presentation of the Collective Monograph «Non-Classical Philosophy of Law: Questions and Answers»)..... 399

NEW STEP IN THE TEACHING OF THEORY OF STATE AND LAW (Presentation of the Textbook «Theory of State and Law»)..... 402

ВІД ГОЛОВНОГО РЕДАКТОРА

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



Шановні читачі!

Минуло два роки з моменту заснування наукового журналу «Філософія права і загальна теорія права». Взявши за мету поєднання фундаменталізації та практичної спрямованості юридичної науки й освіти, журнал реалізує її через творчий діалог представників, як сказав би Г. Сковорода, «двох натур» – філософії права і загальної теорії права в їх взаємодоповненні й взаємозбагаченні та «трьох світів» – українських науковців, учених СНД та представників західної юриспруденції. В усіх чотирьох номерах журналу опубліковано загалом понад 120 наукових статей, у тому числі – 67 українських авторів, 26 статей авторів із країн СНД та 30 – інших країн (статті зарубіжних авторів перекладалися українською з англійської, німецької, польської, російської та французької мов).

Приємно зазначити, що нашим постійним автором і членом наукової ради є один із найвідоміших сучасних філософів права Роберт Алексі (Німеччина), який має три публікації в журналі; по дві статті опублікували Стефан Кірсте (Німеччина – Австрія), Б'ярн Мелкевік (Канада) і Чаба Варга (Угорщина). Журнал активно співпрацює з російськими колегами, насамперед представниками Санкт-Петербурзької школи – А. Поляковим, І. Честновим, М. Антоновим, згуртованими навколо журналу «Правоведение» та видання «Российский ежегодник теории права».

Журнал «Філософія права і загальна теорія права» упізнається також завдяки своїм постійним вітчизняним авторам, від яких читачі небезпідставно завжди очікують нових ідей або нових поворотів традиційних тем: С. Погребняку, В. Смородинському, О. Литвинову, О. Мережку, Є. Бурлаю і, безумовно, його «науковому куратору», голові наукової ради, академіку НАПрН України П. Рабіновичу. Не можна не відзначити також плідну участь у журнальних публікаціях й інших провідних науковців – академіків НАПрН Ю. Битяка і О. Петришина, членів-кореспондентів НАПрН М. Козюбри, В. Лемака, В. Носіка, Ю. Оборотова, Н. Оніщенко, С. Шевчука.

У цьому номері журналу продовжено висвітлення актуальної проблеми «Верховенство права і права людини в сучасному світі», зумовленою темою чергового XXVI Всесвітнього конгресу з філософії права і соціальної філософії «Права людини, демократія, верховенство права та сучасні соціальні виклики у

складних суспільствах», який відбувся 21–26 липня 2013 р. у м. Белу-Оризонті (Бразилія). Проте якщо в попередньому номері журналу наголос ставився на верховенстві права, то у цьому – пріоритет надається темі прав людини, звичайно ж у тісному зв'язку з демократією та верховенством права.

Перші три статті являють собою переклади пленарних доповідей на згаданому Всесвітньому конгресі з філософії права. Стаття Норберта Горна (Університет Кельна, Німеччина) «Права людини: філософське обґрунтування та юридичний вимір», присвячена проблемі морального обґрунтування прав людини; у ній автор відстоює онтологічний підхід до цієї проблеми, полемізуючи з дискурсивними теоріями за недостатню увагу до глибинних основ людського розуму. В двох наступних доповідях права людини розглядаються в контексті проблеми демократії. У статті Тома Кемпбелла (Університет Чарльза Стюрта, Канберра, Австралія) «Права людини: демократичний шлях» звертається увага на переважно політичне значення прав людини: автор відстоює позицію етичного позитивізму, що передбачає таку модель верховенства права, згідно з якою контроль за дотриманням прав людини є справою радше законодавчого органу, аніж суду. Якщо австралійський філософ права виходить із права на демократію як передумови своєї концепції, то в статті Стефана Кірсте (Зальцбургський університет, Австрія) «Право людини на демократію як наріжний камінь права» це право обґрунтовується тим, що без неї та без вимоги рівної участі у прийнятті демократичних рішень залишаються незавершеними як правові основи держави, так і права особи. Докладніше питання, які розглядалися на Конгресі, розкриваються в огляді, підготовленому С. Максимовим (Харків).

Наступні статті цієї рубрики присвячені більш прикладним аспектам проблеми прав людини. У статті В. Лемака (Ужгород) основна увага приділяється аналізу аргументів щодо прав людини як діючого права та ролі судової й адміністративної практики в їх забезпеченні. У статті Ю. Битяка та І. Яковюка (Харків) аналізуються проблеми забезпечення прав людини в умовах розвитку процесів глобалізації та регіональної інтеграції й обґрунтовується, що захист прав людини виходить за межі відповідальності окремої держави, стає справою світового співтовариства та регіональних інтеграційних об'єднань.

Особливу увагу варто звернути на статтю Томаса Погге (Єльський університет, США) «Чи порушуємо ми права бідних у світі?», за яку він у 2013 р. був нагороджений Американською філософською асоціацією Премією ім. Грегорі Кавки. Розглядаючи нереалізовані права людини і конкретне активне ставлення людських агентів до такого невиконання, як порушення прав людини, він доводить, що добре забезпечені громадяни впливових країн спільно порушують права бідних у світі у величезних масштабах. У статті Г. Христової (Харків) визначаються витоки ідеї обов'язку держави поважати та гарантувати права людини. Наші російські колеги О. Малько і В. Нирков (Саратов) акцентують увагу на теоретико-методологічних засадах формування концепції правозахисної політики, а В. Панченко і О. Петров (Красноярськ) – на аналізі ознак і видів юридичних перешкод у реалізації та захисті прав і законних інтересів громадян.

У межах ключової теми номера виокремлено підрубрику, присвячену верховенству права. Вона починається з висвітлення доповідей найактивніших учасників секції «Верховенство права: між теорією та практикою», виголошених на

XXVI Всесвітньому конгресі з філософії права Мартіном Крігером та Адамом Чарнотою (Університет Нового Південного Уельсу, Сідней, Австралія), а також Полін Вестерман (Університет Гронінгена, Нідерланди). М. Крігер пропонує відповідь на питання: «Чому верховенство права є настільки гарячою темою сьогодення у всьому світі?». Його стаття завершується аналізом деяких гіпотез щодо подій, які можуть визначити майбутнє верховенства права. У статті П. Вестерман акцент робиться переважно на тому, як концепція верховенства права фактично використовується в міжнародних відносинах політиками, які виступають за її експорт у країни, що розвиваються, або у країни, які переходять від одного режиму до іншого. У свою чергу, в статті А. Чарноти співвідношення правосуддя у державах перехідного періоду та верховенства права розглядаються як яскравий приклад невизначеності. Продовжуючи тему верховенства права, А. Поляков (Санкт-Петербург) підкреслює, що в умовах глобалізації виникає необхідність нової, комунікативної теорії права, а К. Горобець (Одеса) доводить, що верховенство права є феноменом, який покликаний забезпечувати цілісність та гармонізацію системи цінностей правової сфери та системи правових нормативів.

У традиційних рубриках журналу, присвячених проблемам сучасного праворозуміння і методології юридичної науки, представлено статті наших постійних зарубіжних авторів. У статті Б. Мелкевіка (Квебек, Канада) подається критичний аналіз постмодернізму, що виступає як певний філософсько-правовий проєкт, в якому заперечується будь-яка раціональність, а тому він є проєктом радше естетичним, аніж юридичним. Натомість саме на розумності права наполягає в своїй цікавій статті Р. Алексі (Кіль, Німеччина), який, розмежовуючи поняття «раціональність» і «розумність», розглядає розумність як концепт, що використовується для оцінки дії, рішень, осіб, правил та інститутів, а також аргументів і суджень, визначає необхідний зв'язок права і розуму. Своєю чергою, М. Антонов (Санкт-Петербург) піддає критиці концепцію системності права, що заснована на змішуванні ціннісних суджень і фактів опису позитивного права, пропонує як альтернативу їй концепцію нормативних систем, що була розроблена аргентинськими правознавцями К. Альчурроном та Є. Булігіним.

Рубрика «Питання загальної теорії права» починається зі статей В. Смородинського (Харків) про зміст, межі та критерії ефективності правового регулювання і Н. Оніщенко (Київ) стосовно проблеми підвищення ефективності дії та результативності законодавства. У другій частині цієї рубрики продовжується започаткована П. Рабіновичем (Львів) важлива дискусія щодо можливості універсальної теорії права як спільної концептуальної основи теорій національного і міжнародного права. Свої версії конструювання такої теорії пропонують читачам М. Дамірлі (Одеса), О. Тарасов (Харків) та М. Микієвич із В. Мотилем (Львів).

Тема права як феномену культури в цьому номері журналу продовжена в статтею О. Литвинова (Луганськ), в якій зроблено спробу філософського осмислення проблем взаємодії техніки і права в культурно-історичному аспекті. У ній, зокрема, наголошується на тому, що гуманістична спрямованість права може обмежити некерованість розвитку техніки перш за все у негативному для людства напрямі. У статті С. Максимова і Н. Сатохіної (Харків) нові грані буття

права розкриваються через аналогію між правовою реальністю та реальністю художнього вимислу, кожна з яких відтворюється певним суб'єктом.

Журнал веде активні пошуки на шляху реалізації програми практичної спрямованості філософії та теорії права. Яскравий приклад такої реалізації являє собою стаття С. Погребняка (Харків), у якій механізм транслявання конституційних цінностей на галузевий рівень розглянуто на прикладі втілення у фінансове право загальних принципів права — добросовісності й розумності.

У рубриці «Соціологія права» публікується четверта стаття Є. Бурлая (Київ) із циклу його праць, присвячених аналізу співвідношення явищ конфлікту і права, на цей раз, на тему співвідношення конфлікту і закону. Сподіваємось, що інтерес читача приверне й актуальна в сучасних умовах стаття Ю. Ветютнева (Волгоград), у якій революція аналізується як джерело юридичного досвіду.

У рубриці «Наші партнери» науковий журнал «Правовая политика и правовая жизнь» презентує його головний редактор О. Малько (Саратов). А в рубриці «Визначні постаті» друкується стаття Н. Овчинникової (Самара), присвячена 150-річчю від дня народження Є. Трубецького, який з 1897 по 1905 р. обіймав посаду професора в Університеті св. Володимира в Києві.

Серед рецензій і презентацій нової літератури хочеться звернути особливу увагу на публікацію «Свобода і демократія: питання сумісності», яка підготовлена на підставі обговорення книги В. Речицького (Харків) «Політичний предмет конституції».

На закінчення зазначимо, що ключова тема наступного номера журналу буде присвячена питанням правової інтерпретації та аргументації. Саме ці проблеми, як видається, уособлюють безперервний пошук духу та букви права; саме з інтерпретацією та аргументацією нерозривно пов'язана будь-яка практична та науково-дослідна робота юриста. Сьогодні перед філософією та загальною теорією права стоїть важливе завдання: з урахуванням новітньої методології здійснити суттєве оновлення теоретичних уявлень у цій сфері. Сподіваємось, шановні автори і читачі, на вашу активну співпрацю та плідні результати.

*ПРАВА ЛЮДИНИ І ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА
В СУЧАСНОМУ СВІТІ*

**ПРАВА ЛЮДИНИ:
ФІЛОСОФСЬКІ ТА ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ
ПРОБЛЕМИ**

**ПРАВА ЛЮДИНИ:
ФІЛОСОФСЬКЕ ОБҐРУНТУВАННЯ
ТА ЮРИДИЧНИЙ ВИМІР¹**

Н. ГОРН
*професор права,
(Університет Кельна, ФРН)*



I. ФЕНОМЕН

1. Права людини, сучасна держава і міжнародний порядок

Що є справедливість? Справедливість краще за все можна визначити як шанування і захист прав людини². Ось, принаймні, найбільш поширена у сучасному світі відповідь на це одвічне питання. Права людини визначають фундаментальні права, такі як право на життя і свободу, що, як вважають, притаманні

¹ Norbert Horn. Human Rights: Philosophical Foundations and Legal Dimensions. Пленарна доповідь на XXVI Всесвітньому конгресі з філософії права і соціальної філософії «Права людини, демократія, верховенство права та сучасні соціальні виклики у складних суспільствах» (21–26 липня 2013 р., Белу-Оризонті, Бразилія). Переклад з англійської Д. Вовка.

² Слід ураховувати, що наводячи таке визначення справедливості, Норберт Горн розуміє права людини передусім як моральні права, що можуть бути перенесені у право. Відповідно це визначення не слід сприймати як юридизацію проблеми справедливості. — *Прим. перекладача.*

© Н. Горн, 2013

кожній людській істоті [1–3]. Зародження сучасної держави з демократичним парламентом і урядом, що керується верховенством права, забезпечувалося і супроводжувалося деклараціями прав людини і громадянина [4]. Сьогодні права людини визнаються і захищаються у багатьох конституціях західних демократій та ще деінде у світі, де вони становлять частину охоронюваних і гарантованих громадянських прав.

У ХХ ст. права людини набули статусу складової міжнародного публічного права. На основі Загальної декларації прав людини 1948 р. [5] виникла система міжнародних договорів Організації Об'єднаних Націй у сфері прав людини, яка включає дев'ять основних договорів, у тому числі про ліквідацію расової дискримінації, про громадянські і політичні права, про економічні, соціальні й культурні права, про ліквідацію дискримінації щодо жінок, проти катувань, про права дитини, про захист прав трудящих-мігрантів, про права розумово відсталих осіб і про захист усіх осіб від насильницьких зникнень¹. На засадах Загальної декларації також були укладені конвенції регіонального характеру, такі як Американська конвенція прав людини 1969 р. та Африканська хартія прав людини і народів 1982 р. Нарешті у 1950 р. була офіційно оприлюднена європейська Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, яка набула чинності у 1953 р. і на підставі якої було засновано Європейський суд з прав людини².

2. Розширення каталогу прав людини

З того моменту, як наприкінці ХVІІІ ст. рух за права людини зійшов на історичну сцену, кількість, зміст і обсяг прав людини суттєво збільшились. На самому початку цей рух здебільшого обмежувався правами на життя і свободу з їх політичними імплікаціями (вільними виборами, свободою преси і вільним сповіданням релігії, захистом від протиправних урядових актів, що, наприклад, передбачає свободу від обкладання податками, крім тих, що схвалені вільно обраним парламентом). Політичні права громадян визнавалися лише за чоловіками. Жінки отримали виборчі права і досягли юридичної рівності з чоловіками у західному світі у ХХ ст., соціальні права для робітничого класу й уразливих верств населення були встановлені у цей же час³, так само як і права на свободу від расової дискримінації і на захист дітей.

ІІ. ЮРИДИЧНИЙ ВИМІР ПРАВ ЛЮДИНИ

1. Нормативна структура; рівність і універсальність

Права людини — це суб'єктивні права людської істоти; вони відповідають нормативній природі всіх прав. Права завжди виражають наказ іншій особі, що

¹ У структурі ООН засновано низку комітетів, що мають завдання контролювати і перевіряти реалізацію державами договірних зобов'язань [6]. Щодо системи договорів ООН у сфері прав людини див.: [7].

² У 2010 р. Європейський Союз проголосив Хартію про основні права Європейського Союзу [8].

³ Див. статті 22–28 Загальної декларації прав людини 1948 р., які надихалися пунктом 6 Атлантичної хартії, де містилась обіцянка забезпечення «свободи від поневір'янь» [9]. Див. додатково: [10, с. 181; 11].

зобов'язана поважати ці права¹. Основна мета прав людини — встановити обов'язки держави. Права людини, такі як право на життя чи свободу, розуміються широко; Карл Велман описує їх як «пакет прав» із численними корелюючими обов'язками [3, с. 42], що не обмежуються повагою до цих прав, але передбачають також активний їх захист. Права людини є складовою основних політичних і юридичних принципів демократичної держави, що керується верховенством права. Вони проголошуються притаманними кожній людській істоті і тим самим категоріально пов'язані з ідеєю рівності людей, а також ідеєю універсальної, глобальної сфери дії.

Відповідно до міжнародних конвенцій права людини утворюють обов'язки держав згідно з міжнародним правом, включаючи обов'язки щодо приватних осіб, які є громадянами інших держав (наприклад, біженці чи інвестори). Нарешті, права людини можуть мати горизонтальний ефект у відносинах між приватними особами, як це було у справі «Огоні проти Шелл» (*Ogoni v. Shell*), де нігерійська етнічна меншина, потерпаючи від руйнації їхнього природного середовища через видобуток нафти і зазнаючи утисків із боку власного уряду, звернулася із позовом проти компанії «Шелл»².

2. Політичні, моральні і юридичні правила

А. Різні категорії. Від самого початку розгортання руху за права людини останні становили предмет політичних вимог. У той же час вони розумілися і як моральні приписи. Виявилось, що моральний вимір прав людини є необхідним для їх розуміння [3]. Багато прав людини було втілено у правових нормах. Права людини, у переважній більшості, є об'єктивним правом³. Однак деякі формально проголошені права людини сформульовані надто широко, щоб бути правом у власному сенсі. Стаття 28 Загальної декларації прав людини проголошує, що «кожна людина має право на соціальний і міжнародний порядок, при якому права і свободи, викладені в цій Декларації, можуть бути повністю здійснені». Це загальний принцип політичної етики. Він потребує подальшої деталізації, щоб стати правом. Низка соціальних прав у конституціях чи конвенціях не породжує кореспондуючих суб'єктивних прав індивідів, інші — навпаки [13–14].

¹ Це передумова чинності всіх прав, не лише так званих «прав скарги», як доводить Карл Велман [3, с. 41], а й «прав свободи (привілеїв)», владних прав і прав імунітету. Ці категорії прав Карл Велман запозичує у Веслі Гофельда [12].

² За позовом на підставі Закону про делікти іноземців 1789 р. (закон, що сьогодні є частиною Кодексу США, відповідно до якого іноземцям дозволяється звертатися до судів США з вимогою про відшкодування шкоди, завданої внаслідок порушення прав людини за межами США. — *Прим. перекладача*), що розглядався судами США, на користь людей Огоні було стягнуто відшкодування 15,5 млн. Станом на 2012 р. справа ще перебувала на розгляді у Верховному суді США.

³ Словосполученням «об'єктивне право» у даному випадку перекладено англійське слово «*law*», що, як відомо, не має однозначного еквівалента в українській мові і перекладається залежно від контексту. Зважаючи на подальші міркування Норберта Горна, які мають яскравий юснатуралістичний нахил, перекладачеві здалося неможливим перекласти згадане слово як «закон» або «позитивне право». — *Прим. перекладача*.

І моральні, і юридичні норми приписують або забороняють певну поведінку. Проте існують відмінності. Правові норми підтримуються державою, а їх дотримання підкріплюється юридичними санкціями. Моральні правила, навпаки, не нав'язуються державою. Відповідно до класичної моральної філософії моральні норми створюються, щоб бути путівником для обрання між добрим і поганим, правильним чи хибним¹. Моральні рішення кожного індивіда залежать від його свідомості; у різних індивідів вони можуть суттєво змінюватися і відрізнятися одне від одного. Втім, кожне людське суспільство виробляє загально визнані моральні принципи і правила, які Герберт Л. А. Харт назвав «позитивною мораллю» [16, с. 19–20].

В. Співвідношення права і моралі. Юристам відомо, що безпечне і передбачуване функціонування правової системи вимагає, щоб моральні правила, які чітко у законі не закріплені та не охоплюються його метою, не використовувалися як основа юридичного рішення (крім випадку явно несправедливого закону, про що ми ще згадаємо нижче). Законодавець також не може втілити у праві кожне діюче у певній сфері моральне правило. Право здебільшого має справу з діями чи бездіяльністю² та іноді з намірами чи необачністю, що їх супроводжує (шахрайство у кримінальному праві і т. ін.). Моральні ж принципи і правила охоплюють розумове й емоційне життя, а також моральну свідомість індивіда. Надання останнім значення предмета правового регулювання (за межами визначених дій чи бездіяльності) призводило б до пригноблення особистої свободи у тоталітарній системі. Наприклад, існують вагомні підстави вважати, що чоловік і дружина мають моральний обов'язок оберігати чесність їхнього шлюбу і розвивати взаємну любов. Однак законодавець не повинен встановлювати покарання за брак любові чи подружню зраду³.

Відмінності між правом і мораллю показали Іммануїл Кант [18; 19, с. 334, 339] і багато інших, хто вважав, що обидві категорії і групи норм мають бути суворо розмежовані. Це розмежування є найбільшим зі здобутків юридичного позитивізму. З другого боку, таке суворе розмежування може бути помилковим в управлінні правовими процесами. Права людини є вагомим доказом того, що правові норми також мають моральний вимір. Це не є винятковою ситуацією. Кожен закон прагне того, щоб втілювати в життя певний аспект справедливості, наприклад, безпечність дорожнього руху, довіру в договорі, укладеному за вільною згодою, захищеність від злочину. Цей поширений погляд набув виразу у «тривимірній» теорії права знаменитого бразильського філософа Мігеля Реале⁴.

¹ У «Сумі теології» (частина II-I, питання 94, відповідь 2) Тома Аквінський вказує: «Bonum est faciendum et malum vitandum» (благо належить виконувати, а зла слід уникати) [15, с. 25]. Про моральний скептицизм див.: III.1.C-D.

² Тома Аквінський пише, що «iustitia est circa actiones» (справедливість стосується дій). Ця ж думка наводиться Арістотелем у «Нікомаховій етиці» (більше того, Аквінат прямо посилається на Арістотеля. — Прим. перекладача) [17].

³ Смертна кара для жінок, винних у подружній зраді, і досі існує у деяких країнах, що є очевидним порушенням прав людини, яке базується на хибних з точки зору моралі культурних традиціях.

⁴ Його теорія інтегрує соціологічне праворозуміння, юридичний позитивізм і природне право [20; 21, с. 77 і далі].

Моральна мета норми права має вирішальне значення для її застосування і тлумачення. Це не означає, що чинність законодавчого припису може бути поставлена під сумнів через його моральні вади. Класична моральна філософія вчить, що підкорення закону є моральним обов'язком і чеснотою (так звана «*justitia legalis*», тобто легальна, або законна, справедливість¹). Тільки в екстремальних випадках закон, що порушує вищі моральні принципи, може бути відкинтий [22, с. 171; 23, с. 105–108; 24, с. 26–28, 281 і далі].

3. Юридична і моральна інтерпретація прав людини

Базові права людини сформульовані широко, тому судді стикаються зі складнощами в їх застосуванні, з проблемою, що ми її бачимо стосовно всіх громадянських прав [25–26]. Право на життя служить добрим прикладом. Справа Претті 2002 р. у Європейському суді з прав людини порушила питання, чи включає право на життя право вчинити самогубство, у тому числі право (паралізованого пацієнта) на допомогу з боку іншої особи задля досягнення цієї мети [27]. Чи має право англійський законодавець встановити покарання за таку допомогу? Суд підтвердив такий закон і заперечив проти наявності права на допомогу у вчиненні самогубства. Логічне обґрунтування рішення включало доводи стосовно того, що право на якесь благо (життя) не може включати протилежність цьому благу (смерть). Воно, однак, справедливо доповнювалось ціннісно-орієнтованими міркуваннями щодо культурної етичної традиції і широко поширеним, сформованим під впливом християнської релігії поглядом про те, що життя є даром і цінністю, якої людина не може вільно позбутися. Крім того, суд взяв до уваги необхідність захисту суспільства від кримінальних зловживань дозволеною допомогою при самогубстві.

4. Конфлікт прав людини

Широко поширене уявлення про те, що права людини, які захищають найбільш значущі первинні блага, такі як право на життя, є абсолютними правами і у жодному випадку не повинні бути мішенню для цілеспрямованої дії проти цього захищеного блага [24, с. 223–226]. Це не виключає необхідності зіставляти одне захищене благо з іншим у випадку конфлікту. Одна нетипова справа у Німеччині, що стосувалась прямої заборони тортур, ілюструє наведену проблему. Чоловік викрав дитину шкільного віку для того, щоб шантажувати її заможних батьків. Він був заарештований і зізнався у викраденні, зазначивши при цьому, що дитина досі жива, але відмовився розкрити місце, де вона трималась. За два дні головний поліцейський слідчий, намагаючись примусити підозрюваного дати інформацію про місцезнаходження дитини і врятувати їй життя, пригрозив застосувати тортури до підозрюваного. Під таким тиском чоловік здався і показав поліції місце, де було виявлено труп дитини, вбитої викрадачем. Окружний суд Франкфурту визнав поліцейського слідчого винним у порушенні заборони тортур через погрозу, хоча і з причин, що заслуговують на повагу; покарання судом призначено не було. На мою думку, заборона тортур не була

¹ Це бачимо у «Нікомаховій етиці» Арістотеля і «Сумі теології» Томи Аквінського (частина II–II, питання 57–79).

порушена. Право жертви на те, щоб не зазнавати тортур і не бути вбитим, переважує право викрадача не піддаватися тортурам [19, с. 420].

III. ПІДХОДИ ДО ФІЛОСОФСЬКОГО ОБҐРУНТУВАННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ

1. Потреба у раціональному обґрунтуванні моральних правил

А. Питання. Коли ми запитуємо, чи існують права людини як моральні правила незалежно від їх юридичної характеристики чи політичної важливості, ми потребуємо морально-філософського обґрунтування. Відповідь має пояснити, чи мають права людини морально зобов'язуючу чинність і якщо мають, то чому. Таке обґрунтування цікаве також і для юристів, тому що воно підтримує юридичну авторитетність кореспондуючого юридичного права людини і допомагає правникам у тлумаченні такого права [28, с. 9–10]. Належна моральна характеристика доречна при розгляді прав людини як політичних правил; політичні ідеї не можуть вижити, коли їх моральна авторитетність ставиться під сумнів із якихось очевидних причин.

В. Історична відповідь: Бог і природне право. Історична відповідь добре відома. Автори Вірджинського Біллю про права і Американської декларації незалежності вбачали обґрунтування прав людини у Богові чи природному праві¹. Християнська релігія була найвпливовішою духовною силою епохи, що передувала Американській революції [29, с. 4–5, 52, 302, 622]. Джон Локк, автор, який найбільше вплинув на обидва згадані документи, у 1690 р. визнавав, що права людини на життя, свободу, рівність і майно властиві кожній людині в силу «права природи і розуму», яке «вчить все людство... що всі істоти рівні і незалежні, ніхто не має чинити перешкод іншому в його житті, здоров'ї, свободі і володінні; тому що всі людські істоти створені єдиним суверенним Творцем...» [30, с. 119]². Спираючись на ці підвалини (Бог і природне право), права людини стали основою сучасних західних суспільств, держав і правових систем; і ця основа забезпечує високий політичний і моральний авторитет прав людини.

С. Моральний скептицизм. Із часом Бог і природне право, як підвалини прав людини, втратили своє універсальне визнання у західних країнах, хоча це визнання фрагментарно продовжує існувати. Західна філософія останніх двох з половиною століть веде боротьбу за емансипацію філософії від релігії і за виключення релігійних доводів із філософського дискурсу³. Те саме сталося з великою традицією природного права як орієнтиром позитивного права. Класична моральна філософія була атакована з боку утилітарної, емпіричної та сенсуалістської філософії [31–32] і Девід Г'юм сказав західному інтелектуальному світу, що різниця між пороком і чеснотою не досягається за допомогою розуму [33–34]. Згодом Іммануїл Кант, захищаючи розумність моралі від емпіризму і морального скептицизму, проголосив, що універсальність і обов'язковість

¹ Те саме стосується і Французької декларації 1789 р., у преамбулі якої природні права людини проголошуються перед лицем і під опікою «Верховної істоти».

² Джон Локк надихався Славною революцією 1688 р. і Біллем про права 1689 р. в Англії.

³ Питання релігії ми розглянемо трохи згодом (див.: III.4.B).

моральних законів не можуть бути виявлені у людській природі, а лише у поняттях чистого розуму [35, с. 389, 410].

Сьогодні можливість філософського обґрунтування прав людини як моральних правил залишається контрroversійною, хоча цінність і важливість прав людини, в основному, безсумнівні. Критика надходить із різних боків. Коли Еслдеа Макінтайр каже, що таких прав не існує, він виходить з точки зору класичної моральної філософії, що критикувала раціоналізм часів Просвітництва [36; 37, с. 107]. Ричард Рорті, навпаки, міркує зі скептичної позиції вульгарного антираціоналізму, коли він заперечує будь-який моральний дискурс щодо прав людини, заснований на раціональності й універсальності, як даремний¹. Юрген Габермас зазначає, що філософія не має власної відповіді на питання моралі, яка могла б змагатися з моральною інтуїцією особи: «Те, що ми отримуємо у досвіді і вивчаємо як моральну чи аморальну поведінку, відбувається до будь-якої філософії» [40, с. 254]. Це, звичайно, правильно і стосується усіх секторів інтелектуального і морального життя, однак тут не враховується важливий момент. Питання ж у тому, чи може філософія пояснити моральність і допомогти краще зрозуміти та, можливо, поліпшити наші моральні здібності. Підхід Юргена Габермаса, однак, корелює із широко поширеним моральним скептицизмом².

Д. Спростування скептицизму. Обмежувальні теорії емпіризму, суб'єктивізм і позитивізм, які вбачають пізнаваний світ тільки в матеріальному світі, що може бути чуттєво сприйнятій, вимірний і порахований, і тим самим виключають («метафізичне») моральне міркування з раціонального дискурсу, не стануть у пригоді. Цей виняток не може бути обґрунтований за допомогою методів, що ними взяті на озброєння, і стверджує себе як безпідставне метафізичне припущення [19, с. 402 і далі]³. Більше того, скептична позиція суперечить тому факту, що права людини користуються неабияким моральним авторитетом, а їхні стрижневі принципи і цінності — універсальна справедливість, рівність, свобода і самоврядність — широко сприйняті різноманітними філософськими школами [43]. Із приводу цих цінностей триває постійна дискусія у приватному і публічному житті, побудована на припущенні, що вони існують і можуть бути з'ясовані раціональним шляхом. Скептицизм не може зупинити цієї дискусії, а щонайбільше, здатен вилучити філософів із неї.

2. Унікаючі філософські стратегії

Після Девіда Г'юма і відмови англійських емпіристів та їх численних послідовників від метафізичного обґрунтування моральних норм ми можемо побачити появу унікаючих філософських стратегій, які замінюють раціональне

¹ Він радить отримувати менше освіти задля більшої толерантності і співчуття [38, с. 111–134]. Критику підходів Ричарда Рорті див.: [39].

² Подальшу характеристику морального скептицизму див.: [19, с. 158, 337, 349, 359].

³ Різноманітні методи гуманітарних і суспільних наук (герменевтика, феноменологія і метод розумності моральних цінностей) як протилежні методології природничих наук розглядаються у Ш.З.Д-Ф. На захист філософського скептицизму щодо моралі див. роботу Юргена Габермаса: [41]. Критика поглядів Юргена Габермаса подана у працях Яна Шаппа [10, с. 117; 42, с. 193].

обґрунтування моралі іншими підходами. Найбільш помітними серед них і досі залишаються: утилітаризм (А) і конвенційна істина (В і С).

А. Утилітаризм. Утилітаризм замінює класичне моральне розмежування доброго і поганого на щось інше — корисність. Відповідно до утилітарної аргументації людина, що у своїх діях «керується болем і задоволенням», не обирає між добрим і поганим, але кожен індивід має власний інтерес і користь для досягнення щастя як своєї головної мети. Ціль утилітарної етики полягає у «найбільшому щасті для найбільшої кількості», як її формулює Єремія Бентам [44]. Насправді права людини можна частково пояснити як такі, що служать цій меті. Історично утилітарна філософія мала серйозний вплив на рух за права людини та його успіх. Стаття 1 Вірджинського Біллю про права згадує про прагнення до щастя як одне з прав людини. Цей утилітаристський аргумент є незамінним у політичному житті будь-яких часів, наприклад, при завоюванні більшості під час демократичного голосування. Проте утилітаризм, замінивши основні поняття моральних норм, добро і зло, на задоволення і біль, має істотні дефекти у своїй моральній концепції. Цей підхід, як принаймні обґрунтовується деякими його прихильниками, заперечує і приносить у жертву інтереси індивіда, якщо найбільше щастя найбільшій кількості цього вимагає [45; 46, с. 69]. Більше того, багато етичних феноменів, зокрема, безкорисливість, взагалі не розглядаються.

В. Ролзівський консенсусний підхід. Джон Ролз розвиває консенсусний підхід до справедливості у традиції доктрини суспільного договору як підґрунтя держави (Томас Гоббс, Джон Локк, Жан-Жак Руссо, Іммануїл Кант) [47]. Він визначає передумови консенсусу щодо розподільної справедливості у суспільстві. Людина у вільній і неупередженій «первісній позиції», що перебуває у необхідності установити, разом з іншими, справедливі принципи суспільства, не знаючи про становище, в якому вона опиниться у такому суспільстві, зробить раціональний вибір на користь запропонованих Джоном Ролзом принципів розподільної справедливості й чесності у домаганні первинних благ самоповаги, свободи, можливості і багатства. На цьому підґрунті можуть бути вироблені чесні принципи справедливого суспільства шляхом консенсусу. Оптимістичний висновок, який випливає з консенсусу щодо (достатньої) чесності, є логічно слабким [48, с. 72, 75]. Він не переконує як виправдання принципів моралі і справедливості, які б інші здобутки не отримували би Джон Ролз у раціональному аналізі згаданих принципів. Бажаного виправдання моральних принципів можна досягнути тільки використовуючи моральні аргументи, про що правильно відмічає Рональд Дворкін [49, с. 171–177].

С. Теорія дискурсу. Схожим чином теорія дискурсу пропонує, що людські істоти можуть дійти розумної згоди щодо моральних цінностей і правил через процедуру, наприклад, дискурсу чи обміну аргументами (Юрген Габермас, Карл-Отто Апель, Роберт Алексі). Юрген Габермас у своїй теорії комунікативної дії наголошує, що ідеальний дискурс має бути вільним і неупередженим та здійснюватися між учасниками, наділеними однаковими здатностями. Їхні слова повинні мати невід'ємну мету бути істинними і чесними і не спотворюватися ідеологією чи іншими помилками. Комунікативний процес може привести до моральних відповідей через згоду [50; 51]. Теорія дискурсу мовчить про

моральні цінності і правила як саму суть морального дискурсу, на основі яких ми нібито живемо у «постметафізичну еру» [див.: 40, с. 25–254; 41]¹, і моральні цінності, що належать до сфери «метафізики», які, вважає Юрген Габермас і багато інших, не підходять для наукових міркувань. У той же час моральні цінності все ж таки можуть, як припускає теорія дискурсу, бути предметом морального дискурсу, і здобутком такого дискурсу, що ще більш дивує, буде установлення виправданого морального правила чи рішення, принаймні у питаннях справедливості [40, с. 13]

Мовчання теорії дискурсу щодо змісту і значення моральних правил справедливо критикується Чарльзом Тейлором за визначення практичного розуму як виключно процедурного. Ці теорії «роблять вкрай містичною пріоритетність моралі, ідентифікуючи її не з певним змістом, а з формою міркування, проводячи між першим і другим чітку межу. Далі вони захищають цю межу тим більш завзято, оскільки вона є єдиним шляхом віддати належне надблагам (наприклад, свобода, альтруїзм, універсалізм. — *Н. Г.*), що спрямовують їх, але не можуть бути ними пізнані» [43, с. 88 і далі]². Порожність теорії дискурсу в оцінці моральних цінностей і принципів робить її непридатною для пояснення морального виміру прав людини. Існують, однак, спроби видатних представників теорії дискурсу подолати вказану проблему, на чому ми зупинимось трохи згодом (див. III.3.B).

3. У пошуках істини і об'єктивності у моралі

A. Трансцендентність моралі. Філософське обґрунтування моральних прав людини залежить від здатності людського розуму знаходити істину та об'єктивні відповіді проти емпіричного скептицизму (див. III.1.C). Чи може людський розум сприйняти і відповісти на стрижневе питання добра і зла, справедливості і несправедливості (див. II.2.A)? Моральні питання беззаперечно виходять за межі емпіричного світу, якщо під останнім розуміти матеріальний світ, час і матерію та їхнє чуттєве і розумове сприйняття. Проте сфера людського досвіду цим не обмежується. «Трансцендентний»³ моральний досвід і його раціональний аналіз становлять предмет моральної філософії⁴. Чи можливий такий ана-

¹ Критику поглядів Юргена Габермаса подає Ян Шап [10, с. 117]. Див. також III.1.C.

² Зустрічну критику Юргена Габермаса див.: [40, с. 248].

³ Термін «трансцендентність» може використовуватися для позначення чотирьох різних явищ: 1) існування об'єкта, який сприймається індивідуальним суб'єктом, що пізнає, за межами свідомості (гносеологічна трансцендентність); 2) інтелектуальна сфера (інтерсуб'єктивна за своєю природою), що існує за межами матеріального в емпіричному сенсі світу (аристотелівська логіка і метафізика є її рефлексивною частиною); 3) моральна сфера (інтерсуб'єктивна за своєю природою), що існує за межами матеріального світу (предмет «метафізики» за Іммануїлом Кантом); 4) щось, що перебуває за межами світу взагалі (Бог, особливі метафізичні явища). Ми використовуємо цей термін у третьому значенні, але не відкидаємо і четвертого. На нашу думку, розглядуваний термін у такому контексті є контрверсійним і таким, що зараз має дурну славу, але його навряд чи можна замінити терміном «метафізика». Термін «метафізика» ставиться під сумнів і згодом виправдовується Іммануїлом Кантом [52, с. 367; 35, с. 410 і далі].

⁴ Розв'язання цих питань, названі Іммануїлом Кантом «метафізичними», подаються ним у творі «Метафізика моралі» та решті згаданих вище робіт. Щодо проголошення так званої

ліз? На це питання існують дві позитивні відповіді. Одну дав Іммануїл Кант: людина може знайти раціональні відповіді в апіорних поняттях чистого практичного розуму незалежно від будь-якого досвіду. Результатом цього є суто формалістичне «моральне право», що може узагальнюватися. Інша відповідь полягає в тому, що людський розум може знайти змістовні моральні відповіді, що матимуть загальне і об'єктивне значення.

В. Кантіанська відповідь. Серед багатьох філософів права, на яких вплинув кантівський раціоналізм і універсалізм, Рональд Дворкін є тим, хто найближче підійшов до працюючої теорії прав людини в обговоренні сутнісних моральних питань. Його студія, однак, фокусується на судовому контролі за законодавством, що його здійснює Верховний суд США. Рішучий критик юридичного позитивізму в особі Герберта Л. А. Харта з його жорстким розмежуванням права і моралі Рональд Дворкін запропонував теорію загальних принципів права та їх застосування в суді, поєднувану з юриспруденцією у країнах сім'ї цивільного права. У структурі цієї теорії на перший план висувається теорія громадянських (людських) прав індивіда, що базуються на рівності, чесності носіїв прав і переважаючому значенні громадянських прав як основоположних прав [26; 49; 54].

У межах теорії дискурсу робилися спроби подолати кричущу кантіанську порожнечу цієї теорії щодо сутнісних моральних цінностей і принципів. Ці цінності та правила були знайдені в обов'язкових передумовах ідеального дискурсу. Карл-Отто Апель використовує їх як граничне обґрунтування дискурсу¹; Юрген Габермас з цим не погоджується [40, с. 435]. Роберт Алексі виводить підвалину існування прав людини з аналізу змістовних передумов дискурсу: необхідна свобода і рівність учасників становлять базис для поваги до інших і, таким чином, до прав людини і до людської гідності («експлікаційний аргумент») [28, с. 56–57]². Він доповнює цей висновок також «екзистенційним аргументом»: якщо особа розглядає результат дискурсу як керівний при оцінці правильності власної поведінки, вона підписується під цими цінностями і правилами в екзистенційній формі [28, с. 16 і далі]. Як наслідок, Роберт Алексі розглядає певні права людини як елементи апіорної структури дискурсу³. Чи створюється тим самим нова «метафізика» моралі? Якщо так, то хіба що побічно, і, до речі, нещиро. І Карл-Отто Апель, і Роберт Алексі явно бажають залишитись у формальних межах теорії дискурсу.

«постметафізичної ери», яка нібито зараз настала, слід звернутися до Юргена Габермаса (див. III.1.C). Джон Фінніс наполягає на цілковитому розмежуванні метафізики і моралі [53, с. 94].

¹ Карл-Отто Апель намагається розглядати ці правила як «остаточне обґрунтування» морального дискурсу [55]. Цей аргумент, однак, розглядається ним не як онтологічний, а як внутрішній для теорії дискурсу.

² Критичні зауваження щодо підходу Роберта Алексі наводить Норберт Бріскорн [1, с. 158]. Варто також звернути увагу у цьому контексті на роботу Клауса Гюнтера у збірнику «Філософія права у XXI столітті» за редакцією Вільфреда Брюгера, Ульфріда Ноймана та Штефана Кірсте [58, с. 338–359].

³ Схожий підхід використовує Карлос Ніно, який намагається «відкрити засадничу структуру морального міркування, дискурсу чи дії, на яку спираються основні моральні права» [59, с. 83]. При цьому Роберт Алексі критикує теорію Карлоса Ніно [60, с. 187 і далі].

С. У пошуках онтологічних питань за межами суб'єктивізму. Чи можна знайти онтологічне обґрунтування прав людини за межами суб'єктивістського і формалістичного підходу Імануїла Канта? Стрижнева кантівська теза, яка полягає в тому, що людина відкриває моральне право з чесноти її власної моральної свідомості, є універсальною, тобто, такою, що, на думку німецького філософа, має бути застосована однаково до кожної людської істоти. Чи не краще цю тезу, всупереч Кантові, інтерпретувати як онтологічний доказ розумної природи людини. Насправді, Імануїл Кант намагався врятувати універсальність моральної філософії від нападок емпіристів [52, с. 255–264; 35, с. 387–392; 19, с. 330, 333], і Джон Фінніс правильно зауважує, що у певних аспектах кантівська «Метафізика моралі» є найбільш складною інтерпретацією сучасної теорії природного права [53, с. 97].

Для практикуючих юристів і суддів онтологічний підхід до моральних цінностей, перенесений у право (див. II.2.В) – у сферу прав людини чи в будь-які інші юридичні правила – є імпліцитним підґрунтям для їх щоденної роботи. Указані цінності досягаються, інтерпретуються і застосовуються у праві як об'єктивні критерії, що існують незалежно від особи, залученої до певної справи. Це лише опис проблеми, поки що не підкріплений аргументацією, однак він суперечить хибному опису позірної «постметафізичної ери». Онтологічні аргументи підтримуються філософами права з багатьох країн, які розвивають вчення про вищі принципи, цінності і правила справедливості, що превалюють над будь-яким людським вибором і не перебувають у розпорядженні законодавця. Тут можна знову згадати бразильського автора Мігеля Реале [20, с. 481; 21, с. 95] разом із численними німецькими¹ і американськими авторами. Карл Велман визначає підстави прав людини як «морально релевантні факти, які існують незалежно від нашої соціальної практики і моральних переконань» [3, с. 41 і далі]². Рональд Дворкін і Джон Фінніс підтверджують філософську можливість з'ясувати істинність (або об'єктивність) моральних суджень; вони наполягають, що аргументи за чи проти істинності морального судження мають бути моральними аргументами [49, с. 171–177; 48, с. 25]. Існує чимало різних методологічних підходів до онтологічного пізнання моралі, найбільш відомими є герменевтика, феноменологія (об'єктивної) моралі і сучасні теорії природного права.

Д. Герменевтика і феноменологія добра і зла. Герменевтичний метод (Вільгельм Дільтей, Ганс Гадамер) вчить, що інтерпретація текстів є справжнім пізнавальним прийомом гуманітарних і соціальних наук на протигагу природничим наукам, які непридатні для цього. Герменевтичні методики підходять для розуміння і описання моральних феноменів, а тому вони використовуються і суб'єктивістськими, і онтологічними теоріями. Феноменологія спочатку вини-

¹ Див. главу 4 у роботі Гельмута Коїнга «Основні принципи філософії права» [61], а також студію Артура Кауфмана у колективній праці «Вступ до філософії права і правової теорії сьогодення» [62, с. 143–146], роботи Норберта Горна [19, с. 417–422], Яна Шаппа [63], Ральфа Драера [64, с. 372], Вінфреда Газера [65, с. 185].

² Аналогічний підхід бачимо у Чарльза Тейлора [43, с. 14]. Найбільш ґрунтовний онтологічний підхід пропонується Джоном Фіннісом [48, с. 7; 53, с. 223–226].

кає як спроба подолати пізнавальний суб'єктивізм¹ і визначити моральні феномени, які ми переживаємо у «життєсвіті»², як реальність, що існує незалежно від наших відчуттів і моральних переконань. Таким чином, німецькі філософи Макс Шелер і Ніколай Гартман описували і аналізували субстантивну етику цінностей (*materiale Wertethik*), відмовляючись від кантіанського формалізму [67]³. У сприйнятті моральних цінностей присутні емоційні складові («відчування цінностей»), але вони сприяють раціональному пізнанню і аналізу цих цінностей і не мають у цьому процесі вирішального значення. Дескриптивний і аналітичний аспекти моральної феноменології доповнюються роботами сучасних моральних психологів, які виявляють цікаву крос-культурну одноманітність онтогенетичної еволюції моральної свідомості молодих людей (Лоренс Кольберг), «універсальну моральну граматику» кожної дитини незалежно від існуючих культурних відмінностей (Марк Хаузер) [19, с. 411–412; 69; 70, с. 345; 71, с. 429 і далі]⁴.

Феномени аморальності і несправедливості, як протилежності добра і справедливості, висувають свої власні переконливі доводи щодо обґрунтування прав людини, додаткові до доводів моральних благ, цінностей і правил. Зміст прав людини можна зрозуміти якнайкраще, коли ми бачимо те зло, що усувається за допомогою прав. Історія права пояснює права людини як нормативні відповіді на несправедливість, наприклад, придушення релігійної віри чи обкладання податками, не схваленими парламентом, що репрезентує населення. Головним предметом дослідження класичної моральної філософії було те, як людина може подолати «зло», наприклад, власну схильність до хибної поведінки, і яких зусиль вона має докласти у цьому сенсі у сфері розуму (*sapientia, prudentia*) і самоконтролю (*temperantia*)⁵. Це філософське узгодження моральності і розумності (*logos, ratio*)⁶ було доповнене і трансформоване християнськими ідеями людської свободи, гріха і благодаті [10, с. 117, 123; 74, с. 23, 19]⁷. «Постметафізична» філософія поступово втратила бачення проблеми гріха [10, с. 117, 123 і далі]⁸.

¹ Едмунд Гуссерль у своїй ранній роботі запропонував розуміння феноменології, спрямоване проти психологізму свого часу на користь об'єктивізму [66]. Після цього він повернувся до кантівських суб'єктивістських підходів.

² З нім. «*Lebenswelt*» – багатозначне феноменологічне поняття, запроваджене Едмундом Гуссерлем.

³ Див. також праці Ніколая Гартмана [68]. Підхід Макса Шелера у філософії права було використано Гельмутом Коїнгом [61].

⁴ Критики Лоуренса Кольберга (Мартін Гоффман, Марта Нусбаум) роблять більший акцент на емоційних аспектах і культурному середовищі моральних рішень і дій [72, с. 3; 73, с. 82 і далі].

⁵ *Sapientia* (лат.) – мудрість, *prudentia* (лат.) – розсудливість, *temperantia* (лат.) – поміркованість. Йдеться про моральні чесноти, сформульовані античною філософією та християнським богослов'ям (у найбільш концептуальному вигляді – у томізмі). – *Прим. перекладача.*

⁶ Про Платона і Арістотеля щодо цього пише Джон Фінніс [24, с. 388–397].

⁷ Історичний огляд проблеми зроблено Норбертом Горном [19].

⁸ З приводу проблеми зла пише Поль Рікер у роботі «Філософія волі», особливо у другій частині, де він розглядає символізм зла [75].

Е. Права людини як природні права. Пошук онтологічного підходу до прав людини як моральних прав неминуче приводить до великої європейської традиції природного права [19, с. 221–390, 401–421; 62, с. 26–147]. Ця традиція у різних проявах жива і досі. Однак із часів Просвітництва її супроводжує нищівна критика (див. III.1.C), яка призвела до того, що сьогодні для багатьох природне право означає щось ірраціональне і таке, що не відповідає науковим стандартам. Примітно, що моральний авторитет прав людини від цієї критики не постраждав. Виживання природного права, як предмета філософської і практичної цікавості, можна пояснити його неминущою стрижневою ідеєю про те, що існують блага, цінності і правила, важливіші за людські вибори та які здатні спрямовувати правотворчість і юридичну діяльність. Сучасні прихильники ідеї природного права із середини ХХ ст. уникають неоднозначного поняття «природа»¹ і воліють зосередитися на людському розумі [19, с. 374–382; 24, с. 374; 61]. Більше того, вони відкидають історичну концепцію повноти системи норм природного права². Замість цього вони припускають існування вищих об'єктивних раціональних цінностей (благ) і принципів справедливості, які, хоча і стали у своїх стрижневих ідеях, проте потребують адаптації до різноманітних ситуацій, що не враховуються такою системою [3, с. 81; 19, с. 402–414; 20, 482; 24; 26; 43; 48; 61; 62; 77, с. 8, 16; 78, с. 331; 79].

Відомий прихильник подібної сучасної теорії природного права і природних прав Джон Фінніс використовує онтологічний підхід, заснований на людському розумі, у перегляді розуміння класичної моральної філософії Аристотеля і Томи Аквінського. Розумна людська поведінка орієнтована на досягнення обмеженої кількості базових благ, таких як життя, свобода чи знання, які є самоочевидними і розумно безсумнівними. Досягнення цих різних і іноді конфліктуєчих благ може бути структуроване за допомогою принципів практичної розумності (правильно чи ні) [24]. З цього випливає можливість сформулювати універсальні моральні правила, включаючи правила справедливості та індивідуальні основоположні права. Деякі з цих засадничих моральних правил є частиною християнської традиції, такі як Золоте правило чи останні шість із Десяти заповідей. Практичні моральні правила розумності можна розробити для невідзначеної кількості індивідуальних ситуацій і моральних конфліктів. Ця гнучка природно-правова теорія, що базується на очевидності основоположних благ і розумності (правилах справедливості), застосовуваних для досягнення цих благ, пропонує раціональне філософське обґрунтування прав людини, які у класичній традиції називалися б природними правами³.

Ф. З'ясування моральних прав за межами суб'єктивізму. Для того щоб зрозуміти моральні цінності і правила, індивіди використовують інтуїцію і розумо-

¹ Ця неоднозначність відома ще з часів класичної грецької філософії. Римське право увібрало стоїчне подвійне розуміння природи людини, що включає розумне (*naturalis ratio*) і тваринне (*quod natura omnia animalia docuit*) [19, с. 227].

² Щодо критики догматизму і абстрактності природно-правових теорій ХVII – середини ХХ ст. див.: [19, с. 403; 19, с. 482; 76].

³ Щодо характеристики прав людини як природних див.: [19, с. 381; 24, с. 274; 80, с. 267, 271 і далі].

ву діяльність. Інтуїція допомагає нам нароцувати моральний досвід (див. III.3.D) та ініціює його раціональне сприйняття. Це сприйняття має бути збалансованим і використовувати усі розумово доступні аргументи за і проти¹. Моральна очевидність благ і цінностей має емоційний елемент привабливості, який може бути посилений через протилежний елемент обурення на несправедливість, що має бути усунена (совість). Проте ці та інші емоційні елементи (протилежні схильності) можуть контролюватися розумом. Моральна очевидність та інтуїція є точками відліку для онтологічного міркування про мораль. Для цього непотрібно багато логічних операцій. І базові цінності, і правила розумності, цитуючи Джона Фінніса, «не виводяться і не є похідними від чогось», ні із спекулятивних принципів, ні із фактів [24, с. 33–34].

Моральні цінності та правила сприймаються як інтерсуб'єктивно чинні або істинні. Комунікації різного штибу, освіта і навчання відіграють тут свою роль. З часів коли Платон писав свої діалоги, нам відомі достоїнства дискурсу як аргументативної процедури для («маєвтичного») винайдення моральної істини, включаючи внутрішній діалог усередині індивіда, під час якого зважаються різні аргументи. Подібний дискурс потребує змістовних аргументів. Комунікація потрібна для соціального визнання згаданих цінностей і правил. Саме у цьому виявляється інструментальне значення дискурсивних теорій.

Історія прав людини показує динаміку суспільного засвоєння визначених основоположних моральних цінностей і правил. Цей рух розпочався, коли на карту було поставлено політичне звільнення індивіда від авторитарної політичної системи. Ця епоха надала особливої ваги «автономності» індивіда як громадянина – поглядів, який би ми сьогодні виражали стриманіше з урахуванням нашої відповідальності за спільне благо. Більше того, невідповідності в історичному розвитку потрібно було ще подолати. Проголошена рівність усіх людей спочатку не стосувалася жінок, індіанців і чорного населення. Власність була захищена, однак соціальний захист робітників було взято до уваги набагато пізніше. Цей навчальний процес продовжується і забезпечує подальший розвиток більшості прав людини, можливо, випускаючи з уваги або роблячи менший наголос на деяких інших правах.

4. Особа і людська гідність

А. Свобода і людська гідність. Відповідно до широко поширеного погляду основоположні права людини на свободу і рівність перебувають у царині гідності людини як особи. Ця гідність може бути пояснена через людську свободу. Свобода є ядром людської особистості. Вона наділяє осіб гідністю самовизначення і здатністю бути відповідальним суб'єктом [24]. Людська гідність є іншим виразом невимірної цінності людської особистості (Іммануїл Кант) [24, с. 225; 35, с. 428]. Основоположна цінність людської гідності і прав на свободу і рівність, які з неї виводяться, є, принаймні у наші дні, цілком самоочевидни-

¹ Карл Велман описує його як «глибоко рефлексований еквілібріум» (тобто систему, елементи якої впливають один на одного і перебувають у рівновазі. — *Прим. перекладача*)» [3, с. 41]. Аналогічний підхід використовується Норбертом Бріскорном [1, с. 159 і далі] і Джоном Фіннісом [48, с. 7].

ми, що можна розглядати як черговий крок у раціональному обґрунтуванні прав людини [1]¹.

В. Релігійні та інтеркультурні аспекти прав людини. Тут вже можна завершити наш пошук згаданого вище обґрунтування. Хоча класичні тексти називають Бога остаточним джерелом цих прав, однак ми можемо уникати подальшого пояснення², зважаючи на поширений агностицизм. Проте серед філософів-агностиків наявне «усвідомлення, що щось зникло». Як зазначає Юрген Габермас, ключові поняття, такі як людська гідність, моральність та етика, свобода і емансипація, не можуть бути цілком зрозумілі для носіїв західної культури без врахування їх власної християнської релігійної традиції [41, с. 23; 81, с. 26, 29]. Дійсно, ідеї особистої свободи і рівності усіх людей, як провідні ідеї руху за права людини, укорінені у християнській традиції [63, с. 25–79]. На цьому підґрунті християнська теологія досить рано розвинула концепт людської особи як моральної істоти (*ens morale*), наділеної свободою і, тим самим, наділеної гідністю [74, с. 23 і далі]. Ця особа згодом почала розумітися як наділена індивідуальними («суб'єктивними») природними правами. Ці права стали провідними політичними ідеями Просвітництва і знайшли свій вираз у деклараціях про права людини.

Що християнське коріння означає сьогодні? Юрген Габермас дотримується думки, що «сучасний розум навчиться розуміти себе, якщо прояснить власну позицію стосовно сучасної релігійної свідомості, що стала рефлексивною» [81, с. 29]. У західних суспільствах, де віруючі й агностики повинні разом обговорювати питання політичної моралі і правоутворення, мають існувати правила взаємної терпимості й поваги, а значить семантичний потенціал релігії не втрачено [81, с. 7; 82; 83]. До того ж філософські ідеї мають лише обмежений вплив на суспільний менталітет. Так само у секуляризованих західних суспільствах мораль, що базується на релігійній вірі у Бога, може зробити свій внесок у розбудову суспільного менталітету, що підтримує верховенство права, повагу до людської гідності і прав людини.

У всесвітній дискусії про права людини ми маємо враховувати культурні й релігійні відмінності. Оптимістичній настрої щодо можливості перетину цих кордонів підтримується емпіричними і аналітичними психологічними спостереженнями (див. III.3.D). Примітно, що ідея прав людини, попри її явне християнське коріння, здається, стає привабливою для людей і націй інших культур, які можуть, спираючись на власну релігійну традицію, знайти елементи, що підтримують ідею прав людини³. Для всесвітнього успіху прав людини це вкрай необхідно.

IV. ЗАКЛЮЧНІ ЗАУВАЖЕННЯ

Права людини є потужним рухом, спрямованим на досягнення згоди щодо моральних підвалин права і політичної системи. Моральний авторитет прав людини допомагає їх реалізації у світі, запобігає повному ігноруванню прав

¹ На думку Джона Фінніса, ідентичність особи з інтересами, які є «дійсно зрозумілими благами... є онтологічним обґрунтуванням прав людини» [48, с. 7].

² Джон Фінніс не виключає, що таке подальше пояснення є можливим [24, с. 371–410].

³ З цього приводу у контексті конфуціанської традиції див.: [80, с. 267 і далі]. Детальне обговорення цього питання наводиться у низці інших джерел [84, с. 129; 85].

людини з причин несправедливості політичних режимів, корумпованості влади і багато іншого. Проте моральне філософське обґрунтування прав людини залишається контроверсійним, хоча досягнення прогресу в цій сфері є надто бажаним, оскільки права людини, як політичні ідеї, правові принципи і моральні правила, у довгостроковій перспективі, втратять імпульс для розвитку, якщо таке обґрунтування не буде знайдене. Юридичний позитивізм є малоприслужним у цьому відношенні. Утилітаризм, що є впливовим від початку руху за права людини, певною мірою може і досі підтримати цей рух, тому що своєкорисливість¹ продовжує бути вагомим політичним аргументом. У той же час моральна неповноцінність утилітаризму робить його непридатним для морального обґрунтування прав людини.

Це обґрунтування можна знайти лише у людському розумі. Дискурсивна теорія намагається просувати ідею аргументативного дискурсу. Однак вона сприймає практичний розум суто формально і відмовляється залучати змістовні моральні доводи. Це дуже далеко від морального обґрунтування прав людини. Щоб уникнути цієї пастки, Роберт Алексі визначає деякі права людини як керівні принципи дискурсу. Більш вдалим за цей все ще формалістичний підхід є онтологічний підхід, що базується на глибшому і реалістичнішому розумінні людського розуму і позбавлений впливу аргументів «постметафізичної» ери і емпіричного самоушкодження морального людського розуму. Розумово можна виявити зрозумілі кожній розумній людині основоположні людські цінності, а також знайти правила розумності й справедливості для освоєння цих цінностей (Джон Фінніс). Це і є природним правом у сучасному сенсі, найбільш важливою частиною якого є права людини.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Briesskorn N.* Menschenrechte. Eine historisch-philosophische Grundlegung / N. Briesskorn. — Stuttgart, 1997.
2. *Buergenthal T.* Menschenrechte. Ideale, Instrumente, Institutionen / T. Buergenthal, D. Thüerer. — Dike, Zürich / St. Gallen, und Nomos, Baden-Baden, 2010.
3. *Wellman C.* The Moral Dimensions of Human Rights / C. Wellman. — Oxford ; New York, 2011.
4. *Kriele M.* Einführung in die Staatslehre / M. Kriele. — 6th ed. — Stuttgart, 2003.
5. *Universal declaration of human rights, adopted by the UN GA on 10 December 1948* [e-source] [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>.
6. *UNTCDatabase* (4.Oct.2012) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://treaties.un.org/pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang>.
7. *Вступ до системи договорів ООН у сфері прав людини* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.bayefsky.com/introduction.php>.
8. *Хартія про основні права Європейського Союзу від 07.12.2010 р.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf.

¹ Своєкорисливість (*self-intrest*) — важливе поняття етики утилітаризму, відповідно до якого поведінка людини (передусім як морального суб'єкта, утім і як суб'єкта права) визначається його власними інтересами і здійснюється з метою їх досягнення. Це поняття вживається, зокрема, у роботах Єремїї Бентама. — *Прим. перекладача.*

9. *Атлантичская хартия: совместная декларация Президента США и Премьер-министра Великобритании от 14.08.41 г.* [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.grinchevskiy.ru/1900-1945/atlanticheskaya-hartiya.php>).
10. *Schapp J. Über Freiheit und Recht. Rechtsphilosophische Aufsätze 1992–2007 / J. Schapp.* — Tübingen, 2008.
11. *Kaufmann F.-X. Die Entstehung sozialer Grundrechte / F.-X. Kaufmann.* — Paderborn, 2003.
12. *Hohfeld W. Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays / W. Hohfeld.* — New Haven, 1920.
13. *Kradolfer M. Verpflichtungsgrad sozialer Menschenrechte. Handlungsspielräume der nationalen Sozialpolitik vor dem Hintergrund von Art. 9 UNO-Pakt I // Archiv des Völkerrechts.* — 2012. — Band 50. — S. 225–284.
14. *Kaufmann F.-X. Variations of the Welfare State / F.-X. Kaufmann.* — Berlin ; Heidelberg, 2013.
15. *Фома Аквинский. Сумма теологий.* — Ч. II–I. — Вопросы 90–104 / Фома Аквинский. — Киев, 2010.
16. *Hart H. L. A. Liberty and Morality / H. L. A. Hart.* — London, 1963.
17. *Pieper J. Gerechtigkeit / J. Pieper.* — 2 Auf. — München, 1954.
18. *Kant I. Metaphysik der Sitten / I. Kant.* — Königsberg, 1797.
19. *Horn N. Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie / N. Horn.* — 5. Auf. — Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2011.
20. *Reale M. Filosofia do Direito / M. Reale.* — São Paulo, 2003.
21. *Moreira Lima A. C. A Brazilian Perspective on Jurisprudence: Miguel Reale's Tridimensional Theory of Law / A. C. Lima Moreira // Oregon Review of International Law.* — 2008. — Vol. 10. — P. 77–148.
22. *Radbruch G. Grundzüge der Rechtsphilosophie / G. Radbruch.* — Leipzig, 1914.
23. *Radbruch G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht / G. Radbruch // Süddeutschen Juristenzeitung.* — 1946. — S. 105–108.
24. *Finnis J. Natural Law and Natural Rights / J. Finnis.* — 2nd ed. — New York, 2011.
25. *Alexy R. A Theory of Constitutional Rights / R. Alexy.* — Oxford, 2002.
26. *Dworkin R. Taking Rights seriously / R. Dworkin.* — New York, 1977.
27. *Рішення судової палати Європейського суду з прав людини від 29.04.2002 р. у справі «Претті проти Сполученого Королівства» (заява № 2346/02)* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.echr.coe.int>.
28. *Alexy R. The Existence of Human Rights / R. Alexy // ARSP-B.* — 2013. — Vol. 136. — P. 9–17.
29. *Middlekauff R. The Glorious Cause. The American Revolution 1763–1789 / R. Middlekauff.* — 2nd ed. — New York, 2005.
30. *Locke J. Two Treatises of Government / J. Locke.* — London, 1970.
31. *Hume D. Enquiry Concerning Human Understanding / D. Hume.* — London, 1748.
32. *Hume D. Enquiry Concerning the Principles of Morals / D. Hume.* — London, 1751.
33. *Hume D. A Treatise of Human Nature / D. Hume.* — London, 1740.
34. *British Moralists 1650–1800 / ed. D. D. Raphael.* — Vol. 1. — Indianapolis, 1991.
35. *Kant I. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten / I. Kant.* — Riga, 1785.
36. *MacIntyre A. After virtue / A. MacIntyre.* — 3rd ed. — Notre Dame, 2007.
37. *The MacIntyre Reader / ed. K. Knight.* — Notre Dame, 1998.
38. *Rorti R. On Human rights. The Oxford Amnesty Lectures / R. Rorti ; ed. S. Shute, S. Hurley.* — New York, 1993.
39. *Hayden P. Sentimentality and Human Rights: Critical Remarks on Rorty / P. Hayden // Philosophy in the contemporary world.* — 1999. — Vol. 6, Nos. 3–4. — P. 59–66.

40. *Habermas J.* Diskursethik – Philophische Texte. Studienausgabe in Fünf Bänden. – Band 3 / J. Habermas. – Frankfurt am Main, 2009.
41. *Habermas J.* Nachmetaphysisches Denken. Philosophische Aufsätze / J. Habermas. – Frankfurt am Main, 1988.
42. *Schapp J.* Metaphysisches und nachmetaphysisches Denken / J. Schapp // Archiv fur Rechts und Sozialphilosophie. – 1997. – Band 83. – № 2. – S. 193–205.
43. *Taylor C.* Sources of the Self: The Making of Modern Identity / C. Taylor. – Boston, 1989.
44. *Bentham J.* Introduction to the Principles of Morals and Legislation / J. Bentham. – London, 1789.
45. *Singer P.* Practical ethics / P. Singer. – 2nd ed. – Cambridge, 1993.
46. *Smart J. J. C.* Utilitarianism for and against / J. J. C. Smart, B. Williams. – Cambridge, 1973.
47. *Rawls J.* A Theory of Justice / J. Rawls. – Cambridge, 1971.
48. *Finnis J.* Human Rights and Common Good: collected essays / J. Finnis. – New York, 2011.
49. *Dworkin R.* A Matter of Principle / R. Dworkin. – Oxford, 1985.
50. *Habermas J.* Theorie des kommunikativen Handelns / J. Habermas. – 2 vols. – Frankfurt am Main, 1981.
51. *Habermas J.* Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln / J. Habermas. – Frankfurt am Main, 1983.
52. *Kant I.* Prolegomena zu jeder künftigen metaphysik / I. Kant. – Riga, 1783.
53. *Finnis J.* Philosophy of law: collected essays / J. Finnis. – New York, 2011.
54. *Dworkin R.* Law's empire / R. Dworkin. – Cambridge, 1986.
55. *Apel K.-O.* Auseinandersetzungen in Erprobung der transzendental-pragmatischen Ansatzes / K.-O. Apel. – Frankfurt, 1998.
56. *Alexy R.* Discourse Theory and Human Rights / R. Alexy // Ratio Juris. – 1996. – Vol. 9. – P. 209–235.
57. *Alexy R.* Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie / R. Alexy. – Frankfurt am Main, 1995.
58. *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert* / W. Brugger, U. Neumann, S. Kirste (hrsg.). – Frankfurt am Main, 2008.
59. *Nino C. S.* The Ethics of Human Rights / C. S. Nino. – Oxford, 1991.
60. *Staatsphilosophie und Rechtspolitik.* Festschrift für Martin Kriele / Hg. v. B. Ziemke, Th. Langheid, H. Wilms, G. Haverkate. – München 1997.
61. *Coing H.* Grundzüge der Rechtsphilosophie / H. Coing. – 5 Auf. – München, 1993.
62. *Kaufmann A.* Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart / A. Kaufmann, W. Hassemer, U. Neumann. – 8 Auf. – München, 2011.
63. *Schapp J.* Freiheit, Moral und Recht / J. Schapp. – Tübingen, 1994.
64. *Dreier R.* Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus? In Ervviderung auf Werner Krawietz / R. Dreier // Rechtstheorie. – 1987. – Band 18. – S. 368–375.
65. *Festschrift für Werner Maihofer.* – Frankfurt am Main, 1988.
66. *Husserl E.* Logische Untersuchungen / E. Husserl. – Halle, 1900/01.
67. *Scheler M.* Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik: Bd. I u. II / M. Scheler. – Freiburg, Halle, 1913–1916.
68. *Hartmann N.* Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis / N. Hartmann. – Berlin, 1921; Hartmann N. Ethik. – Berlin; Leipzig, 1926.
69. *Kohlberg L.* The Claim to Moral Adequacy of a Highest Stage of Moral Judgment / L. Kohlberg // Journal of philosophy. – 1973. – Vol. 70. – P. 630–646.
70. *Kohlberg L.* Die Psychologie der Moralentwicklung / L. Kohlberg. – Frankfurt am Main, 1995.

71. *Hauser M.* Moral Minds / M. Hauser. — New York, 2006.
72. *Hoffmann M. L.* Empathy and Moral Development. Implications for Caring and Justice / M. L. Hoffmann. — Cambridge, New York, 2000.
73. *Moral im sozialen Kontext* / W. Edelstein, G. Nunner-Winkler (hrsg.). — Frankfurt am Main, 2000.
74. *Kobusch T.* Die Entdeckung der Person. Metaphysik der Freiheit und modernes Menschenbild / T. Kobusch. — 2. Auf. — Darmstadt, 1997.
75. *Ricoeur P.* Philosophie de la volonté — Tome II: Finitude et culpabilité / P. Ricoeur. — Paris, 1960.
76. *Naturrecht in der Kritik* / E.-W. Böckenförde, F. Böckle (hrsg.). — Mainz, 1973.
77. *Kaufmann A.* Naturrecht und Geschichtlichkeit / A. Kaufmann. — Tübingen, 1957.
78. *Kühl R.* Auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg / R. Kühl // Geschichtliche Rechtswissenschaft (Freundesgabe für Alfred Söllner zum 60. Geburtstag / hrsg. v. G. Köbler u.a., Gießen 1990. — S. 331–357.
79. *George R. P.* In Defense of Natural Law / R. P. George. — Oxford, 1999.
80. *Festschrift Jan Schapp: zum siebzigsten Geburtstag* / Hr. v. P. Gödicke, W. Schur, H. Hammen, W.-D. Walke. — Tübingen, 2010.
81. *Ein Bewusstsein von dem, was fehlt: eine Diskussion mit Jürgen Habermas* / M. Reder, I. Schmidt (hrsg.). — Frankfurt am Main, 2008.
82. *Habermas J.* Dialektik der Säkularisierung: Über Vernunft und Religion / J. Habermas, J. Ratzinger. — Freiburg, 2005.
83. *Knapp M.* Glaube und Wissen bei Jürgen Habermas / M. Knapp // Stimmen der Zeit. — 2008. — № 4. — S. 270–280.
84. *The East Asian Challenge for Human Rights* / J. R. Bauer, D. A. Bell (ed.). — New York, 1999.
85. *Morita A.* A Difference in the Concept of the Self as the Subject of Human Rights Between the West and Japan: Can Confucian Self be strong enough to exercise positive Liberty in an Authoritarian Society? / A. Morita // ARSP-B. — 2013. — Vol. 136. — P. 23–34.

Горн Н. Права людини: філософське обґрунтування та юридичний вимір

Анотація. У статті розглядається проблема морального обґрунтування прав людини. Характеризуються основні класичні і сучасні філософські стратегії щодо пошуку морального базису прав людини. Наголошується на можливості визначення змістовних моральних підвалин прав людини, які виводяться з людського розуму (у зв'язку з чим критикуються дискурсивні теорії). Автор відстоює онтологічний підхід до обґрунтування прав людини, що базується на глибшому і реалістичнішому розумінні людського розуму і позбавлений впливу аргументів «постметафізичної» ери і емпіричного самоушкодження морального людського розуму.

Ключові слова: права людини, мораль, розум, онтологічний підхід.

Хорн Н. Права человека: философское обоснование и юридическое измерение

Аннотация. В статье рассматривается проблема морального обоснования прав человека. Характеризуются основные философские стратегии поиска морального обоснования прав человека. Сделан акцент на принципиальной возможности установления содержательных моральных основ прав человека (в связи с чем критикуются дискурсивные теории). Автор отстаивает онтологический подход к обоснованию прав человека, базирующийся, по его мнению, на более глубоком и реалистическом понимании человеческого разума и лишенный влияния

аргументов «постметафизической эры» и эмпирического самоповреждения морального человеческого разума.

Ключевые слова: права человека, мораль, разум, онтологический подход.

Horn N. Human Rights: Philosophical Foundations and Legal Dimensions

Summary. The article is devoted to moral foundation of human rights. Main philosophical strategies for reaching this aim are characterized. Author holds that substantive moral arguments for human rights are required and can be found (in this sense theories of discourse are criticized). Author defends an ontological approach on the basis of a broader and realistic concept of human reason that is unimpressed by the argument of a «post-metaphysical era» and the empiricist self-mutilation of moral human reason.

Key words: human rights, morals, reason, ontological approach.

ПРАВА ЛЮДИНИ: ДЕМОКРАТИЧНИЙ ШЛЯХ¹

Т. КЕМПБЕЛЛ
*професор права і філософії,
співробітник Центру прикладної філософії
і соціальної етики
(Університет Чарльза Стюрта,
Канберра, Австралія)*



Нескладно виявити прорахунки у політичних і правових діях навіть найдемократичніших держав. Численні приклади соціальної і політичної несправедливості та управлінської неефективності залишаються поза увагою, і ця несправедливість та неефективність нерідко заохочуються демократичними урядами. Елементи знаменитої «тиранії більшості» також лежать на поверхні. Набагато менш очевидною є нерідко більш жорстока тиранія сильних меншин, здатних використовувати приватну промисловість і суспільне життя у власних інтересах. Нечесні виборчі системи, недостовірна інформація, погане управління, байдужі громадяни і недалекоглядні політики — це лише деякі з проблем, якими сповнені сучасні демократичні держави. У цілому демократія на перший погляд видається не зовсім природним явищем, якщо так багато у людській природі та політиці працює проти неї [1].

Тому не дивно, що ми намагаємось мінімізувати дефекти існуючих у світі демократій за рахунок різноманітних інституційних вдосконалень. Багато з цих проєктів цілком заслуговують на схвалення. Розвиток освіти, більша економічна рівність, більш відкриті ЗМІ, менш упереджене правосуддя — усе це, і не тільки, життєво необхідне для здорового і ефективного демократичного правління². Однак не всі стратегії покращення функціонування демократій, якими б добрими не були їх наміри, можуть розглядатись як демократичні вдосконалень. Одна з таких спірних стратегій, популярна сьогодні майже всюди, — це включення до конституцій абстрактних норм про права людини з метою уповноважити суд виступати гарантом дотримання демократичних процедур та їх

¹ Tom Campbell. Human Rights: a Democratic Way. Пленарна доповідь на XXVI Всесвітньому конгресі з філософії права і соціальної філософії «Права людини, демократія, верховенство права та сучасні соціальні виклики у складних суспільствах» (21–26 липня 2013 р., м. Белу-Оризонті, Бразилія). Переклад з англійської С. Максимова і Н. Сатохіної.

² Як класичне обґрунтування цієї стратегії див.: [2].

результатів. Разом з тим конституційна інкорпорація прав людини задля можливості заснованого на правах людини судового контролю — «слабкого» або «сильного» — це політика не тільки значною мірою неефективна, а ще й не зовсім демократична і, якщо визнати, що існує право людини на демократію, — внутрішньо суперечлива. Узагалі, такі стратегії як у теорії, так і на практиці не приносять користі ані демократії, ані правам людини.

Виступати проти конституціоналізації норм, що закріплюють права людини, задля цілей судового контролю не означає критики прав людини як таких, принаймні, якщо ця критика не стосується їх неналежної та неефективної інституціалізації, яка нерідко суперечить самому призначенню прав людини, зокрема праву людини на самовизначення. Критика конституціоналізації судового контролю за дотриманням прав людини не є також критикою судового контролю за дотриманням законності у діях уряду в цілому. Насправді, добре продумане верховенство права є сутнісною передумовою легітимного демократичного правління. Крім того, законодавству, покликаному імплементувати права людини, можна надати форми, яка чудово поєднувалася б із верховенством права. Ба більше, акти про права людини і права людини в цілому можуть бути відділені від *судових* обмежень демократичних досягнень і використовуватись, навпаки, для подальшого підвищення їх *політичного* значення в самому демократичному процесі. Декларації, біллі, хартії або конвенції про права людини можуть бути розроблені та інституціалізовані для того, щоб слугувати радше законодавчому, ніж судовому контролю¹.

Я розглядаю ці дискусійні підходи переважно в конституційному контексті Сполученого Королівства і (Британської) Співдружності [7], у першу чергу Австралії, моєї батьківщини. Це зроблено з надією на те, що вони будуть цікаві для тих, хто знаходиться в іншій юрисдикції і, швидше за все, в інших політичних обставинах. Ясна річ, на цій дискусії лежить тінь американської моделі «конституційної демократії», яка передбачає закріплення у Конституції Білль про права та сильний судовий контроль, тобто, згідно зі справою *Marbury v. Madison* 1 Ст. 137 (1803), суди можуть не застосовувати законодавство, що, на їх думку, суперечить Біллю про права. У Сполученому Королівстві, відповідно до *Акту про права людини* (1998), існує значно слабший і не закріплений у Конституції варіант судового контролю, у межах якого існує технічна можливість для парламенту відхилити або проігнорувати висновок суду, згідно з яким акт парламенту «несумісний» із Європейською конвенцією прав людини [8, с. 7; 9; 10]. Деяко сильніший, закріплений у Конституції, варіант існує в Канаді, де рішення суду про те, що закон суперечить Канадській хартії прав і свобод (1982), може бути скасоване тільки іншим законом, прийнятим «всупереч» цій несумісності [11, с. 707]. Австралія, країна, представники якої брали активну участь у розробці Загальної декларації прав людини (1948), є в цьому сенсі цікавим винятком,² і я завершу цю статтю привертаючи вашу увагу до нещодавно при-

¹ Літератури з цієї теми, звісно, досить багато. Я спираюсь в основному на Джеремі Волдрона, особливо на: [3], а також на: [4] і [5]. З моїх останніх робіт з цієї теми див.: [6].

² Історична «винятковість» Австралії в питанні інституціалізації прав людини забезпечує прекрасний експериментальний контроль, у ході якого перевіряється здатність судового

йнятого Акта про права людини (парламентський контроль) (2011), який втілює ідею передусім політичного, а не судового нормативного акта про права людини¹.

1. Легалізм, демократія і права людини

Проблема надання переваги політичним або судовим функціям прав людини сповнена концептуальних пасток. Ніде це не проявляється настільки очевидно, як у дискусіях із приводу «верховенства права» та пов'язаних із ним термінів, таких як «легалізм», «законність» і, власне, «право»². Однак у межах застосованої тут нормативної юриспруденції [18, с. 140–187; 19; 20, с. 633], яка намагається рекомендувати бажані, з точки зору моралі, форми права і влади, ми не пов'язані твердженням про «правильне» значення цих спірних термінів і можемо ставити за умову семантичний аналіз, метою якого є якнайточніше вираження бажаної, з точки зору моралі, позиції.

Обране мною визначення демократії зосереджене на рівності у політичній владі. Утім, про це пізніше. Спочатку я розроблю нормативно-орієнтоване визначення «верховенства права», запозичене з традиції правового позитивізму, якщо його розглядати не в аналітичній чи емпіричній версії, а як частину нормативного підходу, який я називаю «етичним (або нормативним) правовим позитивізмом»³. Етичний позитивізм наближається до формальної, або «легалістської» версії верховенства права, виражаючи точку зору, згідно з якою правління має здійснюватись через закони, які, незалежно від їх змісту, є загальними, проте із розумним ступенем конкретності, ясними, несуперечливими, застосовними і передбачуваними, а також, що особливо важливо, якомога більше «морально нейтральними», або такими, що «виключають» моральну термінологію, таким чином, щоб їх можна було зрозуміти і застосувати без залучення моральних переконань громадян, посадових осіб і судів⁴. Я позначаю цю концепцію верховенства права в різних місцях як «формалізм», «політичний легалізм» та «етичний позитивізм».

контролю впливати на права людини. Він також забезпечує можливість розглядати нові підходи до інституціоналізації прав людини в світлі наполегливої критики судового контролю за дотриманням прав людини (див.: [12; 13]).

¹ Існують також акти про права людини, створені на основі британської моделі, у штаті Вікторія та в Австралійській столичній території. У 2009 р. уряд ініціював дорадчий процес, в ході якого отримав більш ніж 35 000 висновків, які зводяться до того, що «австралійський Акт про права людини, що цілком узгоджується із законодавством Вікторії та АСТ, міг би забезпечувати пружні нитки у федеральній ковдрі захисту прав людини» (Австралійський Союз 2009). Його рекомендації не були імplementовані. Замість цього був ухвалений Акт про права людини (2011), частина австралійської системи прав людини.

² З великого масиву літератури я звертаю вашу увагу на: [14; 15, с. 137; 16; 17].

³ Уперше сформульовано у: [21, с. 67], пізніше у: [22]. Див. також: [23, с. 184; 24].

⁴ У термінах сучасного правового позитивізму це форма (у даному випадку нормативна форма) «виключаючого» правового позитивізму (див.: [25]). Найвідоміший сучасний приклад наближення до цієї позиції знаходимо у: [26]. Утім Фуллер належить радше до представників процедурних теорій природного права, ніж етичного позитивізму (див.: [22, с. 32–36; 27]).

Причини, з яких слід прийняти цю легалістську концепцію верховенства права, не можна звести лише до демократичних. Насправді, такий легалізм можна розглядати як необхідну рису будь-якого ефективного правління, незалежно від природи його цілей [28, с. 593]. Хоча існує і низка суто демократичних аргументів на користь прийняття цього типу легалізму як політичної норми. Тут я розглядаю два таких демократичних аргументи. Перший заснований на значущості індивідуальної і колективної автономії, другий — на ефективності в аспекті досягнення демократичних ідеалів. У подальшому ця ж схема застосовується до проблеми інституціоналізації прав людини.

А. Автономія та верховенство права в позитивістському сенсі (*the Rule of Positivist Law*)

Деякі з аргументів на користь політичного легалізму засновані на твердженні, що умовою розширення автономії індивіда є обізнаність суб'єктів права з приводу того, що закон забороняє, до чого він зобов'язує і що рекомендує, разом із гарантією того, що поза визначеними в законі типами поведінки громадяни вільні діяти на власний розсуд. Це потужне поєднання такої, що розширюється, автономії, яка виникає з можливості уникнути владних санкцій, і свободи діяти там, де немає жодних правових заборон, теоретично може застосовуватись і має цінність за будь-якої форми правління та було особливо важливим для пробудження нашої сучасної демократичної свідомості. Однак автономія, заснована на політичному легалізмі, завдячує своїм розширенням автономії, що проявляється в участі у створенні й схваленні законів, і є частиною останньої. Як негативна свобода робити те, що не передбачено в законі, так і позитивна свобода рівноправної участі у прийнятті законів, суб'єктами яких ми є, засновані на цінності автономії, як такої та як засобу запезпечення захисту і підтримки індивідуальних інтересів. Індивідуальна автономія, якій сприяє прийняття легалізму як політичного ідеалу, ще більше розширюється у демократичних державах, де громадяни мають право голосу в рамках колективного схвалення законів, яким вони підкорюються.

Усі ці аспекти забезпечення індивідуальної автономії у праві і за допомогою нього передбачають легалізм у правотворчості, а також точність у застосуванні та адмініструванні права, що вимагає існування правил, які відповідали б встановленим критеріям загальності, визначеності, ясності, несуперечливості, стабільності, застосовності та відсутності моральної термінології. Отже, коли громадяни мають такий різновид політичного вибору, можна вважати, що вони здійснюють щось на зразок контролюючого вибору щодо правил, які зобов'язують чи уповноважують їх. Засновані на виборі політичні процеси, що передбачають вибір між формально добрими альтернативними законами, сприяють реалізації індивідуальної автономії через колективний вибір тільки в тому випадку, якщо існує згода стосовно певного змісту того, що обирається.

У демократичних державах верховенство права у легалістському сенсі (*the rule of legalistic law*) має ще одну функцію, в рамках якої воно служить гарним критерієм ретроспективної оцінки діяльності уряду. Це відбувається тоді, коли політичні дебати зосереджені на законодавчих досягненнях і рекомендаціях конкуруючих політиків або партій. У такому разі верховенство

права в позитивістському сенсі служить основою для забезпечення демократичної відповідальності за допомогою громадської критики та підсумкового контролю виборців за прийняттям законів, що регулюють життя членів цього політичного співтовариства. Аби виконувати цю демократичну функцію, законопроекти та прийняті закони мають бути ясними і чіткими, що уможлиблює їх раціональну критику і схвалення. Недостатньо того, що виборці можуть обирати уряд, вони також повинні мати можливість здійснювати широкий контроль над ним. І цього можна досягти в тому числі і завдяки відповідальності органів влади перед суспільством за законотворчість та її майбутні й теперішні наслідки.

Таке поєднання демократичних функцій верховенства права в позитивістському сенсі передбачає особливий погляд на розподіл (а не поділ) влади, відповідно до якого обрана влада через законодавчі органи ухвалює закони, а суди застосовують їх у незмінному вигляді до конкретних обставин. Такий розподіл влади уможлиблює відповідальність органів влади за закони та їх наслідки, що можуть настати лише у тому разі, якщо ці закони можуть бути і є належним чином застосованими чиновниками і судами. Цілком відповідальне правління передбачає ефективний політичний устрій, у якому обрана влада приймає закони про правосуддя, у той час як суди обмежені застосуванням цих законів у межах встановлення фактів в окремих справах. Отже, вимоги, що висувуються до формальних якостей законодавства та відповідних компетенцій судів, є високими, і їх складно виконати, однак ці формалістські цілі невід'ємні від свобод, яким сприяє наявна у демократії перевага автономії¹. Ступінь їх реалізації є прямо пропорційним ступеню реалізації переваг автономії в добре функціонуючій демократії. Практичний аспект проблеми переваг, що передбачає зміни в робочому порядку цього ідеального типу демократичного права, зокрема, у випадку, коли суди на практиці стикаються із формально слабким законом, не зачіпає фундаментальної етичної цінності цієї моделі «демократичного позитивізму».

Б. Демократична ефективність і верховенство права в позитивістському сенсі

Другий традиційний аргумент на користь верховенства права в позитивістському сенсі — це ефективна реалізація дежавної політики. Успішний громадський контроль та угоди про співробітництво найбільш ефективно здійснюються у тому разі, якщо можна наблизитися до несуперечливого визначення обов'язкової чи можливої поведінки. Особливо у великих суспільствах, де політичні інструменти повинні мати деякий ступінь точності, комунікація щодо правил управління має бути, відповідно, також точною. Зокрема, у плюралістичних суспільствах з їх багатоманітністю моральних і політичних поглядів є переконливі причини для того, щоб прийняти «виключаючу» форму етичного

¹ Класичний аргумент проти політичного легалізму етичного позитивізму полягає в тому, що він просто не може бути реалізований ані щодо законодавства, ані щодо судочинства. Наскільки це відповідає дійсності — питання, звісно, спірне, проте дискусії тут цілком припустимі тією мірою, якою вони дозволяють наблизитися до ідеалу законодавства у легалістському сенсі (*legalistic legislation*) і формального судочинства.

позитивізму, згідно з якою закони не повинні містити абстрактної етичної термінології, оскільки така термінологія не забезпечує достатньо чіткої вказівки на те, що є обов'язковим або дозволеним.

Цей другий, практичний, аргумент може бути застосований до всіх форм правління, а не тільки до демократії. Ефективна демократія передбачає право у легалістському сенсі, однак воно робить ефективною і диктатуру. Можна сказати, що ефективність має цінність тільки тоді, коли її наслідки є бажаними, і що демократії зазвичай дають кращі наслідки, ніж інші політичні системи. Хоча ми й не можемо приймати на віру цю перевагу демократичних систем на цьому етапі аналізу. Однак це особливо важливий момент для політичного легалізму в забезпеченні демократичної ефективності.

З огляду на складність демократичних процесів у великих суспільствах існує, як правило, набагато більше ланок у ланцюжку наказів, ніж у монархічних або олігархічних державах. Як наслідок, поширене заперечення проти демократичного правління полягає в тому, що, незважаючи на всі атрибути виборів і громадянських свобод, громадяни насправді мають дуже обмежений контроль над тим, що робить влада. Аби розглянути цю проблему, звернемося до окремого типу управлінської ефективності, пов'язаного з переданням намірів виборців уряду і законодавчому органу, потім чиновникам і судам, і, нарешті, назад громадянам, тобто з комунікацією, що є необхідною, якщо демократичний процес передбачає якоюсь більш-менш значною мірою реалізацію реального вибору людей. Проблема полягає в тому, щоб побачити, як це працює в сучасних представницьких системах, у яких вибори розглядаються не як вибір законів, а як вибір влади. Лише при прямій демократії люди безпосередньо залучені до правотворчості. За цієї, можливо, й кращої, але сьогодні нездійсненої, форми демократії існує прямий зв'язок між демократичною правотворчістю і максимізацією консенсусу через вибір формально добрих законів. Вірогідно, максимум того, на що ми можемо ще сподіватися, — це демократична ефективність представницьких законодавчих зборів. І все ж створення права в легалістському сенсі через представницьке зібрання законодавців недостатньо. Незалежно від їх джерела, легалістські закони служать деяким цілям автономії, а отже, є вагомими аргументами для виборців голосувати за законодавців, які є прихильниками легалізму. Але для справжньої виборчої змагальності мають бути детальні маніфести, які давали б чітке уявлення про обіцяні законодавчі програми, а також роз'яснювали б функцію представників як делегатів, обраних для того, щоб ухвалити саме ті закони, що були обіцяні, а не ті, які влада в подальшому вирішить прийняти. Таким чином, це підводить нас до думки про важливість осмисленої участі виборців у відборі формально добрих законів.

Усе це можна розглянути ретроспективно. Вибори можна розглядати певною мірою як схвалення або відхилення прийнятих законів, яке можливе завдяки легалістським якостям законодавства. Той факт, що вибори органів влади — це вибір, який робиться, скоріше, виходячи з попередньої діяльності, ніж обіцянок щодо майбутнього, робить зв'язок між непрямою демократією і політичним легалізмом більш реальним. Для того щоб адекватно оцінити діяльність влади, має вже існувати чітке та за іншими критеріями формально

добре законодавство, що уможливило б цю оцінку. Це необхідно для того, щоб виборці могли раціонально підійти до оцінки діяльності уряду. Відповідно, демократична ефективність передбачає певну частку права в легалістському сенсі.

В. Права людини і верховенство права в позитивістському сенсі

Головні аргументи проти заснованого на правах людини судового контролю сконцентровані навколо недоліків, що свідчать про брак демократії, добре систематизованих Джеремі Волдроном¹, а також навколо прогнозованої неефективності такого контролю, так переконливо проілюстрованої Кейт Евінг [30, с. 48]. Тут я зосереджуся на проблемі верховенства права у цих двох напрямках критики.

Для цього слід почати з визнання того факту, що права людини можуть виражатись у праві в легалістському сенсі. Формальні якості права в позитивістському сенсі жодним чином не виключають бажаності та можливості законодавства, що закріплює права людини. Заборона тортур, смертної кари, рабства і торгівлі людьми — всі ці провідні питання прав людини у більшості суспільств стикаються тільки з такими проблемами щодо формальних стандартів, які є цілком вирішуваними. Інакше кажучи, можливе існування такого явища, як формально добре законодавство про права людини. Формальні заперечення проти норм, що закріплюють права людини, виникають тільки у тому випадку, якщо, сформульовані в абстрактних і загальних моральних поняттях, вони використовуються для того, щоб скасувати, призупинити або визнати недійсним спеціальне законодавство за допомогою ніби правової, але насправді політичної форми моральної аргументації.

Звісно, формальні недоліки закріплення у праві абстрактних тверджень про права людини з часом можуть бути частково усунені в ході триваючої роками історії судових рішень, які конкретизують абстрактні поняття за допомогою властивого загальному праву стилю судової аргументації. Завдяки останньому загальні принципи або ціннісні судження впливають на прийняття окремих рішень, завдяки чому ці принципи і судження стають більш формальними і менш навітаженими моральною термінологією [31]. Широко сформульовані принципи завжди можуть набути кращої форми — форми законодавства — в ході розвитку прецедентного права в межах компетенції органу, що створює прецедент. Однак аби ця трансформація була успішною, встановлюються легалістські обмеження щодо інтерпретації того, що саме розглядати як широко сформульовані моральні цінності. Таким чином, звужується їх обсяг і підривається мета судового контролю, яка полягає у забезпеченні всебічної перевірки прийнятих демократичним шляхом політичних рішень. Більше того, зростання обсягу прецедентного права з питань прав людини призводить до відмежування дискусії про права людини від звичайного політичного дискурсу, у такий спосіб збільшуючи загальний дефіцит демократії. Породження величезного масиву прецедентного права, достатньо віддалено пов'язаного з початковими текстами, що стверджують права людини, демонструє той факт, що права людини як цін-

¹ Див., наприклад: [29, с. 18].

нісні судження утворюють формально неадекватне право, яке не відповідає своїй меті у позитивістському суді, заснованому на законі.

Тут ми маємо протистояти потужній контратаці, що апелює до почуттів та широко використовується апологетами судового контролю за дотриманням прав людини. Їх аргумент полягає в тому, що прагнення зберегти чітке розмежування між правотворчою функцією законодавчих органів і правозастосовною функцією судів з метою забезпечення автономії громадян і демократичної ефективності опиняється перед проблемою прийняття рішення більшістю як у самих законодавчих органах, так і в ході обрання їх членів. Хоча широка участь виборців і можлива, однак, якщо рішення все ж мають базуватись на принципі більшості, демократичний процес не забезпечує автономії кожного, а лише автономію тих, хто опинився у складі більшості на момент прийняття рішення. Демократи можуть апелювати до цінності максимізації автономії в межах діапазону припустимих можливостей, додаючи, вірогідно, що існує елемент автономії, який передбачає повагу і визнання гідності при наділенні рівними можливостями участі у процесі, навіть якщо доведеться поступитись принципом більшості. Ця проблема більшості є головною проблемою демократичної критики судового контролю за дотриманням прав людини, і вона відкриває шлях для конституціоналізації розподілу законодавчої влади і залучення до цього процесу виражених у термінах моралі та занадто абстрактних принципів прав людини як переважного способу захисту фундаментальних інтересів політичних меншин, особливо коли вони утворені неоднорідними стійкими соціальними групами. Без сумніву, захист таких меншин — найсильніший аргумент на користь заснованого на правах людини судового контролю. У даному випадку на користь судового контролю свідчить той факт, що захист уразливих меншин компенсує недоліки, що виникають з обмеження легалістських характеристик формально доброго закону.

Один із підходів етичного позитивізму до проблеми більшості полягає в тому, що йдеться про дещо більше, ніж статистична більшість тих, хто шляхом голосування визначає результат, унаслідок чого проблема уразливих соціальних та економічних меншин усувається на другий план. Цей підхід, однак, вкрай однобічно орієнтований на існуючий стан речей і дає можливість як сильним, так і уразливим меншинам перешкоджати автономії більшості. Далі ми стикаємося з постійно виникаючими складними емпіричними питаннями, наприклад, чи має окремий закон розглядатись як результат нездатності стримати сильні в соціальному та економічному плані меншини, або чи є вибір цього закону невинуватим обмеженням автономії соціальних та економічних меншин, що накладається більшістю¹.

Інший підхід до проблеми більшості заснований на тезі, що меншини захищені належним поєднанням загальності та конкретності формально добрих законів, які дають чітке уявлення про категорії осіб, права і обов'язки яких зачіпаються цим законодавством. Це полегшує визначення уразливих груп, що перебувають у небезпеці, і, таким чином, свідчить про коректність закону в

¹ Інша лінія аргументації спирається на те, що системи, створені для захисту уразливих меншин, як правило, виявляються захопленими меншинами сильними (див.: [32]).

цьому сенсі. Насправді, цю категоризацію можна розглядати як додатковий раціональний аргумент на користь верховенства права в позитивістському сенсі. Він полягає в тому, що формальна справедливість, тобто однаковий підхід до однакових людей у однакових ситуаціях, передбачає наявність правил, що пояснюють категорії залучених осіб, а також відповідний підхід до них¹.

Проте таке пояснення ще не гарантує того, що не буде серйозного дискримінаційного впливу законодавства, яке визначає групи, що можуть бути дискриміновані. У дійсності, чітке визначення у новому законі тих, чії права і обов'язки можуть зачіпатися, можна розглядати як забезпечення можливості для егоїстичної і безтурботної більшості здобувати вигоду для себе.

Хоча вона і залежить від результатів, досягнутих в окремих суспільствах, проблема більшості, здається, відкрила шлях для обґрунтування принаймні форми заснованого на правах людини судового контролю, зведеного до захисту уразливих меншин через відокремлення законодавчої влади, обмеженої у виконанні цієї функції. Тут тягар доведення перекладається на критику судового контролю за дотриманням прав людини, якій належить продемонструвати, або що існує кращий і більш демократичний шлях вирішення проблеми більшості, або що не існує такого вирішення проблеми, яке б не збільшувало дефіцит демократії у судовому контролі. Питання про те, як довести те, чого вимагає цей тягар доведення, змушує нас звернути увагу на нормативний підхід до того, що саме встановлює і що виправдовує демократія.

2. Ринковий вибір або публічний дискурс?²

Поняття ринку та обговорення становлять підґрунтя конкуруючих сьогодні нормативних теорій демократії. Спрощуючи це протистояння, можна виокремити, з одного боку, теорію ринку, що походить від Джеймса Мілля [34], Єремї Бенґама й Йозефа Шумпетера [35], які розглядали виборців як споживачів, що колективно «купають» органи влади для задоволення власних потреб і побажань. Ця теорія відповідає принципу «одна людина — один голос», що передбачає зрівняння у правах на політичному ринку. Інша крайність — це теорія участі, або деліберативна теорія, яка розглядає демократію як форму спільного ухвалення рішень на основі обговорення певної проблеми зацікавленими суб'єктами, що спирається на аргументи, які стосуються радше публічних, ніж приватних інтересів. Варіант такого підходу знаходимо в роботах Юргена Габермаса [36; 37] і Рональда Дворкіна [38].

¹ Продовжуючи цей напрям думки, слід зазначити, що формальна справедливість, обґрунтована легалізмом, може розглядатись як частина того, що можна назвати «моральною формою» обґрунтування, відповідно до якої моральна правильність найкраще виражена у правилах, сформульованих в межах методології Канта, згідно з якою максими моралі, а звідси і права, повинні пройти перевірку на універсальність. Правило утилітаризму базується на подібній логіці, коли відповідь на це питання залежить від попередніх результатів загального підкорення максими, що включає правило. Якщо ми хочемо, щоб право було морально виправданим, то це методологія копіювання у законотворчості. Якщо ж ми хочемо, щоб люди з різними моральними переконаннями знали, яке правило є обов'язковим, то воно має бути виражене у чітких і не пов'язаних із мораллю термінах.

² У цій частині розвиваються ідеї, висловлені у: [33].

Теорії ринку забезпечують аналіз в економічному стилі демократичного вибору і процесу, переважно у представницьких системах. Йдеться про теорії вибору і переваг, що передбачають егоїзм учасників. Деліберативні теорії — це ті з сучасних форм теорій участі, які наголошують на значенні внутрішніх дебатів щодо змісту необхідного загального блага і зазвичай асоціюються з прямою демократією. Це теорії дискусії, консенсусу та, іноді, оволодіння знанням [39, с. 26], орієнтовані на досягнення компромісу, соціальної справедливості і стабільності, що водночас сприяє вирішенню проблеми більшості у демократичних державах. Деліберативні теорії прагнуть забезпечити або прагматичну, або епістемологічну основу узгодженого правління. Вони містять комунітаристський і громадський елементи, які виглядають більш привабливо, ніж безмежний індивідуалізм і фрагментарність ринкових альтернатив, за якими демократія являє собою купівлю-продаж кандидатів, партій або еліт у такий спосіб, щоб якомога більше людей отримали бажане [40; 41; 42; 43].

У контексті гіпотези про взаємозв'язок демократії і прав людини через легалізм від нас можна очікувати надання переваги більш цивілізованим, а тому більш привабливій, деліберативній теорії. У дійсності легалізм як вибір формально доброго закону тісно пов'язаний з обговоренням. Обрання загальних, але емпірично конкретних норм — складне завдання, що потребує міркування, подібного моральним дебатам.

Утім загальноприйнято розглядати демократію переважно як цивілізовану дискусію щодо загального блага. Якщо б це відповідало дійсності, проблему більшості було б практично вирішено, але, на жаль, це не так. Демократії породжують багато дебатів, але небагато з них відбуваються у формі неупередженої дискусії щодо загального блага. Частіше за все має місце боротьба за владу, орієнтована на власні інтереси, замаскована за допомогою публічних виступів та тільки частково пом'якшена ідеєю загального блага. У таких обставинах дискурсивне розуміння демократії набуває рис небезпечної політичної пастки, яка полягає в тому, що якщо обговорення складає сутність демократії, то насправді існують аргументи на користь віддання прав людини на розсуд безвідповідальній, але чітко вираженій еліті, що не перебуває під тиском виборчої політики. Ці занепокоєння підтверджуються коментарями філософа-республіканця Філіппа Петті, який відзначив, що деліберативний поворот призводить до «деполітизації» демократії¹, за якої здатність вести дійсно об'єктивну і обізану моральну дискусію про загальне благо є доволі рідкісним явищем, яке не так вже й просто знайти серед звичайних виборців і ще складніше серед політиків, залежних від голосів останніх.

¹ «Якщо обговорення дійсно має керувати суспільним життям, то не залишається іншого вибору, крім деполітизації публічних рішень різними шляхами. Чи означає це, що суспільне обговорення суперечить ідеалу демократії? Так, якщо демократія означає лише реалізацію колективної волі. Ні... якщо вона означає надання громадської оцінки: точніше, реалізацію тих міркувань, які народ схвалює як прийнятні для визначення державної політики... Так само як війна є занадто важливою, щоб залишати її в руках генералів, так і деліберативна демократія є занадто важливою, щоб залишати її в руках політиків. Немає демократизації без деполітизації» [44].

Очевидність того, що в моральному і політичному обґрунтуванні слід надати перевагу логічному мисленню, інтелектуальній комунікації і неупередженій участі у коректній дискусії, не скасовує того факту, що у цілеспрямованих і освічених людей є власні моральні й політичні вподобання, що зумовлюють їх політичні погляди. Погляди цілеспрямованих та освічених людей не завжди поділяють інші громадяни в силу прямого або імпліцитного припущення про егоїзм, притаманний політичній дискусії. Головне відкриття теорії ринку полягає в тому, що, принаймні в політиці, егоїзм переважає, і відповідно мають бути механізми штучного узгодження інтересів. Водночас ті, хто прагнуть політичної влади і отримують її, мають переконати більшість громадян у тому, що вони діють або хочуть діяти в інтересах останніх. Згідно з цим підходом, краще нормативне підґрунтя реальної демократії — це гомогенні суспільства з невисоким рівнем освіти і громадянських свобод, де задоволення інтересів більшості достатньо добре гарантоване, хоча зазвичай і не розподілене належним чином, і все це тією мірою, яка дозволяє вважати цю політичну систему кращою за всі інші. У цьому сенсі демократія — це процес вибору, механізм, який передусім захищає і просуває інтереси якомога більшої кількості людей. Демократія існує для того, щоб протистояти неминучим перевагам тих невразливих меншин, які в іншому разі отримали б надмірну політичну або економічну владу. Таким чином, теорії ринку змальовують картину міцної та надійної системи, у якій виборці можуть впливати на владу і змушувати її робити хороші речі, які вона в іншому разі не розглядала б. Стверджується, що ці переваги не мають бути поставлені під загрозу в ході зменшення значення і сфери вибору в політичному процесі.

Навіть якщо так, то чи передбачає ринкова демократія верховенство права в позитивістському сенсі? Чи передбачає ринкова модель легалізм? Чи недостатньо обрати органи влади, які, після відповідного внутрішнього обговорення, зупиняться на чомусь, більш невизначеному, ніж необхідні закони, нададуть чиновникам та судам можливість для подальшої конкретизації в ході відповідного обговорення, а потім нададуть виборцям можливість оцінити результати ретроспективно? Таким чином, право в легалістському сенсі не може бути важливою складовою здійснення контролю за обраною владою, що може ефективно захищати і підтримувати інтереси людей.

Це повертає нас до підстав, за якими вважається, що ринкова влада політичного споживача розширюється завдяки тому, що можна назвати гарним маркуванням продуктів на полиці, а також прорахунком вигід від вчинку в світлі того, що обіцяє це маркування. Безсумнівно, існують більш або менш ефективні політичні ринки, і такі системи не можуть працювати добре в умовах нестачі інформації і відсутності справжньої конкуренції, майже так само, як ефективні економічні ринки, що передбачають доступність інформації та рівність можливостей для виробників і продавців.

Чи не заходить аналогія з ринком занадто далеко? Чи не існує принципових відмінностей між купівлею товарів і політичним вибором? Існують як мінімум дві дуже важливі відмінності. Перша полягає в тому, що на виборах кожний повнолітній має один голос, в той час як покупці мають зовсім нерівні суми грошей. Принаймні це вважається нормальним для демократичних ринків. Це не так у випадку другої відмінності, яка полягає в тому, що покупці діють виходячи

з індивідуальних потреб і побажань, у той час як виборці, якими б не були їх наміри, голосують за те, що поряд з ними отримують й інші. Фактично, представники меншості взагалі не отримують того, за що вони платять своїми головами.

Таким чином, ми повернулись до проблеми більшості. Чи тільки більшість може бути захищена від влади, і чи тільки інтереси більшості можуть відстоюватись у будь-якій реалістичній ринковій моделі демократії? Зрозуміло, що культура раціональної дискусії може пом'якшити нечутливість більшості до потреб меншості і сприяти зростанню альтруїстичних поглядів, проте, згідно з теорією ринку, цей ефект зводиться нанівець через особисті вподобання. Відповідно, залишається раціональний аргумент на користь необхідності здійснити аналог заборони продажу небезпечних товарів або принаймні товарів, небезпечних для уразливих меншин. Єдина проблема тут полягає в тому, що складно визначити і узгодити, що саме є небезпечними політичними товарами. Зазвичай різниця у поглядах більшості та меншості зводиться до того, що є, а що не є неприйнятним поведінням із меншістю. Існують очевидні і беззаперечні винятки, такі як тортури, голод, рабство. У таких справах логіка судового контролю за дотриманням прав людини може бути настільки ж однозначною, як і добре складений договір із покупцем. Відповідно, ми зацікавлені у системі судового контролю за умови, що вона суворо обмежена такими однозначними випадками кричущого зловживання. Можливо, обмежена і піддана ретельній перевірці форма судового контролю на основі певних чітко сформульованих прав людини, що стосуються захисту уразливих меншин, може принести більше егалітарного блага, ніж шкоди для демократії.

На мій погляд, сильна форма судового контролю, навіть якщо вона обмежена цими рамками, залишається сумнівною, оскільки являє собою процес, що викликає розбіжності, які складно узгодити, і який суперечить аргументам автономії та ефективності, розглянутим вище¹. Однак проблема більшості може мати достатню моральну вагу для того, щоб обґрунтувати більш слабкі форми судового контролю за дотриманням прав людини, коли парламент має останнє слово в дискусії, у якій теоретично можуть брати участь усі зацікавлені суб'єкти. Навіть якщо демократія є передусім питанням розподілу політичної влади у такий спосіб, щоб надати можливість якомога більшій кількості людей захищати їх інтереси, процес захисту уразливих меншин, який істотно не зменшує влади більшості, можна розглядати як цінне доповнення до егоїстичної політичної дискусії та прийняття рішень. На це, вочевидь, сподіваються ті, хто надає перевагу британському стилю актів про права людини, який його прихильники часто називають «діалогічною» моделлю, заснованою на деліберативній взаємодії судів, уряду, парламенту і народу з метою пом'якшення проблеми більшості.

На практиці, однак, слабка форма судового контролю за дотриманням прав людини набагато більше поширена, ніж захист уразливих меншин від чітко визначених форм несправедливості. Більше того, його вплив є в цілому невітш-

¹ На підтвердження того, що наслідки слабкої форми судового контролю є невизначеними – або вона завершується співучастю в урядових порушеннях, або сильним судовим розсудом – див.: [45].

ним навіть у цьому відношенні. Це так частково через те, що на рівні конкретизації, яку передбачає формально добрий закон, не існує угод, уявних або реальних, які уклалися б між судами, парламентами, урядами і народом щодо точного значення загальних тверджень про права людини, з якими вони працюють. Британські суди обережні в інтепретації дискусійного законодавства та прийнятті «Декларацій несумісності» (йдеться про несумісність з Європейською конвенцією прав людини). Можливо, причина в тому, що будь-який авантюрист міг би поставити питання про неконституційність. Як наслідок, помилки уряду в галузі прав людини часто отримують явне і безспірне судове визнання за рахунок схвалення судами сумнівного законодавства.

До того ж британський Об'єднаний парламентський комітет з прав людини схильний працювати відповідно до другої моделі, за якою суди уповноважені радше не обговорювати питання прав людини, а надавати їм власного вираження і морального витлумачення. Ще більше ця практика поширена у робочому проєкті «Заяв про сумісність» (тобто сумісність з Євроконвенцією) [46, с. 40]. Проте у більш широкому політичному сенсі, питання, пов'язані з правами людини, має взяти на себе технічна судова експертиза, що використовує спеціальну термінологію і процедури, таким чином, повертаючи дебати зі своєрідного морального дискурсу, в якому можуть брати участь й інші. Складається враження, що права людини — це радше правове і судове, ніж моральне і політичне питання, тому пов'язані з ними проблеми мають скоріше вирішуватись у судах, ніж бути сферою відповідальності політиків, а відповідно, у кінцевому підсумку, й виборців. Крім того, процес інтепретації абстрактних моральних ідеалів, виражених зазвичай у біллях та конвенціях про права, таких як свобода слова, свобода договору або недоторканність життя як такого, з метою отримання правил, які є достатньо ясними і конкретними для того, щоб вирішити проблему наклепу (у випадку свободи слова), примусу і недобросовісної реклами (у випадку свободи договору) або абортів та евтаназії (у випадку життя), врешті-решт вимагає радше морального, ніж правового судження. Такі судження виявляють конкуруючі моральні інтуїції та залучають низку економічних і соціальних факторів, стосовно яких суди на практиці погано захищені та позбавлені достатнього морального і політичного впливу. Що ж до головної проблеми цієї статті, то коли межа між політикою і правом розмивається і руйнується розподіл правотворчої і правозастосовчої влади, то досягнення верховенства права значно звужуються. Йдеться, зокрема, про обмеження державної влади вимогою здійснення її за допомогою закону і відповідно до нього. У результаті надія на діалог між судами, урядом і виборцями згасає і практично зникає.

Проте дискусії у британському Об'єднаному парламентському комітеті з прав людини, так само як і відповідні процеси у міністерствах, які працюють над «Заявами про сумісність», були досить цінними. У зв'язку з цим виникають цікаві питання, наприклад, чи можуть бути позитивні аспекти цих процесів збережені та примножені без залучення судів до прийняття Декларацій про несумісність і покладання на них обов'язку інтепретувати законодавство у такий спосіб, щоб зробити його сумісним з конвенціями про права людини [47, с. 79]. Якщо відволіктися від окремих складнощів такого руху в контексті

Європейського Союзу, де розширений судовий режим прав людини виконує особливу політичну роль кузні культурної ідентичності як основи європейського патріотизму, існують підстави для розгляду переваг для прав людини такого устрою, у якому вся відповідальність за права людини зосереджена у демократичному процесі, як мінімум, до тих пір, поки вони втілені у законодавстві, що робить можливим їх застосування в судах.

3. Демократична альтернатива

Завершимо розгляд окремих теорій конкретним прикладом більш демократичного розвитку прав людини, який ілюструє альтернативу заснованому на правах людини судовому контролю, як сильному, так і слабкому, та охоплює важливу складову деліберативної політики в рамках переважно ринкової моделі демократії.

Це *Акт про права людини (парламентський контроль) (2011)*, закон Австралійського Союзу, який набув чинності минулого року. Більшість австралійців все ще не чули про нього, і більшість австралійських юристів не розглядають його як справжній акт про права людини, оскільки він не передбачає механізму судового контролю. Австралійський акт відкрито не надає жодних особливих повноважень судам, але він містить інші заходи, які можна знайти в інших слабких формах актів про права людини, таких як британський Акт про права людини (1998), що передбачає виконавчі «Заяви про сумісність» (у випадку Сполученого Королівства йдеться про сумісність з Європейською конвенцією прав людини) і заснування парламентського комітету для аналізу законопроектів та діючого законодавства, що складається з членів обох політичних партій з обох палат парламенту. Однак австралійські суди не зобов'язані інтерпретувати законодавство таким чином, щоб воно було сумісним з правами людини, і не уповноважені робити «Заяви про несумісність», які, хоча і не скасовують законодавство, але ініціюють цей процес, після чого парламент може переглянути законодавство в світлі зробленої судом заяви.

Об'єднаний парламентський комітет з прав людини повинен здійснювати нагляд, виходячи не з Австралійської конвенції про права, а в світлі ратифікації Австралією семи угод про права людини, на основі яких він обговорює спірні питання з відповідним міністром і робить звіти перед обома палатами парламенту, які розглядаються в ході утвердження нового законодавства. Передбачається також, що Комітет проводить громадське розслідування щодо діючого законодавства та інших питань, пов'язаних з правами людини, запропонованих Генеральним прокурором¹.

На жаль, цей Акт про права людини буде привертати суспільну увагу в тих випадках, коли суди робитимуть заяви про несумісність законодавства з правами людини, і, таким чином, провокувати цікавий конфлікт між парламентом і судами. І, як більшість парламентських комітетів, яких у Парламенті Австралії багато, він, без сумніву, буде до певної міри, зазнавати впливу політичних партій. Крім того, Австралійський акт має деякі цікаві та потенційно важливі особливості. По-перше, одна з особливостей полягає в тому, що він не обмежений

¹ Детальніше див.: [48, с. 58].

громадянськими і політичними правами, що є типовим обмеженням для судового контролю. Угоди, що ним охоплюються, містять усі питання прав людини, у тому числі, наприклад, Міжнародний пакт про економічні, соціальні й культурні права, Конвенцію про попередження всіх форм расової дискримінації та Конвенцію про попередження дискримінації щодо жінок. Це вкрай широка сфера для Акта про права людини, який може працювати добре як підтримка моніторингу ООН угод про права людини. По-друге, ще один примітний фактор полягає в тому, що Акт є частиною системи прав людини, яка охоплює загальноновизнану незалежну Комісію з прав людини та великий масив законодавства з прав людини [49; 50]. По-третє, він, зі своїми суто політичними функціями, не передбачає обов'язкового зв'язку з конституційними суперечностями, які примушують поставити під сумнів демократичну легітимність більшості орієнтованих на суди актів про права людини, що відводять свій погляд від морального і політичного обговорення проблем прав людини в очікуванні судових рішень із схожих проблем. Нарешті, він покладає відповідальність за просування і захист прав людини безпосередньо на плечі уряду, громадянського суспільства та окремих громадян, що забезпечують легітимий фундамент, на якому має вирости більш ефективний і тривалий прогрес, ніж той, якого можна було б очікувати від делегування цієї відповідальності судам, що діють за рамками своїх звичних повноважень.

Я не стверджую, що ця австралійська модель краща за інші, або що вона прийнятна для всіх держав і всіх обставин. Насправді, хоча зараз вона і є дуже активною, їй загрожує занепад у разі недостатньої політичної підтримки і громадської байдужості. Багато-що залежить від того, наскільки вона цікава ЗМІ та підтримується австралійцями. Але для тих, хто займається питаннями демократії та прав людини, вона, безумовно, заслуговує на увагу.

Нарешті, про глобальний контекст. Інституціалізація прав людини, всупереч загальним прагненням філософії прав людини, не може і не повинна відбуватись однаково для всіх. Проте існують інші характерні виклики, що виникають на рівні глобальних інституцій. Певна транснаціональна гармонізація режимів прав людини — це життєво важливий пріоритет, якщо йдеться про глобальну справедливість. І, незважаючи на те, що ця гармонізація має охоплювати ефективну імплементацію верховенства права, на глобальному рівні культурна багатоманітність є такою, що вона ускладнює розробку позитивного права на транснаціональному рівні. Однак, як було обґрунтовано вище, одна з причин того, щоб надати перевагу легалістській моделі верховенства права, полягає у першорядній важливості прав людини для самовизначення — це те право, що, на мою думку, охоплює як складову право людини на життя у демократичній системі правління та участь у ній. Це тільки один із багатьох викликів глобалізації прав людини. У даному разі небезпека, яка має нас хвилювати, полягає в тому, що на шкоду правам людини ми отримуємо «більше права» і «менше демократії»¹.

¹ Розділяючи слова і почуття Петри Добнер: [51].

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Keane J.* The Life and Death of Democracy / J. Keane. — New York : W. W. Norton, 2009. — 992 p.
2. *Dworkin R.* A Bill of Rights for Britain / R. Dworkin. — London : Chatto, 1990. — 59 p.
3. *Waldron J.* The Core Case against Judicial Review / J. Waldron // Yale Law Journal. — 2006. — № 115. — P. 1346–1406.
4. *Bellamy R.* Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy / R. Bellamy. — Cambridge : Cambridge University Press, 2007. — 270 p.
5. *Tushnet M.* Taking the Constitution Away from the Courts / M. Tushnet. — Princeton : Princeton University Press, 2000. — 254 p.
6. *Campbell T.* Parliamentary Review with a Democratic Charter of Rights / T. Campbell // The Legal Protection of Human Rights : Sceptical Essays. — Oxford : Oxford University Press, 2011.
7. *Hirschl R.* Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism / R. Hirschl. — Cambridge Mass : Harvard University Press, 2004. — 286 p.
8. *Hiebert J. L.* Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model / J. L. Hiebert // Modern Law Review. — 2006. — № 69. — P. 7–28.
9. *Gearty C.* Principles of Human Rights Adjudication / C. Gearty. — Cambridge : Cambridge University Press, 2004. — 230 p.
10. *Kavanagh A.* Constitutional Review under the UK Human Rights Act 1998 / A. Kavanagh. — Cambridge : Cambridge University Press, 2009.
11. *Gardbaum S.* The New Commonwealth Model of Constitutionalism / S. Gardbaum // American Journal of Comparative Law. — 2001. — № 49. — P. 707–760.
12. *Galligan B.* Australian Exceptionalism: Rights Protection without a Bill of Rights / B. Galligan, F. L. Morton // Protecting Human Rights without A Bill of Rights. — Aldershot : Ashgate, 2006. — P. 17–39.
13. *Byrnes A.* *Charlesworth H., McKinnon G.* Bills of Rights in Australia: History, Politics and Law / A. Byrnes, H. Charlesworth, G. McKinnon. — Sydney : UNSW Press, 2009.
14. *Raz J.* The Rule of Law and Its Virtue / J. Raz // Law Quarterly Review. — 1977. — P. 195–211.
15. *Waldron J.* The Rule of Law: An Essentially Contested Concept? / J. Waldron // Law and Philosophy. — 2002. — № 21. — P. 137–164.
16. *Tamanaha Brian Z.* On the Rule of Law: History, Politics, Theory / Brian Z. Tamanaha — Cambridge : Cambridge University Press, 2004. — 180 p.
17. *Bingham T.* The Rule of Law / T. Bingham. — London : Penguin, 2010. — 224 p.
18. *Dworkin R.* Justice in Robes / R. Dworkin. — Harvard University Press, 2006.
19. *West R.* Normative Jurisprudence / R. West. — Cambridge : Cambridge University Press, 2011. — 209 p.
20. *Priel D.* Description and Evaluation in Jurisprudence / D. Priel // Law and Philosophy. — 2010. — № 29.
21. *Campbell T.* Ethical Positivism / T. Campbell // Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. — 1987.
22. *Campbell T.* The Legal Theory of Ethical Positivism / T. Campbell. — Aldershot : Dartmouth, 1996. — 250 p.
23. *MacCormick D. N.* The Ethics of Legalism / D. N. MacCormick // Ratio Juris. — 1989. — № 2.

24. *Waldron J.* Normative (or Ethical) Positivism / J. Waldron // Hart's Postscript. — Oxford : Oxford University Press, 2001. — P. 411—433.
25. *Raz J.* Practical Reason and Norms / J. Raz. — Oxford : Oxford University Press, 1975. — 220 p.
35. *Fuller Lon L.* The Morality of Law / Lon L. Fuller. — London : Hutchinson, 1969. — 215 p.
36. *Schauer F.* Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making / F. Schauer. — Oxford : Clarendon, 1991. — 272 p.
37. *Hart H. L. A.* The Separation of Law and Morals / H. L. A. Hart // Harvard Law Review. — 1957-8. — № 71. — P. 593—629.
38. *Waldron J.* A Rights-Based Critique of Constitutional Rights / J. Waldron // Oxford Journal of Legal Studies. — 1993. — № 13. — P. 18—51.
39. *Ewing K. D.* The Continuing Futility of the Human Rights Act / K. D. Ewing // Public Law. — 2008.
40. *Waluchow W. J.* A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree / W. J. Waluchow. — Cambridge : Cambridge University Press, 2007. — 283 p.
41. *Nichol D.* Business Rights as Human Rights / D. Nichol // The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays. — Oxford : Oxford University Press, 2011. — Chapter 11. — P. 229—243.
42. *Campbell T.* Legal Positivism and Deliberative Democracy / T. Campbell // Current Legal Problems. — 1998. — № 51. — P. 65—92.
43. *Mill J.* The Liberty of the Press / J. Mill // Encyclopaedia Britannica. — 5thedn. — 1982.
44. *Schumpeter J.* Capitalism, Socialism and Democracy / J. Schumpeter. — New York : Harper and Row, 1950. — 431 p.
45. *Habermas J.* Moral Consciousness and Deliberative Action / J. Habermas. — Cambridge : MIT Press, 1990. — 225 p.
46. *Habermas J.* Between Facts and Norms / J. Habermas. — Cambridge : Polity, 1997.
47. *Dworkin R.* Law's Empire / R. Dworkin. — London : Fontana, 1986. — 453 p.
48. *Cohen J.* An Epistemic Concept of Democracy / J. Cohen // Ethics. — 1986. — № 97. — P. 26—38.
49. *Gutman A.* Democracy and Disagreement / A. Gutman, D. Thompson. — Cambridge : Harvard University Press, 1996. — 432 p.
50. *Bohman J.* Deliberative Democracy / J. Bohman, R. William. — Cambridge : MIT Press, 1997. — 447 p.
51. *Nino C.* The Constitution of Deliberative Democracy / C. Nino. — New Haven : Yale University Press, 1996.
52. *Dryzek J.* Foundations and Frontiers of Deliberative Governance / J. Dryzek, S. Niemeyer. — New York : Oxford University Press, 2010.
53. *Pettit P.* Depoliticizing Democracy / P. Pettit // Deliberative Democracy and Its Discontents. — Aldershot : Ashgate, 2006. — P. 93—105.
54. *Tushnet M.* Weak Courts, Strong Rights; Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law / M. Tushnet. — Princeton University Press, 2007. — 288 p.
55. *Hiebert J. L.* Governing Like Judges / J. L. Hiebert // The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays. — Oxford : Oxford University Press, 2011.
56. *Campbell T.* Incorporation through Interpretation / T. Campbell // Sceptical Essays on Human Rights. — Oxford : Oxford University Press, 2001.
57. *Kinley D.* Exile on Main Street: Australia's Legislative Agenda for Human Rights / D. Kinley, C. Ernst // European Human Rights Law Review. — 2012. — № 1. — P. 58—70.

58. *Commonwealth of Australia*, Australia's National Human Rights Action Plan. — 2012.
59. *Gerber P.* Contemporary Perspectives on Human Rights Law in Australia / P. Gerber, M. Castan. — Sydney : LawBook, 2013.
60. *Dobner P.* More Law, Less Democracy: Democracy and Transnational Constitutionalism / P. Dobner // *The Twilight of Constitutionalism?* — Oxford : Oxford University Press, 2010. — 368 p.

Кемпбелл Т. Права людини: демократичний шлях

Анотація. У статті розглядається проблема співвідношення політичної та юридичної функції прав людини переважно у конституційному контексті Британської Співдружності. Автор відстоює позицію легалізму, або етичного позитивізму, що передбачає таку модель верховенства права, згідно з якою акти про права людини мають служити, радше, не судовому, а законодавчому контролю, що сприяло б як автономії особистості, так і демократичній ефективності.

Ключові слова: права людини, демократія, судовий контроль, парламентський контроль, легалізм, етичний позитивізм, верховенство права.

Кэмпбелл Т. Права человека: демократический путь

Аннотация. В статье рассматривается проблема соотношения политической и юридической функции прав человека преимущественно в конституционном контексте Британского Содружества. Автор отстаивает позицию легализма, или этического позитивизма, предполагающего такую модель верховенства права, в соответствии с которой акты о правах человека должны служить, скорее, не судебному, а законодательному контролю, что способствовало бы как автономии личности, так и демократической эффективности.

Ключевые слова: права человека, демократия, судебный контроль, парламентский контроль, легализм, этический позитивизм, верховенство права.

Campbell T. Human Rights: a Democratic Way

Summary. The article deals with the problem of the relation of political and legal functions of the human rights principally in the constitutional context of the Commonwealth of Nations. The author advocates the position of legalism, or ethical positivism, involving a model of the rule of law, according to which human rights Acts must serve legislative, rather than judicial, review that would facilitate both individual autonomy and democratic effectiveness.

Key words: human rights, democracy, judicial review, legislative review, legalism, ethical positivism, rule of law.

ПРАВО ЛЮДИНИ НА ДЕМОКРАТІЮ ЯК НАРІЖНИЙ КАМІНЬ ПРАВА¹



С. КІРСТЕ

*доктор юридичних наук,
професор філософії права
(Зальцбургський університет, Австрія)*

Вступ. Твердження, що люди повинні не тільки користуватися свободою, а й самостійно приймати рішення щодо окремих своїх свобод, є доволі старою проблемою для філософії права і політики, що набула характеру практичної значущості, починаючи з революцій XVIII ст. Боротьба за це право продовжувалася у XIX–XX ст. і нещодавно знову постала під час арабської революції. Національні конституції закріпили права на свободу слова і думки, на свободу об'єднань і право голосу. На наднаціональному рівні, скажімо, Європейський Союз закріпив ці права у статтях 11, 12 і 39 Хартії основоположних прав і в п. Б ч. II ст. 20 Договору про функціонування Європейського Союзу. Міжнародне право визнало право на самовизначення народів (ч. 2 ст. 1 Статуту ООН), право голосу (ст. 21 Загальної декларації прав людини (далі — ЗДПЛ), свободу висловлювання (ст. 1 ЗДПЛ) й об'єднання (ст. 20 ЗДПЛ) [1, с. 57 і далі]. Стаття 25 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права², зокрема, зобов'язує держави з метою забезпечення участі індивіда в загальних виборах і передбачає інші комунікативні та асоціативні свободи, включаючи свободу інформації як передумову виборів³.

¹ *Stephan Kirste*. The Human Right to Democracy as the Capstone of Law. Пленарна доповідь на XXVI Всесвітньому конгресі з філософії права і соціальної філософії «Права людини, демократія, верховенство права та сучасні соціальні виклики у складних суспільствах» (21–26 липня 2013 р., м. Белу-Оризонті, Бразилія). Переклад з англійської В. Гончарова і С. Максимова.

² Стаття 25: «Кожний громадянин повинен мати без будь-якої дискримінації, згаданої в статті 2, і без необґрунтованих обмежень право і можливість:

а) брати участь у веденні державних справ як безпосередньо, так і за посередництвом вільно обраних представників;

б) голосувати і бути обраним на справжніх періодичних виборах, які проводяться на основі загального і рівного виборчого права при таємному голосуванні і забезпечують свободу волевиявлення виборців;

в) допускатися в своїй країні на загальних умовах рівності до державної служби».

³ Зауваження загального порядку № 25: Право на участь у веденні державних справ, право голосу і право на рівний доступ до державної служби (ст. 25) від 12.07.1996: «Стаття 25 лежить

Декларація тисячоліття ООН закріплює: «Чоловіки і жінки мають право жити і рости своїх дітей у гідних людини умовах, вільних від голоду і страху насильства, пригноблення і несправедливості. Кращою гарантією цих прав є демократична форма правління, заснована на широкій участі і волі народу» [2]. Ці свободи відображено у регіональних деклараціях про права людини, зокрема, вони містяться у ст. 10 і п. 1 ст. 3 Додаткового протоколу до Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Так само ч. 1 ст. 26 Міжамериканської демократичної хартії (ОАД) проголошує, що демократія — це спосіб життя, котрий базується на свободі та розвитку економічних, соціальних і культурних умов. Жоден з цих актів, проте, не передбачає єдиного індивідуального права на демократію.

Обґрунтування права людини на демократію все ще є предметом дискусій. Ці позиції можна дещо грубо поділити в такий спосіб: а) загальна критика цих прав, б) ліберальна позиція, що визначає поняття прав людини та демократії як протилежні, ідея, що в) демократія є інструментом забезпечення прав людини, г) права людини є інструментом для забезпечення демократії, і насамкінець, д) неподільність прав людини і демократії.

У цій статті я буду доводити, що позитивне право людини на демократію повинно бути виправданим загальним для прав людини і демократії принципом. Таким інтегральним принципом є правова свобода. Для того, щоб обґрунтувати права людини як юридичні права, що ґрунтуються на забезпеченій правом свободі, слід припустити, що їх правова форма впливає зі свобод. Обґрунтування внутрішньої узгодженості прав людини і демократії, засноване на праві як вимозі свободи, потім замінюється поняттям їх неподільності.

По-перше, я обміркую найбільш важливі критичні думки щодо права людини на демократію, по-друге, викладу три згадані концепції на захист такого права. Це приведе до третьої частини — розробки моєї власної концепції. З цієї метою я наведу кілька зауважень щодо поняття права та співвідношення права і свободи. Нарешті я обґрунтую внутрішню узгодженість прав людини і демократії та власне право людини на демократію.

1. КРИТИКА ПРАВА ЛЮДИНИ НА ДЕМОКРАТІЮ

1.1. Права людини як зовнішні обмеження публічної влади

Концепції, які заперечують право людини на демократію, припускають зовнішнє відношення прав людини і демократії — деякі з них у традиції К. Шмітта [3, с. 103]. Вони стверджують, що Французька революція лише замінила предмет легітимації суверенітету. На зміну монархічній легітимації абсолютистського суверенітету старого режиму прийшла демократична легітимація, і народ як спільнота замінив монарха в питанні легітимації державної влади. В обох формах правління права людини служили як зовнішні обмеження державної влади. Тому ці вчені і відкидають ідею особистого права на демократію.

в основі демократичного правління, що ґрунтується на згоді народу відповідно до принципів Пакту». «8. Громадяни також беруть участь у веденні державних справ, впливаючи через громадське обговорення і діалог з їх представниками або через їх здатність до самоорганізації. Така участь підтримується забезпеченням свободи слова, зборів та об'єднань».

Ця критика ігнорує, зокрема, те, що зміна предмета легітимації, а саме — підміна монарха народом — супроводжується заміною режиму легітимації влади. Абсолютний монарх міг покладатися на цілі держави та успадковану ним легітимацію як політична особа. У демократії народ так само поводить себе як колективний суб'єкт. При цьому він не тільки виражає свої традиційні повноваження. Демократія не може вивести свою легітимність із минулого, а лише із сучасної форми прийняття рішень. На додаток до цього, демократія накладає нову форму відповідальності за здійснення державної влади — відповідальність перед народом. Тому ідея, згідно з якою зміна форми правління від монархії до демократії є простою підміною суб'єктів, порушує саму сутність демократії. У демократичній державі згідно з принципом верховенства права держава не просто служить людині, а людина не служить державі; демократична держава існує тільки на основі волі народу, його обговорень та рішень. Так чи інакше, розуміння демократії як способу легітимації постійної державної влади неминуче призводить до зовнішнього відношення прав людини і демократії: права людини служать обмеженням державної влади, надаючи засоби впливу на державу¹.

1.2. Моральні форми прав людини та інституціоналізація демократії

Німецький філософ права та колишній суддя Федерального Конституційного суду ФРН Е.-В. Бьокенфьорде розуміє права людини як категоричні права, які люди отримують за фактом свого існування (*because of their humanity*) і незалежно від їх позитивно-правового закріплення (інституціоналізації) [5, с. 236]. На противагу цьому «демократія означає... конкретно зрозуміле, інституційно і процедурно забезпечене здійснення влади і політичних повноважень щодо прийняття рішень людьми, що є ознакою емпіричних, конкретно існуючих людей, а не людей, як з трансцендентальних суб'єктів» [5, с. 237]. Позаяк демократія як «форма політичного порядку» залежить від інституційних передумов, які не існують задля здійснення прав людини, право людини на демократію буде або релятивізувати критерії чинності прав людини, або розчиняти й розпилювати демократію.

Домінантне розуміння права і свободи спирається на ліберальну концепцію права як інструментального феномену стосовно особистих свобод. Право повинно захищати свободу й створювати для неї умови. Е.-В. Бьокенфьорде стверджує, що право має бути «спрямоване» на забезпечення свободи [6, с. 44]. Ця «спрямованість», однак, сама по собі необов'язково є результатом вільного рішення щодо права. «Право постає як необхідна форма свободи», але вплив свободи на правопорядок залишається вторинним стосовно захисту свободи. «Співвідношення свободи і права залишається за своєю природою лише зовнішнім» [6, с. 45]. Це не призводить до нехтування важливістю демократії для легітимації держави, попит на демократію є виключно об'єктивним принципом, а не особистим правом індивіда. Демократія, відтак, — це не право, а «організований процес прийняття рішень серед рівних суб'єктів як джерело легітимації всього

¹ «Проблема існує для інтернаціонального виміру, оскільки глобальна політика прав людини, яка відокремлює права людини від їх демократичного контексту, трансформує початкове, додержавне право захисту від монопольної влади держави в каталог завдань для глобальної владної монополії, тим самим перетворюючи охоронювану правом свободу у норми, що визначають повноваження» [4, с. 279].

позитивного права, у тому числі основних прав і прав людини» [5, с. 173]. Отже, об'єктивно задуманий демократичний процес буде *основою* прав людини і громадянських прав, а не навпаки.

Оскільки принцип свободи залишається поза законом і державою, закон має виключно інструментальну функцію щодо прав людини і демократії і є лише об'єктивним принципом, який накладає зовнішні обмеження на державу та її закони. Право саме по собі не вважається активною реалізацією свободи. Критика такого гатунку часто-густо спирається на історичні аргументи [7, с. 7]. «Дійсно, філософія і політична практика, здавалося б, переймаються негативними правами. Е. Тугендхат зауважує, що ліберальні права людини вперше набули свого розвитку в недемократичних державах¹. Цілком у дусі аристотелівської традиції [9, с. 217] Ш.-Л. Монтеск'є дотримується того, що свобода полягає у волі діяти відповідно до законів, а не в дозволі діяти як кому завгодно, у тому числі без права самовільно визначати самі закони². Революції XVIII ст. дійсно стверджували право народу визначати свої закони, утримуючись, однак, від закріплення особистого права на демократію, і концентрувалися на негативних ліберальних правах. Тільки пізніше права на суспільні блага та участь у їх розподілі були включені до переліку основоположних прав. У конституційній монархії, як принаймні в Німеччині, право голосу, пройшло довгий шлях, поки не було закріплене у повному обсязі і – в цих монархіях – ніколи безпосередньо не служило способом легітимації монархічної влади. Так само історичний аргумент у цілому теж не може вважатися безумовним аргументом проти особистого права на демократію. Проте в умовах демократії право – це не тільки зовнішня запорука свободи, воно по своїй суті є виразом свободи народу. Оскільки закон у демократичній державі є вираженням свободи народу, право людини на демократію може бути виправдане, якщо сама демократія була не тільки об'єктивним принципом, а й вираженням особистих свобод.

1.3. Деонтологічне обґрунтування прав людини: прагматичне чи аксіологічне обґрунтування демократії

Д. Гріффін заперечував право людини на демократію у зв'язку з тим, що права людини мають бути вираженням людської гідності, тоді як демократія повинна спрямовуватися на прагматичні цілі, такі як стабільність політичного процесу³. Беручи до уваги, що деонтологічне обґрунтування прав людини при-

¹ Е. Тугендхат стверджує, «що лібералізм має свій витік усередині автократичних порядків; існував лібералізм і без демократії, й існує ідея демократії без лібералізму. Але здається, що єдиний легітимний політичний порядок – це ліберальна демократія, адже тільки вона структурує політичну владу так, що індивіди, по-перше, разом стають носіями політичної влади, і по-друге, вона зберігає якийсь простір індивідуальності» [8, с. 52].

² «Фактично здається, що народ за демократії робить, що забажає. Але політична свобода полягає не в тому, щоб робити, що заманеться. У державі, що означає в суспільстві, в якому існує закон, свобода може полягати лише в тому, щоби робити те, чого можна бажати, і не бути примушеним робити те, чого бажати не можна» [10, с. 212].

³ «Права людини з'явилися, аби захистити те, що для нас уособлює людську гідність: життя, незалежність і свободу особистості. Демократичні інститути виникли у зв'язку з нашою потребою у процедурі прийняття колективних рішень – це процедура, яка є стабільною, добре управляє процесом трансляції влади, відповідає потребам суспільства, члени якого є

водить до дефінітивних тверджень, демократія може скластися лише як об'єктивний принцип державної організації.

Д. Гріффін припускає, що людська гідність як основа прав людини також повинна трактуватися як об'єктивна цінність, що виражає цінності життя, автономію і свободу особистості. Це припущення, однак, не є необхідним. Гідність людини теж можна розуміти як особисте право. Можна стверджувати, що зміст такого права є занадто розпливчастим. Це могло бути прийнятним на початку правового розвитку концепції людської гідності після Другої світової війни. Відтоді принцип людської гідності був включений у більшість конституцій і міжнародних декларацій — і насамперед у декларації про права людини — і був конкретизований конституційними судами, судами з прав людини та в теорії і філософії права. Можна також розуміти людську гідність як здатність людини бути самоціллю або як можливість діяти за власною волею. Це захищало би людей у ситуаціях, в яких вони не в змозі діяти вільно [12]. Цей принцип захищає суб'єктивність особистості в кантіанському сенсі і запобігає зведенню її до простого адресату (отримувача). Отже, люди не тільки захищені правами, а й мають змогу брати активну участь у створенні цих прав. У іншому випадку вони були б простими адресатами цих прав.

Я повернуся до цього аспекту пізніше. На цей момент достатньо визнання того, що людська гідність може розглядатися як суб'єктивне право і тим самим як фундамент для інших прав людини. Якщо людську гідність розуміти як його чи її самоцінність, вона може бути прийнятою не тільки як основа для негативних прав людини в *status negativus* Г. Єллінека, і як позитивне право в значенні права на публічну допомогу (*status positivus*), але частково і в *status activus*¹. Як стверджує Ф. Мюллер, «демократія є позитивним правом кожної людини» [14, с. 72]. Цей активний статус став би виразом усіх прав, які дозволяють людям брати участь у прийнятті рішень, що стосуються встановлення та інтерпретації їхніх прав. Крім права на участь у здійсненні демократії цей статус також буде основою для права в адміністративному судочинстві й розслідуваннях. Оскільки ми можемо розуміти концепцію людської гідності як таку, що дозволяє обґрунтувати право людини на демократію, і я не хочу вимагати більшого на цьому етапі, заперечення Д. Гріффіна можна вважати спростованими.

С. Бессон не вважає людську гідність на відміну від демократії такою, що становить об'єктивну цінність. «Не може бути права на цінності, а демократія є однією з таких цінностей» [15, с. 78]. З одного боку, це правда, що цінності й норми виключають один одного. З другого боку, не виключено, що права людини перетворюють цінності в норми. Так зване «об'єктивне вимірювання» основних прав тлумачить зміст норм права як об'єктивних цінностей, наприклад, свобода думки як головна цінність для суспільства. Утім, правильно і те, що

більш-менш рівними за своїми силами і можливостями, примиряє тих, хто програє від соціальних рішень, з основними структурами суспільства, і як правило, сприяє суспільному благу, як-от порядку, справедливості, безпеці й процвітання» [11, с. 249].

¹ «Права людини можна обґрунтувати лише за допомогою посилання на статус людини як мети самої себе, тобто особи, яка знаходить своє вираження у свободі, рівності та безцінності людини. Обґрунтування полягає в тому, щоби прийти від права до прав людини — і тим самим до права на демократію» [13, с. 124].

об'єктивна цінність може бути перетворена в норму і особисте право, якщо воно відповідає формальним критеріям для норми чи прав.

Беручи все це до уваги, я не бачу принципових заперечень проти особистого права людини на демократію, що випливали би з щойно наведених аргументів.

2. КОНЦЕПЦІЇ, ЩО ВІДСТОЮЮТЬ ПРАВО ЛЮДИНИ НА ДЕМОКРАТІЮ

Спростування окремих заперечень проти права людини на демократію не доводить і неодмінне його виправдання. Є приблизно три спроби, щоби його обґрунтувати: інструментальна концепція, теорія щодо спорідненості прав людини і демократії та припущення про внутрішній зв'язок людської гідності та демократії.

2.1. Інструментальна цінність права на демократію як права людини — ліберальна позиція

Деякі автори виправдовують право на демократію як інструментальне щодо прав людини¹: «Демократія служить реалізації прав людини, але права людини не служать реалізації демократії» [13, с. 113]. Це припущення — як і вищезгадані концепції — не виключає обґрунтування права людини на демократію, але вони виправдовують його тільки з тієї причини, що воно служить іншим правам людини. Дж. Мілль та Д. Ролз стверджують, що демократія захищає права людини краще, ніж будь-яка інша інституція [17, с. 36]. За допомогою демократії люди можуть краще контролювати порушення або утиски їхніх прав.

Дж. Ролз відкидає республіканську ідею, згідно з якою політична автономія займає центральне місце в концепції народного блага. На противагу Г. Арендт він стверджує, що люди в Афінах, можливо, і розглядали демократію як первинне явище. Але ж це не має стосунку до теперішніх ліберальних держав. Тим не менш, він не заходить настільки далеко, щоби стверджувати, що політичні права не належать до основних свобод. Він розглядає перші лише як інституційні засоби захисту інших основних свобод [17, с. 222]. Услід за Дж. Ролзом Ч. Байц припускає, що праву людини на демократію притаманний лише інструментальний зміст. Він не цілком відкидає ідею, що основні інтереси осіб могли би краще враховуватись при інших формах правління [18, с. 176]. Він посилається на емпіричні дослідження, котрі доводять, що добробут людей і успішність боротьби проти голоду в недемократичних державах були не гіршими, ніж у демократичних. Нехай так, але прийняття добробуту як вирішального критерію підіймає проблему патерналістських засобів для поліпшення цього добробуту. Крім того, ясно, що інтерес, який реалізується гірше, ніж у недемократичних правліннях, — це власне інтерес у свободі. Якщо громадяни користуються лише особистою свободою, вона може бути гарантована настільки повно, наскільки це можливо; проте їм бракує свободи політичної.

Як Е. Бьокенфьорде та інші, що підкреслюють соціальні та економічні передумови демократії, Ч. Байц теж стверджує, що ефективна демократія залежить від демократичної культури — хто ж буде це заперечувати, враховуючи досвід

¹ А. Бьокенен припускає, що право на демократію потрібне для здійснення інших прав людини [16].

Веймарської республіки і сьгоднішньої Арабської весни!¹ — та від мінімального соціального добробуту й освіти [18, с. 181]. Однак зазначене не можна вважати принциповим запереченням проти права людини на демократію: це навіть не аргумент для визнання інструментального характеру такого права; тут вказується лише на взаємозалежність трьох видів прав — негативних, позитивних і активних за Г. Єллінеком. Негативні права — право власності, право на працю і т. д. — також можуть мати соціальні передумови для їх ефективного використання, не перетворюючи їх на другорядні. Активні права можуть бути фундаментальними для вільної інтерпретації та встановлення обох видів прав. Усе це не вказує на другорядну роль інших прав при реалізації прав людини в цілому, але це демонструє, що всі три їх види можуть бути взаємозалежними і що стабільність може бути досягнута — ще одна релятивізація за Ч. Байцом [18, с. 178] — тільки тоді, коли ці три аспекти прав людини оптимізовані.

Спочатку А. Сен слідує Дж. Ролзу і Ч. Байцу у своїй оцінці інструментального характеру демократії. Він широко дослідив зв'язок голоду і форми правління та дійшов висновку, що в історії сильний голод ніколи не траплявся у демократичних державах з вільною пресою, бо вільна преса і вибори достатньою мірою контролюють можливі спроби несправедливого збагачення [19, с. 7]. Проте він виходить за межі концепції Дж. Ролза, припускаючи, що політична свобода є частиною свободи взагалі і невід'ємною частиною концепції хорошого життя людей (*good life*)². Додатковою функцією активних прав є надання особам можливості голосувати у громадських справах і слуханнях та можливості вчитися на своїх помилках. Ми повернемося до внутрішнього зв'язку негативного, позитивного і активного вимірів свободи пізніше.

2.2. Спорідненість прав людини і демократії

Ю. Габермас сперечається з тим, що права людини не є позитивними моральними правами, котрі патерналістським чином накладаються на громадян великодушною державою [20, с. 301; 21, с. 346]. Він запитує, які основоположні права вільні та рівноправні громадяни взаємно визнали би в раціональному дискурсі при створенні позитивного права [22, с. 175]. Передовсім це права, що необхідні для раціонального дискурсу у формі позитивного права: «Бажаний внутрішній зв'язок між правами людини і народним суверенітетом полягає в тому, що права людини інституціоналізують комунікативні умови для розумного політичного волевиявлення» [23, с. 160]. Правова форма сама по собі є передумовою для такого спілкування. За допомогою цієї форми суб'єкти права розглядаються як такі, що мають можливість набуття прав людини. З іншого боку,

¹ «Таким чином, хоча, можливо, в деякому ідеальному сенсі, демократичні інститути можуть бути краще обґрунтовані міркуваннями про їх вищу ефективність щодо інших, залишається незрозумілим, чи призведуть будь-які практично доступні курси політичних дій до успішних перетворень стосовно бідніших суспільств разом узятих» [18, с. 180].

² «...політична свобода є частиною людської свободи взагалі, а здійснення громадянських і політичних прав є важливою частиною хорошого життя людей як соціальних істот. Політична та соціальна участь мають справжню цінність для людського життя і добробуту. Бути усунутим від участі в політичному житті суспільства є одним із найтяжчих позбавлень» [19, с. 9].

«вони можуть забезпечити рівність у здійсненні їх приватної автономії, тільки якщо вони як громадяни належним чином використовують свою політичну автономію» [23, с. 161]. Правова форма також передбачає правосуб'єктність осіб у правовідносинах. У цій комунікації, однак, правова форма як і принцип дискурсу, є передумовами розробки процедурних прав людини. Масштаби і сфера ліберальних прав людини тоді залежать від критерію, що громадяни «на основі їх рівною мірою захищеної приватної автономії... є достатньо незалежними» [23, с. 161]. Конкретна дискурсивна легітимація є зовнішнім чинником правової форми. Зміст та обсяг прав людини визначаються вимогами дискурсу. Хоча Ю. Габермас бере до уваги потенційну проблему інструменталізації політичною автономією ліберальних прав людини, він не досягає збалансованих відносин між ними при формуванні позитивного права. Причиною цього є те, що форма права сама по собі не може бути обґрунтована за посередництвом принципів, що лежать в основі суверенітету народу та верховенства права. Так само, як передбачається форма позитивного права, розробка конкретних прав людини подається для обговорення, де розглядаються і негативні права¹. Система прав охороняє форми комунікацій, які необхідні для політично автономного застосування законів [25]. Тільки в цьому випадку суб'єктами права можуть бути водночас і його автори. С. Бенхабіб та І. Маус [21, с. 344] припустили, що особи є авторами своїх прав, тільки якщо вони самі можуть інтерпретувати свої правові претензії (*legal claims*) [24, с. 21].

Спорідненість за Ю. Габермасом означає, що ані права людини, ані демократія не мають пріоритету одне над одним. Це не означає, що вони мають спільне походження. Цей «внутрішній зв'язок» стосується їхніх однакових функцій щодо правової інституціоналізації дискурсивного принципу. Просто обидва явища є необхідними для його юридичного оформлення. Інструменталізація демократії для реалізації права людини на демократію в республіканській концепції перетворилася на їх взаємну інструменталізацію для правової інституціоналізації дискурсивного принципу. Аби уникнути цієї взаємної інструменталізації, слід вивести кожен з них із загальної цінності². Перед тим як повернутися до нашої власної концепції, дозволимо собі стисло розглянути інші погляди.

2.3. Внутрішній зв'язок прав людини і демократії

Лише декілька теорій намагаються довести припущення щодо внутрішнього зв'язку між демократією та правами людини, що базується на спільному походженні їх обґрунтування. Ці теорії обґрунтовують цей зв'язок загальною

¹ Ця небезпека від Ж.-Ж. Руссо може бути неминучою в концепції С. Бенхабіб, коли вона пише: «Права людини, як я буду доводити, наголошують на моральних принципах захисту комунікативної свободи індивідів. У той час коли такі моральні принципи відрізняються від юридичної специфікації прав зв'язок між правами людини, як моральними принципами та їх правовими формами все ж залишається необхідним, а не якимось випадковим» [24, с. 9].

² Розглядаючи кантівську інтерпретацію людської «гідності як рівної і солідарної свободи», Г. Білефельдт стверджує, що людська гідність і демократія як поняття охоплюють одна одну: демократія необхідна для визначення та розробки прав людини, знову ж таки, як і комунікативні права й права на об'єднання є передумовами для демократичного дискурсу [3, с. 107].

цінністю або загальним інтересом як основ для прав людини і демократії. Наприклад, Т. Франк — один із найперших захисників права людини на демократію в міжнародному праві — припускає, що право на демократію служило б усім людям, що «взяли на себе обов'язок щодо формування громадянського суспільства, в якому вони живуть і працюють» [1, с. 79].

Внутрішній зв'язок між правами людини і демократією вже був заявлений Ж.-Ж. Руссо. Загальна воля перетворює вихідну егоїстичну свободу людини в юридично упорядковану соціально-відповідальну свободу. Позаяк Ж.-Ж. Руссо не довіряє людській свободі, він боїться, що ми в якийсь момент повернемося до її егоїстичної форми. Унаслідок цього суспільний договір не лише перетворює людину в суб'єкта права, а й, більше того, пристосовує її морально-етичні якості і пов'язує їх із загальними бажаннями завдяки політичній вірі. Ця позиція насправді викликає переживання у критиків права людини на демократію: демократія в Ж.-Ж. Руссо просто вибирає негативні права людини¹. Інтерпретуючи усі права у перспективі політичних прав, Ж.-Ж. Руссо губить силу, що стоїть за цими правами. Це було й залишається однією з функцій негативних прав — гарантувати кожному індивіду залишатися приватною моральною особою у рамках, обмежених правом, і навіть більше, це положення може бути рушійною силою для його приватних і політичних дій.

І. Кант утримується від такого висновку. Його концепція права може надати доводи для обґрунтування права на демократію. Як добре відомо, він інтерпретує право як форму зовнішньої свободи. На відміну від Ж.-Ж. Руссо, внутрішня свобода морального вдосконалення у І. Канта залишається за індивідом, що зв'язаний категоричним імперативом. Обмеження зовнішньої свободи лише служить захистом можливості індивідів для їх морального вдосконалення. Він погоджується з Ж.-Ж. Руссо в тому, що обмеження свобод не має залишатися на свавільний розсуд правителя і розширює поняття права — знову ж таки на основі ідеї свободи — до вимоги, що обмеження негативної свободи кожного громадянина має бути зумовлене лише «загальним законом свободи». Зокрема, вимога до правителя установлювати закони тільки якщо усі громадяни згодні з ними, залишається регулятивною ідеєю, так само як і суспільний договір в його теорії — лише умова можливості розумного тлумачення держави, а не документ, що був підписаний у дійсності. Хоча заперечення будь-якої патерналістської дії держави стосовно індивіда та людей не веде до обґрунтування демократії, воно призводить до обмеження суспільних цілей. Патерналізм мав би місце, якщо би держава не лише піклувалася про зовнішню безпеку, а й захищала внутрішнє щастя («*Glückseligkeit*»)². Як «регулятивна

¹ «Будь-який шлях, що веде до досягнення цієї мети (відтворення свободи і рівності природного стану, втраченого в недосконалому світі) як єдино логічно мислимий і дійсний у правовому сенсі — наділення суспільного договору змістом абсолютного відчуження всякого індивідуального права на суверенну спільність. А тому, незважаючи на всі індивідуалістичні вихідні й кінцеві пункти, виявляється безмежна деспотія, що видає себе у всякій волі більшості суверена, проти якого Руссо в змові врятувати лише низка непослідовностей і софізмів, що втілюють непорушні природні права людини» [26].

² «Правління (*Regierung*), засноване на принципі благовоління народу як благовоління батька своїм дітям, інакше кажучи, правління батьківське (*imperium paternale*), при якому піддані, як неповнолітні, не в змозі розрізнити, що для них дійсно корисно або шкідливо, і

ідея» демократія є об'єктивним принципом, а не особистим правом і не втілюється в позитивне право¹. І. Кант навіть не намагається розгорнути висновок з його конструкції свободи і оформити концепцію демократії як право людини, адже він визнає фінансову та правову незалежність громадян як передумову до їх участі у громадських справах.

Завдання полягає в тому, аби поєднати здобутки Ж.-Ж. Руссо та І. Канта і перетворити особисту свободу у право в такий спосіб, щоби залишити людині простір для індивідуальної свободи як негативного права і водночас включити усіх людей до процесу створення необхідних для цього публічних законів. До цього завдання звернувся Г. В. Ф. Гегель. За ним свобода — це «буття у себе самого» («*Bei-sich-selbst-Sein*») [28, с. 23]. Це «буття» не просто звичайний факт, воно створюється собою в собі, а відтворюється і розвивається за посередництвом різних форм взаємного визнання. У цій концепції самозвільнення (*Selbstbefreiung*) Г. В. Ф. Гегель об'єднує негативну і позитивну свободу². У той же час він розширює поняття свободи від свободи дій до стану бути вільним. Ретельно розроблені в його «Філософії права», основані на діалектичному понятті свободи, і буржуа, і громадянин знаходять собі місце у правовому суспільстві — буржуа захищає його негативна свобода у громадянському суспільстві, де він може жити відповідно до своїх індивідуальних потреб і розкривати власні можливості³, тоді як громадянин у політичній державі реалізує свою активну свободу на працю, сприяючи втіленню суспільних інтересів. Це не призводить ані до дуалізму свобод, ані до повної приватизації буржуа і соціалізації громадянина у кожній персоні і насамкінець — що часто-густо неправильно розуміють — до розділення громадянського суспільства та публічної сфери держави. Особа не обмежена її приватними інтересами, але бажає закріпити частку публічного прибутку за свою особисту працю⁴. Таким чином, державні установи під впливом свободи у сфері громадянського суспільства допускають, що в їх основі лежать конкретні інтереси, і упорядковують їх. Водночас вони працюють на благо суспільства.

змушені вести себе тільки пасивно, щоб вирішення питання про те, як вони повинні бути щасливі, очікувати від однієї лише думки глави держави, а щоб він і побажав цього — очікувати від однієї лише його доброти, — таке правління є найбільший деспотизм, який тільки можна собі уявити (такий устрій, при якому знищується всяка свобода підданих, що не мають в такому випадку жодних прав)» [27, с. 145].

¹ Ф. Мікельман звертається до демократії як до регулятивної ідеї [29, с. 65].

² «Увесь розвиток поняття духу являє собою звільнення духу від усіляких понять, що не відповідають формам його буття. Звільнення, яке відбувається за допомогою того, що ці форми перетворюються в поняття духу, цілком домірні дійсності» [30, с. 26].

³ «Французи проводять різницю між буржуа (*bourgeois*) і громадянином (*citoyen*), перший є відношенням індивіда в суспільстві стосовно задоволення його потреб; так що немає ніякого політичного зв'язку, який вперше має громадянин. Тут ми розглядаємо індивіда лише як буржуа, а ...громадянин є приватною особою, співіснує як член спільноти, яка має своєю метою щось особливе, і наскільки подібне існування обмежене подібною метою, громадянин це буржуа; громадянин як політичний учасник держави як політичної держави. У громадянському суспільстві мета є приватною метою» [28, с. 472, до пар. 182].

⁴ К. Льовіт пише: «Як приватна особа на відміну від публічної спільноти, така людина сама є лише привативним різновидом людського буття» [31, с. 389].

Ці установи — юридичні особи і суди. Це перші форми осіб, що діють у публічній сфері¹. Хоча ці організації отримують підтримку від осіб, вони реалізують деякі аспекти загальних політичних інститутів. У конституційній державі часів Г. В. Ф. Гегеля робота на спільні інтереси держави все ще була заснована на монархічному суверенітеті. Однак Г. В. Ф. Гегель не визнає інтересу осіб брати участь у формуванні загальних інтересів як виразу інституту публічної свободи. Г. В. Ф. Гегель визнає право кожної людини на її особисту свободу і основує державу на принципі верховенства права і свободі. Він також визнає, що позитивна свобода може бути реалізована у формі об'єднань і в інших соціальних інститутах. Відповідно він включає у свою теорію і активну свободу. Це, утім, не змушує його включити демократичну форму правління у свою структуру суспільства і держави. Він віддає ці питання на розсуд корпоративного механізму, який перетворює, зокрема, багатство суспільних сил на певні аспекти загального блага. На рівні загальних законів захист індивідуальної свободи не вимагає участі всіх громадян у прийнятті рішення щодо захисту. Через це вони не можуть скористатися своєю позитивною свободою. Його досягнення, що полягає в об'єднанні правової інституціоналізації особистих негативних і позитивних свобод, не призводить до інституціоналізації позитивних і активних свобод у участі у прийнятті загальних політичних рішень.

Отже, залишається відкритим питання про те, чи поняття свободи у своєму потрійному аспекті (негативному, позитивному і активному) може служити єдиним принципом для обґрунтування підстави права людини на демократію.

3. ФОРМА ПРАВА ЯК ФОРМА СВОБОДИ

3.1. Поняття права

У частинах моєї статті, що залишилися, я буду детально розробляти означене питання. Перш за все я займатимуся реконструкцією форми права, заснованої на цих аспектах свободи. Потім я покажу, як право людини на демократію завершує реалізацію потенціалу свободи, втіленого у формі сучасного права.

Позитивне право часто вважається фактом, чинність якого ще має бути обґрунтована за посередництвом інших принципів, як-от природного права чи демократії. Я ж, навпаки, буду відстоювати ту позицію, що сучасне поняття права вже є обґрунтованим. Це обґрунтування засноване на формах свободи, котрі відображені у праві. Щоби було одразу зрозуміло, це не означає, що будь-який правовий порядок десь у світі є виправданим заздалегідь. Очевидно, що є несправедливі правові порядки. Ці правові порядки не використовують потен-

¹ «Люди, як вони самі кажуть, є егоїстами, по-друге, вони бажають бути діяльними відносно суспільства, не редукуватися до буржуа, вони бажають також здійснювати це Загальне за допомогою своїх поглядів, своєї волі. Подібне поле діяльності для загальності, яка має духовний характер, яка не просто наказана, яка відбувається з власного погляду, власної волі, дана громадянам держави загалом, у корпорації... Існує складність, як із подібного по праву увійти під загальність, окреслити це поле, а це відбувається у сфері корпорації. Корпорація найближчим чином має те саме призначення, мету, як і поліція, а саме особливий інтерес, який, однак, не є, як у поліції, предметом упорядкованої ззовні діяльності, але предметом діяльності, бажаної суспільством, так що сам індивід є учасником цієї діяльності. Корпорація є з'єднанням між сім'єю та державою в духовному сенсі» [28, с. 620].

ціал поняття права і перекладають виправдання чи критику їх недосконалого права на інші нормативні системи, як-от, скажімо, мораль.

Сучасне право можна розуміти як систему норм¹. Норма є правом, якщо її прийняття і виконання засноване на інших нормах. Норми — це речення, що містять зобов'язання. Їхньою метою є регулювання людської поведінки методом уповноваження, заборон чи дозволів. Норми стають позитивними після набуття ними сили. Це прийняття автоматично порушує питання про те, чи є певна норма правовою, чи актом свавілля. Довільний наказ може містити норму. Від правової її відрізняє те, що правова норма приймається відповідно до встановленої процедури. Зазначена процедура прийняття норм знову ж таки регулюється відповідними нормами про прийняття законодавства, процедурними нормами для судів і адміністрацій та положеннями договірного права. Конституції, закони, нормативні акти, міжнародні та приватні договори в цьому сенсі є видами правових норм. Відповідно, встановлення норми є необхідною умовою її позитивності. Однак це не може вважатися достатньою умовою для її правової форми. Для того, щоби стати правом, необхідно, аби відповідні норми були прийняті згідно зі спеціально встановленою процедурою.

Деякі автори вважають, що застосування норм чи загальна ефективність правового порядку є необхідними умовами права. Насправді ж багато правових норм можна відрізнити від моральних чи звичаєвих норм за їх застосуванням. З одного боку, це несправедливо для всіх правових норм, а з другого боку, є й інші соціальні норми, які можуть супроводжуватися санкціями за їх порушення. Багато норм міжнародного права не можуть бути приведені у виконання органами державної влади. Суперечки про гуманітарні інтервенції показують, що питання про те, як слід реагувати на порушення прав людини та які санкції повинні бути застосовані, залежить від вибору між альтернативними формами для забезпечення їх ефективності [33]. Неввічлива й образлива поведінка в розмові як порушення звичайних правил може призвести до припинення розмови як санкції за цю образу. Якщо інші норми і конвенції також можуть бути приведені у виконання, і якщо різні форми виконання можливі, то приведення у дію саме по собі не є відмінною ознакою права. Просте застосування сили, як-от тортури, жорстоке покарання, війна тощо, відрізняється від застосування права тим, що останнє організоване завдяки юридичним процедурам, що спираються на інші норми, й ними обмежені — нормами правозастосування. Відповідно сам факт наявності процедури приведення норм у виконання не робить ці норми правовими; такими їх робить те, що застосування тут здійснюється за врегульованою іншими нормами процедурою. Отже, необхідні й достатні умови для того, щоби норма вважалася правовою, полягають у нормативному врегулюванні процедури щодо їх прийняття і застосування.

У зв'язку з нормативною організацією прийняття і застосування норм, право це не проста формальність, адже воно спрямоване на оцінку і регулювання можливих дій задля свого виникнення й реалізації. Право, таким чином, може включати критерії власної чинності і не потребує перенесення їх в інші нормативні системи, тим самим порушуючи дихотомію фактичності й нормативності.

¹ Детальніше див.: [32].

Правові настанови самі по собі конкретизують загальне поняття права і встановлюють критерії для чинності своїх норм. Отже, чинність права (*legal validity*) означає відповідність правової норми системі конкретного правового порядку. Щоб спростувати можливі заперечення, слід підкреслити, що це поняття чинності права нічого не говорить про його моральну або соціальну справедливість.

Право як нормативна система спрямоване на контроль за поведінкою. На відміну від сили або підсвідомого контролю, норми спрямовані на вільні дії. Вони припускають, що адресат норми здатен діяти альтернативними способами і визначати один із можливих варіантів, що більш прийнятний для нього, і відкидати інші. Вони також уможливають свободу, даючи правові можливості для дій. Рефлексивна структура права передбачає можливість того, що правові норми є виразом свободи, але не актуалізацією цієї можливості.

Ці нормативні системи повинні вирішити зміст правових зобов'язань (уповноваження, заборони, дозволи) і легітимацію цих зобов'язань. У моралі регуляцію поведінки слід розуміти як самозобов'язання, бо тут не йдеться про жоден зовнішній примус, з метою вплинути на моральну свідомість. Моральні норми повинні бути прийняті особою для того, щоб мати практичну значимість для його дії. Це є основою для автономії особи, котра розуміється як здатність діяти відповідно до встановлених собою законів. Тільки право може забезпечити виконання норм проти волі свого адресата. Якщо право лише переслідує будь-які порушення норм, не даючи жодної можливості впливу на себе з боку свого адресата, тоді поведінка останнього піддається гетерономному регулюванню. Ця базова модель (модель безпеки) права забезпечує виконання своїх наказів, але передоручає їх легітимацію іншим нормативним і соціальним системам. Відповідна норма може бути легітимною, але ця легітимація пов'язана принаймні з екстраправовими чинниками, як-от: влада правителя, моральне виправдання їх змісту або позитивні наслідки норми для загального блага тощо. Адресат зобов'язання цих норм позбавлений можливості впливу, проте він має повагу до моральних норм. Порівнюючи з моральною нормою, людина може вирішувати, буде чи ні вона приймати означену норму для регулювання своєї дії¹. Тепер право стає складнішим, бо фізична особа одержує можливість вирішувати підставність зобов'язань. Договірні зобов'язання є законними, якщо сторони договору діють згідно з власною волею. Загальнообов'язкові правила в цьому сенсі є легітимними, якщо вони є вираженням волі адресатів цих норм (модель автономії).

Як і модель безпеки, модель автономії стосується саме права, а не якогось іншого порядку. Вони відрізняються застосуванням концептуального потенціалу права. Ці дві моделі уособлюють відповідно два різних варіанти конкретизації поняття права стосовно легітимації його норм. Згідно з моделлю автономії, правопорядок, долучаючи особу на кожному етапі прийняття і застосування його норм, є більш диференційованим, ніж система в моделі безпеки. Автократи, котрі схвалюють застосування сили при виконанні певних процедур, але захи-

¹ «Злочин тирана був не просто порушенням фіксованих прав і законів, але відстороненням підданих від публічної галузі в приватну сферу домашнього господарства, вимога, щоб всякий крім себе самого дбав лише про свої приватні справи, а турботу про загальне благо мав надати виключно тирану і призначеним ним чиновникам» [34, с. 167].

щають лише ті норми, які служать тільки їх власним інтересам, таким чином, надмірно спрощують ситуацію, бо перекладають проблеми обґрунтування норм і правосуддя на інші норми і соціальні системи.

3.2. Правова форма та свобода

Якщо норми спрямовані на свободу, бо регулюють вибір між альтернативними діями, і якщо право само робить цей вибір між регулятивними та охоронними альтернативами цих норм, тоді свобода є одним з основних питань правового регулювання.

Нині свободу розуміють як самовизначення [6, с. 42; 35]. У негативному сенсі свобода означає незалежність себе від влади і підкорення. Позитивне значення свободи полягає у здатності самостійно визначати мотиви свого діяння. Цей аспект також називають «автономією». Людина вільна у своєму мисленні, якщо її поняття та концепції не виникають в її свідомості як догми чи прості асоціації, але є результатами власної діяльності і тим самим зроблені свідомо. Особа вільна у своїх діях, якщо вона сама визначає свої мотиви для них, тобто якщо ті автономні і не походять із будь-якого владного джерела. Таким чином, свобода не є атрибутом, а властивістю людини, що полягає у створенні себе й перетворенні зовнішніх фактів у власний вимір. Людина вільна тоді, коли сама для себе не є чимось об'єктивно даним, але якщо створюється собою на основі автономного вибору між різними мотивами.

Я вважаю, що правова свобода — це можливість для людини визначати свої власні дії, не передаючи це право на розсуд нікому іншому. Ця свобода максимально забезпечена тоді, коли правові норми забезпечують права особистості. Особисте право — це норма, яка накладає зобов'язання на контрагента цього права і надає суб'єкту право претендувати на виконання цього зобов'язання [36, нотатка на полях 2; 37]. Суб'єкта права не можна розуміти як людину в натуралістичному смислі. Присвоєння індивідуального права скоріш перетворює людину на суб'єкта права, носія права і суб'єкта пред'явлення вимог. Право перетворює природне людське буття в суб'єкта права завдяки особистим правам, які воно надає особі. Так само, як особистість є результатом його автономії людини, суб'єкт права є результатом приписування прав. Окрема особа формує себе як вільна за допомогою моралі, визнається і закріплюється у своїй соціальній ідентичності через автономію людей. Відповідно, тільки через присвоєння прав людина стає суб'єктом права.

Г. Арендт з цієї причини шкодує за жорстоку несправедливість, коли вона говорить, що доти, поки держави є одержувачами зобов'язань у галузі прав людини, втрата громадянства призводить до втрати суб'єктивності прав людини [38]. Держава може позбутися своїх зобов'язань щодо прав людини, позбавивши осіб громадянства. У результаті звірств тоталітарних режимів ХХ ст. людина може бути виключена з-під дії права в цілому, стаючи безправною, менш захищеною ніж найгірший злочинець, який досі визнається суб'єктом права. Це причина, чому вона обґрунтовує необхідність «права мати права», точніше, права визнаватися суб'єктом права. Від цього права держава не може втекти, бо її призначення полягає саме в тому, щоби захищати людину від цього позбавлення. Вона гарантує людині право не розглядатися лише як об'єкт стосовно влади.

Гарантуючи це право (див. ст. 6 Загальної декларації прав людини)¹, міжнародне право виконує вимоги, які вже І. Кант вивів із людської гідності. Право визнаватися суб'єктом права є основою всіх подальших прав. Усі наступні права людини, які їй приписують, більш конкретно відтворюють людину як суб'єкта права. Являючи собою можливість висловити свою свободу через право, вони зміцнюють свободу людини. Таким чином, не тільки правова форма є вираженням свободи, а й особисті права і суб'єкт права. Якщо особа використовує ці свободи, вона реалізує потенціали свободи, які містяться в сучасному понятті права. На відміну від концепції Ю. Габермаса, викладене свідчить про те, що свобода вже міститься у правовій формі.

Якщо людині приписують будь-яке право, то ця людина користується свободою у негативному сенсі, тому що вона може запобігти незаконному порушенню її свободи. Людина також користується свободою у позитивному сенсі цього слова, оскільки в межах вільного простору, що гарантується правом, вона може автономно визначити власні дії. Якщо закони припинять конкретизувати потенціали осіб на цьому етапі, свобода буде реалізована тільки в моделі безпеки: людина буде вільна щодо захисту, наданого правом, але не стосовно його створення, обґрунтування та інтерпретації. За словами Г. Єллінека, *status subiectionis*, *status negativus* і *status positivus* захищені [39]. У цій моделі право дійсно має тільки інструментальну функцію стосовно захисту свободи². Водночас позитивна свобода осіб обмежена, тому що ті не залучені до створення своїх прав.

При укладенні договору позитивна свобода гарантується приватною автономією сторін. Взаємні права та обов'язки є вираженням автономії договірних сторін. Яким чином індивідуальні права і обов'язки стосовно державної влади мають перебудуватися на засадах автономії? Якщо би їх прийняття залишалось в моделі безпеки, вони не були би вираженням позитивної свободи суб'єктів цих прав³. Права надавалися б у патерналістський спосіб за користь людини, але без її згоди⁴. Зобов'язання були би гетерономними. Обґрунтування цих прав і обов'язків впливало б із соціальних наслідків і моральних цінностей, але не з правових підстав. Реалізація прав людини в такій моделі можлива, але стосовно індивідуальної автономії є недостатньою. Ф. Мікельман був правий, коли припускав, що демократія не є необхідною умовою права людини [29, с. 53]. З огляду на те, що суб'єкти прав і обов'язків не можуть брати участі у створенні своїх прав, активний бік їх автономії не забезпечено, а правова форма позбавлена офіційної легітимації. За словами Р. Алексі: «Якщо би ми обмежили права людини на особисту автономію, то отримали б самовизначення в рамках цілковито гетерономних законів. Це суперечить ідеї автономії» [40, с. 261]. Позитивна

¹ Стаття 6 Загальної декларації прав людини звучить так: «Кожна людина, де б вона не перебувала, має право на визнання її правосуб'єктності».

² Декларації про права людини «виникли в основному з прагнення до звільнення від надвлади держави і порушень свобод, що охороняються правом. Але все ж видно, що між правом і свободою існує необхідний понятійний взаємозв'язок: свобода для того, щоби забезпечувати стабільність і безпеку, має бути сформульована і визнана як право» [6, с. 42].

³ Що стосується концепції прав людини, вони неподільні [40, с. 261], проте конституціоналізм ХІХ ст. довів, що реалізація цих двох аспектів автономії може розійтись.

⁴ Про поняття патерналізму як сприяння особі поза її волею див.: [41].

свобода особистості є забезпеченою, тільки якщо вона може взяти участь у створенні особистих прав та обов'язків¹. Бути юридично чи фактично відстороненим від створення й інтерпретації прав і обов'язків, котрі стосуються особи, означає перетворити останню на об'єкт права². Отже, для реалізації позитивних свобод обговорення, прийняття рішення та інтерпретації права людини повинні бути організовані в публічному дискурсі, що відкритий для участі усіх суб'єктів цих прав та обов'язків [3, с. 107].

Без негативних прав людини право є внутрішньо суперечливим, адже воно має бути необхідно спрямоване на свободу. Без активних прав людини в *status activus*, перелік прав людини є неповним. Ті й інші права є необхідними й достатніми умовами для відновлення права на основі свободи. Активний статус політичної автономії як основа права на демократію доповнює правовий статус.

3.3. Деякі висновки

Обґрунтування права на демократію на основі забезпеченої правом свободи дає нам змогу зрозуміти демократію лише як один з аспектів більш широкого права на участь у громадському житті, що не обмежується демократичними виборами — протилежне перетворює поняття права в ілюзію з трагічними наслідками для демократії³. Публічна автономія шляхом використання права на участь реалізується щоразу, коли індивід активно залучений до прийняття норм у найширшому сенсі цього слова — до формування конституції, законодавства або прийняття адміністративних законів. Особи можуть використовувати своє право на участь у приватних об'єднаннях, що займаються громадськими інтересами, як-от неурядові організації, у самоврядуванні, в громадській сфері або брати участь у виборах та інших формах безпосередньої демократії.

Приватна та публічна автономії забезпечені правом, що необхідно у зв'язку з можливою зацікавленістю у відступі від їх інтересу. З цього випливає, що форми участі можуть відрізнятися залежно від характеру інтересів, яких вони стосуються. Ці форми неоднакові, скажімо, у договорах, де приватна автономія має вирішальний вплив на його укладення, у громадських об'єднаннях і неурядових організаціях, де може мати місце асиметричний вплив залежно від рівня участі й зацікавленості, та в законодавстві, яке стосується всіх людей, де форми мають бути строго рівними⁴. Вплив неурядових організацій на органи державної влади необов'язково

¹ «Вільний той, хто нікому не підпорядковується як такий; це другий світоісторичний нюанс ідеї свободи у новій історії поряд із появою лібералізму демократичної свободи думки» [42, с. 53].

² Таким чином, як виключення людей із суспільства є політичною проблемою, виключення з активної участі у формуванні прав і обов'язків людини є юридичною проблемою, точніше, утиском її гідності [43, с. 73, 77].

³ Р. Буркіл слушно наголошує, що «міжнародне право у питаннях демократії займається лише виборами, що недостатньо. Вибори займають центральне місце у демократичному процесі. Вони є засобом, за допомогою якого люди і суспільства можуть висловлювати свою думку. Обмежуючи демократію процедурою, розуміння того, що таке демократія та чим вона має бути, стає обмеженим... Міжнародне право в питаннях демократії, що розвивається з урахуванням потреб та інтересів осіб, має побачити необхідність дивитися поза вибори, для того, аби впевнитись, що демократія в її наявному стані є ефективною, а не ілюзорною» [44, с. 134].

⁴ У цьому конкретному питанні слід погодитись із Р. Дворкіним, що демократія походить від свободи: «Друге право — це право на ставлення як до рівного. Це право не означає рівний

пов'язаний із демократичною участю їх членів у прийнятті рішень їхніми організаціями. Однак неурядові організації, які не мають демократичної внутрішньої структури, не виражають автономії їх членів. Таким чином, вони можуть сприяти лише експертними знаннями на легітимацію результатів роботи державної влади, але не на початкову легітимацію за посередництвом свободи [46].

Конкретний правопорядок, який не тільки захистить і певним чином обмежить свободу, але в якому прийняття норм організоване таким чином, що індивід бере в ньому участь, вибудовує усю структуру права на фундаменті свободи. Отже, свобода є не просто захищеною і обмеженою цінністю, але й захист та обмеження самі по собі є виразом свободи. Я визначив право як норму, прийняття і виконання якої регулюються іншими нормами. Якщо правопорядок конкретизує поняття права таким чином, що прийняття і обґрунтування норм є вираженнями вільного самовизначення (виконання його норм є виразом поваги до свободи особи, і якщо цей порядок обмежує свободу громадян справедливим способом, уможливаючи таким чином саму свободу, тоді як індивід не в змозі зробити це самотужки), то такий правопорядок реалізує потенціал свободи, який міститься в понятті сучасного права. Оскільки правова форма сама по собі не представляється як зовнішня щодо свободи, але походить від поняття свободи, вона не потребує подальшої легітимації. Суть цього порядку — норма — необхідно спрямована на свободу, щоби вибрати між бажаними і небажаними мотивами дій. Рефлексивна структура права не тільки організовує цю свободу, а й свободу вибору між альтернативними нормами і альтернативними способами забезпечення дотримання норм.

Г. Арендт справедливо наголошує на тому, що при активізації формування суспільства його народом збільшується чутливість до гетерономного визначення його ролі¹. Якщо правопорядок вкрай мало використовує потенціал свободи в своєму понятті права (коли, наприклад, самодержавний правитель впроваджує несправедливі норми), свобода суб'єктів повинна знайти спосіб виразити себе поза правом. Це послабить його. Однак, якщо в моделі автономії прийняття і виконання норм організовані таким чином, що люди можуть обговорити та прийняти рішення про їхні права та обов'язки і можуть якомога повніше реалізувати свою свободу у розгляді та виконанні таких норм, то цей правовий порядок реалізує потенціали поняття сучасного права і зміцнює його структуру².

розподіл благ або шансів, але це право бути поміченим, врахованим у політичному рішенні про те, як розподілити ці блага і шанси... Я пропоную, щоби право обходитися як із рівним, розглядалося як основоположне в ліберальній концепції рівності, і щоби жорстке обмеження права на однакове поводження... було доступним лише в певних обставинах... » [45, с. 440].

¹ «Чим вищий розвиток цивілізації, тим повніше створений нею світ стає людською батьківщиною, тим більше люди в цьому штучному утворенні відчують себе як вдома, тим більш чуйними вони стають до всього, що вони не створюють, до всього, що містичним чином їм просто дано» [38, с. 764].

² Це відомо вже Арістотелю, хоча для нього демократія була на той час неправдоподібною: «Передумовою демократичного устрою є свобода. Існує думка, що громадянин при такому устрої просто насолоджується свободою; так що можна сказати, всяка демократія вважає себе метою. Але другий (принцип демократії) полягає в тому, що всякий живе в республіці як забажає; таким повинна належати свобода, бо інакше це характеристика раба, що він живе, як він не бажає» [9, с. 217].

Звісно, може трапитись непроста ситуація, що спричинить тимчасову нестабільність, однак люди, відповідальні за ці часом обтяжливі соціальні експерименти, можуть повчитися на цьому й добровільно змінити своє становище — тим самим реалізуючи свою свободу. Право як порядок свободи і для свободи навіть передбачає прийняття рішення щодо того, скільки свободи має надаватися правом або іншими соціальними системами. Таким чином, це не природний стан речей, а постійне будівництво і реконструкція, зумовлені свободою її суб'єктів¹.

Негативна свобода і позитивна свобода як самовизначення та визначення цієї «самості» виражаються в індивідуальних правах у вигляді *status negativus*, *status positivus* і *status activus* [47, с. 16]. Їх єдність, виражена в рефлексивній формі права, є основою для зв'язку прав людини та демократії. Критика права на демократію може бути відхилена, тому що права людини не є зовнішніми стосовно права, його організації в державі та його демократичної легітимації. Демократія, як і право, може бути відтворена як вираження свободи. Оскільки право як порядок норм, прийняття і виконання яких регулюється іншими нормами, передбачає свободу, захищає її і може бути її ж вираженням, воно є не просто засобом, але порядком свободи. У розвиненому правовому порядку права, які захищають і дозволяють свободу, самі є продуктами свободи. Тоді демократія не тільки обслуговує права людини, а останні є не просто передумовами демократії. Ця взаємна інструменталізація прав людини і демократії вирішується, якщо ми виведемо обидва явища зі свободи.

Право людини на демократію є правом брати участь у процедурах обговорення, прийняття рішень та інтерпретації загальних прав і обов'язків. У рефлексивній структурі право не надається людям патерналістським чином через правопорядок, як правильно заявляє Ф. Мікельман²; це означало б надання права на демократію з одночасним його утриманням. Реалізація права на демократію відбувається вже у самій основі правопорядку — незалежно від того, чи таке право гарантоване на національному, чи наднаціональному, чи міжнародному рівнях та від того, чи воно втілене у явній формі, чи є інтегральним принципом для кількох прав, що стосуються різних аспектів демократії.

Таким чином, право людини на демократію є наріжним каменем конкретизації потенціалу свободи в понятті права. Це право не протиставляється правовій формі, воно реалізує її. Юридична свобода реалізується в рефлексивній структурі права тільки тоді, якщо прийняття теж є вираженням волі. Як наріжний камінь піраміди є її частиною, демократія — це не просто доповнення до правової форми, а її завершення. Правові свободи реалізуються у рефлексивній структурі права тільки тоді, коли прийняття норми, включаючи право людини на саму демократію, є наслідками дії свободи. Не тільки революційні конституції та декларації XVIII ст., а й багато конституцій відтоді заклали цей камінь у мури своїх правових порядків. У деяких випадках цей камінь ще тремтить і повністю не вписується в загальну конструкцію, в інших він третється об інший

¹ Про класифікацію прав людини на означені категорії див.: [12, с. 122].

² «Думка про те, що права, які особа сама активно не використовує і не інтерпретує, при погляді на цю особу не є власне “правами”, але, швидше, актами шляхетності з боку інших суб'єктів дії» [48, с. 56].

камінь, як-от верховенство права. Однак там, де це право ще не повністю реалізоване в правовій системі, як і в міжнародних та наднаціональних правових системах, поняття права саме є доглядачем місця для права на демократію. Там, де право людини на демократію насправді реалізоване, воно може породити дискурс, що здатний стежити за недоліками власних перетворень права, давати раду тимчасовій нестабільності й учитися на своїх помилках. Право на демократію є також правом на участь у переформулюванні й переосмисленні прав людини [49, с. 323]. Таким чином, право людини на демократію — не могильний камінь, а саме наріжний, іншими словами, свого роду жорна (*mill-stone*), що уможливорює постійне втілення нових прав у законах під наглядом раціонального процесу, врегульованого правом.

Рушіями для цього наріжного каменя є всі люди, вони — каменярі демократії, котрі мають здатність бути такими, якими вони хочуть бути¹ і вести себе відповідно до сформованого собою порядку²: народ є деміургом своєї правової ідентичності.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Franck T. M.* The Emerging Right to Democratic Governance. In: *American Journal of International Law* 86 (1992). — P. 46 і наступні.
2. *Резолюція 55/2* Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй від 8 вересня 2000, I, 6.
3. *Bielefeldt, Heiner.* Philosophie der Menschenrechte. Grundlage eines weltweiten Freiheitsethos. Darmstadt 1998. — 240 S.
4. *Maus, Ingeborg.* Menschenrechte als Ermächtigungsnormen internationaler Politik oder: der zerstörte Zusammenhang von Menschenrechten und Demokratie, in: Hauke Brunkhorst, Wolfgang R. Köhler, Matthias Lutz-Bachmann (Hg.), *Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*, Frankfurt am Main 1999. — S. 276–292.
5. *Böckenförde, Ernst-Wolfgang.* Ist Demokratie eine notwendige Forderung der Menschenrechte? In: *Philosophie der Menschenrechte.* Hrsg. v. Gosepath, Stefan; Lohmann, Georg. Frankfurt/Main 1991. — S. 233–243.
6. *Böckenförde, Ernst-Wolfgang/Enders, Christoph.* Freiheit und Recht. Freiheit und Staat. In: *ders.: Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte.* Frankfurt/Main 1991. — S. 209–234.
7. *Hofmann, Hasso.* Menschenrechte und Demokratie. Oder: Was man von Chrysipp lernen kann. In: *Juristenzeitung* 2001. — S. 1–8.
8. *Tugendhat, Ernst.* Die Kontroverse um die Menschenrechte. In: *Philosophie der Menschenrechte.* Hrsg. v. Gosepath, Stefan; Lohmann, Georg. Frankfurt/Main 1998. — S. 48–61.
9. *Aristoteles:* Politik. Übersetzt und mit erklärenden Anmerkungen versehen von Eugen Rolfes. Mit einer Einleitung von Günther Bien. 4. Aufl. Hamburg 1981. — 365 S.
10. *Montesquieu, Charles Louis de Secondat de:* Vom Geist der Gesetze. Tübingen 1992. — 442 S.
11. *Griffin, James.* On Human Rights. Oxford 2011. — 340 p.

¹ «Я не зробив тебе ні небесним, ні земним, ні смертним, ні безсмертним, щоб ти сам, вільний і славний майстер, сформував себе в образі, якому ти віддаси перевагу» [50, с. 225].

² На основі цієї здатності всі люди стали королівськими політиками — «πολιτικοί βασιλικοί» — як майстри — «δημιουργοί» з космосу, політичного порядку [51; 52, с. 160, 220; 53, с. 1197].

12. *Kirste, Stephan*. Das Fundament der Menschenrechte. In: Der Staat 2013. — S. 119–138.
13. *Köhler, Wolfgang R.* Das Recht auf Menschenrechte. In: Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik (1999). Hrsg. v. Brunkhorst, Hauke; Köhler, Wolfgang R.; Lutz-Bachmann, Matthias: Frankfurt/Main 1991. — S. 106 i наступні.
14. *Müller, Friedrich*. Demokratie zwischen Staatsrecht und Weltrecht. Nationale, staatlose und globale Formen menschenrechtsgestützter Demokratisierung. Elemente einer Verfassungstheorie 8. Berlin 2003. — 152 S.
15. *Besson, Samantha*. Demokratie als Menschenrecht. In: Gret Haller; Klaus Günther; Ulfrid Neumann (Hrsg.): Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa. Gerichte als Vormund der Demokratie? Frankfurt/Main-New York 2011. — S. 61–102.
16. *Buchanan, Allen*. Justice, Legitimacy, and Self-Determination: Moral Foundations for International Law. Oxford 2004. — 520 p.
17. *Rawls, John*. Gerechtigkeit als Fairness. Frankfurt/Main 2003. — 316 S.
18. *Beitz, Charles*. The Idea of Human Rights. Oxford 2009. — 256 p.
19. *Amartya Sen*. Democracy as a Universal Value. In: Journal of Democracy 10 (1999). — P. 3–17.
20. *Habermas, Jürgen*. Die Einbeziehung des Anderen. Frankfurt/Main 1996. — 407 S.
21. *Maus, Ingeborg*. Menschenrechte als Ermächtigungsnormen internationaler Politik oder: der zerstörte Zusammenhang von Menschenrechten und Demokratie. In: Die Revolution der Menschenrechte. Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen. Hrsg. v. Christoph Menke und Francesca Raimondi. Frankfurt/Main 2011. — S. 333 i наступні.
22. *Habermas, Jürgen*. Zur Legitimation durch Menschenrechte. In: Die postnationale Konstellation. Politische Essays. Frankfurt/Main 1998. — S. 170–192.
23. *Habermas, Jürgen*. Remarks on legitimation through human rights. In: Philosophy Social Criticism 24 (1998). — P. 157–171.
24. *Benhabib, Sheila*. Another Universalism: On the Unity and Diversity of Human Rights. In: Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association, Vol. 81 (2007). — P. 7–32.
25. *Habermas, Jürgen*. Faktizität und Geltung. Frankfurt/Main 1994. — 666 S.
26. *Gierke, Otto von*. Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik. 2.ed. Breslau 1902. — 366 S.
27. *Kant, Immanuel* (Gemeinspruch): Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis. In: Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik 1. Immanuel Kant Werkausgabe, Bd. XI. Hrsg. v. W. Weischedel. Frankfurt/Main 1977. — S. 125–172.
28. *Hegel, Georg Wilhelm Friedrich* (Rechtsphilosophie/Griesheim 1824/25): Philosophie des Rechts nach der Vorlesungsnachschrift K. G. v. Griesheim 1824/25. In: ders.: Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818–1831. Edition und Kommentar in sechs Bänden von Karl-Heinz Ilting. Vierter Band. Stuttgart-Bad Cannstatt 1974. — S. 66–752.
29. *Michelman, Frank I.* (1999): Bedürfen Menschenrechte demokratischer Legitimation? In: Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik (1999). Hrsg. v. Brunkhorst, Hauke; Köhler, Wolfgang R.; Lutz-Bachmann, Matthias: Frankfurt/Main, — S. 52–65.
30. *Hegel, Georg Wilhelm Friedrich* (Enzyklopädie III): Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse 1830. Dritter Teil. Die Philosophie des Geistes. Mit

- mündlichen Zusätzen. Werke, Bd. 10. Hrsg. v. E. Moldenhauer u. K. M. Michel. Frankfurt/Main, 1986. – 293 S.
31. *Löwith, Karl*. Menschenrechte und Bürgerrechte bei Rousseau, Hegel und Marx. In: Die Revolution der Menschenrechte. Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen. Hrsg. v. Christoph Menke und Francesca Raimondi. Frankfurt/Main 2011. – P. 381 i наступні.
 32. *Kirste, Stephan*. Einführung in die Rechtsphilosophie. – Darmstadt 2010. – 160 S.
 33. *Murswiek, Dietrich*. Souveränität und humanitäre Intervention. In: Der Staat 35 (1996). – S. 31–44.
 34. *Arendt, Hannah*. Über die Revolution. 4. ed. Munich 2000. – 425 S.
 35. *Gerhardt, Volker*. Selbstbestimmung. Das Prinzip der Individualität. Stuttgart 1999. – 470 S.
 36. *Kirste, Stephan*. § 204. Die naturrechtliche Idee überstaatlicher Menschenrechte. In: Handbuch des Staatsrechts, Vol. 10. Hrsg. v. P. Kirchhof und J. Isensee. Heidelberg 2012. – S. 1–30.
 37. *Alexy, Robert*. Theorie der Grundrechte. Frankfurt/Main 1996. – 548 S.
 38. *Arendt, Hannah* (1949): Es gibt nur ein einziges Menschenrecht. In: Die Wandlung 1949. – S. 754–770.
 39. *Brugger, Winfried*. Georg Jellineks Statuslehre: national und international. Eine Würdigung und Aktualisierung anlässlich seines 100. Todestages im Jahr 2011, in: Archiv des öffentlichen Rechts 136 (2011). – S. 1–43.
 40. *Alexy, Robert*. Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat. In: Philosophie der Menschenrechte. Hrsg. v. Gosepath, Stefan; Lohmann, Georg. Frankfurt/Main 1998. – S. 244–264.
 41. *Kirste, Stephan*. Harter und Weicher Rechtspaternalismus unter besonderer Berücksichtigung der Medizinethik. In: Juristenzeitung 2011. – P. 805 i наступні.
 42. *Jellinek, Georg*. Die Entstehung der modernen Staatsidee. In: Schriften und Reden, Vol. 2. Berlin 1911. – S. 45–63.
 43. *Müller, Friedrich*. Demokratie in der Defensive. Funktionelle Abnutzung – soziale Exklusion – Globalisierung. Elemente einer Verfassungstheorie VII. Berlin 2001.
 44. *Burchill, Richard*. The Developing International Law of Democracy. In: The Modern Law Review 64 (2001). – P. 123 i наступні.
 45. *Dworkin, Ronald*. Bürgerrechte ernstgenommen. Frankfurt/Main 1984. – 592 S.
 46. *Kirste, Stephan*. Politische Partizipation und globale Politik – Zur menschenrechtlichen Begründung eines Rechts auf globale Partizipation. In: Jürgen von Ungern-Sternberg/Hansjörg von Rainau: Politische Partizipation. Idee und Wirklichkeit von der Antike bis in die Gegenwart. Berlin (Colloquia Raurica Bd. 13) 2013. – S. 309–336.
 47. *Menke, Christoph*. Einleitung. In: Die Revolution der Menschenrechte. Frankfurt/Main 2011. – S. 15 i наступні.
 48. *Michelman, Frank I*. Parsing «A Right to Have Rights». In: Constellations 3 (1996). – P. 200–208.
 49. *Vismann, Cornelia*. Menschenrechte: Instanz des Sprechens – Instrument der Politik. In: Die Revolution der Menschenrechte. Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen. Hrsg. v. Christoph Menke und Francesca Raimondi. Frankfurt/Main 2011. – S. 161–185.
 50. *Pico della Mirandola* (Dignity): On the Dignity of Man. In: The Renaissance Philosophy of Man, ed. by E. Cassirer, P.-O. Kristeller, J. H. Randall, Jr. Chicago and London 1948. – P. 223–254.
 51. *Plato* (Timaeus): Timaeus. In: Plato with an English Translation VII / ed. by R. G. Bury. Cambridge 1952. – 582 p.

52. *Wolf, Erik.* Platon. Dialoge der mittleren und späteren Zeit, Briefe. Griechisches Rechtsdenken IV, 2. Frankfurt/Main 1970. — 479 S.
53. *Jaeger, Werner.* Paideia. Berlin 1973. — 384 p.

Кірсте С. Право людини на демократію як наріжний камінь права

Анотація. Демократія не є необхідною умовою для верховенства права і для здійснення прав людини. Разом з тим без демократії та вимоги рівної участі у прийнятті демократичних рішень залишаються незавершеними і правові основи держави, і права особи, оскільки обидва не володіють спорідненістю (Ю. Габермас) зі свободою індивіда. Ця свобода не знаходить свого належного вираження, якщо права людини представляються йому патерналістським чином, тобто якщо ця людина не бере участі в обговоренні та прийнятті рішень.

Ключові слова: гідність, право на демократію, патерналізм, участь у прийнятті рішень.

Кірсте С. Право человека на демократию как краеугольный камень права

Аннотация. Демократия не является необходимым условием для верховенства права и для осуществления прав человека. Вместе с тем без демократии и требования равного участия в принятии демократических решений остаются незавершенными и правовые основы государства, и права лица, поскольку оба не обладают родством (Ю. Хабермас) со свободой индивида. Эта свобода не находит своего должного выражения, если права человека представляются ему патерналистским образом, т. е. если этот человек не участвует в обсуждении и принятии решений.

Ключевые слова: достоинство, право на демократию, патернализм, участие в принятии решений.

Kirste S. The Human Right to Democracy as the Capstone of Law

Summary. Democracy is not a necessary condition for the rule of law and especially the validity of human rights. At the same time without democracy and an individual claim to equal participation in democratic decisions both, the legal foundation of the state and the rights of the individual are incomplete, since both do not have a “co-originality” (J. Habermas) but the foundation in the freedom of the individual. This freedom is not fully respected, if the person is paternalistically donated rights, about which he or she had no chance to decide.

Key words: dignity, right to democracy, paternalism, participation in decision-making.

ОСНОВНІ ПРАВА ЛЮДИНИ ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА: ПОСТАНОВКА ПИТАННЯ

В. ЛЕМАК
*доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
завідувач кафедри теорії
та історії держави і права
(Ужгородський національний університет)*



У новий час категорія «права людини» багато в чому виступала способом оцінки невідповідності діючого державного і суспільного ладу сформованим у суспільстві переконанням. Але спочатку вона не мала юридичного характеру, що підтверджується подальшим розвитком позитивізму в національних державах, які були створені модерного часу. Це означало, що правом і правами людини визнавалося лише те, що було передбачено законодавством [1, с. 38–39]. На сьогодні розуміння «прав людини» не може задовольнятися підходами XVIII і XIX ст. Поступово знаходить підтримку позиція, за якою права людини сприймаються як органічний елемент права, його внутрішня сутність. Такий підхід потребує аргументації, що і зумовлює актуальність цього дослідження.

Метою цієї статті є аналіз права не лише як суспільного феномену, а як джерела права, котре активно впливає на суспільні відносини за допомогою регулятивних та інших засобів.

Нюрнберзький процес і «відродження» основних прав людини. Різкий поворот в усвідомленні міжнародною громадськістю проблеми прав людини як елементу права відбувся, як не парадоксально, під впливом масових і грубих порушень прав людини, в тому числі вбивств, які організовувалися нацистським режимом у роки Другої світової війни. Убивства на території багатьох окупованих Німеччиною держав здійснювалися «за наказом» військової і поліцейської системи, її органів безпеки, причому державно-партійне керівництво Німеччини загалом, як і окремих структур, перебувало, як правило, на власній території.

У зв'язку з цим виникли дві проблеми, пов'язані з установленням правових підстав для притягнення осіб, винуватих у вчиненні масових злочинів, до відповідальності.

Перша проблема стосувалася притягнення до відповідальності німецьких посадових осіб, які вчинили злочини на території окупованих Німеччиною країн, друга — керівних посадових осіб (керівників держави), які вчиняли злочини зазвичай із території Німеччини.

Ураховуючи, що діяння німецьких посадових осіб на території окупованих країн вважалися «злочинами» відповідно до законодавства цих країн, то першу проблему було вирішено технологічно просто. Уже в 1943 р. у ході Тегеранської конференції, як тільки союзники по антигітлерівській коаліції «отримали з різних джерел свідчення про звірства, убивства і холоднокривні масові страти, які здійснюються гітлерівськими збройними силами в багатьох країнах», ними було прийнято рішення, в якому передбачалося, що «ті німецькі офіцери і солдати та члени нацистської партії, які були відповідальними за вищезгадані звірства, убивства і страти або добровільно брали в них участь, будуть відіслані в країни, в яких були вчинені їх брутальні дії, для того, щоб вони могли бути судимими і покараними згідно з законами цих визволених країн і вільних урядів, які будуть там створені». При цьому щодо другої проблеми визначалося, що «ця декларація не торкається питання про головних злочинців, злочини яких не пов'язані з певним географічним місцем і які будуть покарані спільним рішенням урядів союзників» [2, с. 7–8].

Пізніше вказана позиція союзників була підтверджена в ході Берлінської конференції в липні-серпні 1945 р. трьох держав — Великої Британії, СРСР і США, на якій окремо було обговорено питання «про методи суду над тими головними військовими злочинцями, чиї злочини за Московською декларацією від жовтня 1943 р. не належать до певного географічного місця». 8 серпня 1945 р. указаними державами, до яких додалася Франція, було укладено Угоду, яка передбачала у ст. 1 заснування «Міжнародного військового трибуналу для суду над воєнними злочинцями, злочини яких не пов'язані з визначеним географічним місцем, незалежно від того, чи будуть вони звинувачуватися індивідуально, або як члени організацій чи груп, або в тій і іншій ролі». Стаття 2 цієї Угоди передбачала, що організація, юрисдикція і функції вказаного Трибуналу будуть визначатися додатком до неї — Статутом Трибуналу, котрий оголошувався «невід'ємною частиною цієї Угоди».

У свою чергу, ст. 6 Статуту Трибуналу встановлювала юрисдикцію Трибуналу, передбачаючи, що він має право «судити і карати осіб, які, діючи в інтересах європейських країн осі індивідуально або як члени організації, вчинили будь-який із наступних злочинів». Серед злочинів, які охоплювалися юрисдикцією Трибуналу, були передбачені три категорії: злочини проти миру, воєнні злочини та злочини проти людяності.

Уперше вжитий термін «злочини проти людяності» згідно з п. «с» ст. 6 Статуту Трибуналу включав до них такі діяння: «убивства, знищення, оборонення в рабство, висилка та інші жорстокості, вчинені щодо цивільного населення до чи під час війни, або переслідування за політичними, расовими чи релігійними мотивами з метою здійснення чи у зв'язку з будь-яким злочином, який під-

лягає юрисдикції Трибуналу, незалежно від того, чи виступали ці дії порушенням внутрішнього права країни, де вони були вчинені, чи ні» (підкреслення наше. — В. Л.) [2, с. 16–17].

Отже, переможці в Другій світовій війні заклали розуміння того, що злочини проти людяності є такими навіть за умови, що вони не були передбачені національним законодавством тієї чи іншої держави на момент їх учинення. Іншими словами, грубі порушення прав людини тягнуть відповідальність незалежно від їх захисту законами на момент порушення.

Матеріали Міжнародного військового трибуналу в Нюрнберзі в 1945–1946 рр. засвідчують підтвердження наведеної позиції в різних аспектах. Так, уже у вступній промові головного обвинувача від США вказана лінія виявляється доволі чітко. Ним наголошується з цього приводу: «Можуть сказати, що — це новий закон, який не був авторитетно оголошеним у той час, коли підсудні вчиняли злочини, які засуджуються цим законом, і що це оголошення закону стало для них несподіванкою. Я, звісно, не можу заперечувати того, що ці особи здивовані тим, що такий закон є. Вони справді здивовані тим, що взагалі існують закони. Ці підсудні не спиралися на жоден закон. Їх програма відкидала і ігнорувала будь-яку законність... Злочинна природа цих дій, як ми докажемо, була цілком ясною для підсудних. Згідно з цим вони намагалися приховати ці порушення...». Указуючи на підсудних, представник США риторично запитав: «Розділ IV обвинувального висновку говорить про злочини проти людяності. Головними з них є холоднокрівні масові убивства незчисленної кількості людей. Чи дивує цих людей, що убивство розглядається як злочин?» [2, с. 142–143].

Наведене привело до «відродження» природного права, основні положення якого закріплюються в міжнародних договорах, і зокрема в документах Організації Об'єднаних Націй. Важливою віхою природного права є прийняття Загальної декларації прав людини, яка відображає основні вимоги щодо змісту національного законодавства. Як указано в її преамбулі, Декларація є «завданням, виконати яке повинні намагатися всі народи і всі держави» [3].

На початку третього тисячоліття уявлення про невід'ємні права людини, саме розуміння їх принципів особливостей, як показував С. Алексєєв, повинно будуватися як на висхідних ідеях і принципах, закладених ще наприкінці XVIII ст. і закріплених в основоположних деклараціях, в інших міжнародних документах середини XX ст., так і на нових фундаментальних цінностях. Головна з таких цінностей — це такий соціальний статус людини, причому прав окремої, автономної особи, коли вони не тільки знаходяться в одному ряду з державою як єдиним і верховним сувереном на цій території, а й мають щодо держави загалом пріоритет. А це означає, що відповідальність за порушення прав людини, у тому числі за відсутність умов і механізмів їх повної реалізації і належного захисту, несе не лише окремий державний орган, а держава загалом [4, с. 662].

Права людини як сучасне джерело права в глобальному світі. Одним із найбільш активних провідників ідей щодо включення прав людини до змісту права є відомий український учений М. Козюбра. На його думку, право повинно розглядатися у нерозривному зв'язку з правами людини, що становлять невід'ємний компонент права, яке має розглядатися передусім не як безпосередній акт державної влади, а

насамперед як соціальний феномен, пов'язаний із такими явищами соціальної взаємодії, як справедливість, свобода тощо. Саме тому в процесі дослідження закономірностей права, зокрема прав людини в суспільстві, зазначає учений, повинно мати місце розрізнення права і закону. Пізніше учений робить висновок, що «іх (права людини. — В. Л.) існування поза правом і без права неможливе, як і право немислиме без прав людини. Це явища однієї сутності» [5, с. 92].

Права людини як елемент права визнається й уже згаданим російським ученим С. Алексеевим. На його думку, найважливішим показником правління права поряд із деякими іншими моментами (набуття правосуддям статусу вищої влади в державі, послідовне утвердження культури права, розвиток приватного права тощо) є різке піднесення природних прав людини, які як такі отримують у суспільстві безпосереднє юридичне значення. Таке значення прав людини певною мірою властиве і правовій державі в строгому сенсі, але в останньому права людини впливають на суспільне життя через механізми, характерні для внутрішньодержавного права (тобто через механізми правотворчості, обліку прав людини при застосуванні закону і т. д.). У правовому ж суспільстві відповідно до принципу правління права, правозаконності, безумовного верховенства права безпосереднього юридичного значення, причому значення пріоритетного, повинні набути права людини, закріплені в міжнародно-правових документах, і це забезпечується відповідними органами міжнародного правосуддя [6, с. 109]. У іншому місці вказаний учений окреслює свою позицію ще чіткіше: «...У нинішню епоху, в умовах сучасного громадянського суспільства природне право, обумовлене самими глибинами людського буття, розкрилося в образі невід'ємних, природних прав людини, її високої гідності і статусу. Ці права — не просто природні, але саме невід'ємні, природні: вони виступають прямою та імперативною вимогою, що впливає із самих надр, глибин життя суспільства, виявляють його смисл і призначення. Згідно з цим центральним елементом політичного, економічного, духовного життя людей стала природно-правова вимога свободи особистості» [6, с. 121–122].

Отже, С. Алексеев указує, що права людини є прямою й імперативною вимогою свободи особистості, незалежно від закріплення цієї вимоги у змісті правових норм. У сучасному світі, як справедливо підмітив пізніше вказаний учений, права людини вийшли за межі національних правопорядків, перетворилися, по суті, на глобальне (універсальне) джерело права. Ним було звернуто увагу на дві події, які наприкінці 1990-х рр. відбулися практично одночасно, що засвідчують вказаний висновок. Перша подія — це арешт А. Піночета, колишнього диктатора Чилі, і наступне його кримінальне переслідування у Великій Британії та Чилі. Незважаючи на те, що він не учиняв злочинів на території Великої Британії, Іспанії та інших європейських держав, а також на його статус недоторканності як довічного сенатора в Чилі, Палата лордів (вища судова інстанція) Великої Британії в 1999 р. надала дозвіл на арешт А. Піночета у зв'язку з можливою причетністю до убивств громадян Іспанії на території Чилі та Аргентини в період перебування того при владі (1973–1990 рр.). Друга подія — це застосування військової сили держав НАТО проти Югославії в 1999 р. із метою «примусшення» її вивести війська з Косова, припинити «етнічні чистки», у тому числі убивства.

Із цих двох випадків С. Алексєєв робить слухний висновок, який відзначає одну з основних тенденцій розвитку глобального світу та властивого йому міжнародного правопорядку. На його думку, «це головне полягає в тому, що порушення прав людини в будь-якій країні отримує оцінку як делікт наддержавного порядку і що правові наслідки, які з цього випливають, мають обов'язкову юридичну силу в усьому світовому співтоваристві. А це означає, що права людини стають діючим правом у глобальному відношенні — на «наднаціональному», наддержавному рівні. І, як наслідок, права людини володіють, скажімо так, суперпотужною юридичною силою, і тому згідно з пріоритетом міжнародного права кожна національна юридична система покликана будуватися відповідно до принципів і критеріїв прав людини». Наведене, на його думку, привело, крім іншого, до формування правозаконності, тобто законності, заснованої на правах людини як об'єктивній категорії. Права людини, як висновок, необхідно розуміти «у значенні об'єктивного права». Сучасна епоха, на його думку, відзначається тим, що невід'ємні права людини все більше інститууються, набувають безпосередньої юридичної сили [7, с. 666, 678].

Отже, права людини стають діючим правом у глобальному відношенні — на «наднаціональному» рівні, відповідно, вони володіють універсальною юридичною силою. Звісно, такий підхід підтверджує перехід від розуміння права як права влади, винятково силового владно-державного утворення до його розуміння як засобу захисту від свавілля, інституту вільного самоствердження людини, її свободи і творчої активності [8, с. 10].

Права людини, отже, є об'єктивно діючим правом, котре відрізняється передовсім тими ж характеристиками, що й інші елементи права, зокрема: 1) загальнообов'язковий характер; 2) можливість використання легального припису для його застосування; 3) юридична відповідальність за порушення.

При цьому необхідно відзначити ще декілька характеристик прав людини як безпосередньо діючого права. По-перше, слід погодитися, що невід'ємні права людини в рамках національного правопорядку, які зазвичай закріплені в конституції відповідної держави, займають вище місце в ієрархії джерел діючого позитивного права. Причому останні, як мінімум, не повинні суперечити визнаним правам людини, і це стосується також і норм конституції [9, с. 405].

По-друге, права людини виступають одним із найбільш ефективних лімітуючих факторів для дискретивних повноважень публічної влади — вони встановлюють рамки, за межі яких за загальним правилом держава не втручається. Так, зокрема, аналіз правових позицій Європейського суду з прав людини з питань втручання у здійснення прав і свобод, гарантованих європейською Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, дозволяє виявити критерії правомірності такого втручання держави. Серед критеріїв у спеціальних дослідженнях називають такі: 1) наявність у держави свободи розсуду (дискреції) щодо здійснення втручання в гарантоване право чи свободу обґрунтовується нормами Конвенції та обумовлюється дотриманням установлених Конвенцією цілей такого втручання; 2) дотримання меж свободи розсуду держави. Останнє виявляється в такому: а) можливість втручання має бути передбачена законом; б) втручання має бути таким, що «необхідне в демократичному суспільстві», тобто обґрунтованим, а також співрозмірним тій цілі, котру воно переслідує.

У свою чергу, «передбачено законом» як підстава для недопустимості перевищення державами меж свободи розсуду включає в себе такі умови правомірності втручання у здійснення прав і свобод, гарантованих Конвенцією: наявність правової підстави для втручання у внутрішньодержавному праві; дотримання принципу верховенства права; дотримання принципів вимог доступності, ясності правової підстави для втручання і передбачуваності його здійснення та наслідків. Критерій «необхідно в демократичному суспільстві» означає, що втручання держави є необхідним лише в такому випадку, якщо воно є обґрунтованим (тобто існують розумні й достатні фактичні підстави для його здійснення) і співрозмірним із цілями такого втручання [10, с. 9–10].

По-третє, говорячи про відношення прав людини до такої ознаки об'єктивного права, як формально визначений характер, необхідно звернути увагу на два моменти. З одного боку, справді права і свободи людини в традиційному розумінні закріплені (формалізовані) не повністю, але саме в цьому і є їх унікальність. Ще раз згадаємо Білль про права США 1791 р., котрий, як видається, першим в історії помістив формулу про те, що «перерахування в Конституції деяких прав не повинно тлумачитися як заперечення або применшення інших прав, які зберігаються за народом». Сьогодні подібні формулювання мають місце в конституціях багатьох демократичних держав і Україна не стала винятком. Йдеться про те, що навіть у випадку незакріплення основного права чи свободи в тексті конституції його зміст буде «винайдено» судовою практикою. Іншими словами, незакріплений у законах зміст прав людини не робить їх «юридично недіючими». Треба зауважити, на сьогодні й інша група елементів (джерел) права нерідко не мають формально визначеного характеру: і правовий звичай, і частина договорів.

Водночас постає важливе питання, пов'язане з розумінням ч. 1 ст. 22 Конституції України («Права і свободи людини і громадянина, закріплені цією Конституцією, не є вичерпними»). Видається, зміст незакріплених прав і свобод людини окреслюється передовсім судовою та адміністративною практикою. У свою чергу, точка відштовхування у визначенні обсягу незакріплених прав і свобод полягає в розумінні сутності особистої свободи (автономної людської поведінки), яка може бути обмежена лише на підставі правової норми. Тим більше, що ч. 1 ст. 19 Конституції («Правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством») встановлює, що жодну особу не може бути «примушено» до поведінки, яка не передбачена законодавством. Іншими словами, особа визначає свою поведінку самостійно, якщо тільки на неї не покладено обов'язки, визначені законодавством. У свою чергу, обов'язки полягають в необхідних діях «щось робити» або в необхідній бездіяльності «щось не робити», тобто утримання від певної поведінки. Указані обов'язки — межа прав і свобод як закріплених, так і не закріплених у Конституції України.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Калинин С. А.* Концепция прав человека как фактор реформирования правовой системы Республики Беларусь / С. А. Калинин // Всеобщая Декларация прав человека: права человека и гуманизация образования в Республике Беларусь :

- сб. материалов междунар. научн.-практ. конф. / редкол.: А. Д. Гусев (гл. ред.). – Минск. Республик. Ин-т высш. школы Белорус. гос. ун-та, 1999. – С. 38–43.
2. *Нюрнбергский процесс* : сб. материалов / под ред. К. П. Горшенина (глав. ред.), Р. А. Руденко и И. Т. Никитченко. – 2-е изд. – М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1954. – Т. 1. – 935 с.
 3. *Загальна декларація прав людини*. Прийнята і проголошена резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 р. // Офіц. вісн. України. – 2008. – № 93. – С. 89. – Ст. 3103.
 4. *Алексеев С. С.* Восхождение к праву. Поиски и решения / С. С. Алексеев. – М. : Норма, 2001. – 751 с.
 5. *Козюбра М. І.* Правовой закон: проблема критеріїв / М. І. Козюбра // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2003. – № 2–3. – С. 83–96.
 6. *Алексеев С. С.* Теория права / С. С. Алексеев. – М. : БЕК, 1995. – 224 с.
 7. *Алексеев С. С.* Восхождение к праву. Поиски и решения / С. С. Алексеев. – М. : Норма, 2001. – 751 с.
 8. *Воронина Е. В.* Право как основа формирования правового государства в России : дис. ... канд. юрид. наук / Е. В. Воронина. – Иркутск, 2005. – 173 с.
 9. *Нерсесянц В. С.* Общая теория права и государства : учеб. для юрид. вузов и ф-тов / В. С. Нерсесянц. – М. : Изд. гр. НОРМА-ИНФРА, М, 1999. – 552 с.
 10. *Липкина Н. Н.* Правовые позиции Европейского суда по правам человека относительно свободы усмотрения государств при осуществлении вмешательства в права и основные свободы : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Н. Н. Липкина. – М., 2008. – 26 с.

Лемак В. В. Основні права людини як джерело права: постановка питання

Анотація. Стаття присвячена обґрунтуванню розуміння основних прав людини як джерела права. Основна увага приділяється аналізу аргументів щодо прав людини як діючого права. Зроблено висновок щодо змісту основних прав і свобод, їх обсягу, ролі судової та адміністративної практики.

Ключові слова: основні права і свободи, джерела права, Конституція України.

Лемак В. В. Основные права человека как источник права: постановка вопроса

Аннотация. Статья посвящена обоснованию понимания основных прав человека как источника права. Основное внимание уделяется анализу аргументов по правам человека как действующего права. Сделан вывод относительно содержания основных прав и свобод, их объема, роли судебной и административной практики.

Ключевые слова: основные права и свободы, источники права, Конституция Украины.

Lemak V. Basic Human Rights as a Source of Law: Formulation of the Question

Summary. The article is devoted to grounding of fundamental human rights as a source of law. The focus is on the analysis of arguments for understanding human rights as the existing law. The conclusions concern the content of fundamental rights and freedoms, their volume, the role of judicial and administrative practice.

Key words: fundamental rights and freedoms, the sources of law, the Constitution of Ukraine.

ПРАВА І СВОБОДИ ЛЮДИНИ В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ



Ю. БИТЯК

*доктор юридичних наук,
професор,
академік НАПрН України,
перший проректор
(Національний університет
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)*



І. ЯКОВІУК

*кандидат юридичних наук, доцент,
заступник директора з наукової роботи
(НДІ державного будівництва
та місцевого самоврядування НАПрН України)*

В умовах глобалізації держави вимушені вдаватися до самообмеження в питанні щодо реалізації окремих суверенних прав і повноважень, делегуючи право їх здійснення міжнародним (наприклад, ООН, ОБСЄ або Раді Європи) або наднаціональним (наприклад, Європейському Союзу) організаціям, створеним для надання допомоги у здійсненні завдань і функцій держави, передусім функції охорони прав і свобод людини. Унаслідок цих процесів захист прав людини виходить за межі відповідальності окремої держави, перетворюючись на справу світового співтовариства та регіональних інтеграційних об'єднань, які нормативно визначають ті універсальні міжнародні правові стандарти, нижче яких держава не в праві опуститися, і недотримання яких може призвести до застосування міжнародно-правових санкцій.

Міжнародні стандарти у сфері прав людини — це міжнародно-правові зобов'язання держави, які розкривають і конкретизують зміст принципу поваги до прав людини. Після прийняття Загальної декларації прав людини для багатьох країн вони виконували роль дороговказу, яким при бажанні можна було йти, але які нікого ні до чого реально не зобов'язували. Отже, проста арифметична кількість міжнародно-правових договорів, що містили такі стандарти, не була беззастережним індикатором ситуації з правами людини в світі чи окремому регіоні. Важко не погодитися з Р. Хабіровим [15, с. 88], який зазначає, що

© Ю. Битяк, І. Яковіук, 2013

створена у повоєнний час система уявлень про сутність і природу прав людини нехай і з певними недоліками, однак доволі чітко функціонувала до 90-х років, не викликаючи особливих нарікань. Це було пов'язано з тим, що ця система була складовою іншої системи, що виникла після Другої світової війни, метою якої було недопущення нової світової війни, зіткнення двох військово-політичних блоків. У цих умовах проблема ефективного впливу з боку світового співтовариства на держави, що грубо і систематично порушували права людини, значно відступали на другий план. Після розпуску організації Варшавського договору і розвалу СРСР стан міжнародно-правової системи якісно змінився, у результаті чого перед нею постали нові завдання, головне місце серед яких посіла проблема забезпечення прав людини.

Принцип поваги до прав людини вперше було закріплено у Заключному акті наради з безпеки і співробітництва в Європі [7]. На сьогодні він отримав нормативне оформлення також в установчих договорах ЄС (ст. 6 Договору про Європейський Союз (далі — ДЄС)) [5, с. 174]. Міжнародні стандарти у сфері прав людини неоднорідні — вони умовно розподіляються на універсальні та регіональні. Аналіз способів деталізації й механізмів забезпечення вказаних категорій стандартів дозволяє дійти висновку, що нормативно закріплені регіональним об'єднанням демократичних держав (наприклад, Радою Європи чи ЄС), який має ефективні наднаціональні важелі впливу (судові органи, що наділені повноваженнями приймати обов'язкові до виконання рішення стосовно національних урядів) на держави-члени в питанні дотримання прав людини, стандарти можуть виявитися більш широкими, конкретними і реально забезпеченими, аніж універсальні стандарти, що діють у масштабах міжнародного співтовариства.

Особливістю європейських стандартів прав людини є те, що вони не лише спонукають переглянути усталені підходи до конкретних правових інститутів, а й змінюють національну правову культуру. Саме тому їх сприйняття потребує тривалого часу, оскільки вимагає «конституціоналізації» свідомості не лише пересічних громадян, а й юристів, державних службовців, зокрема суддів. Досвід окремих країн, наприклад Великої Британії та Ізраїлю, де немає писаних конституцій, а отже, і гарантування на вищому законодавчому рівні прав людини, дає підстави стверджувати, що визначальну роль у дотриманні прав людини відіграють рівень правосвідомості суспільства, сталість правових традицій, система правових цінностей, якість правової освіти і виховання, які мають не менше, якщо не більше значення, аніж конституція і міжнародні документи в галузі прав людини [8, с. 66, 67].

Загальновідомо, що не всі акти у сфері прав людини, що приймаються міжнародними організаціями, є правовими документами — досить часто вони мають лише політичний характер, однак завдяки морально-політичному авторитету організацій, що їх розробляють (Рада Європи, ЄС, ОБСЄ), держави дослухаються до їх положень, хоча вони їх юридично і не зобов'язують. Протягом другої половини ХХ ст. кількість документів, що закріплюють права людини, невпинно зростала, однак їх прийняття часто не супроводжувалося створенням механізмів, які б контролювали процес їх дотримання державами, що ратифікували ці документи. Ця ситуація породила проблему створення діє-

вих міжнародних контрольних механізмів. Оскільки такі механізми здатні інколи приймати обов'язкові для виконання державами рішення, які, як засвідчує історія, можуть виявитися необ'єктивними чи упередженими, то ця ситуація породжує проблему забезпечення державного суверенітету країни, що є членом міжнародної організації.

Визначення особливостей реалізації суверенітету в умовах членства держави у складних міждержавних організаціях є актуальною проблемою, стосовно розв'язання якої юридичною наукою і практикою досі не вироблено універсального підходу. Конституційний принцип державного суверенітету в епоху Новітнього часу традиційно розглядався як фундаментальна вимога щодо забезпечення світового правопорядку. В ХХ ст. саме він визначав характер взаємовідносин між державами Європи, поступово поширюючись на весь світ. Як наслідок, сформована на його основі система міждержавних відносин набула універсального характеру. Паралельно з цим процесом відбувалося становлення системи міжнародних організацій, участь в яких певною мірою передбачає обмеження права національного уряду самостійно реалізовувати ті чи інші повноваження або навіть окремі суверенні права.

Обмеження суверенітету може бути як добровільним, так і примусовим. Добровільне самообмеження суверенітету відбувається тоді, коли держави створюють міжнародну організацію або об'єднуються в союз, свідомо погоджуючись з тим, що їм доведеться узгоджувати з іншими держава-членами порядок реалізації окремих своїх повноважень або передати право їх здійснення наднаціональним інституціям. Найбільш у цьому напрямі просунулися країни Європи, утворивши Європейський Союз, який бере безпосередню участь у реалізації ключових функцій держави. Відносини між ЄС і його членами побудовані на принципах самообмеження національних урядів у питанні реалізації ключових повноважень і можливості застосування санкцій з боку інститутів ЄС до держав-учасниць за порушення існуючих домовленостей у передбачених установчими договорами випадках. Примусове обмеження суверенітету за своїм характером неоднорідне, оскільки може застосовуватися як легально — на підставі рішень Ради Безпеки ООН, так і без її санкції.

Принцип суверенної рівності держав закріплено в Статуті ООН (п. 1 ст. 2), внаслідок чого організація не вправі втручатися у справи, які належать до внутрішньої компетенції держав-членів (п. 7 ст. 2) [14, с. 11]. Як наслідок, кожна держава вправі захищати свою територіальну цілісність і суверенітет. Однак цей принцип ніколи не мав абсолютного характеру — Статут передбачає, що суверенітет може бути порушений, а стосовно держави застосовані санкції, якщо Рада Безпеки зафіксує факт порушення державою міжнародного правопорядку, здійснення агресії щодо іншої держави.

Руйнація біполярної моделі світового порядку, яка відбулася після розпаду СРСР, сприяла відходу сучасної філософської і політико-правової думки від архаїчних трактувань проблем прав людини, які передбачали її розгляд виключно в контексті внутрішньодержавної проблематики, що призвело до перегляду змісту таких категорій, як державний суверенітет, незалежність, внутрішня юрисдикція тощо. Процеси глобалізації та інтеграції, які почали стрімко розвиватися наприкінці ХХ ст., також обумовили прийняття нових принципів і норм

міжнародного права, які дедалі більше впливають на державний суверенітет, певним чином змінюючи раніше існуючі підходи до його реалізації. Указані процеси дозволили не лише окремим науковцям, а й політикам високого рангу, зокрема колишньому Генеральному секретарю ООН К. Аннанду, висловити думку, згідно з якою суверенітет ніколи не призначався для того, аби служити урядам ліцензією на порушення прав людини і людської гідності.

Найбільш помітну роль в обмеженні принципу державного суверенітету відіграють численні норми і принципи, які регулюють сферу прав людини і утворюють так зване гуманітарне право. Ефективність дії останнього забезпечується спеціально створеною системою міжнародного контролю за дотриманням національними урядами добровільно прийнятих на себе зобов'язань. Як наслідок, навіть порушення прав окремого індивіда може бути оскаржене в таких контрольних інституціях, зокрема в Європейському суді з прав людини, рішення якого обов'язкове для виконання державами-членами.

У другій половині ХХ ст. доктрина прав людини набула характеру універсальної системи людських цінностей, яка отримала загальне визнання як на міжнародному, так і національному рівні. Як наслідок рівень забезпечення, охорони та гарантування основних прав людини виступає тим критерієм, який покладено в основу оцінки ступеня цивілізованості держави, а отже, і ставлення до неї інших членів світової спільноти. З цього приводу Л. Моргунов зазначає, що універсальність прав людини, підтверджена абсолютною більшістю країн світового співтовариства, породила для держави проблему: її суверенітет почав визнаватися тією мірою, якою він легітимізувався правами людини. Безумовно, окремі країни все ще не дотримуються універсалістської концепції прав, але й вони вже не можуть не враховувати зовнішнього тиску з цього питання [13, с. 152].

Загальновизнаними вважаються права людини, що мають природно-правовий характер. Визнання пріоритету загальнолюдських цінностей над національними та класовими інтересами, на думку С. Черниченка, відбиває процес набуття світом цілісності й усвідомлення людством такої цілісності [18, с. 33]. Організоване на цивілізованих засадах суспільство виходить із необхідності та доцільності існування формальної рівності людей, їх рівних можливостей як правових суб'єктів, які не повинні залежати від неправових чинників і тому пов'язуються лише із фактом народження та існування людини. Природні права людини характеризуються всезагальним і універсальним характером. Попри це, на жаль, досить поширеною є практика обмеження державною владою обсягу і змісту прав людини шляхом їх законодавчого закріплення або, навпаки, уникнення закріплення конкретних прав або навіть окремих їх категорій. Виходячи з цього, принципового значення набуває факт закріплення прав людини на рівні конституційного законодавства не нижче того обсягу, в якому вони викладені в універсальних міжнародних і регіональних документах, передусім Загальній декларації прав людини та Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Міжнародні стандарти у сфері гарантування прав людини виконують роль взірця, до якого мають прагнути всі народи і держави. Вони виступають основою для міждержавного співробітництва з питань забезпечення й захисту прав людини, діяльності спеціальних міжнародних органів

(Європейський суд з прав людини, Комітети ООН проти катувань, ліквідації расової дискримінації, ліквідації дискримінації щодо жінок тощо), що наглядають за додержанням і захистом прав людини. Таким чином, у сучасному світі захист прав людини і громадянина визнається не лише конституційним, а й міжнародно-правовим обов'язком держав, що реалізується за допомогою системи принципів, інститутів, механізмів і процедурно-правових правил, що прямо або опосередковано передбачені для цих цілей.

Для реалізації прав людини потрібна політична воля щодо прийняття законодавства, яке регулює відносини між індивідом і державою. Справа в тім, що права людини без законодавчого закріплення — це щось ефемерне. Зрозуміло, що в основі прав людини лежать певні соціальні можливості, що надані особистості суспільством. Однак, підкреслює С. Черниченко, навряд чи такі можливості можна назвати насправді правами до того часу, поки вони не набули визнання в законодавстві саме як права юридичні. Право людини стає правом тоді, коли за ним стоїть юридичний механізм захисту [18, с. 36]. Світовий досвід засвідчує, що в більшості випадків саме національні бар'єри перешкоджають повноцінній реалізації природних і позитивних прав людини і громадянина. Отже, можна погодитися з думкою, що права людини все ще далекі від того, аби послабити державний суверенітет, оскільки існують у його межах. Разом з тим дедалі частіше висловлюється думка, що тією мірою, якою держава ігнорує або вимушено відмовляється від своєї ролі гаранта загальних інтересів своїх громадян, для компенсації цієї втрати повинні створюватися інституції на універсальному чи регіональному рівнях [23].

Послідовно непримиренною є позиція світового співтовариства стосовно фактів грубого порушення прав людини. У випадку їх виявлення, на думку Комісії міжнародного права, істотно зменшується кількість ситуацій, які б могли розцінюватися виключно з позиції внутрішніх справ держави, і навпаки, зростає кількість ситуацій, стосовно яких поняття внутрішньої юрисдикції не може бути застосоване [22, с. 75]. Цей висновок ґрунтується на наступній тезі: «Той факт, що міжнародне співтовариство прогресивно рухається в напрямі від системи, для якої пріоритетом був суверенітет, до ціннісно-орієнтованої або індивідуально-орієнтованої системи, має глибокий вплив на межі його сфери застосування і значення» [23, с. 237].

Визнання прав людини ключовим елементом демократичної, правової державності спонукало окремих авторів до введення у категоріальний апарат юридичної науки поряд із поняттям «державний», «народний» і «національний суверенітет» нової категорії — «суверенітет особистості». Головне, що об'єднує авторів, які просувають цю ідею, — це намагання обґрунтувати ідею самовизначення особистості, її автономію і незалежність від будь-кого і перш за все від держави [4, с. 86–87]. Формально для обґрунтування пріоритетності «суверенітету особистості» часто використовуються імперативні норми загального міжнародного права (*jus cogens*), на існування яких прямо вказує ст. 53 Віденської конвенції про право міжнародних договорів [3]. Логічною підставою для появи цих норм було правило, згідно з яким договори не можуть бути вищими за природне право. П. Маланчук підкреслює, що норма не може набути характеру імперативної, якщо вона не прийнята та не визнана як така міжнародною спів-

дружністю держав загалом [9, с. 99–100]. Очевидно, що обов'язок держав дотримуватися імперативних норм міжнародного права навіть у тому випадку, коли вони не згодні з ними, вказує на певну «пов'язаність» держави цими нормами. Однак обов'язки, що з'явилися у держави внаслідок добровільного визнання обов'язкової дії імперативних норм, не можуть і не повинні розглядатися з точки зору обмеження ними суверенітету держави. У цілому, на жаль, слід визнати, що в науці міжнародного права питання, пов'язані з процедурою прийняття імперативних норм міжнародного права, їх переліком і впливом на державний суверенітет, у цілому залишаються недостатньо розробленими, а тому за вимогою окремих країн у ст. 66 (а) зазначено, що застосування ст. 53 має врегульовуватися Міжнародним судом або арбітражним трибуналом.

У сучасному світі найбільшу готовність дотримуватися таких норм демонструє Європейський Союз, конституційний характер якого передбачає визнання, закріплення й гарантування системи фундаментальних правових цінностей (повага людської гідності, свободи, демократії, рівності, правової держави і дотримання прав людини (ст. 3 ДЕС)) [5, с. 171]. Головне місце серед цінностей Союзу посідають права людини. І хоча на відміну від Конституції для Європи, яка включала Хартію Союзу про основні права, до тексту Лісабонських договорів її не включено, це не означає, що права людини для ЄС набули другорядного характеру. Стаття 6 ДЕС містить такі надзвичайно важливі норми [5, с. 174], що дозволяють однозначно констатувати пріоритетний характер забезпечення прав людини в об'єднаній Європі:

– Союз визнає права свободи і принципи, викладені у Хартії ЄС про основні права від 7 грудня 2000 р., адаптовані 12 грудня 2007 р., за якою визнається така ж юридична сила, як і у договорів;

– Союз приєднується до Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Основні права, як вони гарантовані Європейською конвенцією і як вони впливають із загальних для держав-членів конституційних традицій, входять до змісту права Союзу як загальні принципи. В обох випадках робиться уточнення, що визнання Хартії ЄС і приєднання до Європейської конвенції не розширює компетенцію Союзу, як вона визначена у договорах.

Аналіз вказаних норм засвідчує, що Європейський Союз, як зрештою і Рада Європи (Європейський суд з прав людини)¹, у цілому визнає дію імперативних норм міжнародного права (*jus cogens*), до яких належать, зокрема і норми про права людини. Щоправда, слід зазначити, що на сьогодні імперативний характер визнано не за принципом захисту прав людини в цілому, а лише за окремими правами. Таким чином, європейська судова практика йде шляхом поступового розширення кола прав людини, яким може бути надано статус *jus cogens*.

¹ Al-Adsany v. The United Kingdom. Application 357/6397. Judgment of 21 November 2001. Слід зазначити, що в цій справі шість суддів висловили особливу думку, згідно з якою імперативні норми ієрархічно вище за будь-які інші норми міжнародного права, що не мають аналогічного статусу. Зокрема, норми про права людини необхідно визнати вище за норми, що надають імунітет державі.

Достатньо помірковану позицію з питання запровадження «суверенітету особистості» зайняв М. Матузов, який вважає, що поняття суверенітету не може бути застосоване до людини у чистому вигляді. Правове становище особистості в системі соціальних зв'язків характеризується такими категоріями, як права, обов'язки, свобода, відповідальність, правосуб'єктність тощо. Однак, оскільки термін «суверенітет особистості» вже увійшов у політичний лексикон, то ним доводиться користуватися, але при цьому слід пам'ятати, що цим поняттям можна користуватися тільки як своєрідною метафорою [10, с. 4–5; 16, с. 21]. Однак слід зазначити, що всі ці вимоги втілюються у принципах демократичної, правової держави, а отже, запроваджувати нове і таке неоднозначне поняття немає потреби, скоріше слід прагнути більш послідовної й повної реалізації положень теорії правової держави.

Більш критично ставиться до запровадження цієї категорії Н. Пастухова, яка ставить собі питання: а чи може виступати суб'єктом суверенітету людина, особистість? Адже обов'язковою складовою змісту поняття «суверенітет» виступає елемент влади, якою не володіє особистість. Крім того, вона доводить, що «суверенітет особистості» не належить ані до структури поняття «суверенітет», ані до способів його втілення. Фактично, найбільш логічне пояснення змісту поняття «суверенітет особистості» полягає в намаганні пов'язати цю категорію з дедалі більшим впливом міжнародних інституцій, що захищають права людини від посягання на них своєї держави, а також із готовністю вагомих суб'єктів міжнародної політики (окремих великих держав чи їх об'єднань) надати свої можливості (у тому числі й військові) на підтримку зусиль цих організацій [12, с. 55–56].

Колишній Генеральний секретар ООН К. Аннан у своїй доповіді під час останнього у XX ст. засідання Генеральної Асамблеї, присвяченої питанням співвідношення суверенітету і прав людини, висловив низку ідей, які досить повно і послідовно розкривають існуючі в цій сфері проблем [1]. Аналіз цієї доповіді, досліджень прибічників і противників принципу суверенної рівності держав дозволяє сформулювати наступні положення.

Застосування сили щодо суверенної держави — це складна проблема міжнародного життя. Сучасна міжнародна практика давно відійшла від приписів Статуту ООН, зокрема від ст. 2. Справедливість такого твердження доводить той факт, що Статут ООН не містить таких механізмів і понять, як «миротворчі сили», «сили роз'єднання» тощо, які стали невід'ємною складовою сучасного міжнародного життя. Причина цієї ситуації полягає в тому, що передбачена Статутом ООН і чинним міжнародним правом модель світового правопорядку реалізована не повною мірою [20, с. 134].

Питання застосування сили проти держави належить до компетенції Ради Безпеки ООН. Щоправда, серед політиків і науковців дедалі більше прихильників ідеї перегляду положень ст. 2 Статуту ООН, яка не допускає втручання у внутрішні справи держави, за винятком тих випадків, коли події всередині держави загрожують міжнародному миру й безпеці. Прихильники гуманітарних інтервенцій стверджують, якщо ці акції не порушують територіальної цілісності і не ведуть до втрати політичної незалежності, то вони не суперечать ст. 2 Статуту ООН. Слід погодитися з П. Маланчуком, який зазначає, що пра-

вом на гуманітарну інтервенцію часто зловживають могутні держави, переслідуючи при цьому свої політичні, економічні або військові цілі. Тому питання про правомірність «гуманітарних інтервенцій» є доволі суперечливим, отже, слід дотримуватися позиції Міжнародного суду, яку він висловив у справі «Нікарагуа проти Сполучених Штатів Америки»: «...застосування сили не може бути доречним засобом... забезпечення... поваги» до прав людини [9, с. 309]. Військове втручання у внутрішні справи суверенної держави потребує санкції з боку Ради Безпеки ООН (резолюції № 733, 746, 751, 767, 794 (1992 р.) і № 814 (1993 р.)).

Останнім часом під принцип, викладений у цій статті, провідні держави світу почали «підтягувати» регіональні кризи, де існували прямі загрози їх стратегічним інтересам, а також внутрішньодержавні конфлікти. Все частіше світова спільнота стикається з проблемою розширеного тлумачення поняття «загроза миру і безпеці», поступово відбувається й перегляд підстав для втручання. Про обґрунтованість цього твердження свідчить резолюція Ради Безпеки ООН від 5 квітня 1991 р. № 688, що стала підставою для проведення операції «Save Heavens» у Північному Іраку. В цій резолюції фактично було констатовано, що гуманітарна катастрофа може бути кваліфікована як загроза миру і безпеці, що є прикладом довільного тлумачення ст. 2 і гл. 7 Статуту ООН [15, с. 92]. У свою чергу, ОБСЄ в Хартії європейської безпеки (Стамбул, 19 листопада 1999 р.) зробила наголос на тому, що загроза безпеки може бути наслідком не лише конфлікту між державами, а й усередині країни [17]. Як наслідок дедалі більше зростає значущість гуманітарного права, недотримання вимог якого (порушення владою прав своїх громадян, безсилля влади, ведення громадянської війни, здійснення геноциду тощо) створює підстави для втручання у внутрішні справи іншої держави.

Аналізуючи проблему функціонування держав в умовах глобалізації, Т. Бордачев доходить висновку, що «розтаскування» суверенних функцій тягне за собою подекуди нездатність держави виконувати належним чином свої міжнародні зобов'язання. Міжнародна система боляче сприймає неадекватну діяльність нікчемних своїх елементів. Досвід Сомалі, Афганістану і Іраку доводить, що «чорна дірка», яка виникає в цьому разі, здатна справляти такий негативний вплив на міжнародну систему, масштаби якого не можна зіставити з фізичними розмірами загиблого політичного організму. Саме тому з метою попередження таких наслідків міжнародна спільнота може задіяти міжнародні судові органи стосовно країни, територія якої стала джерелом напруги [2, с. 195].

Слід зазначити, що більшість держав, чий суверенітет де-факто був обмежений під час миротворчих або гуманітарних операцій ООН (Сомалі, Афганістан тощо), на момент вторгнення були державами, які іноді прийнято характеризувати як «недєздатні». Вони перебували у стані або на порозі громадянської війни. Насилля в цих державах досягло перманентного характеру, що змусило міжнародне співтовариство втрутитися в їхні внутрішні справи. Кордони таких держав є відкритими, оскільки центральна влада не в змозі їх контролювати, напруження передається сусіднім країнам. Так, криза в Руанді спричиняє певну нестабільність в Бурунді, Уганді, Заїрі та Танзанії, які межують із нею. Афганська криза й досі загрожує Узбекистану і Таджикистану,

вона стала підґрунтям для екстремістського угруповання «Аль-Каїди», а напруження, що поширилося на ядерні держави (Пакистан), суттєво посилило небезпеку в регіоні.

Ще один аргумент на користь застосування примусового обмеження суверенітету полягає в тому, що несанкціоновані ООН гуманітарні інтервенції гіпотетично можуть бути виправдані у тих випадках, коли Рада Безпеки не має можливості прийняти рішення і вжити заходів щодо захисту людини. Водночас Рада Безпеки у змозі визначати існування загрози миру, акт агресії тощо. Саме це право (гл. VII, ст. 39 Статуту ООН) стало основою для початку інтервенції в Руанді та Гаїті. Більшість таких інтервенцій реалізували США, оскільки американські претензії до ООН полягають у неефективності її діяльності в миротворчій і гуманітарній сферах. Досліджуючи політику США, можна помітити, що будь-яка інтервенція завжди зумовлена практичною, а не альтруїстичною зацікавленістю. У разі невиконання поставленої мети, завдання перекладається на ООН, як це мало місце у випадку з Ліберією.

Своєрідний вихід із конфліктних ситуацій деякі політики вбачають в обмеженні суверенітету. З цією метою пропонується розробка і впровадження системи, яка містила б, по-перше, закріплення принципу дотримання не тільки прав, а й обов'язків держав (до таких обов'язків належить і дотримання положень гуманітарного права), невиконання яких державою загрожуватиме відповідними санкціями. По-друге, розглядається можливість запровадження практичних дій щодо обмеження суверенітету і стратегій довгострокової присутності у «недієздатних» державах (аж до військової інтервенції). Такий захід пропонується реалізувати через залучення до контролю над кризовою державою країни-гаранта стабільності (так, з 1976 р. Сирія контролювала підтримання порядку в Лівані, отримавши на це своєрідний мандат від регіональних організацій Близького Сходу). Роль так званих опікунів можуть брати на себе й «блакитні шоломи» ООН, як це було у 2000 р. в Сьєрра-Леоне (миротворці Великої Британії) або в Демократичній Республіці Конго у 2003 р. (французькі миротворці). По-третє, розробка заходів, які об'єднують існуючі механізми втручання в єдину систему обмеження суверенітету, тобто чітке нормативно-правове визначення підстав застосування санкцій.

Події в Іраку, Косово і Лівії ознаменували початок нової ери, коли окремі держави або їх групи можуть вдаватися до військових дій стосовно держави в період, коли питання щодо неї знаходиться на розгляді в Раді Безпеки ООН, а отже, всупереч існуючим механізмам забезпечення дотримання норм міжнародного права. Ця ситуація певною мірою підриває чинну систему безпеки, а також підвищує ризик створення небезпечних прецедентів для майбутнього втручання без визначення чітких критеріїв його правомірності.

Суверенітет сам по собі далеко не єдина і навіть не головна перешкода на шляху ефективних дій у сфері прав людини і гуманітарних криз. Значно важливішим є те, як держави — члени ООН визначають і реалізують свої національні інтереси в умовах розгортання кризи в конкретній країні. Сучасні великі держави мають різноманітні інтереси і задля їх досягнення прагнуть поширити свій вплив у світі в такий спосіб, як це робили європейці в період Нового часу, або Росія у XIX ст. [21]. У цьому зв'язку постає проблема створення таких міжна-

родних механізмів, в яких при розгляді питання про права людини забезпечувалась би об'єктивність оцінок і виключалася б упередженість.

Проблемні питання, пов'язані з недотриманням прав людини, їх грубим порушенням в окремих країнах змушують замислитися над тим, чи зобов'язане світове співтовариство зважати на суверенітет, коли уряд не тільки не виконує свої функції із захисту своїх громадян, а й навпаки, сам становить загрозу для їх життя і здоров'я? Отже, виникає питання про межі відповідальності держави за свої дії перед світовою спільнотою. У цьому зв'язку Б. Баді ставить ряд питань. По-перше, якщо кожна держава відповідальна перед світовою спільнотою, то чи породжує це для інших держав моральний обов'язок втручатися у необхідних випадках у внутрішні справи певної держави? По-друге, яким чином пов'язана така відповідальність з нерівними силовими можливостями держав? Адже очевидно, що, з одного боку, ефективність втручання міжнародного співтовариства або групи країн у внутрішні справи держави, а з другого — її підсудність міжнародному співтовариству визначається могутністю такої держави. Практика засвідчує, що на відміну від великих, які такої відповідальності уникають, для більш слабких держав вона зводиться до підсудності міжнародному співтовариству або більш могутнім державам. По-третє, яким чином можна інституціоналізувати відповідальність? Потребу у відповідальності здатні реалізувати міжурядові інституції, однак за ними стоїть воля держав-націй, що заважає запровадженню універсальних механізмів відповідальності. У результаті, Б. Баді робить висновок, що міжнародні організації, зростаюча значущість яких у міжнародному правопорядку начебто ставить під сумнів роль держави, насправді залишаються головним консерватором традиційної моделі держав-націй, дедалі більше втрачаючи ефективність міжнародної практики [11, с. 47–48].

Протягом останніх десятиліть чітко простежується тенденція, коли Рада Безпеки ООН демонструє здатність вживати реальних заходів стосовно одних конфліктів (як правило, лише в тих випадках, коли у відповідній країні не перетинаються національні інтереси членів Ради Безпеки), а щодо інших обмежує себе недостатньо дієвими акціями гуманітарного плану, хоча останні супроводжуються щоденними стражданнями і смертю людей. У цьому зв'язку викликає особливе занепокоєння ситуація, коли Генеральний секретар ООН може без попередніх консультацій із Радою Безпеки приймати рішення, які зачіпають основи міжнародного права і приймаються під очевидним тиском певних держав (наприклад, передача всупереч резолюції № 1244 РБ ООН функцій по керівництву миротворчою місією в Косово ЄС, який фактично підтримував одну із сторін конфлікту) [2, с. 139]. Відповідно слід визнати безпідставними намагання окремих авторів обґрунтувати правомірність дій Генерального секретаря ООН всупереч позиції Ради Безпеки на тій підставі, що він повинен жорстко відстоювати інтереси світової спільноти [21, с. 235]. У такій трактовці обов'язків Генерального секретаря можна побачити намагання невинувато надати не властивого йому правового статусу в структурі ООН, де згідно з її Статутом він розглядається лише як головна адміністративна посадова особа організації (статті 97–100), та суттєво розширити його повноваження, перетворюючи його на незалежний стосовно Ради Безпеки осередок влади.

Вочевидь існує нагальна потреба у запровадженні шкали гуманітарних правопорушень і встановленні системи гуманітарних санкцій щодо держав-винуватців, як це практикується в Європейському Союзі.

У сучасних міжнародних відносинах виникла ділема, яка отримала назву «гуманітарне втручання» [9, с. 49–50]: з одного боку, постає питання про законність дій, які застосували окремі держави, регіональні організації чи блоки без санкції ООН, а з другого — загальновизнаний обов'язок реально покласти край грубим і систематичним порушенням прав людини. Не потребує спеціального доведення той факт, що новітня історія знає чимало прикладів, коли різноманітні санкції застосовувалися до суверенних держав окремими державами або міждержавними об'єднаннями (передусім НАТО і Організацією Варшавського договору) без санкції Ради Безпеки ООН. Так, військова операція США в Іраку була здійснена без формальних підстав, якими мали б бути експертні висновки комісії Х. Блікса, що діяла під егідою ООН і займалася пошуком заборонених видів зброї. Державний суверенітет без санкціонування ООН було порушено під час вторгнення країн Варшавського договору до Чехословаччини, В'єтнаму до Кампучії, Танзанії до Уганди, НАТО до Югославії тощо. Такі події кінця ХХ — початку ХХІ ст., а також сама реакція на них світової спільноти висувують на передній план питання про зміни в організації та функціонуванні світового правопорядку. Постає питання, чи слід вважати все, що відбувається всередині країни, суто її внутрішньою справою; чи існують об'єктивні критерії, які дозволяють відрізнити агресію від правомірного втручання світової спільноти, регіональних організацій чи окремих держав у внутрішні справи суверенної держави; як визначити допустимі і справедливі форми і межі такого втручання; хто вправі визначати правомочність такого втручання? Ці та низка інших дискусійних питань потребують обговорення і пошуку відповідей, віднайти які не так легко, зважаючи на те, що «світовий порядок» як політико-правове явище формується не лише на основі норм міжнародного права, а й національних інтересів і підходів до їх реалізації окремих держав та їх об'єднань.

Характерною рисою міжнародних відносин другої половини ХХ ст. є постійна зміна підходів ключових гравців на міжнародній арені до питання про правомірність (протиправність) втручання у внутрішні справи суверенних держав. Фактично на сьогодні як на рівні ООН, так і на рівні регіональних організацій не вироблені ті універсальні критерії, які однозначно дають підстави для здійснення такого втручання і дозволяють оцінити його наслідки. Отже, неодноразово виникла ситуація, коли одні держави чи міждержавні об'єднання наполягали на застосуванні сили (або застосовували її самі навіть без схвалення Ради Безпеки ООН) щодо конкретної країни, де мали місце масові порушення прав людини, і одночасно залишали без уваги інші випадки таких порушень. Іншою стороною цієї проблеми є ситуація, коли, з одного боку, принцип непорушності та пріоритетності прав і свобод людини проголошується як універсальний, тобто такий, що рівною мірою стосується будь-якої країни і народу, а з другого — вказується на неправомірність його застосування до певних країн і цілих регіонів світу (передусім мусульманські країни, Китай), оскільки він не враховує специфіку їх системи цивілізаційних цінностей. Тому для того, щоб практика втручання у внутрішні справи країни без відповідного мандату ООН в умовах грубих порушень прав

людини мала підтримку народів світу, її слід здійснювати на справедливій і послідовній основі незалежно від регіону чи нації.

Проведення військових акцій під прикриттям політики «гуманітарного втручання» породжує ще одну проблему: співвідношення цінностей, які захищаються, і цінностей, яким завдається шкода, а також вибору засобів, які використовуються під час таких операцій. Як відомо, формальною підставою такого втручання є порушення прав людини. Однак у результаті здійснюваних «гуманітарних» операцій шкода завдається цінностям, які зіставні з цінностями, що захищаються, тобто життю, здоров'ю, честі й гідності, безпеці людини, а також комплексу інших прав і свобод (соціальним, економічним, екологічним). За різними оцінками, кількість жертв серед мирного населення під час операції НАТО в Югославії в 1999 р. складала від 1300 до 2000 осіб (із них 400 дітей) і біля 6000 поранених під час бомбардування авіацією [6]. Однак це лише прямі жертви серед мирного населення, оскільки надлишкова смертність унаслідок суттєвого погіршення умов існування не піддається оцінці. Показово, що під час операції традиційно використовуються засоби, які повинні мінімізувати втрати «миротворців», але унаслідок цього вони невідворотно призводять до масової загибелі мирного населення хоча б і не цілеспрямовано. Украй небезпечним прецедентом стали бомбові удари НАТО по хімічних заводах і використання боєприпасів зі збідненим ураном, що є порушенням основоположних принципів і норм міжнародного гуманітарного права. Таким чином, існує очевидна небезпека того, що в результаті «гуманітарних» місій окремих держав чи їх блоків, метою яких є захист прав людини, грубо і масово порушуватимуться права і свободи інших людей.

Існує нагальна потреба у визначенні внутрішньої компетенції держави, у яку міжнародна спільнота не має права втручатися за жодних обставин, а також коло питань, які можуть бути віднесені до компетенції наднаціональних інститутів, зокрема ООН. У процесі вирішення цього питання неприпустимо керуватися спрощеними формулюваннями на кшталт «держава-ізгой» або «неповноцінна держава», які можуть використовуватися для політологічного аналізу, утім аж ніяк не для конструювання міжнародно-правових норм.

На сучасному етапі переживає гостру кризу стара міжнародна система (система міжнародних інститутів і універсальних правил), яка доволі успішно функціонувала в умовах стабільної біполярної структури міжнародних відносин, що була заснована на балансі сил. Розпад СРСР і руйнація соціалістичного табору призвели на короткий час до встановлення моделі однополярного світу. Сьогодні ми стаємо свідками початку формування нової моделі багатополлярного світу. Однак мине чимало часу, поки на основі *de facto* багатополярного світу виникне *de jure* інституціоналізована система міжнародної безпеки, обов'язковою умовою існування якої буде баланс сил і відповідальність декількох держав або союзів (блоків) [2, с. 127].

Підсумовуючи вищевикладене, слід зазначити, що участь держави у міжнародних відносинах шляхом вступу до міжнародних чи міждержавних (наднаціональних) організацій не веде до обмеження суверенітету, оскільки мова йде тільки про обмеження права самостійно реалізовувати окремі повноваження або суверенні права, якщо вони передані для здійснення на наднаціональний або міжурядовий рівень.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Аннан К.* Две концепции суверенитета: выступление на 54-й сессии Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций / К. Аннан. — Нью-Йорк, 20 сентября 1999 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.un.org/russian/basic/sg/interven3.htm>.
2. *Бордачѐв Т. В.* Новый стратегический союз. Россия и Европа перед вызовами XXI века: возможности «большой сделки» / Т. В. Бордачѐв. — М. : Европа, 2009. — 304 с.
3. *Віденська конвенція про право міжнародних договорів* [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_118&chk=Y07Mf9lCdrY0iLPwZioDPJriHdlggsFggkRbI1c.
4. *Грачев Н. И.* К вопросу об ограничении государственного суверенитета правами человека / Н. И. Грачев // Свобода, право, рынок : сб. науч. тр. Вып. 4. Ч. 1. — Волгоград : ВА МВД России, 2003. — С. 86–90.
5. *Европейский Союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями.* — М. : ИНФРА-М, 2008. — 698 с.
6. *Заключение* Комиссии по международно-правовой оценке событий вокруг Союзной Республики Югославии по итогам второй (Белградской) сессии [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.nasledie.ru/voenpol/14_11/article.php?art=5.
7. *Заключительный акт* Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_055&chk=4/UMfPEGznhhiLPZioDPJriHdlggsFggkRbI1c.
8. *Зорькин В. Д.* Интеграция европейского конституционного пространства: вызовы и ответы / В. Д. Зорькин // Сравнит. конституц. обозрение. — 2007. — № 2 (59). — С. 64–70.
9. *Маланчук П.* Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом : пер. з англ. / П. Маланчук. — Х. : Консум, 2000. — 592 с.
10. *Матузов Н. И.* К вопросу о суверенитете личности / Н. И. Матузов // Правоведение. — 1994. — № 4. — С. 3–14.
11. *Обичкина Е. О.* Франция в поисках внешнеполитических ориентиров в постбиполярном мире / Е. О. Обичкина. — М. : МГИМО, 2003. — 487 с.
12. *Пастухова Н. Б.* Проблемы государственного суверенитета / Н. Б. Пастухова. — М. : Норма, 2006. — 288 с.
13. *Сморгунов Л. В.* Политическое управление в глобализирующемся мире / Л. В. Сморгун // Перспективы человека в глобализирующемся мире / под ред. В. В. Парцвания. — СПб. : С.-Петербург. филос. о-во, 2003. — С. 148–159.
14. *Устав* Организации Объединенных Наций // Действующее международное право : документы : в 2 т. : учеб. пособие / сост. Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. — М. : Междунар. отношения ; Юрайт-Издат, 2007. — Т. 1.
15. *Хабиров Р. Ф.* Права человека на стыке правовых систем: некоторые теоретические проблемы / Р. Ф. Хабиров // Применение международных договоров в области прав человека в правовой системе Российской Федерации : материалы всерос. науч.-практ. конф. — Екатеринбург : УрГЮА, 2003.
16. *Халатов А. Р.* Суверенитет как государственно-правовой институт : автореф. дис. на соиск. учен. степени канд. юрид. наук : 12.00.01 / А. Р. Халатов. — Волгоград, 2006. — 30 с.
17. *Хартия* европейской безопасности [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/osce/basics/Reurosecharter.html>.
18. *Черниченко С. В.* Права человека и гуманитарная проблематика в современной дипломатии / С. В. Черниченко // Моск. журн. междунар. права. — 1992. — № 3. — С. 33–48.

19. *Bogdandy A. von.* Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany / A. von. Bogdandy // Harvard International Law Journal / Vol. 47, Number 1, Winter 2006.
20. *Cooper K.* Outside Intervention in Ethnic Conflict / K. Cooper and M. Berdal. – Survival, Vol. 35, No. 1, Spring 1983.
21. *Montbrial T. de.* The misadventures of democracy and competing interests / T. de. Montbrial // RAMSES. Paris : Dunod, 2007.
22. *Report of the International law Commission on the work of its forty-seventh session.* Official Records of the General Assembly. Fiftieth session supplement 10(A/50/10) para 75.
23. *Tomuschat C.* International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on Public International Law, in 281 Recueil des Cours 42 (1999).

Битяк Ю. П., Яковюк І. В. Права і свободи людини в умовах глобалізації

Анотація. У статті аналізуються проблеми забезпечення прав людини в умовах розвитку процесів глобалізації та регіональної інтеграції, які впливають на реалізацію державного суверенітету і порядок здійснення завдань і функцій держави. Обґрунтовується теза, згідно з якою захист прав людини виходить за межі відповідальності окремої держави, перетворюючись на справу світового співтовариства та регіональних інтеграційних об'єднань. Останні нормативно визначають ті універсальні правові стандарти, нижче яких держава не в праві опуститися, і недотримання яких може призвести до застосування міжнародно-правових санкцій.

Ключові слова: права людини, глобалізація, державний суверенітет, європейська інтеграція, ООН, Європейський Союз.

Битяк Ю. П., Яковюк І. В. Права и свободы человека в условиях глобализации

Аннотация. В статье анализируются проблемы обеспечения прав человека в условиях развития процессов глобализации и региональной интеграции, влияющих на реализацию государственного суверенитета и порядок осуществления задач и функций государства. Обосновывается тезис, согласно которому защита прав человека выходит за пределы ответственности отдельного государства, превращаясь в дело мирового сообщества и региональных интеграционных объединений. Последние нормативно определяют те универсальные правовые стандарты, ниже которых государство не в праве опуститься, и несоблюдение которых может повлечь применение международно-правовых санкций.

Ключевые слова: права человека, глобализация, государственный суверенитет, европейская интеграция, ООН, Европейский Союз.

Bytyak Yu., Iakoviuk I. Human Rights and Liberties in the Conditions of Globalization

Summary. In the article the problems of guaranteeing the human rights are analyzed in the context of globalization processes development and regional integration, which influence the realization of state sovereignty and the order of realizing tasks and functions of the state. A thesis according to which the protection of human rights exceeds the bounds of a separate state's responsibility turning into the matter of the world community and regional integration unions is grounded. The latest ones are normatively determined by those universal legal standards, below which the state has no right to drop, and their infraction can entail application of international legal sanctions.

Key words: human rights, globalization, state sovereignty, European integration, UN, European Union.

ЧИ ПОРУШУЄМО МИ ПРАВА БІДНИХ У СВІТІ? *¹



Т. ПОГГЕ

*професор філософії та міжнародних відносин
(Ельський університет, США),
професор прав людини та глобальної справедливості
(Університет Сіднею, Австралія),
професор глобальної справедливості
(Юридична школа Діксона Пуна,
Королівський коледж Лондона)*

ВСТУП

Відповідь на означене у заголовку питання потребує розкриття його змісту та аналізу емпіричних даних. Вирішення першого завдання починається тут, у вступі, де ми подамо приблизне розуміння двох груп, відносини між котрими аналізуються: бідні у світі і «ми». У першому розділі пропонується спеціальне поняття того, що означає *порушувати* права людини, і обґрунтовується, що тут задіяно особливий причинний зв'язок між діями агентів і утиском прав людини. Таке розуміння включає в себе не тільки прямі порушення (скоєні агентами безпосередньо), а й інституційні (викликані дією інституційних механізмів). Розгорнуту у вступі та першому розділі проблематику буде покладено в основу другого розділу, де ми надамо докази існування наднаціонального інституційного режиму, що передбачувано і відворотно² призводить до масових утисків прав людини. Спільно застосовуючи цей інституційний механізм, ми дійсно порушуємо права бідних у світі.

* *Thomas Pogge. Are We Violating the Human Rights of the World's Poor? / Thomas Pogge // Human Rights: Old Problems, New Possibilities, edited by David Kinley, Wojciech Sadurski and Kevin Walton (Edward Elgar Publishing 2013). — P. 40–72.*

Переклад з англійської В. Гончарова, наукове редагування С. Максимова.

За цю працю професор Томас Погге був нагороджений Премією ім. Грегорі Кавки у політичній філософії від Американської філософської асоціації (The American Philosophical Association's 2013 Gregory Kavka Prize in political philosophy). — *Прим. перекладача.*

¹ Я вдячний Тієнму Ма, Джону Тесіоуласу і Лін Тонг за низку цінних зауважень і пропозицій. Розширену версію див.: [1].

² Томас Погге часто вживає вислів «*foreseeably and avoidably*», який ми за відсутності кращого відповідника переклали як «передбачувано і відворотно». Цей вираз підкреслює винний характер дій агентів (передусім урядів держав і посадових осіб) стосовно порушення прав людини. — *Прим. перекладача.*

Після прийняття Загальної декларації прав людини ми могли би визначити бідну людину як таку, котра не має доступу до «життєвого рівня, необхідного для підтримання здоров'я і добробуту її самої та її сім'ї, включаючи їжу, одяг, житло, медичний догляд» (ст. 25) [2]. Це розпливчате визначення, яке, втім, безумовно охоплює великий відсоток населення земної кулі. У 2005 р., коли середній дохід на тиждень складав 66 доларів, половина людей в усьому світі жили на менш ніж 9 доларів на тиждень. Більшості з них не вистачало доходів, необхідних для виживання й харчування, як це визначено у Загальній декларації. Наведена цифра охоплює майже всіх тих, хто в 2005 р. належав до 30 відсотків найбідніших людей світу й жив на менш ніж 4 долари на тиждень. Навіть за умови істотно нижчих цін на предмети першої необхідності, їх рівень життя, вочевидь, не може вважатися належним¹.

Під «ми» я маю на увазі громадян розвинених країн, які володіють достатньою психічною зрілістю, освітою і політичними можливостями для того, аби нести спільну відповідальність зі своїм урядом за його зовнішню політику і його роль у розробці та впровадженні наднаціональних інституційних механізмів. Виходячи з цього визначення, стає зрозумілим, що громадяни розвинених країн спільно зі своїм урядом відповідають за те, що останній робить від їх імені. Діти і люди із серйозними психічними розладами такої відповідальності не несуть, проте, я б не хотів звільняти від неї інших — лише з підстав їхніх низьких доходів або поганої освіти. Якщо бідні й малоосвічені громадяни визнають таку відповідальність і враховують її, тоді хто має право їм казати, що вони такої відповідальності не несуть, а отже, не повинні перейматись такими питаннями? З другого боку, я також, наприклад, не готовий вказати пальцем на щойно звільненого сталевара або бідолашну матір-одиначку сьогодні в Сполучених Штатах і звинувачувати їх у тому, що ті не виконують своїх громадянських обов'язків². У цьому контексті важливою є оцінка нами самих себе. Я вірю, що теж несу відповідальність за політику своєї країни і поясню, за які утиски прав людини я вважаю себе співвідповідальним і чому. Міркуючи над цим аналізом, ви повинні самі судити, чи несете спільну відпо-

¹ Дані, що використані у цьому розділі, були люб'язно надані Бранко Мілановичем, головним економістом Групи дослідження розвитку Світового банку в електронному листі від 25 квітня 2010 р. За його підрахунками, середній річний заробіток на особу в 2005 р. становив 465 доларів, а 30-відсотковий еквівалент – 211 доларів. Б. Міланович є провідним спеціалістом у питаннях визначення нерівності доходів, і його опублікована праця містить подібну, хоча й вже не зовсім сучасну інформацію (див.: [3]). Дані про нерівність доходів і бідність корегують зазвичай на підставі паритету купівельної спроможності (ПКС). Я відкидаю цю практику як невинуватну у випадку нерівності доходів, оскільки вона суперечить даним виявленої порівняльної переваги: багаті люди, які могли б легко переїхати на дешевші для життя місця, не роблять цього, і це свідчить, що вони отримують щось цінне в обмін на більш високі ціни, котрі доводиться платити за спожиті товари та послуги. У разі вимірювання бідності корегування цін дійсно виправдане. Але ПКС для видатків на споживання окремих домогосподарств не може бути застосований тут, оскільки відображає ціни на всі товари і послуги, що домогосподарства споживають по всьому світу, і тим самим недостатньо враховує ціни на основні продукти харчування, які коштують дешевше в бідних країнах, але не так дешево, як пропонує ПКС. Для докладного аналізу див.: [4, с. 79–85, 225].

² Це питання було предметом обговорення між мною та Деброю Сац [5, с. 47, 50–51; 6, с. 80–83].

відальність за політику своєї країни і, якщо так, у яких порушеннях прав людини ви внаслідок цього замішані.

1. Що значить порушувати права людини?

В основі порушення прав людини лежить *казуальна відповідальність (causal responsibility)*¹ агентів за нездійснення прав людини. Ці два аспекти порушення прав людини будуть розглядатися відповідно у параграфах 1.1 та 1.2. У параграфі 1.3 я відволічуся для того, аби сказати кілька слів про нормативність прав людини і їхнє відношення до моралі і права. У параграфі 1.4 я підіб'ю підсумки до першого розділу, при цьому я проаналізую поняття порушення прав людини на основі попередніх параграфів.

1.1. Нездійснення

Конкретне право тієї чи іншої людини є нездійсненим, якщо та не має безпечного доступу до об'єкта цього права. Цей об'єкт є всім тим, на що право людини спрямоване, наприклад: свобода пересування, рівна участь у політичному житті, базова освіта або захист від посягань. Для бідних у всьому світі найбільш актуальним є право людини на доступ до достатнього життєвого рівня. Але ті, хто такого доступу позбавлені, зазвичай не мають, зрештою, безпечного доступу і до об'єктів інших прав людини. Наприклад, через бідність багато людей змушені вступати у трудові відносини, в яких вони зазнають серйозних зловживань із боку керівництва на фабриках чи інших роботодавців усередині країни. Багато жінок наражаються на напади і зґвалтування, тому що не можуть дозволити собі розлучення з чоловіком, не можуть дозволити собі безпечне житло чи повинні діставати воду з віддалених місць. Інших їхніх ж родичі продають для зайняття проституцію, багато-хто стають жертвами торговців людьми, які викрадають їх або обіцяють забезпечити засоби для існування за кордоном. Найбідніші люди вразливі для приниження, виселення, або підневільного становища, тому що вони не мають коштів, аби захистити свої законні права.

Яке ж тоді нормативне значення емпіричного розмежування здійснення і нездійснення конкретного права конкретної особи? Стверджуючи наявність права людини на певний об'єкт, висувають принаймні дві заявки. По-перше, стверджується, що такий безпечний доступ забезпечує важливі інтереси користувача права або іншої людини². По-друге, стверджується, що ці важливі інтереси виправдовують деякі істотні обов'язки інших посадових осіб, щоби гарантувати, що люди насправді мають безпечний доступ до об'єктів їхніх прав людини. Друга заявка не втілюється в життя, якщо забезпечення безпеки доступу не під силу людині, наприклад, людина не може в даний час забезпечити собі чи іншим безсмертя чи досконалу пам'ять. Вона також не спрацює, якщо

¹ Казуальна відповідальність полягає у чистому причинному зв'язку між двома діями чи подіями («Повинь сталася через дощі»). Казуальна відповідальність відрізняється від моральної та юридичної тим, що при визначенні першої не відбувається приписування вини, достатньо лише довести причинний зв'язок між діями чи подіями. — *Прим. перекладача.*

² Наприклад, свобода слова й вираження поглядів мають важливе значення не тільки для тих, хто ними користується активно, вступаючи в комунікацію, а й для всіх тих, хто в неї може вступити; решта користають з цього права опосередковано, бо останнє й зумовлена ним публічність попереджують несправедливість і жорстокість.

зобов'язання контрагента будуть занадто обтяжливими: важливість інтересу в безпечному доступі до сексуальної близькості переважає тягар, котрий для його забезпечення покладатиметься на інших.

Наявність права людини передбачає, що друга заявка буде виконана. Але з цього не випливає, що такі зустрічні зобов'язання існують, навіть коли це право людини є нездійсненим. Якщо людина не має їжі та притулку, її право на достатній життєвий рівень не може бути виконаним, навіть коли немає жодних зобов'язань із боку інших, тому що ніхто не може надати їй те, чого їй не вистачає. Аналогічний висновок напрошується й тоді, коли хтось знаходиться без їжі та притулку в соціальному контексті, де всі інші, які могли б допомогти їй, також є катастрофічно обмеженими в можливостях. Надання допомоги буде занадто обтяжливим. Але такі умови не заперечують можливості існування актуального права людини, тому що не можна категорично стверджувати у всіх випадках про відсутність зустрічного зобов'язання. Коли сьогодні в людей нема доступу до мінімального життєвого рівня, зазвичай є інші, котрих цілком обґрунтовано можна вважати зобов'язаними гарантувати безпечний доступ до найнеобхідніших засобів. Такого самого висновку можна дійти, розмежувавши обов'язки й зобов'язання. Обов'язки є загальними, зобов'язання — конкретними. Скажімо, дехто має загальний обов'язок дотримуватись своїх обіцянок і несе похідне від цього зобов'язання повернути книжку. Обов'язок може потягти зобов'язання лише за певних умов: обов'язок виконувати обіцянки не породжує зобов'язань, якщо, приміром, обіцянок він не давав, а обов'язок дати (якщо для цього є реальна можливість) їжу голодним людям не породжує жодних зобов'язань, коли нема голодних людей, або коли особі і самій катастрофічно не вистачає їжі. Хоча зобов'язань у таких ситуаціях і нема, це все ж не може спростувати твердження про наявність обов'язку дати, поки цей обов'язок насправді породжує зобов'язання в інших ситуаціях, котрі, як ми знаємо, виникають чи можуть виникнути у світі.

Якими ж тоді є обов'язки, котрі відповідають правам людини і, зокрема, праву людини на мінімальний життєвий рівень? Вдалим кроком у напрямі до відповіді на це питання буде аналіз тріади поважати-захищати-здійснювати, яка стала однією з основних тем, котрі обмірковують учасники міжнародних відносин. Ця тріада вимагає нагадати про фундаментальну роботу Генрі Шу «Основні права» (*Basic Rights*) (1980), де стверджується, що кожному основоположному праву відповідають три різних зустрічних обов'язки: уникати утисків, захищати від утисків і допомагати тим, хто їх зазнав [7, с. 60].

Натхнені цією типологією, Філіп Елстон й Асбріорн Ейді популяризували означену тріаду у 1980-х [8, с. 169–174; 9]. Надалі її ретельно розробили у знаменитому Зауваженні загального порядку № 12, прийнятому в 1999 р. Комітетом ООН з економічних, соціальних і культурних прав. Стаття 15 Зауваження загального порядку звучить так: «Право на достатнє харчування, як і всі права людини, накладає на держави-учасниці зобов'язання трьох видів або рівнів: зобов'язання поважати, захищати і здійснювати. У свою чергу, зобов'язання здійснювати включає як обов'язок полегшувати, так і обов'язок забезпечувати. Зобов'язання поважати існуючий доступ до достатнього харчування вимагає від держав-учасниць не вживати ніяких заходів, що перешкоджають такому досту-

пу. Зобов'язання захищати вимагає прийняття державою заходів щодо забезпечення того, щоб юридичні або фізичні особи не позбавляли фізичних осіб доступу до достатнього харчування. Зобов'язання здійснювати (полегшувати) означає, що держава повинна реально проводити заходи з розширення доступу людей до ресурсів і засобів забезпечення їхнього існування та використання ними цих ресурсів і засобів, включаючи продовольчу безпеку. Нарешті, у тих випадках, коли окрема особа або група осіб із незалежних від них причин виявляються не в змозі користуватися правом на достатнє харчування, використовуючи засоби, котрі знаходяться в їх розпорядженні, держави зобов'язані безпосередньо здійснювати (забезпечувати) це право. Це зобов'язання також діє стосовно осіб, які стали жертвами природних або інших катастроф» [10].

Ці міркування значною мірою ґрунтуються на двох обмеженнях, що їх вважають само собою зрозумілими у світі міжнародних відносин, а саме, що права людини накладають зустрічні обов'язки тільки на держави, і що права людини зазвичай накладають зустрічні обов'язки тільки на державу або держави, під юрисдикцію котрих людина підпадає у зв'язку зі своїм фізичним перебуванням на їх території або у зв'язку з правовим зв'язком громадянства або проживання. Я виділяю ці обмеження, тому що згодом я піддам сумніву всі їх разом: а саме, що нездійсненні права людини, які стосуються бідних іноземців, котрі перебувають за кордоном, накладають зустрічні праволюдні зобов'язання тільки на свої уряди і співвітчизників, але не на всіх інших.

1.2. Співвідношення прав людини з позитивним правом і мораллю

Два обмеження глибоко вкоренилися у значній за обсягом галузі прав людини, яка виникла після Другої світової війни як на міжнародному рівні, так і в межах багатьох національних юрисдикцій. Але права людини є не лише частиною позитивного права, а й моральним стандартом, якому останнє повинне відповідати. Позитивне право увібрало у себе права людини таким чином, що ті сягають за його межі: правам людини притаманна нормативність, тобто їхнє існування не залежить від позитивного права. Вони не можуть бути переглянуті або скасовані за вказівкою законодавчої чи судової влади або міжнародними договорами чи звичаями. Це положення підкреслюється юридичним розмежуванням міжнародного й звичаєвого міжнародного права *ius cogens*, сукупності норм, чия чинність вважається такою, що не залежить від розсуду держав¹. Це положення наголошується у багатьох юридичних документах, як-от у перших словах Загальної декларації прав людини, котрі закликають до «визнання гідності, яка властива всім членам людської сім'ї, і рівних та невід'ємних їх прав» (курсив мій. — Т. П.) [2]. З таким формулюванням, відображеним у численних зверненнях до «визнаних на міжнародному рівні прав людини», уряди представляють себе як такі, що визнають певні права у своєму позитивному праві, а не створюють їх із чистого листа. Використання ними слова «невід'ємне» посилює цей висновок: невід'ємне право є правом, яке його власники не можуть втратити ані через те, що вони роблять самі (відмова або вилучення), ані через те, що роблять інші, як-от внаслідок зміни закону. Національне та міжнародне

¹ Зазвичай до *ius cogens* зараховують принаймні норми, що забороняють загарбницькі війни, геноцид, рабство, катування, військову агресію і піратство.

право не заявляють, що вони є джерелами прав людини, але, навпаки, стверджують, що всі людські істоти володіють певними правами людини незалежно від того, чи ті визнаються у відповідних юрисдикціях, чи не визнаються ніде взагалі. Спосіб відображення прав людини у позитивному праві вказує, що ці права існували перш ніж вони були кодифіковані і продовжуватимуть існувати, навіть якщо б уряди відкликали своє юридичне визнання.

Народжене у страхітливому правовому свавіллі в нацистській Німеччині, це самообмеження права є великим поступом в історії людської цивілізації. Підтримання цих прав лише на тій підставі, що так колись зробили уряди, суперечить самій сутності їх підтримання. Держави пішли на цей крок задля того, аби підкреслити, що права людини не залежать від їхнього схвалення. Було визнано, що якби війну виграли нацисти, ті все одно не змогли б скасувати права людини (хоча вони могли б, звичайно, систематично порушувати їх своїм законодавством і практикою). Права людини випереджають їх визнання. Правові документи, в яких уряди формулюють права людини і пояснюють свої зустрічні обов'язки з їх виконання, безумовно, заслуговують на пильну увагу. Але при їх вивченні треба розуміти, що за своєю сутністю вони не можуть бути визначені. Чи є права людини, що ті собою являють — на ці питання не можна знайти відповіді у джерелах права самих по собі. І Шу, і автори Зауваження загального порядку № 12 підходять до вирішення означених питань у цьому ж дусі, і я буду слідувати їх прикладу.

1.3. Від нездійснення до порушення

У чому полягає взаємозв'язок між нездійсненням права людини і його порушенням? Тут ми повинні відрізнити різні види причинних зв'язків, за посередництвом яких поведінка певного агента може вплинути на здійснення прав людини. Зауваження загального порядку № 12 проводить таке розмежування у чотирьох відношеннях. При його реконструкції без штучних обмежень для держав можна сказати, що права людини можуть накладати на посадових осіб чотири різних види обов'язків: обов'язки *поважати* права людини, обов'язки щодо *захисту* (безпечний доступ до об'єктів) прав людини, обов'язки *надати* об'єкти прав людини (забезпечити доступ до них) і обов'язки *полегшити* виконання прав людини. Мої міркування щодо цих чотирьох видів обов'язків акцентують увагу на тих випадках, коли порушення обов'язку вважається порушенням прав людини. Це виключає порушення праволюдських обов'язків сторонніми спостерігачами, які можуть, але не зобов'язані захищати й надавати об'єкти прав. Вони не є порушниками прав людини, якщо вони утримуються від таких дій. Нездійснене право людини вказує на його порушення, тільки якщо є агенти, котрі безпосередньо відповідальні за нездійснення конкретних прав людини, навіть при тому, що вони могли і повинні були знати, що їх поведінка потягне такі наслідки.

Найочевидніші порушення прав людини пов'язані з порушенням обов'язку поважати такі права, тобто обов'язку «не вживати ніяких заходів, що перешкоджають» безпечному доступу людської істоти до об'єкта відповідного права людини. Як впливає з означеного негативного формулювання, цей обов'язок задуманий саме як негативний: його можна виконати, не роблячи нічого, а от

порушити можна лише шляхом застосування активних заходів. Він забороняє будь-які дії, яких можна об'єктивно уникнути і внаслідок котрих можна очікувати створення перешкод людській істоті в користуванні безпечним доступом до об'єкта права людини.

Обов'язки захищати й надавати (забезпечувати) є позитивними, оскільки вимагають активного втручання. Отже, порушення цих обов'язків не тягнуть за собою порушень прав людини. Ці два види позитивних обов'язків відрізняються за типом загроз, що їх активують, і способом втручання, котрого ті вимагають. Обов'язок захищати вимагає від агентів вжити *превентивних* заходів, коли здійснення прав людини знаходиться під загрозою *соціальних* чинників: ця загроза може походити від інших агентів, які, можливо, ненавмисно, схильні діяти способами, які створюють небезпеку для доступу до права. Обов'язок вимагає зробити об'єкт права людини безпечним шляхом запобігання як потенційно шкідливим діям, так і потенційно шкідливим наслідкам. Обов'язок забезпечувати вимагає не блокувати загрозу, а нейтралізувати її шкідливі наслідки. Обов'язки обох видів можуть заміщувати один одного, оскільки виконання першого лишається ілюзорним, доки не виконується другий: якщо війська ООН прорвали облогу міста і тим самим відновили звичайне постачання продовольства, то виникає обов'язок забезпечувати продовольством своє населення, і навпаки, якщо ООН надає продовольство для людей міста, вона тим самим запобігає виникненню заснованого на праві людини зобов'язання прорвати облогу.

Обов'язок із реагування на стихійні лиха, які загрожують реалізації прав людини, як правило, класифікуються як зобов'язання забезпечувати. Унаочнений у документах з прав людини (у тому числі в Зауваженні загального порядку № 12), він спричинює прикрі наслідки, бо приховує той факт, що, як у випадку із соціальними загрозами, завдання може бути розв'язане двома принципово різними способами: можна або запобігти тому, щоби шкода торкнулася людей, або ж надати їм допомогу у боротьбі з нею. За інерцією увагу зосереджують на останньому підході, і майже всі міжнародні зусилля щодо стихійних лих дійсно орієнтовані на допомогу *за фактом*, а не на (часто менш капіталомісткому) запобіганні ним. Хорошим кроком у напрямі до виправлення цього ірраціонального звичаю було би виокремлення обов'язків щодо захисту людей від стихійних лих як окрема категорія праволюдських обов'язків.

Як ми визначили, будучи позитивними, обов'язки захищати й надавати значною мірою не відповідають тематиці порушення прав людини. Проте, тут стосовно них слід зробити принаймні два зауваження. По-перше, ті, хто заважають ефективно виконувати обов'язок захищати або забезпечувати, зазвичай порушують обов'язок поважати і можуть вважатися порушниками прав людини. Наприклад, ті, хто наказав генералу Ромео Далеру не конфіскувати зброю, яку ополченці Інтерахамве збирали в Кігалі у 1993–1994 рр., порушували свій обов'язок поважати права людини, припускаючи, що вони могли і повинні були знати, що Далер мав слухність в оцінці того, для чого ця зброя була призначена [4, с. 168–169]. Перешкоджання з їхнього боку було *активним* втручанням, що передбачувано призвело до геноциду, якого можна було уникнути.

По-друге, навіть нездатність захистити або забезпечити може являти собою порушення прав людини у випадках, коли посадова особа взяла на себе особли-

ву роль, яка включає в себе захист або надання (безпечного доступу до) об'єктів прав людини. Наприклад, якщо поліцейський нічого не робить, спостерігаючи напад із застосуванням насильства, то він не просто не виконує свого обов'язку захищати (це допустимо для цивільного спостерігача), а й свого негативного обов'язку поважати права людини: обов'язок не найматися на службу, якщо потім не зможеш впоратись із відповідними завданнями. Це аналогічно обміркованому вище випадку про обіцянку, де обов'язок її не порушувати хоч і є негативним, може породжувати позитивне зобов'язання зробити, як обіцяв. Аналогічно з роллю поліцейського, рятувальника, лікаря тощо: порушення прав людини відбувається тоді, коли дехто бере на себе таку роль, а потім не виконує свого завдання таким чином, що передбачувано й відвратно створює небезпеку для того, щоб інші користувались безпечним доступом до об'єктів значущих для них прав людини.

Розкриваючи обов'язок полегшувати (сприяти), Зауваження загального порядку № 12 передбачає, що «держава повинна реально проводити заходи з розширення доступу людей до ресурсів і засобів забезпечення їх існування та використання ними цих ресурсів і засобів, включаючи продовольчу безпеку» [10]. Не зупиняючись на тріаді поважати-захищати-здійснювати, Зауваження загального порядку № 12 чітко розмежує обов'язок полегшувати (сприяти) і обов'язок надати (забезпечувати), а також визнає його достатньо важливим для того, аби виділити в окрему категорію. Це відображає визнання того, що міра здійснення права людини залежить від сукупності умов, що існують у суспільстві. Деякі з таких умов піддаються змінам людиною дуже незначно чи вкрай повільно. Але дія навіть цих умов формується на тлі інших, які значною мірою перебувають під контролем людини. Найбільше значення тут має те, як держава структурує та організовує суспільство. Наприклад, структура економіки суспільства має визначальний вплив на розподіл доходів і багатства; організація системи кримінального правосуддя значною мірою впливає на те, яка небезпека загрожує громадянам у результаті злочинної діяльності, а від організації системи освіти істотно залежить те, які можливості матимуть різні групи громадян для ефективної участі в політиці й захисті своїх законних прав. Погано організовані суспільства становлять великі загрози об'єктам прав людини своїх громадян. У відповідь на ці загрози можна спробувати переконати правлячу еліту та інших громадян у важливості їх обов'язків поважати, захищати і забезпечувати. Але такі звернення мають обмежене застосування в суспільстві, де члени еліти мають змогу безкарно займатись розкраданнями, або в якому громадяни, які працюють на захист прав своїх співгромадян, переслідуються і піддаються довільному жорстокому поводженню з боку організацій, чий статус і правова основа є туманними. Що таке суспільство потребує, то це структурної реформи: реорганізації.

Таким чином, обов'язки полегшувати є вирішальним доповненням, яке підкреслює життєву важливість інституційної схеми для реалізації прав людини. Ця важливість випускається з уваги через суто інтеракційне розуміння реалізації прав людини, яке можна, дещо спрощено, зобразити таким чином: 1) права людини будуть повсюдно реалізовані, якщо всі посадові особи виконуватимуть свій обов'язок поважати такі права; 2) деякі посадові особи не в змозі зробити це

і їхня схильність до порушення прав людини викликає в інших обов'язок щодо захисту; 3) бажання або здатність посадових осіб виконувати свої обов'язки із захисту є недостатніми, щоби стримувати і запобігати всім порушенням обов'язку поважати права людини; 4) цей факт, поряд із виникненням стихійних лих, які можуть також зашкодити виконанню прав людини, породжує обов'язки забезпечувати, тобто обов'язки допомогти людям подолати перешкоди, які ускладнюють або роблять небезпечним доступ до об'єктів їхніх прав людини¹.

Отже, суто інтеракційний аналіз утисків прав людини слід доповнити аналізом інституційним, який відстежує зв'язок таких утисків не з протиправною поведінкою індивідуальних і колективних посадових осіб, а з несправедливістю у розробці соціальних інститутів: у правилах і процедурах, ролі органів влади щодо структурування й організації суспільства та інших соціальних систем. Ці два види аналізу часто доповнюють один одного. Таким чином, кожен випадок рабства включає людей, які (як правило, із застосуванням насильства або залякування) підкорюють собі інших людей, а збереження рабства в масовому масштабі включає такі несправедливі соціальні інститути, як правовий захист права власності на осіб або (у наш час) масове поширення загрозливої для життя бідності і чинне невизнання національними правовими системами прав людини бідних іноземців із менш розвинених країн². Аналогічно, кожне згвалтування чоловіком свої дружини є моральним злочином, а істотна їх поширеність демонструє несправедливість на інституційному рівні в законодавстві й при підготовці співробітників поліції та судових органів.

На противагу цим справам, де діє засада компліментарності, є також багато інших, де інституційний аналіз виходить за рамки аналізу інтеракційного і, таким чином, забезпечує обґрунтовані відповіді на утиски прав людини, що на рівні чистого інтеракційного аналізу залишаються ілюзорними. Таким чином, бідність і голод є типовими систематичними проблемами сьогодення, що виникають у контексті певного економічного ладу внаслідок поведінки багатьох учасників ринку, котрі не можуть передбачити, яким чином їхні рішення, а разом з тим і рішення багатьох інших вплинуть на конкретних осіб або навіть загальний рівень бідності і голоду. Хоча цілком очевидно, що саме повинні робити чоловіки для того, щоби поважати право своїх дружин на фізичну безпеку, може бути досить незрозумілим, від чого повинні утриматись учасники ринкових відносин задля поваги до права людини на достатній життєвий рівень. Це право людини може бути якнайкраще реалізоване через відповідні соціально-економічні інститути, а країни, які це розуміють, так і зробили, запровадивши відповідний інституційний механізм.

¹ Таке розуміння «відмови від обов'язку» запропоноване Джеремі Волдроном у його роботі «Зіткнення прав» (Rights in Conflict) (1989) [11, с. 503, 510]. Див. також післямову в «Основних правах» Г. Шу [7]. Обидва автори розуміють важливість організації й реформи інституційної схеми задля реалізації прав людини. Див. також [12, с. 113].

² Кількість рабів сьогодні зазвичай оцінюють приблизно у 27 мільйонів. «Нині рабів більше, ніж тих, котрих вилучили з Африки протягом чотирьох століть трансатлантичної работоргівлі. Сучасна торгівля людьми конкурує з незаконним обігом наркотиків в її глобальному характері і в руйнуванні життя» [13].

Тоді як інституційний аналіз моралі має тривалу історію¹, одним із недавніх його зразків була визначна робота Джона Ролза «Теорія справедливості» (*A Theory of Justice*) (1971) [15]. Зосередивши увагу на соціальних інститутах і особливо на базисній структурі національного суспільства в сучасних умовах, нормативні повідомлення цього твору адресовані громадянам такого національного суспільства, пропонуючи пояснити їм їх «природний обов'язок бути справедливими», який, на міркування Ролза, «вимагає від нас підтримувати і підкорятись лише справедливим інститутам, які існують і застосовні до нас... [а також] майбутнім справедливим упорядкуванням, котрі ще не встановлені» [15, с. 115, 246, 334]. Його аргумент на користь такого природного обов'язку особливо зосереджується на тому, як громадяни можуть на інституційному рівні управляти соціально-економічною нерівністю і нестатками, навіть якщо вони не можуть цього зробити засобами індивідуального захисту або іншим чином. Але аргумент Ролза також пов'язаний із серйозним і вельми істотним недоліком, а саме неосмисленим припущенням, що обов'язки громадян у зв'язку з соціальними інститутами, до роботи яких вони долучаються через проектування чи схвалення, є обов'язками позитивними. У згаданій роботі Ролз наочно класифікує наші природні обов'язки щодо інституційного механізму як позитивні, уподібнюючи їх позитивним обов'язкам взаємодопомоги і взаємної поваги, водночас протиставляючи їх негативним обов'язкам не ображати й не шкодити невинним [15, с. 109]. Підтверджуючи широко поширене припущення, що «коли відмінність зрозуміла, негативні обов'язки важливіші за позитивні» [15, с. 114], Ролз тим самим не бере до уваги нашу відповідальність за справедливість, що несуть наші спільні соціальні інститути.

Після Ролза політичні мислителі та юристи беззаперечно прийняли його класифікацію, не усвідомлюючи ані її важливості, ані спірності. Отже, Зауваження загального порядку № 12 встановлює, що «держава повинна реально проводити заходи з розширення доступу людей до ресурсів і засобів забезпечення їх існування та використання ними цих ресурсів і засобів, включаючи продовольчу безпеку» [10]. Складне формулювання в Шу теж є позитивним: він розглядає наш значущий обов'язок розробляти такі інститути, котрі не створюють сильних стимулів для порушення прав людини — але він не говорить про те, що ми *не* повинні розробляти й підтримувати соціальні інститути, які створюють потужні стимули для порушення прав людини.

Проблема тут полягає не в тому, що нема громадянських обов'язків, про які забув сказати Ролз разом зі своїми попередниками. Проблема полягає у змісті обов'язків та їхній значущості. Згідно із загальноприйнятою точкою зору на цей час, соціальні інститути можуть чинити істотний вплив на життя своїх членів, а отже, уряд і громадяни повинні змінити на краще діяльність цих інститутів, з тим щоб сприяти зростанню їхньої справедливості (Ролз) або реалізації прав (Шу). Втім цей позитивний обов'язок не свідчить на користь принципової відмінності між соціальними інститутами власного й чужого суспільства. Зобов'язання турків сприяти зростанню справедливості соціальних інститутів Туреччини знаходиться на одному рівні з їхнім же зобов'язанням сприяти підвищенню справедливості соціальних інститутів Парагваю.

¹ Важливою віхою в англomовній дискусії є праця Джеремі Бентама [14].

Моє прагнення покращити цю теорію можна продемонструвати за допомогою такої драматичної аналогії. Уявіть собі водія, якому трапилася сильно постраждала дитина на узбіччі дороги. Будучи місцевим, водій знає, як швидше доставити хлопчика до найближчого відділення невідкладної допомоги. Водій розуміє, від того, чи відвезе він дитину туди, чи ні, швидше за все, залежатиме життя дитини. Враховуючи все це, обов'язок водія допомагати людям, котрі перебувають у скрутному становищі, породжує нагальне зобов'язання відвезти хлопчика до лікарні.

Тепер додамо ще одну деталь до історії, а саме, що водій безпосередньо відповідалий за стан хлопчика: він говорив по своєму мобільному телефону, коли раптом збив хлопчика, бо побачив його занадто пізно, а відреагував занадто повільно. Ця нова обставина не впливає на початковий висновок, що водій повинен везти хлопчика до лікарні. Утім цей висновок тепер спирається на додаткові вагомні моральні доводи: якщо хлопчик помре, то це означатиме, що водій його вбив. Негативний обов'язок не вбивати, таким чином, породжує інше, ще більш нагальне зобов'язання з ідентичним змістом: водій повинен везти хлопчика до лікарні так швидко, як можна в межах безпеки.

Ключовим моментом цієї аналогії є те, що громадяни загалом мають два зобов'язання, щоби зробити соціальні інститути їхнього суспільства більш справедливими. Перший походить від загального позитивного обов'язку сприяти справедливості соціальних інститутів заради забезпечення прав і потреб людини будь-де. Другий походить від негативного обов'язку не брати участі в розробці або застосуванні несправедливих соціальних інститутів до інших людей. У відношенні до рідного для громадянина суспільства, зміст цих двох зобов'язань по суті один і той самий. Але вони відрізняються за нагальністю. За інших рівних умов гірше допустити породження несправедливості, якщо людина є її співучасником, ніж якщо вона є просто стороннім спостерігачем. Якщо несправедливість проявляється в утиску прав людини, то ця людина буде порушником прав людини в першому випадку, але не в другому. Це забезпечує додаткове, сильніше і не інструментальне обґрунтування того, чому пересічні турецькі громадяни повинні зосередити свої зусилля на політичних реформах передусім у Туреччині, а не в Парагваї. Якщо Туреччина організована таким чином, що істотні й відворотні утиски прав людини продовжують відбуватися, то турецькі громадяни теж беруть участь у порушенні прав людини. Вони не причетні до аналогічних інституційних несправедливостей Парагваю¹.

У Зауваженні загального порядку № 12 слушно визнається, що здійснення прав людини істотно залежить від соціальних інститутів і права визнавати (висуваючи позитивні обов'язки сприяти як окрема категорія) обов'язки людини у відношенні до інституційного механізму. Однак до цього слід додати й іншу групу негативних обов'язків: не брати участі в розробці або застосуванні соціальних інститутів, які передбачувано й відворотно призводять до нездійснення прав людини. Ці обов'язки близькі до обов'язків сприяти у своїх рамках соціаль-

¹ У другому розділі я продемонструю можливість того, що громадяни Туреччини можуть через їхній уряд бути причетні до розробки й застосування несправедливих наднаціональних інституційних механізмів, що мають стосунок до утисків прав людини у Парагваї.

ним інститутам і суміжної мети скорочення дефіциту прав людини через інституційні реформи. Вони близькі до обов'язків поважати у властивому їм негативному змісті: порушником прав людини можна стати тільки порушивши обов'язок поважати й обов'язок не співпрацювати.

1.4. Права людини та наднаціональні інституційні механізми

Як свідчить викладене вище, поняття порушення прав людини є реляційним предикатом¹, що включає конкретні обов'язки конкретних посадових осіб у зв'язку з нездійсненням прав людини. Коли багато парагвайців не в змозі досягти достатнього життєвого рівня, то це може вказувати на порушення прав людини з боку політичної та економічної еліти Парагваю, оскільки вони спільно запроваджують несправедливі соціальні інститути в Парагваї, а також остільки, оскільки вони жорстоко поведуться з робітниками серед корінного населення й найманими працівниками. Ті ж утиски прав людини безпосередньо вказують на порушення позитивних зобов'язань з боку багатих громадян Туреччини, котрі — навіть якщо й не зроблять нічого з того, що можна було би легко зробити на захист, забезпечення або сприяння безпечному доступу парагвайців до об'єктів їх прав людини — не задіяні у зловживанні, проектуванні або застосуванні до них несправедливих соціальних інститутів. І ті самі утиски прав людини можуть не вказувати на будь-яке порушення обов'язків з боку бідних громадян Сьєрра-Леоне чи навіть більшої частини найбідніших громадян Парагваю — перші просто не в змозі поліпшити умови життя бідних парагвайців, а від останніх не можна на розумних підставах вимагати бути морально зобов'язаними брати на себе проведення політичних акцій, спрямованих на реалізацію власних прав людини, як і прав всіх інших, коли такі дії є надмірно ризикованими або затратними для них.

Нагадаймо два центральних моменти в понятті порушення прав людини. Одним із них є заклик опиратися тенденції розбухання терміна «порушення прав людини», тобто коли його використовують широко, щоб охопити всі випадки їх невиконання, котрих можна було уникнути. Якщо це можливо, вираз повинно бути врятовано від політичних проповідників і балачок ЗМІ, котрі завжди шукають яскравих виразів, щоб показати, наче вони переймаються більше за інших. Порушення прав людини не є такими трагічними із серії, як-от руйнування міста метеоритом чи винне ненадання допомоги й захисту. Порушення прав людини є злочинами, що скоєні конкретними посадовими особами, яких слід визначити, а потім переконати змінити свою поведінку або ж зупинитися.

Другий момент полягає в тому, що порушення прав людини бувають двох видів, один з яких — що не дивно — було упущено. Існує інтеракційний різновид, де індивідуальні чи колективні агенти вчиняють винні дії, якими умисно чи з необережності людську істоту буде позбавлено безпечного доступу до об'єктів її прав людини. І є інституційний різновид, де агенти розробляють і запроваджують інституційні механізми, якими умисно чи з необережності але з їх вини

¹ У логіці реляційні предикати розглядають як засоби вираження відношення між предметами, наприклад, у реченні «Петро — брат Івана» слова «брат Івана» виступають реляційним предикатом суб'єкта «Петро». — *Прим. перекладача.*

людську істоту буде позбавлено безпечного доступу до об'єктів прав людини. Те, що останній різновид випускається з уваги тими, кому пощастило теоретизувати навколо справедливості й прав людини, пов'язано з тим, що його визнання може привести до викриття великого злочину проти людства, що відбувається зараз, і у вчиненні якого ці теоретики та їхні читачі беруть участь. Цей злочин полягає в розробці та застосуванні несправедливих наднаціональних інституційних механізмів, які передбачувано й відвратно спричиняють щонайменше половину всієї великої бідності, котра, своєю чергою, безумовно є головним чинником сучасних глобальних утисків прав людини.

Свідомо чи несвідомо, теоретики права приховують цей злочин двома основними способами. Традиційний спосіб заплутати справу зображає національні кордони як моральні вододіли. Кожна держава несе відповідальність за здійснення прав людини на своїй території і відповідальність зарубіжних суб'єктів обмежена (щонайбільше) позитивним обов'язком допомоги¹.

Є спосіб заплутування, винайдений на сучасному етапі. Його виникнення й успіх багато в чому пояснюються феноменом глобалізації. У процесі перетворення традиційної галузі міжнародних відносин центральним компонентом глобалізації стало створення більш щільної і впливової глобальної системи правил поруч із квітучим набором нових міжнародних, наднаціональних і багатонаціональних суб'єктів. Ці транснаціональні правила і суб'єкти проникають глибоко у внутрішній життєвий простір особливо бідних національних суспільств шляхом формування та регулювання не тільки постійно зростаючої частки інтеракцій, які перетинають національні кордони, а й все частіше інтеракцій суто внутрішніх. У зв'язку з очевидно глибоким впливом, що ці правила й транснаціональні суб'єкти чинять на життя людей по всьому світі, стала ще більш відчутною неспроможність забезпечувати вільні від них моральні зони, в яких поняття справедливості не застосовується². Отже, сучасний підхід робить майже те ж, визнаючи обов'язок сприяти *реалізації* прав людини. На додаток до позитивних обов'язків зробити свій внесок у відновлення, захист і надання відсутніх об'єктів прав людини, сьогодні агентам призначено додаткове зобов'язання — сприяти реалізації прав людини шляхом вдосконалення інституційних механізмів. Як і у випадку з двома іншими позитивними обов'язками, цей новий обов'язок розуміється як «недосконалий», залишаючи його носіям значну свободу розсуду у питанні, що і якою мірою вони будуть робити. Звідси лишається зробити невеликий крок до позиції Сполучених Штатів, викладеній у «заявці про тлумачення», котру було зроблено стосовно Римської декларації про всесвітню продовольчу безпеку: «досягнення будь-чийого права на харчування» або «основоположного права на свободу від голоду» — це мета чи прагнення, яке повинне здійснюватися поступово, не породжуючи жодних міжнародних зобов'язань» [18].

Сучасний спосіб заплутування є кроком уперед у визнанні того, що зростання наднаціональних інституційних структур є ані морально, ані причинно без-

¹ Ролз пояснює цю традиційну точку зору, що обмежується визнанням такого позитивного обов'язку допомоги [16, с. 37, 106–119].

² Як це було зроблено услід за Ролзом Томасом Негелем [17].

стороннім. Але пропонуючи нам поратись із нескінченним завданням щодо вдосконалення наднаціональних інституційних механізмів, означений сучасний спосіб заплутування представляє цю відповідальність як виключно позитивну і тим самим зміцнює центральне положення доктрини, що лежить в основі традиційного способу заплутування: іноземці можуть порушити права людини виключно за допомогою насильницького транскордонного втручання. Хоча визнається, що наш спосіб побудови наднаціональних інститутів чинить істотний вплив на здійснення прав людини у всьому світі, сучасний спосіб заплутування приховує ще одну важливу можливість: що чинний наднаціональний інституційний порядок є докорінно несправедливим і «поступове поліпшення» суті проблеми не вирішує. Були часи, коли люди говорили про необхідність поступового поліпшення становища рабів — про законодавчі зміни, які могли би сприяти встановленню для них більш терпимих умов життя, обмеженню згвалтувань, побиттю, роз'єднанню сімей, зниженню непосильної праці й гарантуванню мінімально достатнього харчування, житла і часу відпочинку. Але, коли рабство було визнане фундаментально несправедливим, єдиною адекватною відповіддю на це було його скасування. Інституційна несправедливість не є чимось, що буде поступово зменшуватись, поки ми дримаємо. Вона має бути усунута через інституційні реформи так швидко, як це можливо, згідно з негативним обов'язком не нав'язувати несправедливих соціальних інститутів і, зокрема, тих, які передбачувано призводять до утисків прав людини, котрих можна уникнути. У зв'язку з цим, сильна бідність і рабство знаходяться на одному рівні: коли є розумна можливість запровадити соціальні інститути, котрі допоможуть уникнути утисків прав людини, тоді застосування тих соціальних інститутів, які їх утверджують, становить порушення прав тих, кого ці інститути допомагають тримати у рабстві і бідності.

2. Ми порушуємо права бідних у світі: емпіричний доказ

Тепер ми готові розглянути головні твердження, заявлені мною: існує наднаціональний інституційний режим, котрий передбачувано призводить до масових і відворотних утисків прав людини, а також, що застосовуючи спільно цей вкрай несправедливий інституційний порядок, ми порушуємо права бідних у світі.

У параграфі 1.4 я показав, що теоретики права опосередковано підтримують цю несправедливість тим, що у своїх переліках праволюдних обов'язків не знаходять місця для негативного обов'язку не співпрацювати у введенні несправедливих інституційних механізмів. У цьому розділі буде показано, як ті дослідники, котрі працюють з емпіричними даними (далі за текстом — «емпіричні теоретики». — *Прим. перекладача*), підтримують цю ж несправедливість, стверджуючи, що глобалізація допоможе бідним (2.1) і що інші причини бідності є внутрішніми для суспільства, в яких та має місце (2.2). У параграфі 2.3 наводяться деякі роздуми про те, що ми повинні робити у світлі дійсних причин глобальної бідності.

Можливо, буде корисно перейти до обговорення після короткого нагадування про стан теперішнього виконання прав людини. Майже половина всього людства живе у стані великої бідності і близько чверті — у стані крайньої і

небезпечної для життя бідності. От деяка статистика з цього приводу: 925 мільйонів людей хронічно недоїдають [19]; 884 мільйони — не мають доступу до чистої питної води [20]; 2,5 мільярда — живуть в антисанітарних умовах [21] і майже 2 мільярди — не мають регулярного доступу до важливих для здоров'я медикаментів [22]. Близько 1 мільярда людей позбавлені належного житла [23]; 1,6 мільярда — не мають доступу до електроенергії [24]; 796 мільйонів дорослого населення неписьменні [25]; 215 мільйонів дітей змушують працювати [26]. Близько третини всіх людських смертей, по 18 мільйонів щороку, пов'язані з бідністю [27].

2.1. Чи допомагає бідним глобалізація?

Один зі способів сперечатися з твердженням, що ми порушуємо права бідних, полягає в доведенні того, що, оскільки відсоток дуже бідних людей знижується (перша з цілей розвитку тисячоліття, ЦРТ-1, сформульована саме так), глобалізація і наднаціональні інституційні механізми, котрі та принесла з собою, поліпшують становище бідних. Цей аргумент використовує хибний висновок. Смісл стандарту криється не в тому, що багато бідних покращили своє становище в останню чверть століття глобалізації, а в тому, чи могли би ми знайти альтернативний реалістичний шлях для глобалізації, котрий би змінив на краще схему наднаціональних інститутів, які привели б до значно менших утисків прав людини наприкінці цього періоду. Якщо така реалістична схема існує, то ми порушуємо права бідних, застосовуючи до них наявні інституційні механізми. Припустимо за аналогією, що хтось би заперечував, що інституційний порядок санкціонування та забезпечення рабства чорношкірих у Сполучених Штатах в 1845 р. порушує права рабів, а як аргумент вказував би, що кількість рабів зменшується, їх продовольче становище поступово поліпшується і що випадки жорстокого поводження (як-от згвалтування, побиття різками і роз'єднання сімей) також скорочуються. Чи применшують такі факти, *хоча би якось*, вагомість твердження, що сам інститут рабства порушує права людини? Якщо відповідь буде негативною, то сам факт, що найгірші труднощі, пов'язані з бідністю, знижуються, не може спростувати твердження, що застосування нинішнього всесвітнього інституційного порядку порушує права людини. Суть питання не в тому, як саме у кількісних показниках зменшилися утиски прав людини, а скоріше, наскільки та якою мірою чинний наднаціональний інституційний механізм, за роботу якого ми відповідальні, спроможний виправляти наявні утиски прав людини¹.

Зважаючи на цей заснований на здоровому глузді стандарт, подивимось, як глобалізація торкнулася питання харчування різних сегментів світового населення².

¹ Цей параграф заснований на моїй відповіді Матіасу Ріссе [6, с. 55–58]. Більш розгорнутий варіант дискусії про дані для підрахунку інституційної шкоди див.: [28].

² Ці дані були люб'язно надані мені Бранко Мілановичем зі Всесвітнього банку в особистому електронному листуванні.

*Динаміка загальносвітових доходів домогосподарств у проміжку
з 1988 р. по 2005 р.*

Сегмент світового населення	Частка у загальносвітових доходах домогосподарств у 1988 р.	Частка у загальносвітових доходах домогосподарств у 2005 р.	Абсолютна зміна частки доходів	Відносна зміна частки доходів
Найбагатші 5 відсотків	42,87	46,36	+3,49	+8,1 %
Наступні 5 відсотків	21,80	22,18	+0,38	+1,7 %
Наступні 15 відсотків	24,83	21,80	-3,03	-12,2 %
Друга чверть	6,97	6,74	-0,23	-3,3 %
Третя чверть	2,37	2,14	-0,23	-9,7 %
Найбідніша чверть	1,16	0,78	-0,38	-32,8 %

Як видно з таблиці, за період глобалізації становище найбагатшого сегменту в глобальному розподілі доходів (двадцять частина всього населення) покращилось, в той час як у найбідніших чотирьох п'ятих, навпаки, погіршилось. Із найважчими втратами найбіднішої чверті відбулася драматична поляризація: лише за 17 років співвідношення між середніми доходами у верхній групі і найбіднішою чвертю злетіло зі 185 до 297. Дані таблиці також показують, що, як не дивно, проблема бідності в світі — така неймовірно велика з точки зору окремої людини — крихітна в глобальному економічному плані. У 2005 р. доходи бідних світу були нижчими від мінімально необхідних для достатнього життєвого рівня лише на 2 відсотки від загальносвітових доходів домашніх господарств, що дорівнює 1,2 відсотка від світового доходу (суми всіх валових національних доходів)¹. Всесвітній розрив бідності міг бути двічі покритий за рахунок зростання частки найбагатшої групи у проміжок між 1988 р. та 2005 р. Ураховуючи ці факти, було би дуже неправдоподібно заперечувати, що масової бідності сьогодні неможливо розумно уникнути.

З огляду на те, що найбідніша чверть населення світу втратила третину своєї і без того вже абсурдно малої частки у світових доходах домашніх господарств, вже не дивує, що дуже велика кількість людей продовжує існувати нині в умовах життєвого рівня, що є значно нижчим від достатнього. Найбільш правдоподібні цифри у цьому відношенні, надані Продовольчою і сільськогосподарською організацією ООН (далі — ПСО), стосуються людей, котрі недоїдають².

¹ Це приблизно відповідає цифрам Світового банку, підрахованим на основі ПКС: у 2005 р. 3,085 мільйона людей перебували у стані сильної бідності, а нестача їхніх колективних бюджетів — так званий розрив бідності (сума грошей, якої не вистачає бідній частині населення до досягнення прожиткового мінімуму. — *Прим. перекладача*) — становила 1,13 відсотка від суми всіх валових національних доходів [1, с. 69].

² Ці дані переважно надає ПСО [29], також див.: [19]. Кількість людей, котрі недоїдали в 2008 р., підрахована ПСО [30]. Відсоткове співвідношення для 2008–2010 рр. підраховане з урахуванням цифр Годинника світового населення [31]. При підрахунку тих, хто жив нижче ніж 1,25 долара на день у 2005 р., згідно з даними ПКС, Світовий банк надав значно більш

Динаміка кількості людей, котрі недоїдають, у проміжку з 1969 р. по 2010 р.

Період	Кількість людей, котрі недоїдають, млн.	Частка людей, котрі недоїдають, серед населення світу, %
1969–1971	878	26
1979–1981	853	21
1990–1992	843	16
1995–1997	788	14
2000–2002	833	14
2005–2007	848	13
2008	963	14
2009	1023	15
2010	925	14

Ці дані не можуть переконливо довести, що не було жодного альтернативно-реалістичного шляху для такої організації наднаціональних інститутів, котра б допомогла уникнути катастрофічних втрат у частці доходів бідних, водночас забезпечуючи досягнення розумного темпу зростання світової економіки, і що тим самим привела би до набагато менших утисків прав людини. Але ці дані дійсно роблять таку можливість дико неправдоподібною¹.

Її неправдоподібність стає ще більш зрозумілою, коли ми розмірковуємо про вкрай антидемократичний курс розвитку глобалізації, що складається в інтересах багатих. Глобалізація передбачає появу складних і дедалі більш всеосяжних і впливових органів наднаціонального правотворення й регулювання, які все більше випереджають, обмежують і формують національне законодавство. Такі наднаціональні правила не опрацьовуються через якісь прозорі демократичні процедури, що властиві національній правотворчості в країнах, які досягли базового рівня внутрішньої справедливості. Швидше, наднаціональні правила значною мірою формуються на основі міжурядових переговорів, з яких

втішні тенденції крайньої бідності. Але його розрахунки залежать від декількох сумнівних методологічних рішень, включаючи використання надмірно широких індексів споживчих цін і ПКС для індивідуального споживання домашніх господарств. Докладніше див.: [1, пар. 4].

¹ Розширену дискусію див.: [32, с. 175–191]. Відтоді, як ця стаття була опублікована, ПСО дуже істотно змінила підрахунок кількості тих, хто голодує. За новим підрахунком, кількість людей, котрі недоїдають, збільшилася на 19 відсотків, а показники за 2008–2010 рр. зменшилися на 10, 15 і 6 відсотків відповідно (можна порівняти наведену таблицю з новими статистичними даними [33]). Тепер ця тенденція виглядає набагато краще, а новий підрахунок узгоджує цифри ПСО з відповідними цифрами Світового банку і допомагає уникнути вкрай незручного провалу із виконанням першої цілі розвитку тисячоліття, строк якого от-от спливе. А от інша річ обґрунтованість нової методології ПСО. Згідно з нею, людина визнається такою, котра недоїдає, лише тоді, коли та споживає менше необхідної кількості калорій, що потрібна для сидячого способу життя: «недоїдання» визначається тепер як крайня форма продовольчої небезпеки, що виникає тоді, коли енергетична цінність доступної людині їжі не покриває найнижчих потреб, пов'язаних із сидячим способом життя, і такий стан енергетичної нестачі триває понад рік [19]. Ця дефініція робить біологічно неможливим для будь-кого, хто займається тяжкою фізичною працею (як-от робітники на будівництві чи в сільському господарстві, рікші, що тягають візки), вважатися такими, що недоїдають, бо жоден з них не зміг би прожити більше року на кількості калорій, що можуть забезпечити лише мінімальний рівень активності при сидячому образі життя. Хоча багато таких осіб не тільки можуть, а й реально страждають від голоду. Щодо повнішої критики нової методології ПСО див.: [34].

успішно виключають широку громадськість і навіть більшість слабших урядів. Тільки незвично невелике число «гравців» можуть чинити реальний вплив на наднаціональну правотворчість: потужні організації, у складі яких відзначаються великі транснаціональні корпорації і банки, а також дуже багаті люди і їх об'єднання та правлячі «еліти» із найпотужніших країн, що розвиваються. Ці найбагатші й найпотужніші агенти мають найкращі можливості для участі в економічно ефективному лобіюванні. Вони можуть пожинати величезні прибутки від сприятливих наднаціональних правил і тому можуть дозволити собі витратити великі суми на отримання необхідних знань, формування альянсів один з одним і лобіювання сильніших урядів (Велика сімка, Велика двадцятка), які мають керівні важелі впливу на наднаціональну правотворчість. На противагу цьому, пересічним громадянам зазвичай не по кишені придбавати необхідні знання і створювати альянси, досить великі, щоби здійснювати конкурентоздатний корпоративний вплив. За відсутності демократичних інститутів на світовому рівні глобалізація усуває з поля гри величезну кількість людей, які не мають можливості впливати на розробку і застосування наднаціональних правил, і суттєво посилює правотворчі повноваження крихітної меншості, до якої входять і без того найбагатші й найпотужніші. (Багато з них передбачали такий розвиток подій і тому, звичайно, рішуче підтримували постійний поступ глобалізації.) Їх інтереси різноманітні, і тому вони конкурують і ведуть переговори один з одним — кожен із них прагне сформуванню чи змінити наднаціональні правила, щоби ті були якомога сприятливішими для кожного з них. У цих змаганнях є переможці і переможені, деякі елітні гравці зазнають невдачі у своїх зусиллях формувати на свою користь правила, які вплинуть на них найбільшою мірою. Утім правила дійсно потрапляють до рук деяких елітних гравців і як група вони, таким чином, збільшують свою частку у світовому багатстві і поширюють своє сприятливе становище на решту людства. Це, у свою чергу, ще більше посилює їх здатність впливати на розробку й застосування правил на свою користь і, хоч і ненавмисно, але не менш неблаганно, тримає бідну половину людства в умовах крайньої бідності.

Тому не дивно, що зсув інституційної організації вгору, від національного на наднаціональний рівень, надалі сприяє, з одного боку, маргіналізації («випадання» із суспільства. — *Прим. перекладача*) біднішої більшості людства, яка не має можливості впливати на наднаціональні переговори, а з другого — подальшому збільшенню абсолютного і відносного багатства й влади крихітної меншості, яка здатна монополізувати такий вплив. Швидка глобальна поляризація протягом останніх 20 років становить передбачуваний ефект вкрай недемократичного напрямку глобалізації та монополізації правового регулювання, яку перша пропонує.

2.2. Чи є причини бідності суто внутрішніми?

Другою лінією захисту існуючого порядку з боку емпіричних теоретиків є твердження, що причини збереження бідності є внутрішніми для суспільств, в яких та має місце. Спостережувана поляризація — це не одне явище, яким керують наднаціональні інституційні механізми, а радше два: значний прогрес у добре організованих західних країнах, які підтримують високий рівень соціаль-

ної справедливості, гідні темпи економічного зростання, а також змішаний прогрес у багатьох інших країнах, які звертають мало уваги на соціальну справедливість і економічне зростання яких часто стримується низкою місцевих природних, культурних чи політичних перешкод. Для підтвердження цієї картини можна навести два набори емпіричних даних. По-перше, загальний розрив між багатими країнами і тими, що розвиваються, більше не росте, як-от, зокрема, у випадку з Китаєм та Індією, котрі підтримують довгострокові темпи економічного зростання, які значно вищі від Європи, Північної Америки, Японії. Ці дані потрібні тут, аби показати, що наднаціональні правила не налаштовані проти бідних країн і, що основним чинником поляризації сьогодні є зростання нерівності *всередині* країн, яка перебуває під внутрішнім контролем і в межах власної відповідальності кожної країни.

У відповідь на це можна було б відзначити, що в останній період глобалізації зростання ВВП на душу населення було дуже істотно нижчим у країнах із низькими доходами, ніж у країнах із високими [36]. Але більш важливим моментом є те, що збільшення внутрішньонаціональної економічної нерівності майже в усіх країнах вже не перебуває під звичайним внутрішнім управлінням, а швидше зумовлене все більш важливою роллю, що наднаціональні правила відіграють у стримуванні й формуванні національного законодавства та в управлінні внутрішнім ринком товарів, послуг, робочої сили та інвестицій.

Вплив наднаціональних правил у деяких випадках прямий і негайний, а в інших — опосередкований конкуренцією. Прикладом прямого і безпосереднього впливу можна вважати важливу частину режиму Світової організації торгівлі (СОТ), а саме прийняту в 1994 р. Угоду про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРАПІВ), яка вимагає від членів СОТ встановити національний режим інтелектуальної власності, що надає та забезпечує принаймні 20-річну охорону патентів на нові ліки, й відповідну заборону на виробництво і продаж конкуруючих незапатентованих засобів такого роду. Ця вимога масово посилює бідність за рахунок підвищення вартості лікарських засобів, в яких найбільшу необхідність відчувають бідні люди, адже вони набагато більш уразливі до хвороб. Часто бідні люди не можуть дозволити собі ліки, які вони були б у змозі купити за відсутності ТРАПІВ, а потім витрачають гроші на нижчу за якістю продукцію (часто підроблену), або обходяться без ліків загалом, і як наслідок страждають на хронічні захворювання або навіть передчасно помирають, руйнуючи життя своєї родини [37, с. 542].

Як приклад опосередкованого конкуренцією впливу наднаціональних правил, можна розглянути той самий договір СОТ, який, з одного боку, накладає на відкриті й конкурентні світові ринки обов'язок однаково суворо дотримуватись прав інтелектуальної власності, а з другого — не містить уніфікованих трудових норм, що допомогли б захистити працівників від зловживань і стресових умов праці, від до смішного низьких заробітних плат, або від понаднормового робочого часу. Тим самим цей договір по-шахрайськи нав'язує бідним країнам «гонку на виживання», де ті останні, конкуруючи за іноземні інвестиції, повинні перевершити одна одну, пропонуючи таку, що дедалі більше піддається експлуатації, робочу силу. В умовах глобалізації СОТ працівники не можуть протистояти

погіршенню їхніх умов праці, тому що, якщо вони забезпечать собі більш гуманні умови праці, багато з них зрештою залишаться безробітними, адже робочі місця перемістяться за кордон.

Отже, масового збільшення внутрішньої нерівності слід очікувати у країнах, що розвиваються. І ми дійсно спостерігаємо це явище майже у всіх таких країнах, для яких є всі «сприятливі умови» такого гатунку, в країнах настільки різних, як Аргентина, Бангладеш, Коста-Ріка, Домініканська Республіка, Еквадор, Угорщина і Ямайка [38].

Особливо цікавим щодо цього є Китай, тому що тут проживає майже п'ята частина людства і він є провідним уособленням глобалізації. У період з 1990 по 2004 р. Китай, як повідомляють, досяг вражаючих 236 % зростання валового національного доходу¹. Але за той же період тут відбулося приголомшливе зростання нерівності. У той час як частка доходів найбагатшої десятої частини зросла з 25 до 35 %, частка найбіднішої п'ятої частини впала зі 7,3 до 4,3 % [39, с. 572, 577; 40]. Це означає, що різниця середніх доходів цих двох груп збільшилася з 6,8 до 16,3: у той час, коли середній дохід у верхній десятій зріс на 370 %, середній дохід у найбіднішій п'ятій зріс всього на 98 %. Треба відзначити, що приріст доходів на 98 % за 14 років — це зовсім не погано. Але бідні Китаю заплатили високу ціну за це з точки зору маргіналізації, приниження й гноблення з боку нової економічної еліти, чия значно розширена частка доходів китайських сімей дає їм набагато більше можливостей впливати на політичні рішення, щоби надати несправедливі переваги своїм дітям, а також панувати над бідними в особистих стосунках. Бідним було б набагато краще за умов більш рівного економічного зростання, навіть якщо би його темпи були дещо повільнішими.

Ми спостерігаємо подібне явище в іншій провідній країні двадцять першого століття — Сполучених Штатах. Відповідно до «кривої Кузнеца»², поступове вирівнювання доходів у США почалося з часів Великої депресії і тривало до початку поточного періоду глобалізації. Усупереч гіпотезі Кузнеца, цей період супроводжувався драматичною поляризацією доходів, що найбільш інтенсивно прогресувала у 1990-х рр. Наведена нижче таблиця змальовує цю історію, а дані від Служби внутрішніх доходів (більш точні, ніж ті, які доступні для Китаю) показують, зокрема, що відносне зростання було значною мірою сконцентроване нагорі, де лише 400 000 зараз заробляють стільки ж, скільки найбідніші 150 мільйонів. Одна сота відсотка американських сімей (близько 14 400 податкових декларацій) чотирикратно збільшили свою частку в доходах домогосподарств США і збільшили свою ж перевагу в середньому доході у зіставленні з біднішою половиною американців шестикратно, від 375:1 до 2214:1. Найбагатша група є єдиною, яка втрималась від втрат, всі ж інші сегменти населення зазнали

¹ Підраховано за даними Світового банку шляхом поділу щорічного валового національного доходу (за сучасним курсом юаню) на кількість населення Китаю в рік підрахунку, а потім за допомогою дефлятора цін ВВП, щоби перетворити у кінцеву кількість юанів.

² Американський економіст, лауреат Нобелівської премії С. Кузнец висунув гіпотезу про те, що в країнах, що перебувають на ранніх етапах економічного розвитку, нерівність доходів спершу зростає, але у міру зростання економіки має тенденцію до зниження. Це припущення пізніше лягло в основу так званої «кривої Кузнеца». — *Прим. перекладача.*

зниження своєї частки в доходах домогосподарств США, причому найбільші втрати понесли найбідніші¹.

Динаміка доходів домогосподарств США з 1928 р. по 2008 р.

Сегмент населення США	Частка в доходах домогосподарств США 1928–1929 рр.	Частка в доходах домогосподарств США 1980–1981 рр.	Частка в доходах домогосподарств США 2007–2008 рр.	Абсолютна зміна в частці доходів 1980/1–2007/8	Відносна зміна в частці доходів
Найбагатший 0,01 %	5,01	1,33	5,54	+4,21	+318 %
Наступні 0,09 %	6,22	2,17	5,81	+3,64	+168 %
Наступні 0,9 %	11,92	6,53	10,89	+4,36	+67 %
Наступні 4 %	14,38	13,09	15,37	+2,28	+17 %
Наступні 5 %	10,48	11,48	11,39	-0,09	-1 %
Наступні 15 %		24,63	21,14	-3,49	-14 %
Друга чверть		25,61	19,45	-6,16	-24 %
Бідніша половина		17,72	12,51	-5,21	-29 %

Ця поляризація доходів населення в США, і, як наслідок, економічна та політична маргіналізація бідних, підкреслюють той момент, що збільшення внутрішньонаціональної нерівності є широко поширеним явищем, що, звичайно, під впливом внутрішніх факторів і стійких внутрішньополітичних процесів, водночас сприяє і сприяло глобалізації СОТ останнім десятиліттям. Поляризація в США крім того вказує на один важливий із політичної точки зору нюанс: якщо найбідніші 90 % населення США мали би краще розуміння своїх власних інтересів, вони були б потенційними партнерами по коаліції, спрямованій на демократизацію глобалізації, а саме на зниження майже монопольної влади малої світової еліти, котра зараз кермує розвитком наднаціональної інституційної архітектури. Щоби перемогти їх як союзників ми можемо апелювати до їх інтересів, але і, звичайно, закликати бути прихильними до прав людини, котрі є основною темою цієї статті. Отже, дозвольте мені на завершення виділити деякі з основних ознак нинішнього наднаціонального інституційного механізму, які особливо зашкоджують реалізації прав людини.

Я подаю цей підхід у протиставленні до звичайної «рожевої» історії, яка, якщо визнає масову поширеність крайньої убогості взагалі, пояснює її двома чинниками, серед яких корумповані й деспотичні режими в багатьох бідних країнах, з одного боку, і «діряве відро» допомоги в цілях розвитку — з другого. Обидва ці пояснення несуть у собі елемент істини. Але в першому випадку лишається незрозумілою висока поширеність корумпованих і деспотичних режимів, а в другому — чому частка доходів бідних падає, й настільки швидко.

¹ Перші п'ять рядків відповідають даним, отриманим від Фаундо Фальваредо, Тоні Еткінсона, Томаса Пікетті і Еммануеля Саеза [41]. Останні три рядки ґрунтуються на даних Марка Робіна і Геральда Пранте [42]. У зв'язку з тим, що дані отримані нами з різних ресурсів, друга, третя й четверта колонки погано складаються. Але це не може зашкодити суті таблиці, а саме зафіксованим у правій крайній колонці даним про швидку поляризацію розподілу доходів у США.

Для мого власного пояснення ту ж метафору можна розгорнути іншим боком: активи бідняків, як діряве відро, безперервно виснажуються масовими відтоками, які пригнічують результати допомоги в цілях розвитку, що, в будь-якому випадку, дуже погано. Ми дуже пишаємося, що їм допомагаємо, хвалимо себе, наприклад, за мільярди, що витрачаються щорічно на допомогу бідним країнам. Тим не менш, ми будемо ігнорувати значно більші суми, які ми ж витягаємо з бідних без компенсації. Розгляньмо наступні приклади.

По-перше, багаті країни та їх фірми купують величезну кількість природних ресурсів від правителів країн, що розвиваються, без урахування того, як ці лідери прийшли до влади і як вони здійснюють свої повноваження. У багатьох випадках це все одно що співучасть у крадіжці таких ресурсів від їх власників — громадян країни. У такий спосіб збагачуються гнобителі, а їхній гніт закріплюється: тирані продають нам природні ресурси своїх жертв, а потім використовують отримані кошти для придбання зброї, що потрібна їм, щоби триматись при владі [42, глава 6; 43, с. 2–32].

По-друге, багаті країни і їхні банки позичають гроші таким правителям і змушують людей цих країн гасити такі борги навіть після того, як правителя немає. Багато бідних верств населення, як і раніше, обслуговують борги, що повісили на них поза їхньою волею диктатори, такі як Сухарто в Індонезії, Мобуту в Конго і Абача в Нігерії. Знову ж, ми стаємо співучасниками крадіжки: одностороннього накладення боргового тягаря на бідні групи населення.

По-третє, багаті країни сприяють розкраданню коштів посадовцями в менш розвинених країнах, дозволяючи своїм банкам приймати такі кошти. Цієї співучасті можна легко уникнути: на банки вже покладені суворі вимоги по звітності щодо коштів, що можуть бути пов'язані з тероризмом або наркоторгівлею. Проте західні банки, як і раніше, охоче приймають і керують привласненими коштами, а уряди запевняють, що їхні банки, як і раніше, привабливі для таких незаконних вкладів. Всесвітня організація фінансової чесності (*Global Financial Integrity*) (далі — ОФЧ) вважає, що менш розвинені країни в такий спосіб втрачали щонайменше 342 мільярди доларів на рік у період з 2000 по 2008 р. [44]¹.

По-четверте, багаті країни сприяють ухиленню від сплати податків у менш розвинених країнах через розмиті стандарти бухгалтерського обліку для транснаціональних корпорацій. Оскільки вони не зобов'язані складати звітності в кожній країні, такі корпорації можуть легко маніпулювати трансфертними цінами серед своїх дочірніх компаній, аби сконцентрувати свої прибутки там, де вони оподатковуються якнайменше. У результаті вони можуть не задекларувати жодного прибутку в країнах, в яких вони займаються видобутком, виробництвом або продажем товарів або послуг, сплачуючи податок на свої зібрані зі всього світу прибутки у якому-небудь «податковому раю», де вони формально зареєстровані. За оцінками ОФЧ, у період з 2002 по 2006 р. торгівля з недооцінкою зазнала збитку бюджетам менш розвинених країн у розмірі 98,4 мільярдів доларів на рік [46].

По-п'яте, на багаті країни припадає непропорційно великий відсоток глобального забруднення. Їхні викиди є головними причинами серйозної небезпе-

¹ Для порівняння, офіційна допомога для розвитку складала 87 мільярдів доларів щорічно, з котрих тільки 9 мільярдів були витрачені на «основні соціальні послуги» [45].

ки для здоров'я, екстремальних погодних явищ, підвищення рівня моря і зміни клімату, до якого бідні групи населення є особливо вразливими. У недавньому звіті Глобального гуманітарного форуму передбачалося, що зміна клімату вже серйозно позначилася на 325 мільйонах чоловік і щорічно спричиняє 125 мільярдів доларів економічних втрат, а також 300 000 смертей, з яких 99 % припадають на менш розвинені країни [47].

Нарешті, багаті країни створили глобальний торговельний режим, який, як передбачається, повинен принести великі колективні вигоди через вільні й відкриті ринки. Це шахрайський режим: він дозволяє багатим державам продовжувати захищати свої ринки за рахунок тарифів та антидемпінгового мита й отримувати велику частку світового ринку за рахунок експортних кредитів і субсидій (у тому числі близько 265 мільярдів доларів щорічно в одній лише галузі сільського господарства), чого не можуть собі дозволити бідні країни [48]. Оскільки виробництво є набагато більш трудомістким у бідних країнах ніж у багатих, такі протекціоністські заходи знищують набагато більше робочих місць, ніж створюють.

2.3. Що нам робити?

Узяті разом, ці наднаціональні інституційні чинники породжують потужну протитечію для бідних¹. Вона пригнічує ефекти державної та приватної іноземної допомоги, увічнює виключення бідних з ефективної участі в світовій економіці та їх нездатність отримувати пропорційні вигоди від глобального економічного зростання. Ця проблема може бути розв'язана через величезні суми допомоги на розвиток, але така безперервна компенсація не є ані економічно ефективною, ані життєздатною. Набагато краще розвивати інституційні реформи, які зменшили б силу протитечії, і врешті-решт припинили її. Це означало би бачити проблеми бідності в світі не так, як вона постає для фахівця, заклопотаного у кулуарах великої політики, а як важливий фактор у всіх рішеннях інституційного механізму.

Провідні уряди світу могли би запровадити цю настанову проти бідності таким чином. Але західні уряди навряд чи зможуть це зробити, якщо немає активної або принаймні мовчазної згоди виборців. У цей час все якраз навпаки. Навіть тоді, коли труднощі бідних людей збільшуються (частково в результаті викликаної Америкою світової фінансової кризи), виборці в США ставлять іноземну допомогу в нижню частину списку витрат, які слід підтримати². Виборці у Континентальній Європі дещо більше підтримують іноземну допомогу, а виборці з Німеччини, Італії, Франції, Іспанії вважають, що більш необхідним є скорочення бюджету за рахунок військової галузі [51]. Ці доброзичливіші ставлення виборців знайшли відображення в більш високих Європейських видатках офіційної допомоги з метою розвитку (ЄДР), які становлять 0,45 % від валового національного доходу в порівнянні з 0,2 % в Сполучених Штатах [52]. Обидві

¹ Дж. Коен палко обґрунтовував, що ця протитечія є вкрай слабкою і незначною [49]. Див. також мою відповідь: [32]. Якщо пощастить, цей спір буде стимулювати більше кращих емпіричних досліджень дійсного впливу різних рішень наднаціонального інституційного механізму.

² Недавнє соціологічне опитування CNN (21–23 січня 2011 р.) виявило, що 81 % американців висловлюються за зменшення іноземної допомоги [50].

ставки набагато нижче обіцяного Заходом у 1970-х рр. підняття ЄДР до 0,7 % — обіцянка, якій віддали належне лише п'ять маленьких країн (Данія, Швеція, Норвегія, Люксембург і Нідерланди). Слід також зазначити, що більша частина іноземної допомоги витрачається в інтересах національних експортерів або «дружніх» урядів: зі 120 мільярдів доларів щорічної ЄДР всього близько 15,5 мільярда доларів витрачається на «основні соціальні послуги», тобто на зниження бідності або її наслідків [52].

Думка громадян має важливе значення. Якщо б громадяни західних держав дбали про скорочення бідності, то так би й робили їхні політики. Але окремих громадян може як і раніше відчувати себе безсилим що-небудь змінити, а зрештою може відхилити будь-яку відповідальність за масові збереження крайньої бідності. Це відхилення не може вибачити більшість громадян. Ураховуючи ставки, члени такої більшості мають самоорганізуватись або іншим чином зробити так, щоби політики розуміли, що вони повинні серйозно поставитися до вирішення проблеми бідності в світі, якщо вони хочуть добитися успіху в політиці взагалі. Але якщо — як є насправді — більшість співгромадян не готові належно оцінити проблему бідності в світі, то малій кількості небайдужих громадян навряд чи вдасться змінити політику своєї країни і стан справ у міжнародних переговорах. Чи повинні громадяни у цій ситуації вважатися причетними до порушення прав людини їхньою країною, навіть якщо вони не можуть цьому зарадити?

Хтось може спробувати дати ствердну відповідь на наступній підставі: такі громадяни могли емігрувати в одну з найбідніших країн, тим самим розриваючи зв'язок зі своїми колишніми політиками і незначно ослаблюючи цю країну. Еміграція дійсно може бути гідним рішенням у випадках великої несправедливості — це мало сенс, наприклад, для Герберта Ернста Карла Фрама (пізніше Віллі Брандта), котрі покинули Німеччину в часи консолідації влади нацистами. Але в розвинених західних суспільствах сьогодні демократичні інститути залишаються в основному недоторканими, і зусилля порозбурхувати совість своїх співвітчизників не є марними. Крім того, для громадян є набагато кращий спосіб уникнути спільної відповідальності за порушення прав людини їхнім урядом від їх імені. Громадяни можуть компенсувати частку шкоди, за яку їх країна несе відповідальність, наприклад, підтримуючи дієві міжнародні установи й неурядові організації. Така компенсація, як правило, є менш обтяжливою для громадян, і це також знижує рівень утисків прав людини, до якого ці громадяни причетні. Щоби звільнити місце для можливості цієї компенсації, наші праволюдні обов'язки стосовно соціальних інститутів мають бути змінені. Ми не повинні співпрацювати в розробці або застосуванні соціальних інститутів, які передбачувано викликають утиски прав людини, яких можна розумним способом уникнути шляхом поліпшення інституційного механізму — якщо ми не повністю компенсуємо свою частку у відворотному утиску прав людини.

Як може діяти компенсація? Припустімо, людина приймає попередню оцінку, що ті, хто не досягають достатнього життєвого рівня в 2005 р., потребують ще 2 % від світового доходу домогосподарств, щоби досягти цього низького рівня забезпеченості. І припустімо, що дохід на душу населення вашої сім'ї в 2005 р. склав близько 15 000 доларів, що розміщує вас усередині другої групи. Оскільки

на дві верхні групи в 2005 р. припадало 68,54 % світового доходу домогосподарств, передання 2,9 % від колективного доходу бідним було би теоретично достатнім для викорінення крайньої бідності. Якби ви в 2005 р. скоротили глобальний розрив бідності на 435 доларів (що дорівнює 2,9 % від 15 000 доларів), то ви були би впевнені, що компенсували вашу частку тієї шкоди, яку ми, через наші уряди, всі разом спричиняємо бідним у світі¹.

Висновки

Щоб показати, що ми дійсно порушуємо права бідного населення у світі, я зробив дві речі. У параграфі 1.1 я виклав концепцію того, що означає порушувати право людини, стверджуючи, що «порушення права людини» є реляційним предикатом, котрий охоплює користувачів права, а також носіїв обов'язків, причому останні відіграють активну роль у тому, що права перших лишаються нереалізованими. Часто-густо прийнято нехтувати одним дуже поширеним видом таких порушень, пов'язаних з організацією і введенням інституційних механізмів, які передбачувано й відвратно викликають відсутність у деяких людей безпечного доступу до об'єктів їх прав людини. Подібно до того, як дехто активно шкодить людям, якщо взяв на себе повноваження допомагати їм, а потім не в змозі цього зробити, ми активно шкодимо людям, коли привласнюємо повноваження розробляти і запроваджувати соціальні інститути, а потім нам не вдається сформувати їх таким чином, щоби права людини могли бути реалізовані разом з ними, наскільки це можливо. Як зазначалося в параграфі 1.2, ми порушуємо права мільярдів бідних людей тим, що беремо спільну участь у введенні наднаціонального інституційного механізму, що призводить до масових передбачуваних і відворотних утисків прав людини.

Легко знехтувати цим висновком, якщо вказати, що на його підтримку немає абсолютно достовірних емпіричних даних. Як я вказував вище, звичайно, *можливо*, що немає іншої реальної альтернативи організації наднаціонального інституційного механізму, що призвів би до менш глобальних утисків прав людини. Але для того, щоби жити комфортно з вірою в те, що ми маємо тільки позитивні обов'язки допомоги стосовно бідних у світі, нам потрібно більше ніж невеликий сумнів у моєму висновку. Це особливо актуально у світлі дивовижної відсутності серйозних неупереджених досліджень наслідків дії чинних глобальних інсти-

¹ Цей розрахунок слід уточнити у різних відношеннях. По-перше, навіть просто наднаціональний інституційний порядок, ретельно розроблений для сприяння правам людини, не спромігся би повністю викоренити бідність, так що ми не можемо бути спільно відповідальними за весь розрив бідності. По-друге, деякі мають причини, пов'язані з роботою, скажімо, живуть у районах з високими цінами (особливо на житло), що може знизити його справедливу частку. По-третє, деякі люди бідніші ніж ми самі, ті що принаймні в третій і четвертій групах, також можуть вважатися зобов'язаними здійснити свій компенсаційний внесок. По-четверте, люди, що багатші за нас, можуть вважатися зобов'язаними зробити більший внесок, ніж пропорційний їхнім доходам (2,9 %). Ви можете легко знайти причини для зниження вашої частки. Але у зв'язку з жахливими поневіряннями, яких зазнають бідні у світі, з урахуванням майже загального провалу наших колег у спробі зробити необхідну компенсацію і з урахуванням нашої незаслуженої вдачі народитися серед привілейованих (і, можливо, більш привілейованих, ніж будь-хто міг бути у зв'язку з дією самих по собі інституційних механізмів), у нас є всі підстави, щоби помилятися у бік «понадкомпенсації».

туційних механізмів. Невже ми збираємося розповісти бідній більшості наших сучасників, що оскільки ми неухважно вивчили причинно-наслідкові зв'язки інституційних механізмів, котрі ми (у співпраці з їхніми правлячими елітами) застосовуємо у світі, ми не можемо бути впевнені, що ці механізми чинять масову й відворотну шкоду, а тому відкинути як недостатньо обґрунтоване твердження, що ми порушуємо їхні права людини? Маючи низку доказів на підтримку міркування, що наднаціональні інституційні механізми, у застосуванні яких ми беремо участь, чинять значний вплив на збереження нинішніх неймовірних утисків прав людини, ми повинні наполягати на більш ретельному вивченні цих механізмів та їх впливу й можливості для реформ, які роблять ці механізми кращими в питаннях захисту бідних верств населення. Кожен із нас повинен зробити достатньо на захист бідних людей, щоб бути впевненим, що він повністю компенсував свою справедливую частку в утисках прав людини, за які ми несемо спільну відповідальність.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Pogge T. W.* Are We Violating the Human Rights of the World's Poor? / T. W. Pogge // *Yale Human Rights and Development Law Journal*. — 2011. — 14 (2). — P. 1–33.
2. *Universal Declaration of Human Rights* (adopted 10 December 1948) UNGA Res 217 A (III) (UDHR).
3. *Milanovic B.* The Have and Have-Nots: A Brief and Idiosyncratic History of Global Inequality / B. Milanovic. — Basic Books, 2010. — 394 p.
4. *Pogge T. W.* Politics as Usual: What Lies Behind the Pro-Poor Rhetoric / T. W. Pogge. — Polity Press, 2010. — 273 p.
5. *Satz D.* What Do We Owe the Global Poor? / D. Satz // *Ethics and International Affairs*. — 2005. — V. 19. — P. 47–54.
6. *Pogge T. W.* Severe Poverty as a Violation of Negative Duties / T. W. Pogge // *Ethics and International Affairs*. — 2005. — V. 19. — P. 55–83.
7. *Shue H.* Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy / H. Shue. — 2nd edn. — Princeton University Press, 1996. — 228 p.
8. *Alston P.* International Law and the Right to Food / P. Alston // *Food as a Human Right*; [Asbjorn Eide, Wenche Barthe Eide, Susantha Goonatilake, Joan Gussow and Omawale (eds)]. — United Nations University Press, 1984. — P. 162–174.
9. *Alston P.* The Right to Food / P. Alston, K. Tomaševski (eds). — Martinus Nijhoff Publishers, 1984. — 228 p.
10. *UN Committee on Economic, Social, and Cultural Rights*, «General Comment on The Right to Adequate Food» (12 May 1999) UN Doc E/C.12/1999/5 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (дата доступу — 1 травня 2012).
11. *Waldron J.* Rights in Conflict / J. Waldron // *Ethics and International Affairs*. — 1989. — Vol. 99, № 3. — P. 503–519.
12. *Pogge T. W.* Shue on Rights and Duties / T. W. Pogge // *Global Basic Rights*; [Charles Beitz and Robert Goodin (eds)]. — Oxford University Press, 2009. — P. 113–130.
13. *Cockburn A.* 21st Century Slaves / A. Cockburn // *National Geographic* (September 2003) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://ngm.nationalgeographic.com/ngm/0309/feature1/> (дата доступу — 1 травня 2012).
14. *Bentham J.* An Introduction to the Principles of Morals and Legislation / J. Bentham / J. H. Burns and H. L. A. Hart (eds). — Oxford University Press 1996. — 343 p.
15. *Rawls J.* A Theory of Justice / J. Rawls. — Harvard University Press, 1971. — 607 p.

16. *Rawls J.* The Law of Peoples / J. Rawls. — Harvard University Press 1999. — 199 p.
17. *Nagel T.* The Problem of Global Justice / T. Nagel // Philosophy and Public Affairs. — 2005. — 33, № 2. — P. 113–147.
18. *World Food Summit*, Report of the World Food Summit, Annex II, U.N. Doc. WFS 96/REP [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.fao.org/wfs/> (дата доступу — 1 травня 2012).
19. *UN Food and Agriculture Organization* '925 Million in Chronic Hunger Worldwide' (13 September 2010) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.fao.org/news/story/jp/item/45210/icate/> (дата доступу — 1 травня 2012).
20. *UNICEF*, 'New UNICEF Study Shows MDGs for Children Can Be Reached Faster With Focus on Most Disadvantaged' (7 September 2010) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.unicef.org/media/media_55913.html (дата доступу — 1 травня 2012).
21. *UNICEF*, 'What We Do: Water, Sanitation and Hygiene' (last modified 6 July 2010) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.unicef.org/wash/> (дата доступу — 1 травня 2012).
22. *World Health Organization (WHO)*, 'WHO Medicines Strategy: Countries at the Core — 2004–2007' (2004) at 3, WHO Doc. WHO/EDM/2004.5 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/s5416e/s5416e.pdf> (дата доступу — 1 травня 2012).
23. *U.N. Human Settlements Programme*, 'The Challenge of Slums: Global Report on Human Settlements 2003' (2003) UN Doc HS/686/03E, at XXV [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.unhabitat.org/pmss/listItemDetails.aspx?publicationID=1156> (дата доступу — 1 травня 2012).
24. *U.N. Habitat* «Our Work: Urban Energy» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.unhabitat.org/content.asp?cid=2884&catid=356&typeid=24&subMenuId=0> (дата доступу — 1 травня 2012).
25. *EFA Global Monitoring Report Team*, The Hidden Crisis: Armed Conflict and Education (UNESCO 2011) 1 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://unesdoc.unesco.org/images/0019/001907/190743e.pdf> (accessed 20 July 2013).
26. *International Labour Organization*, 'Topics: Child Labour' [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.ilo.org/global/topics/child-labour/lang-en/index.htm> (дата доступу — 1 травня 2012).
27. *World Health Organization*, Global Burden of Disease: 2004 Update (2008) 54–59 Table A1.
28. *Pogge T.* Severe Poverty as a Human Rights Violation / T. Pogge // Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor? [Thomas Pogge (ed.)]. — Oxford University Press, 2007. — 406 p.
29. *The State of Food Insecurity in the World 2010: Addressing Food Insecurity in Protracted Cases* (FAO 2010).
30. *Number of hungry people rises to 963 million*' (9 December 2008) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.fao.org/news/story/en/item/8836/ (accessed 20 July 2013).
31. *Human Population Clock* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://galen.metapath.org/popclk.html> (дата доступу — 1 травня 2012).
32. *Pogge T.* Responses to the Critics / T. Pogge // Thomas Pogge and His Critics [Alison Jagger (ed.)]. — Polity Press 2010. — P. 175–250.
33. *Food and Agriculture Organization*, International Fund for Agricultural Development and World Food Programme, The State of Food Insecurity in the World (FAO 2012).

34. *How We Count Hunger Matters* / Frances Moore Lapp, Jennifer Clapp, Molly Anderson, Robin Broad, Ellen Messer, Thomas Pogge // *Ethics & International Affairs*. – 2013. – Vol. 27. – P. 251–259.
35. *World Bank*, *World Development Report 2010: Development and Climate Change* (2010) 378–379.
36. *World Bank*, GDP per capita growth (annual percent) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.KD.ZG/countries/1W-XQ-EG-SYMA-IR-SA?display=graph> (дата доступу – 20 липня 2013).
37. *Pogge T. W.* The Health Impact Fund and Its Justification by Appeal to Human Rights / T. W. Pogge // *Journal of Social Philosophy*. – 2009. – 40 (4). – P. 542–569.
38. *United Nations University World Institute for Development Economics Research (UNU-WIDER)*, *World Income Inequality Database, V2.0c* (May 2008) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.wider.unu.edu/research/Database/en_GB/database (дата доступу – 1 травня 2012).
39. *Minoiu C.* Chinese Poverty: Assessing the Impact of Alternative Assumptions / C. Minoiu, S. Reddy // *Review of Income and Wealth*. – 2008. – 54 (4). – P. 572–596.
40. *Table 1.* Distribution data for 2004 is from World Bank, 'World Development Indicators' (2008).
41. *Top Incomes Database* <http://g-mond.parisschoolofeconomics.eu/topincomes/> (accessed 2 April 2011).
42. *Tax Foundation*, *Summary of Latest Federal Individual Income Tax Data' (Table 5)* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.taxfoundation.org/publications/show/250.html (accessed 2 April 2011).
43. *Wenar L.* Property Rights and the Resource Curse / L. Wenar // *Philosophy and Public Affairs*. – 2008. – 36. – P. 2–32.
44. *Kar D., Cucio K.* Illicit Financial Flows from Developing Countries: 2000–2009 (Global Financial Integrity 2011).
45. *United Nations*, 'Millennium Development Goal Indicators' [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://unstats.un.org/unsd/mdg/Search.aspx?q=bss%20oda> (дата доступу – 4 березня 2011).
46. *Hollingshead A.* The Implied Tax Revenue Loss from Trade Mispricing (Global Financial Integrity 2010) 15, Table 2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.gfintegrity.org/storage/gfip/documents/reports/implied%20tax%20revenue%20loss%20report_final.pdf.
47. *Global Humanitarian Forum*, *The Anatomy of a Silent Crisis* (Geneva Global Humanitarian Forum 2009) 1, 78.
48. *Organization for Economic Cooperation and Development*, *Agricultural Policies in OECD Countries* (OECD 2009).
49. *Cohen J.* *Philosophy, Social Science, Global Poverty* Thomas Pogge and His Critics [Alison Jagger (ed.)] / J. Cohen. – Polity Press 2010. – P. 18–45.
50. *Opinion Research Corporation* Poll – Jan 21 to 23, 2011 (25 January 2011) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://i2.cdn.turner.com/cnn/2011/images/01/25/rel2d.pdf> (accessed 4 March 2011).
51. *Barber T.* Strong Public Support for Spending Cuts Across Europe (12 July 2010) *Financial Times* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ft.com/cms/s/0/8f9e61c0-8ce2-11df-bad7-00144feab49a.html#axzz1FbgLKgVc> (accessed 4 March 2011).
52. *U.N. Statistics Division*, 'Net ODA as Percentage of OECD/DAC Donors GNI' (23 June 2010) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://unstats.un.org/unsd/mdg/Search.aspx?q=bss%20oda> (дата доступу – 4 березня 2011).

Погге Т. Чи порушуємо ми права бідних у світі?

Анотація. Порушення прав людини включає в себе нереалізовані права людини і конкретне активне причинне відношення людських агентів до такого невиконання. Цей причинно-наслідковий зв'язок може мати інтеракційний характер, але він також може бути інституційним тоді, коли агенти співпрацюють у розробці та застосуванні інституційних механізмів, які передбачувано і відверто спричиняють невиконання прав людини. Легкодоступні дані свідчать про те, що: а) основні соціально-економічні права людини залишаються невиконаними для близько половини населення земної кулі і б) розробка наднаціонального інституційного механізму відіграє важливу роль у поясненні того, чому бідна половина людства страждає від швидкого зниження своєї частки (нині нижче трьох відсотків) у загальносвітових доходах домогосподарств. Може бути з необхідністю доведено те, що добре забезпечені громадяни впливових країн спільно порушують права бідних у світі у величезних масштабах.

Ключові слова: достатній життєвий рівень, Генрі Шу, утиски прав людини, порушення прав людини, економічна нерівність, економічна поляризація, інституційний аналіз, інтеракційний аналіз, Джон Ролз, негативні й позитивні обов'язки, рабство, наднаціональний інституційний режим, Організація Об'єднаних Націй, Загальна декларація прав людини, бідність у світі.

Погге Т. Нарушаем ли мы права бедных в мире?

Аннотация. Нарушение прав человека включает в себя нереализованные права человека и конкретное активное причинное отношение человеческих агентов к такому невыполнению. Эта причинно-следственная связь может иметь интеракционный характер, но он также может быть институциональным, когда агенты сотрудничают в разработке и применении институциональных механизмов, предсказуемо отвратимо вызывающих невыполнение прав человека. Легкодоступные данные свидетельствуют о том, что: а) основные социально-экономические права человека остаются невыполненными почти для половины населения земного шара и б) разработка наднационального институционального механизма играет важную роль в объяснении того, почему бедная половина человечества страдает от быстрого снижения своей доли (ныне ниже трех процентов) в общемировых доходах домохозяйств. Может быть с необходимостью доказано, что хорошо обеспеченные граждане влиятельных стран совместно нарушают права бедных в мире в огромных масштабах.

Ключевые слова: достаточный жизненный уровень, Генри Шу, притеснения прав человека, нарушения прав человека, экономическое неравенство, экономическая поляризация, институциональный анализ, интеракционный анализ, Джон Ролз, негативные и позитивные обязанности, рабство, наднациональный институциональный режим, Организация Объединенных Наций, Всеобщая декларация прав человека, бедность в мире.

Pogge T. Are We Violating the Human Rights of the World's Poor?

Summary. A human rights violation involves unfulfilled human rights and a specific active causal relation of human agents to such non-fulfillment. This causal relation may be interactional; but it may also be institutional, as when agents collaborate in designing and imposing institutional arrangements that foreseeably and avoidably cause human rights to be unfulfilled. Readily available evidence suggests that (a) basic social and economic human rights remain unfulfilled for around half the world's population and (b) the design of supranational institutional arrangement plays a major role in explaining why the poorer half of humanity is suffering a rapid decline in its share (now below three percent) of global household income. A strong case can be made, then, that well-to-do citizens of influential states collaboratively violate the human rights of the global poor on a massive scale.

Key words: adequate standard of living, Henry Shue, human rights deficit, human rights violation, economic inequality, economic polarization, institutional analysis, interactional analysis, John Rawls, negative and positive duties, slavery, supranational institutional regime, United Nations, Universal Declaration of Human Rights, world poverty.

ДО ПИТАННЯ ПРО ФОРМУВАННЯ ДОКТРИНИ ПОЗИТИВНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ДЕРЖАВИ У СФЕРІ ПРАВ ЛЮДИНИ



Г. ХРИСТОВА

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

Повернення української правової системи до романо-германської правової традиції, її послідовний рух у напрямі впровадження спільних європейських цінностей актуалізували у вітчизняній юридичній науці проблему формування правових доктрин та їх впливу на державно-правовий розвиток. Сучасне бачення механізму правового регулювання вимагає визнання правової доктрини концептуальною основою нормотворчої, правозастосовної та правотлумачної діяльності, що, як справедливо зазначає М. Мочульська, свідчить про її особливу цінність та роль у розвитку правової системи певної держави [1, с. 48].

Свого роду підсумком послідовного вивчення та розвитку провідними вітчизняними дослідниками домінуючих основоположних та галузевих правових доктрин стала фундаментальна наукова праця — п'ятитомне видання Національної академії правових наук України «Правова доктрина України» [2], яка акумулювала основні здобутки у цій сфері. Однак чимало з викладених у цій праці засадничих доктрин, які на сьогодні визначають концептуальні основи української державності, не так давно в історичному масштабі були маловідомі вітчизняній теоретичній та практичній юриспруденції (серед них — й доктрини верховенства права, природних прав людини, громадянського суспільства, поділу влади, конституціоналізму, парламентаризму та ін.). На сьогодні також не можна стверджувати, що всі добре відомі європейському правопорядку доктрини увійшли до правової системи України.

Передусім пильної уваги потребують доктрини, які розвиваються Європейським судом з прав людини (*далі, якщо не вказано інакше — Європейський суд*) у результаті тлумачення та застосування ним Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та протоколів до неї (*далі, якщо не вказано інакше — Європейська конвенція*). Адже Європейський суд формує єдині стандарти правозахисту, які виступають взірцем для всіх країн, об'єднаних спільною

© Г. Христова, 2013

європейською конституційною спадщиною, та тих, які воліють посісти гідне місце в європейському співтоваристві. До таких доктрин і належить *доктрина позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини*. Отже, мета цієї статті – визначити витоки ідеї обов'язку держави поважати та гарантувати права людини, охарактеризувати зародження доктрини позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини та її розвиток Європейським судом, розкрити її основний зміст та значення у правовій системі.

Проблема позитивних зобов'язань держави є невід'ємною частиною сучасної теорії прав людини та міжнародного, передусім європейського права прав людини (англ. — *human rights law*) та входить до усталеного категоріального апарату західної юриспруденції. Вона складає концептуальне підґрунтя юридичної оцінки державної політики у сфері прав людини та вжитих державою заходів, спрямованих на захист та забезпечення основоположних прав і свобод. Причому останніми роками ступінь розробки теорії позитивних зобов'язань держави у галузі прав людини піднявся на якісно новий науковий рівень, про що свідчать ґрунтовні монографічні дослідження, підготовлені визнаними європейськими правознавцями [3; 4; 5; 6; 7 та ін.].

У той же час у вітчизняній науці проблематика позитивних зобов'язань держави розглядається виключно у межах міжнародно-правових досліджень (в окремих працях М. Буроменського, В. Буткевича, Л. Гусейнова, В. Денисова, В. Євінтова та ін.). Ця ситуація нагадує історію утвердження самого поняття «доктрина» в українській правовій системі. Ю. Тодика ще у 2000 р., ніби «зазираючи» у майбутнє, стверджував, що в українській правовій науці термін «доктрина» розглядається в основному як явище, притаманне міжнародному праву. Таке розуміння цього терміна в правознавстві є несприятливим і занадто обмеженим [8, с. 46]. Дійсно, цю прогалину в наукових дослідженнях наступним десятиліттям було компенсовано численними загальнотеоретичними дослідженнями правової доктрини [1; 2; 9; 10; 11 та ін.], які, за висловом В. Селіванова, дозволили оцінити вітчизняну правову доктрину як певну сукупність наукових і політико-юридичних ідей і поглядів, що здобули загальне визнання і поширеність та мають визначати засади внутрішньої і зовнішньої державної правової політики України, здійснювати конституційно-правове моделювання і прогнозування [11, с. 18, 19].

Саме так, на наше переконання, обмеження доктрини позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини лише міжнародно-правовим контекстом дослідження не дозволяє розкрити її соціально-філософський, загальнотеоретичний та конституційно-правовий потенціал. На сьогодні одна з перших у вітчизняній юридичній науці і чи не єдина спроба теоретичного аналізу доктрини позитивних зобов'язань держави у галузі прав людини була здійснена С. Шевчуком [12]. Загалом, не тільки доктрина, а й сама конструкція «позитивні зобов'язання держави» (від англ. *positive duties, obligations*) залишається маловідомою вітчизняному правознавцю.

Слід визнати, що не вдалося подолати цей бар'єр і дослідникам інших пострадянських країн, зокрема Російської Федерації. Так, у нещодавно виданій монографії «Людина і держава у правовій політиці Нового і Новітнього часу» (2013 р.) [13] наведено розвиток історико-правових досліджень, розпочатих

науковою школою О. Рибаківа [13, с. 11; 14]. Однак у монографії, де, за словами авторів, аналізуються «доктринальні основи концептуалізації проблеми людини і держави у правовій політиці», не представлено доктрину позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини. Хоча остання дозволяє переосмислити модель взаємодії людини та держави у сучасних цивілізаційних умовах; віднайти системні зв'язки між правами особи та обсягом і характером обов'язків держави щодо їх поваги, забезпечення та захисту; встановити межу відповідальності держави у разі їх порушення.

Про універсальність доктрини позитивних зобов'язань держави свідчить передусім те, що її витоки беруть початок у класичних конституційних доктринах природного права та суспільного договору, які було втілено у двох історичних національних документах: Декларації незалежності США 1776 р. та французькій Декларації прав людини і громадянина 1789 р. Ці акти заклали фундамент юридизації основних ліберальних цінностей та ідеї обмеженого («стриманого») конституційного правління, за якого державна влада не є абсолютною, а зв'язана певними обов'язками перед людьми та здатна забезпечити «достеменно дотримання особистих прав людини».

Декларація незалежності США 1776 р. стала першим документом в історії людства, де політико-юридичною мовою зафіксовано ідеї політичного лібералізму, проголошені спочатку Дж. Локком (XVII ст.), а згодом – мислителями епохи Просвітництва: Ш.-Л. Монтеск'є та Ж.-Ж. Руссо (XVIII ст.). В її основу було покладено концептуальні ідеї стосовно «закону природи», «природних прав» людини та «природної рівності людей». Низка положень Декларації як політичного документа набула характеру політико-юридичних принципів, які було взято творцями американської Конституції за основу творення системи державної влади у США та закладення основоположних засад взаємовідносин між людиною і державою.

До таких принципів, як доводить С. Головатий, передусім належать принципи мети (головного завдання) державної влади, якою є збереження невід'ємних природних прав людини; принцип легітимності державної влади; принцип обмеження державної влади; нарешті, *принцип обов'язку державної влади забезпечити збереження за людиною її невід'ємних природних прав*. Зміст цих принципів зводиться до того, що, будучи першоджерелом державної влади, «природні права» виражають межі правового порядку, в яких має здійснюватися державна влада. Ці права щодо державної влади виступають її *обов'язком* відповідати вимогам людської природи як за своєю структурною побудовою, так і за змістом своєї діяльності. Якщо державна влада отримує свої повноваження від згоди тих, стосовно кого вона здійснюється, з чітко визначеною метою — для забезпечення природних прав тих, хто виражає свою згоду, і стосовно встановлення державної влади, і стосовно змісту її повноважень, то таке у результаті породжує обов'язок державної влади служити виконанню цього завдання, яке виступає як «загальне благо» [15, с. 437, 520, 521].

Не менше значення для конституювання ідеї обов'язку держави перед людиною мала і французька Декларація прав людини і громадянина 1789 р., в основу якої було покладено три складових вчення Ж.-Ж. Руссо: 1) невід'ємні права особи; 2) невідчужуваний суверенітет нації; 3) природний суспільний

порядок. Французька Декларація відкинула притаманну доктрині абсолютної влади ідею обов'язку людини перед державою та стала втіленням принципу вищості прав людини відносно держави та *ідеї державного обов'язку перед людиною забезпечити її природні права*, що лежать в основі доктрини лібералізму, побудованої на ідеї свободи [15, с. 534].

С. Головатий звертає особливу увагу на те, що французька Декларація однозначно закріплює певні «негативні обмеження та позитивні зобов'язання» стосовно самого «закона»: «закон має право заборонити лише дії, що є шкідливими для суспільства» (ст. 5); він «повинен бути однаковий для всіх: чи він захищає, чи карає» (ст. 6); «закон повинен запроваджувати лише ті покарання, які точно та очевидно є необхідними» (ст. 8) [15, с. 488, 535]. Такі «негативні обмеження та позитивні зобов'язання», на думку західних дослідників, впливають «із логіки прав людини, а не з певної конституційної системи» та мають важливе значення з тієї точки зору, що висунення вимоги стосовно «закона» автоматично означало встановлення певних зобов'язань для законодавчого органу. Цим Франція по суті поклала початок «конституційної держави» (фр. «*Etat de droit*»), у якій «правами людини обмежено всі гілки влади, включаючи й законодавчу» [16, с. 200].

Отже, класична ліберальна доктрина природних прав заклала основи, а перші національні «праволюдні» декларації інституціоналізували ідею обов'язків держави щодо невтручання у сферу індивідуальної свободи, поваги до прав людини, їх забезпечення, захисту та сприяння реалізації. Більше того, французька Декларація прав людини і громадянина 1789 р. заклала таку концептуальну модель юридичного визнання прав людини, яка стала світовою. Про це свідчить мовна та змістова близькість положень цієї Декларації та Загальної декларації прав людини 1948 р., яка запозичила основні ідеї доктрин епохи Просвітництва.

У межах єдиної універсальної міжнародної організації на зобов'язання держави у сфері прав людини наголошується у статтях 55 та 56 Статуту ООН, згідно з якими всі її держави-учасниці *зобов'язуються* здійснювати спільні та самостійні дії для сприяння загальній повазі та дотриманню прав людини й основоположних свобод для всіх незалежно від раси, статі, мови чи релігії. Ці положення Статуту ООН є найбільш загальним правовим зобов'язанням, на основі якого здійснюється все наступне співробітництво держав у галузі прав людини, а також реалізується внутрішньодержавна правозахисна політика.

Сама ж доктрина позитивних зобов'язань держави з'являється у західноєвропейській правовій науці вже в роботах кінця XIX початку XX ст. Так, класична праця Л. Дюгі «Конституційне право. Загальна теорія держави» (1908 р.) містить окремий підрозділ «Позитивні зобов'язання держави», в якому автор теорії солідаризму вказує, що «крім того, що держава не може вчинювати певних дій, є дії, які вона повинна вчинити; є *позитивні зобов'язання* (курсив мій. — Г. Х.), які покладаються на неї; є закони, які вона повинна видавати... Передовсім держава має надати всім безкоштовно мінімум освіти... Держава має видавати закони, які сприяють праці; має забезпечити лікування хворим; засоби для існування особам похилого віку, слабким та невиліковно хворим; і всім, зрештою, мінімум розумової культури, оскільки це виступає першою умовою можливості для кожного розвивати свою розумову та моральну діяльність» [17, с. 906–911].

Викладена позиція засвідчує, що на етапі свого становлення доктрина позитивних зобов'язань держави була обумовлена поділом самих прав людини на негативні та позитивні залежно від механізму реалізації свободи особи та засобів її забезпечення з боку держави. Класична теорія прав людини виходила з того, що негативні права людини визначають негативний аспект свободи та охороняють людину від небажаного втручання з боку держави в сферу її особистих прав і свобод. До них належать більшість громадянських та політичних прав (право на життя, свободу думки, слова, віросповідання, право на недискримінацію, право не піддаватися тортурам, право на мирні зібрання та об'єднання тощо). Негативні права людини передбачають негативні зобов'язання держави та її агентів (представників) утримуватися від будь-яких дій, спрямованих на їх порушення або незаконне обмеження.

Позитивні права людини закріплюють позитивний аспект свободи, їх реалізація неможлива без відповідної забезпечувальної діяльності з боку державних інституцій. До них включають соціальні права (які іноді називають «соціальні наміри» або «соціальні цілі»), економічні та окремі культурні права: право на працю, відпочинок, соціальний захист, охорону здоров'я, гідний рівень життя та ін. Ці права забезпечені позитивними зобов'язаннями держави, які в найбільш широкому вигляді передбачають активні дії держави, спрямовані на їх забезпечення, захист та сприяння реалізації

У другій половині ХХ ст. у конституційному праві країн — членів Ради Європи набуває розвитку та поступово стає домінуючим принципово новий підхід до конструкції позитивних зобов'язань держави, які починають поширюватися і на негативні права. Як зазначає С. Шевчук, «цьому також сприяє і суцільна юридизація суспільного життя та вирішення усіх важливих суспільних питань у межах юридичного процесу. Тобто класична ліберальна ідея про те, що негативним правам кореспондує негативний обов'язок держави не заважати в їх реалізації, модифікується позитивним обов'язком держави щодо їх належної реалізації та гарантії» [12, с. 57].

Найбільш повно цей підхід розроблений в юриспруденції Європейського суду, який послідовно розвиває позицію щодо поширення позитивних зобов'язань держави на всі основоположні права і свободи, гарантовані Європейською конвенцією, які переважно належать до громадянських та політичних прав, тобто мають «негативну» природу.

У світлі досліджуваної проблеми принципове значення має зв'язок правової доктрини із судовою практикою. Можливість застосування правових доктрин у судовій практиці є втіленням регулятивної функції останніх. У такому випадку судова практика виступає формою об'єктивації правових доктрин, засобом їх офіційного визнання та забезпечення підтримкою держави чи міжнародної спільноти (якщо йдеться про практику міжнародних судових установ). При цьому, як підкреслює С. Васильєв, доктрина і судова практика не збігаються, але можуть співвідноситися як форма і зміст, тобто судове рішення виступає формою, яку приймає доктринальне положення. Тоді доктрина дійсно виступає джерелом судової практики [18, с. 73].

У зв'язку з цим важко погодитись із твердженням, що правові доктрини здобувають формальну визначеність за допомогою письмової форми вираження у

працях юристів та санкціонуються через судову практику шляхом посилання на праці авторитетних знавців права як правової основи при ухваленні рішень [19, с. 7–9]. Правові доктрини — це систематизовані, цілісні, концептуально та методологічно узгоджені теорії, ідеї, підходи, які отримали загальне визнання у науковому середовищі та підтримку професійної спільноти. Праці юристів — знавців права виступають лише однією з форм об'єктивації цих доктрин. Відповідно двосторонній зв'язок правових доктрин із судовою практикою відбувається не тільки через посилання на визнані праці юристів у судових рішеннях, а й через *розвиток цих доктрин судовими органами*.

Принципово важливу роль у формуванні правових доктрин відіграють передусім вищі судові інстанції загальної юрисдикції, конституційні суди, а також міжнародні судові установи, до складу яких входять відомі фахівці у галузі права, котрі користуються високим авторитетом. Правові доктрини, що знаходять розвиток у судовій практиці, «пронизують» судові рішення у конкретних справах, забезпечують їх концептуально-методологічну єдність, і у той же час збагачуються за рахунок формулювання судами доктринальних положень, їх відтворення при розгляді аналогічних казусів та індивідуалізації з урахуванням відмінних обставин тієї чи іншої справи. Яскравим прикладом таких доктрин і є доктрина позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини, яка здобула офіційне визнання, міжнародну авторитетність, обґрунтованість та достовірність, а також регулятивні властивості переважно завдяки практиці Європейського суду з прав людини.

Слід наголосити, що у практиці Європейського суду не сформульовано офіційну дефініцію позитивних зобов'язань держави, однак вона може бути реконструйована на основі конкретних рішень Суду, що відтворюють їх цілісну концепцію. Суддя Мартенс (Martens) у своїй окремій думці у *справі «Гал проти Швейцарії»* визначив позитивні зобов'язання як такі, що «вимагають від держав-учасниць... ужиття заходів». Їх базове розуміння було закладено ще у *Бельгійській мовній справі («the Belgian linguistic case»)*, в якій заявники вимагали від Суду розуміння таких зобов'язань, як «обов'язку зробити що-небудь» (англ. *obligations to do something*).

Основною характеристикою позитивних зобов'язань держави виступає те, що по суті вони вимагають від національних органів влади запровадити та застосувати необхідні засоби для гарантування прав людини, а точніше — вжити прийнятних (розумних) та належних заходів (англ. *reasonable and appropriate measures*) для забезпечення та захисту основоположних прав у кожному конкретному випадку [3, с. 6, 7]. Ступінь їх виконання прямо пов'язаний із дотриманням державою принципів добросовісності (англ. *good faith*) та сумлінного ставлення до своїх зобов'язань (англ. *due diligence*).

Оскільки доктрина позитивних зобов'язань приводить до розширення вимог до діяльності держави у сфері реалізації положень Європейської конвенції, виникає необхідність визначити їх правові підстави. Підсумовуючи правові позиції Європейського суду, відомий англійський дослідник та інтерпретатор позитивних зобов'язань за Конвенцією королівський адвокат (QC) К. Стармер (Starmer) вказує, що теоретичну основу таких зобов'язань складають три взаємозв'язаних принципи: по-перше, вимога ст. 1 Конвенції, згідно з якою дер-

жави зобов'язані гарантувати права і свободи, визначені у Конвенції, кожному, хто перебуває під їх юрисдикцією; по-друге, принцип того, що права за Конвенцією повинні бути не «теоретичними чи ілюзорними, а практичними та ефективними» (справа «Ейрі проти Ірландії»); по-третє, принцип, що походить зі ст. 13 Конвенції, за яким у разі спору про порушення конвенційних прав кожному має бути забезпечено право на ефективний національний засіб юридичного захисту [20, с. 5]. У цілому в своїх публікаціях К. Стармер справедливо наголошує, що у багатьох відношеннях позитивні зобов'язання є основною ознакою Європейської конвенції, що вирізняє її серед інших інструментів, які забезпечують права людини, особливо серед тих, які були укладені до Другої світової війни.

Позитивні зобов'язання держави щодо прав людини та основоположних свобод, які виникають на підставі Європейської конвенції, реалізуються нею через виконання численних позитивних обов'язків, конкретизованих у практиці Європейського суду. Так, Європейський суд вказав на обов'язки держав вживати таких конкретних позитивних заходів, як, наприклад, розслідування вбивств; захист від поганого (жорстокого) поводження найбільш уразливих щодо нього осіб, забезпечення негайного пояснення затриманим причин їх затримання чи арешту; забезпечення особі, яка не має достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника, можливості одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя; забезпечення юридичного визнання нової статі, набутої транссексуалами після успішної операції по зміні статі; захисту засобів масової інформації від незаконного втручання у реалізацію свободи самовираження та чимало інших [4, с. 2].

Такі засоби можуть бути *юридичними* (наприклад, законодавче закріплення прав людини, встановлення юридичних вимог для здійснення певного роду діяльності або нормативна регламентація поведінки певних категорій осіб) чи *практичними* (зокрема, обов'язок держави вжити всіх практичних засобів для запобігання вбивству чи нанесенню тілесних ушкоджень особам, які перебувають під вартою, або запобігти самогубству засуджених). Серед позитивних зобов'язань держави виділяють *матеріальні* («*субстантивні*»), які передбачають забезпечення основних засобів, необхідних для повного володіння та користування гарантованими правами людини, наприклад, вимоги щодо належного обладнання закладів пенітенціарної системи, надання затриманим чи ув'язненим особам медичної допомоги та ін., а також *процедурні*, приміром, проведення ефективного, оперативного та невідкладного розслідування випадків порушення прав людини незалежними компетентними особами [3, с. 16–17].

У своїй докторській дисертації, присвяченій позитивним зобов'язанням держави за Європейською конвенцією (2003 р.), яка визнається західними дослідниками найбільш значущою науковою працею, повністю присвяченою цій доктрині, німецький дослідник К. Дроге (Droge) пропонує «нормативну» категоризацію позитивних зобов'язань, яка виходить із постулатів «цілісної» теорії прав людини. Остання розрізняє ліберальне, соціальне та багатоаспектне (багатовимірне) розуміння фундаментальних прав. Відповідно вчений пропонує розрізняти «горизонтальні» та «соціальні» позитивні зобов'язання. «Соціальні зобов'язання» стосуються не лише так званих економічних та соціальних прав, а й «прав на зако-

нодавчі дії» та передбачають, зокрема, обов'язки держави ухвалити закони, необхідні для користування правами людини у певній національній системі. У свою чергу, «горизонтальні» зобов'язання держави стосуються захисту прав людини між приватними особами [7, с. 381, 382; 6, с. 27].

Остання категорія позитивних обов'язків актуалізує важливу та маловідому українській науці проблему «горизонтального ефекту» («горизонтальної дії») прав людини, яка, по суті, порушує питання, чи має держава гарантувати права людини у відносинах між приватними особами. Так, у справі «*Осман проти Сполученого Королівства*» Європейський суд закладає стандарт, за яким держава порушуватиме свої зобов'язання щодо захисту права на життя, якщо органи влади не зробили всього, що розумно очікувалося від них для запобігання реальній та безпосередній загрозі життю, про яку вони знали чи повинні були знати. Д. Ксенос (Xenos) взагалі пов'язує доктринальне обґрунтування позитивних зобов'язань держави саме з її обов'язком активного захисту прав людини від актів втручання з боку приватних осіб [6, с. 19].

Інші відомі європейські дослідники проблематики позитивних зобов'язань держави також пропонували свої підходи до типологізації обов'язків, що покладаються на держави позитивними зобов'язаннями за Європейською конвенцією (К. Стармер) [21, с. 159], виокремлювали кілька «ер» (етапів) розвитку Європейським судом позитивних зобов'язань (А. Моубрей) тощо [4, с. 227–228]. Їх позиції стали предметом окремого аналізу [22].

Розвиток доктрини позитивних зобов'язань держави Європейським судом з прав людини дозволив визначити основні *принципи*, які закладають стандарти таких зобов'язань щодо різних основоположних прав і свобод, а саме:

1. Поряд із переважно негативними зобов'язаннями держави утримуватися від неправомірного втручання в гарантовані Європейською конвенцією права і свободи, останні забезпечені також позитивними зобов'язаннями, навіть тоді, коли вони прямо не передбачені в її тексті (справи «*Маркс проти Бельгії*», «*Янг, Джеймс та Вебстер проти Сполученого Королівства*» та ін.). Д. Фелдман (Feldman) вказує, що саме «*динамічна інтерпретація Конвенції у світлі змінюваних соціальних і моральних передумов*» дозволила Європейському суду сформулювати «більш широкі зобов'язання, що накладаються на держави, ніж ті, які одразу ж очевидні при поверховому прочитанні тексту» [23, с. 53, 54].

2. Принципи, які застосовуються до позитивних та негативних зобов'язань держав, є подібними. Незалежно від того, чи справа стосується позитивного обов'язку держави, чи втручання органу державної влади у здійснення певного права, використовувані критерії суттєво не відрізняються. В обох випадках необхідно звертати увагу на досягнення справедливого балансу між наявними конкуруючими інтересами (інтересами окремої людини і суспільства в цілому) (справи «*Соренсен і Расмуссен проти Данії*», «*Хаттон та інші проти Сполученого Королівства*», «*Кіган проти Ірландії*» та ін.).

3. Висновок про наявність або відсутність позитивного обов'язку приймається з урахуванням справедливого балансу між загальними інтересами громади та інтересами особи, пошук якого притаманний усім конвенційним положенням. Обсяг конкретних позитивних обов'язків відрізнятиметься у зв'язку з різноманітністю ситуацій, що виникають у договірних державах, та варіантів дій, які вони

обирають з огляду на складнощі, пов'язані з підтриманням правопорядку в сучасних суспільствах, вибір пріоритетів і наявні ресурси. Проте цей обов'язок не можна тлумачити у спосіб, який би покладав на органи державної влади нереальний (неможливий) або непропорційний тягар (*справи «Осман проти Сполученого Королівства», «Елбі та інші проти Сполученого Королівства», «Пол і Одрі Едвардс проти Сполученого Королівства», «Озгюр Гюндем проти Туреччини» та ін.*).

4. У своїй практиці Європейський суд послідовно розвиває доктрину позитивних зобов'язань держави та додає до неї нові елементи. Отже, на сьогодні, внаслідок еволюції змісту Європейської конвенції, фактично всі положення, які закладають її правозахисні стандарти, містять «подвійні» вимоги до держави: заборону неправомірного втручання у реалізацію прав і свобод та позитивні обов'язки щодо їх забезпечення та захисту.

Через обов'язковість рішень Європейського суду для країн – учасниць Конвенції, серед яких й Україна, а також прецедентний характер його практики, доктрина позитивних зобов'язань держави має посісти важливе місце у конституційній доктрині України. При тлумаченні та застосуванні національного права (зокрема, положення ст. 3 Конституції України, згідно з яким *утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави*) слід виходити з того, що обсяг позитивних зобов'язань держави стосовно основоположних прав не може бути вужчим за відповідні типи позитивних обов'язків, визнаних у практиці Суду.

Це обумовлює актуальність та доцільність подальшої розробки доктрини позитивних зобов'язань у сфері прав людини, що має відбуватись у двох взаємопов'язаних напрямках: з одного боку, подальшого вивчення основних засад цієї доктрини, відповідних підходів, аргументів, досягнень, які сформува-лись у західній юриспруденції, їх розвитку та інтеграції у царину загальнотеоретичних та галузевих юридичних досліджень. З другого боку, з метою послідовного впровадження доктрини позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини у національну правову систему слід визначити можливі напрями її впливу на національне законодавство, тлумачення його правозахисних положень та юридичну діяльність, передусім судову практику України.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Мочульська М. Є. Основні типи сучасного розуміння правової доктрини / М. Є. Мочульська // Вісн. Львів. ун-ту. Серія юридична. – 2012. – Вип. 56. – С. 44–52.
2. *Правова доктрина в Україні* : у 5 т. – Х. : Право, 2013. Т. 1 : Загальнотеоретична та історична юриспруденція / В. Я. Тацій, О. Д. Святоцький, С. І. Максимов та ін. ; за заг. ред. О. В. Петришина. – 976 с.
3. Akandji-Kombe J.-F. Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights / J.-F. Akandji-Kombe // Council of Europe: Human rights handbooks, 2007. – 68 p.
4. Mowbray A. R. The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights (Human rights law in perspective) / A. R. Mowbray // Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing, 2004. – 239 p.

5. *Sudre F.* Les «obligations positives» dans la jurisprudence europinne des droits de l'homme / F. Sudre // *Revue trimestrielle des droits de l'homme.* — 1995. — Annue 6, № 23 (1 juillet 1995) — P. 363–384.
6. *Xenos D.* The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights / D. Xenos // *Routledge: Routledge Research in Human Rights Law,* 2011. — 231 p.
7. *Droge C.* Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention / C. Droge. — Heidelberg : Springer, 2003. — 432 p.
8. *Тодика Ю. М.* Конституція і правова доктрина / Ю. М. Тодика // *Вісн. Акад. прав. наук України.* — 2000. — № 1 (20). — С. 42–50.
9. *Семеніхін І. В.* Правова доктрина в системі юридичної науки та практики : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / І. В. Семеніхін. — Х., 2012. — 20 с.
10. *Кармаліта М. В.* Правова доктрина — джерело (форма) права : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / М. В. Кармаліта. — К., 2011. — 199 с.
11. *Селіванов В.* До питання методології розроблення сучасної правової доктрини України / В. Селіванов // *Вісн. Акад. прав. наук України.* — 2005. — № 2(41). — С. 15–26.
12. *Шевчук С.* Концепція позитивних обов'язків держави у практиці Європейського суду з прав людини / С. В. Шевчук // *Право України.* — 2010. — № 2. — С. 55–64.
13. *Человек и государство в правовой политике Нового и Новейшего времени* / под ред. О. Ю. Рыбакова. — М. : Статут, 2013. — 400 с.
14. *Научная школа профессора О. Ю. Рыбакова «Проблемы взаимоотношения личности, государства, правовой политики в государственно-правовой мысли России и Запада»* // *Правоведение.* — 2011. — № 2. — С. 15–17.
15. *Головатий С.* Верховенство права : монографія : у 3 кн. / С. Головатий. — К. : Фенікс, 2006. — Кн. 1: Верховенство права: від ідеї — до доктрини. — С. 61–624.
16. *Philippe R.* The «Rights of Man and Citizen» in the French Constitutional Tradition / R. Philippe // *The French Idea of Freedom: the Old Regime and the Declaration of Rights of 1789* / edited by Dale Van Kley. — Stanford, Calif. : Stanford University Press, 1994. — 452 p.
17. *Дюги Л.* Конституционное право. Общая теория государства / Л. Дюги : репр. воспр. изд. 1908 г. — Одесса : Юрид. лит., 2005. — 1008 с.
18. *Васильев С. В.* Правова доктрина — джерело процесуального права / С. В. Васильев // *Актуальні питання інноваційного розвитку : наук.-практ. журн.* — 2012. — № 2. — С. 70–76.
19. *Васильев А. А.* Правовая доктрина как источник права: историко-теоретические вопросы : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / А. А. Васильев. — Красноярск, 2007. — 28 с.
20. *Starmer K.* European human rights law / K. Starmer // *London : Legal Action Group,* 1999. — 960 p.
21. *Starmer K.* Positive obligations under the Convention / K. Starmer // *Understanding Human Rights Principles* / Jowell J., Cooper J. (eds). — Oxford : Hart Publishing, 2001. — P. 157–180.
22. *Христова Г. О.* Типи позитивних зобов'язань держави щодо прав людини у світі лі юриспруденції Страсбурзького суду / Г. О. Христова // *Юрист України.* — 2013. — № 2. — С. 11–19.
23. *Feldman D.* Civil liberties and human rights in England and Wales / D. Feldman. — 2nd ed-n. — Oxford : OUP, 2002. — 1184 p.

Хрystова Г. О. До питання про формування доктрини позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини

Анотація. У статті визначаються витoki ідеї обов'язку держави поважати та гарантувати права людини, характеризується зародження доктрини позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини та її розвиток Європейським судом з прав людини, розкриваються основні ідеї цієї доктрини та її значення у правовій системі.

Ключові слова: правова доктрина, права людини, негативні і позитивні зобов'язання держави, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, Європейський суд з прав людини.

Хрystова А. А. К вопросу о формировании доктрины позитивных обязательств государства в сфере прав человека

Аннотация. В статье определяются истоки идеи обязанности государства уважать и гарантировать права человека, характеризуется зарождение доктрины позитивных обязательств государства в сфере прав человека и её развитие Европейским судом по правам человека, раскрываются основные идеи указанной доктрины и её значение в правовой системе.

Ключевые слова: правовая доктрина, права человека, негативные и позитивные обязательства государства, Конвенция о защите прав человека и основных свобод, Европейский суд по правам человека.

Khrystova G. To the Question of Formation of the Doctrine of Positive Obligations of the State in the Field of Human Rights

Summary. The article is devoted to generation of idea of the duty of the state to respect and guarantee human rights, the origin of doctrine of positive obligations of the state in the field of human rights and its development by the European court of human rights, the basic ideas of the this doctrine and its value in legal system.

Key words: legal doctrine, human rights, negative and positive obligations of the state, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court of Human Rights.

ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ФОРМУВАННЯ КОНЦЕПЦІЇ ПРАВОЗАХИСНОЇ ПОЛІТИКИ¹



О. МАЛЬКО
*доктор юридичних наук,
професор,
директор Саратовської філії
Інституту держави
і права РАН,
заслужений діяч науки РФ*



В. НИРКОВ
*кандидат юридичних наук, доцент,
заступник директора з наукової роботи
(Саратовська філія Інституту держави
і права РАН)*

Розробка концептуальних теоретичних засад формування і реалізації правозахисної політики набуває особливого значення з урахуванням масового характеру порушень прав людини, невисокої ефективності системи державно-правового захисту і слабкості інститутів громадянського суспільства у проведенні самостійної політики у сфері захисту об'єктивного права і суб'єктивних прав учасників суспільних відносин. Також потребує свого вирішення проблема приведення правозахисної системи у відповідність до міжнародних стандартів.

Актуальність теоретичного вивчення питань правозахисної системи і правозахисної політики обумовлена також такими обставинами: нормативні приписи щодо захисту права пронизують практично всі галузі права; як і раніше, погано розвинені недержавні форми захисту права; потребує розширення взаємодія державної правозахисної системи з механізмами захисту права Європейського Союзу; у науці не приділяється належної уваги формуванню теорії правозахис-

¹ Роботу виконано за фінансової підтримки Міністерства освіти і науки Російської Федерації, проект «Правозахисна політика: вітчизняний і зарубіжний досвід» у рамках реалізації федеральної цільової програми «Наукові та науково-педагогічні кадри інноваційної Росії» на 2009–2013 рр.

Переклад з російської В. Смородинського.

© О. Малько, В. Нирков, 2013

ної системи, а питання правозахисної політики перебувають на початковому етапі дослідження [1, с. 4–6]; перебільшується значення органів державної влади у процесі формування та реалізації правозахисної політики і водночас залишається недооціненою роль інститутів громадянського суспільства у цій сфері.

Крім того, необхідність формування правозахисної політики пов'язана ще з тим, що сама правозахисна діяльність не позбавлена деяких недоліків:

- їй вочевидь бракує системності, послідовності та наукової обґрунтованості;
- її правова основа залишає бажати кращого, правове регулювання названої сфери не налагоджене повною мірою, у тому числі й на конституційному рівні;
- суб'єкти правового захисту (державні, недержавні, внутрішньодержавні, міжнародні) часто-густо діють розрізнено, неузгоджено, без достатньої координації один з одним, погано взаємодіють між собою.

Тому саме належно вибудована правозахисна політика покликана об'єднати всі інструменти та інститути, пов'язані із захистом прав людини і права як соціальної цінності, в одне ціле. Найважливішим її завданням є формування повноцінної правозахисної системи. У цілому ж сутність правозахисної політики полягає в розробці та реалізації правозахисних ідей і цілей стратегічного характеру.

Поряд із цим практичними пріоритетами її реалізації є:

- оптимізація правового регулювання означеної сфери;
- удосконалення системи гарантій у механізмі правового захисту;
- забезпечення належної координації правозахисних державних і недержавних організацій;
- поглиблення взаємодії внутрішньодержавних і міжнародних інститутів правового захисту;
- сприяння формуванню правозахисної культури державних, муніципальних службовців та інших суб'єктів [2, с. 316].

З урахуванням вищенаведеного правозахисну політику можна визначити як науково обґрунтовану, послідовну і комплексну діяльність державних і недержавних структур щодо подальшого розвитку правозахисної системи, вдосконалення засобів захисту права, упровадження режиму «правової захищеності» окремої особистості та суспільства в цілому.

Причому правозахисну політику і правоохоронну політику слід розмежовувати. Вони співвідносяться як частина і ціле. Якщо перша націлена на захист об'єктивного права і суб'єктивних прав громадян, на створення і функціонування повноцінної правозахисної системи, на відновлення порушеного права, то друга має більш широку сферу дії та спрямована на вдосконалення всієї системи охорони права, включаючи і його захист як складову, на протидію корупції та зниження кількості скоєних правопорушень у суспільстві. Отже, мета правоохоронної політики є значно ширшою — це підвищення «імунітету» права щодо усіляких правопорушень, ефективне здійснення його охоронної функції, результативна робота правоохоронної системи, а не лише її підсистеми — захисту права.

У сучасних умовах, на наш погляд, наріла нагальна потреба у формуванні концепції правозахисної політики, під якою варто розуміти систему теоретичних положень, що містять цілі, завдання, засоби, принципи, пріоритети, форми реалізації правозахисної діяльності, шляхи підвищення ефективності правозахисної системи в цілому. Саме в рамках цієї концепції важливо розглянути моделі більш результативної взаємодії державних і недержавних суб'єктів правозахисної політики. Лише при тісній і чіткій взаємодії зазначених суб'єктів можливий прорив у підвищенні якості дії інструментів захисту права.

Правозахисна система на цей час перебуває у стані невизначеності щодо шляхів власного розвитку. Органи державної влади, спеціально уповноважені здійснювати правозахисну функцію, досі не мають належної науково обґрунтованої концепції, а ґрунтуються, як правило, на вузькокорпоративних інтересах, адміністративно-територіальних і умоглядно-політичних нормах своєї організації; їхні цілі деколи є несумісними із завданнями захисту прав громадян і забезпеченням режиму «правової захищеності» особистості та громадянського суспільства. Останнє ж так і не стало активним учасником формування і реалізації правозахисної політики. Недержавні правозахисні організації, що існують у сучасних умовах, незважаючи на певну активність у сфері захисту прав громадян, не мають ефективних правових механізмів належної протидії корупції в органах державної влади, сваволі з боку державних службовців та іншим неправим діям щодо громадян і бізнесу.

Слід погодитися з вельми точною характеристикою сучасної правозахисної та правоохоронної системи як структури, що зберігає риси адміністративно-надзвичайної та фактично перманентно-тимчасової організації, що припускає позаправові та позапроцесуальні форми роботи з населенням і боротьби зі злочинністю [3, с. 46].

При цьому наріжним каменем у вирішенні проблем охорони і захисту права, прав і свобод громадян виступає судова реформа, що триває вже не один десяток років. Проте на цей час значна частина проблем щодо встановлення системи справді дієвого і незалежного суду не вирішена, як і раніше, відсутня науково обґрунтована і послідовно реалізована судово-правова політика, без якої неможливі належне функціонування і розвиток ані правоохоронної, ані правозахисної систем.

Концепції правоохоронної, правозахисної та судової політики повинні бути наріжними доктринальними документами, що пропонують вирішення найбільш гострих проблем, наявних у сфері правоохоронної діяльності, судоустрою і судочинства, організації правозахисної системи, що містять стратегію розвитку цих важливих сфер правового життя суспільства. Через те, що правоохоронна, правозахисна і судова політика є особливими діалектично пов'язаними різновидами політики правової, бажано, щоб концепції правоохоронної, судової та правозахисної політики будувалися на єдиному концептуальному фундаменті.

Серед найважливіших проблем, що стоять на шляху прогресивного розвитку російської судової влади як найважливішої складової правозахисної системи, все більше заявляє про себе відсутність єдиної судової практики, «роз'єднаність» судової влади, її специфічний і не завжди обґрунтований «поділ». Це не дозволяє правосуддю стати повноцінним, не підвищує ступінь

довіри до нього. Можна скільки завгодно «закачувати» гроші в існуючу судову систему, але якщо вона буде відтворювати те, що є зараз, стан справ на краще не зміниться. Потрібні інші заходи, що виведуть правосуддя на новий рівень якості та цивілізованості.

Справжня модернізація судової системи пов'язана передусім із перебудовою судових органів, що повинно відповідати сучасним вимогам розвитку суспільства. Якщо ми говоримо про Концепцію судової політики, то у стратегічному плані правильним було б об'єднання всіх «гілок» судової влади в одну, яку б уособлював Верховний Суд. Конституційне, господарське та інші види правосуддя цілком можуть функціонувати в межах колегій (палат) цього вищого судового органу, про що вже неодноразово переконливо зазначалося в юридичній літературі. Так, В. Попондопуло справедливо пише про те, що «зовнішня спеціалізація, представлена... самостійними гілками судової влади, відіграла свою історичну роль і тепер, на мій погляд, від неї можна відмовитися шляхом об'єднання всіх гілок судової влади в єдину, очолювану Верховним Судом» [4, с. 114].

Що це дасть особистості, суспільству і державі?

По-перше, нарешті виникне реальний шанс втілити в судово-правове життя єдину судову практику. Правильно підкреслює у своєму інтерв'ю президент Гільдії російських адвокатів Г. Мірзоев, що «на жаль, різні суди з одних і тих самих підстав, у одній і тій самій справі виносять часом діаметрально протилежні рішення. Іноді доходить до абсурду. Людина йде до суду загальної юрисдикції, але їй там відмовляють. Тоді вона реєструє якесь ТОВ і йде до арбітражного суду¹ з тим самим питанням і вирішує його. У минулі роки головною інстанцією в країні був Верховний суд, він аналізував судову практику і давав рекомендації з різних категорій справ. Сьогодні у нас три гілки судової системи² і, виходить, три справедливості. Можливо, прийшов час подумати над тим, щоб функціонував один Вищий або Верховний суд і єдиний Судовий департамент... У цьому суді можуть працювати конституційна колегія, загальної юрисдикції, арбітражна, адміністративна. Але це буде єдина система, вона забезпечить єдиний підхід у правозастосовній практиці» [5].

По-друге, в умовах слабкої довіри до судової влади з боку суспільства і невисокої в цілому ефективності різних судових органів важливо об'єднати їх зусилля для більш повного захисту прав і свобод людини і громадянина, інтересів інших суб'єктів права. Обґрунтовано зазначається, що «існування трьох самостійних, не пов'язаних одна з одною структур, послаблює судову владу, покликану відігравати роль стабілізуючого фактора в державі та захищати права і свободи особистості» [6, с. 15].

По-третє, це дозволить створити, з одного боку, більш просту і компактну, а з другого — більш чітку та ієрархічну сукупність судових структур, яку з повним правом можна буде назвати судовою системою, елементи якої між собою будуть дійсно взаємопов'язаними. Зараз у нас існує фактично три умовні «судові сис-

¹ В Україні — господарський суд. — Прим. перекладача.

² В Україні — чотири; в Російській Федерації, на відміну від України, нема системи адміністративних судів. — Прим. перекладача.

теми», які системами в повному сенсі слова не є, діють часто-густо «самі по собі». Більше того, часом виявляється й певна нездорова конкуренція між ними, ведеться боротьба за сфери впливу, за більш важливий статус, за ті чи інші привілеї і т. ін., що не сприяє судово-правовому прогресу, а більшою мірою стримує його.

По-четверте, не останню роль в такій реконструкції судової влади відіграють проблеми спеціалізації та фінансових витрат. Цілком можна підтримати думку В. Попондопуло про те, що «існуюча організація судової системи Росії, побудована на принципах зовнішньої спеціалізації, менш ефективна і більш витратна з фінансової точки зору, ніж система, побудована на принципах уніфікації та внутрішньої спеціалізації. Вона складна і тим самим породжує безліч специфічних організаційних і навіть політичних проблем як у взаєминах кожної гілки судової влади з іншими органами державної влади,... так і у відносинах різних гілок судової влади між собою» [4, с. 115].

Зрозуміло, такі перетворення в судовій сфері будуть пов'язані з відповідними змінами не лише в поточному законодавстві, а й у Конституції. Втім це варто того, якщо ми дійсно хочемо зробити судову владу результативною, такою, що реально й якісно захищає інтереси особистості, суспільства і держави.

Таким чином, модернізація судової системи пов'язана з об'єднанням наявних судів у повноцінний Суд з усіма відповідними наслідками. На це звертають увагу і ветерани судової діяльності. Наприклад, патріарх російського правосуддя, заслужений юрист РФ А. Большова підкреслює, що «об'єднання систем є необхідним... Треба змінити Конституцію, розробити концепцію, визначити послідовність...» [7, с. 13]. З цими ідеями можна тільки погодитися, включити їх до проекту Концепції судової політики і почати діяти відповідно до них.

Однак необхідністю модернізації судової системи не вичерпується весь спектр проблем, що зараз мають місце у функціонуванні російської правозахисної системи. Остання вимагає для свого «оздоровлення» і розвитку саме системного, комплексного та науково вивіреного підходу з боку суспільства і держави.

Убачається, що першорядним завданням Концепції правозахисної політики має бути відображення основних ідей із розвитку всієї правозахисної системи в її широкому розумінні. Об'єктом захисту такої системи повинні виступати не лише права і свободи людини, а й саме право як найважливіша соціальна цінність і досягнення загальної культури суспільства, а також правова система в цілому.

На особливу значущість дослідження проблеми правозахисної системи і політики її стратегічного розвитку обґрунтовано вказує В. Баранов: «Багато аспектів цього специфічного й актуального зрізу соціального буття, що визначають урешті-решт міру юридичної цивілізованості держави і суспільства, їх правовий прогрес, потребують глибокого і ґрунтового вивчення вітчизняним правознавством» [8, с. 7]. При цьому автор пропонує, на наш погляд, досить вузьке розуміння правозахисної системи, пов'язуючи її виключно з правами людини [8, с. 8].

Т. Калініна також обмежується лише правами людини при аналізі об'єкта впливу правозахисної системи, пропонуючи визначення останньої як сукупності «способів і засобів захисту прав і свобод людини, що існує у вигляді комплекс-

су взаємопов'язаних правозахисних галузей, норм та інститутів; підсистеми гуманітарного законодавства і правозахисних установ; підсистем гуманітарного інформування, освіти, накопичення, зберігання, відтворення і розвитку гуманітарної ідеології» [9, с. 9–10]. У цьому випадку слід погодитися з критичним зауваженням В. Карташова про те, що вказане визначення не охоплює значного шару механізму захисту права — діяльності численних вітчизняних, іноземних і міжнародних правозахисних організацій, судової та іншої юридичної практики [10, с. 12].

Убачається, що в науці необхідним є ширший підхід до трактування правозахисної системи суспільства, тому проблему захисту прав людини може бути вирішено лише за допомогою комплексного захисту всієї системи права як об'єктивної передумови існування і реалізації окремих суб'єктивних прав особистості. Інакше кажучи, саме об'єктивне право також потребує захисту від різного роду посягань і порушень його приписів. При цьому слід чітко розмежовувати поняття «охорона» і «захист» права, розглядати правозахисну діяльність та її суб'єктів як частину (підсистему) правоохоронної системи. Правильним є твердження Ю. Ветютнева: «...у своїй основі правозахисна та правоохоронна діяльність принципово єдині, й поки ця єдність не буде відновлено, нема підстав розраховувати на поліпшення ситуації з правами людини в Росії» [11, с. 62].

У зв'язку з цим понятійний ряд у теорії захисту права повинен починатися з такого ланцюга: «охорона права — правоохоронна система — захист права — правозахисна система». Його подальшим логічним продовженням є категорія «правозахисна політика», під якою в юридичній літературі пропонується розуміти цілісну систему заходів, що вживаються на державному рівні з метою забезпечення і захисту прав людини. Мірилом ефективності правозахисної політики повинен виступати досягнутий рівень захищеності прав людини [11, с. 63–64]. Однак і в цьому випадку навряд чи можна визнати виправданим досить вузьке розуміння правозахисної політики. Безумовно, забезпечення і захист прав людини є «наріжним каменем» усієї правозахисної системи. Очевидним є й те, що правами людини не вичерпується її функціональне призначення. Інститут прав людини має статус загальносоціальної цінності, досягнення культури, а також певного критерію правового прогресу суспільства. У реальному механізмі правового регулювання права і свободи особистості мають багатоступінчастий характер свого закріплення і забезпечення, починаючи з положень Конституції та загальноновизнаних норм міжнародного права, і закінчуючи конкретними процесуальними засобами захисту суб'єктивного права в суді, наприклад у позовному порядку.

Згадування в науковій теорії лише про одного об'єкта захисту у вигляді прав людини в ході конструювання моделі правозахисної політики і правозахисної системи мимоволі та занадто спрощує сутність проблеми, що розглядається. Реальний механізм захисту права трансформується в ідеалізоване, «романтичне» гасло часів буржуазних революцій. Права людини — це лише вершина «піраміди» об'єктів, що підлягають захисту в правовій системі. Сама ідея природного права так і залишається лише абстрактною метою, правовою «мрією» про ідеальний закон без її складного втілення в тисячі приписів позитивного права, десятки і

сотні тисяч правозастосовних актів та інших юридичних дій, що не вкладаються в межі традиційного поняття «правозахисна система».

Так, поняття «захист» в юриспруденції повинно мати багатовимірний, комплексний характер, спираючись на принцип пріоритету прав і свобод людини і громадянина, моделювати єдину систему захисту права. Як об'єкти захисту слід виокремлювати не тільки права людини, а й конкретизовані в реальних правовідносинах суб'єктивні права їх учасників. Права людини як комплексні правові утворення розчиняються «в усіх без винятку галузях чинного права, звідки їх не можна вилучити або виокремити» [11, с. 63]. Таким чином, прихильники трактування правозахисної системи крізь призму прав людини самі усвідомлюють певну аморфність і невловимість такого об'єкта захисту, недоцільність прийняття, наприклад, єдиного спеціалізованого законодавчого акта про права людини. Адже правозахисна система покликана забезпечувати належне функціонування всього об'єктивного права, а не лише його окремих приписів, якими б значущими вони не були.

На наш погляд, найбільш влучним буде визначення захисту права як однієї з підсистем охоронних заходів (поряд з юридичною відповідальністю), що являє собою єдину сукупність взаємопов'язаних спеціальних юридичних засобів, спрямованих на припинення конкретних порушень, на відновлення порушених приватних і публічних інтересів і (або) на забезпечення умов їх задоволення в інших формах.

Таким чином, категорія «правозахисна система» покликана виконати функцію найбільш загальної абстракції, що включає в себе у системному відношенні поняття «захист права» і «правозахисна політика». При цьому об'єкт захисту найбільш доцільно розглядати з широких позицій, не обмежуючись інститутом прав людини, а розуміючи під ним також інші елементи правового статусу особистості, й саме об'єктивне право, що дозволяє представити правозахисну систему у вигляді складного комплексного і багатовимірного утворення правового життя.

З урахуванням зазначених теоретико-методологічних установок вбачається можливим запропонувати таку структуру Концепції правозахисної політики.

Перш за все ця Концепція повинна містити певну вступну частину, в якій буде надано характеристику сучасного стану правозахисної системи за допомогою вказівки на найбільш «больові точки».

Основний текст Концепції вбачається доцільним розбити на такі розділи:

I. Загальні засади правозахисної політики.

II. Зміст правозахисної політики.

III. Основні напрями правозахисної політики.

IV. Пропозиції щодо вдосконалення правозахисної системи суспільства.

V. Пріоритетні напрями розвитку правозахисної політики в регіонах.

Як основоположну мету правозахисної політики пропонуємо визначити здійснення на основі законодавства і загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права захисту об'єктивного права та прав і свобод особистості, формування системи дієвих засобів захисту права, створення і функціонування ефективної правозахисної системи, встановлення режиму «правової захищеності» приватних і публічних інтересів.

Зазначена мета, на нашу думку, знаходить свою конкретизацію у таких завданнях правозахисної політики:

- виявлення факторів і умов, що породжують правозахисні ризики;
- створення концептуальних основ для формування єдиного правового поля в галузі правозахисної діяльності;
- вибудовування ефективного механізму взаємодії та координації діяльності державних органів та установ у сфері здійснення правозахисної діяльності;
- забезпечення належного правового механізму взаємодії державних органів і недержавних правозахисних організацій;
- створення з урахуванням досвіду низки європейських держав системи антикорупційного законодавства;
- поліпшення матеріального забезпечення діяльності правоохоронної системи і недержавних правозахисних організацій;
- моніторинг законодавства, що регулює правозахисну діяльність, з метою усунення його прогалин та колізій, для визначення найбільш «проблемних точок» практичної реалізації нормативних положень;
- підвищення легітимності та відкритості правозахисної системи;
- боротьба з корупційними проявами в органах та установах правозахисної системи;
- розвиток недержавної складової правозахисної системи;
- передача частини функцій із захисту права структурам та інститутам громадянського суспільства;
- розробка правових основ подальшого контролю за результатами правозахисної діяльності;
- концептуальне забезпечення вдосконалення системи правових засобів захисту права (правовідновлювальних, правозабезпечувальних та ін.);
- розвиток і дотримання принципів правової держави, гарантованих Конституцією і загальновизнаними принципами та нормами міжнародного права і міжнародними договорами;
- підвищення якості відправлення правосуддя як основного державного інституту захисту прав особистості;
- приведення правозахисної системи у відповідність до міжнародних стандартів;
- правова просвіта у сфері захисту прав;
- вирішення спорів і конфліктів між громадянами, громадськими організаціями і державними органами, посадовими особами правовими засобами.

У Концепції також повинні знайти відображення й основні принципи формування і реалізації правозахисної політики, серед яких вважаємо доцільним і обґрунтованим вказати такі:

- законність — неухильне дотримання вимог загальновизнаних норм і принципів міжнародного права у сфері захисту права, законодавства; заборона використання механізмів і процедур, що порушують вимоги зазначеної нормативної основи правозахисної політики, і неприпустимість протиставлення вимог вищезазначених актів і доцільності політичного, економічного, організаційного та іншого характеру;

– пріоритет прав та основних свобод людини і громадянина — формування і реалізація правозахисної політики мають бути підпорядковані конституційному положенню про те, що людина, її права і свободи є найвищою цінністю, при визначенні основних напрямів правозахисної діяльності права і свободи людини і громадянина мають становити вихідний її орієнтир;

– соціально-політична обумовленість — ухвалені у сфері захисту права рішення, видані акти і здійснювані дії ґрунтуються на об'єктивних потребах та інтересах особистості, суспільства і держави;

– наукова обґрунтованість — формування правозахисної політики ґрунтується на положеннях і рекомендаціях юриспруденції, результатах теоретичних і прикладних досліджень і розробок авторитетних наукових юридичних центрів і шкіл;

– демократизм — правозахисна політика орієнтується на широку участь у її формуванні та здійсненні різних соціальних груп, використовує кошти, процедури і механізми, що не суперечать основам демократії та інтересам більшості;

– урахування культурного чинника — правозахисна політика формується і здійснюється на загально визначених морально-культурних цінностях і традиціях суспільства, справедливості, взаємодопомози та соціальному компромісі, національно-культурній рівноправності;

– гласність — правозахисна політика в Росії здійснюється на засадах відкритого доступу до інформації про її сутність, цілі, принципи, пріоритети, механізми і засоби реалізації;

– узгодженість з міжнародними стандартами в галузі захисту права — правозахисна політика заснована на визнанні й урахуванні міжнародних стандартів у галузі прав людини та їх захисту, врахуванні досвіду і рекомендацій міжнародних правозахисних організацій із дотриманням пріоритетності національних інтересів;

– свобода і самоврядування політичних та інших об'єднань громадян, місцеве самоврядування — зазначені суб'єкти правозахисної політики повинні мати можливість самостійно і незалежно організувати свою правозахисну діяльність без втручання держави та її органів;

– свобода вираження думок і переконань, слова і друку, совісті — ідеологічна складова правозахисної політики має опрацьовуватися на основі плюралізму думок її суб'єктів та учасників;

– практична орієнтованість і затребуваність — правозахисна політика ґрунтується на детальному вивченні реального стану справ у сфері захисту права, функціонуванні правозахисної системи, формує свої пріоритети і визначає основні напрями, виходячи з потреб практики і зв'язку з нею.

Як основні напрями формування і реалізації правозахисної політики пропонуємо виокремлювати такі:

- правозахисна політика у сфері здійснення правосуддя;
- правозахисна політика у сфері протидії корупції;
- правозахисна політика у сфері взаємодії органів державної влади і неурядових правозахисних організацій;
- правозахисна політика в діяльності прокуратури;
- правозахисна політика у сфері захисту і забезпечення прав дітей;

– правозахисна політика у сфері захисту прав і законних інтересів підприємців та юридичних осіб;

– правозахисна політика в галузі створення системи дієвих юридичних гарантій і механізмів щодо забезпечення ефективного самозахисту своїх прав особистістю.

Останній напрям правозахисної політики науковою спільнотою і на практиці часто-густо зовсім не виокремлюється як самостійний, що, на наш погляд, не сприяє вибудовуванню повноцінної та дієвої правозахисної системи. Інструмент самозахисту має набути відповідного правового статусу поряд з іншими способами і засобами правозахисної діяльності. На жаль, зараз самозахист у багатьох випадках не визнається державою як законний засіб забезпечення власної безпеки особистості, захисту її власності, прав і свобод, а часом, навпаки, — оголошується правопорушенням і навіть визнається злочинним. Чимало проблем можна виокремити у встановленні та реалізації інших напрямів правозахисної політики, але саме самозахист у російській правозахисній системі перебуває в найбільш нерозвинутому стані, не дозволяючи громадянам відчутти себе повноправними учасниками цієї системи.

У цьому випадку вважаємо доречним нагадати про те, що Конституційний Суд РФ ще в 1995 р. сформулював правову позицію, згідно з якою особистість в її взаєминах з державою виступає не як об'єкт державної діяльності, а як рівноправний суб'єкт, що може захищати свої права всіма не забороненими законом способами і сперечатися з державою в особі будь-яких її органів [12].

Нами подано зразкову структуру проекту Концепції правозахисної політики, яка ще потребує свого обговорення, доопрацювання і розвитку. При цьому основне завдання формування Концепції правозахисної політики сьогодні полягає в забезпеченні системного і науково обґрунтованого бачення проблеми випереджаючого розвитку правозахисної системи суспільства, у створенні ідейно-теоретичного фундаменту реалізації державою правозахисної функції.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Редько А. А.* Правозащитная политика и ее место в правовой политике России: теоретико-правовой анализ : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А. А. Редько. — СПб., 2011. — 26 с.
2. *Малько А. В.* Теория правовой политики / А. В. Малько. — М. : Юрлитинформ, 2012. — 328 с.
3. *Синюков В. Н.* Правоохранительная система России: необходимость концептуальных перемен / В. Н. Синюков // Правоохранительная политика в России: проблемы теории и практики : монография / под ред. А. В. Малько. — Тамбов : Изд-во ТГУ, 2010. — С. 46–52.
4. *Попондопуло В. Ф.* Система третьей власти: от горизонтальной организации к вертикальной / В. Ф. Попондопуло // Закон. — 2004. — № 10. — С. 113–118.
5. *Ямшанов Б.* Справедливость на троих не делится / Б. Ямшанов // Рос. газ. — 2012. — 11 дек. — С. 8.
6. *Бойков А. Д.* Судебная реформа: обретение и просчеты / А. Д. Бойков // Государство и право. — 1994. — № 6. — С. 13–22.
7. *Большова А. К.* Надо создавать единую судебную систему / А. К. Большова // Судья РФ. — 2009. — № 11. — С. 10–13.

8. *Российская и европейская правозащитные системы: соотношение и проблемы гармонизации* : сб. статей / под ред. В. М. Баранова. — Н. Новгород, 2003. — 635 с.
9. *Калинина Т. М. Российская и европейская правозащитные системы: соотношение и проблемы согласования* : дис. ... канд. юрид. наук / Т. М. Калинина. — Н. Новгород, 2002. — 187 с.
10. *Карташов В. Н. Правозащитные системы: понятия, основные типы и принципы* / В. Н. Карташов // *Российская и европейская правозащитные системы: соотношение и проблемы гармонизации* : сб. статей / под ред. В. М. Баранова. — Н. Новгород, 2003. — С. 11–15.
11. *Ветютнев Ю. Ю. Несколько замечаний о теории правозащитной системы* / Ю. Ю. Ветютнев // *Российская и европейская правозащитные системы: соотношение и проблемы гармонизации* : сб. статей / под ред. В. М. Баранова. — Н. Новгород, 2003. — С. 60–64.
12. *Постановление Конституционного Суда РФ от 3 мая 1995 г. № 4-П по делу о проверке конституционности статей 220.1 и 220.2 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В. А. Аветяна* // *Собр. законодательства Рос. Федерации*. — 1995. — № 19. — Ст. 1764.

Малько О. В., Нирков В. В. Теоретико-методологічні засади формування концепції правозахисної політики

Анотація. У статті аналізуються найбільш важливі проблеми функціонування правозахисної системи, а також низка питань, пов'язаних із формуванням стратегії її подальшого розвитку. Відзначається актуальність теоретичного вивчення питань правозахисної системи і правозахисної політики. Відстоюється ідея щодо необхідності розробки комплексної науково обґрунтованої концепції правозахисної політики. Автори формулюють оригінальні дефініції понять «правозахисна політика» і «концепція правозахисної політики». Розглядаються співвідношення і взаємозв'язок між правоохоронною, судовою і правозахисною політикою в сучасних умовах. Критично оцінюється процес модернізації судової системи в сучасній Росії. Авторами обґрунтовується широкий підхід до розуміння правозахисної системи. Пропонується авторське бачення структури і змісту «концепції правозахисної політики». Визначаються основні принципи формування і реалізації правозахисної політики, її цілі та завдання.

Ключові слова: правозахисна політика, судово-правова політика, правоохоронна політика, правозахисна система, захист права.

Малько А. В., Нырков В. В. Теоретико-методологические основы формирования концепции правозащитной политики

Аннотация. В статье анализируются наиболее важные проблемы функционирования правозащитной системы, а также ряд вопросов, связанных с формированием стратегии ее дальнейшего развития. Отмечается актуальность теоретического изучения вопросов правозащитной системы и правозащитной политики. Отстаивается идея о необходимости разработки комплексной научно обоснованной концепции правозащитной политики. Авторы формулируют оригинальные дефиниции понятий «правозащитная политика» и «концепция правозащитной политики». Рассматриваются соотношение и взаимосвязь правоохранительной, судебной и правозащитной политики в современных условиях. Критически оценивается процесс модернизации судебной системы в современной России. Авторами обосновывается широкий подход к пониманию правозащитной системы. Предлагается авторское видение структуры и содержания концепции правозащитной политики. Перечисляются основополагающие принципы формирования и реализации правозащитной политики, определяются ее цели и задачи.

Ключевые слова: правозащитная политика, судебно-правовая политика, правоохранительная политика, правозащитная система, защита права.

Maljko A., Nyrkov V. Theoretical and Methodological Bases of Formation the Concept of Human Rights Policy

Summary. The article deals with the most important problems of functioning of the human rights system, as well as a number of the questions connected with formation of strategy of its further development. Indicated the relevance of the theoretical study of questions of the human rights system and human rights policies is denoted. An idea about the necessity to develop a comprehensive scientifically based conception of human rights policies is defended. The authors offer the original definition of «human rights policies» and «the concept of human rights policy». Relations and links among law-enforcement, judicial and human rights policy in modern conditions are discussed. Authors criticize the process of modernization of the judicial system in modern Russia. They ground wide approach to understanding the human rights system. Authors give their vision of the structure and content of the concept of human rights policy. Fundamental principles of the formation and implementation of human rights policies are characterized, their goals and tasks are defined.

Key words: human rights policies, judicial policy, law enforcement policy, human rights system, protection of the rights.

ЮРИДИЧНІ ПЕРЕШКОДИ В РЕАЛІЗАЦІЇ ТА ЗАХИСТІ ПРАВ І ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ: ПОНЯТТЯ Й ВИДИ¹



О. ПЕТРОВ

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії
держави і права
(Сибірський федеральний
університет, м. Красноярськ, Росія)*



В. ПАНЧЕНКО

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії
держави і права
(Сибірський федеральний
університет,
м. Красноярськ, Росія)*

Серед факторів, що впливають на процес реалізації прав, свобод, законних інтересів, чільне місце посідають юридичні (правові) умови та засоби, що відповідно до характеру такого впливу поділяються на юридичні (правові) гарантії та юридичні (правові) перешкоди в реалізації права. Одним із перших науковців, хто порушив питання перешкод у праві на рівні загальної теорії права, був О. Малько [1, с. 123–155], однак концепція перешкод, яка, враховуючи гетерогенну природу соціальних реалій, у загальному вигляді змогла б прогнозувати причини їх появи [2], до сих пір не сформувалася.

Термін «перешкода» у словниках тлумачиться як завада, що затримує які-небудь дії, стоїть на шляху здійснення чого-небудь [3, с. 966]. Приєднання до слова «перешкода» прикметників «юридична» чи «правова» вказує на сферу походження та функціонування цього явища — правове життя [4, с. 65–75].

Разом з цим коло явищ, що охоплюються поняттям «юридичні перешкоди в реалізації права», є вужчим, ніж поняття перешкод в юридичній сфері

¹ Стаття підготовлена за фінансової підтримки Російського гуманітарного наукового фонду (проект № 13-13-24005).

Переклад з російської С. Прийми.

© В. Панченко, О. Петров, 2013

загалом, під якими розуміються такі фактори, що заважають вдосконаленню соціальних зв'язків і діють усупереч правовим цілям і принципам [5, с. 54–62].

Пропонуємо таке визначення поняття, що розглядається: *юридичні (правові) перешкоди в реалізації та захисті прав, свобод, законних інтересів — це нормативно встановлені та (або) юридико-фактичні умови, що ускладнюють або блокують процес здійснення правових можливостей (прав, свобод, законних інтересів) конкретного суб'єкта права в конкретній ситуації, які вимагають від носія прав і законних інтересів додаткових, нормативно незапрограмованих або, хоча й передбачених встановленим правовим порядком реалізації права, але неспівмірних, нерозумних організаційних, матеріально-технічних, тимчасових, інтелектуальних та інших витрат.*

Юридичні перешкоди в реалізації та захисті прав і законних інтересів характеризуються, на наш погляд, такими ознаками.

По-перше, вони існують у правовому житті суспільства. Вони становлять результат або наслідок правової діяльності (правотворчої, правозастосовної, правоінтерпретаційної тощо) суб'єктів права чи правової діяльності самого носія прав, свобод і законних інтересів (а також суб'єктів, які надають йому юридичну допомогу). Ці види правової діяльності, як правило, є помилковими (не враховують суспільних і юридичних закономірностей, є юридико-технічно ушкодженими тощо, наслідком непрофесіоналізму її суб'єктів) або навмисно спрямованими на створення завад у процесі правореалізації.

По-друге, юридичні перешкоди в реалізації та захисті прав і законних інтересів сприяють задоволенню неохоронюваних правом інтересів. Проникнення до правового життя таких інтересів може бути викликано природними, об'єктивними причинами (законодавець не здатен, як би він не намагався, передбачити все), добросовісною оманюю суб'єктів правотворчості та правозастосування чи їх помилками, зробленими «без злого заміру». Проте нерідко можна зустріти випадки, коли правові перешкоди мають своїм підґрунтям неправомірні інтереси й цілі різних суб'єктів права, їх груп, навмисно вносяться в правове регулювання (вносяться в нормативно-правовий масив, привносяться на стадії виникнення правовідносин, реалізації права тощо) та стають частиною правового життя суспільства.

По-третє, правові перешкоди в реалізації прав є негативними («зі знаком мінус») за своєю дією правовими засобами, тобто вони є встановленнями та діями, що заважають процесу задоволення інтересів суб'єктів права, досягненню забезпечуваних правом соціально корисних цілей. Правові перешкоди сутнісно володіють тими самими характеристиками, що й правові засоби, але змістовно мають протилежну спрямованість.

Узявши за основу систему правових засобів [6, с. 4–16] (правових у сенсі правомірного, позитивного характеру) та, виходячи від зворотного, можна сказати, що правові перешкоди:

– виражають усі узагальнюючі юридичні способи забезпечення неправомірних, таких, що суперечать праву, інтересів суб'єктів, досягнення неправомірних цілей (тут виявляється шкідливість цих утворень для особистості, суспільства, держави та права в цілому);

– відображають інформаційно-енергетичні якості та ресурси права, що надає їм особливої юридичної сили, здатності протистояти процесу задоволення інтересів учасників правовідносин;

– сполучаючись певним чином, впроваджуються в різні частини (елементи) дії права, функціональних сторін механізму правового регулювання, правових режимів;

– призводять до юридичних наслідків, конкретних результатів, зниженню певною мірою ефективності (для суб'єктів, яким вигідні порушення у процесі реалізації та захисту прав і законних інтересів), а в цілому до дефектності правового регулювання;

– мають усі зовнішні атрибути забезпеченості державою, оскільки, проникаючи до нормативної «тканини», до «тіла» права та правових процесів (правотворчості, правозастосування тощо), помилково отримують державну підтримку, хоча не повинні підтримуватися нею. Навпаки, держава має вживати заходів щодо їх усунення.

Правові засоби у позитивному сенсі (за допомогою яких задовольняються правомірні інтереси суб'єктів права, забезпечується досягнення соціально корисних цілей) є юридичними гарантіями нормального перебігу процесу реалізації та захисту прав і законних інтересів, а правові засоби в негативному значенні – це юридичні перешкоди цьому процесу. Юридичні гарантії та юридичні перешкоди являють собою діалектичні протилежності, які можуть і повинні розглядатися в єдності, як парні правові категорії.

По-четверте, юридичні перешкоди в реалізації та захисті прав і законних інтересів ускладнюють, блокують (повністю чи частково, постійно чи тимчасово) процес реалізації та захисту прав, спричиняють відхилення в реальному процесі їх здійснення порівняно із закріпленою в законі моделлю, нормативно-запрограмованим порядком реалізації прав, свобод і законних інтересів.

По-п'яте, правові перешкоди в реалізації прав існують у вигляді правових актів суб'єктів права (актів-дій і правових рішень, що об'єктивуються, як правило, у формі правових актів-документів (нормативних, правозастосовних, інтерпретаційних)). Правові перешкоди проявляються в динаміці, у процесі здійснення реальної правової діяльності або підготовки до неї (суб'єкт, стикаючись із юридичною перешкодою, може просто відмовитися від правової діяльності в конкретному випадку) та характеризуються процедурністю (процесуальним характером), адже пов'язані з порядком здійснення й захисту прав і законних інтересів.

По-шосте, наявність правових перешкод вимагає від уповноважених осіб особливих зусиль, особливих правових засобів, організаційних, матеріально-технічних та інших витрат матеріального чи нематеріального характеру для задоволення інтересів. Попри ці зусилля та вживані заходи, перешкоди можуть бути нездоланими. Докладання цих зусиль (несення витрат), залучення правових засобів є *додатковим* (не передбаченим нормальним процесом здійснення прав і законних інтересів), *екстраординарним* для процесу реалізації та захисту прав, запрограмованого позитивним правом, законом, *нерозумним* та (або) *неспівмірним* для реалізації конкретного права (законного інтересу) явищем. Навряд чи можна розглядати необхідність отримання громадянином будь-якої

довідки (витягу тощо), потрібної для ухвалення правозастосовного рішення, як юридичну перешкоду в реалізації, наприклад житлових прав, однак, коли необхідно надати десяток і більше таких довідок, а відповідні нормативні акти встановлюють заплутану послідовність їх отримання, обмежують їх чинність малими строками чи взагалі містять «порочне коло» — такий стан речей має оцінюватися не інакше як перешкода в реалізації прав і законних інтересів.

Разом з цим встановити межу між звичайним порядком здійснення й захисту прав і юридичними перешкодами досить важко. Тут не обійтися без використання оціночних понять і суджень, таких як: розумність (нерозумність), співмірність (неспівмірність) витрат (зусиль) для досягнення відповідного правового результату реалізації прав і законних інтересів, запуску відповідного механізму їх захисту.

Як базову класифікацію для юридичних перешкод у реалізації та захисті прав і законних інтересів можна навести поділ перешкод за місцем у правовому регулюванні й, відповідно, його механізмі. Такий підхід засновується на уявленні про механізм правового регулювання як про теоретичну модель, що відображає сукупність взаємодіючих правових засобів, необхідних і достатніх для досягнення цілей правового регулювання [7, с. 64–71]. У межах тристадійного підходу до структурування правового регулювання (створення абстрактних моделей поведінки, відображених у нормах права, — їх конкретизація у правовідношенні — реалізація права) [8, с. 150–166], слід виокремити такі види досліджуваних нами юридичних перешкод, як: а) нормативні; б) правоконкретизуючі; в) правореалізаційні.

До першої групи юридичних перешкод належать *нормативні* перешкоди, що виникають шляхом встановлення загальних моделей поведінки, закріплених у формальних джерелах права, перешкоджаючих реалізації та захисту прав і законних інтересів.

Виявлення нормативних перешкод реалізації та захисту прав і законних інтересів являє собою досить складне завдання. Будь-яка нормативна перешкода є дефектною, деформованою моделлю поведінки, закріпленою в джерелі права, але не будь-який дефект норми чи нормативного узагальнення слід розглядати як нормативну перешкоду реалізації й захисту прав і законних інтересів [9, с. 47–56].

Наприклад, як нормативну перешкоду слід розглядати *надмірну невизначеність (неясність)* змісту норм права, що порушує одну з фундаментальних основ правової системи — принцип правової визначеності. Конституційний Суд РФ неодноразово наголошував на основоположному значенні правової визначеності як належній гарантії реалізації та захисту прав і законних інтересів [10].

Зрозумілу норму права слід розглядати як нормативну перешкоду у тому разі, коли вона: а) змістовно суперечить іншій нормі права, яка створює більш сприятливі (прості, гарантовані) умови для реалізації та захисту прав і законних інтересів, і не може застосовуватися, керуючись загальними принципами розв'язання колізій у праві (тобто є нижчою в ієрархії, загальною чи раніше прийнятою) [11]; б) встановлює будь-які обмеження для реалізації та захисту прав і законних інтересів і при цьому є дефектною з компетенційної або техніко-юридичної точок зору (прийнята неуповноваженим органом, у неналежній формі,

офіційно не оприлюднена, не зареєстрована у разі необхідності в Мін'юсті РФ та ін.); в) призупиняє дію інших норм (матеріальних і процесуальних), спрямованих на реалізацію прав і законних інтересів; г) надає державному чи місцевому органу або службовій (посадовій) особі, компетентним ухвалювати індивідуальні рішення на її основі, такі дискреційні повноваження, що вказана посадова особа на свій розсуд визначає обсяг і межі реалізації та захисту прав і свобод адресатів норми та при цьому відсутня можливість оскаржити такі адміністративні рішення в судовому порядку *за їх змістом* (наприклад, захистити в суді законний інтерес щодо навчання за цільовим прийомом практично неможливо); ґ) закріплює невинувато широкий і складний набір юридичних фактів, необхідних для виникнення відповідних правовідносин, тобто встановлює надмірно складну загороджувальну процедуру реалізації та захисту прав і законних інтересів. При цьому витрати ресурсів із реалізації прав (законних інтересів) для стандартного носія прав (законних інтересів) у межах такої процедури перевищують очікуваний ефект від використання права чи законного інтересу; д) не узгоджується із загальним «духом закону», тобто приписує чи дозволяє такі загальні моделі поведінки, що не відповідають панівній (нормативно й фізично) концептуальній моделі регулювання тих або інших відносин; е) закріплює очевидно неспівмірну розумним очікуванням суб'єктів права модель поведінки, яка, хоча формально й не суперечить іншим нормам, але фактично девальвує зміст права чи законного інтересу.

Особливим різновидом нормативних перешкод є *перешкоди-прогалини*, що полягають у відсутності правових норм, які регламентують процес реалізації прав, свобод, законних інтересів тощо. Причому як перешкоди можуть розглядатися як *абсолютні* прогалини (коли в нормі не міститься рішення для певної конкретної ситуації), так і *відносні* [12, с. 5–13] («ті випадки, в яких закон хоча й містить певні правила розв'язання конфлікту, але при їх дослівному застосуванні отримане рішення не уявляється правильним або справедливим у цій ситуації через обґрунтовані сумніви, що законодавець при регулюванні цього конфлікту не передбачив або не продумав повністю всі варіанти його розв'язання» [13, с. 256–257]).

Помножені на низький рівень правової культури посадових осіб, відсутність у них бажання приймати відповідальні рішення, перешкоди-прогалини на практиці часто викликають блокування процесу правового регулювання, створюють сприятливе середовище для усіляких зловживань.

Нарешті, як специфічний різновид нормативних перешкод слід виокремити *правозменшувальне* (рос. — правоумалюющее) *нормативне тлумачення*, тобто обмежувальне офіційне тлумачення, яке поширюється на персонально невизначене коло випадків і суб'єктів та дезавує юридичні можливості, закріплені у формальних джерелах права. Наприклад, нещодавно Вищий арбітражний суд РФ звільнив державу від повернення необґрунтованого збагачення внаслідок перерахування банками коштів клієнтів до бюджету з порушенням законодавства, чим створив перешкоду для реалізації передбаченого Цивільним кодексом РФ права банків на повернення необґрунтованого збагачення [14, с. 76–83].

До другої групи юридичних перешкод належать *правоконкретизуючі* перешкоди, характерні для стадії виникнення правовідносин. До них відносять:

а) дефекти у сфері юридичних і доказових фактів, що перешкоджають «запуску» другої стадії правового регулювання. Передусім йдеться про так зване «порочне коло», яке створює при процесі доказування наявності певного юридичного факту замкнений цикл (найпростіший виглядає таким чином: для того, аби довести факт А, слід довести факт Б; водночас, щоб довести факт Б, слід довести факт А). Подолання цього порочного кола — нетривіальне завдання.

Як перешкоду слід так само розглядати і поширеність «негативних» фактів, доведення наявності яких часто-густо стає непереборною завадою на шляху до реалізації та захисту прав і законних інтересів.

До перешкод такого роду можна віднести й наявність відкритих переліків обставин, з яких утворюється фактичний склад, завдяки чому розсуд правозастосовників інколи складно відрізнити від свавілля;

б) дефекти суб'єктного складу правовідносин, через які не уявляється можливим чітко ідентифікувати належного суб'єкта права чи обов'язку, тобто в майбутньому визначити суб'єкта юридичної відповідальності за порушення прав;

в) дефекти структури правовідносин, що не дозволяють створити такий правовий зв'язок, який буде оптимально конкретизувати суб'єктам правові настанови загального характеру. До них, зокрема, належать:

– надмірна асиметричність, очевидна незбалансованість прав і обов'язків у правовідношенні, що завуальовує за допомогою правової форми свавілля та вседозволеність однієї із сторін правовідносин;

– дефекти у структурі суб'єктивного права (наприклад, надмірне ускладнення порядку реалізації правомочності захисту порушеного права (через встановлення обов'язкового претензійного порядку у сферах, де порушення прав і законних інтересів мають системний характер, визначення у договорах приєднання вкрай не вигідної для контрагента територіальної підсудності тощо)).

Нарешті, *правореалізаційні* юридичні перешкоди існують і на стадії виконання права. Це:

а) ментальні перешкоди, пов'язані з якісним станом правової свідомості й готовністю (неготовністю) до активної діяльності із здійснення усвідомленої та вольової реалізації конкретних прав і законних інтересів, у тому числі відсутність готовності до «боротьби за право» (Р. Єринг);

б) організаційно-процедурні перешкоди, що пов'язані з неналежним забезпеченням умов для реалізації та захисту прав і законних інтересів із боку органів публічної влади. Вплив указаних перешкод на формування негативного ставлення до держави, яка їх допускає, складно применшити, оскільки відсутність процедури реалізації та захисту права дезавуює саме право.

До перешкод цього роду можна віднести, наприклад, стійке ухилення судових і адміністративних органів від ухвалення рішення у справі, коли жоден орган не відносить вирішення того чи іншого питання до своєї компетенції, відмовляючи заінтересованим особам у вирішенні справи по суті.

Уявляється, що базовий поділ на види юридичних перешкод у реалізації та захисті прав і законних інтересів може допомогти теоретико-прикладному осмисленню й оцінці факторів і обставин у правореалізаційній діяльності, а всі

наведені класифікації юридичних перешкод у реалізації та захисті прав і законних інтересів дозволять достатньо вичерпно охарактеризувати їх, «провівши» усіма можливими класифікаційними рядами.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Малько А. В.* Стимулы и ограничения в праве. Теоретико-информационный аспект / А. В. Малько. — Саратов : Изд-во СГУ, 1994. — 184 с.
2. *Малько А. В.* Права, свободы и законные интересы: проблемы юридического обеспечения / А. В. Малько, В. В. Субочев, А. М. Шериев. — М. : Норма, 2010. — 192 с.
3. *Большой* толковый словарь русского языка / сост. и гл. ред. С. А. Кузнецов. — СПб. : Норинт, 2000. — 1536 с.
4. *Малько А. В.* Правовая жизнь / А. В. Малько // *Общественные науки и современность*. — 1999. — № 6. — С. 65–75.
5. *Малько А. В.* Механизм правового регулирования: лекция / А. В. Малько // *Правоведение*. — 1996. — № 3. — С. 54–62.
6. *Малько А. В.* Правовые средства как общетеоретическая проблема / А. В. Малько // *Правоведение*. — 1999. — № 2. — С. 4–16.
7. *Протасов В. Н.* Что и как регулирует право : учеб. пособие / В. Н. Протасов. — М. : Юристъ, 1995. — 95 с.
8. *Алексеев С. С.* Проблемы теории права : курс лекций : в 10 т. / С. С. Алексеев. — М. : Статут, 2010. — Т. 3. — 781 с.
9. *Фуллер Л.* Мораль права / Л. Фуллер ; пер. с англ. Т. Даниловой ; под ред. А. Куряева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : ИРИСЭН, 2007. — 308 с.
10. *Постановление* Конституционного Суда Российской Федерации «По делу о проверке конституционности отдельных положений статьи 30 Федерального закона “О трудовых пенсиях в Российской Федерации” в связи с запросами групп депутатов Государственной Думы, а также Государственного Собрания (Ил Тумэн) Республики Саха (Якутия), Думы Чукотского автономного округа и жалобами ряда граждан» : от 29.01.2004 г. № 2-П [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.rg.ru/2004/02/04/pensii-doc-dok.html>.
11. *Власенко Н. А.* Коллизионные нормы в советском праве / Н. А. Власенко ; науч. ред. : А. Ф. Черданцев. — Иркутск : Изд-во Иркут. ун-та, 1984. — 100 с.
12. *Шафиров В. М.* Проблема пробелов в праве и современное (интегративное) правопонимание / В. М. Шафиров // *Рос. правосудие*. — 2012. — № 10. — С. 5–13.
13. *Шмагин А.* Основы немецкой методики толкования права / А. Шмагин // *Вестн. гражд. права*. — 2012. — № 4. — С. 247–284.
14. *Курбатов А. Я.* Освобождение государства от возврата неосновательного обогащения: растиражированное беззаконие / А. Я. Курбатов // *Хоз-во и право*. — 2012. — № 8. — С. 76–83.

Панченко В. Ю., Петров О. О. Юридичні перешкоди в реалізації та захисті прав і законних інтересів: поняття й види

Анотація. Стаття присвячена аналізу ознак і видів юридичних перешкод у реалізації та захисті прав і законних інтересів як загальнотеоретичного правового поняття. Автори пропонують використовувати місце перешкод у реалізації та захисті прав і законних інтересів у механізмі правового регулювання як базовий критерій класифікації цього явища.

Ключові слова: юридичні перешкоди в реалізації та захисті прав і законних інтересів, юридичні гарантії прав і свобод, реалізація права, правове регулювання.

Панченко В. Ю., Петров А. А. Юридические препятствия в реализации и защите прав и законных интересов: понятие и виды

Аннотация. Статья посвящена анализу признаков и видов юридических препятствий в реализации и защите прав и законных интересов как общетеоретического правового понятия. Авторы предлагают в качестве базового критерия для классификации юридических препятствий в реализации прав и законных интересов использовать место препятствия в механизме правового регулирования.

Ключевые слова: юридические препятствия в реализации и защите прав и законных интересов, юридические гарантии прав и свобод, реализация права, правовое регулирование.

Panchenko V., Petrov A. Legal Barriers to the Implementation and Protection of Rights and Legal Interests: Concept and Types

Summary. In the article characteristics and types of legal barriers in implementation and protection of rights and legal interests as a general theoretic legal concept are analysed. Authors suggest that the basic criterion of classification of legal barriers in implementation of rights and legal interests is a position of this phenomenon in the structure of mechanism of legal regulation.

Key words: legal barriers in implementation and protection of rights and legal interests, legal guarantees of rights and freedoms, exercising of right, legal regulation.

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ

ПІСЛЯ КОРОТКОГО ХХ СТОЛІТТЯ: ГЛОБАЛЬНИЙ ПОСТУП ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА¹

М. КРІГЕР
*професор права та соціальної теорії,
співголова Мережі міждисциплінарних
досліджень права
юридичного факультету
(Університет Нового Південного Уельсу,
м. Сідней, Австралія)*



Вступ

Мода — цікава штука. Речі валяються десь на горищі довгий час. І от раптом їх звідти дістають, і кожен хоче побачити, як вони будуть носитися. Важко сказати, чому так відбувається, адже речі зовсім не змінилися, проте ставлення людей до них змінюється. Настільки, що часто навіть виникають нові галузі індустрії, які займаються виробництвом дешевих і німецьких репродукцій старої класики.

У моєму рідному місті, Сідней, вид на гавань був завжди престижним, а от на океан — ні. Тому будиночки біля води були дешевими. Утім, сьогодні ви не зможете купити один із них, не маючи грошей. Архітектура стала менш привабливою, через те що залишається багато табельних будинків, поряд із якими з'являються нові дорогі капризи, і ніхто на це не зважає. Ті, в кого є достатня кількість грошей, щоб дозволити собі це, зносять усе і будують будинок наново. Результат задовольняє нових власників будинку, проте не завжди прикрашає загальний вигляд.

Те, що є справедливим для одягу та міських видів, також справедливе і для різноманітних концепцій. Деякі з них є дуже старими, запленими і такими, що

¹ Стаття, що наводиться, є доповіддю М. Крігера на XXVI Всесвітньому конгресі з філософії права і соціальної філософії, який проходив 21–26 липня 2013 р. у м. Белу-Оризонті (Бразилія) на секції «Верховенство права: між теорією і практикою», роботою якої він керував.

У 2011–2013 рр. автор працював над проектом «Революція верховенства права».

Переклад з англійської О. Уварової.

страждають від років забуття і навіть відрази від них. І от раптом ми відмовляємося говорити про будь-що інше. Верховенство права є однією з таких концепцій. Це точно не новий термін, а ще більш старою є сама концепція, особливо в контексті міжнародного розвитку і різноманітних «пост»явищ, якими засмічена планета — посткомуністичних, постконфліктних, поставторитарних, поствашингтонських (а зараз ще й «пост-пост»). Він фігурує як пункт, який неможливо обійти, в рецепті практично кожної реформи. Ті, в кого гарна пам'ять, можуть подумати, що щось було втрачено під час перекладу, проте індустрію це жодним чином не змусить вагатися.

Нікому тут непотрібно нагадувати, наскільки популярною панацеєю стало верховенство права за останні 20–30 років. Ця концепція пройшла шлях від думки, з якої часто глузували, а ще частіше — просто ігнорованої сфери суспільних інтересів, до чогось, перед чим благоговіють, ставлять у центр багатьох суспільних процесів. І якщо колись цей квазітехнічний термін становив інтерес тільки для юристів і філософів права, у наш час він, здається, повсюди в усьому світі, і почуває себе в своїй тарілці поряд із такими неуразливими гарними з великої букви речами, як демократія, рівність і справедливість. Верховенство права — сьогодні такий собі міжнародний вигук «Ура!», що не сходить із вуст міжнародних агенцій розвитку і всесвітніх організацій, пропонується на підтримку економічного зростання, утвердження демократії, прав людини і багато чого іншого. Просування верховенства права у розпалі. Багато людей і організацій працюють за контрактами над цим, багато грошей витрачається на це, багато вчених вивчають його.

Так було не завжди. І хоча термін вживається повсюди, важко стверджувати, що верховенства права стало більше в світі. Усі бандити і вбивці не обмежені правом зараз, так само як і не були обмежені ним ніколи раніше. І незважаючи на безліч акцій із просування верховенства права, видається, що нічого так ніколи і не зміниться. Проте моя історія в межах цієї статті — про концепцію і ідеологію, а не про практику, хоча ідеологія є однією з форм практики і сильно впливає на інші її форми.

Згадаємо на мить В. Леніна. Він був лідером поставторитарного переходу (інша справа, що перехід відбувся до тоталітаризму, але наразі це значення не має). Верховенство права не було на першому місці в його порядку денному, і він зовсім не соромився цього. Він стверджував, і це було правдою, що його правління «базується на примусі і не обмежується жодним законом. Революційна диктатура пролетаріату є верховною владою, яка підтримується застосуванням насилля пролетаріату до буржуазії, владою, що не зв'язана жодним законом». Таким поглядом нескладно було знайти підтримку. В старі часи, якщо якийсь британський патріот висловлювався на користь верховенства права, він тонував у хорі висміювання «буржуазної законності», принаймні в академічних колах. Коли один із них, Е. Томпсон¹, якому вдалося поєднати марксизм з його патріотизмом, писав зовсім не так давно, у 1977 р., що верховенство права є «культурним досягненням універсального значення» [1, с. 265], то йому ніхто із друзів і

¹ Едвард Палмер Томпсон (англ. *Edward Palmer Thompson*, 1924–1993) – видатний англійський історик, публіцист, літератор, соціаліст-теоретик. — *Прим. перекладача.*

колег за це не подякував. І критичні юридичні вчення 1970-х і 1980-х рр. більшу частину часу проводили, засуджуючи верховенство права як ідеологію, що нібито вводить свідомість в оману.

Тепер все по-іншому. Якщо потрібні якісь докази, я пропоную лише один уривок, який багато про що говорить: серед прикладів складання оди верховенству права, які зібрано Б. Таманагою, напевно, випадок із Робертом Мугабе є найбільш гострим. Так, він стверджував, що «тільки уряд, який сам підпорядковує себе принципу верховенства права, має певне моральне право вимагати від своїх громадян коритися верховенству права» [2, с. 2]. Якщо лицемірство — це данина, яку порок сплачує доброчесності, це був приклад такої данини.

Я думаю, верховенство права, що розуміється в певному значенні, є гарною річчю, навіть дорогоцінною, і тому я маю радіти, що воно знову набуло своєї популярності. Але це ставить питання, над яким багато-хто замислюється: чому саме зараз?

Відповідь на нього не може зводитися лише до того, що верховенство права є важливим або цінним, як часто стверджується. Зовсім не є очевидним, що сьогодні воно є більш важливим, аніж тоді, коли В. Ленін зневажав його, не перепошуючи за це. Що змінилося?

Можливо, ми стали більш розумними, але це досить складно стверджувати і цьому непросто знайти пояснення. Що ж з нами сталося? І знов таки: чому саме зараз?

Певним можливим поясненням міг стати той факт, що просування верховенства права було настільки успішним, і це, у свою чергу, стало настільки вигідним із багатьох причин такої великій кількості країн, що ми просто опинилися перед очевидним, незаперечним фактом. Утім у світлі існуючих доказів, це є не тільки не зовсім правдоподібним, хтось навіть би сказав, що подібне твердження виглядає більше смішним, аніж правдоподібним.

Ще одним поясненням могло бути те, що окремим експертам, серед яких — інституційні економісти неоліберальних переконань, спала на думку ідея верховенства права, яку було підхоплено міжнародними організаціями, і з цього все розвинулося. Це має бути частиною правди, адже ми маємо відповідні приклади на підтвердження, проте експерти висловлюють ідеї постійно. Більшість із них розділили долю першого спільного рукопису К. Маркса і Ф. Енгельса «Німецька ідеологія»¹: він не був підданий нічому, окрім «з'їдаючої його критики мишей». Чому за ідеї верховенства права взялися люди, а не миші, причому так завзято і повсюди у світі? Що зробило цю концепцію настільки поширеною, як сталося, що вона «опинилися під рукою» саме в цей час, а не в інший?

Мої власні здогадки з цього приводу є такими. По-перше, зовсім не дивно, що верховенство права набуло глобальної популярності так пізно у минулому сторіччі. Раніше для нього не було жодного місця через ідеологічні особливості, що відрізняють моделі і особливості того сторіччя й особливо його сутність — сутність «короткого ХХ століття», яке Е. Гобсбаум позначив як таке, що почало-

¹ Див.: Маркс К. Німецька ідеологія / К. Маркс, Ф. Енгельс // Твори : у 9 т. — Т. 2. — С. 19–41. — Прим. перекладача.

ся у 1914 р. і завершилося у 1991 р. (хоча можна стверджувати, що у 1989 р.)¹. По-друге, простір став доступним для риторики верховенства права через певне розчарування, яке мало місце наприкінці «короткого сторіччя» перш ніж стало зрозуміло, що воно добігає кінця. По-третє, сходження верховенства права почалося за висхідною лінією після і у зв'язку із повним і ганебним фіаско однієї із двох головних дійових осіб, що домінували у коротке сторіччя. І чи витримає поступ верховенства права в умовах перетворень, що все більш ускладнюються, серед яких — фінансова криза, є предметом припущень, яким я приділятиму увагу лише попередньо і коротко.

Таким чином, на відміну від моїх інших праць про верховенство права [3–7], ця робота не є спробою визначити умови, характер, концепцію або наслідки цього феномену. Це лише попередня розвідка певних ідеологічних передумов для раптової і надзвичайно успішної моди на цю концепцію. На цей момент я маю більше впевненості в тому, що вдасться поставити відповідні питання, аніж у тому, що на них вдасться знайти відповіді. Такі питання мають бути поставлені, адже коли концепція стає популярною настільки, що вона формує порядок денний, виникає тенденція витіснення будь-якої альтернативи. Ми думаємо в межах і відповідно до цього порядку денного, аніж про нього самого. І навіть коли ми виявляємо себе в концептуальній ямі, важко поставити питання, чи можемо ми зупинитися і не копати більше або копати в якомусь іншому місці, чи для якоїсь іншої цілі, або в іншому напрямі. Ми вичерпуємо свої сили, намагаючись копати краще, замість того, щоб запитати себе, навіщо ми опинилися в ямі.

Такі питання завжди є непростими для відповіді, однак, якщо зліт і падіння концепцій часто визначено наперед, то свідчення реальних їх причин є зазвичай вражаючими. Рідко так буває, щоб жодна річ не пояснювала злету концепції і щоб вона не виступала певним видом вульгарного матеріалізму або ідеалізму, навіть не завжди зрозуміло, що має братися до уваги як пояснення. Ця частина, пов'язана з ідеологічними трансформаціями останнього сторіччя або двох, справцює на досить високому рівні узагальнення і абстракції, і тому є висока ймовірність того, що різниця між гіпотезою і гарячим повітрям може втратитися в тумані. Тому мої претензії скромніші: я лише спробую запропонувати декілька правдоподібних зв'язків — ані необхідних, ані достатніх умов, а, напевно, лише «вибіркової схожості» — між тим, що я постулюю як ефективне, і тим, ефект чого ми бачимо.

1. Коротке ХХ століття

Незабаром після Великої французької революції французький філософ Жозеф де Менстр відзначив, що «упродовж тривалого часу ми повною мірою не

¹ Див.: *Хобсбаум Е.* Епоха крайностей: Короткий двадцятий век (1914–1991) / *Е. Хобсбаум.* – М. : Нез. газ., 2004. – 632 с.

Коротке ХХ ст. — історичний період, що тривав, на думку видатного британського історика-марксиста Е. Гобсбаума, з 1914 р. (початок Першої світової війни) до 1991 р. (розпад СРСР). У цей період розпалися такі імперії — Німецька, Російська, Австро-Угорська і Османська, проходили війни і революції, був час Великої депресії, занепаду лібералізму, приходу диктатур, деколонізації, розвитку країн третього світу тощо. — *Прим. перекладача.*

розуміли революцію, свідками якої були; упродовж довгого часу ми розглядали її як подію. Ми помилялися, бо вона була епохою». Те саме можна сказати і про Російську революцію. Принаймні, вона призвела до епохи, що тривала аж до 1989 р., хоча її тріумфальні моменти мали місце задовго до цього. Кінець європейського комунізму, і разом із цим — мрії про світовий комунізм, у свою чергу, був не просто подією, а, як зазначають багато мислителів, кінцем епохи.

Було багато особливого в цьому сторіччі, коротшому, аніж могло би бути. Серед таких особливостей — «концептуальна географія» [8, с. 25] земної кулі, яка стала місцем битви між державами, що розглядаються як створіння, втілення і носії програмних ідей із глобальними претензіями. Це може не мати прецедентів, безперечно, надзвичайно рідко так стається. США, після їх створення революційним шляхом, виробили ідеї, за якими вони у подальшому ідентифікуються, і революційна Франція за своє коротке життя асоціюється із новими ідеями, що заразили подальшу історію. Втім ніколи раніше жодна інша велика держава не була зруйнована і відбудована наново з явним наміром реалізувати світський інтелектуальний і революційний проект одного мислителя. Радянський Союз став такою державою.

Звісно, у 1917 р. європейські сусіди Радянського Союзу і його опоненти не вбачали в ньому нічого такого: ніхто не розпізнав його, допоки існували тексти і ідеології, він виявив себе повною мірою набагато пізніше. За багатьма критеріями існують паралелі із тим, що нацизм, який також є ідеєю однієї людини, так само став безпрецедентним явищем, що визначило частину епохи, також таким, що набуло поширення, особливо під час війни, також революційним і тоталітарним у своїх амбіціях, також підтриманим багатьма інтелектуалами у 1930-х рр., також таким, що несе відповідальність за неймовірні за своїм розмахом «насильство, пихатість, жорстокість і кількість людських жертв» [9, с. 1], і його також було розпізнано не відразу.

І комунізм, і фашизм були ідеологічними режимами і, як зазначає Ф. Фур'є [10], ми маємо не так багато прикладів подібних режимів в історії людства. Можна навіть стверджувати, як вказував вчений, названі два режими і були першими. Чи повинні були концепції, які визначали геополітичне суперництво століття, мати ідеологічне підґрунтя, можна тільки здогадуватися. Комунізм і фашизм мали. Втім, у той час як протистояння видається неминучим для людського співжиття, ідеологічне протистояння не є нормальним.

Була, звичайно, велика різниця, інтелектуальна і моральна, між К. Марксом і А. Гітлером, між їх ролями в тих рухах, що послідували за ними, а також між міфологією і викладенням фактів, що надихнули їх послідовників, — визволення світу в одному випадку, і світове панування — в іншому. Обидві ідеології призвели до гуманітарної катастрофи. Епоха могла закінчитися протистоянням їх обох, і насправді одна із них могла б отримати перемогу. Якщо б так сталося, то навряд ми б зараз говорили про верховенство права.

Утім сталося так, що нацистська Німеччина зазнала поразки, і тільки одне із цих новітніх ідеологічних утворень залишилося. Його вплив як актора (діючого фактора), моделі і контрмоделі був дуже глибоким. Післявоєнний світ полягав у біполярному протистоянні — здебільшого ідейному, аніж територіальному — між ліберально-капіталістичними Сполученими Штатами, їх союзниками, зона-

ми впливу, васалами і залежними територіями, з одного боку, і комуністичними силами, передусім, СРСР, потім СРСР і Китай, з їх помічниками, послідовниками, можливими наслідувачами, численними жертвами — з другого. Решта світу була простором для змагання, звичайно, між країнами, але ще більшою мірою між кадрами і поглядами на життя, включаючи політичне, економічне і соціальне життя, що перебували в умовах жорсткої конкуренції і були діаметрально протилежними. Як підкреслив Е. Гобсбаум: «Світ, який розпався на шматки наприкінці 1980-х рр., був світом, сформованим Російською революцією 1917 р. Нас усіх це зачепило, хоча б у той спосіб, що ми всі звикли розмірковувати про сучасну промислову економіку у термінах бінарної опозиції — «капіталізм» і «соціалізм» як про дві альтернативи, що виключають одна одну, і одна з яких ототожнюється із економікою, організованою за зразком СРСР, інша — із рештою світу» [11, с. 4].

Більшу частину століття переважали часто драматичні ідеологічні, політичні, економічні і навіть військові прояви протистояння між прикладами дуже великих і протилежних соціальних, економічних та політичних баз. Їх конфлікти розумілися як такі, що виникають між системами, що перебувають в умовах протистояння в цілому, а не між утвореннями, які хоча й по-різному оздоблені, і навіть ворожі одне щодо одного, але належать до більш-менш одного виду організацій.

Право і верховенство права не відігравали жодної визначної ролі у поширенні міфів і постулатів комунізму, у кращому випадку виконуючи завдання соціальної технології із підкорення життя суспільства, іноді розглядаючись суто інструментально, іноді — із підозрою, а в більшості випадків просто ігноруючись. Верховенство права, зокрема, не було частиною того, що Е. Гобсбаум описує як «особливий будинок у стилі, нав'язаному своїм нащадкам».

З іншого боку, звичайно, право і верховенство права проголошувалися і звеличувалися, іноді навіть розглядалися як національне надбання, проте були величезні бар'єри для експорту, закритість для глобалізованих амбіцій, поняттям «ми» охоплювалася певна частина світу і ніхто не думав, що зміни відбудуться із таким поспіхом. В окремих випадках, у тому числі на задньому дворі США [12], пробний досвід у галузі права і його розвитку мав місце, але враховуючи конкурентну боротьбу й ідеологічне позерство, що домінували у світі, верховенство права ніколи не було частиною міжнародного *lingua franca*¹.

2. Аполітична політика

Чому ситуація стала змінюватися на те, що не визнавалося у виснажені роки європейського комунізму? Тут я розвину деякі інтригуючі заяви С. Мойна², що він зробив у своїй чудовій книзі «Остання утопія. Права людини в історії» [13].

¹ Мова, що використовується як засіб міжетнічного спілкування у певній сфері діяльності. — Прим. перекладача.

² Самуель Мойн (1972 р. н.) є професором з європейської юридичної історії Колумбійського університету. Серед курсів, що він викладає, — «Глобальна справедливість в історичному контексті», «Теорія права в Новітній історії», «Історія прав людини», «Секуляризація і Новітня історія» тощо. — Прим. перекладача.

Праця С. Мойна частково є історією, частково — плачем. В обох своїх проявах вона стосується верховенства права, хоча й по-різному. Я почну з історії, а потім повернуся до плачу.

С. Мойн нічого не говорить про верховенство права, проте його аргумент щодо генези і поширення «прав людини» у 1970-х рр. має далекосяжні наслідки для подальшого розвитку первісної концепції у наступне десятиліття або навіть два.

В основі аргументу С. Мойна — твердження про те, що більшість пояснень походження прав людини, які виводяться із старих прецедентів американської чи французької революцій, або більш пізніх катастроф, що увійшли до світової історії (таких як голокост), є помилковими. Міжнародна всюдисущість «прав людини» є нещодавнім явищем, і його джерела відрізняються від тих, які ми зазвичай визначаємо. Він стверджує, що в той час, як концепція прав людини поширювалася, мали місце окремі прецеденти і окремі інституційні сплески її кристалізації після Другої світової війни. Утім, насправді міжнародного характеру, попиту з боку держав, повсюдності, значущості, домінування над іншими «мовами моралі» вона набула з 1970-х рр.

Її окрема історія, що почалася в певний момент, була широко поширена завдяки літературним творам російських і східноєвропейських дисидентів, латиноамериканських революціонерів та інших, хто знаходився у пошуку «мови моралі» через ідеологічне виснаження і політичне блокування.

Мої власні запозичення від С. Мойна меншою мірою залежать від однієї з центральних і найбільш суперечливих його ідей — щодо відсутності реального прецеденту міжнародної популярності прав людини до 1970-х рр. — але вона не вступає у суперечку із концепцією відсутності верховенства права в той самий період. Незважаючи на давній родовід концепції верховенства права, вона не сприймалася як універсальна панацея, якою вона стала у 1990-х рр. Вона відіграла локальну роль і мала прибічників, проте не набувала космополітичного характеру. Але роздуми С. Мойна з приводу того, чому ідея прав людини стала настільки привабливою для дисидентів у 1970-х рр., виглядають надзвичайно правдоподібними для мене і навіть ще більш застосованими до принципу верховенства права.

Основна ідея С. Мойна щодо «прав людини як могутнього міжнаціонального ідеалу і руху» [13, с. 7] є такою: «Вони з'явилися у 1970-х рр., здавалося б, нізвідки. Але протягом одного десятиліття до цієї категорії почали звертатися в усьому розвинутому світі і все більше і більше звичайних людей, аніж будь-коли раніше. Замість того, щоб бути застосованими у світлі колоніального звільнення і створення самостійних держав, права людини найбільш часто позначали захист індивідуума від держави... Представники західної цивілізації залишили мрію про революцію, якою колись керувалися, позаду — як для себе, так і для країн третього світу, — і сприйняли іншу тактику, що включає в себе міжнародне право прав людини як керівництво утопічними нормами і як механізм їх втілення в життя... Моральний світ змінився» [13, с. 3–4].

Чому такий поворот? С. Мойн приписує це виснаженню від великих ідеологічних альтернатив, що забарвлювали політичний вибір упродовж більшої частини століття.

Комунізм дискредитував себе внутрішньо, з великої кількості причин, і на міжнародному рівні після жорстокого придушення Угорської революції 1956 р. і Чеської у 1968 р. Це показало всю неспроможність політики комуністичних держав у будь-якому реальному, «нормальному» значенні, одночасно із цим було зруйновано ідеал утопічного політичного проекту. Однак, ані серед антикомуністичних дисидентів Росії і Східної Європи, ані серед дисидентів Латинської Америки, що також перебували в політичній блокаді, не знайшлося ентузіастів для того, щоб замінити один утопічний проект іншим. На цьому етапі не було ентузіастів ідеї капіталізму. І на всьому Заході 1960-ті рр. — час війни у В'єтнамі, зростання Нових лівих, широкого студентського руху — було позначено втратою ідеологічної впевненості також. Обидва табори зазнали критики, на будинки обох таборів було наслано чуму. Це забезпечило привабливість прав людини: «Кращим загальним поясненням витоків цього суспільного руху і загального дискурсу навколо прав людини залишається крах інших утопій, що передували ідеї прав людини, — як на внутрішньодержавному рівні, так і на міжнародному. У цій атмосфері міжнаціональне обертання навколо індивідуальних прав різко зросло, і так сталося через те, що ідея прав людини була сприйнята як непорочна альтернатива у часи ідеологічної зради і політичного колапсу» [13, с. 8].

Східноєвропейські дисиденти проповідували «аполітичну політику», «владу тих, хто її не має», громадянське суспільство. Вони відчували ненависть до звичної політики в цілому, і в будь-якому разі для них не було місця в комуністичних державах. Відчуваючи наслідки такого стану речей, вони мали, зокрема, відразу до утопічної політики. Краще забезпечити певні мінімальні базові моральні права, які гарантовані кожному, аніж займатися суперечливими фантазіями щодо соціального, економічного і політичного відродження, що, як виглядає, спроможне призвести лише до катастрофи. Не довіряючи політичним утопістам і політикам у цілому, вони прагнули морально незаплямованої альтернативи. Права людини, як стверджує С. Мойн, видалися такими, що можуть задовольнити цю вимогу.

У такому контексті, вказує С. Мойн, права людини мали багато переваг. По-перше, вони виглядали більш невибагливими, «включаючи в себе менші і більш керовані моральні акти» [13, с. 147], аніж утопії, на зміну яким вони прийшли: «Права людини з'явилися як мінімалістська витривала утопія, що може вижити навіть у суворому кліматі... Зима невдоволення, що охопила Захід (на початку 1970-х рр.), також призвела до втрати довіри не тільки у більш масштабні плани перетворення — особливо революційні, але також і в програмні зусилля будь-якого характеру» [13, с. 121]. По-друге, вони могли об'єднати помірні прагнення із універсальною привабливістю; права людини є правами кожного, і ніхто не може відмовитися від них, так само як ніхто не може вимагати звільнення від їх вимог. По-третє, вони засновані на чистоті моральної самоочевидності, а не на бруді (в будь-яких проявах) політичного маневрування; «дезавування більш ранніх утопій намагалися досягти за допомогою моральної критики смислу чистої причини, який раніше шукали в самій політиці» [13, с. 171–172].

Нарешті, вони запропонували екуменічну мову; «також мало значення, що мова виявилася вельми коаліційною і екуменічною у забезпеченні *lingua franca*

для неоднострійних голосів» [13, с. 144]. Як підсумував у 1978 р. Андрій Сахаров, якого цитує С. Мойн: «Ідеологія прав людини служить плацдармом для тих, хто не бажає рівнятися на теоретичні тонкощі і догми і хто втомився від великої кількості ідеологій, жодна з яких не принесла людству простого людського щастя» [14].

Книга С. Мойна є цінною, а права людини — глобальнішим і більш захоплюючим ідеалом, аніж верховенство права. Амбіції є значнішими, із більшим розмахом, вони стоять над державою та поза її досяжністю, права людини виходять за межі верховенства права. Отже, не можна просто сказати, що «хоч так, хоч так — із невеликим зволіканням — це є шлях до верховенства права». Зрештою, втрачається інтерес до зв'язку між правами людини і верховенством права, він змінюється на зв'язок із міжнародним правом, а це вже інша історія, і вони між собою лише частково збігаються. На додаток до позиції С. Мойна, глобальне зростання верховенства права — концепція недосяжна — висвітлюється у світлі його аргументації. Це може стати наступною главою в його історії.

Багато із того, що С. Мойн говорить про привабливість прав людини в часи ідеологічного розшарування, є застосовним для розгляду наступної універсальнішої стадії, молодшого родича (і високоорганізованого провідника) прав людини — верховенства права. Навіть більше ніж права людини, верховенство права видається мінімальною метою, застосовною скрізь і для всіх, незалежно від політичної ідеології або системи. Це, звичайно, не предмет популярних утопічних фантазій. Верховенство права вимагає, щоб режими поважали правові зобов'язання, які на них покладено. Верховенство права також втілює зміщення політики у бік застосування судового розсуду, який С. Мойн розглядає як вирішальний перехід від ранніх розмов про права людини до сучасного їх обговорення.

Дійсно, верховенство права видається абсолютно прозаїчним, навіть більше аніж права людини, — хоча і перше, і друге розглядаються як однаково корисні речі, і можливо саме з цієї причини воно виглядає більш привабливим для тих, до кого верховенство права приходиться на допомогу.

Це правда, що верховенство права має небагато від моральної непереможної аури прав людини, його привабливість є інструментальною, а не фундаментальною. Так насправді має бути, якщо йдеться здебільшого про технократів, дипломатів, професійних промоуторів, а не звичайних людей. Утім це може видатися навіть певною перевагою для деяких людей в їх виборчих округах, зокрема для посадових осіб. Хоча С. Мойн не говорить про це, сказане ним про права людини із легкістю підходить і до верховенства права: «Права людини змогли прорватися, оскільки ідеологічний клімат дозрів для запиту на зміну ситуації не шляхом політичного бачення, але завдяки виходу за межі політики» [13, с. 213]. Однак це переносить нас у більш пізню частину нашої історії, після того, як коротке ХХ століття змушене було завершитись, і глобальний поступ верховенства права рушив своїм шляхом, П. Раджагопал¹ стверджував, що одна із при-

¹ П. Раджагопал — засновник Екти Паришад у 1991 р. Це організація, яка пропагує ненасильницькі методи боротьби і діяльність якої присвячена поновленню прав місцевих громад в Індії на землю і воду. — *Прим. перекладача.*

чин того, чому ООН взялася за верховенство права, полягала в тому, що цей термін з'явився як податлива альтернатива дискурсу прав людини, яка стала все частіше використовуватися як інструмент захисту соціальними і політичними активістами в державах, що розвиваються. На відміну від прав людини, концепція верховенства права не прагне соціальних і політичних змін, а, скоріше, зосереджена на процедурах і більш позитивістському розумінні права. У цьому сенсі верховенство права виявилось особливо зручним для забезпечення одночасно і безпеки, і розвитку, як концепція, що потребує подальшого наповнення конкретним змістом, принаймні в міжнародному контексті, і яка може бути використана і інтерпретована в різний спосіб [15, с. 4].

Більше того, верховенство права не тільки поділяє багато із джерел обґрунтування визнання концепції прав людини. Воно також стає для них засобом вираження і поширення. Одним із ключових моментів, що супроводжує роздуми С. Мойна, є те, що верховенство права виступає засобом легалізації дискурсу із прав людини. Завдяки йому вони є не просто міжнародним рухом, а рухом міжнародного права. Також новим був підхід, за яким право в більш загальному розумінні виступає засобом проголошення (закріплення) прав людини. С. Мойн зазначає, що орієнтуючись на це, починаючи із кінця 1960-х рр., ранні радянські дисиденти слідували «легалістичному» підходу, наполягаючи на необхідності вираження вимог права для того, щоб вказати на «крах режиму через дотримання своїх власних правил» [13, с. 134]. У 1970-х рр. Вацлав Гавел також наполягав на стратегії «легалізму», і дисиденти черпали натхнення, а також тактичну підтримку від знакової події — Гельсінських угод 1975 р. Це був обмін — визнання Заходом післявоєнних кордонів, яких Радянський Союз домігся силою, на визнання прав людини на Сході, визнання, з приводу якого Г. Кіссінджер сказав пам'ятні слова: «воно може бути написано на суахілі, мені все одно». Однак те, що багатьом антикомуністичним представникам видавалися слабкістю домовленості, адже кордони є більш реальними, аніж зобов'язання із впровадження прав людини, призвело до протилежних очікувань наслідків: кордони зникли у 1991 р., а зобов'язання із прав людини постали в центрі уваги, змушуючи ніяковіти радянських і східноєвропейських представників. Дисиденти розробили правову стратегію, наполягаючи, що ставлення до законів, які ніколи не розраховували на багато, повинно бути серйозним і урочистим, тоді можна було б припустити, що режими, будучи виснаженими такими законами, прислухалися б до верховенства права або були б змушені робити це. Політичне буття є непривабливим і неспроможним, право ж виступає як певний прояв влади і діє шляхом безособового звернення, яким би непередбачуваним не було майбутнє. Це була потужна стратегія для того часу, глибоко незручна для позбавлених легітимності і таких, що ніби борсаються у воді, режимів. Деякі із цих режимів, наприклад у Польщі, почали відчайдушно втілювати в життя стратегію легітимації через право — створюючи нові суди, Конституційний суд, Державний трибунал, вводючи посаду омбудсмена [16, с. 190] — в останнє десятиліття свого існування, оскільки всі інші форми легітимності себе не виправдали. Михайло Горбачов, теж адвокат як і В. Ленін, але з дещо іншими поглядами на право, прагнув у блискучу мить свого правління побудувати «державу, засновану на верховенстві права» [17, с. 331], але вже було занадто пізно. І коли, на превели-

кий подив, європейський комунізм впав, як доміно, і після 1989 р. однією із центральних вимог непідготовлених переможців цих непідготовлених революцій була вимога впровадження верховенства права.

3. Назад у майбутнє

Багато-хто вказує, і Агнеш Гурвіц серед них, що «тільки після закінчення холодної війни верховенство права стало великим наметом для соціальних, економічних і політичних змін у цілому — свідомою відповіддю на конкуруючий тиск заради демократизації, глобалізації, приватизації, урбанізації і децентралізації» [15, с. 4]. Чому так? Я припускаю, що це парадоксальна реконфігурація факторів, які С. Мойном було мобілізовано у мову прав людини. Один із таких факторів — радикальне збільшення недовіри до утопій, які вже існували, інший стосувався балансу між двома головними героями короткого сторіччя. Інший — повторне порушення балансу між двома протагоністами упродовж короткого сторіччя: тепер це виглядає очевидним, що один із них мав здобути перемогу, на практиці, в реальному часі. Завдання на той момент полягало у необхідності швидко рухатися в майбутнє, наслідуючи уроки західного минулого. Результат такої конфігурації став знахідкою для подальшого просування верховенства права.

А. «Без прикметників»

З одного боку, мала місце наполеглива скромність, що прийшла на зміну комуністичному колапсу, скромність, що відповідає тезі С. Мойна. Вражаючий крах європейського комунізму у 1989 р. спантеличив багатьох спостерігачів. Такий вражаючий крах призвів до явища практично безпрецедентного: до каскаду революцій, які, маючи дійсно всесвітньо-історичні практичні та ідеологічні наслідки, зробили ідею верховенства права своєю центральною програмною ціллю і вимогою. Окрім Американської революції, жодна інша революція в світовій історії не була близькою до них за своїм характером. Відбувалося щось явно значуще — навіть безпрецедентне. Тим не менше, риторика цих трансформацій у світовій історії була помірною. Перш за все звучала вимога «Жодних експериментів!»¹. Такий заклик до цього ніколи не застосовувався під час революцій. Жодна ідея не набувала крайнього характеру, не тому що була позбавлена змісту, але свідомо. І багато свідків тих процесів погодяться із цим. Т. Гартон-Еш, наприклад, не міг визначитися, який термін до них застосовувати — «революції» чи «революції»: падіння однієї держави після іншої, крах політичної, економічної і соціальної системи є явно чимось більшим, аніж звичайна реформа, одночасно із цим — відсутність багатьох драматичних атрибутів революції, серед яких — нові ідеї [18, с. 20]. І окрім Румунії, було дуже мало крові. Предметом наступних дебатів було питання, чи дійсно не було згенеровано жодної нової ідеї.

Таке поєднання централізованості, новизни і помірності розглядається стосовно права і верховенства права. З одного боку, право було центром риторики дисидентів, які стали державними діячами, на досить незвичному рівні. Як відзначали А. Арато і А. Шайо, «східноєвропейські транзитивні суспільства стави-

¹ Первісно було використано К. Аденауером щодо реконструкції Німеччини після Другої світової війни.

ли за мету не тільки конституціоналізм і верховенство права, а також процес зміни самих себе, який в усіх країнах, за винятком Румунії і Радянського Союзу, набув конституційної форми. Це парадоксально включало в себе існуючі комуністичні конституції на перший час (за незвичною пропозицією дисидентів!), власний механізм яких використовувався для вироблення конституцій абсолютно нового духу» [19, с. 101].

Надання праву центрального місця є незвичним для революцій, особливо в цій частині світу. Але також незвичним для революціонерів було і те, що верховенство права вони прагнули визначати «без прикметників»: ані буржуазне, ані соціалістичне, ані будь-яке інше, тільки право. Верховенство права і конституційна побудова сприймалися здебільшого як результат наслідування, а не штучний винахід. Як вказував Т. Гартон-Еш свого часу, «в політиці ними всіма було сказано: «Немає “соціалістичної демократії”, є просто демократія. І під демократією вони мали на увазі багатопартійну систему, парламентську демократію, яка практикується в сучасній Західній, Північній і Південній Європі. Усі вони стверджують, що немає жодної “соціалістичної законності”, є просто законність. І під законністю вони розуміють верховенство права, гарантоване конституційним закріпленням незалежності судової влади» [20, с. 21].

Усе виявилось більш складним завданням, аніж уявлялося, але значною мірою це обумовлено великою кількістю підходів до його вирішення.

Б. Кінець історії

Одна із причин того, що все виглядало таким різано-сушеним, полягає в тому, що допоки посткомуністичні дисиденти розділяли із своїми попередниками недовіру до політичної утопії, вони не могли бути неупередженими. Через мить усе було скінчено, і одна зі сторін здобула перемогу. Рішуче і без бою. Європейський комунізм просто припинив існувати, непередбачувано і ніхто його не оплакував; захоплююче і виняткове явище — його зліт був безпрецедентним, так само як і його падіння. З його допомогою, і не випадково, інтелігенція вже не відігравала ролі у розробці альтернативних соціальних уявних проєктів, особливо у колишніх комуністичних країнах. Це сталося, як вказує Т. Джадт, «значною мірою тому, що В. Ленін і його послідовники отруїли колодязь» [8, с. 124].

Так що це не було безстороннім ідеологічним виснаженням: комунізм було викинуто у вікно, а верховенство права стало, на мить, частиною тріумфального пакета для експорту. В цьому був як негативний, так і позитивний аспекти. Для багатьох опонентів комунізму характерна для нього відсутність верховенства права в умовах комуністичних режимів, явна «інструменталізація» права правителями або його непропорційне використання для здійснення влади розглядалися як основний спосіб, в який правили комуністичні деспоти. Це був урок від зворотного: хороший режим не повинен поводити себе в такий спосіб. І для здивованих учасників цього «року чудес», а також їх нащадків, які уникали експериментів, хвалилися тим, що їх революція була «самообмеженою» (Польща), «переговорною» і дійсно «юридичною» (Угорщина), «оксамитовою» (Чехословаччина) і мала за мету встановлення верховенства права, створення правової держави тощо, це стало позитивним уроком. Їх мало бути знайдено чи

то в докомуністичному минулому, чи то в сьогоденні всіх тих «нормальних» країн, яким звикли давати описання на Заході і в яких конституції розглядаються як система правил щодо здійснення влади, а громадяни можуть скаржитися до суду, якщо представник влади ці правила порушує. У таких державах політики обмежені правом, і навіть більше й фундаментальніше — право засноване на суспільному житті, і люди виходять із того, що воно може, повинно і буде мати таку заснованість [21, с. 636–637]. Таким чином, право, і зокрема верховенство права, набувають незвичного значення в неутопічних утопіях посткомуністичних реформ. Беручи до уваги ці обставини, напевно, не випадково, що право і ідеї верховенства права здобули більш значуще місце серед результатів антикомуністичної революції.

Отже, те, що сталося у 1989 р., було наслідком не лише невдалих експериментів, які вже було вивчено у 1970-х рр., а й поновленої віри у стійкість, у чомусь унікальну доцільність, західного ліберального капіталістичного устрою. Тим більше, що відсутність верховенства права просочувалось до всіх галузей того, що Ернест Геллнер назвав режимами поєднання культів Цезаря, Папи і Мамонів у радянському таборі¹. Таким чином, воно могло бути, і було, активно підтримано як ліки від патологій в усіх галузях. Ніхто не говорив про кінець історії, але ніхто й не мав ключа до розгадки щодо можливих альтернатив. Отже, ідеологічний контекст радикально змінився. Вже не можна було говорити про «моральну еквівалентність». Було цілком очевидно, що виявлено переможця — і ним був капіталістичний Захід, і сторону, що програла, — нею виявився радянський комунізм — але упродовж певного часу було незрозуміло, чи є ще якась альтернатива. Верховенство права рекламувалося як західне досягнення, і воно стало елементом західної експортної індустрії. Це був вдалий час, щоб придумати Вашингтонський консенсус, описаний Р. Перенбумом і Б. Бугаричем як «універсальний (один розмір, що підходить для всіх) підхід до розвитку, заснований на наслідуванні «кращої міжнародної практики», тобто історично випадкових і надиво різноманітних інституцій, правил і процедур, що існують здебільшого у країнах Північної Америки і Західної Європи із досить високим рівнем доходів» [22, с. 2].

В. Глобальний 1989

Це було поєднання змістовності і багатозначності щодо права. З одного боку, революції того року незвично пожвавили виразні й сильні надії на перетворення значення верховенства права, а з другого — увагу було свідомо приділено більшою мірою наслідуванню, аніж створенню новаторської і самобутньої концепції і власним амбіціям. Передбачалося, що в майбутньому не буде нічого екстравагантного, і розвиток відбуватиметься за зразком правових механізмів, що вже випробувано і визнано робочими. Замість того, щоб вдаватися до романтичних юридичних експериментів, а тим більше до спроб відійти від права або зробити щось нове із ним, було поставлено завдання перейняти успішні досягнення, і потім сконструювати і реконструювати джерела такого успіху.

¹ Див.: Геллнер Е. Условія свободи. Гражданское общество и его исторические соперники / Э. Геллнер. — М. : Моск. шк. политологич. исслед., 2004. — 240 с. — *Прим. перекладача.*

Більше того, враховуючи дихотомію понять, в яких розкривався зміст усього короткого ХХ сторіччя, падіння одного із двох протагоністів було сприйнято багатьма свідками цих процесів як таке, що свідчить не лише про перемогу одного табору над іншим, а й як сигнал того, що джерела його переваги слід відшукувати в інституціях і практиках, що є зворотним проявом тих інституцій і практик, що зазнали поразки: замість максимального втручання держави — мінімальне її втручання, замість невизнання майнових прав — їх забезпеченість тощо. Це було значним стимулом для неолібералів «взяти» західні досягнення, упродовж певного часу видавляючи будь-які інші інтерпретації більш змішаними, комплексними і варіативними, щодо можливих моделей відносин між державою, правом і громадянським суспільством. На певний час серед певного кола людей стало поширеним уявлення про те, що необхідним є добродійне коло [23, с. 37], аніж різке протистояння між державою і громадянським суспільством, зокрема, або забезпечення майнової безпеки верховенства права, з одного боку, і регулятивного посередництва — з другого, які можуть видатися позицією гідливого вичікування.

Можна припустити, що якщо сприймати наведені обмежені амбіції серйозно, то можна було б очікувати дещо більше від трансформацій, які відбулися в Центральній і Східній Європі, ніж лише задоволення місцевого інтересу. Тільки наслідування, ані власних винаходів, ані демонстрації. Але вже дуже скоро ці імпортери концепту стали його примірниками і навіть експортерами. Хоча це були не нові ідеї, з регіональних версій вони перетворилися на міжнародні рецепти, оскільки здавалося, що ставши основними елементами певної моделі системи, вони мають стати центральними елементами будь-якої іншої системи також. Отже, так званий посткомуністичний «регіон», в якому стартувала практика наслідування, створив нову моду на верховенство права, яка не зупинилася лише на ньому.

Очевидна перемога в Європі одного із двох претендентів у контексті минулого століття знайшла відгомін по всьому світу, втім, як і попередня їх конкуренція упродовж короткого століття. Протягом буквально декількох років вимоги щодо верховенства права пролунали в усьому світі, особливо серед людей і інституцій, що мають справу із так званими «перехідними» суспільствами.

Ця скоріше переповнена надією етикетка стала частиною різних видів суспільств, що перебувають на неоднакових стадіях свого розвитку, з різним характером проблем. Їх об'єднує тільки три особливості: до цього часу в межах цих суспільств не вистачає панування права, перебування в стані «перехідного» моменту, в який, як видається, мають відбутися зміни, і, нарешті, впевненість прибічників верховенства права в тому, що вони знають спосіб втілити такі зміни у життя. Так відбулося народження міжнародної індустрії із просування верховенства права [24, с. 52]. Як зазначав В. Ганєв, «у 1990-х рр. Східна Європа, можливо, буде регіоном, де найбільш інтенсивно вивчатиметься і дискутуватиметься спільнотою вчених можливість поширення верховенства права по всьому світу» [25, с. 263]. І як зазначила В. Тейлор, «правова реформа як складова багатосторонніх або двосторонніх програм допомоги розвитку не є новою. Тим не менше, падіння Берлінської стіни стало сигналом рішучого «обернення до права» у бага-

тосторонніх і двосторонніх фінансових потоках, допомоги із розвитку і надання технічної допомоги економікам, що розвиваються, і перехідним суспільствам. Розпочавшись у Центральній і Східній Європі, але швидко поширившись на інші регіони, ця «нова» хвиля правової реформи була профінансована у значно вищих розмірах, ніж у попередні десятиліття. У результаті, протягом останніх двох десятиліть, створення, поширення і зміцнення права і правових інституцій стало одночасно і набором таких, що окремо стоять, цілей, і набором інструментальних засобів для досягнення інших цілей політики, таких як врегулювання збройних конфліктів, захист електоральної демократії, перебудова державного управління, посилення економічного зростання, зміцнення ринкових механізмів або поліпшення охорони здоров'я та освіти» [26, с. 46–47].

Падіння європейського комунізму не було одиначною подією, але воно кардинально змінило концептуальний простір, зробивши його доступним для верховенства права, створило передумови для його епідемічного поширення. Воно також зробило верховенство права таким привабливим, яким воно раніше ніколи не було. Це призвело спочатку до позбавлення інтересу, оскільки несподівано з'явилося багато нових держав або нещодавно звільнених, де раніше не було верховенства права, яке б визначення ми йому не давали; для таких держав верховенство права було не академічним питанням, а питанням нагальної потреби; і виступало одночасно із цим простором, позбавленим ідеологічної конкуренції і перешкод, і є відчуття, що це був глобальний поворотний момент. По-друге, це було нове відчуття значущості: можна сказати, що це стало центральним питанням широко в світі, а не тільки як просто хороша річ або місцеве досягнення, пов'язане із тим, що головний опонент тільки-но зник. По-третє, поширеність. Не було жодних перешкод для поширення добрих новин, і ніякої очевидної альтернативи. В усьому світі настав час для пропагування нашої моделі верховенства права, ринку і демократії. Однак сказати, що результати надзвичайно позитивні, нелегко.

4. Плач С. Мойна

Я зазначав, що С. Мойн не просто розглядає історичний факт. Його книга також має значне полемічне підґрунтя. Він стверджує, що права людини, будучи сприйнятими як неполітичний, антиутопічний моральний мінімум, заповнили собою той простір, який вони намагалися очистити. Все частіше, вказує він, мова прав людини стає максималістською мовою, яка вичавлює будь-які інші способи вирішення проблем, інші шляхи пізнання, чим є права людини або чим вони могли б бути, і якому застосуванню вони підлягають; заміщення політики, що вселяла довіру, на провальну політику може призвести до необхідності сплатити відповідну ціну [13, с. 175]: «Зрештою, вони [права людини] зробили багато більше для території ідеалізму, ніж вони потенційно могли... Хоча вони народжувалися як альтернатива грандіозним політичним завданням — або навіть як моральна критика політики — права людини були змушені повільно, але наполегливо взяти на себе надзвичайний максималізм, тріумфу якого вони уникали» [13, с. 9].

На жаль, таку саму ситуацію можна спостерігати також і щодо верховенства права. У руках своїх міжнародних промоутерів верховенство права зрештою

іноді переростає в риторику і максималізм. У чомусь завжди була присутня певна помилковість, можливо нещирість інституційності й аполітичності історії верховенства права, так само як С. Мойн помітив щодо прав людини. Це проявляється в тому, що Томас Карозерс назвав «приголомшливо механістичним підходом», заснованим на тому, що «країна досягає верховенства права шляхом зміни своїх ключових інститутів переважно на ті, що функціонують у державах, що, як вважається, вже мають верховенство права» [27, с. 21].

Ця юридична матерія не виглядає схожою на перетворюючий проект; відбувається проста фіксація очевидних образів, іноді навіть технічних проблем, очевидних для тих, хто є досвідченим у верховенстві права, рішень, які спрацьовують у його звичному середовищі. Історія була поблажливою, але тільки в перші роки після 1989 р. Тоді мала місце певна правдоподібність того, що відбувається. Що ще було? Чи не досяг успіху Захід? Чи не є правдою те, що верховенство право сприяло цьому успіху? Чи не є також правдою, що з'явилися фахівці в сфері права, які знали, як визначити, спакувати і транспортувати інгредієнти такого успіху? І чи не виграв від цього кожен? Отже, і не надто повільно, має бути так, як про це зазначає Чарльз Т. Колл: «Серед безлічі агенцій із розвитку і безпеки з'явився новий «консенсус, заснований на ідеї верховенства права». Цей консенсус складається з двох елементів: 1) переконання, що верховенство права має важливе значення для досягнення кожної західної ліберальної зовнішньополітичної мети — прав людини, демократії, економічної і політичної стабільності, міжнародної безпеки від тероризму та інших транснаціональних загроз, для міждержавної торгівлі та інвестицій; і 2) переконання в тому, що міжнародне втручання, чи то через гроші і людей, чи то через ідеї, має включати в себе такий компонент, як верховенство права» [28, с. 4].

І все ж перенесення верховенства права — це завжди інтенсивний соціальний, політичний, а не тільки технічний, проект. Він втілює в собі соціальні і політичні цілі, має соціальні і політичні передумови успіху або невдачі [5, с. 3], і зусилля, яких докладають, іноді призводять до соціальної і політичної шкоди [29]. Насправді, хоча досить часто впровадження верховенства права розглядається суто як форма технології із перенесення відомих формул, я маю великий сумнів із приводу того, чи взагалі можливі технічні метафори щодо верховенства права, адже воно включає в себе культурну і соціальну практику, традиції, спосіб життя.

Але навіть якщо є сенс думати над цією проблемою в таких термінах, верховенство право — це те, що Стефен Голмс називав «інтерактивною технологією», а не технологією виробництва, і, з цілої низки причин, ми усі разом маємо менше ідей, як успішно трансплантувати попередню концепцією, аніж більш пізню [30]. Це є справедливим відносно права в цілому, і тим більше верховенства права. Це мало б бути очевидним, якщо не в перші моменти найбільшого ентузіазму, то практично відразу потім [31].

У моменти, коли здавалося, є тільки одна гра в місті, можна легко уявити, що «немає жодної альтернативи». На щастя чи на жаль, це не є стабільним станом. Як вказує Ф. Фукуяма, незабаром стає зрозуміло, що існують інші альтернативи, кращі чи гірші, та інші ігри, щоб грати.

5. Назустріч нічийному світу [32]

Верховенство права настало, щоб здобути міжнародну затребуваність у конкретний момент — коли здавалося, що головне ідеологічне протистояння, яке визначало наше життя, припинилося — і верховенство прав здобуло перемогу. Цю перемогу, що стала частиною тріумфального механізму, розглядали як ключовий момент. На жаль, історія не закінчилася у 1989 р., хоча найкоротше сторіччя завершилося. І якщо певного значення надати ідеологічній стороні історії, я маю окреслити міжнародний поступ верховенства права з урахуванням такого впливу.

Усе це є набагато складнішим сьогодні, і всі це знають. 11 вересня і його наслідки, тривалі, такі, що дорого коштували, болісні й безрезультативні війни в Іраку і Афганістані, кинули виклик як довірі до Заходу, так і логіці із наполегливого просування верховенства права. Напевно, верховенство права не є абсолютно очевидним добром, як про це заявляє Захід. Можливо, воно не є частиною економічного або технічного пакета, що було запропоновано прихильниками верховенства права. Можливо, є й інші шляхи розвитку, з якими не можуть змиритися представники західної цивілізації і які є несумісними з їх віруваннями і практиками. Можливо, нам доведеться змінити власні уявлення про верховенство права, щоб охопити (наскільки це можливо) цілі і засоби, що достатньо відрізняються від тих, які проголошувалися первісно, адже тепер на часі проблема співвідношення реформи сектору безпеки, що часто захлинається, і безпечної стриманості влади від проявів її свавілля. Можливо, це все занадто складно.

Світова фінансова криза кинула виклик уявленню про успішний пакет реформ, змусивши поглянути на нього під іншим кутом зору. Сьогодні він виглядає менш міцно, ніж свого часу. Успіх Китаю в економічному співробітництві із Заходом, виявлення різноманітних проблем, які вказують, що первісний тріумф 1989 р. був зайвим. Багато-що виглядає вже по-іншому. Будь-що, що осідає після усіх цих потрясінь, змін і розчарувань, також відрізняється від того, що мало місце у 1989 р.

Якщо це є ознаками руху від «кінця історії» до «нічийного світу», я припускаю, що слід очікувати відбиття цих процесів на майбутньому розвитку верховенства права. Нічого з цього не означає, що розвиток завершено. Одного разу запущена куля спуститься нескоро. Вона занадто наповнена повітрям, іноді навіть надзвичайно гарячим. Це формує порядок денний, концепції, які ми обмірковуємо і обговорюємо. І дуже багато людей зацікавлено, щоб куля залишилася в повітрі. Вони також мають зацікавленість у продовженні діяльності в той самий спосіб, в який вони діяли і раніше; так що старі моделі і помилки навряд зникнуть відразу, і стара мова часто маскує нові пріоритети, як, наприклад, після 11 вересня верховенство права включає в себе набагато більшу дозу вимог щодо безпеки, така зміна не завжди супроводжується зміною мови, сформованої в старі, більш безпечні часи, навіть якщо деякі із нових імперативів несумісні зі старими [33, с. 260–261].

І не слід забувати, перебуваючи в полоні певних попередньо зарозумілих уявлень, світ потребує верховенства права, ефективного обмеження свавілля влади [32–36] так само сильно або навіть більше, як і раніше потребує-

вав. Правильне розуміння цінності або групи цінностей, що мають справу із приборканням і контролем за здійсненням влади, є надзвичайно важливою для верховенства права річчю. Це є корисним само по собі [37, с. 9–10]¹, однак неймовірним є припущення, що це може бути панацеєю від усіх численних проблем, для яких його приписано, або що є лише один спосіб із досягнення поставленої мети будь-де, тим більше, що у нас є рецепт, який може бути застосований широко у світі. У своєму піднесенні, часом фундаментальному і життєздатному – на мій погляд, дорогоцінному – ідея верховенства права зазнала свого роду риторичних і бюрократичних самовідновлювальних метастаз. Якщо такі прояви може бути зменшено і різницю між здоровими і патологічними формами проаналізовано, все ще може вийти щось добре. Підозрюю, що в цьому і криється суть справи.

Піднявшись так високо, куля верховенства права не здується і не зникне найближчим часом. Однак до її змісту, без жодних втрат, може бути введено дещо більшу смиренність, а саму її зв'язано трохи більш успішно, аніж у недавньому минулому. Якщо так, це може бути одним із благодійних наслідків невдачі. І якщо це станеться, це буде не просто певний урок після всіх останніх потрясінь і розчарувань. Такі уроки ми мали засвоїти вже дуже давно. Зрештою, ще Арістотель був обізнаний у деяких із них. Але, звичайно, ніколи не пізно. Якщо «наступне покоління реформ» [38] із просування верховенства права, а також поправки до Вашингтонського консенсусу, що обговорюються Р. Перенбумом і Б. Бугарічем [22], до яких вимушені вдатися з урахуванням прорахунків попередніх поколінь, будуть прикладами важко здобутої покірності щодо засобів досягнення цінності верховенства права, це буде добре.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Thompson E. P. Whigs and Hunters / E. P. Thompson. – England : Penguin Books, 1975. – 278 p.*
2. *Tamanaha Brian Z. On the Rule of Law: History, Politics, Theory / B. Tamanaha. – Cambridge : Cambridge University Press. – 190 p. [Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія / Б. Таманага ; пер. з англ. А. Іщенко. – К. : ВД «Києво-Могилянська акад.», 2007. – 206 с.]*
3. *Krygier M. The Rule of Law. An Abuser's Guide / M. Krygier // Abuse: the Dark Side of Fundamental Rights / ed. by András Sajó. – Utrecht : Eleven International Publishing, 2006. – P. 129–161.*
4. *Krygier M. The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology / M. Krygier // G. Palombella and N. Walker (eds.), Re-locating the Rule of Law. – Oxford : Hart Publishing, 2007. – P. 45–69.*
5. *Krygier M. Four Puzzles about the Rule of Law: Why, What, Where? And Who Cares? / M. Krygier // J. E. Fleming (ed.), Getting to the Rule of Law. – New York : New York University Press, 2011. – P. 64–104.*

¹ Як вказує А. Сен, ми не можемо з повною впевненістю сказати, що процес розробки пішов дуже гарно, адже людей свавільно вбивають, злочинці вільно гуляють у той час, як законотворчі громадяни можуть опинитися в тюрмі, тощо. Розвиток правової системи... конститутивно бере участь в процесі розвитку... навіть якщо правовий розвиток не здатен ні на йоту сприяти економічному розвитку... навіть тоді правова і судова реформи будуть важливою частиною процесу розробки.

6. *Krygier M.* The Rule of Law / M. Krygier // Michel Rosenfeld and András Sajó, eds., Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. – Oxford, 2012. – P. 233–249.
7. *Krygier M.* Why the Rule of Law is too important to be left to lawyers / M. Krygier // Prawo i Więż (Law & Social Bonds). – 2012. – № 2. – P. 30–52.
8. *Judt T.* The Rediscovery of Central Europe / T. Judt // Daedalus. – Vol. 119. – № 1. – 1990. – P. 23–54.
9. *Tismaneanu V.* The Devil in History: Communism, Fascism, and Some Lessons of the Twentieth Century / V. Tismaneanu. – Berkeley : University of California Press, 2012. – 336 p.
10. *Furet F.* The Passing of an Illusion, The Idea of Communism in the Twentieth Century / F. Furet. – Chicago : University of Chicago Press, 1999. – 600 p.
11. *Hobsbawm E.* Age of Extremes. The Short Twentieth Century 1914–1991 / E. Hobsbawm. – London : Abacus, 1994. – 640 p.
12. *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal / David M. Trubek and Alvaro Santos,* eds. – Cambridge : Cambridge University Press, 2006. – 318 p.
13. *Moyn S.* The Last Utopia. Human Rights in History / S. Moyn. – Belknap Press, 2012. – 352 p.
14. *Sakharov A.* The Human Rights Movement in the USSR and Eastern Europe: Its Goals, Significance, and Difficulties // Citeited in S. Moyn. The Last Utopia. Human Rights in History. – P. 174.
15. *Hurwitz A.* Towards Enhanced Legitimacy of Rule of Law Programs in Multidimensional Peace Operations / A. Hurwitz // International Peace Institute: [http://issat.dcaf.ch/content/download/2275/19794/file/Towards%20Enhanced%20Legitimacy%20of%20Rule%20of%20Law%20Programs%20Hurwitz%20\(2005\).pdf](http://issat.dcaf.ch/content/download/2275/19794/file/Towards%20Enhanced%20Legitimacy%20of%20Rule%20of%20Law%20Programs%20Hurwitz%20(2005).pdf).
16. *Czarnota A.* Marxism, Ideology, and Law / in Martin Krygier, ed. Marxism and Communism: Posthumous Reflections on Politics, Society, and Law. – Amsterdam : Rodopi, 1994. – P. 190–195.
17. *Foster-Simons F.* Towards a More Perfect Union? The 'Restructuring' of Soviet Legislation / F. Foster-Simons // Stanford Journal of International Law. – 1988–1989. – № 25. – P. 331–373.
18. *Garton Ash T.* We the People / T. Garton Ash. – Cambridge : Penguin Books Ltd ; New edition, 1990. – 176 p.
19. *Arato A.* Editor's introduction to: Law and Policy / A. Arato, A. Sajo. – Vol. 13, Number 2. – 1991. – P. 101–106.
20. *Eastern Europe: The Year of Truth* // New York Review of Books. – February 15, 1990. – P. 7–22.
21. *Krygier M.* Marxism and the Rule of Law. Reflections after the Collapse of Communism / M. Krygier // Law & Social Inquiry. – Vol. 15, No. 4 (Autumn, 1990). – P. 633–663.
22. *Peerenboom R.* The Emerging Post Washington, Post Beijing Consensus: Prospects and Pitfalls' paper presented at Law and Society Conference / R. Peerenboom, B. Bugarcic. – Boston, June 2013: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2277427.
23. *Krygier M.* Virtuous Circles. Antipodean Reflections on Power, Institutions, and Civil Society / M. Krygier // East European Politics and Societies. – № 11. – Winter 1997. – P. 36–88.
24. *Magen A.* The Rule of Law and its Promotion Abroad: Three Problems of Scope / A. Magen // Stanford Journal of International Law. – 2009. – № 45. – P. 51–116.
25. *Venelin I. Ganev.* The Rule of Law as an Institutionalized Wager: Constitutions, Courts and Transformative Social Dynamics in Eastern Europe / V. Ganev // Hague Journal of the Rule of Law. – 2009. – Vol. 1. – Issue 02. – P. 263–283.

26. *Taylor V. L.* Frequently Asked Questions About Rule of Law Assistance (And Why Better Answers Matter) / V. L. Taylor // *Hague Journal on the Rule of Law*. — 2009. — P. 46–47.
27. *Carothers T.* The Problem of Knowledge / T. Carothers // *Promoting the Rule of Law Abroad*. — Carnegie Endowment for International Peace, Washington D. C, 2006. — P. 15–22.
28. *Introduction to Call*, ed. // *Constructing Justice and Security after War*. — United States Institute of Peace Press, Washington, D. C., 2007: law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1083&context=unswwps.
29. *Massoud M. F.* Law's Fragile State: Colonial, Authoritarian, and Humanitarian Legacies in Sudan, forthcoming. — Cambridge University Press, 2012. — 297 p.
30. *Krygier M.* Approaching the Rule of Law / in Whit Mason, ed., *The Rule of Law in Afghanistan. Missing in Inaction*. — Cambridge : Cambridge University Press, 2011. — P. 15–34.
31. *Krygier M.* Transitional Questions about the Rule of Law: Why, What, and How? / M. Krygier // *East Central Europe-L'Europe du Centre Est. Eine wissenschaftliche Zeitschrift*. — 2001. — № 28. — P. 1–34.
32. *Kupchan C.* No One's World: The West, the Rising Rest, and the Coming Global Turn / C. Kupchan. — Oxford : Oxford University Press, 2012. — 272 p.
33. *Taylor V.* Displacing «Development»: The new agenda for rule of law assistance / V. Taylor. — *Northwestern University Law Review*. — 2010. — № 104. — P. 260–261.
34. *Montesquieu S. L.* The Spirit of the Laws. — Vol. 1, trans. — Thomas Nugent (London : J. Nourse, 1777). — P. 221–237.
35. *Reid J. P.* Rule of Law: The Jurisprudence of Liberty in the Seventeenth and Eighteenth Centuries, DeKalb / J. P. Reid // *Northern Illinois University Press*, 2004. — P. 150.
36. *Political Theory and the Rule of Law* / in Judith Shklar and Stanley Hoffman, eds. — University of Chicago Press, 1998. — 402 p.
37. *Sen A.* What is the Role of Legal and Judicial Reform in the Development Process? / A. Sen // *World Bank Legal Conference, Washington DC*. — 2000. — P. 9–10: <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/legalandjudicial.pdf>.
38. *Kleinfeld R.* Advancing the Rule of Law Abroad. Next Generation Reform / R. Kleinfeld // *Carnegie Endowment for International Peace*, 2012. — 281 p.

Кригер М. Після короткого ХХ століття: глобальний поступ верховенства права

Анотація. Чому верховенство права є настільки гарячою темою сьогодення у всьому світі? У цій статті запропоновано відповідь на це питання через розкриття таких аспектів: 1) глобальний поступ концепції тільки наприкінці минулого століття пов'язано із ідеологічним конфліктом між комунізмом і ліберальним капіталізмом, що не залишав місця ні для чого іншого; 2) місце звільнилося для верховенства права у зв'язку з ідеологічним розчаруванням, що настало наприкінці минулого століття; 3) поступ верховенства права різко зріс завдяки ганебному і повному краху європейського комунізму і очевидній перемозі ліберальної демократії; 4) тим не менше, це не «кінець історії» — ані в цілому, ані в поширенні верховенства права. Стаття завершується аналізом деяких гіпотез щодо подій, які можуть визначити майбутнє верховенства права.

Ключові слова: верховенство права, права людини, комунізм, лібералізм, ідеологічне виснаження, аполітична політика, глобальний 1989, моральний мінімалізм, кінець історії, нічийний світ.

Кригер М. После короткого ХХ века: глобальный прогресс верховенства права

Аннотация. Почему верховенство права стало сегодня настолько горячей темой во всем мире? В статье автором предложен ответ на этот вопрос путем обращения к следующим аспектам: 1) глобальный прогресс концепции только в конце прошлого века связан с идеологическим конфликтом между коммунизмом и либеральным капитализмом, который не оставлял места ничему другому; 2) место освободилось для верховенства права в связи с идеологическим разочарованием, наступившим в конце прошлого века; 3) продвижение верховенства права резко возросло благодаря позорному и полному краху европейского коммунизма и очевидной победе либеральной демократии; 4) тем не менее, это не «конец истории» — ни в целом, ни в распространении верховенства права. Статья завершается анализом некоторых гипотез относительно событий, которые могут определить будущее верховенства права.

Ключевые слова: верховенство права, права человека, коммунизм, либерализм, идеологическое истощение, аполитическая политика, глобальный 1989, моральный минимализм, конец истории, ничейный мир.

Krygier M. After the Short Twentieth Century: the Global Career of the Rule of Law

Summary. Why is the rule of law such a hot topic today all around the world? This article suggests that: 1) the global career of the concept only began late last century, because the ideological conflict between communism and liberal capitalism left no space for it earlier; 2) space became available for rhetoric of the rule of law to emerge because of ideological exhaustion late in that century; 3) Its career soared after and because of the ignominious and complete end of European communism and apparent triumph of liberal democracy; 4) However, that was not the «end of history» — either in general or for the global career of the rule of law. The article ends with a few conjectures on developments that might shape the future of that career.

Key words: Rule of Law, Human Rights, communism, liberalism, ideological exhaustion, apolitical politics, global '89, moral minimalism, end of history, no one's world.

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ЯК ЮРИДИЧНЕ ОБЛИЧЧЯ ДЕРЖАВИ¹



П. ВЕСТЕРМАН
професор, доктор права
(Університет Гронінгена, Нідерланди)

1. Концепти, що вкладаються один в одного

Якщо спробувати вивчити способи обґрунтування верховенства права як суттєвої складової європейської зовнішньої політики, то ми не зможемо позбавитись враження, що сам термін «верховенство права» означає щось дуже відмінне від визначень, пропонуєних філософами права. Хоча існує багато різних визначень (хтось наголошує на формальних характеристиках, хтось дає більш змістовне визначення, підкреслюючи важливість прав людини), проте видається можливим виокремити низку стрижневих властивостей, існування яких не викликає заперечень в абсолютній більшості авторів. Вважається, що верховенством права зазвичай називають систему, за якої ухвалення політичних рішень спрямовується і контролюється відкритим, неупередженим, доступним правом, що не має зворотної дії. Право не прислуговує політичній волі, а встановлює, як також вважається, правила гри, обов'язкові як для держави, так і для громадян.

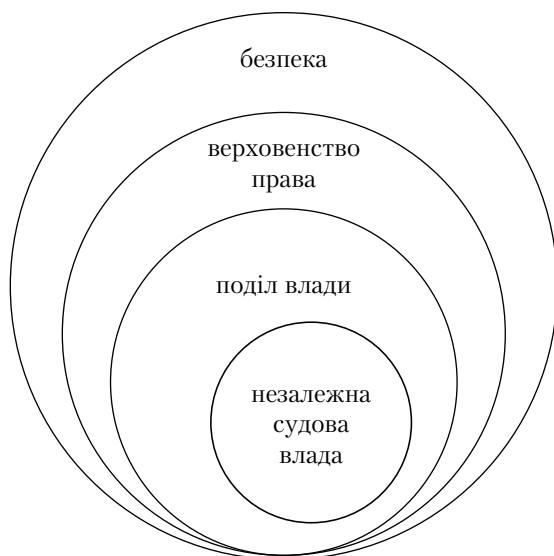
У будь-якому випадку доктрина верховенства права позиціонується як продукт, що може і повинен бути експортований до, здається, цілковито інших теренів — країн Східної Європи чи Арабського світу. Насправді, у дискурсі стосовно експорту вказаної версії верховенства права слід згадати про два яскравих феномени.

Передусім стверджується, що верховенство права не є ідеальним, але розглядається як щось важливе, тому що приводить до посилення безпеки. Таким чином, встановлення верховенства права ототожнюється з реформуванням сек-

¹ Стаття, що наводиться, є доповіддю П. Вестерман на XXVI Всесвітньому конгресі з філософії права і соціальної філософії, який проходив 21–26 липня 2013 р. у м. Белу-Оризонті (Бразилія) на секції «Верховенство права: між теорією і практикою». Переклад з англійської Д. Вовка, О. Уварової.

тору так званої «національної безпеки»¹. Хоча ще десять років тому проблема права і порядку не розглядалась як складова частина доктрини верховенства права [1], сьогодні стало загальною практикою наголошувати на важливості безпеки як більш широкої мети, одним із засобів досягнення якої виступає верховенство права. Безпека, тим самим, стає ніби «ширшим верховенством права». Дехто навіть намагається вживати терміни «безпека» і «правосуддя» разом, як у випадку аббревіатури *JSSR* (Реформа правосуддя і національної безпеки)², що з'явилась³.

Другий феномен, що заслуговує на увагу, — це той факт, що верховенство права (як і безпека у даному випадку) також розглядається як складний термін. Верховенство права розуміється як ціль, що складається з менших цілей: незалежне правосуддя, поділ влади тощо. Відповідно ми бачимо, що верховенство права розглядається і як частина ширшої цілі, і як ціль, що охоплює підпорядковані завдання, такі як незалежне правосуддя чи належне законотворення тощо [1, с. 6]. Різноманітні цілі (справедливість, безпека, незалежність і т. ін.) є, таким чином, концептами, що вкладаються один в одного, як ляльки у відомій російській «матрьошці».



Слово «ціль», безумовно, неоднозначне. Його можна розуміти і як пункт призначення, як бажаний результат чи як цінність. У нашому випадку йдеться перш за все про організаційний принцип. Він визначає певний бажаний стан

¹ Мається на увазі реформування інститутів, що забезпечують у широкому сенсі національну безпеку держави (включаючи правоохоронні органи, спецслужби, збройні сили) у напрямі забезпечення належного виконання ними своїх функцій у посттоталітарних чи постдиктаторських режимах. — *Прим. перекладачів.*

² З англ. «*Justice and Security Sector Reform*». — *Прим. перекладачів.*

³ П. Берлінг та інші це ототожнення правосуддя з безпекою називають «обезпеченням» дискурсу щодо верховенства права [2].

речей, розумінням якого надихається якийсь суспільний сектор, що включає акторів, інститути і заходи, які організовані навколо певної спільної мети. Тут ми і бачимо спосіб, у який можна вести мову про верховенство права. Верховенство права є ціллю, навколо якої організується так званий «сектор правосуддя». Термін «верховенство права», тим самим, визначає напрямок організації правосуддя.



Представлення цілей як вкладених одна в одну передбачає, що кожна менша за обсягом ціль допомагає реалізації ширшої цілі. Це очевидно для дискурсу щодо верховенства права, в якому наголошується, що верховенство права підвищує безпеку, а безпека сприяє економічному розвитку¹. Але при ближчому розгляді виявляється, що ці твердження не завжди справедливі. Як зазначає Р. Брукс, у нацистській Німеччині насильство було тісно пов'язане з правом і порядком; в Албанії відсутність права існувала поряд із добре упорядкованим суспільством [4, с. 2307–2309]. Відносини між правом і безпекою можуть мати і протилежний характер. Хтось може дотримуватися думки, що безпека — це лише частина верховенства права. Тому безпека є необхідною, але не достатньою умовою верховенства права, яке, відповідно, стає «ширшим» поняттям. З другого боку, можна стверджувати, що верховенство права і безпека не є вкладеними концептами взагалі. Історичний досвід показує, що верховенство права процвітало тільки коли очільники держави не могли рухатись виключно «власним шляхом» і мали досягати компромісу у боротьбі зі своїми опонентами [5]. Ураховуючи це, ми могли б також стверджувати, що потужний сектор національної безпеки є загрозою верховенства права; або, навпаки, розглядати міцний сектор правосуддя як загрозу національній безпеці (як, наприклад, у випадку, коли терористів відпускають через процесуальні помилки, — наслідку, що жоден прихильник верховенства права не наважився б схвалити).

¹ Див. працю Б. Таманаги «Короткий путівник до верховенства права» [3, с. 9].

Таким чином, на рівні абстрактних цілей порівняння з матрешкою є помилковим. Воно припускає існування причинно-наслідкового зв'язку, що є сумнівним. Однак те саме стосується і менших ляльок — конкретних складових верховенства права. Добре навчені судді не починають автоматично наближати верховенство права. Вони здатні, щонайбільше, служити прикладом дії верховенства права, але і тоді вони є лише частковим прикладом, можуть бути кращі чи більш прийнятні приклади. Думка про те, що верховенство права є сукупністю бажаних інститутів, може помилково дати розвиток ідеї, що верховенство права втілене у життя тоді, коли всі його складові (інститути, персонал навчальних закладів тощо) створені. Така редукція верховенства права до набору подібних інститутів часто критикувалася багатьма дослідниками¹.

Відповідно постає питання, як ми можемо пояснити стійке використання згаданих раніше вкладених концептів, у яких верховенство права розглядається і як загальна ціль, і як завдання для досягнення більш широкої мети, якщо це хибне твердження, яке містить причинно-наслідкове відношення, що не витримує перевірки.

2. Форма регулювання цілей

Я певна, що ми можемо збагнути наведене вище, як тільки зрозуміємо, що просування верховенства права є формою регулювання. Експорт верховенства права, так само як і реформу національної безпеки, можна сприймати як форми міжнародного регулювання, що вони здійснюються країнами-донорами, які мають у своєму розпорядженні величезні джерела коштів і досвіду. Суб'єктами, на яких спрямовано регулюючий вплив, є країни-реципієнти — країни з так званою «крихкою» державністю, країни, що перебувають у стані кризи, громадянської війни, чи транзитивні країни, уряди яких залежні від зовнішніх ресурсів та/або добра репутація яких є важливою передумовою для залучення зовнішнього фінансування.

Наведене можна розглядати не просто як форму регулювання, але саме як форму того, що я назвала цільовим регулюванням². Я працювала над проблемою цільового регулювання декілька останніх років у контексті Європейського права³, яке, звичайно, суттєво відрізняється від міжнародного контексту, що розглядається у цій статті. Але динаміка цільового регулювання може також пролити світло на типові риси просування верховенства права.

Прагнучи прояснити мій підхід, я хотіла б приділити увагу тришаровій структурі цільового регулювання. Воно починається (а) з оголошення бажаної цілі або кінцевого результату. Після цього (б) воно встановлює осіб, на яких спрямовано

¹ У. Шредер і Й. Коде зазначають, що існуючі форми міжнародної допомоги ризикують погіршити верховенство права до звичайного інституційного проекту, основна ідея якого зводиться до того, що якщо інститути змінити відповідно до певної моделі, то з'явиться верховенство права [див.: 5].

² Феномен, який я називаю «цільове регулювання», також аналізується під назвою «регулювання, що засноване на принципах» [6].

³ Див. мої статті: «Поява нових типів норм» [7, с. 117–133] і «Цілі управляють: управління як правовий стиль» [8].

регулюючий вплив щодо досягнення цього результату і щодо розробки шляхів і правил реалізації цієї мети. І завершується цільове регулювання (в) покладенням на цих осіб обов'язку щодо інформування про прогрес у досягненні бажаної цілі. Така техніка апробована в Європейських рамкових директивах. Схематично, з використанням вигаданого прикладу, її можна зобразити таким чином:

(а) припис прагнення: «Посильте захист навколишнього середовища»;

(б) припис реалізації: «Переконайтеся, що вами вживаються необхідні запобіжні заходи, розробляється необхідне законодавство»;

(в) припис звітування: «Повідомте про досягнутий прогрес».

Це правило потім поширюється, наприклад, на державу — члена ЄС. Але що держава-член робить? Розробляє правила відповідно до (б)? Так, але у формі, що сильно нагадує і близько відтворює рамкову директиву вищого рівня. Воно каже, приміром:

(а') викиди токсичних речовин мають бути якомога меншими;

(б') переконайтеся, що вами зроблено оцінку доцільності здійснюваної діяльності, вжиті необхідні заходи, включаючи нормотворчість;

(в') повідомте про досягнутий прогрес.

Це правило адресоване, наприклад, контролюючим органам або регіональній владі. Єдина відмінність полягає в тому, що (а') є конкретизацією (а) у тому сенсі, що воно приписує досягнення підпорядкованого завдання («підцілі») чи складової первинної мети. Така конкретизація може бути безкінечною. Що робитимуть контролюючі органи або регіональна влада? Вони знову відтворять первинну рамкову директиву, що приблизно виглядатиме так:

(а'') у найближчі два роки викиди токсичних речовин мають бути скорочені на 10 %;

(б'') слід вивчити питання найкращих доступних технічних методів для цього;

(в'') повідомте про досягнутий прогрес.

Як бачимо, регулювання на нижчому (більш локальному) рівні здійснюється у вигляді запозичення з вищого (більш загального) рівня. Різниця спостерігається лише в тому, що на кожному рівні організаційна мета стає більш конкретною у тому сенсі, що ця мета становить елемент первинної цілі.

Причини, через які відбувається згадане запозичення, на мою думку, є поєднанням далекосяжних амбіцій із широкими можливостями і обмеженим обсягом знань. Європейські законотворці прагнуть гарантувати гігієнічні умови виробництва, але складність і багатоманітність контекстів і місцевих особливостей не може бути осягнута з центру. Вони, таким чином, нагадують туристів, що прибувають у невідому місцину. У них є гроші винайняти таксі, але вони повністю залежать від знання міста водієм і вони мають покласти на це знання, незалежно від того, чи виправдано це, чи ні.

Особливості таких відносин можуть бути проаналізовані через модель Принципал — Агент¹. Принципал — це той, хто отримує послуги від Агента (А), які Принципал (Р) самостійно здійснити не може, але потребує їх для досягнення бажаних ним цілей (але при цьому необов'язково, щоб вказані цілі були бажаними

¹ Є досить широка література щодо такої моделі відносин, як Принципал — Агент (Р — А) у публічній сфері [9–12].

ми також і для А). Асиметрія ресурсів урівноважується зворотною асиметрією знань. Само по собі це може призводити до взаємної залежності та взаємодії, проте баланс легко порушити, якщо А вирішить спрямовувати ресурси на досягнення власних цілей, а не цілей Р. Тому проблема, яка розробляється в багатьох статтях з економіки, полягає в тому, як бути впевненими, що А переслідує цілі Р.

Залишаючи осторонь складні арифметичні дії і теорії ігор, думаю, що це може бути зроблено приблизно двома шляхами, обидва з яких є постійними цілями механізму регулювання. Перший полягає в обґрунтуванні підстав визнання первісної мети. Для того щоб досягти виправдання такої первісної мети, вказані підставі мають бути звернені до мети, що є більш абстрактною, аніж первісна мета, і повинні спиратися на певний консенсус. Ймовірно, ці дві вимоги посилюють одна одну: чим більша абстрактність забезпечена, тим легше досягти консенсусу, оскільки ніхто не знає, що насправді малося на увазі під тією абстрактною ціллю. Окремі коментатори зазначають, що саме цим останні десять років пояснюється раптова популярність концепції верховенства права. І пошукувачі безпеки, і економісти, що ратують за відкриті ринки, і борці за права людини – усі підтримують верховенство права [13].

Як вбачається, встановлений зв'язок між верховенством права і категорією безпеки як більш «ширшої за верховенство права» позначає розвиток, у результаті якого сьогодні безпека здобула більше визнання аніж 10 років тому. В матерійці найбільшою лялькою стає та, якій потрібен той рівень консенсусу, що є необхідним для виправдання самої мети функціонування.

Але окрім пошуку консенсусу і мотивації агентів щодо переслідування мети, яку ставить перед собою Принципал, звичайно, існує необхідність у реальному контролі за тим, на якому рівні реалізується поставлена мета. Турист, який наймає таксі, хоче мати переконливі докази того, що таксист є надійним. В ідеальному світі вони зможуть поглянути на GPS з метою нагляду за тим, чи дійсно вони рухаються до місця призначення. Насправді, не буде перебільшенням сказати, що така ідеальна ситуація (принаймні ідеальна з точки зору Р) можлива у країнах Північної Європи, в яких постійний бенчмаркінг, моніторинг та оцінка є елементами всеохоплюючої системи управління якістю урядування. У менш ідеальному світі Р багато в чому залежить від самозвітів таксиста або від перевірки певних облікових даних, сертифікатів та інших подібних зовнішніх ознак того, що могло б дати Р хоча б деяке уявлення про репутацію А.

Обидві стратегії, тим не менш, спрямовані на формулювання більш конкретних компонентів, що є меншими або підпорядкованими цілями, за допомогою яких А має довести, що він має певний прогрес у досягненні мети, поставленої Р. Він може це зробити тільки через певні вимірювальні показники, відчутні і контрольовані результати. Він має повідомити про кількість юристів, що здобули спеціальні знання, довести, що число жертв зменшується, надати інформацію про інституції, які було створено, сертифікати і протоколи, що було складено. Тому ми зараз бачимо динамічну систему, побудовану за прикладом ляльок-матрьошок: у той час як Р формулює абстрактні цілі з метою обґрунтування своєї головної мети, досягнення консенсусу із цього приводу і прихильності вказаним абстрактним цілям, А формулює більш конкретні проміжні цілі. Можна додати: чим більш віддаленим є регулювання, тим більше на підставі

підпорядкованих цілей виокремлюються ще більш конкретні цілі. Ці конкретні цілі спрямовано на (часткову) реалізацію спільної всеохоплюючої цілі, а тому між ними зберігається причинно-наслідковий зв'язок. Проте вказані найменші цілі і результати не мають іншого призначення, аніж виконання ролі певного бухгалтерського обліку А для звітування перед Р.

3. Множинність Принципалів і Агентів

Сукупність відносин за моделлю Принципал — Агент вже є досить комплексною в такій сфері, як охорона здоров'я в Нідерландах, але тим не менше викликає здивування на рівні просування верховенства права на міжнародній арені. Найбільш помітною моделлю Принципал — Агент є, звичайно, відносини між донорськими інституціями, такими як Організація економічного співробітництва і розвитку або Світовий банк, і урядами країн, що отримують від них кошти, таких як Афганістан. Величезна військова і фінансова підтримка на кону, а тому реципієнт готовий зробити все можливе, щоб забезпечити себе такою підтримкою, навіть виконати побажання щодо впровадження верховенства права, якщо від цього буде залежати переважна частина ресурсів, на які він може розраховувати і які є більшими, аніж ті, що можна отримати від внутрішньодержавного соціального оточення. Чим сильнішими є позиції місцевих очільників, тим меншим є їх інтерес у впровадженні верховенства права як мети, що перед ними ставить донор — Принципал [14].

Однак і серед самих учасників-донорів є агенти, що мають звітувати перед принципалом. Країни — члени Європейського Союзу мають робити свій внесок у забезпечення просування верховенства права. Такі держави-члени підвищують свою репутацію, а також здобувають фінансування, якщо демонструють належні і відчутні результати. Те саме стосується різноманітних агенцій і неурядових громадських організацій, що залучені до справи із просування верховенства права. Утім усі демократично обрані уряди країн-донорів мають зобов'язання звітувати перед принципалом, що має зовсім іншу природу: перед електоратом. Знов-таки, результати, які вони представляють, мають бути конкретними, контрольованими і вимірюваними, якщо вони не хочуть бути звинуваченими у марному витрачанні коштів платників податків. Те саме стосується й урядів країн, що отримують фінансування. Можливо, вони не зобов'язані звітувати щодо того, що зроблено, перед громадськістю в цілому, але принаймні має бути надано звіт із цього приводу перед своїм власним електоратом, навіть якщо результати, на які вказуватиме уряд, не будуть збігатися із тими, яких вимагав донор-Принципал.

Як бачимо, усі подібні відносини дуже сильно тяжіють до таких форм контролю, що вказували б, які позитивні результати було досягнуто і чи представляють вони часткову реалізацію загальної і всеохоплюючої мети, будучи у той же час вимірюваними й відчутними. Це означає, що особлива увага звертається на короткострокові успіхи, питання ж про довгостроковий і комплексний розвиток залишаються осторонь.

Навіть за умови, що поставлена мета не підлягає точному вимірюванню, як у ситуації із верховенством права, її складові можуть бути піддані такому вимірюванню; підтвердження прав, набір правил поведінки, певні інституції — це

показники, за допомогою яких зовнішній світ може визначити, наскільки серйозного прогресу було досягнуто. Такі інституції, зрозуміло, матимуть дуже мало спільного із верховенством права в будь-якому із значень, що запропоновані правовою наукою. Вони більше схожі на той чи інший сертифікат або ліцензію і на них можна поставити помітку потрійного ААА, що є необхідною для гарної репутації, надійності і, як результат, для значних надходжень коштів і ресурсів.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Kleinfeld Belton R.* Competing Definitions Of The Rule Of Law: Implications for Practitioners, Democracy and Rule of Law Project / Belton R. Kleinfeld // Carnegie Papers. – 2005. – № 55 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.CarnegieEndowment.org/pubs>.
2. *Bergling P.* Rule of Law and Security Sector Reform: Casual Assumptions, Unintended Risks and the Need for Norms / P. Bergling, E. Wennerström, R. Z. Sannerholm // Hague Journal on the Rule of Law. – 2012. – № 4. – P. 98–119.
3. *Relocating the Rule of Law* / Ed. by G. Palombella and N. Walker. – Oxford, 2009. – P. 3–15.
4. *Brooks R. E.* The New Imperialism: Violence, Norms, and the «Rule of Law» / R. E. Brooks // Michigan Law Review – 2003. – Vol. 101. – P. 2275–2340.
5. *Schröder U. C.* Rule of Law and Security Sector Reform in International State Building: Dilemmas of Converging Agendas / U. C. Schröder, J. Kode // Hague Journal on the Rule of Law. – 2012. – № 4. – P. 31–53.
6. *Black J.* Forms and Paradoxes of Principles Based Regulation / J. Black // LSE Law, Society and Economy Working Papers. – 2008. – № 13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ssrn.com/abstract=1267722>.
7. *Thion Ph.* Legislation in Context: Essays in Legisprudence (Applied Legal Philosophy) / Philippe Thion // L. J. Wintgens (ed.). – Aldershot: Ashgate Pub Co, 2007. – 205 p.
8. *Westerman P.* Governing by Goals: Governance as a Legal Style / P. Westerman // Legisprudence: International Journal for the Study of Legislation. – 2007. – Vol. 1. – P. 51–72.
9. *McCubbins Mathew D.* Administrative Procedures as Instruments of Political Control / Mathew D. McCubbins, Roger G. Noll, Barry R. Weingast. – Journal of Law, Economics, & Organization. – 1987. – Vol. 3, № 2. – P. 243–277.
10. *Moe T.* Political Control and the Power of the Agent / T. Moe. – Journal of Law Economics & Organization. – 2006. – Vol. 22. – P. 1–29.
11. *Macey Jonathan R.* Organizational Design and Political Control of Administrative Agencies / Jonathan R. Macey. – Journal of Law, Economics, & Organization. – 1992. – Vol. 8, № 1. – P. 93–110.
12. *Levine Michael E.* Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis / Michael E. Levine, Jennifer L. Forrence. – Journal of Law, Economics, & Organization. – 1990. – Vol. 6. – P. 167–198.
13. *Trubek David M.* The «Rule of Law» in Development Assistance: Past, Present, and Future / David M. Trubek [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.law.wisc.edu/facstaff/trubek/RuleofLaw.pdf>.
14. *Berg L. A.* Guns, Laws and Politics: The Political Foundations of Rule of Law and Security Sector Reform / Louis Alexandre Berg. – Hague Journal on the Rule of Law. – 2012. – № 4. – P. 4–30.

Вестерман П. Верховенство права як юридичне обличчя держави

Анотація. Метою цієї статті не є визначення верховенства права у виключно теоретичному плані. Акцент переважно робиться на тому, як вказана концепція фактично використовується в міжнародних відносинах політиками, які виступають за експорт верховенства права в тендітні країни або в країни, які переходять від одного режиму до іншого. Спосіб, в який це зробити, а також особливості цього дискурсу можна зрозуміти, якщо взяти до уваги, що експорт верховенства права є однією з форм регулювання з боку країн-донорів, зокрема у формі постановки відповідних цілей (цілерегулювання). Це передбачає, що країни, які отримують допомогу від країн-донорів, зобов'язані в подальшому повідомляти про вжиті заходи щодо досягнення поставлених цілей, вказуючи на конкретні індикатори, що дозволяють встановити дійсний прогрес на цьому шляху. Ці конкретні досягнення виконують роль свого роду сертифіката і можуть бути помічені потрійним А, необхідним для гарної репутації, а отже, для отримання відповідних ресурсів, але можуть мати дуже невелике відношення до верховенства права в будь-якому з філософських значень цього поняття.

Ключові слова: верховенство права, здійснення політики, цілерегулювання, відносини «Принципал – Агент», вкладені концепти.

Вестерман П. Верховенство права как юридическое лицо государства

Аннотация. Целью данной статьи не является определение верховенства права в исключительно теоретическом плане. В большей мере акцент делается на том, как данная концепция фактически используется в международных отношениях политиками, выступающими за экспорт верховенства права в хрупкие страны или в страны, которые переходят от одного режима к другому. Способ, а также особенности этого дискурса можно понять, если принять во внимание, что экспорт верховенства права является одной из форм регулирования со стороны стран-доноров, в частности в форме постановки соответствующих целей (целерегулирования). Оно предполагает, что страны, получающие помощь от стран-доноров, обязаны в последующем сообщать о предпринятых мерах по достижению поставленных целей, указывая на конкретные индикаторы, позволяющие установить действительный прогресс на этом пути. Эти конкретные достижения выполняют роль своего рода сертификата и могут быть помечены тройным А, необходимым для хорошей репутации, и, следовательно, для получения соответствующих ресурсов, но могут иметь очень небольшое отношение к верховенству права в любом из философских значений этого понятия.

Ключевые слова: верховенство права, осуществление политики, целерегулирование, отношения «Принципал – Агент», вложенные концепты.

Westerman P. The Rule of Law as a Legal Triple A

Summary. The purpose of this article is not to define the Rule of Law in a purely theoretical way. Rather, the focus is on how the concept is actually used by international policy-makers who advocate the export of the Rule of Law to fragile countries or to countries in their transition from one regime to another. The way this is done, as well as the peculiarities of this discourse, can be understood as soon as one takes into account that the export of the Rule of Law is a form of regulation by donor-countries, in particular as a form of goal-regulation. In goal-regulation, certain aims are imposed and further regulation is outsourced to the recipient countries, who are then obliged to report on the concrete measures they have taken and the institutional arrangements they have established. These concrete achievements function like a kind of certificate and can be labelled as a legal triple AAA, necessary for a good reputation, and, consequently, resources but may have very little relation to the rule of law in any of the philosophical meanings of that term.

Key words: Rule of law, policy-making, goal-regulation, Principal/Agent relations, nested concepts.

ПРО ЯСКРАВИЙ ВИПАДОК НЕВИЗНАЧЕНОСТІ, АБО ПРАВОСУДДЯ ПЕРЕХІДНОГО ПЕРІОДУ І ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА¹

А. ЧАРНОТА
професор права
(Університет Нового Південного Уельсу,
м. Сідней, Австралія;
Університет Білостока, Польща)



Революція у правах людини і розвиток дискурсів щодо верховенства права та правосуддя перехідного періоду

Останні двадцять з лишком років, особливо після 1989 р., ми спостерігаємо стрімкий розвиток двох типів дискурсів: щодо правосуддя перехідного періоду і стосовно верховенства права. Цим дискурсам передують дискурс щодо прав людини, який розпочався у 70-ті рр. ХХ ст. Можна сказати, що доки світ був поділений між двома конкуруючими політико-військовими блоками, права людини були суто ідеологічним інструментом. Тому, з усією відповідною повагою до демократизації, точкою відліку є 1989 р. Колапс комуністичної системи відкрив шлях до глобальної революції у сфері прав людини. Ця революція проголосила себе передусім у вигляді дискурсів щодо прав людини у всьому світі, а згодом і через реальні політичні трансформації.

Здобутком дискурсу щодо прав людини стали два інших тектонічних рухи: правосуддя перехідного періоду і верховенство права. Не можна сказати, що стратегії правосуддя перехідного періоду не обговорювалися раніше, але вони не були відомі саме як правосуддя перехідного періоду. Так само верховенство права було представлено радше в академічних дискусіях, ніж у політичному дискурсі чи розвитку політики. Деінде на межі ХХ і ХХІ ст. дискурс щодо верховенства права відбувався разом із демократичним дискурсом.

¹ Стаття, що наводиться, є доповіддю А. Чарноти на XXVI Всесвітньому конгресі з філософії права і соціальної філософії, який проходив 21–26 липня 2013 р. у м. Белу-Оризонті (Бразилія) на секції «Верховенство права: між теорією і практикою». Переклад з англійської Д. Вовка.

Задля розуміння подальших міркувань варто враховувати, що демократія довгий час була основним дискурсом такого роду, і раптом наприкінці 1990-х рр. цей дискурс не лише загальмував, а й був замінений на верховенство права. Як ми знаємо, демократія сумісна з верховенством права, але це не одне і те саме. Зміна дискурсу мала щось зробити з розчаруванням у режимах, що постали після диктатури, з їх високим рівнем корумпованості і порушеннями прав людини, які, хоча і у меншому масштабі, продовжували відбуватися.

Верховенство права є окремим дискурсом, пов'язаним із дискурсом про несвавільне застосування влади, який здається у цій ситуації більш доречним, ніж демократія, що вимагає, принаймні, мінімальної громадянської культури. Верховенство права стосується створення і застосування правил і норм; воно каже дещо про якість закону, однак не має відношення до Справедливості з великої літери. Ми не прагнемо довести, що верховенство права є менш амбітним проектом ніж демократія, проте він інший.

Після 1989 р. із крахом комуністичного устрою, спочатку у Центральній і Східній Європі, а потім у тому, що було Радянським Союзом, спостерігається вибуховий розвиток дискурсів щодо прав людини, демократії і верховенства права. Дискурс щодо демократії швидко зникає з публічного простору. Не лише з публічного простору колишніх комуністичних країн, а й із глобального публічного простору. Здається, що еліти розвинутих ліберальних конституційних демократій розчарувалися у перспективі впровадження демократичних інститутів у постдиктаторських країнах, особливо в Африці й Азії. Демократія ж у Європі є загальноприйнятим фактом сьогодення відповідно до Копенгагенських критеріїв, інкорпорованих пізніше у Лісабонську угоду.

Копенгагенські критерії є політичними вимогами до держав — кандидатів на членство в Європейському Союзі, які включають верховенство права, демократію, захист прав меншин і ринкову економіку. Звичайно, завжди існувала система моніторингу за державами щодо впровадження цих критеріїв до вступу до ЄС, а після негативного досвіду так званого «Східного розширення» — система моніторингу за новими членами Румунією і Болгарією і після вступу. У будь-якому випадку ставлення до цих критеріїв є суто формальним і усі посткомуністичні країни мають скоріше фасадний тип демократії, що продемонструвала остання криза в Єврозоні. У Європі, як і будь-де, розмова ведеться про урядування, а не про уряд. Це не лише семантична заміна, а й проголошення більш глибокого зсуву у відносинах влади.

Ситуація з демократією, як дискурсом, в інших частинах світу є навіть ще гіршою. Певний час указаний дискурс відіграв важливу роль у країнах Латинської Америки. Можливо, тому що він був життєздатною ідеологічною альтернативою диктаторським режимам у цьому регіоні протягом холодної війни.

Поява дискурсу щодо правосуддя перехідного періоду може розглядатися як гірша, але реальніша альтернатива дискурсу стосовно верховенства права¹. По суті, ці два дискурси виникають майже одночасно. Вони розглядаються як

¹ А. Чарнота 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.*

більш досяжна, хоча і не ідеальна альтернатива демократії і правам людини. Усі чотири названі дискурси мають справи з питаннями стратегій щодо поводження з інститутами і застосуванням норм. Верховенство права є там, де діють інститути і норми, а правосуддя перехідного періоду пов'язане з інституційними стратегіями, призначеними мати справу з питаннями, які стосуються правопорушень попереднього режиму (режимів). Ці дискурси сумісні і до певної міри охоплюють схожі, але не тотожні сфери.

Правосуддя перехідного періоду

Концепт правосуддя перехідного періоду є відносно новим для дискурсу із соціоюридичних студій. Узагалі він пов'язаний із хвилями демократизації по усьому світу, які розпочалися наприкінці ХХ ст. Цей концепт має телеологічний і ідеологічний виміри. Обидва описують взаємопов'язані аспекти закінчення процесу переходу до ліберальної демократії. Ідеологічний вимір дає орієнтир для перехідної форми. Адміністратори правосуддя перехідного періоду рухаються між двома пунктами:

1) пункт відправлення (диктатура, комунізм, громадянська війна, хаос, анархія, геноцид);

2) пункт прибуття (розвинута ліберальна конституційна демократія).

Правосуддя перехідного періоду включає юридичні практики і проблеми, з якими стикаються держави і суспільства, що трансформуються, коли право використовується у двох напрямках: як засіб трансформації і як напрям трансформації. Кожна форма демократизації стикається з різними викликами, і правосуддя перехідного періоду у різних гарячих точках світу має свої власні проблеми. За мирної трансформації найбільш важливе питання — це мати справу з минулим, яке не зводиться виключно до залишків чи спадку попереднього комуністичного режиму. Правосуддя перехідного періоду — це конституційна проблема для нових соціальної, політичної і правової систем, що прийшли на зміну старій ситуації. Різні країни сприйняли різні підходи до правосуддя перехідного періоду, що справило результативний вплив на форму і структуру нових режимів.

Проблематику правосуддя можна розподілити на шість елементів:

1) відносини між новим і старим режимами;

2) каральне правосуддя за злочини, вчинені за попереднього режиму;

3) реабілітація і виплата компенсацій жертвам комуністичних режимів;

4) реституція власності;

5) люстрація;

6) зміна ідеологічного характеру державного апарату.

Право, як система норм і інститутів, є механізмом систематичного пам'ятання і забування. Протягом двохсот років історії західної правової традиції було розроблено вражаючий арсенал технік для того, щоб пам'ятати, але одночасно і забувати. Згадаємо лише строки давності, *nulla poena sine legem*¹, *nulla crimen sine legem*², принципи природної справедливості, і верховенство права. Важливим є той факт, що право наділене владою, і пам'ятання, так само як і забування, санкціонується вла-

¹ Немає покарання крім того, яке встановлено законом (лат.). — Прим. перекладача.

² Немає злочину крім того, який передбачено у законі (лат.). — Прим. перекладача.

дою права. Це означає, що у певній ситуації індивіди і групи індивідів можуть щось пам'ятати і не пробачати, однак позбавлені можливості заявити новий позов.

Своєрідний характер права, його владність відіграє важливу роль в усіх можливих стратегіях поведінки з минулим.

Після зміни режиму через програш у війні чи переговори нові еліти завжди стикаються з проблемою: що робити з правопорушеннями, які чинилися у минулому? Це не настільки драматичне питання, коли руйнація режимів відбувається через революцію або поразку від зовнішньої сили. Наслідком у такому випадку завжди є осуд минулого і запровадження правосуддя переможців. Зазвичай кримінальне право використовується для того, щоб показати кримінальний характер попереднього режиму, а показові судові процеси виконують повчальну роль для нової політичної і соціальної спільноти.

Більш цікаві проблеми у стосунках із минулим постають перед новими політичними елітами, коли зміна режимів відбувається шляхом переговорів. З одного боку, стара влада визнається як партнер у цих переговорах і, як правило, зацікавлена у гарантуванні собі загальної амністії щодо правопорушень минулого. З другого боку, знизу, а також із боку деяких фракцій усередині нової політичної еліти чиниться тиск стосовно необхідності відновити справедливість і помститися. Обрані врешті-решт юридичні стратегії ніколи не бувають досконалими, але ми можемо оцінити їх зі згаданої вище перспективи — їхнього внеску в нові нормативні цінності.

У всіх країнах завжди має місце поєднання карального правосуддя (кримінальні судові процеси, люстрація, чистки у державних інституціях, які передбачають звільнення з публічних посад) з відновлювальним правосуддям (реприватизація, реабілітація жертв, компенсації). Як не дивно, але дуже рідко відбувається вироблення політичної і юридичної стратегії, яка б зосереджувалася на проведенні публічної дискусії щодо механізму функціонування кримінальних режимів і залучення громадян до цього процесу. Іншими словами, фокус уваги перебуває не на помсті і бичуванні попереднього режиму, а на оприлюдненні правди і примиренні усього суспільства з тяжкими фактами і подіями свого минулого, що дійсно мали місце. Зазвичай має місце засудження окремих соціальних груп.

Немає сумнівів, що кожен, хто вчиняв злочини за попереднього режиму, має відчувати на собі дію права і понести покарання. Разом з цим кримінальне право не може грати роль джерела публічної істини і примирення з минулим. Марк Осьель, американський фахівець із соціології і права, написав книжку, в якій він намагається продемонструвати на основі аргентинських прикладів, що показові кримінальні процеси (не у сталіністському сенсі, але процеси відповідно до вимог права з елементами публічності) здатні прищепити суспільству ліберальні цінності й особливо шанування прав людини [1]. Він слідує теорії Е. Дюркгейма, відповідно до якої в сучасних суспільствах, що в основному базуються на органічній солідарності (поділі праці), функцією кримінального права є відновлення базових сприйнятих соціумом цінностей.

Я маю сумніви щодо викладеного через обмеженість здатності не лише кримінального права і процесу, а й права у цілому бути засобом корегування суспільства. Правосуддя перехідного періоду з його інституційними інноваціями намагається подолати цю обмеженість.

Правосуддя перехідного періоду перебуває на дотеоретичній стадії розвитку. Воно в основному складається з вивчення конкретних емпіричних випадків і спрямовується політично орієнтованими цілями.

Так само немає єдиного типу дискурсу між представниками різних дисциплін, які залучені до студій із правосуддя перехідного періоду. Що потрібно, так це не уніфікація дискурсу, а побудова структури, яка дозволила б «перекласти» здобутки одного дискурсу на мову іншого. Після накопичення емпіричних досліджень стало б можливим переробити доступний матеріал із метою вибудувати певну теоретичну схему правосуддя перехідного періоду.

Опубліковані розвідки з правосуддя перехідного періоду показують, що останнє потребує підґрунтя у вигляді відповідної соціальної теорії, яка включатиме глобалізацію як одну із стрижневих ідей. Відповідна соціальна теорія дозволить вченим і практикам визначати цілі і застосовувати засоби та напрацьовувати вказівки для інституційного оформлення правосуддя перехідного періоду. Це також дозволить подивитися з нової перспективи на питання стосунків між правосуддям перехідного періоду і «нормальним» правосуддям. Тільки відповідна соціальна теорія забезпечить нас необхідним знаряддям для згаданого вище інституційного оформлення. Така теорія здатна цілісно пояснити універсальні і спеціальні елементи, так міцно укорінені у правосудді перехідного періоду.

Дискусії усередині дискурсу щодо правосуддя перехідного періоду показують обмеженість традиційної парадигми права і особливо усіх підходів, побудованих на юридичному позитивізмі. Перш за все, як вже відмічалось, правосуддя перехідного періоду здійснюється у межах державних кордонів, але під сильним впливом із боку процесів глобального рівня. У позитивізмі це не лише випускається з уваги, а й взагалі відсутні засоби для поєднання національного і наднаціонального рівнів. Я маю на увазі не міжнародне кримінальне право, а хоча б соціальні і політичні механізми, які впливають на створення механізму правосуддя перехідного періоду в межах певної території. Простіше і коротше кажучи, правосуддя перехідного періоду відображає взаємодію між правовою і соціальною системами на національному і міжнародному рівні.

Наступне питання — це відносини між правом і мораллю. Один із висновків, отриманий під час огляду розвитку сфери правосуддя перехідного періоду, полягає в тому, що правосуддя високого рівня є спеціальним процесом маніпулювання системою правосуддя задля досягнення певних соціальних і політичних благ. Проблеми, що потребують вирішення, і точки відліку встановлюються у домовленості між певними елітами, але в інтересах справедливості для жертв. Правосуддя перехідного періоду нагадує нам, що облаштування юридичних чи квазіюридичних інститутів, які приводитимуть у дію механізм правосуддя перехідного періоду, має бути сумісним зі справедливістю.

Питання моралі у правосудді перехідного періоду не слід помилково плутати з моралізаторським баченням правосуддя перехідного періоду, яке, на жаль, домінує в літературі. В останньому ми легко знайдемо два типи підходів: ті, що мають моралізаторські тенденції, і ті, що наголошують на необхідності докладати зусиль для відшукування й аналізу структури прихованих інтересів, які покладено в основу процесів і інституційного оформлення правосуддя перехідного періоду.

Одне з припущень, про яке можна згадати, зводиться до того, що правосуддя перехідного періоду повністю замінює собою «нормальне правосуддя». Правосуддя перехідного періоду у процесі швидкої соціальної трансформації, нового виду управління ризиками, разом зі зростанням глобальної суспільної готовності до змін пропонує повільну заміну старої жорстокої системи відправлення судочинства.

Після збирання емпіричного матеріалу, а також методологічних пропозицій із джерел, що сприяли підготовці цієї глави, ми пропонуємо розуміти правосуддя перехідного періоду як конститутивний процес нової політики. Правосуддя перехідного періоду, яке має місце після політичної перемоги, є головним чином конститутивним процесом, що замінює старий тип революції. Сприйняті механізми правосуддя перехідного періоду і схвалені точки відліку не лише визначають нормативну структуру нової політики, а також впливають на інституційне оформлення нового режиму, та системи розподілення прав власності. Останнє питання рідко обговорюється фахівцями з правосуддя перехідного періоду.

Названі стратегії поведження з помилками минулого закладають підґрунтя стабільності соціальної системи і легітимності політичних режимів та правової системи.

Верховенство права

Що слід розуміти під верховенством права? Не існує короткого набору визначень верховенства права. Шляхи, які пройдено цим феноменом від А. Дайсі десь на межі XIX і XX ст. і до сьогодні, дійсно вражають.

З іншого боку, існує також концепт правової держави (*Rechtsstaat*). В аспекті наших завдань ми розглядаємо поняття «верховенство права» і «правова держава» як синонімічні. Питання полягає в тому, яким є розуміння цього поняття на межі XX і XXI ст.?

Верховенство права — це нормативний ідеал, який спрямовує розвиток правових систем. У цілому існує два підходи до верховенства права: перший акцентує увагу на формальних якостях правової систем, другий — на сутнісних цінностях.

Ці підходи поєднані між собою. У найбільш загальному вигляді доктрина верховенства права стосується несвавільного використання влади. У цьому сенсі вона часто розуміється як опозиція владі людини. Можна також виокремити такі розуміння верховенства права: влада, підпорядкована праву, влада здійснюється відповідно до правових вимог і тому політична система має включати певний каталог прав.

Що важливо, на нашу думку, то це те, що верховенство права обумовлює існування автономної правової системи, тобто системи, що є вільною від тиску політики чи інших нормативних систем, таких як релігія. Верховенство права існує, коли автономія правової системи гарантована юридичними, політичними, а також соціальними інститутами. Серцевиною верховенства права є незалежність системи правосуддя. Остання є гарантією того, що норми права не застосовуватимуться задля досягнення мети, яку М. Вебер називав формальною раціональністю права¹.

¹ У даному випадку мається на увазі те, що судова влада забезпечує застосування норм права, зорієнтоване на низку практично-утилітарних та етичних вимог, покладених в основу

Верховенство права розповідає нам про якість існування інститутів. Таке право має певний рівень авторитетності і є ефективним у регулюванні суспільних відносин. Інститути використовують загальні й абстрактні норми і застосовують на засадах рівності до всіх суб'єктів права.

Критика держави загального добробуту базувалася на тому, що вона підтримує верховенство права через інструментальне застосування права. Ми відмічаємо цей момент, оскільки те саме має місце і у відносинах між верховенством права і правосуддям перехідного періоду, де неупередженому застосуванню автономних норм права протистоїть телеологічне правозастосування.

Верховенство права також розповідає нам дещо про правотворчість, а не лише про правозастосування. Закон повинен мати низку якостей, пов'язаних із «внутрішньою мораллю права» Л. Фуллера. Закон має бути загальним, абстрактним, належним чином оприлюдненим і не мати зворотної сили¹.

Конфлікт між правосуддям перехідного періоду і верховенством права легко побачити. Парадоксально, але виправданям або цілком запровадження правосуддя перехідного періоду є виправлення ситуації задля гарантування верховенства права, однак телеологічний характер квазісудових інститутів у механізмі правосуддя перехідного періоду може стати перешкодою у створенні автономної правової системи.

Правосуддя перехідного періоду — це завжди відхід від звичайного функціонування системи судочинства, що означає, що воно потенційно здатне блокувати розвиток нормативного підґрунтя авторитетності права і правових інститутів, необхідних для верховенства права.

Верховенство права вимагає стабільності соціальної і політичної систем, тоді як правосуддя перехідного періоду створюється на час швидких змін.

Викладений вище перелік проблем взаємовідносин між правосуддям перехідного періоду і верховенством права не означає, що між ними обов'язково існує конфлікт. Розуміння правосуддя перехідного періоду як конститутивного елементу політики обумовлює наявність мінімальної концепції верховенства права, що базується на автономності правової системи. Ключовим питанням у розвитку стратегій, які дозволять отримати такий результат, є інноваційне інституціональне оформлення, поєднане з використанням соціальних практик, що підтримують типи нормативності, необхідної для зміцнення верховенства права. Нові інститути мають, принаймні, не блокувати соціальні практики, відповідальні за генерування такого типу нормативності, а краще було б, щоб вони стимулювали цей процес.

Ці процеси є локальними, тому оформлення інститутів також має базуватися на належному розумінні місцевої ситуації. Зв'язок між локальним і міжнародним є критичним, оскільки досить часто міжнародне втручання і міжнародні інститути можуть легко зруйнувати крихкі локально згенеровані процеси.

правової системи, зокрема, справедливість (див. протиставлення формальної і матеріальної раціоналізації права у М. Вебера [2, с. 602–603 і далі]). — *Прим. перекладача.*

¹ Детальніше про концепцію внутрішньої моралі права Л. Фуллера див. його роботу «Мораль права» [3]. — *Прим. перекладача.*

Висновки

Випадок правосуддя перехідного періоду — це маса проблем та складні процеси, пов'язані з інституційними інноваціями. Це вимагає від вчених запровадження нових підходів, а так само і накопичення міждисциплінарних знань. Науковці, що працюють над проблемами правосуддя перехідного періоду, не можуть бути лише юристами чи тільки криміналістами, але повинні бути обізнаними у сфері політики і соціології.

Випадок правосуддя перехідного періоду як сфери досліджень полягає у тому, що вона не дає відповідей, але постачає безкінечні проблеми і конкретні ситуації, розв'язання яких має відбуватися за допомогою постановки відповідних питань про взаємовідносини між старою і новою концептуальними парадигмами, між правосуддям перехідного періоду і верховенством права.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Osiel M. Mass Atrocity, Law and Collective Memory / M. Osiel. — New Jersey, 1997.*
2. *Вебер М. Государство і суспільство: нариси соціології розуміння : пер. з нім. / М. Вебер. — К. : Вид. дім «Всесвіт», 2012. — 1112 с.*
3. *Фуллер Л. Л. Мораль права : пер. с англ. / Л. Л. Фуллер. — К. : Сфера, 1999. — 232 с.*

Чарнота А. Про яскравий випадок невизначеності, або Правосуддя перехідного періоду і верховенство права

Анотація. Мета статті — описати відносини між концепціями правосуддя перехідного періоду і верховенства права. Автор починає з аналізу генези дискурсів щодо правосуддя перехідного періоду і верховенства права. Він зазначає, що обидва ці дискурси зародилися давно разом із дискурсами щодо прав людини і демократії.

Звертається увага на внутрішній парадокс і напруження між правосуддям перехідного періоду, що означає запровадження механізмів на заміну традиційного правосуддя у країнах згаданого періоду, і верховенством права. Якщо верховенство права засноване на автономності права від політики, то правосуддя перехідного періоду є виразом політичної волі. Якщо верховенство права зосереджується на стабільності й самодостатньому використанні правових інститутів, то правосуддя перехідного періоду пов'язане з цілковито протилежним речами.

Автор наголошує на необхідності теоретичної реконцептуалізації верховенства права.

Ключові слова: правосуддя перехідного періоду, верховенство права, права людини, дискурс, соціальні трансформації.

Чарнота А. О ярком примере неопределенности, или Правосудие переходного периода и верховенство права

Аннотация. Цель статьи — описать взаимоотношения между концепциями правосудия переходного периода и верховенства права. Автор начинает с анализа генезиса дискурсов в сфере правосудия переходного периода и верховенства права. Он указывает, что оба этих дискурса зародились давно вместе с дискурсами о правах человека и демократии.

Обращается внимание на парадокс и внутреннее напряжение между правосудием переходного периода, означющим введение механизмов на замену традиционного правосудия, и верховенством права. Если верховенство права основано на автономности права от политики, то правосудие переходного периода

является выражением политической воли. Если верховенство права сосредоточено на стабильности и целевой самодостаточности в использовании правовых институтов, то правосудие переходного периода связано с абсолютно противоположными вещами.

Автор акцентирует внимание на необходимости теоретической реконцептуализации верховенства права.

Ключевые слова: правосудие переходного периода, верховенство права, права человека, дискурс, социальные трансформации.

Czarnota A. On the Beauty of Confusions or Transitional Justice, and Rule of Law

Summary. The aim of the paper is to describe relation between transitional justice and rule of law. The author starts with the analyses of genesis of two discourses transitional justice and rule of law. He claims that both of them started long time ago with human rights discourse and democracy. At present democracy has been replaced by rule of law discourse.

There is internal paradox and tension between transitional justice which means adoption of mechanisms to replace traditional justice in countries in transitional and rule of law. When rule of law is based on autonomy of law form politics, transitional justice is extension of political will. When rule of law is focus on stability and not instrumental use of legal institutions something totally opposite is connected with transitional justice.

The author suggest that what is needed is theoretical reconceptualization of rule of law.

Key words: transitional justice, rule of law, democracy, human rights, discourse, transformations.

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА, ГЛОБАЛІЗАЦІЯ ТА ПРОБЛЕМИ МОДЕРНІЗАЦІЇ ФІЛОСОФІЇ І ТЕОРІЇ ПРАВА¹



А. ПОЛЯКОВ

*доктор юридичних наук,
професор кафедри теорії та історії держави і права
(Санкт-Петербурзький державний університет,
Росія)*

Обговорення найбільш загальних питань права сьогодні не уявляється можливим без звернення до проблем глобалізації, до ідеї верховенства права та пов'язаного з цим завдання модернізації філософії права і теорії права.

Поняття глобалізації є одним із найбільш обговорюваних і дискусійних, незважаючи на те, що воно є поняттям «розмитим» і часто використовуваним у науковій літературі як слоган, елемент ідеологічного жаргону. Це стосується й поняття глобалізації права.

Передусім феномен глобалізації пов'язують із розвитком ринкової економіки, перетворенням її в економіку мережну, що супроводжується трансформацією уявлень про національний державний суверенітет. Зрозуміло, що ці процеси безпосередньо стосуються національних правових систем, передбачаючи, зокрема, їх стандартизацію й уніфікацію. На нашу думку, слід визнати вдалим загальне визначення поняття глобалізації, в якому наголошується на її комунікативній складовій. Відповідно, під глобалізацією розуміється складний і всеохоплюючий процес людської взаємодії, що йде понад встановленими державними кордонами та визначає існування сукупності політичних, економічних, культурних і суспільних зв'язків, пріоритетність яких щодо місцевих, регіональних, національних обмежень забезпечує умови для створення нової транснаціональної цивілізації (Ф. Лапорта).

Слід погодитися з усталеним в юридичній науці поглядом, відповідно до якого глобалізацію права некоректно розуміти як будівництво простої ієрархії правопорядків, унизу якої знаходяться внутрішньодержавні правопорядки, над ними — правопорядки регіональні, а зверху розташований глобальний правопорядок.

Реальна картина виявляється більш складною. Вона демонструє нам мережу інтерактивних правових взаємодій, що не вкладаються у схему лінійного

¹ Переклад з російської С. Прийми.

глобального правопорядку (В. Твайнінг, М. Ван Хук). Це пояснюється тим, що локальне, місцеве, регіональне, національне не лише не вбудовується у глобальну систему, а й активно їй протистоїть. Іноді в літературі таку взаємодію локального та глобального називають процесом «глокалізації» (наприклад, В. Кравіц). Найчастіше глокалізацію визначають як процес економічного, соціального, культурного розвитку, що характеризується співіснуванням різноспрямованих тенденцій: під час глобалізації замість очікуваного зникнення регіональних відмінностей відбувається їх збереження та підсилення. Замість злиття й уніфікації виникають і розвиваються явища іншої спрямованості: сепаратизм, загострення інтересу до локальних відмінностей, зростання інтересу до традицій глибокої давнини та відродження діалектів¹. Усе це пояснює ту обставину, що ряд учених взагалі ставить під сумнів саму можливість існування глобального права (наприклад, Ф. Лапорта). Однак якщо і погоджуватися з такою можливістю, то є очевидним, що формування глобального правопорядку буде включати ідеологію та практику правового плюралізму.

Фундаментальною проблемою філософії та теорії права в цих умовах є обґрунтування можливості сумісності правової глобалізації з ідеєю верховенства права як необхідною передумовою нормального існування глобального суспільства.

Під верховенством права у цьому разі слід розуміти встановлення такого правопорядку, який діє на підставі загальних норм, забезпечує основні права людини та їх гарантований судовий захист, спрямований на реалізацію у праві ідеї справедливості. Проблематичність сполучення процесу глобалізації з ідеєю верховенства права має кілька аспектів. Один із них полягає в тому, що, як вже відзначалося, учасники цього процесу часто-густо орієнтуються на різні цивілізаційні та культурні цінності, що ставить під сумнів як саму можливість визнання універсальності прав людини, так і можливість досягнення згоди в розумінні справедливості права. Більше того, значна частина учасників глобальної правової взаємодії зацікавлені не у загальному правовому порядку, справедливому для всіх, а в економічних вигодах, які вони отримують у результаті «економічного туризму» — вільного переходу від однієї юрисдикції до іншої в пошуках економічних преференцій.

На вирішення цих завдань, очевидно, і мала б спрямовувати свої зусилля сучасна теорія та філософія права. Дослідження правових взаємодій на національному рівні та на рівні міжнародних відносин дозволяє зробити висновок, що в умовах глобалізації право вже не може розумітися як виключно внутрішньодержавне явище, а загальна теорія права потрапляє у вельми скрутне стано-

¹ В основі глокалізації знаходиться ідея децентралізованого та «справедливого» світу. Моделі глокалізації розробляються, спираючись на мережеві форми самоорганізації та міжкультурну комунікацію. Вважається, що перша глокальна організація — *Glocal Forum* була заснована в 2001 р. Проголошувана нею мета — прискорення світового розвитку через розвиток місцевостей і підвищення уваги до локальних проблем. У світлі загострення боротьби між транснаціональними компаніями та рухом антиглобалізму із зміщенням у бік відстоювання прав національних виробників і споживачів, глокалізацію розглядають як компромісний варіант формування планетарного ринку виробництва та споживання універсальних товарів (див.: <http://ru.wikipedia.org/wiki/>).

вище, коли будується як теорія внутрішньодержавного права. Невідповідність між фактичним плюралізмом соціально-правових відносин — з одного боку, та внутрішньодержавною природою правових норм у теорії та філософії права — з другого, потребує розв'язання. Російській науці, як уявляється, необхідно продовжити докладання зусиль із розробки модернізованої теорії права, яка могла б пояснити ускладнену правову реальність і пов'язати цей пошук із вирішенням завдання, що було успадковане від теорій природного права, — завдання підкорення права ідеї справедливості.

Цим обумовлена необхідність вирішення й інших дуже важливих завдань філософії та теорії права. Серед них: розробка посткласичної та постпозитивістської теорії права, здатної відійти від дихотомії юснатуралізм — юспозитивізм, проблема правосуб'єктності, проблема теоретичного обґрунтування прав людини, адекватного епосі глобалізації, та багато інших завдань, розгляд яких вимагає особливого обговорення.

Зрозуміло, слід зважати на те, що сконцентрованість загальної теорії права на внутрішньому праві держав належить до західної традиції, що склалася досить давно [1, с. 232–238]. У випадку трансляції цього підходу на міжнародне публічне право воно трактується як право, що регулює відносини між державами (Г. Кельзен, Г. Харт, Дж. Роулз, Дж. Раз). Проте останнім часом під впливом ідей глобалізації з'явилися прихильники більш широких підходів до розуміння права, що включають і право недержавне (В. Твайнінг, Г. Гленн, Дж. Гриффітс, Б. Таманага, М. Ван Хук, В. Кравіц, Г. Тойбнер) [1, с. 256]. Ці науковці небезпідставно наполягають на тому, що уявлення про право лише із західної точки зору є непродуктивним. На думку В. Твайнінга, загальна теорія права в умовах глобалізації повинна включати й право наддержавне (міжнародне та регіональне право), недержавне право (канонічне, транснаціональне, автохтонне право), а також різноманітні форми «м'якого» права. В. Твайнінг узагальнив заперечення, що найчастіше висувуються у вигляді аргументів проти віднесення недержавного права та незахідних правових традицій до загальної теорії права. Вважається, що таке віднесення тягне за собою: а) загрозу ліберальній демократії; б) розпад загальної теорії права як єдиної наукової дисципліни; в) концептуальні труднощі у вигляді проблеми визначення права; г) концептуальні труднощі з приводу особливостей державно-організованого права [1, с. 261–272].

Аналіз цих та інших зроблених у науковій літературі заперечень проти неетатистського трактування права відображає лише їх відносну правоту та необхідність подальшого пошуку адекватної для розв'язання вказаної проблеми загальної теорії права. Уявляється, що труднощі, викликані спробами обґрунтувати право як явище, не обмежене кордонами держави, зникають у разі звернення до комунікативного підходу. У межах цього підходу право розглядається як система інституційної нормативної міжсуб'єктної взаємодії, що має знаковозмістовну природу та здійснюється на основі специфічних текстів.

Право при цьому виходить за межі лише логіко-нормативної системи й обов'язково включає антропологічну, психосоціокультурну складову. У межах такого підходу, висхідного не до ідей сучасних німецьких правознавців або до вчення різноманітних шкіл правового реалізму, а до психологічної теорії права петербурзького вченого Л. Петражицького, формулюються критерії відмежу-

вання права від неправа, правових норм від норм моралі, нормативного правового порядку від свавілля.

З цих самих позицій можна розглядати і теорію прав людини, що дозволяє зобразити її як інтегральну за своїм внутрішнім змістом, внаслідок чого її не слід відносити ані до позитивістського трактування прав людини (що репрезентується, зокрема, шановним професором Є. Булигіним), ані до природно-правових концепцій (різновид яких демонструє раціонально-дискурсивний варіант прав людини Р. Алексі). Ідея полягає в тому, аби відобразити залежність існування прав людини не від нормативної системи держави (як це має місце у професора Є. Булигіна) та не від обґрунтованості цих прав (концепція Р. Алексі), а від їх «вбудованості» в існуючі соціальні інститути.

Однією з точок відліку будемо вважати невелику роботу професора Є. Булигіна під назвою «К проблеме обоснования прав человека», переклад якої був опублікований в українському журналі «Проблеми філософії права» [2, с. 149–152]. Як справедливо відзначає професор Є. Булигін у цій статті, для прихильників природного права самі права людини основою мають норми моралі, тобто це моральні права. Однак, констатує Є. Булигін, внаслідок того, що немає жодних абсолютних, об'єктивно значущих або істинних моральних норм, не може бути ніяких абсолютних моральних прав людини¹. Заслуговує на увагу те, що на питання, чи означає це, що взагалі не існує ніяких прав людини, чи що вони можуть бути обґрунтовані лише в позитивному праві, професор Є. Булигін, принаймні в цитованій праці, не дає остаточної відповіді. Більше того, вчений припускає, що саме «питання є незрозумілим» і тим самим «однозначної відповіді “так” чи “ні” на нього бути не може» [2, с. 152].

На думку професора Є. Булигіна, моральні права можуть означати вимоги чи заклик, із позиції певної моралі, до позитивного правопорядку визнати їх. Тому моральні права людини не є даностями, а лише домаганнями або вимогами. Держава жодним чином цими вимогами ні до чого не зобов'язана. Лише через їх позитивування шляхом законотворчості чи створення конституції, чи завдяки міжнародному праву «права людини стають відчутними, і тільки тоді може йтися вже про юридичні, а не лише моральні права людини» [2, с. 152].

З огляду на ці міркування необхідно виокремити такі тези: права людини являють собою даність/реальність; права людини є домаганнями, вимогами, що зобов'язують державу; права людини існують завдяки їх позитивації через законотворчість, конституцію, міжнародне право, тобто через ті джерела, які надають їм «відчутного» характеру.

Ці тези не можна не брати до уваги. Вони насправді роблять акцент на дуже важливих моментах, що стосуються прав людини. Однак, відштовхуючись від зізнання Є. Булигіна в тому, що питання про онтологічний статус прав людини остаточно незрозуміле, спробуємо розглянути ці тези крізь призму феноменоло-

¹ Серед прибічників природного права, які відстоюють із цього питання протилежну думку щодо позитивізму, визначне місце посідає Дж. Фінніс. Його висновок не менш категоричний, ніж висновок Є. Булигіна: «...Ми маємо без коливань сказати, — констатує Дж. Фінніс, — що, незважаючи на тверде переконання багатьох людей у зворотному, існують абсолютні права людини» [3, с. 283].

го-комунікативного підходу до права та надати їм дещо іншої інтерпретації. При цьому права людини ми будемо розглядати не просто як основні фундаментальні права, а в контексті більш широкої проблематики суб'єктивного права як такого та його онтологічного статусу¹.

Слід погодитися з думкою про те, що право (як і права людини) повинне мати об'єктивну, а не суб'єктивну значущість. Значущість права відрізняється від його дійсності. Існують різноманітні підходи до встановлення співвідношення між цими поняттями. Нам уявляється важливим продемонструвати не просто відмінності, а й наявний між ними зв'язок. Дійсність права визначається формальною об'єктивацією норми в правових текстах, тобто пов'язується з наданням цим текстам загальнообов'язкового значення шляхом наділення їх певним (імперативним) модальним статусом. Значущість же означає приписування інтерпретованим текстам такої переконливої сили, яка змушує індивідів дотримуватися правила, що виводиться, у реальному житті. Моральна значущість, немов би, має таку саму природу, що й значущість правова, але відрізняється суб'єктивним характером, тобто неможливістю поширення такого визнання на всіх.

Важливою тезою є визнання за правом і правами людини характеру даності, тобто реальності. Даність або реальність прав людини, виходячи зі змісту цитованого вище тексту Є. Булигіна, буде означати, що держава зобов'язує себе існуючими правами, тобто правам, як певним вимогам до держави, відповідають певні обов'язки самої держави стосовно уповноваженої особи (носія прав). Нарешті, «позитивація» прав людини означає їх закріплення у відповідних правових текстах, що надають цим правам того самого значення загальнообов'язковості/дійсності.

Основна ідея такого (позитивістського) підходу полягає в тому, щоб репрезентувати права людини як реальну силу (реальні домагання), здатну впливати на поведінку інших суб'єктів, включаючи представників держави, визначаючи цю поведінку в інтересах уповноваженої особи. Тут виникає давня проблема співвідношення належного й суцього в праві. Проте розуміння права як норм належного та заборона виведення належного із суцього не означає, що норми права не мають і не можуть мати відношення до суцього, до реальності людського існування. Перебування права виключно в світі належного означало б, що реальна поведінка людини взагалі не належить до права. Проте Г. Кельзен не випадково наголошував на тому, що норма, яка жодною мірою не реалізується на практиці, не може вважатися правовою нормою. А реалізуватися норма права може тільки через поведінку людини. Саме в поведінці людини виявляється сила права.

¹ Пор.: «...Права людини, чи природні права, – це основні та загальні моральні права; про приватні чи конкретні моральні права, наприклад, про право Джеймса на те, аби його особисте листування не було прочитане Джоном під час його сьогоднішньої відсутності в установі, можна говорити як про “права людини” або “природні права”, однак, зазвичай, про них говорять як про “моральні” права, які, звісно, є похідними від загальних видів моральних прав, тобто прав людини: така відмінність, що існує в практиці слововживання, не є разом з цим твердою та зрозумілою...» [3, с. 252].

Якби права людини отримували такого роду силу лише внаслідок їх установлення в законах держави, то позиція професора Є. Булигіна була б повністю захищена. Необхідність об'єктивної прав людини в законах держави має під собою принаймні два серйозних засновки: 1) можливість формалізації у такий спосіб самих прав, унаслідок їх текстуального закріплення, з метою одноманітного використання; 2) можливість через державний примус захищати права людини від порушень, гарантуючи тим самим їх «реальне» існування.

Питання полягає в тому, чи дійсно реальність прав людини в установленому вище сенсі залежить від держави? Ми вважаємо, що наявність нерозривного сутнісного/необхідного зв'язку між правами людини та державою може бути поставлена під сумнів і оскаржена.

Почнемо з питання про захист прав людини державою. Якби саме існування прав людини залежало від їх захисту з боку держави, то відмова держави від захисту таких прав автоматично призводила б до знищення всіх прав людини. Проте, як показує практика, цього не відбувається. Реальність прав людини, як сили, спроможної на основі загальнозначущих нормативних уявлень впливати на поведінку інших осіб відповідно до покладених на них правових обов'язків, не залежить безпосередньо від держави. Тому спроби держав відмінити певні права людини, що давно склалися в суспільстві та користуються підтримкою, як правило, не мали успіху. І без підтримки держави такі права існують або як звичаєве право, або як право канонічне, або як міжнародне право. Більше того, невизнання державою будь-яких загальноновизнаних світовою спільнотою прав людини розцінюється саме як порушення цих прав, незалежно від того, чи знаходяться вони закріплені в законодавстві держави. Також необхідно відзначити, що багато з прав (у широкому сенсі) неможливо відібрати в людини, зробити відчуженими через їх соціальну «природність».

Не відбувається «автоматичного» знищення прав людини з волі держави насамперед тому, що права людини (утім, як і право взагалі) існують не лише у формі раціональних ідей або суб'єктивних моральних прав, а й у вигляді соціально-правових інститутів, природа яких є комунікативною, але не пов'язаною безпосередньо з державою. Комунікацію я розглядаю як природну й необхідну форму існування будь-яких соціальних явищ, у тому числі й права. Саме комунікація виступає реальною силою, яка створює соціальні інститути.

Вихідним моментом/точкою відліку для релевантної аргументації з цього питання є констатація того, що право (об'єктивне й суб'єктивне) не лише чинить вплив на людську поведінку, тобто змінює соціальну дійсність, а й неможливе поза поведінкою. Людська поведінка, розглянута у значущих для права аспектах, являє собою усвідомлену (тобто співвіднесену з нормою права) реакцію на вплив зовнішньої інформації. Така реакція завжди постає як правовий текст, тобто знакова система, що має відношення до розуміння прав і обов'язків. Це означає, що саме існування права як соціальної реальності припускає наявність важливої для суб'єкта інформації, об'єктивованої в різних правових текстах. Однак у разі існування адресованої будь-кому інформації, що отримується із знакових систем, текстів, обов'язково мають бути і суб'єкти, яким ця інформація адресується й які здатні шляхом її переробки (тлумачення) зрозуміти значення та оцінити вимоги, що містяться в ній.

Із цього можна зробити висновок про те, що окрім і поза свідомістю суб'єктів право не існує. Значення та сенс «права» така інформація отримує лише в головах інтерпретаторів і лише перетворюючи їх поведінку. Права немає в природі, якщо природу розуміти як світ фізичних об'єктів, існуючих у просторово-часових межах, незалежно від людської спільноти. Проте з цього неминуче випливає, що і держава (як апарат володарювання та зовнішнього примусу) сама по собі не має правостворюючої сили. «Зв'язувати»/зобов'язувати будь-кого, підкоряти будь-чию поведінку вимогам можливо лише за умови, що сама свідомість суб'єктів-адресатів готова таким вимогам підкорятися. Зобов'язування є психологічною, ментальною, когнітивною установкою («переживанням» за Л. Петражицьким), а не чимось таким, що існує в фізичній реальності як належність держави.

Саме тому існування права залежить не від держави, як зовнішньої примусової інстанції, а від наявності соціальних інститутів, спроможних підтримувати уніфіковані еталони поведінки, що являють собою певні правила. Таким соціальним інститутом може бути держава (як правило, і є ним), але можуть існувати і над- та міждержавні інститути, у тому числі безпосередньо соціальні інститути (корпорації, конфесії, етнічні групи).

Такого роду соціальні інститути гарно описані в працях із феноменологічної соціології [4]¹, проте мають свою специфіку функціонування у вигляді правових інститутів. Ми вважаємо, що ця специфіка і визначається способом регулювання поведінки адресатів. Для того щоб забезпечити зв'язаність поведінки людини та підкорення її певним правилам, у самому праві закладений «механізм»/ідея/ейдос права, що становить комунікативну кореляцію суб'єктивного права та правового обов'язку. Уявляється, що в межах панівних у науці правових теорій значення цього зв'язку недооцінюється.

Мова йде про те, що право можливе лише тоді, коли нормативно визначена поведінка набуває реальних форм виразу у вигляді поведінки різних суб'єктів, які підкорюються однаковим правилам, чим вносять соціальні зміни у навколишній світ. Адекватною формою такої поведінки можуть бути лише корелятивні суб'єктивні права та правові обов'язки, які й «пов'язують» суб'єктів (ментально, психологічно), визначаючи собою правопорядок. Виражена зовнішнім чином (текстуально) легітимна/правомірна та нормативно підтверджена вимога суб'єкта щодо свободи власних дій (яка змістовно виступає у вигляді різних поведінкових актів) та щодо корелятивних дій/поведінки інших суб'єктів і складає зміст прав людини як правового феномену.

Це означає, що даність/реальність прав людини (і права загалом) залежить від значення та змісту, що надається правам людини в межах відповідних соціальних інститутів. Права людини тоді стають соціальною реальністю, коли виникає можливість легітимно та нормативно користуватися цими правами, що й забезпечується зобов'язаною (зв'язаною) поведінкою інших осіб. Будь-яке

¹ Такий соціальний інститут становить систему правил, легітимованих у цьому суспільстві, які сприймаються як існуючі «об'єктивно», підтримувані та відтворювані самими учасниками соціальної взаємодії.

право існує як право лише тоді, коли цьому праву відповідають обов'язки інших осіб. Права одних створюються тільки через обов'язки інших¹.

Можна сказати і так, що право адресується іншим суб'єктам, вимагаючи від них відповідної поведінки. І навпаки, коли ми маємо справу з відповідною поведінкою, змістом якої є виконання певного обов'язку, то у разі якщо ці обов'язки правові, їм неодмінно відповідатиме чиєсь право. У цьому сенсі свобода слова, розглянута як право, а не як проста можливість вимовляти будь-які звуки за відсутності людей, можлива лише тоді, коли вона реалізується серед суб'єктів, які усвідомлюють заборону втручатися в процес мовлення, що рівнозначно обов'язку утримуватися від вчинення дій, які зазіхають на свободу слова уповноваженої особи. Цей обов'язок раціонально виводиться із правових текстів, психологічно приписується суб'єктам, розуміється ними як такий, що обмежує їх поведінку, та закріплюється за кожним учасником комунікації як повинність, незалежно від її формально-логічного складу².

Ілюстрацією до можливості існування прав людини як соціально-правових інститутів може бути сюжет славнозвісної давньогрецької трагедії Софокла «Антигона», який у власних цілях перекажемо більш-менш докладно (скориставшись уже існуючим переказом М. і В. Гаспарових [8]). При цьому ми виходимо з того, що літературний сюжет відображає певні реалії давньогрецького життя та цілком може бути представлений у вигляді моделі існуючих на той час відносин.

¹ Пор. : «Ідея полягає в тому, що закон надає індивіду виключний контроль... над обов'язком іншої особи, так що в сфері поведінки, яка охоплюється цим обов'язком, індивід, який володіє правом, є малим сувереном, перед яким мають обов'язок» [5, с. 192]. Дж. Фінніс повністю підтримує Г. Л. А. Харта в цьому питанні та наголошує, що «теоретично важливо відрізнити свободу (просту відсутність обов'язку) від права вимоги та... важливо розуміти, що свободу, не захищену відповідними правами вимоги не перешкоджати їй, марно йменувати правом» [3, с. 285].

² Спробу більш вибагливо підійти до розмежування прав і обов'язків зробив В. Хофельд [6, с. 203–227]. Проте його підхід також викликав критику. Л. Фуллер писав про «гіркий досвід практичного застосування аналітичного апарату» В. Хофельда [7, с. 164]. Дж. Фінніс, наприклад, так коментував основну для В. Хофельда відмінність належного А права вимоги (корелят якого — обов'язок В) та свободи А (тобто свободи А, що має своїм корелятом відсутність права вимоги): «Право вимоги завжди є або в позитивному сенсі — право отримати щось (чи право на певну допомогу) від когось іншого, або в негативному сенсі — право на те, аби нам не перешкоджав чи з нами не поведився певним чином хтось інший. Коли предметом нашого правіжу (рос. — правопритязання. — *Прим. перекладача*) є наша власна дія (дії), утримання від дії (дій) або невчинення дії (дій), то цей правіж не може бути домаганням на право вимоги, а може бути домаганням лише на свободу (чи на правоможність у разі юридичних дій). Звісно, наша свобода діяти певним чином може бути підкріплена та захищена іншим правом або сукупністю прав, наприклад, правом (правами) вимагати неперешкоджання з боку В, С, D... здійсненню нашої свободи. Проте свобода, не захищена правом вимоги, — не окремий тип хофельдівського права, а сполучення (яке ніколи не є логічно необхідним, але завжди вигідним... для суб'єкта свободи) двох різних хофельдівських відносин (кожне з яких, звісно, може бути та, як правило, буває «множинним»,... тобто існує в ідентичній формі не лише між А та В, а й між А та С, А та D, А та...) [3, с. 254]. Нагадаємо, що в російській правовій доктрині суб'єктивне право розуміється як таке, що включає три правомочності: право діяти певним чином, право вимагати від іншого вчинення (невчинення) певних дій і право звертатися за захистом порушеного права.

За Софоклом, у царя Фів Едипа від кровозмішного шлюбу народилося два сини — Етеокл і Полінік та дві доньки — Антігона й Ісмена. Коли Едип зрікся влади та пішов у вигнання, царювати вдвох стали Етеокл і Полінік під наглядом старого Креонта, родича Едипа. Невдовзі брати посварилися. Етеокл вигнав Полініка, той зібрав на чужині велике військо та пішов на Фіви війною. У двобої брат зійшовся з братом, й обидва загинули. Після загибелі братів володарювати над Фівами став Креонт. Першою його справою було видання указу: Етеокла, законного царя, який загинув за батьківщину, поховати з пошаною, а Полініка, який привів ворогів до рідного міста, позбавити похорону та віддати на поталу псам і стерв'ятникам. Це суперечило народному звичаю: вважалося, що душа непохованого не може знайти спокою у потойбічному світі, що мститися беззахисним мертвим є справою, негідною людини, та що це не угодно богам. Антігона ж вважала, що її обов'язок — подбати про те, щоб душа її брата отримала потойбічний спокій. Креонт оголошує свій указ: герою — честь, злодію — сором. Тіло Полініка кинуте на зганьблення.

Однак Антігона порушує заборону, за що її засуджують до страти. Креонту нелегко було зважитися на страту Антігони. Вона не лише дочка його сестри, а ще й наречена його сина — майбутнього царя. Тим не менш царський суд здійснено, Антігона у в'язниці. Проте до Креонта прийшов Тиресій — улюбленець богів, сліпий віщун. Він звинувачує Креонта в порушенні законів природи. Цар збентежений, він уперше просить поради у хору: чи поступитися? «Поступися!» — відповідає хор. І цар скасовує свій указ, велить звільнити Антігону та поховати Полініка. Він визнає, що божий закон є вищим за людський. Однак вже пізно. Вісник приносить звістку: нема живих ні Антігони, ні її нареченого.

Право Антігони поховати свого брата є навіть не правом, а більше — обов'язком, і цей обов'язок має не лише моральний, а й правовий зміст, тобто повинен тлумачитися як правовий обов'язок. В очах давньогрецького суспільства цей обов'язок розглядається як право (вимагання) на виконання обов'язку, тому заборона на його виконання сприймається як посягання на право людини — право ховати своїх мерців.

З позиції логіки позитивізму, запропонованої професором Є. Булигіним, наявність або відсутність юридичного права на похорон своїх близьких залежить виключно від волі Креонта, як суверена. При цьому, якщо б він навіть не заперечував проти такого поховання, то право не виникало б, оскільки відсутня зафіксована в законі правова норма, що уповноважує на таке поховання (слабкий дозвіл, на думку Є. Булигіна, не породжує право). За наявності законодавчої заборони на поховання виникає лише обов'язок підкорятися волі правителя держави. Право, за логікою Є. Булигіна, може з'явитися лише тоді, коли Креонт закріпить це право в законі держави.

Проте заборона Креонта на поховання Полініка, що формально підпадає під категорію писаного права (указу), навряд чи потягла правові наслідки. Якщо під останніми розуміти наявність у закону реальної сили, що гарантує додержання встановленого правила, то саме цих якостей ми тут і не знаходимо. Протистояння закону писаного (указу Креонта) та «закону неписаного» (волі богів, божого закону, вічної Правди, волі народу) скінчилося, вочевидь, не на користь першого. Навіть спроба застосувати санкцію (смертна кара) до порушниця заборони не

мала успіху саме у зв'язку з тим, що указ Креонта не дістав підтримки ані самого суспільства, ані його власного оточення. Іншими словами, указ не був легітимований саме через його суперечності з неписаним правом людини ховати своїх мерців.

Водночас нелегітимність указу з'ясовується під час розгортання правової комунікації через діалог зацікавлених сторін, які висувають свої аргументи з метою переконання у власній правоті. Ісмена в трагедії говорить такі слова: «Ми – слабкі жінки, наша доля – покора, за невиконання непосильних завдань з нас не можна спитати: богів я шаную, але проти держави не піду». На це Антігона відповідає: «Добре, я піду сама, хай навіть на смерть, а ти залишайся, якщо не боїшся богів». У свідомості однієї жінки цінність держави, як останньої інстанції у визначенні належного та неналежного, перевищує цінність волі богів, Антігона ж відстоює ієрархію цінностей. У цьому діалозі, якщо тільки він відображає індивідуальні/ціннісні переваги, не можна знайти критеріїв для визначення міри легітимності двох прав – писаного та неписаного.

Потрібні додаткові аргументи. Вони виявляються в розмові Антігони з Креонтом:

– Ти порушила указ? – запитує Креонт.

– Так, – відповідає Антігона, – адже він не від Зевса та не від вічної Правди. Неписаний закон вищий, ніж писаний, порушити його – страшніше за смерть; хочеш стратити – страчуй, воля твоя, а правда – моя.

– Ти йдеш проти співгромадян? – знову запитує цар.

– Вони зі мною, тільки бояться тебе.

У цій відповіді Антігони міститься ще один аргумент – посилення на невидиму з погляду зовнішніх форм прояву підтримку її праворозуміння з боку народу. Креонт викликає сина, нареченою якого є Антігона, та дорікає йому: «Твоя наречена порушила наказ; смерть – їй вирок. Правителю підкорятися належить в усьому – у законному та в незаконному. Порядок – у покорі; а не встоїть порядок – загине і держава».

Цей аргумент, що відсилає до цінності порядку, безперечно, має свою вагу. Проте царевич використовує аргумент, що є більш вагомим і таким, що делегітимує указ царя: «Можливо, ти й маєш рацію, – заперечує він, – однак чому тоді все місто ремствує та жаліє царівну? Чи ти один справедливий, а весь народ, про який ти піклуєшся, беззаконний?». Відзначимо, що справедливість і законність/легітимність тут урівноважені. «Держава підвладна королю!» – захищається Креонт. Однак його аргумент парирується царевичем: «Немає власників над народом», – підсумовує він диспут.

Дилема, яку намагається вирішити Антігона, відображається в тексті хору, який проголошує: «Шануючи неписаний закон, не можна порушувати і писаний». Вихід із цієї дилеми формулює сама Антігона: «Якщо божественний закон вищий за людські, за що тоді я приречена на смерть? Нащо молитися богам, коли за благочестя називають мене безчесною? Якщо боги за царя – спокують провину; якщо ж за мене – поплатиться цар». Цю саму думку підтримує сліпий віщун Тиресій, улюбленець богів: виявляється, не лише народ невдоволений царською розправою – гніваються й боги: вогонь не хоче горіти на вівтарях, віщі птахи не хочуть пророкувати. Тиресій звинувачує царя, підтверджуючи нелегі-

тимність його указу: «Ти зневажив закони природи та богів: мерця лишив без поховання, живу замкнув у могилі! Бути тепер у місті пошесті, як за часів Едипа, а ти відплатиш мерцем за мерців — втратиш сина!» Під впливом критичних аргументів і загроз цар скасовує свій указ, наказує звільнити Антігону, поховати Полініка та підтверджує, що божественний закон є вищим за людський. Але, як ми пам'ятаємо, було вже зазізно: Антігона, її наречений і цариця гинуть.

Чи можна сказати, що право на похорон мерців становить дійсне/реальне право, що відповідає більшості позитивістських критеріїв права? Уявляється, що відповідь має бути позитивною. Вимога щодо виконання обов'язку з поховання тіла померлого родича має явних і неявних адресатів в особі Креонта та його оточення, а також усіх можливих осіб, які мають реальну чи потенційну можливість завадити реалізації цього права. Ці особи є суб'єктами юридичного обов'язку щодо визнання згаданого права й утримання від перешкоджання в його реалізації. Право й обов'язок ховати померлих родичів є цілком визначеною/конкретизованою нормою звичаєвого права, легітимованою уявленнями про зв'язаність імперативної вимоги з волею богів, поняттями честі та гідності, людської душі та багатовіковою традицією. Як і багато інших подібних норм, вона має реіфіковану (рос. — реифицированную) та «об'єктивну» форму свого існування в суспільстві, включаючи механізми соціального самовідтворення та захисту. Таким чином, вона підпадає під поняття соціального правового інституту.

Уявляється, що саме міжнародне право та розуміння прав людини в міжнародному праві відповідає якнайкраще ідеї права як комунікації. Розуміння прав людини в міжнародному праві не може базуватися на внутрішньодержавних законах. Фактично, у міжнародному праві функціонують ті самі механізми комунікації, що призводять до визнання прав людини на міжнародному рівні та до їх існування, як правових інститутів, на основі звичаїв, принципів або укладених договорів.

Реальність прав людини у цьому разі визначається не лише можливостями їх реалізації, а й можливостями їх захисту у випадку порушення в межах окремих держав. Такий захист не обов'язково одразу спричиняє відновлення порушених прав. Але він все одно становить форму захисту, навіть якщо відсутня пряма можливість силового втручання у протиправну практику, яка існує в цих країнах, або відсутня можливість захисту самими громадянами своїх прав у суді. Такий захист прав людини у вигляді самозахисту, акцій громадянської непокори, різноманітні форми психологічного, політичного, економічного чи воєнного тиску на правопорушника з боку інших держав, є свідченням реальності існування таких прав, інакше не було б що і захищати.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Твайнинг У.* Общая теория права / У. Твайнинг // Рос. ежегодник теории права. — 2010. — № 3. — С. 232–279.
2. *Бульгин Е.* К проблеме обоснования прав человека / Е. Бульгин ; пер. с нем. А. В. Стовбы, науч. ред. С. И. Максимова // Проблемы философии права. — 2006–2007. — Т. IV–V. — К. ; Черновцы : Рута, 2008. — С. 149–152.
3. *Финнис Дж.* Естественное право и естественные права / Дж. Финнис ; В. П. Гайдамак, А. В. Панихина. — М. : Мысль, ИРИСЭН, 2012. — 554 с.

4. Бергер П. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания / П. Бергер, Т. Лукман ; пер. с англ. Е. Руткевич. — М. : Медиум, 1995. — 323 с.
5. Hart H. L. A. Bentham on Legal Rights / H. L. A. Hart // Oxford Essays in Jurisprudence ; ed. A. W. B. Simpson. — second series. — Oxford : The Clarendon Press, 1973. — P. 171–201.
6. Хофельд У. Некоторые основные юридические понятия в приложении к судебной аргументации / У. Хофельд ; пер. с англ. А. Гайдамакина // Изв. вузов. Правоведение. — 2012. — № 3. — С. 203–227.
7. Фуллер Л. Л. Мораль права / Л. Л. Фуллер ; пер. с англ. Т. Даниловой ; под ред. А. Куряева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : ИРИСЭН, 2007. — 306 с.
8. Софокл. Антигона / Софокл // Все шедевры мировой литературы в кратком изложении. Сюжеты и характеры. Зарубежная литература древних эпох, средневековья и Возрождения / ред. и сост. В. И. Новиков. — М. : Олимп : АСТ, 1997. — 848 с. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://briefly.ru/sofokl/antigona>.

Поляков А. В. Верховенство права, глобалізація та проблеми модернізації філософії і теорії права

Анотація. Глобалізація сучасного суспільства включає і глобалізацію права. Однак процеси, що відбуваються в сучасному праві, вимагають і нової теорії права, адекватної умовам, в яких опинилася світова спільнота. Така теорія неможлива за умови погляду на право з етатистських позицій. У запропонованому комунікативному варіанті праворозуміння право розглядається як система інституційної нормативної міжсуб'єктної взаємодії, що має знаково-смыслову природу та здійснюється на основі специфічних текстів. З цих самих позицій обґрунтовується інституційна природа прав людини в співвіднесенні з концепцією прав людини Є. Булигіна.

Ключові слова: глобалізація права, комунікативна теорія права, неетатистська теорія права, інституційна природа прав людини, Є. Булигін.

Поляков А. В. Верховенство права, глобализация и проблемы модернизации философии и теории права

Аннотация. Глобализация современного общества включает и глобализацию права. Но процессы, происходящие в современном праве, требуют и новой теории права, адекватной условиям, в которых оказалось мировое сообщество. Такая теория невозможна, если взглянуть на право с этатистских позиций. В предлагаемом коммуникативном варианте правопонимания право рассматривается как система институционального нормативного межсубъектного взаимодействия, которое имеет знаково-смысловую природу и осуществляется на основе специфических текстов. С этих же позиций обосновывается институциональная природа прав человека в сопоставлении с концепцией прав человека Е. Булыгина.

Ключевые слова: глобализация права, коммуникативная теория права, неэтистская теория права, институциональная природа прав человека, Е. Булыгин.

Polyakov A. Rule of Law, Globalization and Problems of Modernization of Philosophy and Theory of Law

Summary. Globalization of modern society includes globalization of law as well. But the processes happening in the modern law also demand the new theory of the law adequate to conditions in which there was a world community. Such theory is impossible at a view to the law from positions of the etatism. In offered communicative option of

understanding of law the law is considered as system of institutional normative intersubject interaction which has the sign-semantic essence and carried out on the basis of specific texts. From the same positions the institutional nature of human rights are located in comparison to the concept of human rights of E. Bulygin.

Key words: globalization of law, communicative theory of law, non-etatist theory of law, institutional nature of human rights, E. Bulygin.

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ЯК ЦІННІСНО-НОРМАТИВНИЙ ФЕНОМЕН

К. ГОРОБЕЦЬ
*кандидат юридичних наук,
асистент кафедри теорії держави і права
(Національний університет
«Одеська юридична академія»)*



Проблема верховенства права як одна з найскладніших та найпринциповіших для сучасної юриспруденції все частіше стає предметом побудови нових методологічних концепцій, покликаних пояснити унікальну роль цього феномену, виявити його фундаментальні засади, філософське підґрунтя та ціннісне виправдання. При цьому тенденційними стають спроби представити верховенство права з позицій його ціннісної характеристики, коли його зміст не зводиться до системи принципів та правил, хай навіть найвищого рівня узагальненості та апіорності. Спроба поєднати в одне ціле аксіологічне та нормативне бачення верховенства права створює методологічну проблему нового рівня, вирішення якої можливе лише у площині сучасних інтегративних концепцій праворозуміння. Ця проблема також підкреслюється тією обставиною, що часто відбувається протиставлення концепцій верховенства права та верховенства закону, що супроводжується побудовою стіни між системою правових нормативів та системою правових цінностей. Утім, як видається, саме верховенство права постає тим особливим феноменом, який дозволяє поєднати формальну раціональність системи правових нормативів із ціннісною раціональністю фундаментальних засад буття права. Усе це актуалізує аксіологічні інтерпретації верховенства права та його розгляду як особливої правової цінності, що інтегрує нормативні та ціннісні компоненти правової реальності.

Мета цієї статті полягає в обґрунтуванні ціннісно-нормативної природи верховенства права, функціональне призначення якого полягає в узгодженні нормативної складової права із системою правових цінностей.

Слід зауважити, що розгляд ідеї верховенства права з позицій правової аксіології був представлений у роботах С. Головатого, А. Зайця, О. Зайчука, М. Козюбри, Ю. Оборотова, Н. Оніщенко, П. Рабіновича, О. Скакун, В. Шаповала, Ю. Шемшученка та багатьох інших вітчизняних та зарубіжних науковців. Утім цілісна ціннісна концепція верховенства права допоки не знайшла свого повноцінного втілення та визнання на філософсько-правовому та загальнотеоретичному рівнях.

© К. Горобець, 2013

Звернення до аксіологічних аспектів верховенства права у сучасній юридичній літературі продиктоване, з одного боку, неможливістю надати єдиновірної, остаточної дефініції цьому феномену, яка б охопила усі можливі випадки та життєві обставини його реалізації (чи нереалізації), а з другого — усвідомленням ненормативної природи правових цінностей, які складно (а іноді навіть шкідливо) формалізувати у законодавчих текстах чи міжнародних договорах. Саме тому, на думку М. Козюбри, у верховенстві права переплітаються правові та політичні, культурні й етичні мотиви, внутрішньодержавні та міжнародні, цивілізаційні й загальнолюдські аспекти, наукова істина і цінності добра і справедливості [1, с. 7]. На цьому ж зосереджує увагу О. Петришин, зазначаючи, що з часу свого виникнення ідея верховенства права розглядалася в контексті змістовних цінностей, характерних для демократичного суспільства [2, с. 25]. Змістовність верховенства права, виходячи з наведених позицій, виражена в його наповненні демократичними правовими цінностями, що дозволяє використовувати верховенство права для легітимації правової системи.

У той же час можна констатувати, що сучасна юриспруденція прагне раціоналізувати верховенство права, що зумовлює нинішнє його розуміння здебільшого як принципу або системи принципів позитивного права [3] (особливо яскраво це простежується в логічному розгортанні верховенства права у його трактуванні С. Головатим: «ідея — доктрина — принцип» [4]).

Можна зауважити, що постановка проблеми про виключно нормативне буття верховенства права (як принципу позитивного права) є, як видається, свого роду продовженням позитивістської традиції розгляду права як ієрархічної нормативно-регулятивної системи. Той факт, що, зокрема, Європейський суд з прав людини неодноразово звертав увагу на ситуативність змістовної інтерпретації верховенства права [5], свідчить не на користь його розгляду як принципу позитивного права, що потребує свого формально-нормативного закріплення та визначення, на чому в юридичній літературі іноді робиться наголос [6, с. 44–48], але вимагає розширення контексту інтерпретації змісту та функціонального призначення верховенства права.

У цьому зв'язку більш перспективним є виведення верховенства права за межі правової нормативності, оскільки, як зазначає О. Петришин, реалізація верховенства права можлива лише за посередництвом специфічних ненормативних вимог та ідей (наприклад, доступність правосуддя, кваліфікація суддів тощо) [2, с. 26]. Виведення верховенства права за межі правової нормативності передбачає звернення до інтегративних концепцій праворозуміння, які, зокрема, передбачають, що структура права не може бути зведена до структури законодавства і включає в себе, окрім системи правових норм, також й інші системи (правових цінностей, юридичної практики, правового досвіду тощо [7, с. 5; 8, с. 53]). При цьому специфікою такого бачення права є те, що поєднання нормативних та ціннісних аспектів правової структури зумовлює інтегральність абстрактного та ситуативного, нормативного та ціннісного.

Слід зазначити, що спроби поєднання ціннісних та нормативних основ права в єдину систему за допомогою тих чи інших методів неодноразово мали місце в історії розвитку філософії права. Більша частина таких спроб завершувалася пошуком компромісів між природно-правовим та позитивістським пра-

ворозумінням, виявлення точок їх перетину. Однак можна погодитися із С. Рабіновичем у тому, що визнання цінностей як складових права (так званий аксіологізм) протягом тривалого часу був визначальною характеристикою лише природно-правової парадигми [9, с. 36]. Сьогодні ж аксіологізм стає характерним і для інтегративних концепцій праворозуміння, заслугою чого є в тому числі поширення доктрини верховенства права.

У розумінні права як ціннісно-нормативної системи надзвичайно важливим є питання про взаємодію її ціннісної сфери (або аксіосфери) та її нормативного вираження (нормосфери). При цьому сполучною ланкою між сферою цінностей та сферою норм має бути особливий феномен, який одночасно належав би і до світу цінностей, і до світу норм. У сучасній юридичній думці та науковій літературі до числа таких ціннісно-нормативних феноменів найчастіше відносять правову державу та верховенство права.

Цілий комплекс методологічних та філософсько-правових проблем, пов'язаних із науковим розгортанням цих двох, безумовно, найбільш значимих та впливових концептуальних ідей сучасної юриспруденції, не може вирішуватися без визнання їх розбіжності та схожості. Якщо ідеал правової держави концентрується в уявленнях про поділ влад, систему стримувань та противаг, демократичність доступу до влади та її зв'язаність правовими (перш за все — конституційно-правовими) нормативами, то верховенство права постає як ширша концепція, основна ідея якої полягає в ефективності, швидкості та справедливості розв'язання правових ситуацій, що виводить на необхідність казуального розуміння правових нормативів, їх тлумачення в контексті конкретики того семантичного та подієвого простору, який породив ці ситуації. Право в цьому сенсі постає як найвища інстанція при вирішенні соціальних конфліктів. З другого ж боку, верховенство права та правова держава є багато в чому спорідненими легітиміційними концепціями, покликаними продемонструвати зв'язаність держави правом, а також верховенство правової форми над усіма іншими формами організації суспільства (політичною, економічною тощо).

Отже, ціннісно-нормативне бачення верховенства права передбачає виявлення додатковості сфер його існування. При цьому якщо йдеться про нормативне буття верховенства права, зазвичай постає питання про його співвідношення із верховенством закону. Необхідність існування особливого принципу верховенства закону пов'язана з тим, що система позитивного права, на відміну від системи природного права, має чітку ієрархічну структуру. Ієрархічність позитивного права базується на принципі верховенства закону як такому порядку організації нормативної структури права, коли вища юридична сила визнається за Конституцією України як Основним Законом, і всі закони та інші нормативно-правові акти приймаються з урахуванням положень Конституції України та не повинні їй суперечити. За принципом верховенства закону формується ієрархічна система правових актів, і він є фундаментальною основою режиму законності [10]. При цьому аналіз підходів до співвідношення між цими двома явищами — верховенством права та верховенством закону — демонструє тенденцію, що верховенство права зазвичай тлумачать як принцип правової системи, що на рівні (чи, навпаки, всупереч) принципів верховенства закону та законності діє у правовому просторі [11]. Очевидно, такий розгляд верховен-

ства права породжений прагненням виявити в його основі ті ознаки та властивості, які б дозволили віднести його до суто нормативної сфери правового буття. Однак, на нашу думку, простір існування цієї концептуальної ідеї є набагато більш широким, а саме верховенство права навряд можна звести до системи норм, навіть найбільш значимих для функціонування права. Видається, що верховенство права, розглянуте як ціннісно-нормативний феномен, отримує своє вираження в нормативній складовій права саме в принципах верховенства закону та верховенства Конституції, адже лише в контексті їх реалізації можна говорити про правову визначеність та про правовий закон як особливий феномен.

Таким чином, верховенство права існує не лише в межах правової нормативності, а й поза ними, тобто включається до побудови та розвитку ціннісної структури правової реальності, а тому не є винятково принципом позитивного права. По-перше, в рамках позитивного права верховенство права складно розуміти як принцип, оскільки це нівелює подвійну ціннісно-нормативну природу цього феномену: зведення верховенства права до системи нормативів по суті суперечить ідеї розмежування права та закону, а тому втрачається сенс у виокремленні верховенства права як самостійного явища, відмінного від верховенства закону. Верховенство закону, на відміну від верховенства права, існує виключно в рамках нормативності, що виражає його функціональне призначення в правовій системі. По-друге, як зауважує Р. Дворкін, верховенство права не обмежується «формальними приписами законодавства та оперує ними лише тією мірою, якою такі формальні приписи дають можливість досягти основних цілей правової системи. На відміну від формального підходу, який уникає надання ціннісної кваліфікації, принцип верховенства права ґрунтується на моральному баченні належної правової системи та оцінює правові норми з точки зору того, наскільки вони дозволяють досягти поставлених перед системою цілей» [12, с. 45]. Саме у функціональному призначенні верховенства права виражається інший аспект його буття — ціннісний.

Ціннісний аспект буття верховенства права виявляється у тому, що його зміст виводиться за межі нормативних приписів, зокрема, виражаючись в правозастосуванні та будучи: 1) основою правової системи для забезпечення справедливості, розумності, пропорційності, рівності, правової визначеності тощо позитивного права; 2) своєрідним «проводженням» нормативного змісту фундаментальних прав і свобод, що закріплені в нормативних конституційних текстах [13, с. 56]. Саме виходячи з таких позицій, верховенство права нерідко називають головною правовою цінністю [14, с. 145–153]. Правові цінності, як виявляється, визначають граничний зміст категорії «правове», і тому не випадково є їх роль у різних типах праворозуміння. Вони постають як власне-правові феномени, сфера буття яких обмежена правом, та визначають смислову наповненість правового поля. Таким чином, питання про існування правових цінностей — це фактично питання про існування самого права як окремого культурного феномену. Правові цінності, і верховенство права не є винятком, мають подвійну природу: вони є онтологічними параметрами права, себто визначають особливості його буття, реалізації та функціонування, зумовлюють саму правову реальність; вони є гносеологічними параметрами права, адже виступають засобами пізнання та пояснення правової реальності. Звідси різні

концепції праворозуміння прагнуть побудувати картину правової реальності крізь призму однієї чи декількох правових цінностей. Отже, правові цінності — це власне правові феномени, що визначають зміст, мету та сутність права, лежать в його основі та виступають засобами пояснення правової реальності (звідси — інтерес до верховенства права як пізнавального конструкту, що у перспективі може стати основою для нової концепції праворозуміння).

Специфіка верховенства права як правової цінності полягає в тому, що воно належить не до сфери його власної цінності (суспільної чи особистої), але інструментальної цінності, в рамках якої воно виступає феноменом, покликаним інтегрувати нормативні та ціннісні компоненти правової реальності, забезпечити їх співіснування та гармонійну взаємодію.

Таке розуміння верховенства права наводить на думку про його співвідношення з традиційними напрямками розгляду інструментальної цінності права: інструментально-розподільчим, інструментально-позначальним, інструментально-вимірним, інструментально-охоронним та інструментально-пізнавальним [15, с. 13–26]. У сучасній юриспруденції верховенство права, хоча й неявно, але розглядається як інтегроване поняття для позначення усіх цих напрямів інструментальної цінності права. Через нього виражають цінність закону та Конституції, ефективність правової системи, воно розглядається як центральний інструмент дотримання прав людини і громадянина, а також як засіб інтеграції правових систем, підкреслюється його метафорична сутність та загальнолюдський статус як принципу загальноцивілізаційного правового розвитку. Така виняткова інструментальна цінність верховенства права має місце остільки, оскільки, з одного боку, воно знаходить своє формальне вираження в нормативній складовій права за допомогою функціонування принципу верховенства закону, а з другого боку — підкріплюється ціннісними основами права у вигляді правових цінностей справедливості, правосуддя, конституції, закону, правової норми, юридичного процесу та ін., що становлять систему правових цінностей.

Досить оригінальною видається думка про те, що реалізація верховенства права в кожній конкретній правовій культурі виступає основою для формування правової гармонії. Будучи правовою цінністю, верховенство права покликане забезпечувати гармонізацію інших правових цінностей у правовому житті того чи іншого суспільства, адже, на думку Ю. Оборотова, не випадковим є використання верховенства права в різноманітних правових культурах і цивілізаціях, які розрізняються між собою як основними цінностями, що забезпечуються правом (цінностями права), так і відображенням в них основоположних правових цінностей [14, с. 145–146]. І дійсно, широкий простір інтерпретації феномену верховенства права виводить його за межі національних правових систем, де воно розвивається насамперед як ідея підпорядкованості держави загальносоціальному природному праву. Верховенство права усе частіше стає принциповим для побудови правових систем інтегративного рівня, а також стає цінністю для міжнародно-правової системи.

Отже, можна стверджувати, що верховенство права встановлює зв'язки між системою правових нормативів (нормосферою права) та системою правових цінностей (аксіосферою права). У верховенстві права фактично існують та мисляться ті правові ідеали, які уособлюють в собі правові цінності. Так, для

Європейського суду з прав людини верховенство права безпосередньо пов'язане з тими правовими цінностями, які покликані забезпечувати потреби та інтереси суб'єктів права: права людини, правосуддя, законність, ситуативність тощо [5, с. 37–38]. У цьому контексті правові цінності завжди залишаються як вимоги постійного удосконалення нормативної складової правової сфери, адже якщо система правових нормативів неспроможна забезпечити реалізацію ключових правових цінностей, то вона має бути змінена. Реалізація правових цінностей у нормативній складовій права – природна мета верховенства права, без якої воно втрачає будь-який сенс як ціннісний, так і нормативний.

Верховенство права як шлях до гармонії між правовими цінностями та правовою нормативністю має розглядатися не як кінцева формула суспільної досконалості, а як вказівка на ті дійсні шляхи та засоби правового розвитку, за допомогою яких може бути покращено будь-який можливий правопорядок. Для визначення правової гармонії, як стверджував М. Алексеев, потрібні не кінцеві його формули, що часто є не більш ніж красивими лозунгами, а конкретний опис того необхідного досвіду, який треба отримати для того, аби право було побудоване на основі правди і справедливості, щоб воно було істинним правом [16, с. 220]. Удосконалення правопорядку розглядається як шлях удосконалення правової структури, що включає правовий суб'єкт та правові цінності. І дійсно, досягнення досконалого стану права можливе лише при правильному пізнанні цінностей, їх взаємному відношенні, порядку та ієрархії. Реалізація правового ідеалу, отже, безпосередньо пов'язана з узгодженням нормативних та ціннісних складових правової реальності. Схожих позицій притримується також С. Максимов, доводячи, що правове суспільство – це суспільство, в якому реалізується принцип верховенства права [17, с. 17]. При цьому, на думку дослідника, перевага поняття «правове суспільство» над поняттям «верховенство права» полягає в тому, що воно охоплює як неінституційні структури, пов'язані з цінностям, так і інституційні структури, пов'язані з нормами [17, с. 20]. Основне завдання на цьому шляху – відшукати, виділити та визначити ті основні фактичні цінності, що лежать в основі діючого права, тобто цінності, що склалися в правовій реальності у правових комунікаціях, а не ті, що закріплені в нормативних текстах.

Верховенство права, розглянуте в контексті правового ідеалу та правової гармонії, виводить на визнання того, що компоненти структури права – правові нормативи та правові цінності – існують як цілісність, що розвивається під знаком концептуальної ідеї верховенства права. Верховенство права як шлях конкретизації та реалізації правової структури в соціокультурних умовах того чи іншого суспільства слід розглядати в розрізі взаємодії та взаємопроникнення нормативів і цінностей, що функціонують у правових системах усіх типів – національній, інтегративній, міжнародній та глобальній.

Таким чином, ціннісно-нормативне призначення верховенства права полягає в узгодженні правової структури, подоланні розриву між формальною раціональністю системи правових нормативів та ціннісною раціональністю ключових правових ідей – справедливості, впорядкованості, передбачуваності, захищеності тощо. Доповнення концептуальної ідеї верховенства права ціннісним виміром дозволяє розкрити нові грані дії права, а також виявити глибинні філо-

софські підвалини цього феномену та по-новому представити його сутність і зміст як ціннісно-нормативного феномену, що включає в себе вимоги належної побудови позитивного права на основі його відповідності ідеям загальносоціального природного права і втілення у правовій практиці системи правових цінностей та цінностей права в контексті їх гармонійного поєднання й взаємопроникнення.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Козюбра М.* Верховенство права: українські реалії та перспективи / М. Козюбра // Право України. — 2010. — № 3. — С. 6–18.
2. *Петришин О.* Верховенство права в системі правового регулювання суспільних відносин / О. Петришин // Право України. — 2010. — № 3. — С. 24–35.
3. *Аллан Т. Р. С.* Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права / Т. Р. С. Аллан. — К.: Вид. дім «Києво-Могилян. акад.», 2008. — 386 с.
4. *Головатий С.* Верховенство права: монографія: у 3 кн. / С. Головатий. — К.: Фенікс, 2006. — Т. 1: Верховенство права: від ідеї — до доктрини. — 2006. — 624 с.; Т. 2: Верховенство права: від доктрини — до принципу. — 2006. — 653 с.
5. *Рабінович П.* Верховенство права в інтерпретації Страсбурзького Суду та Конституційного Суду України / П. Рабінович // Вісн. Конституц. Суду України. — 2006. — № 1. — С. 37–46.
6. *Лемак В.* Принцип верховенства права в Україні: основні загрози / В. Лемак // Право України. — 2010. — № 3. — С. 44–51.
7. *Ромашов Р. А.* Реалистический позитивизм: интегративный тип современного правопонимания / Р. А. Ромашов // Правоведение. — 2005. — № 1. — С. 4–12.
8. *Оборотов Ю.* Праворозуміння як аксіоматичне начало (постулат) права / Ю. Оборотов // Право України. — 2010. — № 4. — С. 49–55.
9. *Рабінович С. П.* Європейська природно-правова думка та криза ціннісно-нормативної свідомості / С. П. Рабінович // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. пр. — Вип. 40. — О.: Юрид. л-ра, 2008. — С. 35–43.
10. *Шаповал В.* Верховенство закону як принцип Конституції України / В. Шаповал // Право України. — 1999. — № 1. — С. 5–8.
11. *Головатий С.* Верховенство права, або ж правовладдя: вкотре про доктринальні манівці вітчизняної науки / С. Головатий // Право України. — 2010. — № 4. — С. 206–219.
12. *Dworkin R.* A Matter of Principle / Ronald Dworkin. — Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985. — 425 p.
13. *Шевчук С.* Доктрина верховенства права та конституціоналізму: історична генеза співвідношення / С. Шевчук // Право України. — 2010. — № 3. — С. 45–61.
14. *Введение в украинское право* / под общ. ред. С. В. Кивалова, Ю. Н. Оборотова. — 2-е изд., перераб. и доп. — Одесса: Юрид. лит., 2009. — 768 с.
15. *Рабинович П.* Социалистическое право как ценность / П. Рабинович. — 2-е изд., стереотип. — Одесса: Юрид. лит., 2006. — 166 с.
16. *Алексеев Н. Н.* Основы философии права / Н. Н. Алексеев. — СПб.: Лань, 1999. — 256 с.
17. *Максимов С. І.* Кантівський проект правового суспільства і нові демократії / С. І. Максимов // Проблеми філософії права. — 2006–2007. — Т. IV–V. — С. 17–23.

Горобець К. В. Верховенство права як ціннісно-нормативний феномен

Анотація. У статті запропоновано розглядати феномен верховенства права з позицій концепції ціннісно-нормативного праворозуміння. Доводиться, що верховенство права є феноменом, що покликаний забезпечувати цілісність та гармонізацію системи цінностей правової сфери та системи правових нормативів. Обґрунтовується, що верховенство права не слід зводити до принципу позитивного права, оскільки простір його існування охоплює також ненормативні елементи правової реальності (правові цінності).

Ключові слова: верховенство права, ціннісно-нормативне праворозуміння, правові цінності, система правових нормативів.

Горобець К. В. Верховенство права как ценностно-нормативный феномен

Аннотация. В статье предложено рассматривать феномен верховенства права с позиций концепции ценностно-нормативного правопонимания. Доказывается, что верховенство права является феноменом, который призван обеспечивать целостность и гармонизацию системы ценностей правовой сферы и системы правовых нормативов. Обосновывается, что верховенство права не следует сводить к принципу позитивного права, поскольку пространство его существования охватывает также ненормативные элементы правовой реальности (правовые ценности).

Ключевые слова: верховенство права, ценностно-нормативное правопонимание, правовые ценности, система правовых нормативов.

Gorobets C. Rule of Law as a Value-Normative Phenomenon

Summary. The article deals with an attempt of understanding the rule of law from the standpoint of the concept of value-normative legal understanding. Shown that the rule of law is a phenomenon that is called to ensure the integrity and harmony of the system of legal values and the system of legal norms. Substantiated that the rule of law should not be reduced to the principle of positive law, because the sphere of its existence includes also non-normative elements of legal reality (legal values).

Key words: rule of law, value-normative legal thinking, legal values, system of legal norms.

ПОСТМОДЕРНІЗМ, ПРАВО ТА «ПРОЩАННЯ З РОЗУМОМ». КРИТИКА ПОСТМОДЕРНОЇ ПРАВОВОЇ КОНЦЕПЦІЇ¹

Б. МЕЛКЕВІК
*доктор права,
професор юридичного факультету
(Університет Лаваль, м. Квебек, Канада)*



Ця критика має за мету проаналізувати постмодернізм (що вийшов із французької постструктуралістської течії) як проект певної філософії права. Ми аналізуватимемо тут його парадигмальний характер, тобто його теоретичний внесок у феномен юридичного. Фактично йдеться про аналіз постмодерністського правового проекту через показ його теоретичних апорій. Наполегливо зосереджуючись на питанні про раціональність, ми покажемо, як постмодернізм репрезентує «прощання з розумом». Ми хочемо також показати, яким чином таке «прощання з розумом» становить проблему для права.

У цій статті ми воліли надати перевагу тому постмодернізму, що походить із французької постструктуралістської течії і який ми вважаємо водночас найрадикальнішим та найбільш показовим проявом цього способу мислення. Ми маємо намір докладніше зосередитися на постмодерній думці, сформульованій такими мислителями, як Ж.-Ф. Ліотар і Ж. Деріда, а у галузі філософії права зокрема — на книзі К. Дузінаса та Р. Ворінгтона «Postmoderne Jurisprudence. The Law of Text in the Texts of Law» [1].

Критику буде розподілено таким чином: у першу чергу ми проаналізуємо постмодернізм як філософську парадигму, що впливає із французької пост-

¹ *Bjorne Melkevik*. Postmodernisme, droit et «adieu a la raison». Critique de la postmoderne du droit.

Переклад з французької І. Коваленко.

структуралістської думки, і зробимо акцент на запереченні будь-якої раціональності. Потім перейдемо до вивчення деяких ключових тем правової теорії, що походить із цієї філософської парадигми.

ПОСТМОДЕРНА ПАРАДИГМА

Передусім розглянемо філософську парадигму постмодернізму, розроблену Ж.-Ф. Ліотаром та Ж. Деридою [2; 3; 4; 5; 6; 7]. У такому контексті сфокусуємо увагу на запропонованій ними критиці «логоцентризму», а саме — західної традиції раціональності. Ми особливо зосередимось на способі, завдяки якому образ «*l'autre de la raison*»¹ усуває питання раціональності. У такому сенсі ми підкреслюватимемо докорінний зв'язок постмодернізму з ніцшеанським вченням. Подивимось, як цей «*l'autre de la raison*» визначає сам Ніцше.

1. Ніцше та «*l'autre de la raison*»

Що ж означає поняття «*l'autre de la raison*» для Ніцше? Західна раціоналістична традиція ґрунтується на дискурсивній мові. Однак, за Ніцше, мова та слова перебувають «на службі у фізіологічних функцій» [8, с. 326]. Ніцше стверджує, з одного боку, що слова є вторинними, оскільки вони лише відбивають думку в знаках. Разом із тим він вважає, що соціальні та людські дії, що супроводжують слова, насправді є тільки помилками зору. Альтернатива логоцентризму полягає у «фізіологічних функціях», а саме — у людському організмі. Дійсність для людини, так само як і «істинність» слів, перебуває, згідно з Ніцше, у фізичному тілі [9, с. 307, 1020].

На противагу дискурсивній мові, що відсилає до концепції раціональності, Ніцше пропонує метафоричний дискурс, який повертає словам їх приховану тілесну одвічність. Навіть якщо Ніцше сам використовує мову та слова, його руйнівний підхід полягає в тому, аби зробити з тексту метафору для фізичного тіла. Відкинувши дуалізм тіла та слів, Ніцше пропонує натомість філософське злиття тіла і слів у метафорі та в уможливленій нею інтерпретації. Отже, тіло, за Ніцше, стає першопричиною, так само як і наріжним каменем інтерпретації. Яким же чином?

Для Ніцше тіло — це інстинкт або імпульс, що конструює дійсність, інтерпретуючи її. У такому сенсі тіло може репрезентувати певну філософську засаду, навіть якщо воно підриває будь-яку співвіднесеність із такою засадою. Адже, згідно з Ніцше, все починається з тіла. До тіла немає порядку, зв'язку, тексту; після тіла з'являються порядок, зв'язок і текст. Своєрідність ніцшеанської концепції полягає в констатації того, що тіло залишається не розгаданим. Воно наявне, але не є засадою для думки та онтологічної реальності, що є можливим згідно з прибічниками онтологічного дуалізму. Тіло присутнє як загадка або неможливе пізнання. До того ж Ніцше вдається до аналогії із системою травлення, що образно відтворює систему невлвовимої множинності.

¹ Концепт «*l'autre de la raison*» (німецькою — *Das andere der Vernunft*) ми даємо у приблизному перекладі — як «інша сторона розуму». Під цим терміном розуміються спроби Ніцше та представників постмодерної філософії поставити під сумнів класичну парадигму розуму та вказати на домінування «іншого» або «іншої сторони» розуму, тобто чуттєвості, тілесності, фантазії, бажання тощо. — *Прим. перекладача.*

Далі тіло як «засада» або первоначало розглядається як джерело інтерпретації. Ніцше не вважає, що реальність тіла є субстанцією або річчю, а є, скоріше, рухом та зв'язком сил; звідси походить ідея волі до влади як онтологічна детермінація. З цього випливає, що таке поняття інтерпретації вимагає підкорення текстам та дискурсам. Отже, у цьому процесі тіло діє згідно із чітко визначеною схемою інтерпретації. Як стверджує Е. Блондель, «інтерпретувати — це, повернувшись обличчям до множинності, обирати смислові можливості знака або сукупності полісемічних знаків. Це віддавати знак його багатозначності та водночас суттєво скорочувати її: це звільняти та панувати, підкорятися виключним заходам» [10, с. 315].

Дійсність як «істинність» світу є інтерпретативною грою. Кожна істота інтерпретує свій світ та тексти згідно з власною перспективою. Не існує жодної іншої реальності, жодної іншої істини, ніж процес інтерпретації. Через те, що ми не перебуваємо в одному спільному тілі, кожна інтерпретація є по-своєму унікальною. Коли Ніцше прирівнює інтерпретацію до гри, він у такий спосіб презентує множинність інтерпретацій як нескінченну гру. Гру, в якій кожна істота прагне ствердити власне бачення світу.

Спираючись на таке ніцшеанське бачення, ми пропонуємо зараз дослідити, як постмодернізм відтворив ніцшеанський проект, надавши йому радикальної конотації. Зосередимося передусім на понятті деконструкції.

2. Деконструкція

Першим аспектом нашого аналізу постмодернізму є поняття «деконструкція» [2]. Як ми побачимо згодом, це поняття не є методом, проте способом залишити осторонь питання розуму. Проблема, як її відчують адепти постмодернізму, у тому, що Ніцше не є достатньо радикальним. Він замикається у логоцентризмі, навіть працюючи над тими засновками, які мав намір критикувати.

По суті Ніцше заявляє, що ні пізнання, ні свідомість не можуть бути достовірними; подивившись виключно назовні, можна побачити, що будь-яке пізнання ґрунтується на ілюзії, а отже, свідомість лише ілюзія цієї ілюзії. Однак геналогічна позиція, так само як і критика, здійснена «назовні», — це критика, заснована на переконанні, яке дозволяє Ніцше судити про нон-раціональність та нон-істинність із протилежних позицій. Для цього він має, між іншим, вдатися до концепції раціональності або істинності; це обов'язкова умова для будь-якої критики. У зв'язку з цим позиція Ніцше виглядає швидше двозначною, щоб не сказати політичною. Утім критика, що не має під собою чіткої позиції, власне критикою не є і поступається місцем поезії. Відповідно до такого міркування, хто тоді Ніцше — філософ чи культурний поет?

А зараз уявімо поняття деконструкції начебто зсередини. Такою є нон-позиція, прогалина в позиції, що її розвивають інші. Постмодерніст «деконструює» текст. Як зазначає Деріда, «рухи деконструкції не вимагають звернення до зовнішніх структур. Вони стають можливими та дієвими, вони вражають ціль, лише будучи присутніми у цих структурах. *Нібито* присутніми, оскільки повноправна присутність виключала б будь-які сумніви. Отже, деконструкція з необхідністю проявляється зсередини, структурно, тобто без розчленування на

окремі елементи та атоми; вона завжди певним чином захоплена власною працею» [2, с. 39].

Іншими словами, поняття деконструкції означає *нібито* присутність у мові, тексті та концептах. Йдеться не про просту присутність у цих трьох аспектах, адже поняття структури, що його використовує Дерида, співвідноситься з переписуванням стосовно мови, текстів та концептів. Переписування міститься у мові, текстах та концептах як інтерпретація. Воно, отже, перебуває «всередині». У будь-якому випадку, переписування, будучи присутнім у мові, текстах та концептах, не може більше служити референтом стосовно питання раціональності.

Отже, зустрічаємось із вельми радикалізованою ніцшеанською темою інтерпретації. Інтерпретація передбачає, що деконструкція полягає в мобілізації переписування в текстах, що виступають як дискурс *«l'autre de la raison»*. Там, де логоцентризм інтерпретує тексти, роблячи референцію до глузду (сенса, повідомлення, інтенція), постмодерн інтерпретує тексти, звертаючись до їх власної позитивності як до знаку, що продовжується інтерпретацією як певною наявністю. На кшталт ланцюга наявності, що проходить через те, що властиве людині, а саме — через її тілесну наявність. Навіть якщо Дерида використовує тексти, вони не мають, як у Ніцше, особливого статусу, і служать лише метафорами для переписування, яке усі ми могли б засвоїти й здійснювати.

3. Апокаліптичний горизонт

Постмодернізм Дерида та Ліотара виписаний під знаком апокаліптичного горизонту. І зараз йдеться про те, аби чітко окреслити межі вислову «апокаліптичний горизонт».

Для початку згадаймо, що західний раціоналізм традиційно спирався на вектор нормативного «сенсу». Зайве казати, що протягом історії цей вектор вельми змінився. Проте деконструкція тексту, як той шлях, що його спрямовує подвійний агент, не може пристати на цей вектор сенсу, адже це було б суперечністю. У зв'язку з цим постає питання спадкоємності деконструкції, яка, для Дерида та Ліотара, доволі знецінена через появу теорії апокаліптичного горизонту як горизонту деконструктивістської практики.

Однак, що ж означає поняття «апокаліптичний горизонт»? По суті, ні Дерида, ні Ліотар не визначили його чітко, адже, зробивши це, вони надали б йому «сенсу». Зовсім навпаки, апокаліптичний горизонт має не висловлюваний характер, невідоме призначення, вигляд сплаченої марками упаковки без адресата. Процитуємо передусім присвячений Канту фрагмент тексту Дерида під назвою «Апокаліптичний стиль, нещодавно сприйнятий філософією»: «У вашій дискусії мені хотілося б підтримати одну з вказівок: чи не стане апокаліптичне трансцендентною умовою будь-якого дискурсу, будь-якого досвіду, навіть будь-якого знаку чи відбитку? І писемний жанр, іменованний «апокаліптичним» у точному значенні, стане лише прикладом, *зразковим* викриттям такої трансцендентальної структури. У такому випадку, якщо апокаліпсис виявлений, він стає одкровенням апокаліпсису, самопрезентацією апокаліптичної структури мови, письма, досвіду наявності чи то тексту, чи то знаку взагалі: *тобто подільного засновку, для якого немає ані самопрезентації, ані гарантованого призначення* [11, с. 77–78, 95–96].

Іншими словами, у такий спосіб деконструкція стає перевертанням питання «сенсу» на користь невідомого призначення.

Ліутар розповідає байку, в якій продовжено саме цю ідею: «Постмодерна байка оповідає <...>. Людська істота, або ж її Мозок, — це вельми непередбачуване матеріальне (тобто енергетичне) утворення. Воно з необхідністю є перехідним, оскільки залежить від умов земного життя, що не є вічними. Утворення на ім'я Людська істота, або Мозок, повинне бути подолане іншим, складнішим утворенням, якщо тільки воно повинне пережити зникнення таких умов. Людина, або Мозок, було лише епізодом у конфлікті між диференціацією та ентропією. Зростання складності вимагає не вдосконалення Людини, а її мутації чи поразки на користь більш успішної системи» [7, с. 92]¹.

Постмодернізм працює, таким чином, у прогалинах тексту з передчуттям того, що в тексті існує дещо інше. У будь-якому випадку, перебуваючи у полоні логоцентризму, а саме — традиції західної раціональності, визначити це «дещо» неможливо. Навіть посвячені не знають напрямком призначення, хіба що те, що він є тут, перед нами.

Ми можемо також сказати, сприймаючи модерну позицію, що апокаліптичний горизонт доволі пов'язаний з одкровенням. По суті, постмодернізм діє в релігійній перспективі; він має віру. Він вірить у краще майбуття, не маючи жодної гарантії стосовно здійснення своїх сподівань.

4. Скиннення норми

«Що означає судити?» Таке питання не властиве постмодерній перспективі, проте, як будь-які питання, що використовують модель «що означає...», воно передає логоцентричну експресію, типову для західної метафізики.

Так що ж означає судити? У постмодернізмі судження виявляється неможливим; скинення заміщає будь-яке питання здатністю судити. Ми фіксуємо це передусім у відмові від будь-якої нормативності, а згодом і в альтернативі цьому скиненню.

Звернемося до питання усунення рамок нормативності у постмодернізмі. У зв'язку з цим — твердження Ліутара: «Цілком даремно, що Люди величаються тим, що вважають себе двигунами розвитку і плутають розвиток із прогресом свідомості та цивілізації. Вони самі є продуктом прогресу, його засобом та засвідченням. Навіть ті, хто критично заперечує розвиток, його нерівність, його безладність, його фатальність, його нелюдяність, — навіть вони є виразом розвитку та сприяють йому. Революції, війни, кризи, поневолення, винаходи та відкриття не є «людськими творіннями», проте наслідком та умовою складності. Вони завжди амбівалентні щодо Людей, приносячи їм і найкраще, і найгірше» [7, с. 92–93].

По суті людина не є безпосередньо відповідальною за революції, війни, кризи, поневолення, винаходи та відкриття; найкраще та найгірше приносять

¹ Див. також: «Постмодерн був би зрозумілим згідно з парадоксом Futur (post) antérieur (modo)» [13, с. 367]. Futur antérieur у французькій граматиці означає майбутнє-попереднє і фіксує якусь дію майбутнього характеру, що має передувати іншій (також майбутній) дії. — Прим. перекладача.

виключно події. Все це не виникає раптом через виверти відповідей та запитань, але свідчить, як це є і у Ніцше, про життя взагалі. Однак все, що ми щойно тут констатували, є правильним стосовно будь-якого нормативного питання. Утім, не існує жодної інстанції, аби судити про це життя, про ці події. Постмодернізм Дерида і Ліотара розщеплює само-образ модерну — розум, автономію, волю, свободу тощо — з його суперечностями, терором, поневолюванням, божевіллям, залежністю тощо. Таке розщеплення, через його контрасти, змушує нас реалізувати порядок речей в усій його жорстокості, викривленості — порядок речей, якого неможливо уникнути. Відтоді поняття розуму, автономії, волі, свободи вже не можуть використовуватися, оскільки вони затавровані знаком власних антиномій.

Альтернатива полягає, згідно з Деридою та Ліотаром, у скиненні. Воно може бути структуроване навколо двох різних осей — осей влади та естетики.

На осі влади описання порядку речей, здійснене Деридою та Ліотаром, не залишає іншої альтернативи, ніж спитатися, чи бажаємо ми бути жертвою або катом, чи хочемо ми бути об'єктом влади або користатися нею. Відсутність нормативної теорії стосовно засади легітимної чи нелегітимної влади має наслідком те, що «питання» влади відчувається виключно як «гра» на сцені порядку речей. Садомазохізм — також «правда» про суспільство, а всі політичні та юридичні теорії — лише ілюзії або ідеології, які маскують те, що «насправді» відбувається у суспільстві та «житті».

На осі естетики, під виглядом естетичного скинення, Дерида та Ліотар намагаються зосередитися на тому, що їм здається поки ще вільним від протидії, від скинення, а саме — на модерні як нормативному проекті. Саме тут вони вдаються до літератури, так би мовити, проклятої: Маркіз де Сад, Жорж Батай, Антонен Арто, Стефан Маларме, Раймон Русел та Морис Бланшо. Насправді їх цікавить у цих книгах не літературний вимір як такий, а образ *«l'autre de la raison»*, що вона його містить. У еротико-садистських фантазмах, трансгресіях та виходах назовні, так само як і у божевіллі, Дерида та Ліотар презентують ідею автентичного естетичного скинення, тому що все перераховане, згідно з цими мислителями, якнайменше забруднене порядком речей або логоцентризмом, а також є якнайближчим до «життя» в усій його жорстокості та красі. Дійсно, ці автори відтворюють на парадигмальному рівні фігуру *«l'autre de la raison»* Ніцше, а зв'язок з тілесною фігурою не викликає у них жодних сумнівів. Більше того, вони прирівнюватимуть естетичне скинення до написання в прогалинах модерності.

Уточнімо, що результатом такого скинення є втрата сенсу для інстанції судження та права судити. *Фронесіс* Арістотеля або *здатність судження* Канта — поняття, що більше не мають місця. Немає більше засади для судження. Немає більше жодної нормативної інстанції, що дозволяє судити.

Проте також необхідно згадати й *позитивізм*, що проявляється у постмодернізмі. Бажаючи усунути логоцентризм, а разом із тим і будь-яку дуальність, постмодерна теорія позиціонує себе як суто «позитифіковану». Однак йдеться про доволі особливий позитивізм, що не має жодного відношення до наукового юридичного позитивізму.

ПОСТМОДЕРНІСТЬ ТА ПРАВО

Виходячи з нашого аналізу постмодерної парадигми, ми можемо зараз перейти до прояву її у праві. Аби це зробити, звернемося до філософських або правових теорій, що спираються на дану парадигму. У такій чітко окресленій перспективі зосередимося, як вже було вказано раніше, на праці «Postmoderne Jurisprudence. The Law of Text in the Texts of Law», написаній Костасом Дузінасом та Роні Ворингтоном [1]. Ці автори зазначають: «Постструктуралізм вказує на кінець всіх великих оповідей та всіх згадувань як стосовно Бога, так і стосовно істини та форми, а також наголошує на кінці людини як творця, епіцентру історії та репрезентації. Роль постмодерної юриспруденції полягає у тому, аби показати наслідки такої ідеї для суб'єкта права, носія абстрактних прав та обов'язків, а також для правової системи з її принципами, формою та засадами. Юриспруденція стає постмодерною, аби знову підкреслити свою живу інтенцію до саморозкриття у множинних та відкритих раціональностях, а також у спільнотах» [1, с. 28]¹.

Ураховуючи цю головну думку як засадничий засновок, звернемо увагу на перший елемент постмодерної правової теорії, а саме — на смерть людини. Згодом ми зосередимось на аналізі твердження, співвідносного з кінцем великих юридичних оповідей, і, нарешті, завершимо це викладення стислим оглядом ролі постмодернізму в праві.

1. Право, смерть людини і питання сенсу

Тема смерті людини є симптоматичною для постмодернізму. Проаналізуємо зараз це твердження та його значення для права.

Дузінас та Ворингтон стверджують, як ми щойно побачили, смерть людини як автора та суб'єкта історії, так само як і будь-яку репрезентацію цих двох аспектів. У рамках цієї статті ми обмежимося зверненням до твердження, що підносить смерть людини як автора. Важливо, на наш погляд, підкреслити, що йдеться передусім про людину як автора чи творця юридичних текстів. Така констатація спрямовує нас до проблеми мови в праві.

Звертаючись до філософії мови, треба зазначити, що традиційний образ полягає у ствердженні мови як можливості продукування інтерсуб'єктивного смислу та у «проблематизації» слухача та мовця стосовно розуміння. Важливим у цьому образі є те, що продукування смислу розташоване як по горизонталі, так і по вертикалі. У горизонтальній площині продукування смислу враховує той факт, що користувачі мови персоналізовані та соціалізовані в цій самій мові. У вертикальній площині продукування смислу передбачає, що і слухач, і мовець можуть, у розумних межах, використовувати цю мову творчо.

¹ Переклад автора статті з англійської: «Post-structuralism has pronounced the end of all grand narratives and references, whether of God, truth or form, and has insisted on the death of man as creative author and the centred subject of history and representation. The task of postmodern jurisprudence is to bring out the consequences of this for the legal subject, possessor of abstract rights and duties, and for the legal system of principles, forms and reason. Jurisprudence goes postmodern in order to retain and redraw its old commitment to plural and open forms of reason(s) and communities».

Отже, визнаючи, що людина померла як автор, Дузінас та Ворингтон у плані розуміння права намагаються лише замінити питання смислу афірмацією знаків. Людина померла; існують тільки знаки.

Ми можемо зрозуміти міркування постмодернізму стосовно образу музики. Згідно з постмодернізмом, музика не ґрунтується на жодній субстанції, на жодному смислі. Графічні знаки, що їх використовує так званий композитор, не є музикою. Вони стануть музикою у процесі їх інтерпретації. Знаки можуть бути інтерпретовані тільки індивідуально, але інтерпретація не має жодної реальності поза звуками. Не існує жодної схожості між звуками та графічними знаками композитора. Більше того, інтерпретації варіюються до нескінченності, від одного індивіда до іншого. Як підкреслюють Дузінас та Ворингтон: «Музичні та лінгвістичні знаки аж ніяк не потребують уявної або конвенціональної присутності. Вони існують як продуктивна наповненість, що створює те, що вони відбивають» [1, с. 132]¹.

Постмодернізм переміщає у право цю інтерпретативну парадигму, смисл існування якої міститься у сфері естетики. Інтерпретація юридичного тексту — це витвір мистецтва, де інтерпретація змушує текст перетворюватися на естетичний прояв.

По суті, розуміння юридичного тексту для Дузінаса та Ворингтона означає таке: «Крім того, аби знак функціонував, він має бути повторюваним. Повторення — це сутнісний елемент знаку. У будь-якому випадку, виходячи з того, що кожне повторення щоразу виникає з нового контексту, жодний смисл ніколи не збігається з іншим, а отже, жоден повторений знак не є ідентичним іншому. Повторюваність, першочергова засада, через яку знак не може отримати якусь власну ідентичність, залежить від поля продуктивності.

У повторенні знак усуває будь-яку відмінність між оригіналом та копією, одвічним та похідним, сутністю та явищем, контекстом та формою. Усі ці антиномії приходять у дію завдяки логіці безперервного повторення» [1]².

Далі автори зазначають: «...оскільки суб'єктивність складає невід'ємну частину мови, жоден індивід не є по-справжньому наявним для самого себе. Поки ми використовуємо знаки, аби мислити, міркувати про самих себе та досліджувати світ, один лише факт підтримання смислу мови впливає на кожний аспект нашого існування» [1, с. 47–48]³.

¹ Переклад автора статті з англійської: «Both musical and linguistic signs do not recollect an imaginary or contractual presence. They exist as productive repetitions that create what they repeat». Див.: [13, с. 1453–1552].

² Переклад автора статті з англійської: «Furthermore, for a sign to work, it must be repeatable. Repeatability is the mark of the sign. But then as each repetition occurs in a new context, no meaning is ever the same, and no sign is identically repeated. Repeatability, the cause of the sign's lack of absolute identity, is also a field of productivity. In repeating, the sign defies all distinguishing lines by original and copy, authentic and derivative, essence and expression, context and form. All these oppositions are put into play by the logic of incessant repetition».

³ Переклад автора статті з англійської: «Even more, as the subjectivity is constructed in language, no person is ever fully present to him or herself. As we use signs to think, to search our soul and to experience the worlds, the suspension of meaning in language affect every aspect of our existence».

Отже, як і у ніцшеанській перспективі, смисл юридичного тексту формується в процесі інтерпретації, і цей процес є виділенням знаку, що зчіплюється з ритмом інтерпретативного повторення, здійснюваного тілом кожного індивіда. Адже суб'єктивність, про яку кажуть Дузінас та Ворингтон, є не модерною суб'єктивністю, а тілесною «суб'єктивністю» у ніцшеанському сенсі. Так само, як музика викликає глибинні емоції у слухачів, так і юридична інтерпретація також викликає глибинну емоцію у людей, які зустрічаються з лінгвістичними знаками права. Емоційне творення, виникаючи у тілі індивідів, утворює інтерпретацію права передусім у невидимому прояві цих внутрішніх рухів, потім — у мовних знаках і, нарешті, переводить її у більш усвідомлене бажання. Насправді інтерпретація права залежить тільки від одвічного естетичного інстинкту. Інтерпретувати не означає «мислити згідно з цілями», як цього вчить юридична модерність, а «прислухатися» до того, як знаки зчіплюються у рецепції та нарації знаків.

Згідно з Дузінасом та Ворингтоном, юридична інтерпретація — це лінгвістичний «факт». Вона щільно замкнена у «фактуальності» конкретного юридичного порядку. Точніше, у «фактуальності», що розглядається як інтерпретативна гра юридичної мови, в якій кожна істота згідно з власним баченням має необхідно виборювати і своє «місце» у світі, і навіть знаки, що складають для неї смисл інтерпретації. Інтерпретація є ідіосинкразійною.

Смисл — не більш ніж перспектива, яку Я адаптує під стратегічні або поетичні міркування. Якщо навіть одна інтерпретація, яку Я може додати до тексту, приймається, постмодернізм виходить із тупика. Дійсно, якщо, як говорить Чарльз Тейлор, достовірність Я має відношення лише до Я і до моєї волі до влади, така дія «постійно зводиться до витіснення того, що могло б враховуватися» [14, с. 58]. Або, інакше кажучи, до усунення історії, природи, суспільства, вимог солідарності, а також інтерсуб'єктивності. Течії на кшталт постмодерного фемінізму, критична постмодерна правова течія та інші, що пов'язують себе з цією формою постмодерності, працюють, таким чином, у перформативній суперечності, реконструюючи будь-яку наративність в ім'я норми за її ж відсутності.

2. Кінець великої юридичної оповіді

Дослідимо зараз твердження Дузінаса та Ворингтона, які оголосили кінець великої оповіді — наративної або юридичної. Далі ми проаналізуємо це твердження у зв'язку з обставинами, що впливають із цього для права.

Дузінас та Ворингтон переносять цю ключову для постмодерну тему у право під виглядом оголошення кінця юридичного раціоналізму. По суті, згідно з постмодернізмом Дериди та Лютара, західний логоцентризм стверджується у різноманітних Великих Оповідях стосовно традиційних понять Розуму, Істини або Форми [5, с. 8–9]. У такому сенсі тема Великої Оповіді підтримує легітимацію, порядок, зв'язаність, притаманні раціоналістичній традиції. Однак що ж все це привносить у право?

У Дузінаса та Ворингтона йдеться передусім про критику західної філософії права та, зокрема, раціонального природного права, яке супроводжувало модерний правовий проект. У цей проект вписана фундаментальна турбота про

норми. Модерне оповідання віднаходить правові норми у Розумі, Істині, Формі або Консенсусі. У такому контексті юридичні норми нашаровуються, як луска, на проект, що прагне забезпечити раціональну зв'язаність між цими різноманітними юридичними нормами.

Для постмодернізму ж йдеться про ілюзію. Чітко дотримуючись підходу Ніцше, Дузінас та Ворингтон доходять таких висновків: «Норми є докорінно суб'єктивними і залежать від волі до влади кожного індивіда. Поки не встановлена певна першозасада або поки не виявлені споріднені з Богом, Істиною, Реальністю або Благом норми, будь-які цінності є рівнозначними, а всі ключові для метафізичної думки концепти втрачають свою міць» [1, с. 13]¹.

Отже, модерний правовий проект є ілюзією. Метафізичною ілюзією, якій постмодернізм протиставляє себе — через турботу про переписування, яке мешкає у самій структурі конститутивних текстів юридичної модерності.

Отже, оскільки відмова від великих оповідань незаперечно поширюється на концепти та трансцендентні цінності, пропонований аргумент рівною мірою скасовує можливість існування концептів, крім хіба що суб'єктивних виражень, сумісних із волею індивідів до влади.

Ще гіршим для юридичної модерності є наступне: використання таких концептів у процесі присудження стає лише вираженням прихованого притиснення. Виходячи з того, що право у цій концепції завжди є часткою ціннісного порядку, модерне право стверджується як в'язанка цінностей, реалізованих «іншими», тобто здійснених білими західними людьми із середнього економічного класу. Згідно з постмодернізмом, така дійсність рішуче нівелює жінок, молодь, меншини тощо. Іншими словами, різноманітні соціальні, релігійні, етнічні рухи не змогли б виражатися вільно.

Таким чином, відсутність та відкидання будь-якої нормативної легітимації, згідно з юридичним постмодернізмом, є лише наслідком апокаліптичного бачення, проаналізованого нами вище. Невідоме призначення, пропоноване нам постмодернізмом, не дозволяє вдаватися до нормативної інстанції. Але нездатність відрізнити дещо легітимне від нелегітимного веде нас до нездатності судити, а також провокує знищення всієї юридичної практики.

3. Наративність та правова література

Перейдемо зараз до питання про альтернативу, або краще — до пропозиції, що її нам робить постмодернізм у праві. За межами юридичних текстів Дузінас та Ворингтон пропонують нам дві стратегії; передусім мікронаративну стратегію, яку вони зазвичай звать «критичною наратологією» [1, с. 109], а далі — літературну стратегію як право.

Перш за все простежимо мікронаративну стратегію, вельми успішну в постмодернізмі.

Право, як його представляє постмодернізм, можна порівняти з усуненням, терором, поневоленням, авторитарністю, контролем. Йдеться, як ми вже зазна-

¹ Переклад автора статті з англійської: «Values are radically subjective, the expression of the individual's will to power. And when no ultimate foundation can be established, or highest value discovered in God, truth, reality or the good, then all values stand in a relation of equivalence, and all key concepts of western metaphysical thought are weakened».

чали, про право білих людей із середнього класу, а також жертв традиції, які більше до уваги не беруться. Натомість постмодернізм бажає надати «слово» тим, хто вважає себе усунутими, постраждалими, пригніченими, контрольованими тощо.

Однак мікронаратив юридичного постмодернізму насправді не дає слово жінкам, усуненим тощо. Така форма юридичної нарації насичена суб'єктом та логоцентризмом. Постмодерністський мікронаратив, натомість, це гра спокуси. Дузінас та Ворингтон чітко зазначають: «Постмодерна історія судового процесу і права оповідає нам про них як про “рій нарацій, нарацій суто вигаданих, сфабрикованих, почутих та таких, що вийшли за межі”. <…> Ми всі можемо розповідати історії, а ті, хто їх слухає, можуть, у певний момент, змінити в них просту деталь і відтоді стати нараторами історії, зовсім відмінної від розказаної від початку новим слухачам, а вже ці слухачі також можуть змінити в ній деталь і так далі. Ці додані нами деталі вочевидь змінюють те, що було розказано спочатку. Тим не менш, як нагадує нам Ліотар, такий тип зміни побудови історії демонструє суто ніцшеанську силу забувати минуле та відкриває можливість до дій. <…> Оповідання про справедливість не стає, таким чином, ні теорією, ні законом, а власне перспективою» [1, с. 110]¹.

Інакше кажучи, постмодерна нарація — лише вигадка та стратегія. Порівняно із засобом, яким наратив представлений в юридичній модерності, де ми виявляємо нарацію як вираження суб'єкта, автентичність якого передбачається та певним чином контролюється, постмодерна нарація залишається тільки вигадкою. Йдеться не про суб'єкта, який оповідає про себе, а про саму оповідь, що розгортається у повторюваних інтерпретаціях знаках. Але водночас у такому контексті не існує ні автентичності, ні щирості, з чого випливає невідповідність суб'єкта його ж висловлюванням, адже існує тисяча способів розповідати історії, де всі вільні змінювати «деталь» згідно зі своїми уподобаннями. Фактично постмодерна нарація не має рівних тільки в афекті, емоційній реакції, що виникають протягом нарації. Афект супроводжує нарацію в її ніцшеанському сенсі.

Отже, постмодерна нарація не є зверненою до права, однак впливає як естетичне скинення аргументативного юридичного матеріалу: «Ми всі — оповідачі історії і наш єдиний референт походить від інших нарацій, які нас утворили. Але у наш час оповідач має визнати свою владу раніше, ніж брати її на себе» [1, с. 109]².

Не існує, отже, жодного можливого зв'язку між нарацією та аргументацією. На відміну від модерного права, структурованого по аргументаційній осі, постмо-

¹ Переклад автора статті з англійської: «The postmodern story of the trail and of the law would instead narrate them as a “swarm of narratives, narratives that are passed up, mode up, listened to, and acted out”. <…> We can all tell stories, and the narratees of one moment, by changing a secondary detail in the narration, can become the narrators of a different story to their own narratees, and so on. Secondary details and turns in the act of saying will change what is being said. But then, as Lyotard reminds us, this type of local telling of short stories displays a Nietzschean strength to forget the past, and open the possibility of actions. <…> The narrative of justice then is neither a theory nor a law, but a perspective».

² Переклад автора статті з англійської: «We are all storytellers and our only reference is to other narratives. But nowadays the storyteller must learn her authority rather than assume it».

дерна юридична нарація виявляє себе як альтернативу свідомості, стверджуючи про неможливість будь-якого діалогу. Ми також маємо всі підстави спитати себе, чому постмодернізм відхрещується від будь-якого діалогу: Краса нарації — чи перевершує вона будь-яку іншу шану політичному або юридичному порядку? Наррація як монолог — чи є вона цікавою поза естетичним середовищем? Через те, що ми схилиємось до негативної відповіді на ці два запитання, ми можемо також дослідити теоретичну апорію, властиву постмодерній парадигмі.

Наш аналіз продовжує звернення до іншої постмодерної афірмації, згідно з якою право поступається місцем літературі. Як стверджують у зв'язку з цим Дузінас та Ворингтон, «постмодерність скромно закладається стосовно шансів літератури замінити право» [1, с. 131, 135]¹. Йдеться про прямий наслідок того, що було попередньо представлено стосовно постмодерної нарації. Інакше кажучи, це анонс занепаду права.

Звернемося до теорії юридичної нарації та простежимо за умовиводом, який у зв'язку з цим пропонують Дузінас та Ворингтон. Роблячи це, ми маємо наполювати на тому факті, що нарація, як вигадка або література, впливає на світ. Оповідуючи у відмінний спосіб про право як про естетичну інтерпретацію, постмодернізм займає місце юридичної модерності, або більш чітко — він змушує приваблюватися майбуттям, де юридична постмодерна нарація скине із престолу так звану Велику юридичну Оповідь.

Отже, постмодерна юридична нарація — не більше ніж вигадка без усілякої претензії на щирість або правдивість, це виключення, зроблене з її одноосібного існування, про що свідчить її ж позитивність. Дузінас та Ворингтон кажуть про це так: «Постмодерна юриспруденція — це <...> кінець юриспруденції <...>. (Вона лише) постійно критикує правові історії (і фактично) створює нові значення та нові ідентичності» [1, с. 135]².

Така тема кінця права не є чужою і для модерної культури, про що свідчить розвиток радикального марксизму. На противагу марксизму, що виробив теорію відносно кінця права як емансипації та приводу відтворити гармонійні інтерсуб'єктивні відносини, постмодерн вбачає кінець права виключно в есхатологічній перспективі. Кінець права настане раптом, коли всі істоти цього світу закінчать розповідати свої історії. Але нам важко уявити таке майбутнє та побоюватися його, оскільки ми, на жаль, надзвичайно уражені логоцентризмом.

Альтернатива модерному праву, пропонована постмодернізмом, ясно свідчить про тематичне зрушення у бік нарративності, яка оголошує новий засіб осягнення права. Однак тематизація нарації без діалогу, як того бажав би постмодернізм, є тупиком. Без критерію щирості та достовірності постмодерна нарація опиняється поза сутнісними питаннями, поза вимогами суспільства та ситуації спільного життя. Відсторонюючись від того, що є важливим для соціалізованого індивіда, нарація може розраховувати тільки на естетику.

¹ Переклад автора статті з англійської: «Postmodernity places a modest wager on literature's chances of replacing the law».

² Переклад автора статті з англійської: «Postmodern jurisprudence is, <...> an end to jurisprudence <...>. <...> keep retelling the stories of law, <...>, keep creating new meanings and selves <...>».

ВИСНОВКИ

Завершуючи наш критичний аналіз постмодерної позиції у праві, хотілося б висловити такі підсумки:

1. Постмодернізм своїм «прощанням із розумом» спрямовує юридичну думку на шлях нормативного скинення права, що ми вважаємо антиюридичним. Він утягує нас в естетичний нігілізм, що зміщує самотужку роль артиста із сукупними ролями, пов'язаними з модерною юридичною практикою. У такий спосіб юридичний постмодернізм — лише вираження всезагального нігілізму.

2. Постмодерн, заперечуючи будь-які міркування практичної філософії стосовно легітимної та нелегітимної влади, справедливості та несправедливості, законності та незаконності, нормативності та фактичності, роззброює нас перед вимогами спільного життя, особливо в громадському, державному або світовому плані. Зважаючи на те, що немає логічного місця для таких міркувань, у нас немає більше жодної інстанції, аби боротися проти сил, що несуть людству небезпеку або не бажають поважати його. Отже, юридичний постмодернізм відчиняє двері будь-якому свавілляю.

3. Постмодернізм не може жодним чином практично проявитися в праві. Оскільки постмодернізм нехтує питанням смислу в праві, будь-яка правова практика стає непотрібною, якщо навіть не марною. Не будучи здатним нести практичну відповідальність у сфері права, юридичний постмодернізм презентує лише естетичний вихід за межі практичного світу.

Наші три тези стосовно юридичного позитивізму демонструють нашу фундаментальну незгоду з постмодерним проектом. Теоретичні апорії є нездоланими і приречуть цей проект до «девіації» без продуктивного майбуття.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Douzinas C.* Postmodern Jurisprudence. The Law of Text in the Texts of Law / C. Douzinas, R. Warrington, with S. McVeigh. — London and New York, Routledge, 1991.
2. *Derrida J.* De la grammatologie / J. Derrida. — Paris, Minuit, 1967.
3. *Derrida J.* L'écriture et La Différence / J. Derrida. — Paris, Seuil, 1967.
4. *Derrida J.* La dissémination / J. Derrida. — Paris, Seuil, 1972.
5. *Lyotard J.-F.* La condition postmoderne / J.-F. Lyotard. — Paris, Minuit, 1979.
6. *Lyotard J.-F.* Le postmoderne expliqué aux enfants / J.-F. Lyotard. — Paris, Galilée, 1988.
7. *Lyotard J.-F.* Moralités postmodernes / J.-F. Lyotard. — Paris, Galilée, 1993.
8. *Nietzsche F.* Aurore. Pensées sur les préjugés moraux / F. Nietzsche. — Paris, Gallimard, (Oeuvres philosophiques complètes), 1980.
9. *Nietzsche F.* Œuvres, Jean Lacoste et Jacques Le Rider (éds) / F. Nietzsche. — Paris, Robert Laffond, 1993, Tome 2.
10. *Blondel É.* Nietzsche le corps et la culture. La philosophie comme généalogie philosophique / É. Blondel. — Paris, PUF, 1986.
11. *Derrida J.* D'un ton apocalyptique adopté naguère en philosophie / J. Derrida. — Paris, Galilée, 1983.
12. *Lyotard J.-F.* «Réponse à la question: Qu'est-ce que le postmoderne?», dans, Critique. Revue générale des publications françaises et étrangères, Tome 37, no 419, avril 1982.
13. *Liébert G.* Nietzsche et la musique / G. Liébert // Friedrich Nietzsche Œuvres, op. cit., Tome 2.
14. *Taylor C.* Grandeur et misère de la modernité / C. Taylor. — Montréal, Bellarmin.

Мелкевік Б. Постмодернізм, право та «прощання з розумом». Критика постмодерної правової концепції

Анотація. Стаття присвячена критичному аналізу постмодернізму, що виступає як певний філософсько-правовий проект. При дослідженні постмодернізму на парадигмальному рівні зроблено акцент на запереченні будь-якої раціональності. Розглянуті деякі ключові теми правової теорії (переміщення права в інтерпретативну парадигму, юридична нарація, кінець права), що корелюють з постмодерністською філософією Ж.-Ф. Ліотара та Ж. Дерида, а також з концептом «l'autre de la raison» Ф. Ніцше. Обґрунтована антиюридичність постмодерністського правового проекту, показана обмеженість його лише сферою естетики.

Ключові слова: філософія права, постмодернізм, юридична нарація, деконструкція.

Мелкевик Б. Постмодернизм, право и «прощание с разумом». Критика постмодерной правовой концепции

Аннотация. Статья посвящена критическому анализу постмодернизма, который выступает как определенный философско-правовой проект. При исследовании постмодернизма на парадигмальном уровне сделан акцент на отрицании какой-либо рациональности. Рассмотрены некоторые ключевые темы правовой теории (перемещение права в интерпретативную парадигму, юридическая наррация, конец права), коррелирующие с постмодернистской концепцией Ж.-Ф. Лиотара и Ж. Дерида, а также с концептом «l'autre de la raison» Ф. Ницше. Обоснована антиюридичность постмодернистского правового проекта, показана ограниченность его лишь сферой эстетики.

Ключевые слова: философия права, постмодернизм, юридическая наррация, деконструкция.

Melkevik B. Post-Modernism, Law and «Farewell to the Reason». Criticism of the Postmodern Concept of Law

Summary. The article is devoted to a critical analysis of post-modernism, which acts as a specific legal and philosophical project. There were emphasized on the rejection of any rationality in the study of post-modernism on the paradigmatic level. There were considered some key issues of legal theory (transference of law in the interpretative paradigm, legal narration, end of law), correlating with J.-F. Lyotard's and J. Derrida's postmodern conception and Nietzsche's concept of «l'autre de la raison». There were substantiated the non-juridical nature of postmodern legal project and shown its limitations by the sphere of aesthetics only.

Key words: philosophy of law, post-modernism, legal narration, deconstruction.

РОЗУМНІСТЬ ПРАВА¹

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



Для того щоб мати можливість сказати, що таке розумність права, треба знати, що означає «розумність» узагалі. Концепт розумності відповідає як на теоретичні питання, такі як суть проблеми, так і на практичні питання, такі як: що має бути зроблено і що є добрим. Питання про розумність права передусім стосується практичної розумності.

1. Розумність

1.1. Розумність і раціональність

Вираз «розумність» певним чином співвідноситься (що не так легко простежити) із виразом «раціональність». Іноді розумність і раціональність як категорії (або бути розумним чи раціональним) означає тотожність або більш-менш те саме, а іноді ці категорії є принципово різними. Георг Генріх фон Врігт наголошує на різниці. За словами Г. Г. фон Врігта, раціональність означає «цілеспрямованість», у той час як розумність, навпаки, є «ціннісною орієнтацією» [19, с. 173]. При визначенні раціональності як цілеспрямованості він посилається на веберівське поняття «*Zweckrationalität*» (цілерациональність) [19, с. 173], тобто цілеспрямована раціональність, наголошуючи в той же час, однак, що його концепт раціональності є «дещо ширшим» [19, с. 173]. За словами Г. Г. фон Врігта, «раціональність, коли вона протиставляється розумності, пов'язана передусім із формальною коректністю (правильністю) міркувань, ефективністю засобів для досягнення мети, підтвердження і випробування переконань» [19, с. 173]. Це

¹ Robert Alexy. The Reasonableness of the Law / Alexy Robert // G. Bongiovanni et al. (eds.), Reasonableness and Law, Law and Philosophy Library 86. – Springer Science+Business Media B.V., 2009. – pp. 3–15.

Переклад з англійської С. Погребняка і К. Мандрикової.

означає, що раціональність включає в себе три елементи: по-перше, логіку, по-друге, засоби/цілі міркування і по-третє, емпіричну істинність або надійність. З другого боку, розумність, як кажуть, «пов'язана з правильним способом життя, з тим, що є добрим чи поганим для людини» [19, с. 173]. Одним словом, можна сказати, що раціональність пов'язана з ефективністю, в той час як розумність пов'язана з правильністю і належністю.

Набагато докладніше відмінність між раціональним і розумним міститься у роботі Дж. Ролза. За словами Дж. Ролза, це розходження може бути простежене з погляду кантівського розмежування між гіпотетичним і категоричним імперативами [15, с. 48; 12, с. 82]. Завдяки цьому посиланню на Канта, ясно, що Ролз бачить вирішальним у розумності її моральну природу. Дж. Ролз висловлює це таким чином: «раціональним агентам лише не вистачає почуття справедливості» [15, с. 52]. Є, звичайно, важливі відмінності у концепціях раціонального і розумного Г. Г. фон Врігта і Дж. Ролза. У нашому контексті, однак, досить відзначити, що, здається, істотну різницю обидва мислителі бачать у тому, що розумність містить моральні елементи, а раціональність таких елементів не містить.

Співвідношення розумності, яка так визначається, і раціональності можна інтерпретувати у широкому і вузькому значеннях. Воно інтерпретується вузько, коли існування розумності пов'язується лише із правильністю або належністю, а не логічною коректністю, ефективністю та емпіричною істинністю або надійністю. Відповідно до цієї інтерпретації, суперечності, неефективність і хибні припущення про відповідні факти не впливатимуть на розумність тієї чи іншої особи. Г. Г. фон Врігт це спростовує. Він чітко дотримується широкого тлумачення співвідношення розумності та раціональності: «розумне, це, звичайно ж, також раціональне — але “суто раціональне” не завжди розумне» [19, с. 173]. Відповідно до цієї інтерпретації критерії раціональності утворюють підклас критеріїв розумності. Тільки розумність є всеосяжною і повною. Раціональність як така, як вважають Г. Г. фон Врігт і Дж. Ролз, є «суто раціональною» [15, с. 52]. Вона є неповною і не має завершеного вигляду. Такі вирази, як «інструментальна» або «технічна» раціональність, прагнуть описати її. Я сам схвалив такого роду відмінність між *раціональністю*, з одного боку, і *розумністю* — з другого [6, с. 144 і наступ.].

Існує, однак, й інше тлумачення концепту раціональності. Відповідно до цієї інтерпретації, розумність і раціональність є однаковими або принаймні більш-менш однаковими. Ця інтерпретація часто застосовується там, де прикметник «практична» додається до іменника «раціональність». «Практична раціональність» у такому випадку стосується всіх критеріїв, які практичний розум використовує для того, щоб визначити, чи є практичне судження коректним. Коли я уявляю правила і форми раціонального практичного дискурсу, як щось на кшталт «кодексу практичного розуму» [2, с. 188], у мене виникає розуміння раціональності як такої, що включає все, що входить до складу розумності. Таким чином, бути розумним і раціональним означає те саме. Різниця лише в тому, що концепт розумності привертає увагу у випадку більш конкретних особливостей практичної раціональності, аніж широкий концепт раціональності. У цьому відношенні концепти, що розглядаються, цілком можуть бути в особливому значенні різними, хоча загалом вони є еквівалентами. Різниця тут полягає, як ми побачимо, на наголосі на особливу форму аргументу, а саме, балансування.

З усього слідує, що вирази «розумність» і «раціональність» можуть бути взаємозамінними і не бути такими залежно від конкретного випадку. Важливо лише розуміти їх значення у кожному конкретному випадку їх застосування. Там, де є небезпека неправильного розуміння, слід кваліфікувати випадок. Якщо посилаєся на Г. Г. фон Врігта і Дж. Ролза та їх «суто раціональність», то в такому випадку йдеться про «інструментальну» або «технічну раціональність». Якщо поняття раціональності включає в себе все, що належить до «розумності», то мова йде про «практичну раціональність». У світлі цих можливостей суто словесні застереження здаються зайвими.

1.2. Концепт, ідея і критерії

1.2.1. Нормативний концепт

Розумність є концептом, який використовується для оцінки дії, рішень, осіб, правил та інститутів, а також аргументів і суджень, і це є нормативним концептом. Оскільки розумність стосується суджень, то в такому випадку її функція є аналогічною концепту істини. Обидва концепти використовуються на метарівні, щоб оцінити правильність суджень, зроблених на рівні об'єкта. У випадку розумності, судження на рівні об'єктів є ціннісними судженнями і судженнями про зобов'язання. Оцінка ціннісних суджень і суджень про зобов'язання, такі як «Куріння у громадських приміщеннях є безвідповідальним» і «Парламент має прийняти рішення на скасування виборчого податку», щодо їх розумності або нерозумності нерозривно пов'язана з оцінкою дій, рішень, осіб, правил, інститутів та аргументів. Якщо, наприклад, ціннісне судження: «Куріння у громадських приміщеннях є безвідповідальним» розумне, то, за інших рівних умов, куріння в громадських кімнатах або рішення робити так буде також нерозумними, і те саме можна сказати й про осіб, які зазвичай так і роблять, або правило, яке дозволяє це або установи, які заохочують до цього, або аргументи на користь цього. Судження, здається, є центральним питанням розумності. Це посилює аналогію між істиною та розумністю.

1.2.2. Регулятивна ідея

Характеризуючи розумність як оціночний концепт, що охоплює, починаючи з метарівня, ціннісні судження і судження про зобов'язання, слід описати функції цього концепту, а не його зміст. Що стосується його змісту, слід розрізнити ідею і критерії розумності. Ідея розумності вимагає, по-перше, що усі фактори, які можуть мати важливе значення у відповіді на практичне питання, були враховані, а по-друге, щоб вони були зібрані у правильному відношенні один до одного для того, щоб обґрунтувати рішення, що дає відповідь. Ця ідея є дуже абстрактною і формальною, але вона вказує на те, як слід виявляти критерії розумності. З цього погляду розумність має характер регулятивної ідеї.

1.2.3. Критерій розмежування

Критерій розмежування викликаний самим концептом розумності. Перша група включає в себе, як уже зазначалося, критерії інструментальної раціональності, тобто вимоги логіки і послідовності, емпіричної істинності або надійності й ефективності чи засоби/цілі раціональності. Для того щоб отримати повний концепт раціональності, тобто і розумності, слід додати три види вимог: 1) ті, що стосуються узгодженості, 2) ті, що стосуються тлумачення і критики інтересів, і

З) ті, які виражають ідеї узагальнення або неупередженості. Єдиний спосіб залучення всіх цих вимог разом є розгляд цієї ідеї з точки зору правил і форм загального раціонального практичного дискурсу [2, с. 187–206]. Тут, однак, застосовується інша процедура. Я не буду намагатися описати складність розумності, що демонструє різноманітність правил і форм практичного дискурсу. Я швидше зосереджуся на формальній структурі, яка — більш точно, ніж будь-який інший критерій — виражає ідею розумності і може, таким чином, відбивати сутність розумності. Ця формальна структура є структурою балансування.

1.3. Балансування

Зв'язок між балансуванням і розумністю був з'ясований Н. Маккорміком у найбільш повчальному (показовому) вигляді. За словами Н. Маккорміка, причиною «використання вимоги розумності є наявність множинності оцінюючих факторів, які оцінюють проблему з фокусу загального інтересу» [14, с. 173]. Маккорміківська система «множинності факторів» або «множинності цінностей» [14, с. 167] складається з класу принаймні двох конкуруючих причин, які становлять несумісні відповіді на практичні питання. Ідея розумності вимагає, по-перше, щоб всі аргументи, які можуть мати місце, були враховані, і по-друге, щоб «баланс» був встановлений відповідно до їх «питомої ваги або значення» [14, с. 168] у певному контексті [14, с. 173]. Таким чином, балансування визначається як сутність розумності.

Пояснення ідеї розумності шляхом звернення до ідеї балансування породжує, однак, питання про те, чи не вийде так, що розумність буде визначатись за допомогою «нерозумності». Балансування було б, дійсно, нерозумним, якби було абсолютно суб'єктивним, розумність же передбачає об'єктивність принаймні до певної міри, тобто виключає повну суб'єктивність.

1.3.1. Структура балансування

Докір у суб'єктивності, який часто висувають у бік балансування, [11, с. 259], існує у двох версіях. Перша версія не вважає балансування питанням, вартим дискусії взагалі. Говорити про балансування — це не більше, ніж використовувати метафору, яка приховує факт справжнього рішення. Це заперечення, однак, може бути легко спростоване.

Н. Маккормік визнає, що «зважування» і «балансування» може виражати *занадто грубо* процеси вирішення питання, чи всі обставини, що враховані, (взяті до уваги фактори Р. А.) являють собою не просто хороші та доречні аргументи того, що було зроблено, але адекватні або достатні причини так робити, навіть за наявності виявлених несприятливих факторів [14, с. 186, курсив Р. А.].

Думка Н. Маккорміка про те, що «балансування» або «зважування» може описати процес «занадто грубо», дійсно, виправдана, але якщо описання обмежене тим, що існують чинники, цінності або причини, які «переважають» один одного, залежно від їх більшої або меншої ваги. Незважаючи на правильність цього твердження, видається можливим зробити «грубе» описання процесу балансування. Для цього слід визначити і систематизувати усі доречні тут чинники. Таким чином, формальна структура балансування може стати прозорою. Цього можливо досягти за допомогою формули:

$$I_i \times W_i \times R_i$$

$$W_{ij} = I_j \times W_j \times R_j,$$

яка визначає конкретну вагу принципу P_i стосовно зустрічного принципу P_j (W_{ij}) як частка від ділення, по-перше, добутку інтенсивності втручання P_i (I_i), абстрактної ваги P_i (W_i) та ступеня достовірності емпіричних припущень щодо того, що розглянута міра означає для нереалізації P_i (R_i), і по-друге, добуток відповідних цінностей стосовно P_j (I_j , W_j , R_j), пов'язаних із реалізацією P_j . Ця формула була наведена в інших роботах [7, с. 433–449; 8, с. 9–27] і немає сенсу тут повторюватися. Єдине, що важливо — якщо формальна структура балансування може бути представлена таким чином, то слід говорити про балансування як про зрозуміле, ідентифіковане питання, а не як про метафору чи грубість.

1.3.2. Розподіл ваги

Тепер доречно говорити про друге заперечення суб'єктивності балансування. Воно стоїть на тому, що балансування може, в принципі, бути описане за допомогою ясної схеми, але наполягає на тому, що необхідної умови для такого описання не вистачає. Формула зважування, наведена у вигляді арифметичної схеми, була б адекватним описом балансування тільки у тому випадку, якщо значення змінних було б подано за допомогою чисел. Але це неможливо з точки зору другого заперечення. Якщо цифри можуть бути замінені на змінні взагалі, то це свідчитиме про абсолютну суб'єктивність.

Справа про тютюн

Як влучно підкреслює Н. Маккормік, «аргументи не мають ваги подібно до матеріальних об'єктів» [14, с. 186]. Це не означає, однак, що неможливо оцінити цінність факторів, представлених змінними у формулі зважування, тобто інтенсивність втручання у принцип, абстрактну важливість принципу і надійність емпіричних припущень. Це може бути проілюстровано за допомогою рішення Федерального конституційного суду Німеччини, яке стосувалося застережень у сфері охорони здоров'я. Суд вважає обов'язком виробників тютюну розміщувати попередження про шкоду паління на своїй продукції; при цьому суд вважає це «незначним втручанням» у свободу вибору професії (рішення Федерального конституційного суду, *BVerfGE* том 95, 173, at 187). Утім повна заборона на всі види тютюнових виробів буде вважатися «серйозним» втручанням. Між такими незначним і серйозним випадками існує помірність у втручаннях. Прикладом може служити заборона на сигаретні автомати разом з введенням обмежень на продаж тютюнових виробів у деяких магазинах. Слідуючи таким прикладам, можливо виробити діапазон втручання: «легке», «помірне» і «серйозне». Необхідно продемонструвати, що є можливим необґрунтований, так само як і обґрунтований розподіл ваги. Візьмемо, наприклад, людину, яка відносить, з одного боку, повну заборону на всі види тютюнових виробів до «легкого» втручання у свободу вибору професії для виробника тютюнових продуктів, в той час як та ж людина вважає, з другого боку, обов'язок розмістити застереження про шкоду здоров'ю «серйозним» втручанням. Не так легко сприйняти ці твердження серйозно.

Використання шкали зі ступенями «легке», «помірне» і «серйозне» втручання також можливе з точки зору конкуруючих причин. Федеральний конституційний суд вважає шкоду від куріння як «серйозну», тому що це призводить

до «смертельних захворювань» (*BVerfGE* 95, 173, в 184 f.), і оцінює, крім того, що емпіричне припущення, що куріння пов'язане із смертельною небезпекою через виникнення раку і судинних захворювань, відповідає сучасному стану медичних знань (*BVerfGE* 95, 173, at 184). Виходячи з цього, результат балансування, як зазначає Федеральний конституційний суд, дійсно «очевидний» (*BVerfGE* 95, 173, at 187). Захист населення від ризиків паління для здоров'я переважає втручання у свободу виробників обирати і займатись своєю професією.

Шкала

Тютюнова справа викликає багато питань. Два із них розглянуто нижче. Перше стосується триступеневої шкали «легке», «помірне» і «серйозне». Використання цієї шкали у тютюновій справі зовсім не означає, що триступенева шкала необхідна для балансування. Балансування можливе у тому випадку, коли є з чим порівняти, наприклад, у когось є два кроки, а питання загальної кількості кроків є відкритим. Якщо ж шкала відсутня взагалі, що має місце, наприклад, коли порівнювані ваги є однаковими, тоді балансування є неможливим. Триступенева шкала, однак, принагідна у багатьох випадках. Це пов'язане з тим, що практична аргументація може працювати тільки з відносно «сирими» шкалами [7, с. 445].

Сумірність і порівнянність

Питання про кількість заходів, а також питання про присвоєння номерів для них [7, с. 20–23] відносять до питання про те, як працює балансування. Набагато більш актуальним є питання, чи є це взагалі можливим визначити вагу інтенсивності втручання у такі принципи чи цінності, як свобода обирати і займатися професією та громадське здоров'я. Або — обрати приклад, коли окремі права протиставляються одне одному — свобода висловлювань і захист особистості [7, с. 12 і наступ.]. У разі зіткнення принципів такого роду не існує загальної одиниці виміру, як-от гроші, якою можна було б визначити сумірність. Утім відсутність загальної одиниці виміру не означає неможливості порівняння [9, с. 1]. Треба відзначити, що такі речі, як права або інтереси, прямо не сумірні. Несумірність, однак, не передбачає загальну одиницю виміру, вона вимагає тільки спільну точку порівняння. У моральній площині цією точкою є моральна точка, у правовій площині — правова точка. Ці точки зору базуються на питаннях про те, що з моральної чи юридичної точки зору є правильним.

1.4. Дискурс

Можна було б заперечити, що такі концепти, як моральна чи юридична точки зору, є настільки абстрактними, що вони не можуть служити як загальна точка порівняння. Абстрактність цих концептів, однак, не означає їх порожнечу. Моральну, так само як і юридичну, точку зору можна розвивати за процедури: морального і юридичного дискурсу. Моральний, так само як і юридичний, дискурси є процедурами, що визначаються набором правил і форм раціональної аргументації. Таким чином, розумність розподілу ваги має свою процедуру.

1.4.1. Обмін ролями

Нейл Маккормік також підтримує ідею процедури для цілей визначення ваги. Відповідно до Маккорміка, відповідь на питання «яка підстава такого

визначення» є, напевно, такою: «краще повернутись до “процедурного” аспекту міркування» [14, с. 186, 168]. Це, каже він, «вимагає чогось на зразок процедури неупередженого спостерігача Адама Сміта» [14, с. 186]. Відповідно тоді «міра ваги» може бути «віднайдена у співчуттях та чутливих реакціях учасників дискусії до почуттів осіб, які беруть участь у процесі, але після внесення застережень про неупередженість і адекватну інформацію» [14, с. 186]. «Неупереджений спостерігач», «ідеальний учасник дискусії» [14, с. 168], або «ідеальний спостерігач» [10, с. 321] є класичною процедурою з одним учасником [3, с. 96]. На відміну від цього, дискурсивна теорія виступає за процедуру, в якій кожна людина може мати можливість брати участь. Основним аргументом на користь цього є те, що дискурс про відносну вагу інтересів не повинен відбуватися без надання права голосу тим, хто є зацікавленим. «Надання голосу» означає не просто отримання інформації, а й участь в обговоренні. Інтерпретація інтересів без врахування самоінтерпретації зацікавленими особами означала б неврахування всіх факторів, а неврахуванням усіх говорило б про нерозумність дискурсу. На практиці монологічна процедура із залученням однієї людини і діалогічна процедура із залученням усіх осіб часто зводиться до майже того самого: дискурс не може фактично бути здійсненим, він може бути здійсненим лише віртуально, тобто у свідомості однієї людини. Більше того, вимоги щодо неупередженості частково перекриваються. Монологічний і діалогічний підходи обидва розглядають обмін ролями як найважливішу процедуру для досягнення неупередженості. А. Сміт говорить про це так: «У всіх таких випадках, коли може існувати деяка відповідність між настроями спостерігача і зацікавленою людиною, спостерігач повинен передусім щосили прагнути поставити себе в становище іншого, і сприйняти кожне маленьке лихо, яке ймовірно може виникнути у постраждалого. Він повинен сприйняти найдрібніші моменти життя особи, і прагнути досконалої уяви про зміну ситуації, в якій проявились його чуттєві реакції» [18, с. 21].

Дискурсивно-теоретична версія передбачає: кожен, хто висловлює нормативні судження, яке передбачає правило з певними наслідками для задоволення інтересів інших осіб, повинен бути в змозі сприйняти ці наслідки навіть у гіпотетичній ситуації, де він чи вона знаходиться в положенні цих осіб [2, с. 203].

Основна відмінність полягає в тому, що ця вимога, адресована кожній особі індивідуально, застосовується за допомогою дискурсивної теорії у вигляді процедури повного залучення, що спрямовано на досягнення неупередженості замість обміну ролями, надавши кожному як право на участь у дискурсі, так і свободу та рівність у дискурсі [2, с. 193].

1.4.2. Об'єктивність

З точки зору скептика, всього цього недостатньо для того, щоб досягти об'єктивності. Ні роль обміну як такого, ні залучення до дискурсу не виключає можливості того, що різні особи прийдуть до різних відповідей на практичні питання у процесі обговорення. Можна назвати це «запереченням щодо незгоди».

Розумні розбіжності або дискурсивна можливість

Заперечення щодо незгоди є вирішальним моментом. Для цілей дотримання дискурсу правила не можуть за допомогою будь-яких засобів гарантувати,

що згода буде досягнута у будь-якому разі. Це очевидно у випадку реальних дискурсів і справедливо стосовно ідеальних дискурсів [1, с. 50 і наступ.]. Але це не означає, що практичні міркування є справою суто суб'єктивною. Два моменти тут є вирішальними. Першим є те, що певні результати будуть суворо вимагатися або будуть категорично виключені з точки зору дискурсу. Такою є ситуація, наприклад, із введенням статусу рабства або відмовою від свободи слова. У цьому сенсі можна говорити про «дискурсивну неможливість» [2, с. 207]. Проте залишаються численні несумісні нормативні судження, які можуть бути виправдані без порушення правил дискурсу. Це є діапазон того, що є просто дискурсивно можливим. Але — і це друга точка зору — рішення, що потрапляють у клас дискурсивно можливих, можуть суперечити рішенням інших осіб, які також відносять до діапазону дискурсивно можливих. У той же час, ці несумісні судження можуть бути підкріплені аргументами, які є виправданими, не порушуючи жодних правил дискурсу. Бути підкріпленими аргументами таким чином, щоб не порушувати правила аргументації, свідчить, однак, про те, що рішення є розумним. Діапазон дискурсивної можливості з цієї причини збігається з діапазоном розумних розбіжностей [14, с. 163, 169].

Поєднання об'єктивного і суб'єктивного

Підкріпленість аргументами, які не порушують правила розуму, у цьому відношенні означає об'єктивність і «несуб'єктивність» — на відміну від випадку, коли рішення не підкріплено аргументами, які порушують правила розуму. У разі розумних розбіжностей, конкуруючі судження об'єктивні, оскільки вони сумісні з правилами дискурсу або правилами розуму, і суб'єктивні оскільки вони залежать від осіб, які беруть участь у дискурсі. Це показує, що об'єктивність і суб'єктивність можуть зливатися в одне ціле. Розумність складається з такого злиття. Таким чином, розумність, як вважає П. Рікер, уникає альтернативи між «доказовістю і довільністю» [17, с. 81; 16, с. 378].

2. Право

2.1. Необхідність права

Опис факту розумних розбіжностей являє собою опис проблеми. Якщо кожній людині було б дозволено не тільки *відстоювати свою думку*, а й *діяти* у всіх випадках розумних розбіжностей відповідно до, за Кантом, «власного судження» [13, с. 456], то залишаться без відповіді суспільні питання, на які потрібно відповісти для того, щоб захистити права, запобігти насильству, забезпечити суспільний добробут тощо. Розумність особи як такої або дискурсу як такого недостатні для встановлення соціальної координації і співпраці. За цієї умови виникає необхідність права.

Цей крок від розуму до права можна пояснювати двома шляхами. Згідно з першою інтерпретацією перехід мислиться як заміна розумності авторитетною владою прийнятих юридичних рішень у парламенті, судах та інших установах. Поступ розуму на користь рішень, на щастя, не єдине, що можливо. Альтернативою такому заміщенню є інституціоналізація розуму [5, с. 23 і наступ.]. Інша інтерпретація передбачає посилення розуму шляхом його поєднання з формою права. Цей процес має діалектичну структуру. Розум вимагає права для того, щоб стати

реальним, і право потребує розуму для того, щоб бути легітимним. Таке злиття реального та ідеального є суть ідеї розумності права. Взаємозалежність права і розуму виявляється у двох вимірах права — це процедурні та сутнісні виміри.

2.2. Процедурний вимір

Н. Маккормік описує вимогу процесуальної розумності як вимогу «належної процедури», і він каже про забезпечення «дискурсивної і деліберативної якості у процесі пошуку остаточного рішення або відповіді» [14, с. 169]. Проблема процесуального виміру розумності права тут описана досить влучно, однак досить абстрактно. Опис не містить жодної інформації щодо вимог до оптимізації дискурсивної якості інституціоналізованих юридичних процедур. Вимога включає види процедур, і обставини, за яких вони повинні функціонувати, а також питання, що не можуть бути вирішені тут [5, с. 33–41]. У будь-якому випадку, критерії організації установ завжди однакові: підвищення ролі аргументу, з одного боку, і ефективність — з другого.

2.3. Сутнісний вимір

Теорія дискурсу є процедурною теорією. Якщо говорити про сутнісний вимір у межах теорії дискурсу, то виникає питання про те, що може бути сутнісного в орбіті теорії дискурсу. Сутнісне існує, і йдеться про те, що правила дискурсу віддзеркалюють ідеї свободи та рівності. За допомогою цих ідей дискурс стає нерозривно пов'язаним із правами людини. Дискурсивна теорія припускає права людини [4, с. 220–233]. Це означає, що право не може бути розумним у повному сенсі без врахування прав людини або у вигляді конституційних прав, або в будь-якій іншій формі, яка гарантує їх пріоритет.

Включення прав людини в позитивне право як норми, які зв'язують усі державні органи і мають пріоритет над всіма іншими нормами, принципово змінюють характер правової системи. Сила законодавства сутнісно обмежується: коли права людини цілком інституціоналізовані, як того вимагає розумність, ці обмеження контролюються за допомогою конституційного контролю. Більше того, конституційні права стосуються не тільки законодавства. Судочинство та адміністрування також повинні враховувати вимоги конституційних прав, коли вони застосовують та виконують право.

Розумне застосування конституційних прав вимагає аналізу пропорційності, який включає в себе балансування. Існування прав людини у правовій системі підкреслює і посилює роль балансування. Це не означає, що підкорення закону чи схожість справ втратили своєї важливості. Відмова від дотримання закону і дотримання прецедентів на користь необмеженої влади балансування була б нерозумною, бо це дало б поштовх незбалансованому нехтуванню принципами правової визначеності, демократичного парламентаризму, рівного ставлення. З іншого боку, незбалансованим буде виключення будь-якої можливості для балансування, особливо у складних випадках. Це означає, що в розумних правових системах балансування виникає не тільки на рівні об'єктів при застосуванні права, а й на метарівні, де вирішуються проблеми, пов'язані з належним методом застосування права. Тут з'являється феномен метабалансування.

Як вже зазначалося, балансування нерозривно пов'язане з можливістю розумних розбіжностей, і однією з основних причин введення права була проб-

лема розумної розбіжності. Ця проблема зараз знову виникає в тій точці, з якої вона, здавалосьь, зникла. Утім вона з'являється в іншій формі. Завдяки владному і інституціональному контексту права її нагальність знижується і перспективи її використання збільшуються. Було б нерозумно вимагати ні більшого, ні меншого. Це означає, що розумність права вимагає більшого простору для прояву розумних розбіжностей.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Alexy, R. 1988. Problems of Discourse Theory. *Critica* 20: 43–65.
2. Alexy, R. 1989. *A Theory of Legal Argumentation*. Trans. Ruth Adler und Neil MacCormick. Oxford: Clarendon. (1st ed. in German 1978.)
3. Alexy, R. 1995. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt-on-Main: Suhrkamp.
4. Alexy, R. 1996. Discourse Theory and Human Rights. *Ratio Juris* 9: 209–35.
5. Alexy, R. 1999. My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason. In *The Law in Philosophical Perspectives*. Ed. L.J. Wintgens, 23–45. Dordrecht: Kluwer.
6. Alexy, R. 2002. Ragionevolezza im Verfassungsrecht. *Acht Diskussionsbemerkungen*. In *La ragionevolezza nel diritto*. Ed. M. La Torre and A. Spadaro, 143–50. Torino: Giappichelli.
7. Alexy, R. 2003. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris* 16: 433–49.
8. Alexy, R. 2007. The Weight Formula. In *Studies in the Philosophy of Law*, vol. 3. Ed. J. Stelmach, B. BroZek, and W. Zaluski, 9–27. Krakow: Jagiellonian University Press.
9. Chang, R. 1997. Introduction. In *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Ed. R. Chang, 1–34. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
10. Firth, R. 1952. Ethical Absolutism and the Ideal Observer. *Philosophy and Phenomenological Research* 12: 317–45.
11. Habermas, J. 1996. *Between Facts and Norms*. Trans William Rehg. Cambridge: Polity. (1st ed. in German 1992.)
12. Kant, I. 1964. *Groundwork of the Metaphysic of Morals*. Trans. H.J. Paton. New York: Harper & Row. (1st. ed. in German 1785.)
13. Kant, I. 1996. The Metaphysics of Morals. In Id., *Practical Philosophy*. Ed. and trans. M.J. Gregor, 353–603. Cambridge: Cambridge University Press. (1st ed. in German 1797.)
14. MacCormick, N. 2005. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.
15. Rawls, J. 1993. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
16. Ricoeur, P. 1994. Zu einer Hermeneutik des Rechts: Argumentation und Interpretation. *Deutsche Zeitschrift fur Philosophie* 42: 375–84.
17. Ricoeur, P. 1996. Interpretazione e/o argomentazione. *Ars interpretandi* 1: 77–93.
18. Smith, A. 1976. *The Theory of Moral Sentiments*. Ed. D.D. Raphael and A.L. Macfie. Oxford: Clarendon Press. (1st ed. 1759.)
19. Wright, G.H. von. 1993. Images of Science and Forms of Rationality. In Id., *The Tree of Knowledge and Other Essays*, 172–92. Leiden: Brill.

Алексі Р. Розумність права

Анотація. У статті Роберта Алексі подано його власне трактування розумності права. Воно розпочинається з розгляду питання щодо розмежування понять «раціональність» і «розумність». Автор визначає розумність як концепт, що використовується для оцінки дії, рішень, осіб, правил та інститутів, а також аргументів і суджень, і встановлює основні його вимоги. У статті демонструється зв'язок між

балансуванню і розумності, а також розкривається структура балансування. Наприкінці статті Р. Алексі визначає зв'язок права та розуму: розум вимагає права для того, щоб стати реальним, і право потребує розуму для того, щоб бути легітимним.

Ключові слова: розумність, раціональність, балансування, розумні розбіжності, право.

Алекси Р. Разумность права

Аннотация. В статье Роберта Алекси представлена его собственная трактовка разумности права. Она начинается с рассмотрения вопроса о разграничении понятий «рациональность» и «разумность». Автор определяет разумность как концепт, который используется для оценки воздействия, решений, людей, правил и институтов, а также аргументов и суждений, и устанавливает основные его требования. В статье демонстрируется связь между балансированием и разумностью, а также раскрывается структура балансирования. В конце статьи Р. Алексі определяет связь права и разума: разум требует права для того, чтобы стать реальным, а право требует разума для того, чтобы быть легитимным.

Ключевые слова: разумность, рациональность, балансирование, разумные разногласия, право.

Alexy R. The Reasonableness of Law

Summary. The article shows the interpretation of reasonableness of law stated by Robert Alexy. Primarily the author makes the distinction between expression of rationality and reasonableness. He defines reasonableness as a concept used for the assessment of such matters as actions, decisions, and persons, rules and institutions, arguments and judgments, and establishes its basic requirements. The article shows the relationship between balancing and reasonableness. Besides it he also reveals the structure of balancing. At the end of article R. Alexy defines the connection between law and reason: reason requires law in order to become real, and law requires reason in order to be legitimate.

Key words: reasonableness, rationality, balancing, reasonable disagreement, law.

ТЕОРЕТИЧНІ АЛЬТЕРНАТИВИ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ ПРАВА¹



М. АНТОНОВ

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії та історії права
юридичного факультету
(Санкт-Петербурзька філія
Національного дослідного університету
«Вища школа економіки», Росія)*

Систематизацію права можна розуміти двояко. З одного боку, у звичному для радянських і пострадянських (у цій роботі ми вживаємо цей термін для сукупного позначення як російської правничої доктрини, так і правничих доктрин Білорусії, України, Казахстану та інших країн, які об'єднує загальні термінологія й юридичні конструкції) правників значенні — як діяльність щодо впорядкування нормативно-правового матеріалу (інкорпорація, кодифікація, консолідація). З другого боку, під систематизацією можна розуміти діяльність представників правничої доктрини з опису правової дійсності і правового порядку як цілісних, «системних» утворень, для чого і вживаються терміни «система права» і «система законодавства».

У першому аспекті виокремлюються систематизація права, що розуміється як постійна форма розвитку і впорядкування чинної правової системи, і систематизація законодавства, тобто діяльність з упорядкування нормативних актів, приведення їх у консолідовану, узгоджену множинність. В обох випадках моделлю для впорядкування правового матеріалу виступає образ цілісної системи, яка інкорпорує в себе або всі чинні нормативно-правові акти певного правопорядку («система законодавства»), або всі елементи правової дійсності («система права») [1, с. 53–58]. Наприклад, С. Алексєєв вважає, що «праву властива нормативність особливої якості. Вона виражена в цілісній нормативній системі, що здійснює регулювання й яку пронизано єдиним духом — принципами, загальними положеннями, головне ж, єдиними на кожній ділянці, загальними регулятивними засадами, єдиним порядком, як правило, особливим політичним режимом» [2, с. 88]. Цей автор вбачав у праві «логічну систе-

¹ Це дослідження виконане за підтримки Наукового фонду НДУ «ВШЕ».

Автор висловлює подяку доцентів кафедри логіки філософського факультету СПбДУ к. ф. н. О. Лисанюк і професорові юридичного факультету Університету Буенос-Айреса Є. Булігіню за цінні зауваження, висловлені під час підготовки цієї статті.

Переклад з російської В. Смородинського.

© М. Антонов, 2013

му, що відповідає нормам і вимогам формальної логіки. Воно як нормативне утворення покликане виступати в суспільному житті як логічно злагоджена і закінчена, несуперечлива і послідовна система норм, принципів, інститутів і галузей» [3, с. 59].

На жаль, крім розпливчастих метафор, якими рясніють радянські та пострадянські наукові роботи з теорії права, не наводиться жодних доказів того, що «належний» образ права як системної єдності будь-яким чином транслюється в позитивне право, тобто в чинний правопорядок, і що цей правопорядок також має властивості «системності». Можна зустріти безліч тверджень, на кшталт «системність — не штучна, надумана ознака права, а його невід’ємна, атрибутивна властивість, що обумовлена, як і саме право, об’єктивною необхідністю і системним характером суспільних відносин, що ним регулюються й охороняються» [4, с. 56]. Проте якщо право було б «обумовлене об’єктивною необхідністю» і відображало б системні зв’язки навколишньої дійсності (у тому сенсі, в якому правова «надбудова» відображає необхідний «базис» виробничих відносин), то воно, за визначенням, було б упорядкованим, цілісним, послідовним і безпрогальним, тобто «відображало» б структуру соціальної дійсності, що не має ні прогалин, ні інших логічних дефектів.

Однак будь-який правник у будь-якому правопорядку знає, що право, з яким він працює, не «відображає об’єктивну необхідність» і що ступінь і рівень упорядкованості правових норм, інститутів, практик залежать від творчої діяльності правників, їхньої майстерності та техніки, що ними використовується. Зasadничою методологічною помилкою віри в «системність» права є забуття закону Юма, згідно з яким неприпустимо з міркувань про те, що щось має бути, висновувати, що щось має місце (і навпаки). Ніхто не буде заперечувати розумності та легітимності вимоги, що право (як у сенсі «системи права», так і в сенсі «правової системи») має бути єдиним, послідовним, несуперечливим, упорядкованим. Проте прийняття такої вимоги («щось має бути») жодним чином не може привести нас до констатації того, що це щось («системність права») насправді є [5, с. 302–317].

З одного боку, розуміння того, що лише логічна (однак, необов’язково нормативна, соціальна чи біологічна) система неодмінно є замкнутою, повною і безпрогальною (інакше вона вже не буде логічною системою в повному сенсі, оскільки в іншому разі з неї можуть бути виведені логічно некоректні висновки), дає можливість уникнути «системних» ілюзій при описуванні позитивного права. З другого боку, будь-який правопорядок конструється правниками виходячи з ідеалу системи (передбачається, що позитивне право має бути логічно повним і несуперечливим, послідовно замкнутим на принципі, що визнані тим чи іншим правопорядком, — тут очевидною є аналогія з логічною системою, яка завжди є замкнутою на якусь операцію або алгоритм, що дозволяє генерувати нові елементи системи з тих, що вже є в ній), у зв’язку з чим формулюються загальноправові принципи («правила замикання») і колізійні правила. Саме в цій перспективі можна пояснити претензію кожного правопорядку на закритість (у сенсі незалежності правового регулювання від зовнішніх факторів — інших нормативних регуляторів, іноземного або міжнародного впливу) [6, с. 211–222] і, в цьому сенсі, на «системність».

Нема нічого дивного, що автори (укладачі) законів та інших нормативно-правових актів прагнуть того, щоб представити зібраний у цих актах матеріал як єдине смислове ціле, одночасно докладаючи зусиль до того, щоб ці акти по можливості цілком вписалися в масив чинного права. Проте з урахуванням обмеженості знання і мислення окремо взятого індивіда важко очікувати, що кожний створюваний нормативно-правовий акт буде системним у логічному сенсі, тобто не міститиме в собі суперечностей, прогалин, надмірних правоположень. Це підтверджується і правничою практикою, яка свідчить про те, що не завжди можна зустріти ідеальний юридичний текст, який повно, ненадмірно і несуперечливо регулював би те чи інше питання. Тим менше можна очікувати того, що спроба автора — упорядника законопроекту вбудувати створюваний ним правовий текст у чинний правопорядок вдало закінчиться. Тому абсолютно безпідставно вбачати в тезі про системність права запоруку нормативності права [7, с. 44–58]; більше того, цю нормативність немає сенсу шукати в механічному зчепленні юридичних правил, поза антропологічного образу права [8, с. 31–61].

Полісемантичність, «відкрита текстура» (Г. Л. А. Харт) права, мінливість і нескінченне розмаїття соціальної реальності та, власне, сама безперервна діяльність з оновлення правових текстів (скасування старих і впровадження нових, різні варіанти тлумачення та ін.) зумовлюють неможливість заздалегідь прорахувати всі наслідки, що випливають з уведення в правопорядок кожної нової норми [9, с. 285–301]. Отже, можна досить упевнено (з урахуванням неможливості для розробника проекту закону передбачити всі наслідки цього закону) стверджувати малоймовірність того, що кожний створюваний нормативно-правовий акт відповідатиме вимогам логічної системності (повнота, безпрогальність, несуперечливість), і ще більш упевнено стверджувати, що безліч цих нормативно-правових актів (правапорядок, «система права») також не матимуть цих властивостей.

Припущення таких «системних» можливостей права спирається на ідею про те, що ми можемо бачити себе і свій стан з певної об'єктивної «точки зору Бога», за вдалим висловом Г. Патнема [10, с. 70]. Такий метафізичний реалізм, що є підвалиною вчення про системність права, ледь прийнятний із наукової точки зору. Проте якщо можна стверджувати про обмеженість здатності суб'єктів правотворчості до створення ідеальних кодексів, то чи є концептуальні підстави припускати, що представники правничої науки, зайняті «систематизацією» (впорядкуванням) права, будуть вільні від цього обмеження? Здається, що ні. Ставлячи собі завдання створення цілісного смислового блоку правових текстів, в якому будуть ліквідовані прогалини, суперечності та повтори, «систематизатори» (законодавці, правники, правознавці...) з тих саме підстав (варіативність соціального середовища, відкрита текстура права, обмеженість суб'єктивного горизонту мислення...) не зможуть повністю прорахувати наслідки з тих наборів правових приписів («кодексів»), які вони створюють. Можливо, створювана ними множинність буде більш «системною», тобто в ній буде менше наведених логічних вад, але розраховувати, що таких вад (між інших і похідних, пов'язаних з подальшим розвитком суспільства) не буде взагалі, було б радше рожевою ілюзією [11, с. 371–379].

Тому, як це не парадоксально, діяльність зі «систематизації» (об'єктивного) права не може, з одного боку, привести до створення системної множинності (повної, несуперечливої та ненадмірної цілісності правових норм і принципів). З другого боку, якби право було «системою», то діяльність зі «систематизації системи» являла б собою логічний нонсенс, оксиморон [1, с. 53–58]. З цих та інших причин ми припустили, що полісемантичність терміна «система» (що має різні значення в логіці, математиці, біології, соціології, кожне з яких некритично використовується правознавцями в міркуваннях про єдність правопорядку) слід, радше, зарезервувати для потреб порівняльного правознавства і для опису діяльності з упорядкування нормативно-правового матеріалу, а відносно повно впорядковану множинність чинних у тій чи іншій країні (спільноті) юридичних правил і принципів краще послідовно називати не «системою», а «правопорядком» [12].

Звісно, відкритість текстури права не означає заперечення необхідності діяльності з упорядкування (об'єктивного) права — таке визнання лише дозволяє сформулювати більш реалістичні межі можливостей «систематизації», яка має на меті ідеал права як логічної системи, проте яка ніколи цей ідеал реалізувати не зможе (див. нижче). Якщо прийняти ці висновки, то постає питання про те, на якому рівні доцільно впорядковувати право? З певною часткою умовності ми можемо виокремити мікро-, мезо- і макрорівні впорядкування, під якими, відповідно, розуміється побудова логічних моделей на рівні окремих ситуацій («нормативні системи» в сенсі концепції К. Альчуррона та Є. Булигіна), на рівні окремих правових актів («кодексів») і на рівні всього правопорядку в цілому. На нашу думку, «систематизація» в розумінні діяльності з формування несуперечливих, ненадмірних і повних моделей правового регулювання найефективніше може здійснюватися лише на мікро- і мезорівнях [13, с. 297–308].

Ідея систематизації всього правопорядку в цілому пов'язана з раціоналістичною філософією епохи Просвітництва, що виходила з ідеальної моделі законодавця, здатного своїм розумом охопити всі можливі ситуації та своєю волею створити вичерпні кодекси поведінки у всіх таких ситуаціях [14, с. 7–13]. Саме на цій ідеї ґрунтується спроба транслювати ідеальний образ належного «системного» стану права у твердження про «системність» права. Те, що ці ідеальні моделі в європейській правовій традиції з XIX ст. впливають на діяльність правників і парламентарів щодо створення кодексів, які претендують на всеосяжне регулювання, не викликає сумнівів [15, с. 450–454].

Водночас рідко коли впорядкування (систематизація) здійснюється на рівні всього правопорядку — найчастіше воно відбувається на рівні окремих блоків нормативного матеріалу (галузеві, інституційні аспекти організації цього матеріалу), у зв'язку з тлумаченням права [16, с. 135–148]. Тому тут виявляється розбіжність між недосяжним ідеалом (створення повної та несуперечливої системи всіх норм правопорядку) і практичною діяльністю з реалізації цього ідеалу. У межах цієї практичної діяльності відбувається створення кодексів, що організують у нормативні множинності лише окремі фрагменти правопорядку, або створення мікросистем, що організують окремі елементи нормативно-правової множинності в моделі, які регламентують поведінку в одній або декількох

схожих ситуаціях (інститути та ін.) [17, с. 162–180]. Убачається, що ефективніше розглядати систематизацію не в холістській перспективі, а в часткових аспектах, в ракурсі побудови нормативних множин (систем) стосовно окремо взятих типових юридично значущих ситуацій [18, с. 64–75].

У плані критеріїв упорядкування нормативно-правового матеріалу радянська і пострадянська теоретична юриспруденція виходить із виокремлення предмета і методу правового регулювання як критеріїв поділу явищ правової дійсності за групами (галузями, інститутами та ін.), тобто побудови «системи права». Під впливом об'єктивістських настанов марксистсько-ленінської філософії (згадаємо, наприклад, висловлювання К. Маркса про те, що «законодавча влада не створює закону, — вона лише відкриває і формує його» [18, с. 285]) в юриспруденції радянського часу виникло переконання, що структурні поділи у праві мають об'єктивне підґрунтя в типології суспільних відносин і в способах їх юридичної регламентації (що цілком зрозуміло в термінах діалектики базису і надбудови).

Однак цей підхід, сформульований у 1930-х рр. на підставі очевидних ідеологічних засновків, не дозволяє адекватно відобразити реальну будову системи права, оскільки під виглядом об'єктивних закономірностей поділу правового матеріалу впроваджує суб'єктивні критерії («специфіка» суспільних відносин, «особливості поєднання» методів правового регулювання). Називати ці поділи «об'єктивними» можна лише в сенсі, або ж в аспекті марксистсько-ленінської гносеологічної концепції відбиття, постулати якої, м'яко кажучи, є далекими від очевидності та погано застосовними до правової матерії [19, с. 100–108]. По суті, щодо «предмета» і «методу» правового регулювання йдеться про категорії, що використовуються правознавцями для досягнення конвенції при проведенні меж між сферами права. Ці категорії самі по собі є суто конвенційними, проте часто-густо в пострадянському правознавстві їм помилково надається об'єктивне значення. Якщо ж визнати, що «предмет» і «метод» є конвенційними, то виникають обґрунтовані сумніви в експлікативній цінності цих категорій, оскільки замість того, щоб дати правознавцям наукову опору для поділу правового матеріалу, вони лише створюють ілюзію наявності такої опори [20, с. 64–75].

На порочність таких експлікативних схем ми звернули увагу в іншому місці [21, с. 4–20], а тут спробуємо задатися питанням про те, чи можна в концепції нормативних систем Булігіна — Альчуррона знайти альтернативи радянській «предметно-методній» концепції структурування права. Адже якщо відкидати останню, то слід запропонувати їй на зміну іншу парадигму, що здатна надати правознавцям і правничій спільноті інші, ніж предмет і метод правового регулювання, координати для проведення поділів у праві. Міркування щодо «предмета» і «методу» правового регулювання лише відображають конвенції правознавців, однак не надають критеріїв для оцінки коректності цих конвенцій. Як такі критерії, звісно, немає сенсу розглядати нескінченні та безрезультатні суперечки про те, чи має певне суспільне відношення специфіку, або про те, чи має місце в тому чи іншому наборі правових норм унікальне поєднання імперативного і диспозитивного методів регулювання.

Структурування правового матеріалу можливо здійснювати теоретико-модельним способом — шляхом аналізу соціальних ситуацій, необхідні моделі

поведінки в яких закріплюються позитивно-правовими нормами (відповідно, на ґрунті семантичного уявлення про абстрактну модель ситуації, щодо якої можна формулювати висновки з абстрактного правоположення) [23, с. 214–257]. Тим самим логічна теорія нормативних систем демонструє, що структурування об'єктивного права можна здійснювати не через елементарний логічний силіогізм, беручи як критерій типаж соціальних відносин або особливості регулювання, що неминуче призводить до суб'єктивізму, який ховається під личиною об'єктивності синтаксичного уявлення про висновуваність наслідків для конкретної життєвої ситуації з абстрактного нормативного висловлення. В. Титов майстерно описує цей силіогістичний підхід: «Під приводом необхідності дотримуватися прикладу логіки природознавства як нібито єдино наукової форми логіки юридичній теорії та практиці нав'язувався ймовірнісний стандарт, що ігнорував специфіку складності правотворчості та правозастосування» [24, с. 416].

Проблематика нормативних множин у позитивному праві, способів їх формування, розмежування, розвитку, консолідації здається суто логічною і такою, що не належить до світу юриспруденції, лише на перший погляд. Насправді виявляється, що структурування права («правової дійсності») в цілому і нормативно-правового матеріалу зокрема (створення кодексів, формування галузей законодавства та ін.) засновано на конвенції правничої спільноти, що якість проведених поділів і систематизацій залежить від рівня розвитку правничої техніки і, безсумнівно, від особистісного вкладу правників. Проте припущення конвенційного характеру доктринальних поділів не означає їхньої довільності: тут на допомогу правникам може прийти деонтична логіка, застосовність якої до проблем юриспруденції неодноразово демонстрував славнозвісний Г. фон Врігт, і яку К. Альчуррон та Є. Булігін застосували до проблеми впорядкування нормативно-правового матеріалу [22, с. 109–117].

Порівняльний аналіз логічних висновків із застосування норм до цих ситуацій, разом із зіставленням юридично релевантних ознак соціальних ситуацій та їх «рішень» (алгоритмів належної поведінки) між собою дозволяє створити семантичну модель і, за допомогою логічних зв'язок, кон'юнктивно або диз'юнктивно формувати логічні поєднання нормативних множин як ґрунт для подальшого поділу об'єктивного права. Теорія нормативних систем дає можливість також відокремити ситуації прогалин як логічних дефектів правових настанов від тих випадків, коли до прогальності права апелюють для того, щоб показати свою незгоду з ціннісним вибором, зробленим законодавцем на користь тієї чи іншої моделі регулювання [17, с. 122–140].

До нормативних множин із точки зору теорії нормативних систем можна віднести будь-яку групу норм (нормативних висловлювань, пропозицій, приписів), що регламентує ту чи іншу типову практичну ситуацію і має однаковий набір несуперечливих логічних наслідків. Це уможливорює розробку алгоритму оцінки правових текстів з точки зору логічних дефектів (прогальність, надмірність, суперечливість), включаючи аналіз семантичних моделей, за допомогою яких логічні значення приписуються нормативним пропозиціям, що виражають норми певного чинного кодексу. Такі моделі являють собою абстрактні описи випадків, за допомогою яких можна з нормативних множин отримувати логічні

наслідки, що виступають як рішення, і порівнювати (юридично) релевантні властивості кожної врегульованої правом типової соціальної ситуації з такими саме властивостями інших ситуацій [17, с. 99–122].

Такий аналіз дозволяє ділити об'єктивне право за допомогою логічних прийомів, альтернативних категоріям «предмета» і «методу» правового регулювання, що використовуються в радянській і пострадянській юриспруденції. Таке логічне групування необов'язково має замінити «предметно-методну» чи іншу класифікацію, яку прийнято правничою спільнотою і (або) закріплено в позитивному праві (на кшталт такого нормативно-правового акта, як *Загальноправовий класифікатор галузей законодавства у Росії*), однак може послужити для критики існуючих поділів і пропозицій щодо їх удосконалення.

Звісно, з методологічної точки зору таке дослідження вимагає попереднього визначення меж можливого застосування деонтичної логіки при конструюванні й описі нормативних множин. Застосування логіки до аналізу об'єктивного права є серйозною концептуальною проблемою — на неможливості такого застосування наполягали провідні представники різних типів праворозуміння: Г. Кельзен, Р. Паунд, К. Льюелін та ін. Правові приписи, як правило, пов'язані з волею суб'єктів, що їх створюють, і така воля необов'язково повинна слідувати законам логіки. Хоча таке дотримання передбачається обов'язковим з точки зору концепції верховенства права, що є підвалиною західної правової традиції і вимагає легітимації законодавчих і правозастосовних рішень через їх перевірку на логічну послідовність і коректність. Тому право виключно до логіки зведено бути не може, тим більше лише до формальної логіки. Однак цей аргумент не перешкоджає оцінюванню якості роботи законодавця або правозастосувача з точки зору логіки. Саме для цього і може знадобитися розробка логічного інструментарію для аналізу правових текстів. Якщо слід погодитися з неможливістю вирішити всі питання правового регулювання за допомогою логіки норм, то виокремлення тієї частини цих проблем, де методи деонтичної логіки можуть розкрити дефекти нормативно-правового матеріалу, є важливим та актуальним завданням сучасного правознавства [25, с. 177–220].

Якщо подивитися на право у перспективі теорії нормативних систем, то як вихідну точку для структурування нормативно-правового матеріалу можна використовувати логічні наслідки, що випливають із того чи іншого правоположення щодо класу абстрактних моделей ситуацій, які це правоположення покликане регулювати. Сформовану таким чином логічну множинність ситуацій може бути представлено як первинний клас моделей, за допомогою якого може бути перевірено несуперечливість, повноту і ненадмірність нормативної множинності, сформованої для правового регулювання цього питання. Можливо встановити такі елементи нормативної множинності:

- 1) універсум властивостей, тобто повний перелік властивостей, які законодавець визнав релевантними для того, щоб регулювати певну ситуацію (випадок) за допомогою норм, та яким конкретна правова норма надає юридичного значення при вирішенні правових спорів з тієї чи іншої категорії справ (наприклад, необізнаність набувача щодо хибності титулу або відплатності придбання у справах про віндикацію у добросовісного набувача);

2) універсум дій, що передбачає моделі належної поведінки відповідних акторів (наприклад, вжити розумних запобіжних заходів при перевірці титулу власності, особистості контрагента тощо);

3) універсум випадків, тобто можливі типові ситуації (фактичні склади), що можуть скластися в таких справах (передача спірної речі з оплатою, через обмін, із зарахуванням зустрічних вимог, передача нерухомості, речей, визначених індивідуальними або родовими ознаками, і т. ін.) та описуються через кон'юнкцію і диз'юнкцію властивостей таких випадків;

4) універсум рішень — можливі рішення таких ситуацій з урахуванням моделі, яку закріплено в правовій нормі, та критеріїв релевантності (залишення речі при відплатності правочину і сумлінності набувача, повернення за їх відсутності та ін.) [17, с. 53–98].

У межах такої моделі можна вибудувати первинну нормативну систему, проаналізувавши правове регулювання в перспективі логічних властивостей (несуперечності, безпрогальності, ненадмірності) такої системи і тим самим частково упорядкувавши норми, що регулюють цю ділянку суспільних відносин. У цьому сенсі кожний суддя здатний сконструювати «нормативний кодекс», формулюючи на основі чинного законодавства і правозастосовної практики (точніше, на основі свого розуміння законодавства і практики) кон'юнктивні та диз'юнктивні зв'язки між випадками та їх логічними наслідками. За великим рахунком, систематизацією може займатися будь-який правознавець, будь-який суб'єкт правового порядку. Інша справа, що не всі результати такої систематизації матимуть нормативний характер (а лише ті з них, яким такий характер надано чинними правовими законами).

Як вихідну даність для аналізу структурних зв'язків права у межах цього підходу можна взяти нормативну множинність, що розуміється як сукупність логічних наслідків, які випливають з тієї чи іншої юридично значущої ситуації й які (тією чи іншою мірою) врегульовані правом. Ідея часткової систематизації, запропонована в «Нормативних системах», виглядає більш переконливою, ніж ідеал повної та цілісної системи права, що бере свої витoki в раціоналістичній філософії Просвітництва (якщо б цей ідеал і мав важливу функцію у правотворчій діяльності, але це ще не доводить його науковості). Систематизація як упорядкування може вестися не з метою створення «системи права», ідеального всеосяжного кодексу (такий нормативний кодекс нескладно створити, проте навряд його можна ефективно використовувати, він буде тривіальним), а для полегшення роботи практикуючих правників з упорядкування норм, що застосовуються до того чи іншого випадку, обумовленого родовими ознаками [17, с. 180–192].

Комплексне, цілісне регулювання суспільних відносин є взагалі ледь здійсненним завданням, оскільки жодна сукупність норм не здатна врегулювати заздалегідь усі можливі ситуації в тому чи іншому сегменті соціальних зв'язків. Навіть якщо було створено безпрогальний і несуперечливий кодекс, уже в наступний момент після його опублікування розвиток соціального життя здатен зробити його практично неповним і суперечливим [26, с. 373–380]. Цінність кодексу зазвичай асоціюється правниками не з повнотою зібраного в ньому нормативного матеріалу і всеосяжним характером регулювання тієї чи іншої

соціальної сфери, а з наявністю в кодексах правових принципів, за допомогою яких судді та інші правозастосувачі зможуть заповнювати прогалини. Проте ці два завдання — систематизації нормативного матеріалу і формулювання принципів — не є такими, що необхідно доповнюють одно одне, і можуть реалізовуватися окремо.

Тим більше, що в реальності правові принципи практично завжди формулюються (принаймні, їхній конкретний зміст визначається) суддями, тоді як (пере)структурування нормативного матеріалу залишається переважно завданням законодавця та/або представників правничої доктрини.

Для ілюстрації наступності такої постановки питання дозволимо собі навести довгу цитату з роботи видатного російського правознавця М. Коркунова: «На противагу буденному погляду, правник не розглядає кожний окремий юридичний казус як одне ціле. Він, навпаки, завжди розкладає надане йому практичне питання на складові елементи, встановлюючи спочатку розпізнавання, діагноз кожного окремого елемента, і потім вже вирішуючи питання так, як воно стає практикою, обґрунтовуючи це рішення сукупністю діагнозів, елементів цього випадку. Тому там, де не-юрист бачить одне неподільне питання, що допускає лише категоричне рішення в позитивному або негативному сенсі, правник часто-густо бачить низку окремих питань, кожне з яких допускає самостійне рішення. Щодо окремого практичного випадку таке аналітичне його розкладання може природно здатися лише марним ускладненням і заплутуванням питання. Проте якщо, не обмежуючись окремим випадком, ми візьмемо до уваги нескінченну низку різноманітних випадків, наданих юридичною практикою, то ми зрозуміємо, що юридичний аналіз не заплутує, не ускладнює вирішення окремих випадків, а, навпаки, надзвичайно його спрощує. Річ у тім, що за допомогою такого аналітичного розкладання ми зводимо все нескінченне розмаїття юридичних казусів, що зустрічаються в житті, до різних комбінацій невеликого числа однакових основних елементів. Таким чином, вивченням цих елементів ми замінюємо вивчення всього цього строкатого розмаїття можливих казусів» [27, с. 444–445].

Ідеї, що є аналогічними теорії нормативних систем, висувалися і радянськими правознавцями. Зокрема, С. Алексєєв небезпідставно вважав, що регулятивну функцію виконують не стільки норми права, скільки їх конгломерати, що первинними одиницями системи права є саме ці нормативні комплекси, а «структура таких комплексів на мікрорівні відтворює структуру правової системи в цілому» [2, с. 8]. Хоча характерні для радянської та російської юриспруденції спроби побудувати логічний аналіз права на діалектичному матеріалізмі не можна, як вбачається, визнати успішними [28, с. 43 і далі; 29].

У цьому сенсі нормативні множинності (в сенсі концепції Альчуррона — Булігіна), що утворені з норм і тягнуть загальні логічні наслідки стосовно визначених цими нормами типових соціальних ситуацій, можуть бути представлені як основні логічні структурні елементи позитивного права. Як такі елементи в радянській і пострадянській юриспруденції зазвичай розглядаються правові норми [30, с. 40–47], однак вони не надані як вихідні даності в юридичних текстах і мають, як показав Г. Кельзен, спершу бути подумки сконструйовані правниками на основі таких текстів. Нагадаємо, що вчення Г. Кельзена про динамічний характер права передбачало розгляд правопорядку не як сукупності

статичних правових норм, а як багаторівневої нормативної системи, що самоорганізується, де зміст правової норми формулюється і розкривається у процесі її застосування.

Концептуальною основою кельзенівського вчення про динамічну будову правового порядку є ідея про здатність права створювати і знищувати себе через самореферентну структуру зв'язків між правовими нормами. У цій перспективі створення права та його структури вбачається як послідовна індивідуалізація і конкретизація правових приписів: «загальні правові норми» (законодавчі приписи) конкретизують свій зміст стосовно окремих ситуацій через «індивідуальні правові норми» (судові та правозастосовні акти), через правочини, через акти використання права [31, с. 499–510].

З основної гіпотези теорії нормативних систем (про те, що об'єктивне право може бути, з урахуванням певних обмежень, описано через категорії деонтичної логіки) випливає похідна гіпотеза, яка полягає в тому, що різні комбінації деонтичних операторів стосовно різних наборів правових норм (тут ми не вдаємося до поділу між нормами і нормативними пропозиціями, важливого з інших поглядів [пор.: 32, с. 147–153; 33, с. 62–74]) дозволяють виокремити елементарні нормативні множини. Ці нормативні множини (або «нормативні системи» — в межах концепції Альчуррона — Булігіна ця термінологічна відмінність не є значущою) можуть далі структуруватися в ще масштабніші групи. Вибір критеріїв структурування при цьому залишається конвенційним, тобто таким, що залежить від згоди співтовариства правників, правознавців. Коректність структурування множин може бути перевірено на предмет послідовності та несуперечливості логічних наслідків кожної з множин та їх сукупностей (наборів). Ступінь такої коректності (вона завжди залишається відносною) може служити критерієм оцінки конвенційних поділів нормативно-правового матеріалу.

Така логічна операція, яку може бути доведено до рівня інститутів, галузей, спільностей (приватне і публічне) кожного національного правопорядку, дає інструмент для верифікації обґрунтованості поділів, що впроваджуються представниками правничої доктрини (виокремлення нових галузей, інститутів та ін.). Ця верифікація не є абсолютною, оскільки доктринальні поділи залишаються результатом конвенції наукової спільноти. Проте така конвенція може виявитися ретельніше перевіреною, якщо поряд із вагою наукових авторитетів, шкіл і доктрин братимуться до уваги і висновки щодо логічної послідовності (несуперечливості логічних наслідків нормативних множин та їх наборів) поділів, що впроваджуються. Особливий інтерес цей підхід може мати стосовно розробки критеріїв рубрикації та впорядкування правових текстів в електронних базах правових даних (комп'ютеризованих інформаційно-довідкових системах), при систематизації судової та іншої правозастосовної практики. У цій перспективі може бути проаналізовано правову традицію [34, с. 335–344] та інші неформалізовані ділянки права. Використання в пострадянській юриспруденції згаданих вище методів аналітичної філософії права, що є відомими і досить широко поширеними в західній теорії права, надає одну з можливостей для зближення із західною правничою наукою [35, с. 237–247]. Ці ідеї можуть стати теоретичним фундаментом для розробки більш ефективних концепцій упорядкування правового матеріалу, ніж поширені уявлення про предмет і метод правового регулювання.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Антонов М. В. О системе и отраслях законодательства / М. В. Антонов // Право и экономика. — 2011. — № 3. — С. 53–58.
2. Алексеев С. С. Теория права / С. С. Алексеев. — М. : БЕК, 1994.
3. Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. — М. : Статут, 1999.
4. Дуюнов В. К. Системность как необходимая предпосылка эффективности российского уголовного законодательства / В. К. Дуюнов // Вестн. Самар. гуманит. акад. Серия «Право». — 2007. — № 2. — С. 56–59.
5. Альчуррон К. Э. Нормативное знание и истина / К. Э. Альчуррон, Е. В. Булыгин // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм. — СПб. : Издат. Дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2013. — С. 302–317.
6. Альчуррон К. Э. О понятии правового порядка / К. Э. Альчуррон, Е. В. Булыгин // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм. — СПб. : Издат. Дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2013. — С. 211–222.
7. Байтин М. И. Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков) / М. И. Байтин. — М. : ООО ИД «Право и государство», 2005.
8. Максимов С. И. Концепция правовой реальности / С. И. Максимов // Неклассическая философия права: вопросы и ответы. — Харьков, 2013. — С. 31–61.
9. Булыгин Е. В. Право и время / Е. В. Булыгин // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм. — СПб. : Издат. Дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2013. — С. 285–301.
10. Патнем Х. Разум, истина и история / Х. Патнем. — М. : Праксис, 2002.
11. Булыгин Е. В. Когда право молчит / Е. В. Булыгин // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм. — СПб. : Издат. Дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2013. — С. 371–379.
12. Антонов М. В. О системности права и «системных» понятиях в правоведении / М. В. Антонов // Изв. высш. учеб. зав. Правоведение. — 2013. — № 5.
13. Антонов М. В. Право в аспекте нормативных систем / М. В. Антонов // Рос. ежегодник теории права. — 2010. — № 3. — С. 297–308.
14. Булыгин Е. В. К проблеме объективности права / Е. В. Булыгин // Проблемы философии права. — 2005. — Т. 3. — № 1–2. — С. 7–13.
15. Михайлов А. М. Генезис континентальной юридической догматики : монография / А. М. Михайлов. — М. : Юрлитинформ, 2012.
16. Аарньо А. Систематизация и интерпретация законов / А. Аарньо // Проблемы философии права. — 2006–2007. — Т. IV–V. — С. 135–148.
17. Альчуррон К. Э. Нормативные системы / К. Э. Альчуррон, Е. В. Булыгин ; пер. с англ. М. В. Антонова // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм. — СПб. : Издат. Дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2013.
18. Маркс К. Соч. Т. 1 / К. Маркс, Ф. Энгельс. — М. : ГИПУ, 1955.
19. Черданцев А. Ф. Специфика правового отражения / А. Ф. Черданцев // Правоведение. — 1973. — № 2. — С. 100–108.
20. Антонов М. В. Систематизация права: в поисках эффективности / М. В. Антонов // Классическая и постклассическая методология развития юридической науки. — Минск : Акад. МВД, 2013. — С. 64–75.
21. Антонов М. В. Нормативные системы в теории права и логике норм / М. В. Антонов, Е. Н. Лисанюк // «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм. — СПб. : Издат. Дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2013. — С. 4–43.

22. Антонов М. В. Проблематика системности права в «Нормативных системах» / М. В. Антонов // Конфликтология. — 2011. — № 4. — С. 109–117.
23. Черданцев А. Ф. Логика права: Логико-языковые феномены в юриспруденции / А. Ф. Черданцев. — М. : Норма, 2012.
24. Титов В. Д. Взаимосвязи логики и права: история и современность / В. Д. Титов // Homo philosophans. Сборник к 60-летию профессора К. А. Сергеева. — СПб. : С.-Петербург. филос. о-во, 2002. — С. 404–422.
25. Кнапп В. Логика в правовом сознании / В. Кнапп, А. Герлох. — М. : Прогресс, 1987.
26. Лисанюк Е. Н. Что дозволено Юпитеру с точки зрения логики? / Е. Н. Лисанюк // Вестник МГТУ. — 2002. — № 3. — С. 373–380.
27. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / Н. М. Коркунов. — М. : РОССПЭН, 2010.
28. Бабаев В. К. Советское право как логическая система / В. К. Бабаев. — М. : РИО Акад. МВД СССР, 1978.
29. Сырых В. М. Логические основания общей теории права : в 3 т. / В. М. Сырых. — М. : Юстицинформ, 2000; 2004; 2007.
30. Чернобель Г. Т. Структура норм права и механизм их действия: логические аспекты / Г. Т. Чернобель // Правоведение. — 1983. — № 6. — С. 40–47.
31. Антонов М. В. Чистое учение о праве: варианты перевода и интерпретации / М. В. Антонов // Рос. ежегодник теории права. — 2011. — № 4. — С. 499–510.
32. Булыгин Е. В. Нормы и нормативные предложения: различие между ними и опасность их смешения / Е. В. Булыгин // Правоведение. — 2008. — № 2. — С. 147–153.
33. Лисанюк Е. Н. К. Альчуррон и Е. Булыгин о норме в «Нормативных системах» / Е. Н. Лисанюк // Конфликтология. — 2011. — № 4. — С. 62–74.
34. Садохина Н. И. Правовая традиция как нормативная система: герменевтический подход / Н. И. Садохина // Философия права и ответственность государства ; С. И. Дудник, И. Д. Осипов (ред.). — СПб. : Издат. Дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2012. — С. 335–344.
35. Антонов М. В. Нормы и нормативные системы в философии, праве и информатике / М. В. Антонов, Е. Н. Лисанюк, В. Ю. Перов // Правоведение. — 2011. — № 5. — С. 237–247.

Антонов М. В. Теоретичні альтернативи систематизації права

Анотація. У цій роботі розглянуті концептуальні проблеми, з якими стикається пострадянська юриспруденція в питаннях упорядкування нормативно-правового матеріалу і трактування єдності права. Автор критично оцінює сформовану доктрину поділу нормативно-правового матеріалу на основі критеріїв предмета і методу правового регулювання, розкриваючи суб'єктивізм цих критеріїв. У теоретичному плані ці критерії виявляються марними, оскільки всього лише фіксують конвенції юридичної спільноти, їх значущість і коректність неможливо перевірити науковими методами. Також піддається критиці концепція системності права, що заснована на змішуванні ціннісних суджень і фактів опису позитивного права. На думку автора, як теоретична альтернатива цим концепціям пострадянської юриспруденції, заснованим на вульгаризованій марксистсько-ленінській філософії, може виступити концепція нормативних систем, що була розроблена аргентинськими правознавцями К. Альчурроном та Є. Булігіним у 1970-ті рр. і набула широкого поширення в західній філософії права.

Ключові слова: систематизація права, система права, предмет і метод правового регулювання, нормативні системи, єдність права, системність права.

Антонов М. В. Теоретические альтернативы систематизации права

Аннотация. В данной работе рассмотрены концептуальные проблемы, с которыми сталкивается постсоветская юриспруденция в вопросах упорядочивания нормативно-правового материала и трактовки единства права. Автор критически оценивает сложившуюся доктрину деления нормативно-правового материала на основе критериев предмета и метода правового регулирования, раскрывая субъективизм этих критериев. В теоретическом плане эти критерии оказываются бесполезными, поскольку всего лишь фиксируют конвенции юридического сообщества, их значимость и корректность невозможно проверить научными методами. Также подвергается критике концепция системности права, которая основана на смешении ценностных суждений и фактов описания позитивного права. По мнению автора, в качестве теоретической альтернативы этим концепциям постсоветской юриспруденции, основанной на вульгаризированной марксистско-ленинской философии, может выступить концепция нормативных систем, разработанная аргентинскими правоведом К. Альчурроном и Е. Булыгиным в 1970-е гг. и получившая широкое распространение в западной философии права.

Ключевые слова: систематизация права, система права, предмет и метод правового регулирования, нормативные системы, единство права, системность права.

Antonov M. Theoretical Alternatives of Systematization of Law

Summary. In this article the author examines the conceptual problems which the post-soviet jurisprudence meets when dealing with systematization of law, to wit with constructing an order of the legal material and with explaining of unity of law. The author critically reassesses the existing doctrine of divisions inside the law which are led on the base of such criteria as object and method of legal regulation. Subjective nature of these criteria is revealed in this article. From the theoretical standpoint, these criteria turn out to be devoid of sense, as they solely fix conventions of a legal community; one cannot verify significance and veracity of these criteria through a scientific analysis. The author also challenges the conception of systemacity of law which is based on a mixture of value judgments and of facts obtained from description of the positive law. These conceptions of the post-soviet jurisprudence are irretrievably connected with the vulgarized Marxist-Leninist philosophy. As a theoretical alternative to them, one can recur to the conception of «Normative Systems» which were elaborated in the 1970-s by the Argentinean scholars C. E. Alchourron and E. V. Bulygin and which gained a wide acceptance in the Western legal philosophy.

Key words: systematization of law, system of law, object and method of legal regulation, normative systems, unity of law, systemacity of law.

ЗМІСТ І МЕЖІ РЕГУЛЮВАННЯ ЛЮДСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ПРАВОМ

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



Проблеми нормативного впорядкування людської діяльності, місця права у ньому, визначення змісту й окреслення меж правового регулювання, забезпечення його ефективності є актуальними і містять багато лакун, незважаючи на численні плідні розвідки в цій сфері. Незмінна їхня значущість визначається, зокрема, інструментальною значущістю права як засобу узагальнення цінностей і цілей розвитку суспільства, встановлення загальних правил поведінки, узгодження людської діяльності, міцного правового порядку [1, с. 7].

Під регулюванням людської діяльності в суспільстві правом розуміється її впорядкування за допомогою системи юридичних засобів (норм права, нормативно-правових актів, актів застосування права тощо). Категорія правового регулювання посідає важливе місце у правознавстві, оскільки дає можливість розглянути право у динаміці, вийти за межі суто юридичної догматики [2, с. 316–317].

Соціальне регулювання (від лат. *regulo* — планка, правило) є впорядкуванням людської діяльності у суспільстві шляхом опрацювання і суспільного схвалення правил цієї поведінки. У цьому зв'язку право може бути визначене як система визнаних суспільством загальнообов'язкових правил поведінки людей та їх об'єднань, ефективна дія яких забезпечується публічною політичною владою, передусім державною, шляхом їх офіційного закріплення, застосування і захисту від порушення.

Формування цього соціального регулятора, тобто правоутворення, є безперервним процесом створення, легітимації та легалізації загальнообов'язкових правил регулювання найважливіших суспільних відносин, що складається з

двох етапів. Першим є позадержавний (природний, суспільний) етап, що полягає у створенні, узгодженні та застосуванні учасниками суспільних відносин — на підставі їх уявлень про справедливість, свободу, рівність і розумність — певних правил регулювання цих відносин, правил попередження і розв'язання суспільних конфліктів. У процесі накопичення досвіду застосування цих правил з них виокремлюють ті, що довели найбільшу ефективність, відповідність інтересам суспільства у цілому. Такі правила узагальнюють, систематизують з метою їх однакового застосування до однакових відносин; суспільство їх легітимує, тобто визнає, схвалює і поширює як авторитетні правила регулювання.

На другому — власне правотворчому — етапі здійснюється відбір публічною владою, передусім державною, найважливіших із суспільних відносин (насамперед конфліктних, пов'язаних із розподілом обмежених, цінних ресурсів), визнання чинних або створення оригінальних ефективних правил їх регулювання, легалізація цих правил, тобто надання їм статусу норм права шляхом закріплення уповноваженими особами у специфічних джерелах права і забезпечення державним примусом.

З точки зору юридичного позитивізму саме другий етап є визначальним, будь-який його результат є правом, оскільки відповідно до Хартівського «правила визнання» виходить від легального джерела і створюється за легальною процедурою.

З точки зору соціологічної юриспруденції право створюється на першому етапі, а на другому — лише формально закріплюється і забезпечується державою.

З погляду природного праворозуміння взагалі не можуть вважатися правом правила, що не відповідають усталеним уявленням про моральність, справедливість, свободу, рівність, порушують чи обмежують природні права людини, суперечать суспільній моралі. Такі правила не можуть бути визнані державою як право, схвалені і взяті державою під охорону, а якщо навіть легалізуються державою, все одно не є правом («неправовий закон», «законне безправ'я» за визначенням Г. Радбруха).

Процес формування права є безперервним процесом, складовою процесу соціального регулювання, суб'єктами якого є члени суспільства, держава і суспільство у цілому. Причому в більшості випадків держава не започатковує його, а приєднується до нього, не утворює право одноособово, а бере участь у його формалізації шляхом визнання, закріплення і взяття під охорону правил, що вже виникли природним шляхом. Саме правовий характер цих правил обумовлюється: їх легальністю, тобто закріпленням у формальних джерелах права уповноваженими особами за належною процедурою з подальшим забезпеченням їх ефективної дії належними видами державного примусу; їх легітимністю, тобто сприйняттям і визнанням більшістю людей чи суспільством у цілому як справедливих, розумних, таких, що ефективно забезпечують права і свободу людей, а не порушують їх, є не довільним продуктом державної сваволі, а виразом фундаментальних людських цінностей.

Специфічною властивістю такого регулювання, що впливає із сутності самого регулятора — права, є його забезпеченість державою. Саме держава уповноважує органи публічної влади на створення нормативно-правових актів та

інших джерел права, здійснення їх постійного оновлення й однакового застосування, забезпечення засобами примусу тощо. Держава є головним (хоча, безумовно, не єдиним) суб'єктом системи правового регулювання, встановлює переважну більшість правил гри у цій сфері на рівнях правотворчості та правозастосування.

Об'єктом правового регулювання є поведінка людей та їх об'єднань у суспільстві, яка в силу своєї соціальної значущості підлягає регулюванню державою шляхом закріплення в законодавстві правил її регламентації (норм права). Водночас право не лише впорядковує поведінку людей, а й здійснює вплив на їхню свідомість і психіку (правовий вплив).

Предметом правового регулювання є такі суспільні відносини, впорядкування яких є можливим і водночас доречним саме за допомогою юридичних засобів. Адже слід мати на увазі, що право є універсальним соціальним регулятором, проте не єдиним і не всеохоплюючим. Існують певні об'єктивні можливості права, що визначають межі правового регулювання, поза якими воно стає неефективним, некорисним і навіть шкідливим. Визначення цих меж є необхідним задля запобігання тотальному державному регламентуванню суспільного життя і втручання публічної влади в особисте життя членів суспільства. Адже право досягає своїх цілей і дійсно регулює суспільні відносини лише остільки, оскільки поведінка людей, якої вимагають його правила, є об'єктивно можливою і відповідає соціальним, зокрема економічним і політичним, умовам.

Отже, не всі суспільні відносини підлягають правовому регулюванню, а лише ті, що відповідають певним ознакам: мають соціальну значущість; зачіпають інтереси інших осіб або суспільства у цілому; допускають можливість соціального конфлікту внаслідок цінності й обмеженості ресурсів (суспільних благ), з приводу яких вони виникають; є сталими, часто-густо повторюваними; припускають можливість зовнішнього, саме правового контролю над ними. Це коло не є постійним, може змінюватися зі зміною суспільних потреб.

З давніх часів людській цивілізації відомі два фундаментальних принципи регламентування суспільних відносин — «дозволено все, крім того, що прямо заборонено» і «заборонено все, крім того, що прямо дозволено». Саме вони визначають способи, типи і методи правового регулювання, тобто загальну спрямованість впливу права на суспільні відносини.

Універсальними способами регулювання поведінки людей є дозволяння, зобов'язування і заборона. Вони виступають основними способами правового регулювання, тобто засобами регламентації державою поведінки осіб шляхом визнання за ними суб'єктивних прав та/або накладання на них юридичних обов'язків [3, с. 51–72].

Першим основним способом є юридичне дозволяння — визнання за особою суб'єктивного права здійснити певні юридично значущі дії або утриматися від них, вільно обрати варіант власної поведінки. Воно є ключовим елементом правового регулювання, служить забезпеченню соціальної свободи й активності людей. Особа обирає один із передбачених дозволянням варіантів поведінки виключно самостійно, без примушування з боку публічної влади.

Будь-яке дозволяння має межу дозволеного, якою зазвичай є права іншої особи, суспільна безпека і добробут тощо. Свідоме ігнорування цих меж у про-

цесі реалізації права є неправомірним і має бути кваліфіковане як зловживання правом (наприклад, зловживання відповідачем у господарському судовому процесі правом на відвід суду шляхом багаторазового подання відповідних немотивованих заяв з метою затягування процесу, що фактично обмежує право позивача на оперативний розгляд його позову).

За рівнем загальності та формою виразу юридичні дозволяння поділяються на загальні, формою виразу яких є визнання права (наприклад, права подружжя укласти шлюбний договір або утриматися від його укладення) і спеціальні, формою виразу яких є дозвіл (наприклад, ліцензія на здійснення медичної практики, одержання якої дає особі право, проте не покладає на неї обов'язку цю практику здійснювати).

Визнання за особою права закріплюється як у прямій формі (наприклад, визнання державою свободи слова), так і в непрямій (прихованій) формі — через обмеження дій інших осіб зобов'язуваннями чи заборонами (наприклад, заборона втручання держави в організаційну діяльність політичних партій).

Дозвіл, як правило, закріплюється у спеціальному офіційному письмовому акті, яким особі надається право виконання певних дій або здійснення певної діяльності (наприклад, дозвіл на видобування природних ресурсів у певному обсязі, ліцензії, видані відповідно до Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності»).

Дозволяння певної поведінки стає практично втілюваним, коли воно забезпечується іншими способами правового регулювання — покладанням на інших осіб зобов'язувань чи заборон. Отже, другим основним способом правового регулювання є юридичне зобов'язування — покладення правом на особу юридичного обов'язку виконати певні дії, регламентовані юридичними правилами.

Третім основним способом правового регулювання є юридична заборона, тобто покладення на особу юридичного обов'язку утриматися від певних дій. Її сутність полягає у вимозі пасивної поведінки особи — утриматися від певної соціально шкідливої поведінки під загрозою настання юридичної відповідальності для порушника цієї заборони. Така поведінка залишається фактично можливою, однак юридично забороненою.

Домінування одного з наведених способів правового регулювання визначають його основні типи. Так, загальнодозволений тип правового регулювання заснований на поєднанні загального юридичного дозволяння зі встановленням окремих обмежень (винятків) за допомогою юридичних заборон. Цей тип є відображенням принципу «дозволено все, крім того, що прямо заборонено нормами права». Таке регулювання надає особі право обрати будь-яку поведінку, крім тієї, щодо якої юридичним правилом встановлено заборону. Так, особа вправі вчиняти будь-які цивільні правочини, серед них і ті, що не визначені законом, крім тих, щодо яких у законі існує пряма заборона (наприклад, має право укладати договори купівлі-продажу будь-яких речей, крім наркотичних засобів, людських органів тощо).

Дозвільний тип правового регулювання заснований на поєднанні загальної юридичної заборони зі спеціальним юридичним дозволянням (дозволом). Таким регулюванням право дозволяє особі лише ту поведінку, що прямо передбачена юридичними правилами, і відповідно забороняє поведінку, що юридич-

ними правилами прямо не визначена («заборонено все, крім того, що прямо дозволено нормами права»).

Головним фактором домінування певного типу правового регулювання є особливості відносин, що підлягають регламентації. Так, для більшості приватноправових відносин характерною є перевага загальнодозволеного регулювання, тоді як для публічно-правових — дозвільного. Останній поширюється, наприклад, на діяльність публічної влади, її органів і посадових осіб (на це прямо вказує частина друга ст. 19 Конституції України, відповідно до якої органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України).

Різноманітність і специфічність людської діяльності в суспільстві вимагають вибору певного методу її регулювання правом, тобто інструментального підходу, що характеризує використання в певній суспільній сфері людської діяльності того чи іншого комплексу юридичних засобів.

Диспозитивний метод правового регулювання передбачає впровадження субсидіарних юридичних правил, тобто таких, що застосовуються в разі, якщо суб'єкти не встановили для впорядкування відносин між ними інших правил (не спромоглися, не забажали або забули їх установити). Впорядкування людської діяльності (поведінки суб'єктів правових відносин) за цим методом здійснюється шляхом установлення трьох типів юридичних правил.

По-перше, це правила, що встановлюють межі дозволеної поведінки суб'єктів. Так, Цивільний кодекс України закріплює істотні умови цивільних договорів, досягнення сторонами домовленості щодо яких дозволяє кваліфікувати ці договори як укладені. При цьому законом визначається лише перелік таких умов, тоді як конкретизація їхнього змісту здійснюється за домовленістю сторін (наприклад, відповідно до ст. 810¹ Цивільного кодексу України істотними умовами договору оренди житла з викупом є, зокрема, строк, на який укладається договір, розміри та строки внесення орендних платежів; отже, сторони такого договору зобов'язані зазначити в ньому ці умови, установивши при цьому їхній кількісний вираз на свій розсуд, тобто за домовленістю).

Другим типом є субсидіарні правила, тобто такі, що застосовуються лише в разі, якщо суб'єкти самостійно не встановили для впорядкування відносин між собою інших правил (не спромоглися, не забажали або забули їх установити). Наприклад, відповідно до ст. 632 Цивільного кодексу України якщо ціна у договорі не встановлена й не може бути визначена виходячи з його умов, вона визначається виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору.

До третього типу відносять правила, що закріплюють загальні принципи правового регулювання відповідної сфери людської діяльності в суспільстві. Так, ст. 3 Цивільного кодексу України закріплює принципи справедливості, добросовісності та розумності, які мають ураховувати суб'єкти цивільно-правових відносин і яким повинна відповідати їхня поведінка.

Диспозитивний метод обумовлює вільну саморегуляцію людьми своєї поведінки в суспільстві, встановлює лише межі та процедури такої саморегуляції.

Він є характерним для приватного права, оскільки передбачає самостійність суб'єктів у виборі ними варіанта поведінки.

Імперативний метод правового регулювання передбачає встановлення державою обов'язкових правил поведінки суб'єктів, її категоричну і детальну регламентацію, неможливість встановлення ними інших правил. Цей метод не допускає вільної саморегуляції людської діяльності, відступу від конкретних вимог юридичних правил. Він є характерним для публічного права, оскільки ґрунтується на підпорядкуванні одних суб'єктів відносин іншим, не припускає ні самостійності суб'єктів у виборі ними варіантів поведінки, ні можливості врегулювання відносин суб'єктами за їхнім розсудом.

Результативність і соціальна значущість правового регулювання визначаються передусім його ефективністю — спроможністю приводити до максимально можливих позитивних результатів за рахунок обґрунтованих, розумних і доцільних витрат та обмежень. Визначення цього показника є актуальним предметом дослідження сучасного правознавства. Вагомих результатів у цій сфері науковцям вдалося досягти, зокрема, шляхом використання методу економічного аналізу права [4, с. 41–46; 5, с. 27–427; 6, с. 132–151].

Ефективність правового регулювання визначається різними показниками. З одного боку, вона вираховується як співвідношення між реальними результатами регулювання та його цілями [3, с. 48], а з другого — як відношення соціального результату регулювання (рівня впорядкованості відповідних суспільних відносин) до витрат і зусиль, спрямованих на його досягнення. Ефективність є відображенням результативності правового регулювання, своєрідним аналогом коефіцієнта корисної дії в механіці.

Безперечно, право є ефективним соціальним регулятором, раціональним засобом упорядкування людської діяльності в суспільстві. Проте його регулятивні властивості й ефективність не слід ідеалізувати і переоцінювати. Разом із значною кількістю переваг, правове регулювання має й певні недоліки, що обумовлюються низкою об'єктивних і суб'єктивних чинників.

По-перше, право може об'єктивно відставати від суспільних потреб. Адже відносини в суспільстві складаються, розвиваються і змінюються вельми швидко, активно, часто-густо непередбачено. Між їх виникненням (зміню) та формуванням юридичних правил, не кажучи вже про їх закріплення в офіційних джерелах, проходить певний час. Правотворча процедура є складною і тривалою. Таким чином, реальний результат правового регулювання практично завжди є меншим за очікуваний, а ефективність — певною мірою далекою від стовідсоткової.

По-друге, обмеженість ефективності правового регулювання об'єктивно обумовлюється складністю і багаторівневістю права як системи норм та усталених принципів («*Law as integrity*») [7, с. 95]. Це породжує наявність юридичних колізій і прогалин у регулюванні. Їх виявлення й усунення потребує певного часу і додаткових зусиль, що також знижує загальну ефективність регулювання.

По-третє, ефективність регулювання людської діяльності правом залежить від рівня розвитку суспільства, його правової культури, наявних економічних ресурсів, стану правової свідомості членів цього суспільства.

По-четверте, суб'єктивним чинником рівня ефективності правового регулювання є інтелектуальний рівень суб'єктів правотворчості та правозастосуван-

ня, їхні професійні здібності, чесність, сумлінність, готовність до сприйняття цивілізаційних, передусім європейських, цінностей, заперечення корупції тощо.

Необхідність розумного обмеження регулятивного впливу на суспільство визначає систему принципів правового регулювання, реальне додержання яких є важливим чинником його ефективності. Серед них найважливішими є такі: доцільність, тобто обґрунтована необхідність регулювання певних суспільних відносин з метою їх упорядкування; адекватність, тобто відповідність способів, методів і типів регулювання, ступеня жорсткості правового режиму потребі у впорядкуванні та суспільним вимогам; збалансованість, тобто забезпечення у регуляторній діяльності балансу інтересів суб'єктів; передбачуваність, тобто послідовність регуляторної діяльності, що дозволяє здійснювати планування людської діяльності в суспільстві; прозорість і врахування громадської думки — відкритість для фізичних та юридичних осіб дій органів державної влади на всіх етапах регуляторної діяльності, обов'язковий розгляд регуляторними органами ініціатив, зауважень і пропозицій, наданих членами суспільства, обов'язковість і своєчасність інформування громадськості про здійснення регуляторної діяльності.

Дія цих принципів яскраво виявляється у сфері державної регуляторної політики, завданням якої є вдосконалення правового регулювання в господарській сфері, зокрема адміністративних відносин між органами державної влади і суб'єктами господарювання, зменшення втручання публічної влади у діяльність цих суб'єктів і усунення перешкод для розвитку їхньої діяльності (дерегулювання підприємницької діяльності). Проблема впливу держави на економіку за посередництвом права є предметом постійних дискусій не лише в Україні, а й у розвинених європейських країнах. Деретулювання спрямоване на скорочення й обмеження регламентації (зменшення кількості юридичних правил), виключення антиринкового втручання в конкуренцію, а також припускає формування простих, доступних, зрозумілих та ефективних правил [8, с. 38].

Найважливішим результатом ефективності регулювання людської діяльності правом є справедливе її впорядкування з урахуванням прав та інтересів усіх членів суспільства. Адже саме це й є завданням права як соціального регулятора, відповідає класичним засадничим цілям правового регулювання, якими є встановлення правового порядку, забезпечення прав і свобод членів суспільства.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Тихомиров Ю. А.* Правовое регулирование: теория и практика / Ю. А. Тихомиров. — М. : Формула права, 2010. — 400 с.
2. *Алексеев С. С.* Восхождение к праву. Поиски и решения / С. С. Алексеев. — М. : НОРМА, 2001. — 752 с.
3. *Кулапов В. Л.* Способ правового регулирования / В. Л. Кулапов, И. С. Хохлова. — Саратов : Изд-во ГОУ ВПО «Сарат. гос. акад. права», 2010. — 176 с.
4. *Познер Р. А.* Економічний аналіз права : пер. з англ. / Р. Познер. — Х. : Акта, 2003. — 863 с.
5. *Хиллман А.* Государство и экономическая политика: возможности и ограничения управления : пер. с англ. : учеб. пособие / А. Л. Хиллман. — М. : Изд. Дом ГУ ВШЭ, 2009. — 879 с.

6. *Эффективность* законодательства в экономической сфере : науч.-практ. исследование / отв. ред. Ю. А. Тихомиров. — М. : Волтерс Клувер, 2010. — 384 с.
7. *Dworkin R. Law's Empire* / R. Dworkin. — Cambridge, Massachusetts, 1986. — 470 p.
8. *Штобер Р. Хозяйственно-административное право. Основы и проблемы. Мировая экономика и внутренний рынок : пер. с нем. / Р. Штобер.* — М. : Волтерс Клувер, 2008. — 400 с.

Смородинський В. С. Зміст і межі регулювання людської діяльності правом

Анотація. Стаття є теоретичним дослідженням проблем нормативного впорядкування людської діяльності та місця права в ньому. Визначено зміст та окреслено межі правового регулювання, висвітлено питання його способів і типів. Запропоновано новий підхід до характеристики методів регулювання правом людської діяльності. Розглянуто проблеми визначення меж правового регулювання, встановлено критерії його ефективності.

Ключові слова: право, правове регулювання, диспозитивний та імперативний методи, ефективність правового регулювання.

Смородинский В. С. Содержание и пределы регулирования человеческой деятельности правом

Аннотация. Статья является теоретическим исследованием проблем нормативного упорядочения человеческой деятельности и места права в нем. Определено содержание и обозначены пределы правового регулирования, освещены вопросы его способов и типов. Предложен новый подход к характеристике методов регулирования правом человеческой деятельности. Рассмотрены проблемы определения границ правового регулирования, установлены критерии его эффективности.

Ключевые слова: право, правовое регулирование, диспозитивный и императивный методы, эффективность правового регулирования.

Smorodynskyy V. Content and Limits of the Legal Regulation of Human Activity

Summary. The article is a theoretical research of the problems of normative regulation of human activities and the role of law in this process. The content and the boundaries of legal regulation are outlined; its methods and types are elucidated. A new approach to understanding of legal methods of regulating of human activity is proposed. The problems of defining the law regulation boundaries are viewed; criteria of its effectiveness are determined.

Key words: law, legal regulation, dispositive and imperative methods, effectiveness of the legal regulation.

СТРАТЕГІЯ І ТАКТИКА ЗАКОНОТВОРЧОСТІ: ПРОБЛЕМИ ЕФЕКТИВНОСТІ

Н. ОНИЩЕНКО
*доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
завідувач відділу теорії держави і права
(Інститут держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України),
заслужений юрист України*



Серед багатьох змін, якими характеризуються сучасний суспільний розвиток, є зникнення або майже повне зникнення категорії (поняття) «планування» в різних сферах життєдіяльності людини і, як це не дивно, в наукових пошукових дослідженнях. Мабуть, це одна з причин того, що ринкові зрушення сприймаються громадою здебільшого як стихійне явище. Мова йде зараз не про суперечки щодо співвідносності процесів регуляції та дерегуляції, або обговорення переваг планової (адміністративно-командної) та ринкової економік. Ідеться саме про теоретичну категорію «планування», що має надзвичайно велике практичне значення. Так, звернемося до довідкової літератури.

Планування — визначення за планом термінів виконання, здійснення чогонебудь, наміри зробити, виконати щось [1, с. 388]. Планування — складання планів, планування роботи [2, с. 578].

Тепер спробуємо показати віддзеркалення цієї теоретичної моделі та її значущості у практичній площині. Мова піде про сферу законодавства.

Є закономірним запитання: чи замислюємося ми, що якість нашого життя залежить від якості закону? Втім сьогодні ми спостерігаємо такі процеси: недоліки поганого законодавства долаються шляхом прийняття кращих законів, потім ще кращих, потім ще. У такий спосіб наше законодавство нібито відповідає цивілізованим формам, міжнародним нормам, євростандартам, але є абсолютно надієвим. Не секрет, що такий «вал» законодавства можна пояснити і явищем під «елегантною назвою» лобізм. Коли той чи інший закон виникає, на жаль, не стільки як інструмент упорядкування життєдіяльності в певних сферах, а на замовлення окремих олігархів або політичних груп.

Отже, спробуємо розглянути необхідність процесу планування законодавства в контексті відповідних стратегій і тактик.

Під стратегією як такою розуміють — мистецтво суспільного і політичного керівництва масами, яке має визначити головний напрям їхніх дій, вчинків [3, с. 1399].

Тактика — це способи, прийоми досягнення певної мети; лінія поведінки [3, с. 1428]. Стратег — у давніх греків — головнокомандуючий військом, в той же час завідує зовнішніми справами держави та частково фінансами і судом [4, с. 231].

Спробуємо застосувати відповідну (необхідну) стратегію і тактику до необхідного процесу — правового регулювання суспільних відносин.

Термін «регулювання» походить від латинського слова «regulo» — «правило» та означає упорядкування, приведення чогось у відповідність із чимось.

Під правовим регулюванням П. Рабінович розуміє здійснюваний державою за допомогою всіх юридичних засобів владний вплив на суспільні відносини з метою їх упорядкування, закріплення охорони та розвитку [5, с. 151].

А. Черданцев зазначає, що правове регулювання — це впорядкування суспільних відносин за допомогою норм права та інших правових засобів (актів застосування, договорів тощо) [6, с. 342].

Таким чином, у юридичній літературі сформувався майже єдине розуміння правового регулювання як сукупності різноманітних форм та засобів юридичного впливу держави на поведінку учасників суспільних відносин, що здійснюються в інтересах всього суспільства або певного колективу чи особистості, з метою підпорядкувати поведінку окремих суб'єктів встановленому в суспільстві правопорядку [7, с. 19].

Правове регулювання — це певний процес, обумовлений об'єктивними та суб'єктивними чинниками, такими як рівень зрілості та стійкості суспільних відносин, рівень соціальної структури суспільства, стан економічного розвитку суспільства, загальний рівень правової культури населення та ін.

Цей процес передбачає впорядкування, юридичне закріплення та охорону суспільних відносин шляхом застосування правових засобів. Сферою правового регулювання є ті суспільні відносини (економічні, політичні, культурні, національні, релігійні тощо), які потребують правового впливу. Ці відносини складають предмет правового регулювання, є вольовими, об'єктивно потребують впливу з боку держави та мають чітко визначений зміст. В економічній сфері це відносини, що пов'язані із формуванням ринкових взаємозв'язків, розвитком різних форм власності, з виробництвом, розподілом матеріальних благ, із розвитком фермерського господарства. У політичній сфері це правове закріплення плюралістичних форм та методів здійснення влади, формування демократичних інститутів. У соціальній сфері це формування соціальної політики, спрямованої на задоволення інтересів конкретної людини в галузі освіти, охорони здоров'я, соціального забезпечення та інших сферах. Сьогодення вимагає вивчення та формування пріоритетних напрямів правового регулювання.

Отже, сферою правового регулювання є різні види відносин, а саме: економічні, політичні, духовно-культурні, національні, релігійні тощо, які відрізняються своєю цілеспрямованістю, змістом та формою. При встановленні сфери правового регулювання варто враховувати певні рекомендації:

— правом мають бути врегульовані найбільш суттєві суспільні відносини, які періодично виникають, мають принципове значення для держави, об'єднань громадян, окремих осіб (наприклад, об'єднання в політичні партії, здійснення

підприємницької діяльності, — це нові для України суспільні відносини, які були врегульовані нормами права);

- зміни, що відбулися в існуючих суспільних відносинах, мають бути якомога швидше відображені у праві (наприклад, у сфері охорони здоров'я: нещодавні експерименти із зникненням цілих груп ліків із вітчизняного ринку);

- розвиток існуючих суспільних відносин повинен стимулюватись за допомогою права (наприклад, будівництво за кошти інвесторів);

- право впливає на виникнення нових відносин та здійснює їх регулювання, якщо вони потребують і піддаються юридичній регламентації;

- суспільні відносини потребують регламентування, якщо вони відображаються у свідомій вольовій поведінці суб'єктів (право не може регулювати поведінку психічно хворих осіб, чи тих осіб, що перебувають під гіпнозом);

- правом регулюються тільки ті відносини, які виникають між суб'єктами, об'єднаннями громадян тощо. Не є предметом правового регулювання явища об'єктивної дійсності (фізичні, біологічні, природні процеси), за умови, що вони не перетворюються на конкретні юридичні факти.

Для правового регулювання характерні певні особливості:

- воно має цілеспрямований характер, оскільки виступає певним регулятором суспільних відносин, впорядковуючи їх за допомогою права на рівні суспільства;

- воно має організаційний та упорядкований характер, тобто здійснюється за допомогою певних засобів;

- правове регулювання повинно бути спрямоване на досягнення певних цілей, а тому має результативний характер;

- воно має певний предмет та сферу правового впливу, які усвідомлюються суб'єктами та суспільством та мають для них певне значення;

- забезпечується певними методами, які або координують діяльність суб'єктів у сфері права, або здійснюються за допомогою їх субординаційної підлеглості в процесі виконання або використання норми права;

- має визначені стадії, що передбачають насамперед правову регламентацію суспільних відносин, виникнення суб'єктивних прав та юридичних обов'язків та їх реалізацію [8].

Соціально-нормативне регулювання, яке обумовлене реальним змістом і закономірностями суспільного життя, у концентрованому вигляді виражає об'єктивну потребу будь-якого суспільства у впорядкуванні дій і взаємовідносин між його членами, у підкоренні їх соціально необхідним правилам. Тим самим нормативне регулювання виступає як вагомий фактор свідомої та цілеспрямованої дії соціальної спільності на спосіб і форми життєдіяльності людей. Реальний ефект реформування сучасної держави виявляється в наявності соціальних регуляторів, які виступають у ролі інструментів узгодження суперечливих суспільних відносин, що припускає використання всіх елементів системи нормативного регулювання.

Право є найбільш дієвим соціальним регулятором, що регламентує найважливіші суспільні відносини. Предмет правового регулювання постійно розширяється за рахунок появи нових форм і видів відносин, при цьому право має не просто регламентувати такі відносини, але часто прораховувати (прогнозувати) наслідки їх реалізації.

Дослідження проблематики правового регулювання починається ще на початку другої половини ХХ ст. Слід зазначити, що ХХІ ст. характеризується загостренням глобальних проблем, активізацією процесів глобалізації, інтеграції тощо. Такі тенденції служать новому розвитку держави і права на основі поглиблення теорії правової держави, громадянського суспільства, принципу верховенства права, пріоритету закону, в ієрархії джерел права, співвідношення національного і міждержавного права тощо.

У науковій літературі до цього часу не всім і не все зрозуміло про зміст таких понять, як «правове регулювання», «дія права», «правовий вплив», «сприйняття права» тощо. Одні автори під правовим регулюванням розуміють вплив права на суспільні відносини за допомогою спеціальних юридичних засобів. Інші дослідники включають у правове регулювання всі види впливу права на свідомість та поведінку людей. Важливого значення набуває у зв'язку з цим проблема правового регулювання та правового впливу, їх взаємообумовленості та взаємоузгодженості [9, с. 165–168].

Правове регулювання в усіх випадках має бути зв'язаним із процесом регламентації дій учасників суспільних відносин, правовий вплив здійснюється і поза межами цієї регламентації. Правове регулювання — це особливий формалізований метод державної регламентації дій суб'єктів права. За часом воно збігається зі строком дії норми права, а правовий вплив має свої строки, форми і методи впливу, що не збігаються з усіма компонентами правового регулювання. Норма права може бути скасована, якщо вона не здатна здійснювати регулювання суспільних відносин, але вона може залишатися в пам'яті людей і при цьому впливати на їх свідомість.

Норми права мають дві властивості: вони можуть впливати на поведінку людей і регулювати її.

Впливають на поведінку людей мотиви закону і наміри законодавця, але саме по собі це не регулює суспільних відносин, не породжує конкретних правовідносин.

Будь-яке регулювання є, безумовно, певним впливом, але не будь-який вплив є регулюванням, тобто нормуванням суспільного життя.

Необхідною властивістю правового регулювання має бути здатність регламентувати відносини на основі юридичних норм. Правове регулювання, вказуючи суб'єктам права вид і межі дії, передбачає правові наслідки (позитивні і негативні), воно забезпечене силою державного примусу. А для правового впливу ця чіткість, визначеність не характерна.

У такий спосіб розглянувши хоча б побіжно доктринальну проблему, пов'язану з правовим регулюванням, хочемо констатувати, що на практиці більша або менша досконалість правового регулювання визначає ефективність законодавства і якість закону як явища соціальної дійсності.

На жаль, сьогодні вітчизняні вчені наголошують на відсутності перспективного планування у сфері законодавства, застосованого на програмно-цільовому підході та прогнозуванні. Більше того, відповідно до Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» здійснюється планування роботи у комітетах, формується порядок денний на кожну сесію, на місяць та пленарний тиждень, а також на кожний день пленарного тижня, які готуються Апаратом за

поданням комітетів, тимчасових спеціальних та тимчасових слідчих комісій з урахуванням пропозицій депутатських фракцій відповідно до затвердженого Порядку денного сесії Верховної Ради України. Утім це поточне планування. Планування ж на перспективу, короткострокову (1–2 роки) чи довгострокову (5 років), на час каденції парламенту, яке б ураховувало програмно-цільовий підхід, сьогодні практично відсутнє [10, с. 128].

Одним із засобів наукового обґрунтування в процесі планування є прогнозування. Базування плану на прогнозі зазвичай підвищує точність планового рішення.

В Україні натомість відсутні загальнодержавні програми розвитку законодавства, що ставали б основою та конкретизувалися б у різнотермінових планах законопроектних робіт окремих органів державної влади, а також спільних (комплексних) планах законопроектних робіт органів законодавчої та виконавчої влади, Президента України, які фіксували б необхідність залучення до складу виконавців інших важливих учасників законопроектної діяльності. У такий спосіб, без належної відповіді, що підлягає першочерговому унормуванню законом, які саме суспільні відносини мають регламентуватися в першу чергу, як цього вимагає логіка життя та необхідність соціальних змін на краще, а також як цього досягти, залежать ефективність та потенційна сила законодавства. Таким чином, визнаємо можливим найширше вивчення у доктрині та застосуванні відповідних рекомендацій на практиці категорії «планування» як процесу удосконалення системи законодавства та її ефективної дії.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Великий* тлумачний словник. Сучасна українська мова від А до Я. — Донецьк : ТОВ ВКФ «БАО», 2008. — 704 с.
2. *Куньч З. Й.* Універсальний словник української мови / З. Й. Куньч. — Тернопіль : Навч. кн. — Богдан, 2005. — 848 с.
3. *Великий* тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. *В. Т. Бусел.* — К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. — 1728 с.
4. *Иллюстративный энциклопедический словарь* Ф. А. Брокгауза и И. А. Ефрона. Современная версия. — М. : Эксмо, 2009. — 288 с.
5. *Рабінович П. М.* Основи загальної теорії держави і права / П. М. Рабінович. — К. : Атіка, 1995. — 176 с.
6. *Черданцев А.* Теория государства и права : учебник / А. Черданцев. — М. : Изд-во Юрайт-М, 2002. — 342 с.
7. *Горшенев В. М.* Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе / В. М. Горшенев. — М. : Юрид. лит., 1972. — 258 с.
8. *Теорія держави і права: академічний курс : підручник / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко.* — К. : Юрінком Інтер, 2008. — 688 с.
9. *Тарахонич Т. І.* Сфера правового регулювання як юридична категорія / Т. І. Тарахонич // Міжкафедральний науково-практичний семінар «Конституція України: питання теорії та практики». — К. : «МП Леся», 2012. — С. 165–168.
10. *Богачова О. В.* Законотворення: теоретично-прикладні аспекти / О. В. Богачова. — Кам'янець-Подільський : ТОВ «Друкарня “Рута”», 2012. — 448 с.

Оніщенко Н. М. Стратегія і тактика законотворчості: проблеми ефективності

Анотація. Стаття присвячена проблемі підвищення ефективності дії і результативності законодавства. Автором ставиться питання щодо необхідності посилення планових засад у законотворчій роботі. Обґрунтовується думка, відповідно до якої ефективність правового регулювання прямо і безпосередньо віддзеркалює ефективність і якість закону як явища соціальної дійсності. Мета публікації — констатація необхідності удосконалення державної політики, стратегії та тактики законотворчості та нормопроекування.

Ключові слова: законодавство, закон, планування законодавства, ефективність законодавства, стратегія законотворчості, тактика, нормопроекування.

Оніщенко Н. Н. Стратегия и тактика законотворчества: проблемы эффективности

Аннотация. Статья посвящена проблеме повышения эффективности и результативности законодательства. Автором ставится вопрос о необходимости усиления плановых начал в законотворческой работе. Обосновывается точка зрения, согласно которой эффективность правового регулирования прямо и непосредственно отражает эффективность и качество закона как явления социальной действительности. Цель публикации — констатация необходимости совершенствования государственной политики, стратегии и тактики законотворчества и нормопроектирования.

Ключевые слова: законодательство, закон, планирование законодательства, эффективность законодательства, стратегия законотворчества, тактика, нормопроектирование.

Onishchenko N. The Strategy and Tactics of Legislation: the Problems of Efficiency

Summary. The article is devoted to the problem of improving the legislation efficiency. The author raises the question of the need to strengthen the planning elements in the legislative work. It is emphasized that the effectiveness of legal regulation directly and indirectly reflects the efficiency and quality of the legal acts as a phenomenon of social reality. The purpose of the publication is to state the need to improve public policy, strategy and tactics of lawmaking and drafting.

Key words: legislation, legal act, planning of lawmaking, the effectiveness of legislation, legislative strategy, tactics, drafting.

ДИСКУСІЯ:
ЧИ МОЖЛИВА УНІВЕРСАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА
ЯК СПІЛЬНА КОНЦЕПТУАЛЬНА ОСНОВА ТЕОРІЙ
НАЦІОНАЛЬНОГО І МІЖНАРОДНОГО ПРАВА?

КВАНТОРИ «ЗАГАЛЬНОСТІ»
ЗАГАЛЬНОЇ ТЕОРІЇ ПРАВА

М. ДАМІРЛІ
*доктор юридичних наук,
професор кафедри права Європейського Союзу
та порівняльного правознавства
(Національний університет
«Одеська юридична академія»)*



Пропозиція професора П. Рабіновича про створення такої універсальної (загальної) теорії права, яка була б «спільною концептуальною основою теорій національного і міжнародного права» [1; 2], дискусія навколо цього питання на сторінках журналу «Філософія права і загальна теорія права» [3; 4], а також аналіз сучасного стану цієї галузі науково-правового знання показують, що дійсно задуматися є над чим. Сама ідея заслуговує на пильну увагу, бо вона змушує переосмислити багато проблем теоретичного знання у правознавстві. Виникають різні запитання. До них, зокрема, належать такі: що розуміється під теорією у правовій науці? Якою є структура теоретичного знання у правознавстві? У чому полягає «загальність» загальної теорії права? Якими є джерела цієї «загальності»? Чим викликаний незадовільний стан загальної теорії права? Які можливі шляхи виходу з цього становища?

Власне кажучи, головна заслуга П. Рабіновича, на мій погляд, полягає в тому, що він своєю пропозицією і міркуваннями навколо неї виводить ці проблеми на перший план.

Свої роздуми з проблематики, яка дискутується, почну зі з'ясування питання про те, що розуміється під «теорією» у правовій науці?

Слід зауважити, що, по-перше, наука — це передусім теоретичне відображення дійсності: система узагальнених уявлень про об'єктивну реальність, а це означає, що наукові знання є теоретичними від початку. Інакше кажучи, теоре-

тичне мислення неодмінно присутнє у будь-якій науці, хоча форми і глибина теоретичного узагальнення можуть варіювати.

По-друге, будь-яка теорія є загальною за визначенням. В іншому випадку вона не може виконувати свої функції. Теорія не належить до одиничних явищ, а стосується саме загальних властивостей, які виходять за межі унікальних, неповторних явищ. Разом з тим теоретичні наукові знання розрізняються за ступенем узагальнення.

У сучасній науці поняття «теорія» вживається в досить різних значеннях: від теорії конкретного питання до всеохоплюючих теорій. Для потреб цього дослідження, як видається, необхідно виділити два енциклопедичних значення цього поняття, які є найбільш вживаними.

Теорія у більш вузькому і строгому значенні — це вища, найбільш складна і найрозвинутіша форма наукового знання, що дає цілісне уявлення про закономірності й суттєві зв'язки певного феномену або сфери об'єктивної дійсності. При цьому інші форми наукового знання — наукові факти, проблеми, гіпотези, закони, поняття, класифікації, типології — часто співіснують, перебувають у тісному взаємозв'язку з теорією, становлять основу її створення і входять до неї як компоненти. Прикладами теорії в їх вузькому сенсі є: теорія відносності А. Ейнштейна, теорія суспільних формацій К. Маркса, структурно-функціональна теорія Т. Парсонса та ін.

У прикладенні до правової науки теорія у вказаному значенні близька до типу праворозуміння, є синонімом вчення, концепції про право. Саме в такому значенні ми вживаємо це поняття, коли говоримо, наприклад, «чиста теорія права» Г. Кельзена, соціологічна теорія права і т. д.

Маючи на увазі власне це значення теорії, Б. Кістяківський ще на початку ХХ ст. писав, що «в жодній іншій науці немає стільки суперечливих теорій, як у науці про право. При першому ознайомленні з нею створюється навіть таке враження, ніби вона складається лише з теорій, що взаємно виключають одна одну» [5, с. 374]. Справа в тім, що досі не вдалося і навряд чи коли-небудь вдасться розробити у змістовному плані єдину (одну) універсальну теорію права у вказаному значенні.

Теорія в широкому розумінні — це система узагальнених наукових положень, тверджень, ідей, принципів, абстрактних понять, спрямованих на пояснення і розуміння явищ певної сфери дійсності, що утворюють певну науку, сферу наукового знання або її розділи. Утім у системі будь-якої науки теоретичне знання є багатопшаровим утворенням, в якому виділяють різні рівні, відсіки цього знання.

У правовій науці теорія у широкому розумінні — це насамперед загальна теорія права як наука, як система загальнотеоретичних правових наукових знань. Очевидно, професор П. Рабінович, говорячи про універсальну (загальну) теорію права, має на увазі саме цю сферу науково-правового знання, а не теорії права у вузькому сенсі, хоча і вони за характером є загальними і входять до складу загальної теорії права як науки, поряд із такими відносно самостійними її розділами, як теорія правосвідомості, теорія правовідносин, теорія юридичної відповідальності, теорія юридичного процесу тощо. Останні також претендують на статус загальних, бо стосуються загальних елементів права, правової дійсності, але оскільки вони охоплюють не право в цілому, а його спеціальні зрізи, при-

свячені спеціальним проблемам загальної теорії права, то їх можна назвати *спеціальними* (точніше — спеціалізованими загальними) теоріями права.

Однак теоретичний рівень правового знання зазначеними компонентами не вичерпується. Будь-яка правова наука (у тому числі й галузева) має свою теоретичну частину, яка виступає вже як окрема (рос. — «частная») теорія. Окремі теорії права порівняно із загальною теорією права мають більш вузьку сферу застосування. Їх об'єктами є відносно самостійні сфери права. Вони вивчають форми проявів і механізми дії загальних закономірностей, які формулюються загальною теорією права, в різних сферах правового життя суспільства. З огляду на це окремі теорії права відіграють роль перехідних ланок від загальної теорії права до емпіричних правових досліджень.

Таким чином, структура теоретичного правового знання уявляється багатовимірною і може бути описана щонайменше у двох вимірах: 1) за об'єктом і рівнем узагальнення; 2) за дисциплінарною структурою. Відповідно до першого виміру можна виділити загальні, спеціальні й окремі теорії. Другий вимір дає можливість теоретико-правові знання представити системою наук, які можна розподілити на дві групи: загальнотеоретичні (сукупність яких становить самостійний блок правової науки — загальнотеоретичне правознавство) та окремо-теоретичні правові наукові дисципліни. Загальнотеоретичне правознавство структурно складається із загальної теорії права, філософської теорії права (філософії права), соціологічної теорії права (соціології права), порівняльно-правової теорії тощо. До окремо-теоретичних правових наукових дисциплін належать галузеві теорії права, а також теорія міжнародного права та теорія права Європейського Союзу.

Дійсно, якщо врахувати вищезазначені положення про те, що будь-яка правова наука є теоретичною від початку і в такій ролі є системою узагальнених уявлень про досліджуваний об'єкт, а будь-яка теорія за визначенням є загальною, то тоді в чому ж полягає «загальність» загальної теорії права, якими є витoki такої «загальності»?

Вихідним для відповіді на це питання є уявлення про те, що загальна теорія права вивчає право як родове явище, його найбільш загальні родові ознаки, характеристики, елементи¹, які іманентні всім правовим явищам, є загальними для всіх них. Таке положення про об'єктно-предметну «загальність» загальної теорії права орієнтує на пошук показників (вимірів), що конкретизують цю загальність. Вони можуть бути позначені запозиченим мною з логіки і математики поняттям «квантори загальності»².

¹ Серед загальних елементів Ж.-Л. Бергель виокремлює такі: «визначення Ж. права, джерела права, основні принципи права, правовий порядок, географічне, тимчасове і соціальне оточення юридичної проблеми, інститути, концепти і категорії, особлива мова права, співвідношення факту і права, суддя, процес, деякі спеціальні типи судження...» [6, с. 24].

² У логіці та математиці квантори — це логічні еквіваленти слів «всі», «кожен» тощо (квантори загальності, універсальності), «деякий», «існує» та ін. (квантори екзистенціальності, існування). Їх уведено за пропозицією відомого математика Г. Кантора (1845–1918) для вираження загальності цієї властивості, інакше кажучи, загальності наукових положень (квантори загальності) і тверджень про існування хоча б одного об'єкта, що володіє такою властивістю (квантори існування).

Проведений аналіз цієї проблематики дозволяє виділити, як мінімум, три групи кванторів: квантор галузевої загальності, квантор темпоральної (часової) загальності та квантор спатіальної (просторової) загальності. Кожному з них відповідають свої джерела загальнотеоретичних узагальнень, отже, можна виділити три види таких джерел.

Квантор галузевої загальності передбачає загальність теоретичних положень і понять загальної теорії права для всіх галузей права.

Узагальненням у рамках кожної галузевої правової науки займається її теоретична частина — галузева теорія права як окрема теорія: теорія конституційного права, теорія цивільного права, теорія кримінального права і т. д. Якщо для загальної теорії права об'єктом є вся правова реальність, право в цілому, то для галузевих теорій права — відповідна галузь права. Більше того, вони відрізняються за рівнем теоретичних узагальнень. При цьому загальну теорію права відрізняє високий ступінь узагальнення, більш глибоке проникнення в сутність права. Зокрема, її не цікавить право якої-небудь країни, її окремі характеристики, але вона вивчає природу права взагалі, принципи правового устрою будь-якого суспільства (і навіть усього людства).

Галузевими джерелами загальнотеоретичних узагальнень є: для розкриття «анатомії» права, тобто для розробки таких понять, як норма права, суб'єктивні права і обов'язки, юридичний факт, правовідносини тощо — в основному приватне право, особливо цивільне право і відповідна юридична практика; для понять щодо зовнішніх форм позитивного права (нормативно-правовий акт, закон і т. д.) — публічне право; для категорій відповідальності, вини та ряду інших — кримінальне та адміністративне право; для понять, присвячених дії права, його реалізації, застосуванню, процесуальним формам, правовим гарантіям, — процесуальне право [7, с. 156].

Квантор темпоральної (часової) загальності означає загальність теоретичних положень і понять загальної теорії права у різних координатах часу, за віссю часу з минулого через сьогодні в майбутнє. Загальність у ракурсі такого вимірювання може визначатися як така, що не піддається впливу часу, розкривати-ся розглядом об'єкта на рівні, якщо користуватися поняттям М. Бахтіна, «великого часу».

Із цього виміру джерелом загальнотеоретичних положень і понять загальної теорії права виступає історія права. Відомо, що для вираження історико-правового процесу, закономірностей генезису і розвитку права використовується ціла система поняттєво-категорійного апарату, в тому числі специфічні правові поняття [8]. Однак не всі історико-правові положення і поняття стають загальнотеоретичними, такими можуть бути лише ті з них, які дозволяють логічно відтворити історико-правовий процес, що відображають сутнісні та структурні моменти розвитку права і пройшли перевірку «великим часом».

Квантор спатіальної (просторової) загальності передбачає необмеженість теоретичних положень і понять загальної теорії права вузькими спатіальними межами, їх загальність для всіх правових систем. Джерелами «загальності» загальної теорії права з цього виміру є правова реальність у світовому масштабі, всі існуючі у світі правові системи як національні, так і наднаціональні, у тому числі й міжнародна.

За всієї очевидності, незадовільний стан сучасної загальної теорії права переважно пов'язаний із незабезпеченістю її просторової загальності. Так, у літературі

із загальної теорії права проблеми розробляються головним чином на основі одного внутрішньодержавного права, однієї національної правової системи (як правило, тієї системи, до якої належить автор), у кращому випадку — на основі однієї правової сім'ї. Звідси і розбіжність між положеннями цієї науки і реаліями правових систем, що належать до інших правових сімей, — з одного боку та реаліями міжнародно-правової системи — з другого. Тим самим виникає проблема універсальності понять, добре відома компаративістам. Її суть полягає в тому, що універсальні (загальні) поняття не завжди адекватно відображають зміст правових явищ і процесів, які існують у різних правових системах. У дослідницькій практиці часто буває так, що отримані при вивченні групи правових систем теоретичні узагальнення неможливо поширити на всі правові системи. Наприклад, поняття «правовий звичай» майже у всіх загальнотеоретичних роботах визначається через таку ознаку, як «державна санкціонованість». Утім у правових системах традиційного звичаєвого права для правового звичаю не характерна така ознака. Отже, існуючі визначення цього поняття, які розроблені, як правило, на основі вивчення лише західних правових систем, не можуть бути поширені на правові системи традиційного звичаєвого права, бо не відображають реальний зміст явища, званого в цих системах «правовий звичай».

Розробка проблем загальної теорії права з опорою на одну національну правову систему призводить до помилкового твердження, яке досить часто зустрічається, щодо існування «вітчизняної» загальної теорії права. Щоправда, з великою часткою умовності в юридичній літературі часто вживається вираз «вітчизняна правова наука», маючи на увазі при цьому відповідні розробки вітчизняних вчених. Однак, виходячи із суто вузького, строгого розуміння цього поняття, слід вказати на те, що немає ні української, ні російської, ні французької правової науки, а тим більше — загальної теорії права. Тому не зовсім коректними видаються також часто вживані в дисертаційних дослідженнях положення новизни, сформульовані з використанням виразів «уперше у вітчизняній правовій науці», «уперше у вітчизняній загальній теорії права».

Що стосується міжнародно-правової системи в її зв'язку із загальною теорією права, то такі загальнотеоретичні напрацювання, як поняття права, теоретичні положення про правові норми, джерела права, правовідносини, юридичної відповідальності тощо є (принаймні, повинні бути) загальними і для цієї правової системи. Зі свого боку, міжнародне право не може не впливати на розроблення таких понять. Інша справа, що сучасна загальна теорія права при розробленні основних понять і категорій залишає поза увагою відповідні поняття і категорії міжнародного права. До речі, при цьому навряд чи може бути втіхою включення в загальну теорію права окремих загальних тем міжнародного права. Це не що інше, як повторення деяких теоретичних положень науки міжнародного права.

Як і будь-яка правова наука, міжнародне право має свою теоретичну частину (теорія міжнародного права) як окрему теорію. Вона, як і галузеві теорії, є вторинною, похідною стосовно загальної теорії права, сформувалася та розвивається на базі положень останньої. Загальна теорія права одна і вона стосується права взагалі, тому викликає заперечення вживання стосовно міжнародного права кальки «загальна теорія». Некоректність такої «спайки» можна пояснити також тим, що у світі існує лише одна міжнародна правова система, а загальна теорія видового явища, в даному випадку — однієї правової системи, не може існувати.

Цілком очевидно, що стан загальнотеоретичних розробок у правознавстві не може вважатися задовільним, а наука під назвою «Загальна теорія права» в існуючому вигляді, з указаними недоліками — загальною.

Звичайно, виходом із такої ситуації не може бути ні зміна назви обговорюваної науки, ні присвоєння нової назви цій галузі правового знання. Як правильно зазначив свого часу Ш. Монтеск'є, «як легко дати предмету нову назву, так важко змінити його сутність». Безумовно, справа не у зміні назви (хоча для наукової строгості і воно має важливе значення), а в більш складному завданні — у концептуальному оновленні загальної теорії права. Таке оновлення повинно охопити, на мій погляд, багато питань цієї науки, починаючи з перегляду визначення предмета пізнання і закінчуючи переосмисленням як традиційних, так і нових проблем з урахуванням реалій сучасного етапу розвитку права і соціально-гуманітарних наук.

Це завдання має здійснюватися в межах серійних систематичних досліджень. Тут обмежимося лише вказівкою на те, що зводити завдання загальної теорії права до узагальнення даних однієї галузі права або однієї правової системи, що не виходить за вузькі в просторі і часі межі, — значить вести цю науку до банкрутства. Загальнотеоретичне пізнання права може бути повним, репрезентативним, адекватним реаліям лише в тому випадку, якщо будуть взяті до уваги всі три зазначені вище квантори загальності; інакше кажучи, якщо доменом його стануть загальні елементи правової дійсності, які незмінно зустрічаються у всіх галузях права, у всіх правових системах минулого та сьогодення. Інакше неможливо буде використовувати отримані наукові результати для пояснення різноманітних правових явищ, що існують у різних місцях і в різний час, і, ґрунтуючись на них, будувати прогнози.

Особливо слід підкреслити, що великий потенціал для концептуального збагачення загальної теорії права нині має використання матеріалу наднаціонального права, причому як міжнародного права, так і права Європейського Союзу. Це аж ніяк не повинно бути здійснено шляхом включення в узагальнюючі праці або підручники із загальної теорії права якихось тем, розділів, присвячених цим правовим системам. Також помилковим видається включення в загальну теорію права тем щодо окремих національних правових систем. Науково-пізнавальна узагальнююча функція загальної теорії права стосовно всіх зазначених правових систем має реалізовуватись шляхом «виведення за дужки» ознак, елементів і характеристик, загальних, повторюваних в цих правових системах. Разом з тим слід зазначити, що є питання, які в загальнотеоретичному плані на належному рівні можуть бути розроблені лише на базі наднаціональних правових систем та/або через їх зв'язки з національними правовими системами¹ (наприклад, поняття «транснаціональне право», «правова інтеграція»).

¹ Як правильно зауважує Г. Вельямінов, «системи національного права та міжнародного права не розділені і не можуть бути розділені непроникною стіною, навпаки, вони іманентно взаємопов'язані. Якщо національна правова система, як доводить історичний досвід, може бути цілком самодостатньою, то міжнародне право немислиме поза зв'язками з національним правом держав — суб'єктів і творців міжнародного права. Практично міжнародне публічне право, його норми знаходять своє реальне застосування і вираження в кінцевому підсумку за допомогою трансформації у національне право окремих держав» [9].

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Рабінович П. Чи можлива універсальна теорія права як спільна концептуальна основа теорій національного і міжнародного права? (запрошення до дискусії) // Філософія права і загальна теорія права. — 2012. — № 2. — С. 245–248.
2. Рабінович П. Всеобщая (универсальная) теория права как единый концептуальный базис теории национальной, международной и сравнительной юриспруденции / П. Рабинович // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку : зб. наук. праць / за ред. С. В. Ківалова, Ю. С. Шемшученка. — Одеса : Фенікс, 2013. — С. 117–119.
3. Мережко О. До питання про можливість створення універсальної теорії права / О. Мережко // Філософія права і загальна теорія права. — 2013. — № 1. — С. 180–182.
4. Честнов І. Універсальність права в контексті культурного релятивізму / І. Честнов // Філософія права і загальна теорія права. — 2013. — № 1. — С. 183–190.
5. Кистяковский Б. А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права / Б. А. Кистяковский. — М. : Изд. М. и С. Сабашниковых, 1916. — 704 с.
6. Бержель Ж.-Л. Общая теория права : пер. с фр. / Ж.-Л. Бержель. — М. : Изд. дом NOTABENE, 2000. — 576 с.
7. Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия: опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. — М. : Статут, 1999. — 712 с.
8. Дамирли М. А. Теоретико-методологические проблемы понятийно-категориального аппарата историко-правовой науки / М. А. Дамирли // Поняття, терміни і категорії історико-правової науки : матеріали Міжнар. істор.-прав. конф. (23–26 квітня 2009 р., м. Миколаїв). — Миколаїв : Вид-во ЧДУ ім. Петра Могили, 2010. — С. 3–11.
9. Вельяминов Г. М. Международное экономическое право и процесс (Академический курс): учебник / Г. М. Вельяминов. — М. : Волтерс Клувер, 2004 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.bookz.com.ua/21/2.htm>.

Дамірлі М. А. Квантори «загальності» загальної теорії права

Анотація. У статті аналізується структура теоретичного знання в правознавстві і місце в ній загальної теорії права, виявляються виміри «загальності» загальної теорії права і джерела цієї «загальності». При цьому автор виходить із такого положення, що загальна теорія права вивчає право як родове явище найбільш загальних родових ознак, характеристик, елементів права, правової дійсності, які іманентні всім правовим явищам. Ця об'єктно-предметна «загальність» загальної теорії права конкретизується за допомогою показників (вимірів), які автором позначені виразом «квантори загальності», запозиченим із логіки і математики. Як такі пропонується виділити три групи кванторів: квантор галузевої загальності (загальність для всіх галузей права), квантор темпоральної (часової) загальності (загальність у різних координатах часу, по осі часу з минулого через сьогоднішня в майбутнє) і квантор спатіальної (просторової) загальності (необмеженість теоретичних положень і понять загальної теорії права вузькими у просторі межами, їх загальність для всіх правових систем). Кожному з них відповідають свої джерела загальнотеоретичних узагальнень. Автор дійшов висновку, що загальнотеоретичне пізнання права може бути повним, репрезентативним, адекватним реаліям лише в тому випадку, якщо

будуть прийняті до уваги всі вищезазначені три квантори загальності, інакше кажучи, якщо його доменом стануть загальні елементи правової дійсності, які незмінно зустрічаються у всіх галузях права, у всіх правових системах минулого і сьогодення.

Ключові слова: загальнотеоретичне правознавство, загальна теорія права, квантори «загальності», право, правові системи, національна правова система, міжнародне право, право Європейського Союзу.

Дамирлі М. А. Кванторы «общности» общей теории права

Аннотация. В статье анализируется структура теоретического знания в праве и место в ней общей теории права, выявляются измерения «общности» общей теории права и источники этой «общности». При этом автор исходит из такого положения, что общая теория права изучает право как родовое явление наиболее общих родовых признаков, характеристик, элементов права, правовой действительности, которые имманентны всем правовым явлениям. Данная объектно-предметная общность общей теории права конкретизируется с помощью показателей или измерений, которые автором обозначены выражением «кванторы общности», заимствованным из логики и математики. В качестве таковых предлагается выделить три группы кванторов: квантор отраслевой общности (общность для всех отраслей права), квантор темпоральной (временной) общности (общность в разных координатах времени, по оси времени из прошлого через настоящее в будущее) и квантор спатальной (пространственной) общности (неограниченность теоретических положений и понятий общей теории права узкими в пространстве пределами, их общность для всех правовых систем). Каждому из них соответствуют свои источники общетеоретических обобщений. Автор приходит к выводу, что общетеоретическое познание права может быть полным, репрезентативным, адекватным реалиям лишь в том случае, если будут приняты во внимание все обозначенные выше три квантора общности, иначе говоря, если его доменом станут общие элементы правовой действительности, неизменно встречающиеся во всех отраслях права, во всех правовых системах прошлого и настоящего.

Ключевые слова: общетеоретическое правописание, общая теория права, кванторы «общности», право, правовые системы, национальная правовая система, международное право, право Европейского Союза.

Damirli M. Quantifiers of «Generality» of General Theory of Law

Summary. In the article the structure of theoretical knowledge in jurisprudence and the place in it of the general theory of law are analyzed, measures of «generality» of general theory of law and sources of such «generality» are identified. Thus the author comes from position, that the general theory of law studies law as the generic phenomenon, it's most general generic features, characteristics, elements of law, legal reality, that are immanent to all legal phenomena. This objective-subject generality of general theory of law is specified using indicators or measurements which are marked by the author by expression «quantifiers of generality», borrowed from logic and mathematics. As such it is suggested to distinguish three groups of quantifiers: quantifier of branch generality (generality for all branch's of law), quantifier of temporal generality (generality in the different co-ordinates of time, on the time axis from the past through the present to the future) and quantifier of spatial generality (limitlessness of theoretical principles and concepts of the general theory of law in the narrow limits of space, generality of them for all legal systems). Each of them corresponds the sources of general theoretical generalizations. The author comes to the conclusion, that general theoretic cognition of the law can be complete, representative, adequate to reality only in case that all foresaid three quantifiers of

generality will be taken into account, otherwise speaking, if the domain of it will become general elements of legal reality, unchangingly meeting in all areas of law, in all legal systems of the past and the present.

Key words: general theoretic jurisprudence, general theory of law, quantifiers of «generality», law, legal systems, national legal system, international law, European Union law.

ПРАВОВА ПЕРСОНОЛОГІЯ: ДОСВІД ПОБУДОВИ ЗАГАЛЬНОЇ КОНЦЕПТУАЛЬНОЇ ОСНОВИ НАЦІОНАЛЬНОГО ТА МІЖНАРОДНОГО ПРАВА



О. ТАРАСОВ

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри міжнародного права
(Національний університет
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)*

На сторінках журналу «Філософія права і загальна теорія права» професор П. Рабінович [1, с. 245–248] торкнувся актуальної теми, із приводу якої точиться дискусія і в межах науки міжнародного права [2, с. 62–65; 3, с. 19–96], а саме — необхідності й можливості побудови загальної теорії права, яка поєднує теорії національного та міжнародного права. Починаючи з батьків-засновників науки міжнародного права, які до того ж були й видатними теоретиками права (достатньо згадати ім'я Г. Гроція), юристи-міжнародники постійно висловлювали думки щодо потреби розширення предмета загальної теорії права шляхом включення до нього міжнародно-правового знання. Ця ідея була сформульована і автором цієї статті в одній із попередніх робіт [4, с. 46–47].

З огляду на наведене хотілося б запропонувати для обговорення наші напрацювання за останню чверть століття. Упродовж цього часу ми вирішували проблему міжнародної правосуб'єктності, що й змусило автора замислитися над необхідністю розробки основ загальноправової персонології — науки про суб'єкта права в цілому.

Метою статті є наведення головних положень правової персонології як досвіду побудови загальних концептуальних основ теорій суб'єкта національного та міжнародного права.

Аналіз світової та вітчизняної думки за останні два століття щодо проблеми як суб'єкта міжнародного права, так і суб'єкта права в цілому дозволяє зробити такі досить невтішні висновки.

По-перше, науковці визнають, що на цей час відсутня загальна теорія суб'єкта права¹. Як у національно-правовій, так і в міжнародно-правовій літера-

¹ Слушно зауважує С. Архіпов: «Існуюча невизначеність з приводу того, хто або що є суб'єктом права, які ознаки характеризують суб'єкт права, критерії їх класифікації, види

турі акцентується на нормоцентристському ухилі юридичних досліджень, коли суб'єкт права опиняється за межами правової реальності, а право обмежується його нормативною складовою. У доктрині міжнародного права таке вузьконормативне розуміння права посилюється етатизмом, у межах якого все різноманіття міжнародно-правової реальності зводиться до вузької сфери міждержавних відносини.

Ураховуючи наведене, пропонується в межах правової реальності, крім традиційної нормативною складовою, виокремлювати спеціальний предмет дослідження — *персонативну правову реальність*. До того ж нормативний (право як система правових норм) і персонативний (право як система правових осіб) виміри також можуть бути доповнені комунікативним (право як система правових відносин) розумінням права, як наслідок, стає можливим вести мову про три виміри правової реальності. Кожному з трьох взаємопов'язаних предметів правових досліджень відповідає своя специфічна методологія — нормативна, персонативна і комунікативна, що дозволяє виокремити в загальній теорії права три фундаментальних напрями: правову нормологію, правову персонологію і правову комунікатологію. Кожен із цих напрямів не тільки не протистоїть і не протиставляється іншим, а доповнює їх. На наш погляд, таке розуміння умовно може бути визначене як *тривимірний методологічний підхід*.

Зупинимося на головних положеннях детальніше. Основним методом дослідження персонативної правової реальності виступає *персоноцентризм*, він охоплює усіх без винятку суб'єктів права. У літературі, на жаль, персоноцентризм зводиться лише до антропоцентризму, при цьому ігнорується різноманітність суб'єктів права. Предметом правової персонології виступає не тільки людина як суб'єкт права, а й усі інші соціальні носії правосуб'єктності. Безумовно, людина займає центральне місце у праві, але це не повинно приводити до ігнорування інших учасників правовідносин. При цьому персоноцентризм, як загальний метод правової персонології, отримує свою конкретизацію щодо окремих категорій суб'єктів права.

З урахуванням сказаного слід додати, що нині ми ідентифікуємо три групи суб'єктів права на основі критерію *персонативної правової форми* — фізичні особи, юридичні особи та суверенні правові особи [6, с. 175–182]. У зв'язку з цим виникає наступна методологічна проблема. Дуже часто суб'єкт права розглядається не з правових позицій, а з точки зору соціології, політології, психології, культурології та інших соціогуманітарних дисциплін¹. Часто правову категорію «фізична особа», на противагу «юридичній особі», буквально сприймають як частину фізичної реальності. Ще більш складнішою є ситуація з учасниками публічно-правових відносин, де взагалі не ідентифіковані суб'єкти права, а використовується позаправова термінологія. Наприклад, термін «держава» вживається замість суверенної особи, «міжнародна міжурядова організація» — замість міжнародна юридична особа, «міжнародна неурядова організа-

суб'єктів права, свідчить про те, що в юридичній науці не склалися міцні теоретичні засади, теорія суб'єкта права» [5, с. 8].

¹ П. Рабінович вказує на небезпеку методологічних аномалій, коли наукові методи використовуються «поза межами їх застосування» [7, с. 86].

ція» — замість національна юридична особа тощо. Це свідчить про те, що правники не бачать різниці між соціальним актором та суб'єктом права. Немає достатнього розуміння правової персонативної форми, якою має обов'язково володіти суб'єкт права. Поза правовою формою будь-яке правове явище не може існувати. В іншому випадку зміст зіллється з навколишнім середовищем, а отже, не буде що ідентифікувати. Немає правової форми — не існує суб'єкта права. *Це перша аксіома правової персонології.* Таким чином, юрист повинен розрізняти учасників суспільних відносин і учасників правових відносин, соціального актора та суб'єкта права. Для цього слід професійно підходити до правової форми — нормативної, персонативної та комунікативної. Відповідно, актуальним стає питання про особливий напрям досліджень — *правову морфологію* як науку про формоутворення і структурування правової реальності.

Таким чином, кожній групі правових осіб (фізичних, юридичних та суверенних) як предметів правової персонології відповідає власна методологія — правовий антропоцентризм, правовий корпоратоцентризм та правовий кратоцентризм. Знову ж таки згідно з принципом доповнюваності кожен із цих конкретних методів доповнює один одного.

Друга аксіома загальноправової персонології, яка однаково застосовується і до національного, і до міжнародного права, стверджує, що носієм правосуб'єктності може бути лише соціальний актор — людина або людський колектив, а не об'єкти живої та неживої природи, казкові і міфологічні герої, божества тощо. Це стосується й спроб наділити, наприклад, тварину правосуб'єктністю. Навіть якщо законодавець вирішить визнати kota Матроскіна суб'єктом права та сконструює для нього особливу персонативну форму, усе ж таки буде відсутній носій правосуб'єктності, а отже, потрібно буде найняти людину, яка виконуватиме відповідну роль.

Третя аксіома загальноправової персонології вказує, що людина є первинним і обов'язковим суб'єктом будь-якої правової системи, що, у свою чергу, логічно приводить до заборони позбавляти людину правосуб'єктності. Здавалося б, таке очевидне положення не потребує спеціальних доказів, але для сучасного міжнародного права це не так. Сьогодні в міжнародно-правовій літературі ведеться доктринальна боротьба за визнання людини суб'єктом міжнародного права в цілому [8, с. 252–254]. Ступінь схоластики і етатизму в науці міжнародного права досягає такого рівня, за якого окремі дослідники взагалі виключають людину із міжнародно-правової реальності. Саме в цьому питанні методологічна допомога філософів і теоретиків права була б особливо цінною для міжнародно-правової антропології. Слід повернути людину в міжнародне право!

З огляду на наведене, на наше переконання, людина є основним першоджерелом будь-якої правосуб'єктності. Без фізичних осіб неможливе ні створення, ні функціонування суверенних і юридичних осіб. Немає людини — немає права! Причому не тільки національного, а й міжнародного права. Будь-яка концепція, що обґрунтовує і навіть виправдовує позбавлення людини правосуб'єктності, не тільки теоретично не відповідає рівню юридичної науки початку XXI ст., а й на практиці становить реальний ризик рецидиву тоталітарного минулого.

Ще однією методологічною проблемою, що однаково стосується і національного, і міжнародного права, є відсутність загальноправової системології як

науки про системність правової реальності. Відсутність системного бачення права призводить до того, що юристи позбавлені *загальноправової картини світу*. Мова йде не про філософську, а саме про професійну правову картину світу¹. Вузька спеціалізація юристів вже стала причиною того, що дослідники насилу уявляють правову реальність за межами своїх конкретних практичних інтересів. Це притаманно і дослідженням міжнародної правосуб'єктності, коли доводиться існування суб'єктів «транснаціонального», «світового», «глобального» та іншого права. Хоча, на жаль, не зауважується, що термін «міжнародне приватне право» використовується не за призначенням. Дійсно, під цим терміном традиційно розуміється не приватноправова сфера міжнародно-правової системи, а частина національного права. Правовий термін має адекватно відображати правову реальність, а не вводити в оману!

Так, усі суб'єкти права належать або до національного права, або до міжнародного права. *Третьої правової системи не існує*. Наприклад, право Європейського Союзу є звичайним субсистемним явищем у межах міжнародної правової системи. Ніякої наднаціональності за межами Європейського Союзу як міжнародної публічної юридичної особи не існує. Зазначене слід розуміти як погляд з позиції загальноправової системології. З точки зору загальноправової морфології, право Європейського Союзу є правовою субформою (внутрішньо-корпоративним, внутрішньосоюзним правом) у межах материнської міжнародної правової системи. В окремо взятій правовій системі усі суб'єкти права розподілені за правовими сферами: публічно-правовою і приватноправовою. З огляду на це і в міжнародному праві є власне публічне право, і власне приватне (не національне!) право. При цьому ніяких «міжсферних» (публічно-приватних) і «міжсистемних» (національно-міжнародних) правовідносин не може бути встановлено. Це стосується спроб створення так званих «діагональних» правовідносин, які начебто мають місце при виникненні відносин між інвестором (суб'єктом національного приватного права) та державою (суб'єктом міжнародного публічного права) [10, с. 69–70]. Усі правовідносини обмежені тільки однією правовою системою, а в межах останньої — тільки однією правовою сферою.

У цьому контексті слід пам'ятати, що термін «внутрішньодержавне» право не є ідентичним терміну «національне» право. Не держава поглинає національне право, а навпаки, держава є суб'єктом національного права, суверенною правовою особою в межах національно-правової системи. У випадку порушення норм національного права держава повинна, як і будь-який суб'єкт права, нести юридичну відповідальність. Внутрішньодержавне право — це субсистемний правовий феномен у межах національної правової системи, обмежений персонативною правовою формою суверенної особи. Правовідносини, що виникають на субсистемному рівні, не можуть вийти за межі персональної правової форми. У зовнішніх відносинах держава виступає єдиною суверенною правовою особою і в національному, і міжнародному праві. Тому, з точки зору загальноправо-

¹ «Саме картина світу, — наголошує І. Честнов, — задає панівні образи суспільства (соціуму) і людини. Одним із аспектів картини світу є її юридична складова — вихідне уявлення про право, у тому числі про людину юридичну» [9, с. 190].

вої персонології, рекомендуємо чітко розмежовувати національне право як материнську правову систему і внутрішньодержавне право як прояв національно-правової субформи, субсистемне явище.

Визнання персонативної правової реальності як особливий предмет юридичних досліджень не тільки порушує питання про персонологічну методологію, а й потребує перегляду сукупності класичного знання про суб'єкта права в цілому.

Так, використання тривимірною методологічного підходу до такої категорії, як «правоздатність» вказує на присутність в її змісті не тільки персонативної, а й нормативної та комунікативної складових. Здатністю до права володіють не тільки особи (правова персоноздатність), а й соціальні норми (правова нормоздатність) і суспільні відносини (правова комунікатоздатність). Аналогічно, юридичними фактами можуть бути такі життєві обставини, із якими пов'язані поява, зміна та припинення не тільки правових норм (нормативні юридичні факти), а й правових осіб (персонативні юридичні факти) та правових комунікацій (комунікативні юридичні факти).

Хотілося б зазначити, що, на наше переконання, глибокого персонологічного дослідження потребує феномен *правової трансперсонативності*, пов'язаний із подоланням персонативної правової форми. В юридичній літературі до такого суто правового явища й досі продовжують застосовувати театральні образи, як-от: «проникнення крізь корпоративну завісу», «зняття корпоративної завіси», «подолання суверенітету» тощо. Відсутність чіткої правової термінології багато про що говорить. Дослідники повинні чітко розуміти, що вони стикаються з проблемою персонативних правових феноменів, до яких недоцільно застосовувати нормологічну методологію. Тільки усвідомлення того, що право — це не лише система норм, а й система осіб і відносин, які вимагають використання адекватної методології, дозволить теорії і практиці ефективно вирішувати поставленні завдання.

Безумовно, розвиток правової персонології вимагає розробки відповідного персонологічного понятійно-категоріального апарату. У цій справі ми лише на початку шляху. Наприклад, слід дійти консенсусу щодо розуміння понять «правова особа» і «правова особистість», «персоноздатність» і «персономожливість», «персоніфікація» і «деперсоніфікація», «персоналізація» і «деперсоналізація», правова «презентація», «репрезентація» і «саморепрезентація», а також багатьох інших суто персонологічних категорій. Особливої уваги потребує правове персонологічне прогнозування. Усе це однаковою мірою стосується як національного, так і міжнародного права. Загальна правова персонологія включає до себе як невід'ємні складові національно-правову персонологію (за наявності у світі приблизно 200 національно-правових систем) і міжнародно-правову персонологію (з огляду на існування як універсального міжнародного права, так і численних регіональних міжнародно-правових систем).

Таким чином, наш перший досвід побудови правової персонології як загальної концептуальної основи теорій суб'єкта національного і міжнародного права дає підстави сподіватися, що подібне можливе також для правової нормології та правової комунікатології як складових загальної теорії права. У зв'язку з цим хотілося б повністю підтримати пропозицію професора П. Рабіновича, який

пропонує включити міжнародне право до предмета загальної теорії права. Сучасний стан справ, коли загальнотеоретичне знання «розпорошене» між теорією національного права і теорією міжнародного права, слід поступово змінювати завдяки спільним зусиллям фахівців різних правових систем.

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. — 2012. — № 2. — С. 245–248.
2. Буткевич В. Г. Уральський діамант у короні науки міжнародного права (внесок професора Г. В. Ігнатенка в розвиток сучасної науки міжнародного права) / В. Г. Буткевич // Міжнар. право. — 2012. — № 1. — С. 62–65.
3. Марочкин С. Ю. Действие и реализация норм международного права в правовой системе Российской Федерации / С. Ю. Марочкин. — М. : Норма ИНФРА-М, 2011. — 288 с.
4. Тарасов О. В. Взаємовідношення теорії міжнародного права та загальної теорії права / О. В. Тарасов // Правова держава Україна: проблеми, перспективи розвитку : Короткі тези доп. та наук. повідомл. республік. наук.-практ. конф., 9–11 листопада 1995 р. — Х. : Нац. юрид. академія України, 1995. — С. 46–47.
5. Архипов С. И. Субъект права: теоретическое исследование / С. И. Архипов. — СПб. : Изд-во Р. Асланова «Юрид. центр Пресс», 2004. — 469 с.
6. Тарасов О. В. Правовое лицо как персонативная правовая форма: теоретико-методологический и международно-правовой аспекты / О. В. Тарасов // Проблеми законності : акад. зб. наук. пр. / відп. ред. В. Я. Тацій ; редкол. В. Тацій [та ін.]. — Х. : Нац. юрид. акад. України, 2011. — Вип. 113. — С. 175–182.
7. Рабінович П. М. Обеспечение достоверности (истинности) положений философии права и общетеоретической юриспруденции: некоторые методологические предпосылки / П. М. Рабінович // Стандарты научности и homo juridicus в свете философии права : материалы пятых и шестых филос.-прав. чтений памяти акад. В. С. Нерсесянца / отв. ред. В. Г. Графский. — М. : Норма, 2011. — С. 83–88.
8. Тарасов О. В. Персоналогическое измерение международно-правовой личности человека / О. В. Тарасов // Вісн. Нац. юрид. акад. України імені Ярослава Мудрого. Серія: Філософія, філософія права, політологія, соціологія : зб. наук. пр. / редкол.: А. П. Гетьман та ін. — Х. : Право, 2011. — Вип. 8. — С. 252–254.
9. Честнов И. Л. Человек юридический в правовом общении (правовой коммуникации) с позиций постклассической картины мира / И. Л. Честнов // Стандарты научности и homo juridicus в свете философии права : материалы пятых и шестых филос.-прав. чтений памяти акад. В. С. Нерсесянца / отв. ред. В. Г. Графский. — М. : Норма, 2011. — С. 189–191.
10. Шумилов В. М. Международное экономическое право : учеб. пособие / В. М. Шумилов. — 2-е изд., испр. и доп. — М. : Изд-во НИМП, 2001. — 288 с.

Тарасов О. В. Правова персонологія: досвід побудови загальної концептуальної основи національного та міжнародного права

Анотація. У статті викладено основи правової персонології як першої спроби побудови загальних концептуальних засад для теорій суб'єкта національного та міжнародного права. Запропоновані аксіоми загальноправової персонології, а

також перспективні напрями загальноправових досліджень — правової морфології та правової системології.

Ключові слова: правова персонологія, правова нормологія, правова комунікатологія, правова морфологія, правова системологія, персонативна правова реальність, персонативна правова форма, правова персоноздатність, правовий персонцентризм.

Тарасов О. В. Правовая персонология: опыт построения общей концептуальной основы национального и международного права

Аннотация. В статье изложены основы правовой персонологии как первого опыта построения общих концептуальных основ для теорий субъекта национального и международного права. Предложены аксиомы общеправовой персонологии, а также перспективные направления общеправовых исследований — правовой морфологии и правовой системологии.

Ключевые слова: правовая персонология, правовая нормология, правовая коммуникатология, правовая морфология, правовая системология, персонативная правовая реальность, персонативная правовая форма, правовая персоноспособность, правовой персонцентризм.

Tarasov O. Legal Personology: the Experience of Creation of Common Conceptual Framework of National and International Law

Summary. The article presents main provisions of the legal personology as the first experience of creation of the common conceptual basis of the theory of the subject of national and international law. The author offers the axioms of personology that are common for all jurisprudence, and defines ways of researching in this sphere such as legal morphology and legal systems science.

Key words: legal personology, legal normology, legal communicatology, legal morphology, legal systematology, personative legal reality, personative legal form, personal legal capacity, legal centrism of person.

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ОСНОВИ ПРАВА ЄС У КОНТЕКСТІ ФОРМУВАННЯ УНІВЕРСАЛЬНОЇ ТЕОРІЇ ПРАВА

М. МИКІЄВИЧ
*доктор юридичних наук,
професор, завідувач кафедри
європейського права
(Львівський національний
університет
імені Івана Франка)*



В. МОТИЛЬ
*кандидат юридичних наук,
магістр права LL. M. (Університет Байройт)
M. A. I. S. (Віденська дипломатична академія),
доцент кафедри європейського права
(Львівський національний університет
імені Івана Франка)*

Відомий український теоретик права, академік НАПрН України П. Рабінович у своїй статті «Проблема формування універсальної теорії права як спільної концептуальної основи теорій національного права і міжнародного права» висловив і розвинув цікаву ідею про необхідність розробки і обґрунтування універсальної теорії права, основні положення якої, на думку вченого, могли б бути застосовані як у загальній теорії національного права, так й у загальній теорії міжнародного права [1, с. 240–243]. Цілком справедливо вчений вказує на те, що в рамках курсів загальної теорії права «майже замовчують існування права міжнародного» та не враховують його особливостей, а юристи-міжнародники недостатню увагу звертають на особливості загальної теорії національного (внутрішньодержавного) права [1, с. 240].

Згадані міркування викликали жваву дискусію на кафедрі європейського права Львівського національного університету імені Івана Франка і підштовхнули до підготовки цієї публікації в аспекті обговорення сформульованих П. Рабіновичем тез.

Автори цілковито підтримують ідею розробки єдиної універсальної теорії права, положення якої були б однаково застосовними як у теорії національного права, так і в теорії міжнародного права. Таким чином, якщо вести мову про

© М. Микієвич, В. Мотиль, 2013

такий феномен, як право, то беззаперечно існують «гранично загальні закономірності внутрішньодержавного й міжнародного правового регулювання діяльності (поведінки) будь-яких суб'єктів» [1, с. 241]. І саме ці закономірності, справедливо вважає вчений, повинні стати предметом універсальної теорії права. Такий підхід також цілковито узгоджується з концепцією єдності міжнародного та державного права Г. Кельзена, який стверджував, що «розпізнається тільки єдність будь-якого права, а це означає, що можна розуміти сукупність міжнародного права й правових порядків окремих держав як певну єдину систему норм — так, як ми зазвичай добачаємо єдність у правопорядку однієї держави» [2, с. 351]. На думку відомого російського теоретика права С. Алексєєва, універсальність права доводиться наявністю «таких сутнісних принципів та рис, які властиві будь-якій правовій системі на будь-якому етапі її розвитку. Як приклад він наводить принцип розумності, принцип справедливості, принцип рівності (рівної свободи), принцип свободи волі та поведінки». До універсальних рис права він зараховує нормативність, формальну визначеність, системність та забезпечення авторитетом та силою [3, с. 447–450]. У своєму дослідженні професор П. Рабінович, виділяючи особливі видові властивості сутності права, виокремлює лише два його різновиди: а) право національне; б) право міжнародне.

Проте, на нашу думку, сучасна правова теорія і практика окремо виділяє і доповнює в цьому переліку ще один елемент та різновид існування сутності права — право Європейського Союзу.

Перш за все тому, що право Європейського Союзу (або європейське право — оскільки тут ми застосовуємо ці поняття у вузькому розумінні, як тотожні, або синоніми) визначається як «особлива багаторівнева система взаємопов'язаних і взаємозумовлених норм, формування і дія яких відбуваються як на рівні національних правових систем європейських держав, так і на наднаціональному (в рамках ЄС) і регіональному міжнародному (у рамках європейських міжнародних організацій) рівнях» [4, с. 145].

Відзначаючи особливий автономний характер права ЄС, відомий науковець у галузі європейського права професор В. Муравйов чітко стверджує, що «...хоча право ЄС тісно взаємодіє з міжнародним і внутрішнім правом, воно може існувати і функціонувати лише як незалежне від міжнародного та внутрішнього права держав-членів» [5, с. 191].

Таким чином, безумовно в рамках Європейського Союзу як державно-організованого суспільства (співтовариства) сформувалася окрема нормативно-організована система, що склалася в умовах її функціонування, заснована на власному праві та правореалізуючій діяльності спеціальних установ [6, с. 210].

Слід зазначити, що теза про право Європейського Союзу як окремий правопорядок, який відмінний від національного та від міжнародного права, але водночас тісно пов'язаний з ними, обґрунтована також Судом ЄС. Так, у рішенні у справі «Ван Генд енд Лоос» Суд наголосив, що Співтовариство створило «новий правопорядок міжнародного права», в інтересах якого держави обмежили свої суверенні права та суб'єктами якого є не лише держави-члени, а й фізичні та юридичні особи [7, с. 45]. Такий підхід Суду знайшов багатьох прихильників у науковій доктрині. За їх концепцією право ЄС є не міжнародним правом, а самостійним правопорядком *sui generis* (лат. — особливого виду, особливий). Підстава

його виникнення (міжнародно-правові договори) не свідчить одночасно і про те, що внутрішня структура цього правопорядку має характер відносин, які регулюються міжнародними публічними договорами (договірні-обов'язковий характер). Значно важливішою є юридична природа правопорядку, який утворився із сукупності взаємопов'язаних договорів, звільнившись при цьому від своєї міжнародно-правової основи. Для нього характерні суттєві відмінності¹. На їх думку, первинне право ЄС не є більше міжнародним правом, а має подвійну правову природу [8, с. 45]. Воно володіє одночасно договірні-правовим та конституційно-правовим характером, тобто наділене також і рисами внутрішньодержавного права.

Слід зазначити, що право ЄС тісно пов'язане як із міжнародним правом (сформувалось на основі установчих договорів про створення Співтовариств, які є міжнародними публічними договорами), а також із національним правом (оскільки частково імплементується через національне право), та має ряд спільних із цими правовими системами рис. З іншого боку, право ЄС має деякі особливості, які відрізняють його як від міжнародного, так і від національного права.

Для права ЄС характерні певні риси, які зближують його з національним правом, як наприклад, пряма дія первинного і частково вторинного права, наявність незалежних органів, наділених власними правотворчими повноваженнями, які можуть приймати обов'язкові рішення більшістю голосів, наднаціональність. Слід зазначити, що вони певною мірою мали місце і в інших міжнародних організаціях, проте, не в такому поєднанні, інтенсивності та інтеграційній динаміці. Тому інколи його цілком обґрунтовано називають найбільш динамічним інтеграційним угрупованням світу [9, с. 472]. Саме завдяки цим особливим рисам право ЄС розглядають як окремий правопорядок, відмінний від міжнародного права.

З іншого боку, цілком слушною є думка англійського професора Е. Денза, який зауважує, що європейському та міжнародному праву властивий цілий ряд спільних ознак: 1) обидві системи є переважно горизонтальними, а не вертикальними; 2) основними джерелами права ЄС та міжнародного публічного права є договори, звичаї та практика; 3) в обидвох нові зобов'язання можуть бути створені лише органами або організаціями, яким делеговані повноваження у даній сфері; 4) і право ЄС, і міжнародне право втілюються в життя лише через правові механізми держав-членів ЄС та міжнародних організацій [10, с. 257–265].

Таким чином, право ЄС, будучи окремим різновидом права, який тісно пов'язаний як із національним, так і з міжнародним правом, має ряд спільних та

¹ У міжнародно-правовій літературі досить часто наголошується на наднаціональності як унікальній рисі ЄС, що не має аналогів серед інших міжнародних організацій. На нашу думку, таке твердження не можна вважати цілком правильним, оскільки окремі ознаки наднаціональності притаманні також і іншим міжнародним організаціям. Прикладом може служити Латиноамериканська асоціація інтеграції (Asociacion Latinamericana de Integracion), створена на підставі договору від 1980 р. Рішення Комісії цієї організації подібно до розпоряджень ЄС є обов'язковими та мають пряму дію на території держав-членів цієї організації. Рішення Суду також діють безпосередньо без будь-яких правозастосувальних заходів із боку держав-членів.

відмінних від цих правопорядків (правових систем) рис, але формує у сукупності з цими різновидами єдину сутність права і тому доцільно розглядати ці співвідношення в рамках універсальної теорії права.

Звідси, стосовно співвідношення згаданих різновидів права, якщо виходити із схеми, запропонованої в коментованій статті П. Рабіновичем [1, с. 242], то предметом дослідження універсальної теорії права є закономірності взаємовпливів національного та міжнародного права, як чинника розвитку єдиної сутності права, що на доктринальному рівні дослідив, зокрема, у своїй фундаментальній розвідці член-кореспондент НАПрН України М. Буроменський [11, с. 632–662]. Таким чином, предметом нової галузі науки — універсальної теорії права повинно бути дослідження закономірностей взаємовпливів міжнародного права і національного права з європейським правом, що має важливе значення для розуміння феномену утворення і функціонування останнього.

Підсумовуючи, вважаємо за доцільне підтримати ідею розробки єдиної універсальної теорії права, яка була б однаково застосовна не тільки для національного та міжнародного права, а й права Європейського Союзу. Іншими словами, універсальна теорія права повинна служити концептуальним фундаментом не лише теорії національного та міжнародного права, а й теорії права Європейського Союзу, що потребує подальших ґрунтовних досліджень.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Рабінович П.* Проблема формування універсальної теорії права як спільної концептуальної основи теорій національного права і міжнародного права / П. Рабінович // *Право України*. — 2013. — № 5. — С. 240–244.
2. *Кельзен Г.* Чисте правознавство: з дод.: Пробл. справедливості / Г. Кельзен ; пер. з нім. О. Мокровольського. — К. : Юніверс, 2004. — 496 с.
3. *Теория государства и права / С. С. Алексеев* и др. — М. : Норма, 1998. — 456 с.
4. *Стрельцова О.* Взаємодія міждержавних правопорядків Європи як передумова формування європейського права / О. Стрельцова // *Право України*. — 2013. — № 6. — С. 145–152.
5. *Леція професора В. Муравйова:* «Загальні принципи правопорядку Європейського Союзу» // *Право України*. — 2013. — № 6. — С. 190–204.
6. *Оксамитний В.* Міждержавні правові системи як реальність сучасного світу / В. Оксамитний // *Право України*. — 2013. — № 3–4. — С. 209–222.
7. *Case 26/62 Van Gend en Loos V. Nederlandse Administratie der Belastingen*, 1963. — Reports of Cases before the Court of Justice and the Court of First Instance; European Court Reports (ECR) 95.
8. *Streinz R.* *Europarecht / R. Streinz*. — Heidelberg, 2001. — 247 S.
9. *Дмитрієв А. І.* Міжнародне публічне право / А. І. Дмитрієв, А. І. Муравйов. — К. : Юрінком Інтер, 2001. — 640 с.
10. *Denza E.* Two legal orders: divergent or convergent? / E. Denza // *Intern. and comparative law quart.*: — L., 1999. — Vol. 48. — P. 257–265.
11. *Буроменський М.* Українська доктрина співвідношення міжнародного та національного права / М. Буроменський // *Правова доктрина України : у 5 т.* — Х. : Право, 2013. — Т. 2: Публічно-правова доктрина України / Ю. П. Битяк, Ю. Г. Барабаш, М. П. Кучерявенко та ін. ; за заг. ред. Ю. П. Битяка. — 864 с.

Микієвич М. М., Мотиль В. І. Концептуальні основи права ЄС у контексті формування універсальної теорії права

Анотація. Підтримується запропонована професором П. Рабіновичем ідея формування універсальної теорії права як спільної концептуальної основи теорій національного права і міжнародного права. Пропонується, враховуючи особливі видові властивості, виокремити як предмет дослідження універсальної теорії права — теорію європейського права (права Європейського Союзу).

Ключові слова: універсальна теорія права, теорія міжнародного права, теорія національного права, теорія європейського права, теорія права Європейського Союзу.

Мыкиевич М. М., Мотиль В. И. Концептуальные основы права ЕС в контексте формирования универсальной теории права

Аннотация. Поддерживается предложенная профессором П. Рабиновичем идея формирования универсальной теории права как общей концептуальной основы теорий национального права и международного права. Предлагается, учитывая особые видовые свойства, выделить в качестве предмета исследования универсальной теории права — теорию европейского права (права Европейского Союза).

Ключевые слова: универсальная теория права, теория международного права, теория национального права, теория европейского права, теория права Европейского Союза.

Mykivych M., Motyl V. Conceptual Foundation of European Union Law in the Context of the Formation of Universal Law Theory

Summary. The authors support the suggested by Prof. Rabinovych idea of the elaboration of universal legal theory as common conceptual basis for the theories of national and international law. Taking into consideration special features, the authors suggest to add as a subject of the universal legal theory the theory of European law (Law of European Union).

Key words: universal legal theory, the theory of national law and theory international law, theory of European law, theory of European Union Law.

ЩОДО КУЛЬТУРНО-ІСТОРИЧНИХ АСПЕКТІВ ВЗАЄМОВІДНОШЕННЯ ТЕХНІКИ І ПРАВА



О. ЛИТВИНОВ

*кандидат філософських наук,
кандидат юридичних наук, доцент,
заступник завідувача кафедри філософії та історії
(Луганський державний університет
внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка)*

Сучасний етап розвитку людства відзначається надзвичайною інтенсивністю та строкатістю, що створює величезну кількість проблем глобального масштабу, серед яких є такі, що стосуються навіть питання самого існування людини. Втім є дещо, що поєднує їх, і коріння такої недбалості щодо життя як дару Божого слід шукати у самій людині, а також в її творіннях, серед яких особливе місце посідає техніка. Надзвичайні можливості, наочно продемонстровані останні декілька століть, породили й величезне захоплення і ейфорію у ставленні до техніки. Але людина, яка продемонструвала неабиякі здібності у застосуванні на свою користь можливостей природи, яка створила унікальний світ культури, сама стає заручницею своїх же перемог. Знаряддя праці, що мали за мету зменшити тиск необхідності задля звільнення часу для свободи, сьогодні фактично підкорюють людське буття своїм механістичним алгоритмам та наслідкам їх використання, часто непередбачуваним. Тому осмислення проблеми врегулювання й унормування взаємовідносин людини і техніки стає одним із завдань сучасного правознавства, що обумовлює *актуальність* теми цієї статті.

Сьогодні в контексті існуючих проблем йдеться про мислення та розбудову взаємин між людьми, які також усе більше підкорюються техніці. На ці проблеми, що їх створив вибуховий розвиток техніки, звертали досить пильну увагу такі відомі мислителі: Т. Адорно, М. Бердяєв, М. Вебер, М. Гайдеггер, Ю. Габермас, Дж. Гелбрейт, Й. Гьойзінга, В. Гьосле, О. Гьоффе, Г. Маркузе, Л. Мемфорд, Х. Ортега-і-Гассет, А. Печчеї, В. Соловйов, П. Сорокін, Е. Тоффлер, А. Швейцер, О. Шпенглер, К. Ясперс та ін. У середині ХХ ст. потужним напрямом думки були антивоєнні виступи видатних науковців, найбільш відомі з яких Б. Рассел та А. Сахаров мали вплив і на правовий аспект проблеми, що відбивався насамперед в акцентуванні питання забезпечення прав людини, а також у міжнарод-

© О. Литвинов, 2013

ному праві. Сьогодні, коли визнано величезну небезпечність техногенних факторів, особливо після подій на атомних реакторах Чорнобиля та Фукусіми, стрімко зростає значення екологічного права та відчутним стає його вплив на право кримінальне й адміністративне.

Широта та різноманітність підходів (від культурно-історичного до екзистенціального) та оформлення міркувань (від наукових трактатів до вільних напівпубліцистичних есе) відбивали складність та багатогранність самої проблематики, в якій особливо виокремлювалися економічна та етична складові, втім правовий аспект проблем, що породжуються взаємовідносинами з технікою, розглядався переважно у відповідних галузевих юридичних науках з конкретною метою прикладного характеру. У філософсько-правовому аспекті це питання не досліджувалося, що обумовлює *новизну* постановки проблеми, хоча звернення до її окремих аспектів можна знайти ще у хрестоматійно відомих ученнях. Найбільш відоме з них — це вчення Ж.-Ж. Руссо, що яскраво втілює традицію відкидання позитивного смислу технічних досягнень людини, витоки ж її можна знайти ще у Лао-цзи. Сучасник Ж.-Ж. Руссо лікар Ж. Ламетрі став відомим як філософ завдяки своїй книжці з красномовною назвою «Людина-машина».

Однак сьогодні йдеться про феномен техніки, яка пронизує майже всі сфери життя людини і яка докорінним чином це життя змінює стосовно і оточуючого середовища, і стосовно навіть найбільш інтимних питань її існування: «У широкому сенсі техніка — не тільки засіб, яким людство може користуватися чи ні; це дійсність, яка виникає в процесі коеволюції фізико-космічної, біологічної сфери та сфери творчої активності людини» [1, с. 637]. Без адекватного осмислення ситуації, що склалася, не уявляється можливість регулювання та упорядкування таких стосунків людини та техніки, реальний вплив на які може мати перш за все право, оскільки воно втілює єдність та можливість і свідомої дії, і дії під примусом, переважно раціонально обґрунтованим. Ігнорування такого питання у сфері правової думки є вкрай небезпечним, що історично демонстрували часи панування тоталітарних режимів, які є, за висновком М. Гайдеггера, не просто формою правління, а «наслідком неприборканого панування техніки», оскільки «людина сьогодні підвладна безумству своїх творін» [2, с. 151]. Водночас ігнорування цього питання є небезпечним і з точки зору неможливості навіть помислення цього світу, оскільки, за М. Гайдеггером, «епоха планетарної техніки» є «здійсненням метафізики», раціональне осягнення світу постає умовою його існування, а «без Декарта сучасний світ не був би можливим» [2, с. 148].

Зазначену видатним мислителем змістовну амбівалентність з тенденцією скочування в пастки антропологічної деградації в культурному сенсі можна характеризувати як втрату гуманістичної спрямованості розвитку соціуму, коли примітивна прив'язаність людини до перших історичних зразків машин такою ж і залишається, незважаючи на можливість подолання цього підкорення, і коли людина стає фактично частиною машини, або, як висловлювався Г. Маркузе, людина залишається в рабстві у своїх інструментів [3, с. 55]. Політично це він оцінює як прагнення назавжди залишити технічний прогрес як засіб панування, що надає йому терористичних рис (так висловлюється видатний філософ, поглиблюючи думку свого вчителя М. Гайдеггера [3, с. 55]). А втрата влади над технікою, про що попереджали філософи вже більш як півстоліття тому, і навіть

захоплення технікою влади над самою людиною (тема, що широко розробляється чутливим художнім уявленням у фантастичних сюжетах на кшталт відомого «Термінатора») є проблемою не тільки суто технічною, а й економічною, психологічною, політичною, екологічною тощо, а також правовою, оскільки грань культури у процесі діалектичного (негативного) переходу до цивілізації («вмирання культури», за О. Шпенглером) може бути збереженою тільки правом, точніше, моральною напругою права. Тобто йдеться про поєднання сили, підкореної об'єднаній волі людини, та усвідомлення доцільності збереження кожного життя на планеті. А О. Шпенглер слушно підкреслює значення техніки та економіки, де перша набула вирішального значення, завершуючи цими сюжетами свій *opus magna* «Занепад Європи» [4, с. 1283–1339].

Загалом, західноєвропейську економіку, створену англійцями на основі машинної промисловості (та грошового кредиту), як наполягає цей неординарний філософ та історик культури, можна зрозуміти тільки в загальнокультурному контексті, підхід до неї як до самостійної сфери життя призводить до перекручення її значення та смислу. Дуже важливим для нашої теми є те, як він звертає увагу, що з цих перекручених уявлень випливають як основні поняття, так і закони, які також є перекрученими. І А. Сміт, і його запеклий опонент К. Маркс, зауважує О. Шпенглер, спираються на поняття та закони лише однієї культури, де є надто великою вага раціоналізованої ситуації економічного характеру, що фактично виводить за дужки особистість [4, с. 1286–1287]. Ще більш цікавими є його міркування щодо значення техніки (або, як частіше він висловлюється, машини) у боротьбі з диктатурою грошей, яка здійснюється за допомогою її ж (грошової диктатури) політичної зброї – демократією. Таку боротьбу між грошима (капіталізмом) та політикою (яку він, відновлюючи її вихідний – античний – сенс як вирішення загальних питань заради загального блага називає соціалізмом) тлумачить і як боротьбу між грошима та правом [4, с. 1338]. Щоправда, право він розуміє як силу крові та раси, оскільки ніщо не в змозі подолати гроші, це прояв благородства та головне завдання світової історії як світового суду. Таким чином, і О. Шпенглер говорить про апокаліптичну роль техніки у світовій історії, утім, право, як засіб боротьби із цим є мов би проміжним етапом, а провідне значення тут має політика і влада. Важливим у контексті цієї розвідки є зауваження німецького мислителя стосовно того, що такий «злет» сучасної для нього світової економіки він оцінює як «фантастичний» та «небезпечний», це по-перше, по-друге, він хронологічно визначає його 150 роками, тобто пов'язує напряму з промисловою революцією і добою Модерну (Новий час), і, по-третє, вважає його притаманним лише одній культурі, західноєвропейській саме завдяки динамічності [4, с. 1286]. А значення крові, раси тощо є звичайною для філософсько-культурологічної концепції О. Шпенглера позицією з відомим міфологічно-образним чинником, включаючи його тлумачення держави, влади, політики і багатьох питань права (докладніше див.: [5]).

Інший видатний мислитель, А. Печчеї, перший президент «Римського клубу», у своїй книжці «Людські якості» теж звертає увагу на те значення, якого набула саме техніка як найважливіший інструмент «глобальної імперії людини», на яку перетворилася наша планета. У цій праці він доходить висновку стосовно того, що світ людини, який ще на початку минулого століття складався

з трьох основних стійких елементів — Природи, самої Людини та Суспільства, отримав елемент четвертий — засновану на науці Техніку, елемент, який має вельми загрозливу якість — «потенційну некерованість» [6, с. 37]. Сама техніка є такою ж старою, як і людина, але «новий факт є в тому, що — *чи то на радість нам, чи то на горе* — *техніка, створена людиною, стала головним фактором змін на Землі*» (курсив А. Печчеї. — О. Л.) [6, с. 39]. Техніка змусила всю планету капітулювати перед людиною, як здається, більше «на горе», оскільки це принесло не тільки негативні наслідки діяльності людини як такої, а й реакцію планети, насамперед у вигляді екологічних катастроф. А. Печчеї у «століття безмежної імперії людини», тобто в наш час, глобальну систему, що склалася (Природа — Людина — Суспільство — Техніка) розподіляє на дві частини: перша — людська — це три останні елементи, друга — природна, або екосистема, — перший елемент, це весь зовнішній світ [6, с. 40].

До міркувань А. Печчеї додамо, що останнє, як «наша домівка» (екосистема), потерпає від агресивності людини, озброєної технікою, і такий тиск на цю домівку, який може призвести до її руйнування, навряд чи можна спинити чимось іншим, ніж уведенням дій цієї людини у русло, визначене правовими берегами. Виникає ситуація, яка стає мов би «дзеркальною» стосовно видатного часу в історії людства, а саме: початку класичних античних часів (VIII–II ст. до н. е.), означених німецьким істориком та філософом історії К. Ясперсом як «осьовий час». Він підкреслює значення появи тоді духовного зв'язку між народами, що можна вважати й початком загальної історії людства, і наполягає, що саме тоді сформувався той тип людини, який існує й сьогодні, і її новому духовному світу відповідає певне соціальне упорядкування. Тоді почалася боротьба раціональності (включаючи й раціонально перевірений досвід) проти міфологічних уявлень, розроблено основні категорії, що визначають і сучасне мислення, засновано світові релігії, що в цілому стало початком переходу до універсальності [7, с. 33–35]. Запропоновану тут метафору «дзеркальності» слід розуміти як певне діалектичне втілення тенденцій, започаткованих у «осьовий час», що набули, можна без перебільшення сказати, могутності, зважаючи на глобальні масштаби, з невизначеністю перспектив відбитого у «дзеркалі світу» культурно-цивілізаційного поступу людства, де стрижневе значення мають ідеї прав людини та розвиток техніки.

Стосовно ідеї прав людини, яким надається роль «рятівника людства»¹ (хоча ця точка зору має й опонентів, насамперед консерваторів-традиціоналіс-

¹ Як, наприклад, у Ф. Фукуями, який фактично з нею як втіленням ліберальних цінностей пов'язує завершення, або «кінець історії» [8], що дозволяє таку позицію не тільки порівняти, а й поставити поряд, наприклад, з ідеологічною складовою християнства або політекономії та правової теорії К. Маркса і Ф. Енгельса, а можливо, ще й Платона з усією «лінією» «досконалих» утопічних соціальних організацій. Цікаво, що тут можемо споглядати ще один приклад діалектичного розвитку близьких (в аспекті проблем, що розглядаються) по суті ідей К. Ясперса та Ф. Фукуями, які так красномовно втілені термінологічно: якщо перший говорить про «початок історії», то другий — про її «кінець», хоча мають на увазі процеси, логічні основи яких надто часто збігаються. Правда, це стосується більше права і його гуманізації, і меншою мірою техніки, хоча гуманістичні аспекти її розвитку завжди є присутніми в історії.

тів), можна констатувати певне і доволі чітко виражене її «ядро», а саме: апеляцію до смислу, який передає поняття «кожний». Ідеться в теоретико-правовому сенсі про те, що М. Козюбра визначив як принципову тотожність понять права і прав людини, він зазначає, що прав людини поза межами права не може існувати, так само як права за межами прав людини [9, с. 92]. Тоді, як зазначає О. Петришин, спираючись, зокрема, на феноменологічний підхід Е. Гуссерля та висновок Ю. Габермаса про інтерсуб'єктивну природу права, останнє постає не тільки як спосіб буття людини, а й як спосіб її повсякденного існування, що надає особливого значення антропологічній та культурологічній його складовим [10, с. 42–43; 11]. Доцільним тут буде згадати й про те значення, що його надає П. Рабінович також «західному вектору» у спрямуванні праворозуміння, що спирається на його конкретизацію в діяльності Європейського суду з прав людини [12; 13]. Права людини як «кожної людини» стають у центрі соціального розвитку, але згадаємо, що ця думка як фундаментальна філософсько-правова ідея є творінням тієї ж раціональності Нового часу, що й експансіоністський поступ техніки, ставала матеріалізацією новочасної ж науки. Звідси, як уявляється, цей «дзеркальний» або «другий осьовий час» можна схарактеризувати як новий кардинальний поворот в історії людства (більш докладне обґрунтування хронології див.: [14]).

Тоді можна припустити, якщо розум знов доведе свою зверхність у людській історії, то наступним суттєвим компонентом існування людини після техніки має стати Право. Його значущість та дієвість, особливо в умовах усвідомлення обмеженості ресурсів планети, полягає насамперед у можливості застосування сили (санкцій) як втілення загальної волі, а також, на що хотілося б сподіватися, в постійній моральній складовій самого права (або морально-релігійній, що не змінює суті цього висновку). Новий «осьовий час» має сформувати ситуацію єдності Розуму (у пошуках істини) з аксіологічною цілеспрямованістю в напрямі захисту людини та її «дому». У правознавчій площині ми вже маємо суттєві дослідження деяких аспектів такого переломного моменту, наприклад, у поєднанні проблем істини та цінностей у праві в працях О. Бандури [15; 16], у наголосі на необхідності переходу до «правового суспільства» у працях С. Максимова [17; 18] та ін.

Це ж є більш юридично конкретизованим, наприклад, у постановці питання про необхідність підвищення значущості конституційного контролю як засобу захисту прав людини у працях І. Сліденка — конституційне право [19; 20], чи у постановці питання про забезпечення прав людини на основі теорії універсального натуралізму у працях О. Костенка — кримінальне право [21; 22]. Як удається, у цих яскравих прикладах звернення представників галузевих юридичних наук до філософсько-правових підстав обґрунтування своїх поглядів і висновків (а фактично йдеться про відродження природно-правових доктрин, можна сказати так, початково-гуманістичної спрямованості, включаючи і раціоналістичний напрям — Г. Гроцій, і напрям емпіричний — Т. Гоббс, і навіть їхнє поєднання — С. Пуфендорф), свідчить про «ходу Бога по землі» (якщо використати відомий вислів Г. Гегеля стосовно ідеї держави) у вигляді ідеї прав людини як кожної людини. Для посилення цієї думки додамо теж як приклад гуманізації вітчизняної теорії права під відчутним впливом філософії права, про що свід-

чать праці не тільки М. Козюбри, О. Петришина та П. Рабіновича, думки яких було щойно наведено, а й інших відомих учених, таких як С. Погребняк, О. Скакун, О. Скрипнюк, М. Цвік та багатьох інших, де «філософська складова» є настільки відчутною, що навіть сам розподіл ідей на «теоретико-правові» й «філософсько-правові» виглядає часто вельми умовним. Такий процес «гуманістичного насичення» правовідносин стосується й особистості сучасного вітчизняного юриста, що констатується в колективному дослідженні цієї проблеми культурологами та юристами [23].

Але повернемося до основної теми наших роздумів, звернувши увагу, що місія обмеження агресії Техніки щодо Людини та Природи й історично належала, і сьогодні належить переважно Праву. Втілення цього були і є досить різноманітними. Першими документами такого характеру були елементарні правила користування механізмами, що впливали насамперед із вимог безпеки та ефективності їх використання. Ці інструкції з часом вдосконалювалися і набували правового характеру через законодавче встановлення певних санкцій за їх порушення. Вони, таким чином, втілювали загальнокультурну функцію щодо регулювання дій окремої людини, де вона розглядалася як представник роду, на збереження якого і було спрямоване попередження, підкріплене санкцією.

Історично техніка є проявом загального процесу раціоналізації людського життя і як логічний його аспект має досить багато спільного з розвитком права. Таку логічно-методологічну єдність обумовлюють також як раціоналістичні, так і емпіричні витоки природничих наук Нового часу, які були основою і розвитку техніки, і значною мірою розвитку теорій природного права як права всіх людей, як права кожної людини. Це можна вважати першою якістю, що поєднує техніку і право — і логічно, і історично.

Другою якістю, що також певним чином поєднує техніку і право, є влада. Для права вона є обмеженою соціумом, для техніки — це влада і над природою, і над людиною. Однак саме людський розум зумовив створення такого становища, і саме він стає організатором панування техніки над природою. Звісно, таким чином техніка стає посередником між людиною та природою, але з надзвичайним ускладненням та все більшими можливостями імітації творчих процесів людської свідомості вона поступово все більше втрачає свій суто інструментальний характер. Причому останнє стосується не тільки провідної сьогодні комп'ютерної техніки (включаючи роботів), а взагалі її онтологічного статусу в світі та ролі, яку вона виконує через вплив на спосіб життя та мислення людини. Значною мірою йдеться вже про підкорення людини, точніше її людських якостей якостям машинного, механічного характеру, що має наслідками зменшення впливу таких культурних надбань, як мораль, внутрішній емоційний світ, емпатія, тобто здатність «вживання» у світ або образ Іншого (співчуття) тощо. Той факт, що в гуманітарну сферу проникли терміни та вирази, які відбивають сутність та процеси технічного (машинного) мислення, є відомим і значною мірою природним, зважаючи на значення самої техніки і в житті повсякденному, і в професійній діяльності людей. Але йдеться не тільки про окрему термінологію, а й про загальний підхід, що формується відповідними методами, які стають, наприклад, «педагогічними *технологіями*» — вельми поширена сьогодні тема методичних зібрань освітян і проблема наукових досліджень. Коротко механіс-

тично-технічну суть такого підходу в філософській термінології можна описати як суто суб'єкт-об'єктні відносини, де активний суб'єкт формує пасивний по суті об'єкт за певним зразком на кшталт аристотелівського відношення форми та матерії. Такою ж, суб'єкт-об'єктною, є й суть відносин у тоталітарній державі, які, зокрема, відбилися й у своєрідному «прикріпленні» людини до машини, промислової та в певні періоди переважно військової. Тут можна споглядати дещо чудернацьку і водночас трагічну діалектику, виражену в міфологізації машини, а сама ця міфологізація сприяла відродженню рудиментів попередніх епох, зокрема ірраціональне занедбання гуманітарної складової досягнень раціонального мислення, включаючи ідею прав людини.

Тому розвиток техніки демонструє й певний парадокс: вона приносить людині не свободу, і навіть не не-свободу, а взагалі забирає життя, включаючи перспективи можливості існування. Можна назвати це діалектикою розвитку, зіткненням нового зі старим тощо. Сьогодні нас, втім, цікавлять інші аспекти цієї проблеми як парадоксу, а саме: наступ техніки як відбиття алгоритмів механістичного мислення на буття людини і на саму її сутність, насамперед — поглинання етичної сфери. Щодо сьогодення, то все більше ми стикаємося з людиною, алгоритми мислення якої з дитинства склалися під впливом комп'ютерних ігор, телевізійних розваг, що в умовах наочного віддалення сім'ї (а також школи, відповідних дитячих організацій тощо) від процесів виховання приносить сумнівні й сумні плоди. Ці алгоритми механістично-«неживого» мислення з відомим акцентом на агресивність перетворюють безліч нових (молодих) людей на своєрідні «біоп'ютери», тобто живі істоти, які вже не мають деяких людських якостей, а деякі мають у недорозвиненому вигляді. А поєднання такого механістичного конгломерату очищених від моральної напруги способів буття з доісторичним пластом свідомості (або підсвідомим чи несвідомим) породжує безліч колізій взаємин із суспільством, іншими людьми, одним із найважливіших питань яких є нехтування загальними правилами та нормами, включаючи правові.

Йдеться вже про втрату якостей, які є надбанням культури в її гуманістичному вимірі, коли соціальність починає формуватися переважно за зразками механізмів, а антропологічна складова втрачає вагу, поступаючись тиску гедонізму (тобто інстинктам), що його підсилює різноманітна техніка. Суттєвою якістю техніки, яку, наприклад, підкреслює К. Ясперс, є те, що вона панує тільки над механізмами, над неживим, універсальним [7, с. 135–136]. На основі лише технічних правил неможливо зробити те, що є доступним живому духу, це відношення до природи у справі культивування рослин та тварин, а стосовно людини — це процеси виховання, комунікації, створення зразків духовної культури. Останнє стосується не тільки мистецтва, а й науки, зокрема технічної її галузі. Нежиттєвість техніки є субстанціональною, а тому перенесення її у сферу людської діяльності як якісний аспект, а не інструментальний чи функціональний, є фактично спотворенням людського, тобто культурного.

Можна це пояснити з точки зору О. Шпенглера як занепад культури та перехід її в кінцеву стадію, яку він називає цивілізацією з відповідною деградацією гуманітарної сфери в цілому: техніка перемагає людину. Але проти такого тлумачення й проти такого розвитку подій повстає Розум, який дійшов виснов-

ку стосовно ролі та значення культури як способу людського існування з домінантою єдності Істини, Добра та Краси, як про те зазначав, зокрема, видатний український філософ С. Кримський [24, с. 57]. Тоді право стає дійовим інструментом захисту культури і, відповідно, людини не тільки від рудиментарних зазіхань злочинності та інших загроз існуванню (наприклад, тимчасової політичної або економічної доцільності тощо)¹, а й інтенсивного втручання техніки у сферу мислення та спотворення Розуму через механістичні алгоритми, що виробляються завдяки надто тісному спілкуванню з відповідними механізмами, нехай і надзвичайно складними. Адже поступова заміна людей «біоп'ютерами» як процес, що вже почав відбуватися, має вигляд агресії, загрозу від якої коментувати є зайвим. Те, що має турбувати більш за все, — це джерело агресії, яке міститься у свідомості представників культур з найвищими досягненнями гуманістичної культури, тобто йдеться про специфічну внутрішню загрозу, яка є результатом певною мірою опосередкованого, але від того не менш значущого впливу техніки на людину.

Можна тільки констатувати як деякі висновки наступне. Техніка без правового регулювання знищує: а) природу як середовище, місце існування (буття) людини, причому місце єдине, і природу як «світ природи», тобто інші організми; б) культуру, також як середовище, як місце існування (буття) людини, створене нею самою; в) саму людину: і як соціальний (соціокультурний) феномен, і, що є теж можливим, як біологічний вид. У суто правовому сенсі означені пункти свідчать про порушення одного з основних прав людини — права на життя, що є відбиттям лише одного аспекту процесу становлення демократії як боротьби між диктатурою грошей і правом². Додати потрібно лише те, що предметом правового регулювання має бути визначена й сформульована належним чином сфера відносин людини з технікою, осмислена діалектично, тобто і як відносини (а значить і відповідний вплив) техніки з людиною.

Повернення зазначених вище загальних раціональних підмурків розвитку і техніки, і права, а також морального та гуманістичного підґрунтя ідеї прав людини та культурного призначення техніки як засобу розширення сфери свободи людини має означати, що право повинно не тільки втручатися у взаємодію, і не тільки ставати частиною змісту окремих складових структурних елементів наведеної А. Печчеї схеми «Природа — Людина — Суспільство — Техніка». Це має означати, що ставши логічним продовженням цієї схеми у вигляді «Природа — Людина — Суспільство — Техніка — Право», воно стає необхідною і обов'язковою ланкою взаємодії усіх компонентів схеми А. Печчеї одне з одним у будь-якій послідовності і в будь-якій кількості, іншими словами, право все більше набуває значення їхньої культурної основи, а для розвитку людства в цілому — загальнокультурного стрижня. Звичайно ж, якщо право тлумачити як феномен культури, тобто як той імператив, що втілює в

¹ Красномовним орієнтиром у русі в цьому напрямку є «Хартія Європейського Союзу про основні права», яка виконує роль зразка для багатьох пострадянських країн, зокрема, для України і Росії (див.: [25]).

² Ілюстрацією і водночас доказом цього положення є безперечний факт катастрофічного зменшення населення України та зубожіння переважної його кількості.

собі позитивні для людини смисли. Сьогодні це знаходить втілення, зокрема, в тому, що, наприклад, право набуває не тільки людино-, а значить і культуро-захисної місії, а й місії природоохоронної, поєднуючи через права людини увесь спектр її взаємовідносин зі світом, включаючи з тим, що нею ж, людиною, створено, насамперед із технікою. Останню право також спрямовує на захист людини, людських, тобто раціоналістичних і гуманістичних цінностей, і в цьому, можливо, є його головна місія у «другий “осьовий час”», що має поєднати ці цінності в найважливіших своїх культурних досягненнях — правах людини і техніці.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Лук'янець В.* Техніка / В. Лук'янець // *Філософський енциклопедичний словник / редкол. В. І. Шинкарук (голова), Є. К. Бистрицький, М. О. Булатов та ін.* — К. : Абрис, 2002. — С. 637.
2. *Товарниціки Ф.* Беседа с Хайдеггером / Ф. Товарниціки, Ж.-М. Пальме // Хайдеггер М. *Разговор на проселочной дороге* : сборник : пер. с нем. / под ред. А. Л. Доброхотова. — М. : Высш. шк., 1991. — С. 146–158.
3. *Маркузе Г.* Одномерный человек : пер. с нем. / Г. Маркузе. — М. : REFL-book, 1994. — 341 с.
4. *Шпенглер О.* Закат Европы : пер. с нем. / О. Шпенглер. — Мн. : Харвест ; М. : АСТ, 2000. — 1376 с.
5. *Литвинов О. М.* Про державу як культурну форму в концепції Освальда Шпенглера і про можливий формально-логічний висновок з прогнозів видатного мислителя / О. М. Литвинов // *Вісн. Луган. держ. ун-ту внутр. справ.* — 2007. — Вип. 3. — С. 31–41.
6. *Печчеи А.* Человеческие качества / Аурелио Печчеи ; пер. с англ. О. В. Захаровой ; общ. ред. и послесл. акад. Д. М. Гвишиани. — М. : Прогресс, 1980. — 302 с.
7. *Ясперс К.* Истоки истории и ее цель / К. Ясперс // Ясперс К. *Смысл и назначение истории* : пер. с нем. — М. : Политиздат, 1991. — С. 33–35.
8. *Фукуяма Ф.* Конец истории и последний человек : пер. с англ. / Ф. Фукуяма. — М. : ООО Изд-во АСТ: ЗАО НПП «Ермак», 2004. — 588 с.
9. *Козюбра М.* Правовой закон: проблема критеріів / М. Козюбра // *Вісн. Акад. прав. наук.* — Х. : Право, 2003. — № 2 (33) — 3 (34). — С. 83–96.
10. *Петришин О.* Праворозуміння у вітчизняній теорії права: загальносоціальний контекст / О. Петришин // *Філософія права і загальна теорія права.* — 2012. — № 1. — С. 37–49.
11. *Петришин О. В.* Соціально-юридична природа права / О. В. Петришин // *Правова система України: історія, стан та перспективи* : у 5 т. — Х. : Право, 2008. — Т. 1 : Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України / за заг. ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. — С. 87–108.
12. *Рабінович П. М.* Верховенство права з позицій європейсько-міжнародного та українсько-конституційного судочинства / П. М. Рабінович // *Бюл. Мін-ва юстиції України.* — 2006. — № 3 (53). — С. 11–22.
13. *Рабінович П. М.* Європейський дороговказ гуманізму (до 60-річчя прийняття Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод) / П. М. Рабінович // *Антропология права: філософський і юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)* : ст. учасн. Міжнар. «круглого столу». — Львів : Галиц. друкар, 2010. — С. 7–12.

14. *Литвинов О.* Роль теорій природного права у створенні сучасного світу (до питання про «другий осьовий час») / *О. Литвинов* // *Філософія права і загальна теорія права*. — 2013. — № 1. — С. 221–233.
15. *Бандура О. О.* Єдність цінностей та істини у праві / *О. О. Бандура*. — К. : НАВСУ, 2000. — 200 с.
16. *Бандура О. О.* Правознавство у системі наукового знання: Аксіологічно-гносеологічний підхід / *О. О. Бандура*. — К. : Київ. нац. ун-т внутр. справ, 2010. — 272 с.
17. *Максимов С. И.* Правовая реальность: опыт философского осмысления / *С. И. Максимов*. — Харьков : Право, 2002. — 328 с.
18. *Максимов С. І.* Права людини: універсальність та культурна різноманітність / *С. І. Максимов* // *Максимов С. І. Філософія права: сучасні інтерпретації: вибр. праці: статті, аналіт. огляди, переклади (2003–2011)*. — 2-ге вид., допов. — Х. : Право, 2012. — С. 141–149.
19. *Сліденко І.* Проблеми співвідношення юридичної і фактичної Конституції України з позицій світового конституційного виміру / *І. Сліденко* // *Конституція і конституціоналізм в Україні: вибіркові проблеми : збірник наукових праць членів Товариства конституційного права з нагоди десятої річниці Конституції України, Конституційного Суду України та самого Товариства* / відп. ред. проф. Мартиненко П. Ф. та доц. Кампо В. М. — К. : Купріянова, 2007. — С. 9–32.
20. *Сліденко І. Д.* Феноменологія конституційного контролю. Генеза, природа і позиціонування в контексті аксіологічних, епістемологічних, праксіологічних, синергетичних аспектів / *І. Д. Сліденко*. — К. : Істина, 2010. — 624 с.
21. *Костенко О. М.* Культура і закон у протидії злу / *О. М. Костенко*. — К. : Атіка, 2008. — 352 с.
22. *Костенко О. М.* Справедливість кримінального закону як передумова ефективності його застосування / *О. М. Костенко* // *Законодавство: проблеми ефективності*. — К. : Наук. думка, 1995. — С. 146–162.
23. *Еволюція етосу юриста в Україні (історичний та соціально-психологічний нарис)* / за ред. *В. О. Лозового та В. О. Рум'янцева*. — Х. : Право, 2011. — 264 с.
24. *Кримський С.* Діяльність — дух — культура / *С. Кримський* // *Кримський С. Б. Запити філософських смислів*. — К. : ПАРАПАН, 2003. — С. 47–60.
25. *Хартия* Европейского Союза об основных правах: Комментарий / под ред. *С. Ю. Кашкина*. — М. : Юриспруденция, 2001. — 204 с.

Литвинов О. М. Щодо культурно-історичних аспектів взаємовідношення техніки і права

Анотація. Зроблено спробу філософського осмислення проблем взаємодії техніки і права в культурно-історичному аспекті. Доводиться правомірність розуміння останніх століть як «другого осьового часу» у зв'язку з тією міццю і впливом на планетарні процеси, які набула техніка, а також з новим загальним статусом людини, де і перше, і друге мають раціоналістичні світоглядні та наукові основи. Зважаючи на надзвичайну роль права у сучасному світі, пропонується тлумачити його у системі відношень, що еволюціонують, Природа — Людина — Суспільство — Техніка — Право. Уперше вводиться в науковий обіг поняття «біоп'ютер» як визначення людини, яка втрачає повністю або частково окремі людські (культурні) якості в результаті впливу техніки і формування механістичного типу мислення. Наголошується на необхідності гуманістичної спрямованості розвитку права як феномену культури, оскільки це, зокрема, може обмежити некерованість розвитку техніки, перш за все у негативному для людства напрямку.

Ключові слова: культура, техніка, право, права людини, «другий осьовий час», теорії природного права, Новий час, «біоп'ютер».

Литвинов А. Н. О культурно-исторических аспектах взаимоотношения техники и права

Аннотация. Предпринята попытка философского осмысления проблем взаимодействия техники и права в культурно-историческом аспекте. Доказывается правомерность понимания последних столетий как нового «осевого времени» в связи с той мощью и влиянием на планетарные процессы, которые приобрела техника, а также с новым общим статусом человека, где и первое, и второе имеют рационалистические мировоззренческие и научные основания. Учитывая чрезвычайную роль права в современном мире, предлагается истолковывать его в системе эволюционирующих отношений Природа — Человек — Общество — Техника — Право. Впервые вводится в научный оборот понятие «биокомпьютер» как определение человека, утратившего полностью или частично отдельные человеческие (культурные) качества в результате влияния техники и формирования механистического типа мышления. Подчеркивается необходимость гуманистической направленности развития права как феномена культуры, поскольку это может в значительной степени послужить препятствием неуправляемости развития техники, прежде всего в негативном для человечества направлении.

Ключевые слова: культура, техника, право, права человека, «второе осевое время», теории естественного права, Новое время, «биокомпьютер».

Lytvynov O. On Cultural and Historical Aspects of Interrelation Between Technique and Law

Summary. An attempt of philosophical comprehension of the problems of interaction between technique and law in the cultural and historical aspects is made in the article. It is proved that last centuries should be understood as a new “axial time” in accordance with those power and influence on the planet processes that technique received and also with the new common status of a man where the first (technique) and the second (new status of a man) have rational world outlook and scientific foundations. Taking into consideration the extraordinary role of law in the modern world, it is offered to interpret it as a system Nature — Man — Society — Technique — Law. Firstly the notion «biocomputer» as the definition of person who has entirely or partly lost some human (cultural) qualities under the influence of technique and formation of mechanical thinking is offered for scientific use. It is underlined the necessity of humanistic direction of development of law as a phenomenon of culture as it can be an obstacle of uncontrollability of the technique development, first of all in the negative for mankind direction.

Key words: culture, technique, law, human rights, «second axial time», theories of natural law, the New Age, «biocomputer».

ПРАВО У ПОШУКАХ ЧИТАЧА (ВІДСУТНІЯ ПРАВОВА РЕАЛЬНОСТЬ ФРАНЦА КАФКИ)

С. МАКСИМОВ

*доктор юридичних наук, професор
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»)*

На відміну від таких словосполучень і напрямів думки, як «право і політика», «право і економіка», «право і культура», що є звичними для нас і не потребують додаткового обґрунтування, проблема взаємозв'язку права і літератури у кращому випадку сприймається як новий нетривіальний аспект осмислення права. Якщо в західній, особливо в англо-американській, юриспруденції дослідження в галузі права і літератури все ж таки представлені достатньо широко [1], то у вітчизняному правознавстві певний інтерес до цієї проблематики починає з'являтися тільки зараз¹. При цьому спектр інтерпретацій теми «право і література» є досить широким: від виявлення літературних образів права до використання літературних прийомів у промовах адвокатів та дидактичного застосування художніх творів. Водночас до будь-якого міждисциплінарного дослідження, право і література виявляються досить близькими вже за своєю природою, адже являють собою інтерпретацію фактів у розповіді і, таким чином, спосіб організації життя за допомогою мови. У свою чергу, право може розглядатись як своєрідний текст, що підлягає прочитанню, а правова реальність — порівнюватись із художньою реальністю літературного твору. Однак якщо

¹ Див., напр.: [2].

право є вимислом, то чиїм? І кому належить прочитати це оповідання? Більше того, чи право взагалі потребує читача?

Право як оповідання: кореляція літературних і філософських інтерпретацій права

Уявлення про роль читача в літературі виражається у трьох несумісних позиціях. Традиційний, або наївний, підхід вимагає ставлення до вигаданих історій і характерів як до реальних подій і осіб, здобуваючи моральні уроки. Модерністська позиція трактує вигадані історії та характери як особливі артефакти, створені авторською уявою, які не повинні змішуватись із реальністю з огляду на моменти вибіркості й навмисності при їх створенні. Постмодерністський підхід передбачає поведження з вигаданими історіями і характерами як сформованими перспективою читача так само як і автора, розглядаючи їх як такі, що не мають жодних фіксованих і незмінних характеристик. Так, постмодерністська позиція наполягає на розмиванні різниці між автором і читачем (розглядаючи читачів як авторів), між текстом і коментарем (розглядаючи коментарі як первинні тексти) та між реальністю і вимислом (ставлячи під сумнів вимогу до описів реальності бути істинними).

Ці три позиції можуть бути застосовані й до права. Так, моралізм у літературі відповідає моралізму в праві: традиційна позиція натуралізму, що іноді трактується як наївна, полягає в тому, що право включає загальнозначущі соціальні цінності та має оцінюватись згідно з моральними нормами. Альтернативний підхід юридичних позитивістів полягає в тому, що право розглядається як специфічний артефакт, що відображує особливий різновид навмисності. Постмодернізм вносить хаос у ці дві позиції шляхом твердження, що моральний характер права може залежати від очевидця (читача), що природа правових інститутів може залежати від того, сприймаються вони переможцями або переможеними і що, відповідно, сама ідея, ніби право є річчю, про яку можна робити об'єктивні твердження, є безкінечним вимислом. Таким чином, право підлягає не виявленню, а відтворенню, являючи собою не поняття, що підлягає поясненню, а наративно структурований соціальний процес.

Як це не дивно, останній підхід виявляється найгуманнішим з усіх, адже тільки тут людина вперше опиняється в центрі правової реальності: саме вона виявляється джерелом правових смислів, автором і читачем водночас. Інакше кажучи, саме людина робить те чи інше явище правовим.

Подібним чином Ж. Дельоз і Ф. Гваттарі у книзі «Кафка. До мінорної літератури» відмовились від того, щоб розуміти Ф. Кафку, оскільки, на їх думку, розуміти в ньому нема чого. І все ж інтерпретація Дельоза/Гваттарі існує, адже вона дозволяє відкинути деякі традиційні версії, тобто запровадити певну політику інтерпретацій, у їх випадку таку, що працює на шизоаналітичну теорію [3], поряд із численними альтернативними тлумаченнями творчості письменника. Утім Ф. Кафка виявляється цікавим для нас не тільки тим, що він як ніхто інший звільняє читача, а й тим, що пропонує власне бачення світу права, який виявляється водночас існуючим і не існуючим, настільки ж абсурдним, як і перевантаженим смислом. Хто ж такий Ф. Кафка як читач права? І хто такі ми як читачі «Процесу»?

Відсутня правова реальність Франца Кафки

Дивним чином достатньо посередня біографія Ф. Кафки і його зовсім невеликий архів, який до того ж відповідно до заповіту автора підлягав знищенню, невдовзі після смерті письменника породили астрономічну кількість усіляких інтерпретацій і тлумачень. Так виникає кафкознавство — згідно з іронічним визначенням М. Кундери, «дискурс, призначений для кафковедизації Кафки» [4, с. 50]. Деякі тлумачі бачать у «Процесі» просто опис австрійського законодавства і одного дня з життя Ф. Кафки. У 30-ті роки ХХ ст. у його творах починають бачити пророцтва. А на початку ХХІ ст. — описання закону в постмодерністському світі, закону, що приносить тривогу і відчай замість справедливості, яка так і залишається недосяжною [5, с. 176]. Для одних тлумачів Ф. Кафка перш за все — релігійний мислитель, інші вбачають у його творах психоаналітичні, екзистенціалістські, марксистські або політичні алегорії, тоді як для третіх він залишається великим романістом і яскравим представником модерністського мистецтва.

Проте, можливо, секрет привабливості Ф. Кафки полягає саме в тому, що його тексти, через свою ніби незавершеність й свідоме ухилення від зрозумілості, або, за Ж. Дельозом, «вислизання», мають універсальну метафоричність, будучи максимально відкритими для інтерпретації, але ніколи не отримуючи свого повного витлумачення. У цьому зв'язку доречно згадати вказівку В. Беньяміна на те, що притчі Ф. Кафки — це не зовсім притчі, «але водночас вони не хочуть, щоб їх приймали за щирі правду; скоріше, вони створені для того, щоб їх цитували, розповідали для тлумачення» [6, с. 66]. Так, сам Ф. Кафка виявляється для нас незбагненим, утім, заворює читача своєю незбагненністю, як і створена ним реальність.

Кафкіанська реальність постає як світ, у якому все на диво зрозуміло та незрозуміло, можливо та неможливо, реально та ірреально. І найбільш показовим зрізом цієї дійсності, через який ми власне і потрапляємо у світ Ф. Кафки, виявляється реальність права!

Що ж являє собою правова реальність «Процесу» — роману, що, як відзначає В. Беньямін [6, с. 66], ніби розгорнутий з параболи «Біля брами Закону» — притчі, яку розповідає священник головному герою роману?

Йозеф К., який, «не зробивши нічого поганого»¹, був заарештований і виявився втягнутим у загадковий процес, опиняється у світі незліченних канцелярій і чиновників, суддів і адвокатів, клопотань і доносів, допитів і слухань... Але тільки не у світі права. Адже за формальною складовою правової реальності ми так і не виявляємо жодного змісту. Приставлена до героя варта постійно посилається на якісь приписи, при цьому ніколи не уточнюючи, що саме вони приписують. Прості виконавці не тільки «не уповноважені давати пояснення», але, як ми бачимо пізніше, і не можуть цього зробити, оскільки нічого не знають ані про таємничий процес, ані про право в цілому. Більше того, схоже, що таких знань не має взагалі ніхто, адже навіть у книжках слідчого, які, здавалося б, мали пролити світло на те, що відбувається, герой виявляє тільки непристойні картини. Так само у згаданій притчі про браму Закону доступ до останнього пере-

¹ Тут і далі цитати наводяться за: [7].

пиняє охоронець, проте і він нічого не знає про те, що приховує брама. Відомо лише про існування інших охоронців: «один могутніший за іншого». Таким чином, соціальна організація постає у вигляді певного лабіринту. Однак обвинувачений, що загубився у ньому, все ж змушений рухатись назустріч своїй загибелі, адже тільки так він зможе довідатись нарешті, у чому його провина (так, принаймні, йому уявляється).

Цікаво, що, крім головного героя, ніхто тут і не шукає права. Численні персонажі роману — лише частини системи, яким для успішного функціонування у ній взагалі не потрібні ані розуміння того, що відбувається, ані уявлення про належне, оскільки, ставши органічною складовою «лабіринту», ніби розчинившись у ньому, вони вже не потребують виходу. Так, ніхто з багатьох поколінь будівників, про яких розповідає Ф. Кафка у притчі «Як будувалась Китайська стіна» [8], по суті, не має уявлення про грандіозну споруду. Однак існують численні легенди, що виникли у зв'язку зі спорудженням стіни, які, втім, «жодна людина своїми очима і своїм виміром ніяк перевірити не могла через величезну протяжність стіни», як не дано було нікому осягнути імператорську владу. Все, що залишається оповідачу, — це визнати, що «керівники існували завжди і рішення звести стіну — також».

Дещо подібне опише пізніше Х. Арендт, аналізуючи феномен тоталітарної свідомості. 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 людства 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 [9, с. 599–604]. А правова реальність як реальність належного підмінюється реальністю «об'єктивних» законів руху: терор тільки приводить до виконання смертний вирок, який вже винесений природою «неповноцінним расам» або історією «відмираючим класам». Ці закони не потребують ані розуміння, ані визнання, ані суб'єкта взагалі, оскільки, на відміну від ідеї належного, що складає основу права і завжди вимагає дискурсу, світ природи тотожний самому собі. «Об'єктивна» у цьому сенсі імператорська влада у притчі про Китайську стіну, «об'єктивна» надскладна бюрократична машина, зображена у романі «Замок» [10], такою є і квазіправова реальність «Процесу»: ніхто не здатен її змінити; втім, ніхто цього і не прагне. Але ось чому?

Як відзначає Х. Арендт, базисний досвід, на який спирається тоталітаризм, відомий і не чужий людині — це ізоляція від ближнього і всезагальна самотність, що унеможливорює будь-яке розуміння. Адже навіть досвід чуттєвого сприйняття залежить від загального здорового глузду, без якого ми були б обмежені лише ненадійними показниками власних почуттів [9, с. 615–622]. Тим більше, це стосується світу правових феноменів, що осягається нами тільки в дискурсі, але водночас у цьому ж дискурсі і відтворюється. Так, ситуація нерозуміння у тоталітарному суспільстві має в своєму підґрунті, з одного боку, сти-

рання відмінностей і, таким чином, руйнування простору особистої свободи як здатності створення нового, а з другого — відчуження людини від інших, розрив із традицією та вкоріненням у ній здоровим глуздом. Звідси — неможливість розуміння правової реальності та її відтворення, що загрожує в кінцевому підсумку заміною останньої неправовими за своєю сутністю інструментами примусу. Адже в розумінні суб'єктивна свобода не тільки виходить за власні межі та потрапляє у простір інших, утворюючи багатомірний 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.

Кафкіанська реальність — це і є реальність тотального нерозуміння. При цьому право незбагненне не через свою закритість для розуміння, а в силу своєї відсутності. Його немає, оскільки немає правових суб'єктів, здатних відтворювати правові смисли. Світ «Процесу» — це світ, у якому неможливе (та й непотрібне) мислення, оскільки в цьому світі немає місця свободі й людській суб'єктивності. За великим рахунком, єдиний суб'єкт у романі — це головний герой, який все ж має деякі уявлення про право («адже К. живе у правовій державі, всюди панує мир, всі закони непорушні, хто ж насмівився нападати на нього у його власному житті?»). Проте саме в силу своєї самотності він від початку приречений на те, щоб бути поглиненим системою, як приречена на зникнення будь-яка суб'єктивність поза вільною комунікацією. Сам процес, по суті, і виявився судом над індивідуальною свободою. І якщо релігійні тлумачення роману вбачають у процесі відмову від людської сутності як умову наповнення Богом (формулювання А. Аствацатурова [11]), то політичні являють собою прочитання «Процесу» як тоталітарної антиутопії. Водночас при уважному розгляді ми цілком можемо знайти в романі ресурси для того, щоб стати метафорою і сучасної ситуації забуття правових смислів, втрачаючи які правова реальність стає глибоко неправовою. Мабуть, не випадково абсурдність світу взагалі починається у Ф. Кафки саме з абсурду правового. Чому ж правова реальність «Процесу» не наділяється смыслом? І наскільки реальна така реальність?

Відсутній читач

І все ж Ф. Кафка зображує цілком реальний світ, упускаючи лише одну деталь, відсутність якої і надає відчуття ірреальності. Що, втім, стає очевидним для читача далеко не одразу, але, ставши таким, набуває значення потужного експлікативного аргументу. Правова реальність Ф. Кафки — це відсутня реальність, оскільки відсутній правовий суб'єкт, здатний надати правового сенсу тому, що відбувається. Інакше кажучи, відсутній читач, здатний прочитати текст, який тільки і може бути конституційований у цьому прочитанні. Письменник виходить за межі правдоподібності «не для того, щоб вирватися зі світу реальності, а щоб краще схопити його суть» (М. Кундера [4, с. 63]). Кафкіанська реальність — це світ, у якому ми живемо, але ніби побачений не нами, не людським поглядом. Це світ, у якому відсутній сенс, але якому цей сенс і непотрібний. І тільки людина, що дивиться на нього крізь призму власної свободи, вимагає сенсу і привносить його у світ. Чому ж не вимагають його герої Ф. Кафки? І чи набагато ми відрізняємось від них?

У цьому сенсі завжди актуальним залишається спостереження Х. Арндт щодо широко поширеного у суспільстві страху перед судженням, за яким ховається підозра, що ніхто не діє вільно і що, відповідно, ніхто не несе відповідальності за свої вчинки. У кафкіанській реальності неможливе особисте судження — людська здібність, що дозволяє нам судити раціонально, не піддаючись емоціям чи егоїстичним інтересам, і при цьому функціонує спонтанно, тобто не спираючись на правила і стандарти, під які можна підвести особливі випадки, але, навпаки, створюючи свої власні принципи завдяки самій роботі судження. Саме колапс особистого судження призводить до того, що бюрократія виявляється правлінням нікого і з цієї причини вона є найменш людиною і найбільш жорстокою формою правління [12, с. 49, 58, 63].

У цій нелюдській системі гвинтиків і втілена межа прагнень будь-якої влади, що, як певний порядок, завжди намагається не просто підкорити собі особистість, але поглинути її цілком і повністю, що й відбувається з головним героєм у «Процесі» та «Замку», і найяскравішим символом чого у Ф. Кафки є грандіозна за своїми масштабами Китайська стіна. При цьому зовсім не важливою стає сутність самої влади: «Настільки велика наша країна, що жодній казці не охопити її... палац імператора — лише крапочка. Однак імператор як поняття, звісно, величезний...». Величезний як символ і Закон у притчі про охоронця, але до нього не підступитись ані селянину, ані навіть самому вартовому. Тому «якщо б із таких явищ ми зробили висновок, що, по суті, в нас ніякого імператора немає, ми були б не так далекі від істини». Проте, незважаючи на те, що народ ніяк не може витягти на світло такий, що загубився десь в Пекіні, образ імператора, йому все ж хочеться «притиснути його до своїх вірнопідданських грудей, які тільки й прагнуть хоча б раз відчути цей дотик і в ньому розчинитись».

Так, найціннішим для нас предметом осмислення виявляється зовсім не те, про що говорить письменник, а те, про що він красномовно мовчить, але що ми поки що здатні почути. Справа тут навіть не в пророцькому дарі Ф. Кафки, а в тому, що загроза, повною мірою втілена у кафкіанській реальності, завжди від початку ховається у правовій дійсності, чи то дійсності 1910-х, 1930-х або 2000-х. І, схоже, природа цієї загрози має характер не тоталітарний, комуністичний або ліберальний, а глибоко антропологічний, що є по суті антрополого-правовим.

Головний герой «Процесу» Йозеф К. виявляється нездатним прочитати право як текст, не володіючи жодною мовою для цього і не маючи можливості таку мову створити, адже мова передбачає існування принаймні двох суб'єктів, в той час як Йозеф К. залишений на самоті. За відсутності читача текст виявляється абсурдним нагромадженням беззмістовних форм: замість правової реальності виявляємо безглузду бюрократичну машину. Водночас сам роман як інтерпретація світу права автором потребує свого читача, як потребує його й будь-яка правова реальність для того, щоб залишатись такою.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Morawetz Th. Law and Literature / Th. Morawetz // A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory.* — Oxford : Blackwell, 1996. — P. 672–693.
2. *Право и литература : сб. тезисов Восьмых философско-правовых чтений памяти академика В. С. Нерсисянца (2 октября 2013 г.)* — М., 2013. — 46 с.

3. *Кралечкин Д.* Кафка Делеза/Гваттари: одна болезнь на двоих / Д. Кралечкин [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://censura.ru/articles/kafkabug.htm>.
4. *Кундера М.* Нарушенные завещания: эссе / М. Кундера. — СПб. : Азбука-классика, 2006. — 320 с.
5. *Douglas-Scott S.* Law after Modernity / S. Douglas-Scott. — Oxford ; Portland, Oregon : Hart Publishing, 2013. — 413 p.
6. *Беньямин В.* Франц Кафка / В. Беньямин. — М. : Ad Marginem, 2000. — 318 с.
7. *Кафка Ф.* Процесс / Ф. Кафка. — СПб. : Азбука-классика, 2004. — 320 с.
8. *Кафка Ф.* Как строилась Китайская стена / Ф. Кафка // Пропавший без вести. — М. : АСТ : АСТ МОСКВА : Транзиткнига, 2006. — 651 с.
9. *Арендт Х.* Истоки тоталитаризма / Х. Арендт. — М. : ЦентрКом, 1996. — 672 с.
10. *Кафка Ф.* Замок / Ф. Кафка. — СПб. : Азбука-классика, 2005. — 480 с.
11. *Аствацатуров А.* Франц Кафка: человек и власть. Теории и практики / А. Аствацатуров [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://astvatsaturov.com/tag/kafka/>.
12. *Арендт Х.* Ответственность и суждение / Х. Арендт. — М. : Изд. Ин-та Гайдара, 2013. — 352 с.

Максимов С. І., Сатохіна Н. І. Право у пошуках читача (Відсутня правова реальність Франца Кафки)

Анотація. У статті провідиться аналогія між правовою реальністю і реальністю художнього вимислу, між правовим суб'єктом і читачем роману. На прикладі творів Франца Кафки автори демонструють, яким чином текст може конституюватися своїм читачем, а правова реальність — відтворюватися правовим суб'єктом, наділеним здатністю судження.

Ключові слова: правова реальність, правовий суб'єкт, текст, читач, здатність судження, інтерсуб'єктивність, правові смисли.

Максимов С. И., Сатохина Н. И. Право в поисках читателя (Отсутствующая правовая реальность Франца Кафки)

Аннотация. В статье проводится аналогия между правовой реальностью и реальностью художественного вымысла, между правовым субъектом и читателем романа. На примере произведений Франца Кафки авторы демонстрируют, каким образом текст может конституироваться своим читателем, а правовая реальность — воспроизводиться правовым субъектом, наделенным способностью суждения.

Ключевые слова: правовая реальность, правовой субъект, текст, читатель, способность суждения, интерсубъективность, правовые смыслы.

Maksymov S., Satokhina N. Law in Search of the Reader (Franz Kafka's Absent Legal Reality)

Summary. The article draws an analogy between legal reality and the reality of artistic fiction, between the legal subject and the reader of the novel. With the works of Franz Kafka authors demonstrate how the text can be constituted by his reader and how the legal reality can be reconstituted by the legal subject endowed with the capacity of judgment.

Key words: legal reality, legal subject, text, reader, capacity for judgment, intersubjectivity, legal senses.

ТРАНСЛЮВАННЯ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЦІННОСТЕЙ НА ГАЛУЗЕВИЙ РІВЕНЬ (НА ПРИКЛАДІ ФІНАНСОВОГО ПРАВА)



С. ПОГРЕБНЯК

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

Механізм транслявання конституційних цінностей на галузевий рівень передбачає виокремлення та самостійний аналіз таких важливих елементів, як: 1) об'єкт транслявання; 2) інструменти (засоби) транслявання; 3) суб'єкти транслявання; 4) адресати транслявання [1, с. 29].

Об'єктом трансляції у цьому випадку виступають *конституційні цінності*. Цінності є переконаннями людини у значущості (чи важливості) особисто для неї певного об'єкта або явища; базові цінності — це ті кінцеві, цільові цінності людини, на основі яких формується вся множина інструментальних (оперативних, поточних) цінностей, що спрямовують її життєдіяльність [2, с. 5]. Вони є конструктами, які підтримуються колективно на рівні суспільства (суспільні цінності) чи індивідуально на рівні людини (індивідуальні цінності).

Згідно зі спрощеним визначенням, цінності — це загальнопоширена тенденція віддавати перевагу одного становища справ іншому [3, с. 70]. Ними керуються при виборі та оцінці дій, політики, засобів і цілей людей і подій як добрих чи поганих, виправданих чи незаконних. Цінності є ідеалізованими абстракціями, відстороненими регулюючими початками. Вони схожі на маленькі божества. Як Бог, вони служать основою або безперечними початками. Як Бог, їх поява вимагає віри, поваги і саможертвності. Як Бог, вони пропонують втіху та винагороду страждання тлінного світу. Як Бог, вони отримують широке поширення на обнадійливий есхатологічний розмах віри в право, політику і людське існування. Отже, цінності — світський еквівалент Бога [4, с. 142–143].

Сучасна концепція цінностей відштовхується від розуміння того, що: 1) цінності є переконаннями, когнітивними структурами, які тісно пов'язані з афектом. Коли цінності активуються, вони стають просякнутими почуттями; 2) цінності належать до бажаних цілей (наприклад, цінностями є соціальна рівність, справедливість і корисність); 3) цінності виходять за межі конкретних дій і ситуацій, що відрізняє їх від більш вузьких понять (норми і відносини), які зазвичай належать до конкретних дій, об'єктів або ситуацій; 4) цінності служать як стандарти або критерії (ними керуються при виборі та оцінці дій, політики, людей і подій як добрих чи поганих, виправданих чи незаконних); 5) цінності відсортовані за важливістю щодо одна одної, що дозволяє сформулювати систему ціннісних пріоритетів [5].

Усі конституції містять певні цінності, які можуть використовуватися під час тлумачення конституції. Їх значення може бути встановлено тільки через відсилання до позаконституційної (радше — надконституційної) системи цінностей. Таким чином, їх включення до тексту конституції дозволяє вписати зовнішні ціннісні системи в нормативний зміст національної конституції. Іншими словами, їх використання «відкриває» писаний текст конституції для введення додаткових принципів і норм, що виходять за рамки позитивного права [6, с. 221].

Конституційна цінність як абстрактне поняття віддзеркалює стандарт чи міру блага¹ і, таким чином, може визнаватися такою, що створює умови для належного чи бажаного трактування, застосування і введення в дію конституції і всього, що з цим пов'язане [7, с. 90].

На нашу думку, головним засобом транслювання конституційних цінностей виступають **принципи права** — найбільш загальні і стабільні вимоги, які сприяють утвердженню та захисту суспільних цінностей, визначають характер права і напрями його подальшого розвитку [8, с. 124].

Конституційні цінності відрізняються від принципів, але пов'язані з ними в тому сенсі, що конституційні принципи ґрунтуються на конституційних цінностях і виражають їх. Конституційні цінності забезпечують етичну основу конституційних норм, у той час як конституційний принцип озброює нас більшою конкретикою (хоча й є достатньо широко сформульованим), є керівництвом з належної конституційно санкціонованої поведінки [7, с. 90].

Найбільш концентрованим виразом базових цінностей, що притаманні певній системі права, є основоположні та загальні принципи права. Саме вони надають правопорядку *необхідний аксіологічний вимір*, вказуючи на цінності, які визначають право в цілому, орієнтуючи на їх використання, а також захищаючи їх. Такі принципи формують підвалини не лише тлумачення та реалізації норм права, а й самого процесу правотворчості, забезпечують єдність права [8, с. 128].

¹ Наприклад, аналіз Конституції України дозволяє виокремити такі конституційні цінності, як: людська гідність, права людини, вільний і всебічний розвиток особистості, життя, рівність, справедливість, свобода та особиста недоторканність, прайвесі, верховенство права, народовладдя, політична, економічна та ідеологічна багатоманітність, екологічна безпека та рівновага, національна безпека, територіальна цілісність, громадський порядок, здоров'я і моральність населення, національна культура та ін.

Вони поширюють свою дію на всі галузі й інститути права і таким чином переводять конституційні цінності на галузевий рівень.

Усі ці положення повною мірою стосуються такої галузі вітчизняного права, як фінансове право. Нагадаємо, що **фінансове право** є галуззю права, що регулює суспільні відносини у сфері фінансової діяльності держави і територіальних громад з приводу формування, розподілу і використання централізованих і децентралізованих фондів публічних фінансів [9, с. 19–20]. Продемонструємо механізм транслювання конституційних цінностей у фінансове право на прикладі загальних принципів права — добросовісності та розумності.

Принцип добросовісності як загальний принцип права передбачає необхідність *сумлінної й чесної поведінки* суб'єктів при виконанні своїх юридичних обов'язків і здійсненні своїх суб'єктивних прав. Він містить вимоги, які допомагають зняти або пом'якшити недоліки абстрактної і формальної природи права. Доктрина добросовісності в тому чи іншому вигляді присутня в більшості західних правових систем (наприклад, в англосаксонському праві вона відома як *Good faith*, у німецькому — як *Treu und Glauben*). Вона розглядається як певне стримування егоїзму в юридичних відносинах. Мета добросовісності полягає у встановленні балансу між законом і справедливістю, оскільки іноді положення закону або договірні умови можуть призвести до несправедливого результату [10, с. 11].

Добросовісність — це реалізація прав і дотримання обов'язків, здійснення правотворчості, правозастосування та тлумачення відповідно *не лише до букви права, а й до його духу*. Конституційний Суд України визнає добросовісність однією із загальноправових засад (див. Рішення від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004 у справі про охоронюваний законом інтерес [11, ст. 3288]).

У свою чергу, інший загальний принцип права — **розумність** — розглядається як складова верховенства права (див., наприклад, Рішення Конституційного Суду України від 8 грудня 2011 р. № 16-рп/2011 у справі про фіксування судового процесу технічними засобами [12, ст. 3638], від 29 серпня 2012 р. № 16-рп/2012 у справі про підсудність окремих категорій адміністративних справ [13, ст. 2840]), вимагає *обґрунтованості* та *послідовності* поведінки суб'єктів права (у тому числі суб'єктів владних повноважень), встановлює необхідність їх *розсудливості*. Суб'єкти мають зважувати власні дії з урахуванням їхнього значення та наслідків, аби визначити шкоду, якої вони можуть завдати, зіставляти власну оцінку з оцінкою інших. Принцип розумності перевіряє дії цих осіб на відповідність *здоровому глузду*, використовуючи при цьому стандарт «звичайної розумної особи» (людини, яка має нормальний, середній рівень інтелекту, знання та життєвий досвід). Крім того, у деяких випадках (наприклад, при регламентації поведінки суб'єктів владних повноважень, суб'єктів підприємницької діяльності) при визначенні розумності оцінюється також *ефективність* дій [8, с. 130–131].

Однією з важливих конструкцій фінансового права, яке використовує цінності добросовісності й розумності, є **добросовісність платника податків**.

Аналіз української юридичної практики дає можливість зробити припущення про **запозичення цієї конструкції з російської правової системи**, де вона була вироблена на основі низки рішень Конституційного Суду РФ.

Так, у 1998 р. Конституційний Суд РФ вперше використав категорію добросовісності щодо платників податків, указавши, що повторне стягнення з добросовісного платника податків, які не надійшли до бюджету через банкрутство банку, порушує конституційні гарантії приватної власності (п. 3 Постанови Конституційного Суду РФ від 12 жовтня 1998 р. № 24-П [14]). Далі в ухвалі від 25 липня 2001 р. № 138-О Суд зауважив, що примусове стягнення з недобросовісних платників податків, які не надійшли до бюджету, конституційні гарантії права власності не порушує [15].

Продовжуючи тему добросовісності в ухвалі від 16 жовтня 2003 р. № 329-О, Конституційний Суд РФ наголосив на тому, що у сфері податкових відносин діє **презумпція добросовісності**. Тому податкові органи і суди не можуть тлумачити поняття «добросовісні платники податків» як таке, що покладає на платників податків додаткові обов'язки, не передбачені законодавством. Проте вирішення питання про добросовісність конкретного підприємства при виконанні своїх податкових обов'язків і реалізації права на зменшення податків, пов'язане зі встановленням і дослідженням фактичних обставин конкретної справи, належить до компетенції арбітражних судів і Конституційному Суду непідвідомче [16].

Наступний крок у розвитку категорії «добросовісність платника податків» — прийняття ухвал від 8 квітня 2004 р. № 169-О [17, ст. 4838] і від 4 листопада 2004 р. № 324-О [17, ст. 4839], у яких зазначається, що відмова у праві на податкове відрахування податку на додану вартість (далі — ПДВ)) може мати місце, якщо процес реалізації товарів (робіт, послуг) не супроводжується дотриманням обов'язку зі сплати ПДВ до бюджету в грошовій формі, який кореспондує цьому праву.

Завдяки зусиллям Конституційного Суду РФ критерії добросовісності почали широко використовуватися при оцінці дій платників податків. З метою забезпечення однаковості відповідної судової практики Пленум Вищого арбітражного суду РФ затвердив постанову від 12 жовтня 2006 р. № 53 «Про оцінку арбітражними судами обґрунтованості отримання платником податків податкової вигоди» [18].

У свою чергу, вона враховує досвід боротьби з податковими зловживаннями, існуючий у західних юрисдикціях. Типовим прикладом у даному випадку може бути **німецьке податкове право**. Відповідно до § 42 Положення про податки й обов'язкові платежі звичайно допустима оптимізація оподаткування визнається неправомірною, якщо в її основі лежить зловживання сторонами при виборі правовідношення. Те саме стосується випадків створення вигідних для платника податків обставин. Згідно з практикою Федерального фінансового суду ФНР зловживання при виборі форми договірних правовідносин мають місце у випадках, якщо обрана сторонами форма відносин: 1) нерозмірна з поставленою метою договору (тобто є незвичайною); 2) спрямована на приховування доходів від оподаткування; 3) не може бути обґрунтована господарськими або іншими важливими причинами неподаткового характеру [19, с. 142].

При цьому форма правовідносин не може розглядатися як нерозмірна лише тому, що вона обрана з причин, пов'язаних із оподаткуванням. Нерозмірною є така форма цивільних правовідносин, яку сторони, діючи розумно в існуючих

обставинах, не обрали би для досягнення господарської мети, що стоїть перед ними. Насамперед — це форма, яка взагалі не служить будь-якій господарській меті. Нерозмірні правовідносини зазвичай реалізуються обхідними шляхами, часто бувають складними, незграбно штучними, непрозорими, абсурдними, малоефективними чи навіть непотрібними. Показовою у даному випадку є відповідь на питання, чи обрали би розумні сторони цю форму з урахуванням даних економічних обставин і поставленої господарської мети. Так, платник податків має бути здатним завжди дати переконливе пояснення щодо вибору ним тієї чи іншої форми правовідносин. Якщо він цього не може зробити, то визнається наявність свідомого обходу закону [19, с. 143–144].

У *французькому праві* розрізняють зловживання як податкове шахрайство (симуляцію) і як обхід податку, коли норма права прямо не порушується, а правочин має виключно податкову мету. Саме поняття «зловживання правом» закріплене в ст. L 64 Зводу фіскальних процедур. Обидві форми зловживання об'єднуються наміром — досягненням незаконної податкової вигоди [20, с. 121–122].

У свою чергу, США не має єдиного загального правила, яке б не дозволяло платникам податків використовувати положення *податкового права США* всупереч політиці, що лежить в його основі. Для цього використовуються кілька інструментів, які дозволяють припинити ухилення від сплати податків — акти Конгресу і загальне право. Так, судами розроблено низку правових доктрин, що попереджують податкові ухилення [21, с. 185–195]. Це, зокрема, доктрина удаваного правочину¹, доктрина переважання суті над формою², доктрина «правочину по кроках»³, доктрина економічної суті⁴, доктрина ділової мети⁵.

¹ *Доктрина удаваного правочину* дозволяє суду об'єднати кілька етапів правочину, якщо проміжні етапи визнані необов'язковими або несуттєвими для кінцевого результату. При вчиненні удаваного правочину економічна діяльність, спрямована на отримання податкових пільг, фактично не ведеться.

² *Доктрина переважання суті над формою* застосовується до правочинів, податковий результат яких більш точно визначаються внутрішньою сутністю правочину, а не формальними етапами, на які її можна поділити; схеми оподаткування двох правочинів, що приводять до одного результату, не повинні відрізнятися лише тому, що результат досягається за допомогою різних правових заходів. Це дає суду право перекваліфікувати правочин, виходячи з його внутрішнього змісту.

³ *Доктрина «правочину по кроках»* виходить із того, що правочин нерідко є ланкою (кроком) певної господарської діяльності, безпосередньо пов'язаної з попередньою та наступною; тому за наявності обставин, що пов'язують правочини (наприклад, юридичні відносини, що виникають при укладанні одного правочину, не мають користі без виконання всієї послідовності етапів), суд може об'єднати формально роз'єднані «кроки», щоб не брати до уваги проміжні етапи.

⁴ *Доктрина економічної суті* спрямована на боротьбу з фіктивними правочинами; відповідно до неї економічна сутність запланованих правочинів має відрізнятися і відокремлюватися від економічної вигоди, яка досягається винятково за допомогою зменшення розміру податкових зобов'язань; платник податків не може отримати податкові пільги шляхом укладання правочинів, які не мають іншої економічної мети, ніж зменшення розмірів податкових платежів.

⁵ *Доктрина ділової мети* дозволяє суду проігнорувати правочин, якщо при вивченні суб'єктивної мотивації платника податків суд з'ясує, що у платника податків не було іншої

Аналіз та узагальнення *судової практики Верховного Суду України та Вищого адміністративного суду України* доводить факт сприйняття зазначених концептуальних підходів *в аспекті добросовісності платників податку*. Підтвердженням цьому може служити лист Вищого адміністративного суду України від 20 липня 2010 р. № 1112/11/13-10 «Проблемні питання застосування законодавства у справах за участю органів державної податкової служби» [22], в якому викладено еволюцію вітчизняної судової практики із зазначеного питання і наголошено на тому, що визначальним для висновків щодо правомірності дій платників ПДВ є *аналіз їх добросовісності*. При цьому суд зазначив, що у законодавстві *відсутнє визначення поняття «добросовісний платник податків»*. Так само законодавство *не містить певних критеріїв добросовісності* платника податків, проте схвалив використання цієї конструкції в судовій практиці.

Вищий адміністративний суд підкреслює, що вимога щодо бюджетного відшкодування ПДВ може бути визнана *необґрунтованою*, зокрема, коли:

- для цілей оподаткування операції враховані *на підставі удаваних правочинів*, про що має бути зазначено у рішенні суду наприклад, у разі невідповідності дійсному економічному змісту або необумовленості розумними економічними або іншими причинами (цілями ділового характеру));
- встановлені обставини, що свідчать про *нездійснення* особою, яка значиться виробником товару, *підприємницької діяльності*;
- якщо судом встановлено, що *головною метою* платника податку є *одержання доходу винятково або переважно за рахунок податкової вигоди*, зокрема відшкодування ПДВ з бюджету, за відсутності наміру здійснювати реальну підприємницьку діяльність.

На думку Суду, про необґрунтованість права на податковий кредит та/або бюджетне відшкодування можуть також свідчити підтверджені доказами доводи податкового органу, зокрема, про *наявність таких обставин*:

- *неможливість реального здійснення* платником податків зазначених операцій з урахуванням часу, місця знаходження майна або обсягу матеріальних ресурсів, економічно необхідних для виробництва товарів, виконання робіт або послуг, *нездійснення* особою, яка значиться виробником товару, підприємницької діяльності;
- *відсутність необхідних умов для досягнення результатів* відповідної підприємницької, економічної діяльності в силу відсутності управлінського або технічного персоналу, основних коштів, виробничих активів, складських приміщень, транспортних засобів;
- облік для цілей оподаткування *лише* тих господарських операцій, які *безпосередньо пов'язані з виникненням податкової вигоди*, якщо для даного виду діяльності також потрібне здійснення й облік *інших* господарських операцій;
- здійснення операцій з товаром, що *не вироблявся або не міг бути вироблений* в обсязі, зазначеному платником податків у документах обліку.

мети, ніж зменшення податкових зобов'язань. Правочин береться до уваги з метою оподаткування, якщо його економічна сутність обумовлена комерційними чи нормативно-правовими реаліями, в основі його лежать міркування, не пов'язані зі сплатою податків, і він не спрямований виключно на ухилення від оподаткування.

Наведені правові позиції дозволили суду зробити висновок щодо формування **тенденції до індивідуалізації кваліфікації дій платників податку** з формування податкового кредиту та сум бюджетного відшкодування з ПДВ з **огляду на добросовісність** такого платника.

У разі якщо дії платника податку свідчать про його *добросовісність*, а вчинені ним господарські операції *не викликають сумніву в їх реальності та відповідності дійсному економічному змісту*, для підтвердження права на податковий кредит та/або бюджетне відшкодування достатньо наявності належним чином оформлених документів, зокрема податкових накладних. При цьому *не є підставою для відмови порушення податкової дисципліни, вчинені контрагентом платника податку*. Також *не є підставою для визнання неправомірними операцій платника податків подальше припинення чи анулювання статусу платника ПДВ*. Усі операції, вчинені контрагентом платника податку до припинення такого контрагента, *не можуть автоматично розглядатися як нікчемні* правочини в силу лише припинення юридичної особи або анулювання її податкового статусу. У такому разі достатньо встановити *необізнаність платника податку* про факт припинення або недобросовісний характер діяльності контрагента (зокрема, про несплату податків чи неподання податкової звітності).

Одночасно Суд *конкретизував предмет доказування* у відповідній категорії спорів. Зокрема, дослідженню підлягає *реальність господарських операцій*, що є підставою для виникнення права на податковий кредит та/або бюджетне відшкодування; *добросовісність дій* платника податку, яка полягає у *відповідності вчинених ним дій господарській меті*, а також реальність усіх даних, наведених у документах.

Крім того, були *визначені основні етапи процесуальної діяльності суду* із встановлення обґрунтованості права платника податку на податковий кредит та/або бюджетне відшкодування: 1) встановлення факту здійснення господарської операції; 2) встановлення спеціальної податкової правосуб'єктності учасників господарської операції; 3) встановлення зв'язку між фактом придбання товарів (послуг), спорудженням основних фондів, імпортом товарів (послуг) і господарською діяльністю платника податку; 4) встановлення дотримання платником податку спеціальних вимог щодо документального підтвердження сум податкового кредиту та/або бюджетного відшкодування з ПДВ; 5) встановлення факту надмірної сплати ПДВ у ціні придбаних товарів (послуг).

Відповідні позиції, сформовані в українській судовій практиці **у період дії Податкового кодексу України** (тобто у 2011–2013 рр.), були викладені в листі Вищого адміністративного суду України від 2 червня 2011 р. № 742/11/13-11 [23]. Суд продемонстрував *наступність власного підходу* в умовах дії Податкового кодексу України і поширив його також на спори, пов'язані зі сплатою податку на прибуток: витрати для цілей визначення об'єкта оподаткування податком на прибуток, а також податковий кредит для цілей визначення об'єкта оподаткування ПДВ мають бути фактично здійснені та підтверджені належним чином складеними первинними документами, що відображають *реальність господарської операції*. Водночас за відсутності факту придбання або в разі якщо придбані товари чи послуги не призначені для використання у господарській діяльності, відповідні суми не можуть включатися до складу витрат навіть за наявності

формально складених, але недостовірних документів або сплати грошових коштів.

З метою дослідження обставин реальності здійснення господарських операцій Вищий адміністративний суд зобов'язує суди з'ясувати, зокрема:

1. Рух активів у процесі здійснення господарської операції¹.

2. Установлення спеціальної податкової правосуб'єктності учасників господарської операції².

3. Установлення зв'язку між фактом придбання товарів (послуг), понесенням інших витрат і господарською діяльністю платника податку³.

При цьому про відсутність факту здійснення господарської операції, на думку Суду, можуть свідчити, зокрема, такі обставини:

– всупереч даним податкового обліку відсутні зміни активів, зобов'язань чи власного капіталу принаймні в одного з таких учасників операції;

– отримання майнової вигоди чи права на таку вигоду виключно шляхом зменшення бази оподаткування з певного податку та/або отримання коштів із Державного бюджету за одночасної відсутності об'єктивної можливості отримати майнову вигоду від цієї операції в інший спосіб (наприклад, експорт товару на підставну особу, яка не має відповідної реєстрації чи не веде будь-якої господарської діяльності, виключно з метою отримання документів, що підтверджують право на бюджетне відшкодування з ПДВ; «тимчасова» поставка товару (тобто з подальшим поверненням товару без обґрунтованої економічної причини в наступних податкових періодах) тим платником, в якого наявне від'ємне

¹ Необхідно перевірити фізичні, технічні та технологічні можливості певної особи до вчинення тих чи інших дій, що становлять зміст господарської операції, як-от: наявність кваліфікованого персоналу, основних фондів, у тому числі транспортних засобів для перевезення або виробництва, приміщень для зберігання товарів тощо, якщо такі умови необхідні для здійснення певної операції; можливість здійснення операцій з відповідною кількістю певного товару у відповідні строки з урахуванням терміну його придатності, доступності на ринку тощо; наявність відповідних ліцензій та інших дозвільних документів, що необхідні для ведення певного виду господарської діяльності.

² При цьому для висновків про наявність порушень в обов'язковому порядку необхідно з'ясувати можливу обізнаність платника щодо дефектів у правовому статусі його контрагентів (відсутність реєстрації їх як платників ПДВ, відсутність у відповідних посадових осіб чи інших представників контрагента повноважень на складання первинних, розрахункових документів, податкових накладних тощо). Відповідні обставини можуть бути з'ясовані, зокрема, з використанням даних Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, а також офіційно оприлюднених даних щодо анульованих свідоцтв платника ПДВ.

³ При цьому в обов'язковому порядку необхідно досліджувати наявність господарської мети при вчиненні відповідних дій платника податку. Перевірці підлягають доводи податкового органу, що свідчать про відсутність ділової мети у діях платника податку, зокрема у разі подальшого продажу придбаного товару нижче за ціну придбання; придбання товарів (послуг) у посередників за наявності прямих контактів з їх виробниками; придбання послуг, використання яких не може мати позитивного впливу на результати господарської діяльності платника податку тощо.

значення податкових зобов'язань із ПДВ тому учаснику, який має зобов'язання до сплати в бюджет тощо);

– результати, відображені в даних податкового обліку, фактично не настали внаслідок відсутності відповідних дій (наприклад, відображення отримання послуг без їх фактичного надання або в разі їх надання іншою особою, ніж та, що вказана у даних податкового обліку чи первинних документах; імітація купівлі товару в особи, яка ніколи його не продавала тощо).

Положення листа від 2 червня 2011 р. № 742/11/13-11 набули свого розвитку у листі Вищого адміністративного суду України від 1 листопада 2011 р. № 1936/11/13-11, в якому, зокрема, зазначається: «У разі якщо зібраних у справі доказів буде достатньо для підтвердження доводів податкового органу щодо відсутності фактичного здійснення господарської операції, у відповідному позові платника податків щодо неправомірності визначених йому грошових зобов'язань необхідно відмовити. Водночас відсутність або недостатність відповідних доказів з урахуванням змісту підпункту 4.1.4 пункту 4.1 статті 4 Податкового кодексу України (*презумпція правомірності рішень платника податку...*) є підставою для висновку про неправомірність оскарженого рішення контролюючого органу» [24].

Слід відзначити, що завдяки прийняттю Податкового кодексу України на законодавчому рівні було закріплено доктрину **розумної економічної причини (ділової мети)**. Так, згідно з підп. 14.1.231 п. 14.1 ст. 14 Податкового кодексу України розумна економічна причина (ділова мета) — це «причина, яка може бути наявна лише за умови, що платник податків має намір одержати економічний ефект у результаті господарської діяльності» [25].

Ця доктрина ще до її законодавчого закріплення активно використовувалася у спорах про бюджетне відшкодування ПДВ. У Постанові Президії Верховного Суду України та Президії Ради суддів України від 3 квітня 2009 р. № 7 «Про стан здійснення судочинства адміністративними судами» підкреслювалося, що відповідно до практики Верховного Суду України в цій категорії справ у ході судового засідання повинні з'ясуватися обставини щодо фактичного наміру підприємства одержати економічний ефект у результаті підприємницької або іншої економічної діяльності [26].

Найбільш докладно ця проблема розкрита в Довідці Вищого адміністративного суду України про результати вивчення та узагальнення практики застосування адміністративними судами окремих норм Закону України «Про податок на додану вартість» від 15 квітня 2010 р. [27] У ній зазначено, що збиткові операції дають право на витрати і податковий кредит, якщо вони обумовлені розумними економічними та іншими причинами ділового характеру. При цьому Суд виокремлює дві групи виправдувальних обставин:

1) *об'єктивні обставини*, що змушують вчинити збиткові операції (зміна ринкової кон'юнктури, втрата якості, втрати від затоварення складу, обґрунтована потреба в оборотних коштах, перепрофілювання підприємства тощо);

2) *суб'єктивні причини*, викликані комерційною стратегією платника податків (зокрема, стратегії, спрямовані на оновлення та удосконалення власної продукції, зміцнення конкурентного становища на ринку, вихід на нові ринки збуту товарів (робіт, послуг)).

Крім того, у Довідці наводиться перелік обставин, що підсилюють підозру у несумлінності, а саме: вчинення нетипових операцій; систематичні операції з підозрілими платниками; нетипові схеми розрахунків; явна невідповідність цін при обізнаності про ринкову кон'юнктуру; використання посередників за наявності прямих зв'язків з виробниками тощо [28, с. 40–41].

Певний інтерес у цьому питанні для нас становить *російський досвід*. Так, в ухвалі Конституційного Суду Російської Федерації від 4 червня 2007 р. № 320-О-П [29, ст. 3479], присвяченій оцінці економічної виправданості витрат, зауважується, що податкове законодавство не використовує поняття економічної доцільності та не регулює порядок та умови ведення фінансово-господарської діяльності; тому обґрунтованість витрат, що зменшують з метою оподаткування отримані доходи, не може оцінюватися з точки зору їх доцільності, раціональності, ефективності або отриманого результату. У силу принципу свободи економічної діяльності платник здійснює її самостійно на свій ризик і має право самостійно і одноосібно оцінювати її ефективність і доцільність. При цьому судовий контроль не покликаний перевіряти економічну доцільність рішень, що приймаються суб'єктами підприємницької діяльності, які у сфері бізнесу володіють самостійністю і широкою дискрецією, оскільки в силу ризикового характеру такої діяльності існують об'єктивні межі в можливостях судів виявляти наявність у ній ділових прорахунків. Отже, податкове законодавство вимагає лише встановлення об'єктивного зв'язку понесених платником податку витрат із спрямованістю його діяльності на отримання прибутку, причому тягар доведення необґрунтованості витрат платника податку покладається на податкові органи.

Вважаємо, що з метою подальшої конституціоналізації фінансового права *ці положення необхідно закріпити у Податковому кодексі України*. Зокрема, виходячи з принципу добросовісності та свободи економічної діяльності, слід передбачити, що обґрунтованість витрат, що зменшують з метою оподаткування отримані доходи, не може оцінюватися контролюючим органом з точки зору їх доцільності, раціональності, ефективності або отриманого результату.

Крім того, у фінансовому праві бажано *закріпити стандарти оцінки наявності/відсутності ділової мети*. Певним орієнтиром у такому разі можуть бути принципи оцінки дій платника податків, вироблені Податковим судом США: 1) економічна сутність правочину має визначатися на основі фактичних обставин; 2) раціональний зв'язок між правочином і корисною неподатковою метою в світлі поведінки платника податків, економічної ситуації і намірів; 3) корисність заявленої мети і засоби, обрані для її досягнення, повинні оцінюватися відповідно до прийнятих промислових і торговельних звичаїв; 4) раціональний зв'язок між метою та засобами, як правило, не може бути встановлений, якщо не очікується, що неподаткова вигода буде принаймні розмірна з трансакційними витратами. Для того щоб установити відповідність платника податків таким вимогам, суд повинен ретельно проаналізувати правочин за двома взаємопов'язаними аспектами: за об'єктивною економічною сутністю правочину і за суб'єктивним наміром платника податків. Для задоволення *об'єктивних економічних вимог* правочин окрім простого зниження податків має приводити до значущого і відчутного покращення загального економічно-

го становища платника податків (правочин необов'язково повинен генерувати прибуток; він повинен лише мати перспективу отримання прибутку — правочин має бути розроблений і запланований відповідно до галузевих стандартів, ніби який-небудь розсудливий підприємець взяв участь в її інвестуванні). *Суб'єктивний аспект* аналізу економічної сутності правочину потребує перевірки наміру чи мотивації платника податків, спрямованих на отримання прибутку за правочином. Для цього розглядаються питання: чи існувала можливість отримання прибутку за правочином; чи були у платника податків підстави для укладання правочину, не пов'язані з податками; чи визначив платник податків ринковий ризик, що супроводжує правочин; чи виділив платник кошти на проведення правочину; чи були компанії, які брали участь в операції, самостійними особами щодо платника податків і чи займалися вони законною комерційною діяльністю до і після завершення правочину; чи відсутня зацікавленість у відносинах між платником податків і вказаними особами; чи був правочин укладений як податковий притулок, що дозволяє отримати потенційні податкові пільги, які суттєво переважають реальні інвестиції платника податків [21, с. 196–199].

Крім того, для подальшого впровадження конституційних принципів добросовісності й розумності до вітчизняного фінансового права слід *імплементувати правові позиції, що містяться у практиці Європейського суду з прав людини* (в контексті застосування ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка гарантує право на повагу своєї власності та охоплює, зокрема, правомірне очікування повернення надміру сплаченого податку, відшкодування ПДВ або права на податкову пільгу, оспорування податкового зобов'язання тощо).

Важливими у цьому аспекті є позиції, сформульовані в рішеннях Європейського суду з прав людини у справах «“Інтерсплав” проти України» (від 9 січня 2007 р.) і «“Булвес АД” проти Болгарії» (від 22 січня 2009 р.). У цих справах податковими органами України та Болгарії платники ПДВ були позбавлені права на податковий кредит (бюджетне відшкодування) у зв'язку з виявленням зловживань із боку їх постачальників, спрямованих на незаконне бюджетне відшкодування ПДВ [30, с. 46].

У справі «“Інтерсплав” проти України» [31] Європейський суд з прав людини зазначив, що перешкоджання відшкодуванню ПДВ може бути виправданим, якщо в податковому правопорушенні був замішаний сам платник. Посилання на загальну негативну ситуацію у сфері оподаткування не виправдовує систематичного затягування виплат платнику в даному випадку (п. 38 рішення).

У справі «“Булвес АД” проти Болгарії» [32] Європейський суд наголосив на тому, що платник не повинен нести наслідків невиконання постачальником його зобов'язань зі сплати податку. Такі вимоги стали надмірним тягарем для платника, що порушує справедливий баланс, який повинен підтримуватися між вимогами суспільного інтересу та вимогами захисту права власності. За відсутності будь-яких вказівок на пряму участь цієї особи у зловживанні, пов'язаному зі сплатою ПДВ, який нараховується з операцій в ланцюжку поставок, або будь-яких вказівок на поінформованість про таке порушення, покарання одержувача, який повністю виконав свої обов'язки, за дії або бездіяльність постачальника є

порушенням розумного і справедливого балансу, який має бути дотриманий між вимогами суспільних інтересів та вимогами захисту права власності.

Слід відзначити, що Верховний Суд України сприяв просуванню правової позиції Європейського суду з прав людини, безпосередньо посилаючись на справу «Булвес АД» проти Болгарії» у своїх рішеннях (див., наприклад, Постанову від 31 січня 2011 р. реєстр. № 14222189) [30, с. 48].

Усе наведене свідчить про тенденцію поступового проникнення до вітчизняного фінансового права конституційних цінностей і принципів (справедливості, добросовісності, розумності та ін.), реформування його з урахуванням європейських правових стандартів.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Теорія і практика конституціоналізації національних систем права та законодавства: український досвід : аналітична доповідь /* відп. ред. Н. М. Пархоменко. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2012. — 128 с.
2. *Магун В. С.* Базовые ценности-2008: сходства и различия между россиянами и другими европейцами : Препринт WP6/2010/03 / В. С. Магун, М. Г. Руднев ; Гос. ун-т; Высш. шк. экономики. — М. : Изд. дом Гос. ун-та — Высш. шк. экономики, 2010. — 52 с.
3. *Берри Дж.* Кросс-культурная психология. Исследования и применение / Дж. Берри, А. Х. Пуртинга, М. Х. Сигалл, П. Р. Дасен. — Харьков : Гуманит. Центр, 2007. — 560 с.
4. *Шлаг П.* Загальнолюдські цінності у постсучасному світі / П. Шлаг // *Філософія права і загальна теорія права.* — 2012. — № 1. — С. 137–149.
5. *Schwartz S. H.* A Proposal for Measuring Value Orientations across Nations // Questionnaire Development Package of the European Social Survey. 2003 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.europeansocialsurvey.org/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=126&Itemid=80.
6. *Гарлицкий Л.* «Конституционные ценности» и Страсбургский суд / Л. Гарлицкий // *Конституционные ценности в теории и судебной практике : сб. докл.* — М. : Ин-т права и публич. политики, 2009. — С. 221–233.
7. *Вертер Ф.* Верховенство права как глобальная мера конституционализма / Ф. Вертер // *Доктрины верховенства права и правового государства в современном мире: сб. статей /* отв. ред. В. Д. Зорькин, П. Д. Баренбойм. — М. : ЛУМ, Юстицинформ, 2013. — С. 76-94.
8. *Теорія держави і права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. /* О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський та ін. ; за ред. О. В. Петришина. — Х. : Право, 2014. — 368 с.
9. *Фінансове право : навч. посіб. /* за ред. М. П. Кучерявенка. — Х. : Право, 2010. — 288 с.
10. *Богданова Е. Е.* Добросовестность и право на защиту в договорных отношениях / Е. Е. Богданова. — М. : Юнита-Дана : Закон и право, 2010. — 159 с.
11. *Офіц.* вісн. України. — 2004. — № 50.
12. *Офіц.* вісн. України. — 2011. — № 99.
13. *Офіц.* вісн. України. — 2012. — № 70.
14. *Рос. газ.* — 1998. — № 199. — 20 окт.
15. *Рос. газ.* — 2001. — № 145. — 1 авг.
16. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://iv.garant.ru/SESSION/PILOT/main.htm>.

17. *Собрание* законодательства Рос. Федерации. — 2004. — № 48.
18. *Вестн.* Высш. арбитраж. суда Рос. Федерации. — 2006. — № 12.
19. *Кремкер У.* Злоупотребление налогоплательщиком своими правами с целью уклонения от налогообложения — основные вопросы, касающиеся злоупотребления юридическими возможностями, предоставляемыми немецким налоговым правом / У. Кремкер // Процессуальные особенности рассмотрения налоговых споров. Вопросы добросовестности налогоплательщика и злоупотребление им своими правами при исполнении налоговой обязанности. — М. : Европ. Комис., 2006. — С. 141–152.
20. *Гусева Т. А.* Эволюция понятий, связанных со злоупотреблением правом в налоговых правоотношениях / Т. А. Гусева // Налоговое право в решениях Конституционного Суда Российской Федерации 2006 года : по материалам III Междунар. науч.-практ. конф., Москва, 13–14 апреля 2007 г. : сб. / сост. М. В. Зарипов ; под. ред. С. Г. Пепеляева. — М. : Волтер Клувер, 2007. — С. 117–124.
21. *Ларо Д.* Развитие доктрин деловой цели и экономической сущности в США / Д. Ларо // Налоговые споры: опыт России и других стран : по материалам III Междунар. науч.-практ. конф., Москва, 13–14 ноября 2009 г. : сб. / сост. М. В. Завязочникова ; под. ред. С. Г. Пепеляева. — М. : Статут, 2010. — С. 184–213.
22. *Проблемні* питання застосування законодавства у справах за участю органів державної податкової служби [Електронний ресурс] : лист Вищого адміністративного суду України від 20 липня 2010 р. № 1112/11/13-10. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v1112760-10>.
23. *Лист* Вищого адміністративного суду України від 2 червня 2011 р. № 742/11/13-11 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0742760-11>.
24. *Лист* Вищого адміністративного суду України від 1 листопада 2011 р. № 1936/11/13-11 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v1936760-11>.
25. *Податковий* кодекс України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>.
26. *Про стан* здійснення судочинства адміністративними судами : Постанова Президії Верховного Суду України та Президії Ради суддів України від 3 квітня 2009 р. № 7 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-09>.
27. *Про податок* на додану вартість : Закон України від 15 квітня 2010 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/n0001760-10>.
28. *Берченко Г.* На смену реализму социалистическому пришел реализм налоговый / Г. Берченко, И. Тургенев // Бухгалтер. — 2012. — № 35. — С. 38–41.
29. *Собрание* законодательства Рос. Федерации. — 2007. — № 28.
30. *Берченко Г.* Европейская Конвенция и практика Европейского суда по правам человека по налоговым вопросам: применение в Украине / Г. Берченко, И. Тургенев // Бухгалтер. — 2012. — № 42. — С. 46–49.
31. *Справа* «Интерсплав» проти України» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://uazakon.com/documents/date_bf/pg_gvnjxx.htm.
32. *Справа* «Булвес АД» проти Болгарії» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://docs.pravo.ru/document/view/19676037/>.

Погребняк С. П. Транслявання конституційних цінностей на галузевий рівень (на прикладі фінансового права)

Анотація. У статті механізм транслявання конституційних цінностей на галузевий рівень розглянутий на прикладі втілення загальних принципів права — добросовісності й розумності — у фінансове право. На основі зарубіжного досвіду, вітчизняного законодавства і судової практики проаналізована добросовісність платника податків як одна з конструкцій фінансового права, яке використовує цінності добросовісності й розумності, а також пов'язані з нею доктрини.

Ключові слова: конституційні цінності, фінансове право, загальні принципи права, добросовісність, розумність, добросовісність платника податків, доктрина ділової мети.

Погребняк С. П. Транслирование конституционных ценностей на отраслевой уровень (на примере финансового права)

Аннотация. В статье механизм транслирование конституционных ценностей на отраслевой уровень рассмотрен на примере внедрения общих принципов права — добросовестности и разумности — в финансовое право. На основе зарубежного опыта, отечественного законодательства и судебной практики проанализирована добросовестность налогоплательщика как одна из конструкций финансового права, использующая ценности добросовестности и разумности, а также связанные с ней доктрины.

Ключевые слова: конституционные ценности, финансовое право, общие принципы права, добросовестность, разумность, добросовестность налогоплательщика, доктрина деловой цели.

Pogrebniak S. Constitutional Values Transmission on Branch of Law Level (Example of Finance Law Level)

Summary. In this article the mechanism of constitutional values transmission on branch of law level is considered by example implementation in finance law the general principles of law — good faith and reasonableness. The taxpayer's fairness is analyzed as the finance law institute that is based on international experience, domestic law and case-law and uses the values of good faith and reasonableness, and also the related doctrines.

Key words: constitutional values, financial law, general principles of law, good faith, reasonableness, taxpayer's fairness, business purpose doctrine.

КОНФЛІКТ І ЗАКОН



Є. БУРЛАЙ
*кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник*

*Серед інших справ неможливо знайти більш важливої,
ніж влада законів, що розподіляє у порядку божественні
та людські справи та виганяє будь-яку несправедливість.*

Юстиніан

*Не бути підкореним жодному закону означає бути
позбавленим найбільш рятівного захисту, адже закони
мають захищати нас не тільки від інших, а й від самих себе.*

Г. Гейне

Вступ

З точки зору послідовного юриста, традиційно вихованого здебільшого на засадах правового позитивізму (згідно з яким, зокрема, первинним у механізмі правового регулювання є встановлені в належному порядку і чинні на цей час правові норми), стаття про співвідношення конфлікту і закону в серії статей про конфлікт і право¹ мала би бути першою. Адже законом встановлюються або

¹ Ця робота є четвертою у циклі статей, об'єднаних темою співвідношення явищ соціального конфлікту (конфліктності) і права, опублікованих у журналі «Філософія права і загальна теорія права». Перші три були відповідно присвячені загальним підходам до проблем співвідношення конфлікту і права в цілому (див.: *Бурлай Є. Конфлікт і право / Є. Бурлай // Філософія права і загальна теорія права. – 2012. – № 1. – С. 215–233*), конфлікту і договору як найбільш елементарної правової форми, що символізує явище сформованої суб'єктності (див.: *Бурлай Є. Конфлікт і договір / Є. Бурлай // Філософія права і загальна теорія права. – 2012. – № 2. – С. 288–303*), конфлікту і суду як природного механізму розв'язання конфлікту за умов, коли його сторони неспроможні зробити це самостійно і ризикують довести конфліктне протистояння до гранично небезпечного рівня (див.: *Бурлай Є. Конфлікт і суд / Є. Бурлай // Філософія права і загальна теорія права. – 2013. – № 1. – С. 268–292*).

стверджуються чітко визначені правила поведінки, спрямовані саме на впорядкування суспільних відносин на основі конкретних соціальних інтересів, підтримувані й забезпечені державою як всеохоплюючою організацією влади; він є інструментом у руках держави для реалізації конкретних політичних цілей і стабілізації соціальних процесів, тобто інструментом локалізації, обмеження протиріч і суперечок, які постійно присутні і завжди мають відповідний потенціал розвитку у відповідних територіальних суспільствах. Як відомо, закон є актом загального значення, обов'язковим для невизначеної кількості осіб, що потрапляють у сферу його дії; технологічно він є, інакше кажучи, засобом стандартизації масової людської поведінки, засобом досягнення стану речей, коли різні суб'єкти за однакових обставин діють однаково, передбачувано і очікувано. Це передумова соціальної впорядкованості в тому вигляді, у якому її уявляє собі влада, тому за логікою закон має сприйматися як *перший* правовий засіб протидії будь-яким соціальним конфліктам (якщо вважати останні постійним і необхідним об'єктом опікування з боку влади).

Дійсно, закон є незамінним антиконфліктним¹ формально-правовим чинником, хоча, на тверде переконання автора, не первинним, а, навпаки, завершальним. Адже в основі закону як елементу механізму правового регулювання лежить розвинута здатність людини і людських суспільств (в особі їх культурних і політичних еліт) фіксувати, аналізувати, узагальнювати інформацію про об'єктивний світ (соціальний), прогнозувати розвиток подій у ньому, ставити конкретні цілі й організувати їх досягнення, у тому числі через контроль і примус. Як засіб регулювання, що реалізується через метод абстрактного моделювання людської поведінки, необхідної або бажаної за конкретних умов, закон у будь-якому випадку має спиратися на відповідну конкретику як предмет узагальнення і абстрагування. Такою конкретикою для законодавця, хто б ним не був, служать насамперед реальні правові стосунки на атомарному рівні, тобто на рівні конкретних суб'єктів, що небезпечно конфліктують між собою, прагнучи при цьому захиститися від негативних наслідків власного протистояння або запобігти їм; результатом такого прагнення є створення або через власні домовленості, або (якщо це не вдається) через участь авторитетного владного суб'єкта механізмів *обопільно зобов'язаної поведінки*, якої (за їх власною згодою або за зовнішнім вольовим рішенням) *не можна не здійснити* під ризиком негативних для порушника наслідків. Це означає, що механізму закону передують у логіці й історії механізми договору і судового рішення з розгляду конкретного спору (як специфічно правового виразу того самого конфлікту). Однак слід погодитися з тим, що у справі системного обмеження соціальної конфліктності (конфліктності в рамках соціального цілого) закону належить особлива, специфічна, до певної міри — суперечлива, роль, яка потребує відповідного висвітлення.

¹ Висловлене судження не є беззастережним. Через те, що закон має не стільки об'єктивну (конкретна сфера суспільних стосунків), скільки суб'єктивну (відтворює і підтримує одні соціальні інтереси ціною стримування інших) природу, він подекуди не тільки не обмежує соціальну конфліктність у конкретній сфері, а й провокує і посилює її зростання. У другій частині статті про це буде зазначено окремо.

До сказаного слід додати, що механізм впорядкування поведінки багатьох суб'єктів через її стандартизацію діє не тільки у галузі права. Йдеться про універсальний механізм налагодження та здійснення масової поведінки в людських соціумах у всіх сферах їх життєдіяльності (економічній, політичній, релігійній, естетичній, моральній тощо). Центральне місце у ньому посідає інститут соціальної норми. «Норма» у контексті проблеми, що розглядається, — безумовно, ключове, змістоутворююче поняття, тому висвітленню *закону як способу виголошення і фіксації правових норм і як нормативного чинника обмеження суспільної конфліктності* повинна передувати згадка про явище норми, а отже, про явище соціальної регуляції, оскільки поза останньою соціальна норма в принципі не існує, а суть регулювання і полягає в обмеженні соціальної конфліктності (в її, наскільки це можливо, усуненні та попередженні). Навіть лаконічна згадка про усі зазначені аспекти проблеми обертається значним за обсягом текстом, тому для зручності сприйняття читачем складного специфічного матеріалу статтю розбито на дві частини з поданням їх у різних номерах журналу.

Отже, *метою* цієї статті є аналіз закону як елементу правового життя і як специфічного чинника обмеження конфліктності в людському суспільстві; концептуальною основою цього аналізу виступатиме загальносоціологічне розуміння явищ норми і соціальної регуляції в конфліктологічному аспекті. Висвітленню останнього присвячено першу частину статті, презентовану в цьому номері журналу.

Соціальне регулювання

У найбільш елементарному розумінні поняття «соціальне регулювання» (від лат. *regulatio* — регулювання, регуляція) означає *впорядкування стану існування та функціонування певного соціального об'єкта чи здійснення певного соціального процесу*. Для більш конкретного бачення цього явища потрібно брати до уваги особливості соціальних об'єктів¹ (власне, соціумів, соціальних груп, організацій тощо, за висловом французького соціолога А. Мендра — «обмежених суспільств»), у зв'язку з функціонуванням яких переважно і постає проблема регулювання. Практично всі ці об'єкти можна (і необхідно) аналізувати щонайменше у двох аспектах. *По-перше*, в аспекті *структурно-функціональному* (структурно-технологічному), розглядаючи їх як сукупність елементів, що злагоджено функціонують і являють собою певну цілісність (наприклад, *вищий навчальний заклад* із такими необхідними складовими, як групи студентів, групи викладачів, розбитих по факультетах і кафедрах, допоміжні підрозділи, такі як лабораторії, бібліотеки тощо, керівництво у вигляді ректорату, деканатів та ін.; *армія* як єдність командних та збройних підрозділів, ієрархічно розподілених по родах військ плюс спеціалізовані структури забезпечення; *сільська, селищна або інша територіальна громада* у єдності найрізноманітніших відно-

¹ Регулювання є універсальним явищем, яке стосується не тільки соціальних, а й природних об'єктів. Однак з огляду на те, що генеральним предметом аналізу в циклі статей про конфлікт і право є, в кінцевому підсумку, правове регулювання як різновид регулювання соціального, у них робиться акцент на функціонування саме соціальних об'єктів, якими зрештою виступають людські індивіди та їх спільноти різних типів.

син між її членами — родинних, владних, виробничих, майнових, культурних та ін.). Кількість прикладів можна легко збільшити, але в будь-якому випадку йдеться про цілісні системні об'єкти з певними параметричними функціональними характеристиками. *По-друге*, в аспекті *соціально-психологічному*: соціальні системи чи технології функціонують через процес людської поведінки, через свідомо-вольову людську діяльність, і структурно-функціональні зміни в них відбуваються саме через зміни в поведінці людей, через те, що вона відповідним чином організовується і спрямовується.

Зазначена двоаспектність має суттєве значення для розуміння явища регулювання. Акцент на структурно-технологічному аспекті зумовлює його бачення як *процесу зміни взаємозв'язків елементів у соціальних об'єктах, спрямований на їх збереження і досягнення оптимального функціонування* [1, с. 21]. У цьому сенсі йдеться про поняття універсального значення, яке стосується системних об'єктів як природного, так і соціального походження. Регуляційні процеси здійснюються за умов, коли об'єкт чи процес зазнають змін і не ствердились у певних формах існування, мають більшою чи меншою мірою аморфний, невизначений характер, демонструють дефіцит порядку і є дисфункціональними; ще з більшою інтенсивністю вони здійснюються тоді, коли наявна усталеність, впорядкованість об'єкта порушується, коли його функціонування дестабілізується аж до загрози його деструкції і розпаду. Причини дестабілізації можуть бути як внутрішнього, так і зовнішнього походження (так, нестача молоді відповідного віку, що зумовлює дефіцит абітурієнтів і робить проблемним існування вищого навчального закладу, обумовлена демографічною ситуацією і є зовнішнім чинником для нього; невисокий рівень знань і кваліфікації, які вищий навчальний заклад здатний надати студентам, є внутрішнім деструктивним чинником в його діяльності, оскільки може стати причиною падіння його популярності й відтоку молоді, що прагне здобути якісну освіту).

Акцент же на соціально-психологічному аспекті зумовлює розуміння регулювання як *впливу на поведінку людей (індивідуальну або колективну) в рамках відповідного соціального об'єкта або процесу, в результаті якого вона набуває необхідної спрямованості, визначеності та усталеності у певних формах*. Оскільки буття соціальних об'єктів є діалектичним з огляду на те, що воно є людською активністю в рамках *конкретних* індивідуальних зв'язків і одночасно *загальним*, інтегративним процесом у рамках цілісної структури, що відбувається незалежно від персоналій, регулювання здійснюється як через владнання окремих суперечливих ситуацій міжіндивідуального значення, так і через ствердження наявних або запровадження нових стандартизованих форм поведінки суб'єктів у випадках здійснення ними подібної діяльності за подібних умов. Налагодження в соціумі алгоритмів людської поведінки, що мають наслідком стабільність і ритмічність його функціонування і одночасно — відносний психологічний спокій, ненапружене існування людей як індивідів, означає, що існування соціального цілого необхідною мірою урегульоване. «Необхідною мірою» — важливе застереження, оскільки на сто відсотків урегульованість неможлива; елементи неупорядкованості завжди присутні у будь-якій соціальній структурі в силу її постійних змін і оновлень з причин ендогенного чи екзогенного походження, тому регулятивний процес є безперервним і повсюдним.

Його ціннісний ефект для окремої людини (поряд з ефектом системного впорядкування соціального цілого) має принципове значення: остання уникає значної психологічної напруженості, маючи необхідну визначеність в оточуючих обставинах та міжсуб'єктних відносинах, позбавляється зайвого ризику, почувається безпечно і спокійно; значною мірою згадане є цінністю навіть для тих, хто від природи і за темпераментом схильний до новацій та авантюр.

Основних *функцій* соціального регулювання, таким чином, — дві: досягнення оптимальних форм існування і функціонування соціальних об'єктів і стабілізація цього існування через забезпечення конкретної спрямованості, регулярності, ритмічності поведінки людей, охоплених їх структурою. Останнє до певної міри наближає ситуацію в соціумах до ситуації в природних системах, буття яких ритмізоване споконвічно.

Класифікувати форми соціального регулювання в найпершому наближенні можна за різними підставами, наприклад, *за мірою складності елементної структури та відповідно соціального рівня об'єкта*; звідси — регулювання *на мікрорівні* (мала група, мале підприємство), *на мезорівні* (велике підприємство, значна установа або організація, соціосистема на рівні села, селища, невеликого міста); *на макрорівні* (великі політичні, релігійні, етнічні групи, суб'єкти господарювання, що визначають стан національної економічної системи, громади на рівні значних територій і полісів); *на мега(або гео)рівні* (транснаціональні корпорації, держави, наддержавні утворення). За ознакою цілеспрямованості розрізняють регулювання *спонтанне* (саморегулювання) і *цільове* (управління). Саморегулювання як стихійний, адаптивний процес часто спостерігається в об'єктах при аналізі структурно-технологічного аспекту змін, що в них відбуваються. Характерний приклад — людський організм у стані хвороби. Зазнавши негативного впливу або деструкції, він перекомбінує наявний життєвий ресурс, зменшує енергоспоживання, обмежує асимілятивні процеси, мінімізує непосильні зв'язки з навколишнім середовищем тощо; цих саморегулятивних реакцій може виявитися достатньо для подолання хворобливого стану навіть поза цільовим лікарським втручанням. Інший приклад, вже із суто соціальної практики, — гасіння дестабілізуючих тенденцій у колективному житті через конформістські реакції людей. Дійсно, більшість людей, що є членами усталеного колективу, несхильні до загострення внутрішніх відносин у рамках колективної структури, навіть якщо не все в цих відносинах їх влаштовує (що найчастіше й відбувається). Ціною певних поступок власними зручностями вони набувають бажаного спокою індивідуального існування, що відповідно сприяє й стабілізації відносин у колективі як цілому; тому конформіст, будучи реальним або потенційним об'єктом критики за ймовірну безпринципність поведінки, є, з іншого боку, необхідним елементом врівноваженого внутрішньогрупового життя. Що ж до *цільового* регулювання (управління), то під ним маються на увазі цілеспрямовані зміни у соціальному об'єкті, які досягаються через *вплив на поведінку соціальних суб'єктів шляхом визначення мети їх діяльності та використання різних засобів її досягнення*. Передумовами ефективного цільового регулювання є розуміння об'єктивних закономірностей функціонування об'єкта, чітке знання поточної ситуації, в якій він перебуває, наявність достатніх важелів впливу на людську поведінку в його рамках, чітке уявлення про мету, якої

потрібно досягти (здатність до критично необхідного адекватного прогнозу). Розрізняється також регулювання *формальне* (здійснюване через публічно позначені процедури структурами влади, що презентують соціальну систему в навколишньому середовищі), та *неформальне* (неофіційне, негласне).

Соціальні норми

У контексті основної теми цієї статті особливе значення має, однак, класифікація форм регулювання з точки зору *обсягу та методів регулятивного впливу*.

Класифікація *за обсягом* виходить із того очевидного вже згаданого факту, що регулювання, з одного боку, може стосуватися одиначної *ситуації, окремого випадку невпорядкованості через напругу в міжсуб'єктних стосунках; тоді йдеться про так зване казуальне регулювання, тобто регулювання індивідуальної спрямованості, в рамках і для окремого випадку, казусу*. З другого боку, воно може стосуватися *ситуацій безладу, що мають передумови для систематичного виникнення і повторення, є значущими для невизначеної в часі й просторі кількості людей і тому обумовлюють характер існування соціуму, що охоплює цих людей рамками своєї структури*. Регулювання останнього типу технологічно можливе тільки через форми поведінки, які мають реалізовувати не лише конкретні суб'єкти в рамках їх персональної взаємодії, а кожен задіяний у процесі функціонування об'єкта і охоплений його структурою; саме ці форми визначають прийнятні ритм і спрямованість у взаємовідносинах людей і є чинником впорядкованого існування об'єкта як цілого. Відтак, вони є *проявом соціальної необхідності* і, будучи осмисленими як такі, виявляють притаманну їм рису *більшого чи меншого рівня обов'язковості щодо їх здійснення*. Як об'єктивний фактор порядку вони обмежують простір для суб'єктивного вибору — дотримуватись їх чи ні.

Згадка про чинник обов'язковості, що народжується з потреби соціуму в системній поведінці його учасників, яка його зміцнює і впорядковує, є одночасно згадкою й про один із непересічних *методів соціального регулювання*. У принципі говорити про *методи регулювання* як процесу, що обмежує рівень соціальної ентропії і оптимізує функціонування соціальних об'єктів, можна лише в контексті аналізу впливу на поведінку людей з метою спрямувати її у відповідне русло і надати їй конкретної якості («метод» — це взагалі поняття для позначення можливостей позитивної діяльності, що має на меті досягнення певного результату). На озброєнні тих, хто здійснює цільову складову соціального регулювання (просто кажучи — управляє людьми), віддавна існує набір методів спрямування людської поведінки в бажаному напрямі та її стабілізації (інформування, навчання, призвичаєння, організація, стимулювання тощо). Щойно згаданий *метод обмеження надмірної варіативності поведінки* (аж до повного позбавлення вибору і змушення людей діяти в єдино можливий спосіб) має специфічний механізм здійснення — *зобов'язання до необхідних дій і контроль його виконання*; форми поведінки, за якими визнається зобов'язуюче значення і процес здійснення яких в той чи інший спосіб контролюється, виступають його центральним елементом.

Саме ці форми поведінки людей в соціумі, які є необхідними за конкретних умов, які в силу цього визнаються обов'язковими і невизначену кількість разів

повторюються у часі й просторі, стабілізуючи його буття, є соціальними нормами, а здійснюване через них регулювання — нормативним¹.

Поняття «соціальна норма» — одне з найбільш поширених у сучасній соціальній філософії, теоретичній соціології і соціальній психології; жодна з розгорнутих теорій, що пояснюють закономірності функціонування людських суспільств та здійснення людської поведінки, не обходяться без нього або його аналогів; дехто з авторитетних соціологів безспідставно вважає концепцію норми «центральною в соціології» [2, с. 313]. З огляду на значення цього поняття в контексті запропонованого дискурсу уявляється необхідним зазначити про окремі аспекти його розуміння, на які дослідниками (зокрема — правознавцями) не завжди звертається належна увага.

Вище зазначено, що нормативне регулювання впорядковує і стабілізує масову поведінку людей через її стандартизацію і тиражування, що й дозволяє здійснити механізм соціальної норми. Ефективне впорядкування при цьому навряд чи було б можливим, якби норми являли собою просто сконструйовані схеми, що втілюються в практичну поведінку безвідносно до того, як вони співвідносяться з дійсністю. Ефективне впорядкування відбувається передусім тому, що самі відносини, що впорядковуються, через спроби і помилки їх учасників підказують способи дій, які за наявних умов виявляються реально результативними, а отже, сприймаються як необхідні, насамперед тими, хто їх практикує. Потребує врахування й те, що природа усього нормального — статистична; «нормальним» («нормою») є те, що є більш функціональним, а тому — більш поширеним у соціальній практиці². Отже, суттєвою рисою соціальної норми як регулятора є її вкоріненість у реальність, у буття людей, те, що *вона сама є реальністю* і має бути пізнана як така. Реальні норми не вигадуються, вони відшукуються в дійсності, а відповідні нормативні формулювання абстрагуються з неї. Оскільки ж норма претендує на оптимальність у можливих діях суб'єктів, їй природно виявляються притаманними якості *еталону, взірця*, того, до чого суб'єктам необхідно прагнути, відмовляючись від інших подібно спрямованих поведінкових форм. У моменті *об'єктивної необхідності* в її реалізації коріниться (має корінитися) *суб'єктивна вимога* дотримання передбаченого

¹ Поняття «нормативне регулювання» містить у собі логічну похибку, якщо вважати його похідним від поняття «норма», оскільки крім останнього існує ще й поняття «норматив». Згадані поняття не є тотожними ні за семантикою, ні за соціальним змістом. Поняття «норматив» традиційно означає певний кількісний показник, який має бути реалізований або досягнутий як параметрична технологічна вимога у певному процесі (часто — виробничому). Поняття «норма» є складнішим і багатшим за значенням. Однак поняттям «нормативне регулювання» вже традиційно в різних соціальних науках на вітчизняних теренах позначається регулювання, здійснюване через соціальні норми. У подальшому викладі в рамках цього тексту і презентованого тематичного циклу робіт про конфлікт і право в цілому я (до певної міри вимушено) буду дотримуватися цієї традиції.

² Цей висновок не є беззастережним з огляду на діалектичний цикл буття норми. Норми не вічні, як і усе у цьому світі, вони проходять шлях зародження, розвитку, зрілості, занепаду, зникнення залежно від історичних змін тих об'єктивних обставин, що породили їх до життя. У період розвитку і зрілості (коли можна з певністю говорити про діючу, результативну норму) вона дійсно являє собою поширену, багатократно повторювану форму поведінки. На стадіях зародження, занепаду і зникнення кількісні характеристики норми інші.

нормою порядку дій; осмислена дійсна потреба в цих діях перетворює її на *правило належної поведінки*. Норма, таким чином, зобов'язує, примушує людину до певних дій не тому, що її оголосили такою, а в силу її об'єктивних корисних властивостей (принаймні так повинно бути)¹. У практиці соціального регулювання згаданий об'єктивний момент через різні причини нерідко до уваги не береться, і нормою оголошується те, що суб'єктивно вважається за потрібне.

З огляду на зазначену суперечність явища норми виявляється нелегким і визначити відповідне поняття. Найчастіше представники соціальних і гуманітарних наук (на відміну від представників наук природознавчих і технічних) визначають норму як *правило належної поведінки*, як припис, вимогу, суб'єктивно встановлену з конкретною метою². Із зрозумілих причин такий підхід характерний насамперед для правознавців³. Усе ж, як уявляється, за усіх застережень у змісті цього поняття першість має належати об'єктивному аспекту, згідно з яким норма — це реальна поведінкова форма, яка потребує ствердження у соціальній практиці і яка тому позиціонується як зразок для кожного, хто опинився у відповідних умовах. Значення ж норми як виголошеного стандарту, моделі бажаної, приписаної поведінки є вторинним; воно і втілюється в понятті «правило». Обсяг і зміст понять «норма» і «правило» не збігаються не тільки генетично, а й структурно (за деякими позиціями норма може передбачати наявність декількох правил).

Згадане є *методологічним* моментом, що має суттєве епістемологічне і практичне значення. В *епістемології* воно змушує того, хто досліджує процес регулювання і нормотворення (правознавця у тому числі), необхідною мірою зважати на його суперечливу природу і уникати спрощених висновків⁴. У *прак-*

¹ Про згадану діалектику поняття «соціальна норма» див. у ґрунтовному, комплексному дослідженні природи, функцій і механізму дії соціальних норм, здійсненому Б. Урванцевим [3].

² «Норму можна розглядати як припис, або ж як правило, тобто як певний тип пропозиції, характерний тим, що його можна трансформувати у речення, що вводиться через вираз «слід», «належить». Щодо цього припис, чи нормативність, протиставляються опису чи констатації фактів» [4, с. 55].

³ Подібна методологія норморозуміння в юриспруденції є настільки вкоріненою, що призвела свого часу до виникнення спеціалізованої концепції *нормативізму*, доктрини, розробленої видатним кантіанцем сучасності австрійським філософом права Г. Кельзенем. Згідно з цією концепцією поняття «норма» передбачає, що щось *має бути або відбуватися* і особливо — що людина *має діяти (поводитись)* певним чином; «норма» є сенсом акта, який приписує або дозволяє, особливо ж — уповноважує на певну поведінку. При цьому судження «щось є», яке описує факт буття, істотно відрізняється від судження «щось має бути», яке описує норму [5, с. 10, 12, 13]. Соціальний порядок Г. Кельзен розумів не як фактичний стан впорядкованості людської поведінки і суспільних відносин, а як «нормативний порядок, що регулює людську поведінку, яка безпосередньо або опосередковано стосується інших людей»; «з психологічно-соціологічної точки зору функція будь-якого соціального порядку полягає у тому, щоб досягти певної поведінки людей, підпорядкованої цьому порядку» [5, с. 38]. Таким чином, не тільки власне норма як судження про належне, а й визначений нею порядок є сферою належного і має реалізуватися в актах фактичної поведінки (див. про це також [6, с. 13, 36 і наст.]).

⁴ Визначення об'єктивного аспекту норм (особливо загального значення) є справою надзвичайно складною, воно охоплює не тільки точний висновок про реальну соціальну

тичному ж плані воно, по-перше, зобов'язує будь-якого суб'єкта позитивної нормотворчості (зокрема, у правовій сфері) шукати об'єктивну основу того, що виголошується як обов'язкове до виконання; по-друге, віддавати належне джерелам права, пов'язаним не стільки з моделюванням, скільки з фіксацією елементів дійсності в правовому регулюванні (звичай, прецедент, договір); по-третє, не поспішати із зміною правил, що фіксують працюючі і відносно результативні норми, на правила, ефективність яких є тільки розрахунковою чи просто припущеною; по-четверте, практикувати, наскільки це можливо, експериментальне нормовстановлення. До цього можна додати, що і в теоретичній юриспруденції, цілком шануючи наявні наукові традиції (ту ж концепцію нормативізму, яка в її першоджерелах здатна надати неупередженому досліднику просто естетичну насолоду, не говорячи вже про її практичну значущість), норму все ж можна розуміти по-різному¹. Власне, вона й розуміється по-різному, що легко доводять, зокрема, періодичні дискусії щодо ієрархії джерел права в тій чи іншій правовій системі, щодо співвідношення позитивно встановлених і природно сформованих норм тощо. Одним із висновків, побудованих на усвідомленні чи відчутті суперечливої природи правової норми, до яких схиляються численні юристи різних часів і народів, є оцінка звичаєво-правових норм як більш міцних

ситуацію, що унормовується (отримання якого є непростим само по собі), а й обґрунтований, фактологічно доведений прогноз її розвитку і змін у майбутньому, у тому числі під дією норм, що встановлюються (формулювання чого є ще більш складним). Осмислення об'єктивної основи соціально-нормативного регулювання практично передбачає мобілізацію усіх наявних у даному суспільстві можливостей соціального пізнання. І навіть при цьому спрощень і викривлень в отриманні базової інформації для формулювання норм (зокрема, правових) при наявному рівні пізнавальних можливостей людства практично неможливо уникнути. Прогностичні розрахунки і гіпотези, що покладаються в основу законопроектів, найчастіше є імовірнісним, а не доведеним на відповідних причинно-наслідкових зв'язках знанням. Більше того, норми деяких процесів у суспільстві піддаються дуже приблизному обрахунку (в силу значної кількості невідомих змінних у відповідних рівняннях), тому ці норми виступають носієм не об'єктивного, а конвенціонального значення (тобто значення, встановленого в результаті гласної або негласної домовленості людей про сприйняття гіпотези як доведеного факту). Згадане, однак, не є аргументом на користь відмови від практики визначення об'єктивної основи норм, що виголошуються позитивно, оскільки в іншому випадку виникає ризик остаточної підміни об'єктивної передумови в нормовстановленні мотивами суб'єктивного порядку. В історії людства, особливо сучасній, часто траплялися і трапляються випадки встановлення загальнообов'язкових правил, що обслуговують конкретний ситуативний кон'юнктурний інтерес і є далекими від вимог об'єктивної реальності; подібна практика є особливо характерною для соціумів із неконтрольованою системою влади.

¹ Свого часу автор цих рядків пропонував розуміти правову норму як «стандарт поведінки та умов її здійснення, який найбільшою мірою відповідає конкретним просторово-часовим умовам, є соціально результативним, визнається як такий соціальним середовищем і наявною системою влади, формалізується і підтримується (захищається) авторитетом і силою останньої» [7, с. 49]. Найголовнішим при такому підході автор вважав уникнення надмірного волюнтаризму в прийнятті рішень, якими великі групи людей, значні соціальні інститути зобов'язуються до конкретної поведінки під загрозою насильницьких санкцій.

і надійних (оскільки норма звичаю є усталеним, вкоріненим у психологію виконавців і контролерів способом поведінки за певних обставин, виправданим практикою, часом і культурною традицією), а норм, що запроваджуються з мотивів суб'єктивної доцільності і спираються в їх реалізації переважно на примус або загрозу примусу — як більш ризикованих і сумнівних (оскільки вони передбачають переважно насильницький спосіб організації поведінки та супроводжуються природним спротивом і передбачуваними порушеннями).

Незалежно від походження, *функціями* соціальних норм є, по-перше, забезпечення однотипності, єдиної спрямованості поведінки багатьох людей за подібних обставин; по-друге, забезпечення відносної незмінності цієї поведінки в часі і просторі; по-третє, забезпечення буття людей на рівні критично необхідного психологічного спокою і визначеності.

Наявність нормативної інфраструктури як чинника та індикатора впорядкованого буття суспільства дає підстави говорити про так звані *соціально-нормативні системи*; під останніми розуміються конкретні соціуми (соціальні групи), в яких сформувався і функціонує відносно сталий комплекс норм різного типу і різної предметної спрямованості (інколи соціологи говорять про «ансамбль норм»), що визначає типізовану поведінку їх учасників у відповідних суспільних відносинах. Наявність такого комплексу об'єктивно зумовлює і пов'язані з ним специфічні функції, що неодмінно виконуються в соціумі. Такими щонайменше є нормовиконання і нормозахист, вони спостерігаються вже в найпростішій, елементарній соціальній групі. У складних системних утвореннях (спільноти, великі корпорації, церкви, держави тощо) до них додаються функції артикуляції (визначення та пояснення нормативних вимог), позитивного нормовстановлення, поточного опрацювання і поширення інформації про норми, організованої підтримки нормативного режиму та ін.

* * *

Таким чином, соціальне регулювання, здійснюване як об'єктивно (саморегулювання), так і суб'єктивно (управління), є відтворенням об'єктивної тенденції світоустрою до порядку, яка корелює його паралельній тенденції до хаосу, безпорядку; проявом останньої є зміни та зриви в існуванні соціальних об'єктів чи процесів, їх постійна нестабільність, неусталеність. У соціальному світі проявом згаданої «тенденції нестабільності» виступає, по-перше, суперечливість соціальних інтересів, яка має місце практично в будь-якому історичному соціумі, по-друге — розлади від природного людського прагнення до новацій, до постійного удосконалення наявних форм буття (що передбачає боротьбу нового із старим), по-третє — розлади у структурі, функціонуванні соціальних систем і відповідно в організації людської поведінки в них у моменти катаклізмів, викликаних причинами природного, техногенного або суто соціального походження. Результуючим показником і симптоматичним зовнішнім виразом цієї тенденції виступає, як можна розуміти, *соціальна конфліктність у конкретних параметрах і типологічних характеристиках*.

Конфліктність і нормогенез

Не маючи змоги викласти деякі позиції теорії соціальних систем і теорії самоорганізації в соціальній сфері з відповідною доказовою аргументацією, ми

змушені постулювати те, що соціальне регулювання і нормування є прямим наслідком практики соціальних конфліктів і конфліктності. Поняття «конфлікт» і «конфліктність» є співвіднесеними і спорідненими з більш абстрактними поняттями «хаос» і «хаотичність», які позначають відсутність у системах достатньої організованості і порядку¹; а із згаданих в інших статтях цього циклу положень теоретичної конфліктології зрозуміло, що і окремих конфлікт, і конфліктність як системний параметр за певних значень виступають дестабілізуючим, дезорганізуючим чинником суспільного життя, що може збільшувати його ентропійні характеристики подекуди до катастрофічних розмірів². Нормоутворення — найбільш природний, об'єктивно необхідний шлях, через який здійснюється соціальне регулювання як спосіб обмеження ентропійних тенденцій у соціальному бутті (тут доречно ще раз згадати про те, що соціальне регулювання, з нормотворенням включно, не обмежується цільовою активністю по впорядкуванню стану суспільних відносин, а передбачає й процеси самовпорядкування, формування і усталення соціальних форм поза будь-якою планованою цільовою діяльністю, а подекуди і всупереч їй).

З огляду на згадане про конфлікт і конфліктність без особливих припущень можна говорити як про *безпосередній чинник соціального нормогенезу*. Невпорядкованість як на системному, так і на індивідуальному рівні в соціумах виявляється насамперед у суперечках, у загострених суперечностях, у конфліктах різної інтенсивності і масштабності; тому процес нормування охоплює як актуальне владнання конкретних суперечок, так і поступове творення алгоритмів поведінки в повторюваних, типових конфліктних ситуаціях. Як вірцева форма дій норма найчастіше виникає в результаті «природного відбору» серед подібних, близьких форм; її виникнення й зумовлене можливістю різних суб'єктів діяти в подібних обставинах по-різному і з різною результативністю; становлення ж і поширення норми (у тому числі примусове) розширює зону раціонально організованих відносин.

Однак норма — не просто результат, наслідок конфлікту, *це породжений самим конфліктом механізм його власного подолання*. Тяжка практика конфліктних ситуацій, супроводжуваних виснаженням і втратами, акумулює людський досвід стосовно уникнення загроз, віднайдення збалансованого, безпечного шляху в складних стосунках. Згаданий досвід і покладається в основу відповідних стандартів прийнятної поведінки, дотримання яких забезпечує одночасно безпечну взаємодію індивідів і впорядкованість відповідного типу суспільних відносин. Їх наявність різко звужує конфліктний простір; залишаючись носіями різних суперечливих інтересів, суб'єкти отримують можливість

¹ Про конфлікти і конфліктність як симптом тенденції системних об'єктів до хаотичного, неупорядкованого стану пишуть практично усі автори, що спеціалізуються на аналізі великих соціальних систем і теорії самоорганізації (див., зокрема, [8; 9; 10; 11]).

² Під соціальними катастрофами будемо розуміти швидке і системне руйнування об'єкта, що повністю або критичною мірою позбавляє його відповідних функціональних характеристик. Соціальні катастрофи часто пов'язані з людськими жертвами і значними втратами матеріальних і культурних ресурсів, що є у розпорядженні того чи іншого соціуму. Якщо виключити дію нездоланих чинників природного походження, соціальні катастрофи є наслідком реалізації конфлікту відповідної напруженості й обсягу.

уникнути протистояння, маючи схему доцільної поведінки і одночасно вимогу дотримати її. Діючи за нормами, кожен знає, як буде діяти його контрагент по стосунках, сам може діяти в своїх інтересах у визначених межах; однакова обізнаність у вимогах і однакова обов'язковість норм балансують різні позиції і усувають підстави вважати чийсь інтерес порушеним. Норма робить зрозумілою перспективу міжсуб'єктної взаємодії і тому за логікою виключає конфлікт по суті предмета відносин; він може виникнути тільки у зв'язку з неналежним виконанням нормативних вимог. Наприклад, така історично відома процедура захисту чоловічої честі, як дуель, зазвичай є складовою і певним етапом розвинутої конфліктної ситуації. Але сама дуель не є конфліктом, якщо відбувається за кодексом дуельних правил: ризик дуелянтів добровільний, інтерес жодного не порушений, тому дуель як така виноситься за межі їх конфліктного протистояння. Так само позаконфліктною є ситуація *будь-якого відкритого публічного змагання*, у тому числі жорсткого (наприклад, спортивного), або *гри* (та ж азартна гра з ризиком значного програшу, тобто з відповідним конфліктним потенціалом). Гра є регламентованою, її правила відомі, суб'єкти вступають в ігрове змагання на основі власного, зазвичай усвідомленого рішення. Граючи, вони реалізують свій інтерес; втрати, яких вони можуть зазнати, ними передбачаються і не вважаються результатом його ущемлення; тому ситуація гри не є конфліктною, якщо тільки її учасники своєчасно сповіщені про її правила і діють за ними. *Глибинна суть будь-яких правил¹ — це попередження про небезпеку, з якою пов'язані певні відносини чи процеси, і можливі негативні наслідки, що можуть виникнути при їх здійсненні у їх учасників; тому один і той же механізм працює в будь-яких конфліктогенних стосунках, знешкоджуючи відповідну небезпеку.* Так, найманий працівник не має підстав для відкритого конфлікту з роботодавцем з приводу незадоволення розміром отриманої заробітної плати, якщо останній не порушив норм щодо її обрахування і вони були відомі працівнику при укладанні трудового договору (він мав право не підписати договір у разі його незгоди з умовами оплати праці). Хоча згадане не виключає негативного ставлення працівника ні до конкретного роботодавця, ні до класу роботодавців у цілому, ні до принципу організації виробництва, за якого витрати на заробітну плату автоматично збільшують собівартість продукту і зменшують рентабельність виробничого процесу, тобто не виключає можливості існування на цій основі інших конфліктних ситуацій.

Згадане схиляє до логічного висновку про те, що в усіх випадках можливого протистояння і боротьби інтересів (конфліктогенних стосунків) є необхідними

¹ Згадане, на нашу думку, стосується й правил (норм), що діють у таких відсторонених, нейтральних (на перший погляд) щодо людських пристрастей сферах, як граматики, логіка, риторика тощо. Щойно згадані засоби людської комунікації, здобуття інформації та інформаційного обміну не є самоцільним, вони виникають із живого соціального процесу і обслуговують його. Приймаючи соціально значущі рішення (завідомо конфліктогенні), відповідальні суб'єкти неодмінно послуговуються допомогою експертів у згаданих галузях людського знання чи мистецтва. Людська історія знає чимало прикладів, коли неналежно поставлена кома в письмовому тексті, силогізм із завідомо неправильною посилкою, навіть неточний математичний розрахунок, покладені в числі іншого до основи відповідних рішень, виступали побічною причиною тяжких наслідків, коли згадані рішення зазнавали реалізації.

фіксація варіантів дій, у рамках яких різноспрямовані інтереси виявляються збалансованими, ствердження цих варіантів як найбільш прийнятних, їх втілення у відповідних правилах і забезпечення можливості знайомити реальних та потенційних суб'єктів згаданих стосунків із ними — саме для спрямування їх поведінки у безконфліктне русло. Наявність норм, таким чином, — передумова відсутності конфліктів і одночасно розширення зони відносного соціального спокою і порядку (хоча норми й не є стовідсотковою гарантією відвернення конфліктів, оскільки у певному відсотку випадків вони неодмінно порушуються — свідомо чи несвідомо).

У контексті згаданого необхідно зауважити, що норми не відігравали б такої суттєвої ролі в бутті соціумів і не обмежували б дієво конфліктність, якби їх роль обмежувалася б тільки інформуванням і вказівкою на міру обов'язковості способу поведінки, визнаному найбільш сприятливим у певному типі стосунків. Обов'язковість об'єктивно позбавлена сенсу, якщо вона не захищена невідворотними негативними наслідками для того, хто нею знехтував. Зрозуміло, що в ряді випадків суб'єкт, не додержавши нормативних вимог, автоматично отримує предметні негативні наслідки *як прямий результат власних дій, як шкоду, якої він сам собі завдав*. Так, водій, що на порушення правил дорожнього руху перевищив швидкість, не впорався з керуванням і розбив свій автомобіль, покарав сам себе — щонайменше, завдавши собі матеріальних збитків. Однак у механізмі дії норм момент «самопокарання» — не визначальний; більш важливими є форми покарання, пов'язані з *соціальною оцінкою позанормативної поведінки*. Норма народжується і діє в конкретному соціальному середовищі як обмежувач небезпеки для усіх і кожного, як системний чинник порядку; тому позанормативна поведінка обов'язково зазнає соціального реагування — з боку групи в цілому, або суб'єкта влади, або спеціально уповноваженого на таке реагування суб'єкта (адміністративний орган, суд тощо). Тим не менше приклад із порушенням правил дорожнього руху є красномовним свідченням того, що нормативна вимога з огляду на її конструктивність і примусовість здатна (хоча і не завжди) утримати суб'єкта від шкоди, якої він може завдати не стільки комусь, скільки собі, тобто спрацювати на його самозахист (див. чудове спостереження Г. Гейне, винесене в епіграф).

Отже, соціальні норми обмежують конфліктність і ймовірність її ескалації:

а) *насамперед, сигналізуючи (самим фактом свого існування) кожному з учасників відповідних стосунків про їх наближення до зони небезпеки, про реальну ймовірність більших чи менших суперечок у тому сегменті суспільного життя або суспільної діяльності, яка є предметом їх регулювання; інакше кажучи, читаючи той чи інший закон, ознайомлюючись із будь-яким нормативним документом (необов'язково юридичним), суб'єкт отримує попередження про перебування у зоні конфліктності або наближення до неї. Це має принципове значення у випадках, коли суб'єкт має перспективою вільно чи мимоволі стати учасником цих стосунків. Він одразу розуміє, що для успішної діяльності у цій сфері відносин, зокрема, для уникнення суперечок, конфліктів і непорозумінь він має бути обізнаний з правилами, що регулюють ці відносини, або принаймні забезпечити себе допомогою з боку знавців цих правил;*

б) *інформуючи суб'єктів про порядок, технологію поведінки у згаданих відносинах, які, за умови їх додержання мають виключити суперечки, тим більше —*

відкриті зіткнення. Зрозуміло, таке інформування не є повною гарантією уникнення конфліктів (не тільки з причини того, що ігнорування суб'єктом нормативних вимог неможливо виключити, а й з причини дефектності норм, особливо встановлених позитивно і швидкозмінних), однак воно є абсолютно необхідним засобом превенції виникнення конфліктних ситуацій;

в) *вказуючи на міру припустимості здійснення певних дій кожним із суб'єктів регульованих відносин як учасників потенційного конфлікту (суперечки)*, тобто диктуючи (наказуючи, приписуючи) їм те, що необхідно здійснити або чого не можна здійснювати у передбаченій нормою ситуації. Тут, можливо, йдеться про *центральний момент у нормативному регулюванні*, оскільки, по-перше, визначення алгоритмів поведінки в проблемних ситуаціях, побудованих на відповідному досвіді, автоматично звужує конфліктогенний простір і ймовірність виникнення нерегульованого конфлікту, по-друге, воно суттєво обмежує можливість свавільних дій суб'єкта через адресовану йому від суспільства заборону діяти поза визначеною межею. Цей момент норми є автоматично й попередженням про загрозу невідгідних наслідків для того, хто знехтує закладеним до норми велінням, наказом. Слушно зазначити, що *будь-яка* соціальна норма, оскільки вона завжди є більшою чи меншою мірою обов'язковою, передбачає санкцію у тому чи іншому вигляді; тому у випадку ігнорування нормативних вимог суб'єкт ризикує не тільки зірватися в реальну конфліктну ситуацію з усіма її небезпеками і бути самопокараним, а й зазнати конкретних негативних наслідків з боку того, хто від імені загалу контролює виконання норм. Санкції не є стовідсотковою гарантією нормослужняної поведінки і виключення конфліктів (повторимо, будь-які норми в людських суспільствах свідомо чи несвідомо порушуються), однак у критично визначальній масі випадків норми, озброєні санкціями, все ж виконують функцію дорозказу в конфліктній сфері з відповідним практичним результатом. *Це й є та функція в процесі соціального регулювання, яку, крім норм, ніщо не може виконати*. Якщо ж норми (особливо позитивно встановлені правила) на стан конфліктності у сфері відповідних відносин не впливають або (що цілком можливо) поглиблюють її, то з пізнавальної точки зору вони не є нормами в точному розумінні цього поняття, а з практичної точки зору підлягають скасуванню чи зміні;

г) *забезпечуючи співмірність негативних наслідків за недодержання нормативних вимог ступеню завданої цим недодержанням шкоди*. Визначальним у цій функції є те, що норма виступає основою для заходів, що вживаються соціумом до порушників нормативних вимог, до тих, хто створює ситуацію соціальної небезпеки або її ризику і викликає конфлікт. Важливе значення норми в цьому плані полягає у тому, що суб'єкт нормопорушення має шанс отримати, що називається, «по заслугах» (адекватно скоєному). За відсутності нормативно визначеної санкції у випадку спонтанного реагування соціуму на його формально позанормативні, а за змістом — шкідливі дії він легко може отримати негативні наслідки, непропорційні тому, що він вчинив.

Замість висновку (коротке резюме по першій частині статті)

Таким чином, нормоутворення — це об'єктивний процес, що відбувається в будь-якому соціумі, по суті, з єдиної причини — присутності у ньому більш-

менш розвинутої конфліктності і обумовлених нею хаотичних тенденцій у суспільних відносинах; жодна соціальна система не терпить їх вище критичного рівня і реагує на стан непорядкованості винайденням відповідних форм людської поведінки, які раціоналізують і стабілізують її функціонування. Процес нормоутворення — насамперед природний, об'єктивний (найбільш органічна норма — звична, вкорінена в життя), однак він може бути більш успішним і швидким, якщо посилюється якісним раціонально-цільовим чинником. У цьому контексті на понятійному рівні важливо розрізняти норму і правило, розуміючи першу як соціальний факт, працюючий стандарт, а друге — як усвідомлення цього стандарту і виголошення його як обов'язкового, як суб'єктивно визначеної вимоги. Подібне розведення фактичного (суцього) і належного у специфічному понятті «норма» — методологічно важливий момент, він накладає конкретні обов'язки на тих, хто береться формулювати нормативні вимоги (особливо ж — встановлювати санкції). У зв'язку з цим варто додати, що сформоване в історії людської думки вчення про норму як про належне нерідко бувало і є предметом великих інтелектуальних спекуляцій, а на практиці — ризикованих «нормотворчих» експериментів із дуже гіркими результатами. У сучасній юриспруденції воно традиційно і практично повсюдно використовується як ідея, а в правовому регулюванні — як практичний метод (встановлення повноважним суб'єктом норми, що має бути виконана адресатом під загрозою настання для неї конкретних негативних наслідків). Без цього принципу неможливо обійтися¹, але цілком очевидними є й небезпеки від його беззастережного застосування: правовою нормою може виявитися *будь-що*, проголошене суб'єктом, який спроможний схилити (нахилити) суспільство до її виконання.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Принципы* организации социальных систем. Теория и практика / под ред. М. И. Сетрова. — Киев ; Одесса : Высш. шк., 1988. — 241 с.
2. *Штомпка П.* Социология социальных изменений : пер. с англ. / П. Штомпка ; под ред. В. А. Ядова. — М. : Аспект-Пресс, 1996. — 416 с.
3. *Урванцев Б. А.* Порядок и нормы / Б. А. Урванцев. — М. : Изд-во стандартов, 1991. — 240 с.
4. *Ору С.* История. Эпистемология. Язык : пер. с фр. / С. Ору. — М. : ОАО ИГ «Прогресс», 2000. — 408 с.
5. *Чистое* учение о праве Ганса Кельзена. К XIII конгрессу Международной ассоциации права и социальной философии (Токио, 1987) : сб. переводов. Вып. 2 / отв. ред.: В. Н. Кудрявцев, Н. Н. Разумович ; пер. С. В. Лезов. — М. : ИНИОН РАН, 1988. — 213 с.
6. *Кельзен Ганс.* Чисте Правознавство: з доп: Пробл. справедливості / Ганс Кельзен ; пер. з нім. О. Мокровольського. — К. : Юніверс, 2004. — 496 с.
7. *Бурлай Є.* Норма права: правило чи факт? / Є. Бурлай // Ін-т законодавства Верхов. Ради України : зб. наук. пр. — К. : Реферат, 2005. — С. 47–51.

¹ За свідченням великого законодавця свого часу без застосування цього принципу неможливе впорядкування не тільки людських, а й божественних справ (див. перший епіграф до цієї частини статті).

8. Бевзенко Л. Д. Социальная самоорганизация. Синергетическая парадигма: возможности социальных интерпретаций / Л. Д. Бевзенко. — Киев : Ин-т социологии НАН Украины, 2002. — 437 с.
9. Шевченко В. С. Універсальний природний цикл. Загальна інформаційно-ентропійна концепція систем, що розвиваються (якісний аспект) / В. С. Шевченко. — К. : Вища шк., 1992. — 171 с.
10. Хакен Г. Информация и самоорганизация. Макроскопический подход к сложным системам / Г. Хакен. — М. : Мир, 1991. — 240 с.
11. Василькова В. В. Порядок и хаос в развитии социальных систем: синергетика и теория социальной самоорганизации / В. В. Василькова. — СПб. : Лань, 1999. — 478 с.

Бурлай Є. В. Конфлікт і закон

Анотація. Перша частина статті, яка є четвертою у циклі робіт із проблеми співвідношення конфлікту і права як соціальних феноменів, є розгорнутим соціологічним вступом до спеціалізованого аналізу закону як елемента механізму правового регулювання та його ролі в системному обмеженні рівня соціальної конфліктності. З огляду на закон як нормативно-правовий чинник суспільного буття автор досліджує явища соціального регулювання, соціальної норми і детально характеризує останню як викликану до життя самим конфліктом форму його обмеження, подолання і превенції.

Ключові слова: конфлікт, конфліктність, соціальна ентропія, соціальний порядок, соціальне регулювання, соціальна норма, нормогенез, конфліктна природа норм, право, правове регулювання, закон.

Бурлай Е. В. Конфликт и закон

Аннотация. Первая часть статьи, являющейся четвертой в цикле работ по проблеме соотношения конфликта и права как социальных феноменов, представляет собой развернутое введение в специализированный анализ закона как элемента механизма правового регулирования и его роли в системном ограничении уровня социальной конфликтности. Исходя из природы закона как нормативно-правового фактора общественного бытия, автор исследует явления социального регулирования, социальной нормы и детально характеризует последнюю как вызванную к жизни самим конфликтом форму его ограничения, преодоления и превенции.

Ключевые слова: конфликт, конфликтность, социальная энтропия, социальный порядок, социальное регулирование, социальная норма, нормогенез, конфликтная природа норм, право, правовое регулирование, закон.

Burlay Ye. Conflict and Legislation Act

Summary. This article (the first part here) is the fourth in a series of papers on the problem of the relation of conflict and law as a social phenomena. It is a detailed introduction to the specialized analysis of the legislation act as an element of the mechanism of law regulation and its role in system restriction of the social conflict. Because of the nature of legislation act as a regulatory factor of social life, the author explores phenomena of social regulation and social norms. The nature of legislation act is characterized in details as the brought to life by the conflicts form of its limitations, overcoming and prevention.

Key words: conflict, confliction, social entrophy, social order, social regulation, social norm, genesis of norms, norm's conflict nature, law, law regulation, legislation act.

Закінчення статті буде в наступному номері журналу

КОНТУРИ РЕВОЛЮЦІЙНОГО ЮРИДИЧНОГО ДОСВІДУ¹



Ю. ВЕТЮТНЄВ

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії та історії держави і права
(Волгоградська філія Російської академії народного
господарства та державної служби)*

1. Кожна революція із зовнішнього боку являє собою радикальний розрив із минулим, який знаходить свій вияв у стрибкоподібній, різкій зміні основ соціально-економічного і політичного устрою. Тому першою жертвою революції зазвичай стає правова система суспільства, яка забезпечує збереження соціального порядку. Водночас революція є одним із найважливіших джерел юридичного досвіду.

Згідно з класичним розумінням юридичного досвіду, він може розглядатись як «система колективних актів визнання “нормативних фактів” і втілених у них цінностей» [1, с. 264]. Але це уявлення потребує деяких пояснень, оскільки його автор (Г. Гурвич), як відомо, виходив із того, що право може існувати не тільки в офіційно-нормативній формі, а й у вигляді так званого «соціального права», яке спонтанно утворюється у всіх людських спільнотах і виражає колективну солідарність.

Таке розширення рамок юридичного досвіду навряд чи є продуктивним, оскільки тоді до його складу потрапляють мало не всі існуючі варіанти нормативного регулювання суспільної життєдіяльності. Це, у свою чергу, відволікає увагу від особливої сфери соціальних явищ, що мають властивості текстуальності, формалізму й імперативності — тих явищ, які традиційно іменують правовими (юридичними).

Саме тому, на наш погляд, юридичний досвід можна визначити як інформацію про текстуальні форми владного впорядкування соціальних відносин, що зберігається в колективній пам'яті соціуму.

Власне, тут і виявляється основна проблема сприйняття революції як джерела юридичного досвіду. Право за своїм призначенням покликане закріплювати, стабілізувати модель соціального устрою; революція ж, навпаки, означає скасування сформованого соціального порядку разом із його юридичними атри-

¹ Переклад з російської С. Рабіновича.

бутами. Юридичний досвід ґрунтується на уявленнях про межі дозволеного, про належну процедуру дій, про суворе дотримання певних норм; революційний процес є чимось ворожим будь-якій установленій процедурі, спрямованим на ліквідацію існуючої системи правил. Тож, із зовнішнього погляду революція вочевидь виглядає як явище антиправове і отже, як цілковито протилежне юридичному досвіду.

Однак поряд із цим революції демонструють також властивості й іншого роду. Один із відомих теоретиків революції, юрист і релігійний мислитель О. Розеншток-Хюссі у своєму фундаментальному дослідженні кидає дещо загадково, на перший погляд, думку: «сили революції і пасивної покори — лише два боки того самого явища, без якого історичний зв'язок не існує...» [2, с. 22]. Інакше кажучи, революційні ситуації і періоди стабільного правопорядку скеровуються, по суті, одними й тими ж соціальними чинниками, під впливом яких вони відносно вільно переходять один в одного.

Звісно, не можна серйозно стверджувати, що нібито причини й рушійні сили революції цілковито містяться у сфері права. Але істотний характер зв'язку між революцією і правом підтверджується вже хоча б тим, що однією з відмітних рис революції є її здатність до створення якісно нової правової системи. Бунт, переворот, повстання також можуть призвести до серйозних змін у сфері права, але для них ця властивість не є обов'язковою. Революція, навпаки, має своїм неодмінним результатом юридичне оформлення нових принципів суспільного устрою.

Таким чином, одним з елементів революційного юридичного досвіду може вважатися «акт визнання», який виявляється в констатації кризового стану правової системи. Початок революційних подій свідчить не тільки про погіршення загальної якості життя, про зростаюче невдоволення владою, про підвищену політичну конфліктність тощо. Революція відбувається в тому випадку, якщо відсутні правові засоби для подолання зазначених проблем, коли немає легальних механізмів, які дозволили б здійснити необхідне оздоровлення суспільства. Власне, будь-яке право неминуче відстає від реальної соціальної динаміки, але саме в цьому полягає його місія — забезпечити деякий ступінь консервації суспільства, убезпечити від надміру різких змін. Цілковито природно, що в особливих ситуаціях право стає перешкодою для прийняття оперативних антикризових рішень. Як відомо, здатність виступати перешкодою — одна з найцінніших функціональних властивостей права. Але не завжди вибір здійснюється за правилом: «*Fiat justitia, pereat mundus*» («Нехай запанує юстиція, хоч би загинув світ»). Зазвичай інстинкт самозбереження підказує суспільству протилежний варіант: принести в жертву юстицію.

Більше того, революція вимагає не одноразового порушення встановлених юридичних процедур, а повної відмови від них. Це означає, що революція виносить вирок існуючому правопорядку, покладаючи на нього значну частину провини за нужденний стан суспільства. Тому після того, як пік революційних подій залишається позаду і настає відносна стабілізація, не відбувається відновлення попередніх правових інститутів, а на їх місці виникають вже якісь інші. Революція знаменує собою загибель старого порядку і народження нового суспільства, яке потребує символічного підтвердження власної новизни.

2. Характерно, що жодна революція не обмежується у сфері права чистим запереченням. Зруйнувавши попередній правовий порядок, революція практично відразу ж починає прискореними темпами породжувати власні нормативні форми. Більше того, саме великі революції викликають до життя появу видатних пам'яток права: так, англійська буржуазна революція XVII ст. створила першу і єдину в історії країни писану конституцію — унікальний документ під назвою «Знаряддя врядування», а завершення революційного циклу позначилося виданням таких доленосних для англійської правової системи законодавчих актів, як Білль про права і Габеас корпус акт. Велика французька революція збагатила історію світового права Декларацією прав людини і громадянина; першими кроками Жовтневої революції в Росії також стають юридичні документи — Декрет про мир, Декрет про землю, Декрети про суди тощо.

На юридичному фронті революція веде боротьбу водночас у двох напрямках — по-перше, проти існуючого недосконалого права, яке уособлює осоружний старий порядок, по-друге, за створення якогось іншого, допоки ще невідомого права, в якому будуть втілені ідеали справедливості й нового соціального ладу.

Концепція «боротьби за право», як відомо, була розроблена Р. фон Єрингом на противагу історичній школі права, яка виходила з того, що для права нормальним є безболісний, поступовий, еволюційний розвиток, що не вимагає ані революцій, ані навіть докорінних реформ. Р. фон Єринг доводив зворотне, а саме те, що єдиноможливий шлях правового розвитку передбачає активні зусилля окремих осіб та соціальних груп з обстоювання власних інтересів, зокрема й найбільш безкомпромісними засобами. Мирний розвиток, на його переконання, праву взагалі невластивий, а всі основні здобутки і надбання в історії права супроводжувалися запеклою боротьбою. Така боротьба, згідно з Р. фон Єрингом, не тільки природна, а й являє собою обов'язок кожної людини щодо себе і суспільства [3, с. 24–70]. Це, до речі, якнайкраще узгоджується з пізнішою тезою Г. Гурвича, згідно з якою однією з найбільш помітних рис юридичного досвіду «є вкрай драматичний характер такого досвіду, переважання в його структурі елементів антиномійності. Жоден вид безпосереднього досвіду не розривають хворобливі конфлікти такою мірою, як юридичний досвід» [1, с. 262].

Боротьба за чинне, вже існуюче, право має відбуватися у рамках цього ж таки права. Якщо особа, прагнучи забезпечення власних прав, вдається для цього до незаконних засобів, вона здебільшого позбавляється можливості очікувати захисту від офіційної правової системи. Таким чином, якщо удар спрямований проти самої правової системи, йдеться про боротьбу вже за якесь інше право. Великі революції демонструють відносно різноманіття типів права, за які ведеться боротьба, при тому, що у всіх випадках чинний правовий порядок стає мішенню для знищення.

Зокрема, відомо, що англійська буржуазна революція проходила під прапором відновлення колишніх вольностей і свобод, в утиску яких звинувачували королівську владу; тобто у цьому випадку фактично йшлося про боротьбу за *минуле право*. Велика французька революція надихалася ідеями природних прав і свобод, що належать від природи кожному і не підлягають обмеженню, але безпідставно порушувались за «старого режиму» (боротьба за *вічне право*).

Що ж до революцій у Росії, то в їх ідейній основі було закладено уявлення про те, що самодержавна монархія є гальмом на шляху соціального прогресу, в деякому сенсі перешкоджає прориву в майбутнє. Лютнева революція була покликана надати народові повний обсяг прав і свобод західного гатунку, які за царського режиму допускалися неохоче і дозовано. Жовтнева революція також експлуатувала демократичні гасла у сполученні з ідеями перерозподілу власності, що автоматично вимагало побудови якісно відмінної правової системи (інакше кажучи, боротьба велася за *нове право*).

Зрозуміло, всі три різновиди правового ідеалу мали переважно штучний, сконструйований характер, проте прикметним є вже сам по собі той факт, що об'єкти «боротьби за право» в її революційному варіанті, мабуть, повинні займати ту чи іншу позицію на уявній тимчасовій осі щодо чинної правової системи. Річ у тім, що право є одним із тих соціальних інститутів, які забезпечують «зв'язок часів»; як про це писав П. Бурдье, право «створює гарантії того, що майбутнє буде створюватися за зразком минулого, що неминучі зміни і адаптації будуть осмислені і сформульовані мовою, яка не суперечить минулому...» [4, с. 112]. Такий особливо тісний зв'язок права і часу призводить до того, що революційні сили починають сприймати право як своєрідну «машину часу», яка дозволяє суспільству вільно переноситися в необхідний йому історичний стан.

3. Ще одне пояснення тієї обставини, що революція практично відразу ж одягається в юридичні форми, може полягати у мовній природі права. Оскільки революція розраховує на глибоке і незворотне перетворення суспільства, вона зобов'язана діяти на мовному рівні, який зумовлює колективне сприйняття і оцінку подій, що відбуваються. «Будь-яка революція, — пише О. Розеншток-Хюссі, — повинна говорити новою мовою, оскільки має повести людей у новому напрямі... У соціальному русі останніх п'ятдесяти або ста років революція притупля скрізь, де виявляється нова мова без коріння» [2, с. 60].

Право і є тією мовою, що нею вимовляється, нею виражає себе революція, або, радше, нова революційна влада. Основні елементи цієї нової мови, зазвичай, складаються ще до початку самої революції в структурі радикально орієнтованої політико-правової ідеології. У цьому сенсі Г. Радбрух мав усі підстави стверджувати: «Все починалося з філософії права, а закінчувалося революцією» [5, с. 20]. Велика французька революція спиралася на праці Вольтера і Ж.-Ж. Руссо, Жовтнева революція у Росії — на масив текстів К. Маркса і Ф. Енгельса, Г. Плеханова і В. Леніна, Л. Троцького і М. Бухаріна і т. д. Прикметно, що остаточною підсумком англійської буржуазної революції стала не диктатура О. Кромвелля, позбавлена ґрунтовної ідеологічної бази, а обмежена (конституційна) монархія, заздалегідь підготовлена такими мислителями, як Дж. Мільтон, О. Сідней, Дж. Локк та ін.

Право суспільства, яке стабільно функціонує, являє собою опис більш-менш звичних, впізнаваних реалій; воно оповідає про реально сформоване і живе суспільство. Саме тут цілком можуть бути застосовані хрестоматійні слова К. Маркса: «законодавець повинен сприймати себе як природознавця. Він не робить законів, він не винаходить їх, а тільки формулює, він виражає у свідомих позитивних законах внутрішні закони духовних відносин» [6, с. 162]. Але це висловлювання ідеолога революції не стосується суспільства революційної епохи.

Право революційного часу – це проект суспільства, якого не існує, по суті, це особливий різновид утопії. Революційний уряд не може чекати, поки нові владні інститути, права і свободи громадян, основні засади соціального буття сформується самі по собі як «внутрішні закони духовних відносин», щоб лише потім виразити їх у позитивному праві. Навпаки, всі ці нововведення спочатку з'являються на папері і лише згодом стають доконаним фактом. Їх потрібно описати з випередженням, як явища, що вже існують і діють, інакше вони ніколи не з'являться.

У цьому полягає двоїстість революційного юридичного досвіду: з одного боку, він свідчить про обмеженість можливостей права, про його безсилля перед лицем фатальних внутрішніх і зовнішніх загроз. Ця складна система процедур і умовностей, яка виступає гарантом громадянського миру і порядку, за екстремальних умов виявляє свою слабкість і розсипається при зіткненні з реальністю історії.

З другого боку, революційний досвід для права є у певному сенсі тріумфальним. Йдеться навіть не про те, ніби революції допомагають звільнитися від застарілих інститутів і сприяють подальшому вдосконаленню права. Зрештою, незворотність правового прогресу викликає сумніви, і багато революцій (наприклад, Жовтнева соціалістична революція в Росії) зробили у розвиток права, м'яко кажучи, далеко не однозначний внесок.

Річ у тім, що революція пов'язана з поразкою і загибеллю лише окремо взятої правової системи, але не права в цілому як соціального інституту. Навпаки, революційний досвід підтверджує універсальність і незамінність права як засобу соціокультурної інтеграції, оскільки майже негайно після руйнування старого правопорядку революційні сили змушені самі звертатися до правової форми для впровадження та легітимації нових принципів суспільного життя.

Відповідно, існуючий погляд на характер революційних суспільств як неправовий або антиправовий є щонайменше неточним. Відсутність права може бути суто тимчасовим і до того ж короткостроковим епізодом у розвитку революційних подій. Звісно, якщо оцінювати революцію з погляду правового порядку, що передує їй, її неправомірність буде очевидною. Наприклад, висновок про те, нібито соціалістична революція в Росії являла собою «заперечення права», а нормативні встановлення комуністичної диктатури були антиправовими [7, с. 130–180], випливає з того, що право ототожнюється з буржуазними принципами свободи, формальної рівності, приватної власності тощо; інакше кажучи, з конкретним змістом однієї з історично можливих правових систем. Це доводить, на наш погляд, що зміст права є його мінливою і найбільш випадковою стороною, стійка ж та істотна у цьому випадку саме форма.

4. З погляду юридичного досвіду важливим є питання про механізм зародження нового правового порядку і його співвідношення зі старим. Рушійні сили революції розвиваються всередині суспільства, отже, відчувають на собі той чи інший вплив права. Аби суспільство зберігало сталість, у його структурі мають бути присутні ділянки зниженої соціальної впорядкованості; ці прояви ентропії виконують творчу функцію, оскільки без них соціальна система не мала б резервів самоорганізації. З позицій синергетичного підходу, зони соціальної аномії необхідні системі для підтримки власної життєздатності, як джерело самоорганізації [8, с. 34–45; 9].

Так чи інакше, ідеологічна та організаційна підготовка революції бере свій початок у тих сферах суспільного життя, які перебувають у конфронтації з офіційною культурою і політикою. Такі ворожо налаштовані елементи, що несуть у собі явну небезпеку для соціального цілого, зазвичай переслідуються владою, зокрема з використанням юридичних засобів. Тому можна сказати, що рушійні сили майбутньої революції перебувають щодо старого порядку не лише в політичній, а й у юридичній опозиції.

Для окремих індивідів і соціальних груп юридичний досвід може мати травматичний характер, тобто бути джерелом негативних переживань (дискримінація, майнові втрати, позбавлення волі тощо). Подібний травматичний досвід, накопичуючись у суспільстві, може ставати додатковою умовою, яка сприяє революції: індивіди втрачають лояльність до правопорядку, що завдає їм страждання. Як зауважує О. Розеншток-Хюссі, особливості революцій визначаються, серед іншого, тим, у яких умовах проходять зустрічі майбутніх лідерів: «Суворий характер більшовизму впливає з того характеру місць для зустрічей, які революційна група мала на засланні. Більшовики зустрічалися на засланні і в тюрмі, в Швейцарії та Німеччині, у Франції і в Сибіру» [2, с. 202]. Для революціонера такі біографічні факти, як наявність офіційного статусу злочинця, число вироків, тривалість перебування у в'язниці або засланні, були запорукою довіри соратників і входження до еліти революційного руху. Саме конфлікт із правопорядком дозволяв сформувати непримиренність до підвалин суспільства, яке підлягає руйнуванню.

Якщо визнати, що революція за своєю природою і витоками може вважатися не тільки політичним, економічним, а й правовим явищем, стає зрозуміло, чому на чолі революції нерідко з'являються люди з юридичною підготовкою (О. Кромвель, який вивчав право в університеті, адвокат М. Робесп'єр, помічник присяжного повіреного В. Ульянов). У цій ролі затребуваний не стільки вчений-теоретик, який розуміє право на умоглядному рівні, скільки людина дії — юрист-практик, причому не обов'язково успішний. Він володіє достатнім знанням існуючого правового механізму, щоб знайти спосіб його руйнування. Громадянин, який не розуміється на питаннях права, може вважати правову систему несправедливою і недосконалою, але тільки юрист знає, що вона до того ж слабка і вразлива. Водночас юрист як лідер революції виступає своєрідною передавальною ланкою, гарантом того, що на місці колишнього правопорядку порівняно швидко виникне новий і що період беззаконня не триватиме надто довго.

Таким чином, парадоксальність революційного юридичного досвіду полягає ще й у тому, що революційний авангард повинен ставитися до правової системи з достатньою неприязню, щоб прагнути її знищення, але водночас бути досить обізнаним у цій галузі, аби спромогтися відтворити правовий порядок у разі перемоги революції.

5. Далеко не випадковим є те, що сам термін «революція» походить від лат. *re-volvere* — «повернення». Правова система попереднього суспільства, будучи скасованою в ході революції, порівняно швидко відновлюється у своїх основних параметрах, хоча і в новому інституційному обличчі. Справді, після будь-якої революції зберігаються опорні конструкції правової системи — закон, правосуд-

дя, власність. Змінюються тільки їх найменування, форми, суб'єкти та ін., але не природа і функції цих базових інститутів права.

Власне, революція успадковує і всі очевидні вади колишньої правової системи, які не тільки не виправляються, але часом навіть посилюються — несправедливі закони, довільні податки, жорстокі кримінальні покарання властиві будь-якому новому порядку не менше ніж старому. Революція насправді не прагнула розв'язання цих проблем, а лише використовувала їх як нагоду для прискореної модернізації, яка тільки у віддаленій перспективі може привести до деякого поліпшення життя людей.

Сплеск насильства, характерний для будь-якої революції на певному етапі її розвитку, зовсім не є цілковито стихійним, але значною мірою легалізується новою владою, являючи собою елемент правової політики (терор зазвичай розпочинається не спонтанно, а оголошується спеціальними юридичними актами). Річ у тім, що старий порядок має щонайменше одну перевагу перед революційним правом: він спирається на силу традиції і масової звички, а отже, не потребує постійного підкріплення насильницькими методами. Суворість і репресивність революційного права багато в чому є компенсацією його внутрішньої слабкості, відсутності справжньої переконливості. З цієї ж причини виявляється необхідним демонстративне фізичне усунення особи, яка символізує собою весь колишній правопорядок.

Однак саме в періоди революцій суспільство стикається з реальним досвідом правового плюралізму, оскільки з'являються різні центри влади, кожен з яких діє шляхом видання загальнообов'язкових нормативних вимог. Ці центри влади можуть являти собою релікти колишнього соціального ладу або конкуруючі між собою угруповання революційних сил. Наприклад, у перші роки Радянської влади в Росії, як відомо, активно функціонували не тільки інститути влади, сформовані більшовиками (ВЦВК, Рада Народних Комісарів та ін. з їх місцевими органами), а й різні уряди, створені білогвардійськими військами на контрольованих ними територіях, а протягом короткого часу — ще й виборний представницький орган, Установчі Збори. Усі ці органи займалися нормотворчою діяльністю, і за формальними ознаками нормативні встановлення, що виходили від них, мали юридичний характер. Водночас вони не становили єдиної системи, оскільки заперечували юридичну силу один одного.

Яке ж із цих нормативних утворень може і повинно вважатися правом? Вирішити це питання за допомогою таких критеріїв, як «дієвість», «виконуваність» тощо, видається утрудненим. Ясна річ, постфактум юридичний характер визнається тільки за «нормативною продукцією» сторони, яка перемогла. Однак у період протистояння навряд чи можна визначити, чия нормотворчість більш результативна з огляду на кількість людей, які підкоряються їй. По-перше, в революційні епохи ступінь покори нормативним вимогам взагалі істотно знижується, від кого б вони не виходили. По-друге, бурхливий і драматичний характер революційних подій, очевидно, робить неможливим точне обчислення актів правомірної поведінки порівняно з кількістю протиправних діянь. Відповідно, оцінити рівень виконуваності нормативних установлень, що виходять від різних суб'єктів влади, також виявляється неможливим.

Таким чином, єдиним точним критерієм залишається зовнішня форма, яка в тому чи іншому вигляді дотримується усіма органами, які претендують на завоювання влади. Оскільки на кожній території таких суб'єктів може бути декілька, то норми, які видаються ними, є юридичними однаковою мірою, що і дозволяє кваліфікувати ситуацію як «правовий плюралізм».

Цей стан речей зберігається доти, поки одна з конкуруючих сил не бере гору в боротьбі і не заволодіває монополією на форму права. Це означає, що централізована влада в імперативному порядку проголошує, які джерела права вона визнає, ким і в якому порядку вони можуть створюватися і в який спосіб мають доводитися до відома суспільства. Інші претенденти на владу придушуються, припиняють свою нормотворчу активність, і в цей момент стан правового плюралізму завершується.

Проте навіть після цього революційне право не набуває сталого статусу. Річ у тім, що формальне панування одного нормативного порядку ще не означає, що його соціальна місія реалізована. Аби виробляти необхідний інтегративний, мобілізуючий і керівний вплив на людей, право повинно володіти сильними сугестивними якостями, тобто бути інструментом колективного навіювання. У адресатів правового регулювання не повинно бути сумнівів у тому, що вимогам права слід підкорятися. При цьому їх «акт визнання» має поширюватися на всю систему правових норм, адже неможливо обґрунтовувати доцільність кожної окремої вимоги.

У рамках «старого» (дореволюційного) правопорядку, як уже зазначалося, це навіювання спирається на силу традиції і звички; правові імперативи сприймаються як частина усталеного способу життя, що забезпечує відносно високий рівень їх дотримання. Нововведення революційної епохи такою властивістю не наділені, що вимагає, окрім іншого, звернення до силових і кількісних методів легітимації.

Силова складова знаходить своє вираження в тому, що революційним законам, зазвичай, певною мірою властива жорстокість, викликана не тільки боротьбою з ворогами, а й необхідністю показати міць нової влади і права. Здатність закону стати причиною людської смерті є наочним свідченням того, що закон не є порожньою формальністю. Показові судові процеси, що проводяться за спрощеною процедурою і завершуються смертними вироками, є ознакою того, що революційне право ще не набуло стійкої якості [11]. Проте в деякий момент жертвами цих процесів стають самі вожді революції, і це означає, що правові інститути вже набрали власну силу і стали самостійним чинником соціального життя, а не знаряддям у руках окремих особистостей.

Інший напрям легітимації революційного права ґрунтується на тому, що відносна слабкість його регулятивних можливостей певною мірою компенсується кількістю правових актів, що видаються. У такий спосіб демонструється, що правова система здатна породжувати новий нормативний матеріал і отже, є життєздатною. Новий правопорядок прагне заповнити вакууми в нормативному регулюванні суспільних відносин, які були створені революцією, і завдяки цьому вийти на рівень дореволюційного права принаймні кількісно.

Так, у Радянській Росії аж до кінця 20-х років спостерігалася підвищена інтенсивність правотворчості навіть на найнижчих рівнях: «На місцях “народна

правотворчість” розвивалась як самостійний жанр. У деяких районах Астраханського, Сталінградського, Саратовського округів на тиждень виходило кілька десятків постанов» [12, с. 92].

Входження правової системи у стійку фазу характеризується тим, що репресивна напруга знижується і обсяги правотворчості стають помірними. Отже, революційний етап правового розвитку закінчується.

Таким чином, революційний юридичний досвід за своєю смисловою спрямованістю є амбівалентним. Він демонструє відносну крихкість традиційного правового порядку, яка виявляється в періоди соціальних криз, причому передовсім це стосується правових систем, побудованих за жорстко ієрархічним принципом і спрямованих на централізоване впорядкування суспільного цілого. Такі правові системи не володіють достатнім ресурсом гнучкості і відносно легко руйнуються в агресивному середовищі. Поряд із цим революція являє собою не просто стрімкий демонтаж старого правопорядку, а й своєрідну форму «боротьби за право». У революційних умовах право виявляє дивовижну здатність до самовідтворення: зникнувши під тиском революційних сил, воно порівняно швидко відроджується в оновленій формі. Минаючи тимчасовий період правового плюралізму, обумовленого наявністю кількох альтернативних інстанцій правотворчості, суспільство переживає етап репресивного права і неминуче приходить до моністичного правового устрою, який спирається на владу юридичної форми і процедури.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Гурвич Г.* Юридический опыт и плюралистическая философия права / Г. Гурвич // Философия и социология права. Избранные сочинения. — СПб. : Изд. Дом С.-Петербур. гос. ун-та ; Изд-во юрид. ф-та С.-Петербур. гос. ун-та, 2004. — 848 с.
2. *Розеншток-Хюсси О.* Великие революции. Автобиография западного человека. — М. : Библиейско-богослов. ин-т им. св. апостола Андрея, 2002. — 650 с.
3. *Иеринг Р. фон.* Борьба за право / Р. фон Иеринг // Избранные труды : в 2 т. — Т. 1. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2006. — С. 24–70.
4. *Бурдые П.* Социальное пространство: поля и практики / П. Бурдые. — М. : Ин-т эксперимент. соц. ; СПб. : Алетейя, 2005. — 576 с.
5. *Радбрух Г.* Философия права / Г. Радбрух. — М. : Междунар. отношения, 2004. — 240 с.
6. *Маркс К.* Проект закона о разводе / К. Маркс // Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. — Т. 1. — М. : Гос. изд-во полит. лит., 1955. — С. 161–164.
7. *Нерсесянц В. С.* Философия права / В. С. Нерсесянц. — М. : НОРМА, 1999. — 647 с.
8. *Бачинин В. А.* Синергетическая методология и социология права / В. А. Бачинин // Методология гуманитарного знания в перспективе XXI века : материалы междунар. науч. конф. — СПб. : С.-Петербур. филос. о-во, 2001. — С. 15–20.
9. *Бачинин В. А.* Основы социологии права и преступности / В. А. Бачинин. — СПб. : Изд-во С.-Петербур. ГУ, 2001. — 308 с.
10. *Бенда-Бекманн К. фон.* Правовой плюрализм / К. фон Бенда-Бекманн // Человек и право. Книга о Летней школе по юридической антропологии. — М. : Стратегия, 1999. — С. 8–23.

11. Дикарев И. С. Парижский революционный трибунал. Очерк организации и деятельности (1793–1795 гг.). — Волгоград : Царицин. полиграф. компания, 2006. — 124 с.
12. Чердаков О. И. Формирование правоохранительной системы Советского государства в 1917–1936 гг. (историко-правовое исследование) / О. И. Чердаков / под ред. А. В. Малько. — Саратов : Изд-во Саратов. гос. ун-та, 2001. — 192 с.

Ветютнев Ю. Ю. Контури революційного юридичного досвіду

Анотація. Стаття присвячена аналізу революції як джерела юридичного досвіду. Обґрунтовується, що відмітними рисами революції порівняно з іншими формами соціальних перетворень є її первинна обумовленість юридичними чинниками, а також закріплення її результатів у правовій формі. При цьому демонтаж правового порядку, викликаний революцією, є короткостроковим, після чого всі основні інститути правової системи відновлюються у майже незмінному вигляді, оскільки жодна революційна влада не може обійтися без правових інструментів при побудові нового суспільства.

Ключові слова: революція, досвід, право, боротьба, порядок, мова, час, насильство.

Ветютнев Ю. Ю. Контуры революционного юридического опыта

Аннотация. Статья посвящена анализу революции как источника юридического опыта. Обосновывается, что отличительными чертами революции по сравнению с иными формами социальных преобразований являются ее изначальная обусловленность юридическими факторами, а также закрепление ее результатов в правовой форме. При этом демонтаж правового порядка, вызванный революцией, является краткосрочным, после чего все основные институты правовой системы восстанавливаются в почти неизменном виде, поскольку ни одна революционная власть не может обойтись без правовых инструментов при построении нового общества.

Ключевые слова: революция, опыт, право, борьба, порядок, язык, время, насилие.

Vetyutnev Yu. The Contours of the Revolutionary Legal Experience

Summary. The article is devoted to the analysis of the revolution as a source of legal experience. It is proved that the original legal factors are the distinctive features of the revolution compared to other forms of social transformation, as well as consolidation of its results in legal form. The dismantling of the legal order, brought by the revolution, is short-term, after which all the basic institutions of the legal system are restored almost unchanged, since none of the revolutionary authorities can do without legal instruments in building a new society.

Key words: revolution, experience, right, fight, order, language, time, violence.

НАУКОВИЙ ЖУРНАЛ «ПРАВОВА ПОЛІТИКА І ПРАВОВЕ ЖИТТЯ»¹



О. МАЛЬКО

*доктор юридичних наук, професор,
директор Саратовської філії
Інституту держави і права РАН,
заслужений діяч науки РФ*

Академічний і вузівський юридичний науковий журнал «Правова політика і правове життя» було засновано Саратовською філією Інституту держави і права РАН, Саратовською державною юридичною академією й Асоціацією юридичних вузів Росії (м. Москва) у 2000 р. Головним редактором упродовж усього часу існування журналу є доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки РФ Олександр Васильович Малько. Сьогодні крім головного редактора «команду» журналу становлять: заступник головного редактора — голова редакційної ради — доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки РФ Микола Гнатович Матузов, відповідальний секретар — кандидат юридичних наук Ксенія Євгенівна Ігнатенкова, завідувач редакції — Євген Андрійович Ігнатенко. До редакційної колеги журналу входять кращі представники Саратовської наукової школи — як теоретики, так і фахівці з окремих галузей права, редакційну раду представлено вченими не лише з різних міст Росії (Москва, Санкт-Петербург, Нижній Новгород, Ростов-на-Дону та ін.), а й з ряду зарубіжних країн (Україна, Білорусь, Казахстан, Таджикистан, Польща, ФРН, Китай).

Журнал виходить із періодичністю 1 раз на квартал, наклад залишається незмінним, починаючи з першого випуску, і становить 1000 примірників. Усього надруковано 51 номер, 52-й номер у роботі. Географія розповсюдження журналу є широкою і включає всю Російську Федерацію, а також країни ближнього зарубіжжя. Підписка на журнал здійснюється через редакцію журналу, а також каталог передплатних видань.

¹ Переклад з російської В. Смородинського.

© О. Малько, 2013

Журнал має статус центрального і включений ВАК Міністерства освіти і науки РФ до Переліку провідних рецензованих наукових журналів і видань, у яких повинні бути опубліковані основні наукові результати дисертацій на здобуття наукових ступенів доктора і кандидата наук. Стратегія розвитку журналу полягає в організації наукової роботи і розширенні наукового співробітництва шляхом висвітлення у пресі найбільш актуальних і цікавих проблем права і держави. Не випадково сьогодні журнал «Правова політика і правове життя» входить до числа лідерів за значенням імпаکت-фактора серед російських видань юридичної спрямованості.



Профіль тематики журналу зумовлено його назвою. Це розробка й обговорення наукових проблем і практичних питань правової політики Російської держави, правового життя суспільства. Ці напрями виступають і основною темою наукових досліджень видавця журналу — Саратовської філії Інституту держави і права РАН. Усвідомивши всю важливість цієї проблематики, її високу наукову значущість і найпотужніший практичний потенціал, Філія вже на самому початку свого шляху набула статусу центру дослідження найбільш актуальних федеральних і регіональних проблем правової політики і нині міцно його утримує. Для цього вона має у своєму розпорядженні весь спектр необхідних засобів: правовій політиці, її теорії та галузевим проблемам присвячені книги, що видаються, наукові заходи, що проводяться, науково-освітні центри, що створюються, і, зрозуміло, особливу нішу займає журнал «Правова політика і правове життя».

Серед сучасних напрямів юридичної науки проблема правової політики посідає одне з провідних місць, що є цілком обґрунтованим, бо з її розв'язанням вирішується і багато інших як суто наукових, так і практичних проблем. Знання про правову політику, безсумнівно, допоможуть і у сфері модернізації соціальних відносин, і у формуванні правової держави, і в розбудові громадянського суспільства у Росії. Надзвичайно важливими є дослідження форм реалізації правової політики, головних напрямів її здійснення, що вказують на конкретні прояви цього різновиду політики, його втілення в правове життя.

Справедливо вважаючи, що ідея правової політики в ХХІ ст. буде визначальною, фахівцями Філії підготовлено Проект Концепції правової політики в Російській Федерації, який було спочатку розміщено в журналі з метою ознайомлення з ним максимально широкого кола читачів (*Матузов Н. И., Малько А. В., Шундииков К. В.* Правовая политика современной России: предлагаем проект концепции для обсуждения // *Правовая политика и правовая жизнь.* — 2004. — № 1). Цей проект викликав живий інтерес наукової громадськості, породив палкі дискусії, частину з яких було також відображено на сторінках журналу.

За результатами обговорення Проект було вдосконалено, доповнено і пізніше опубліковано окремою брошурою (Проект Концепции правовой политики в Российской Федерации до 2020 года / под ред. А. В. Малько. — М. : Дело,

2008). Він став підсумком систематизації результатів наукових досліджень, проведених у Філії впродовж останніх років. У основі цього документа лежить ідея про необхідність проведення Російською державою на сучасному етапі його розвитку, поряд з іншими видами політики, політики правової як цілеспрямованої і планомірної діяльності органів державної влади у сфері правового регулювання соціальних відносин. На думку фахівців Філії, необхідність формалізації наукових поглядів на сучасну правову політику у вигляді Концепції обумовлено здатністю такого роду документа позитивно вплинути на процеси модернізації сучасного федерального і регіонального російського законодавства і практики його застосування, забезпечення єдності та цілісності правового простору і зміцнення державності в Росії, підвищення ступеня доцільності й ефективності правового впливу на всі сфери соціального життя в умовах перехідного періоду.

У проєкті Концепції представлено сучасні наукові підходи до проблеми стратегії і тактики юридичного впливу, надано загальну характеристику сучасного стану правового життя і правової політики в Російській Федерації, позначено її основні принципи, цілі та пріоритети, сконструйовано модель механізму її реалізації. Проєкт включає також перелік основних заходів, спрямованих на подолання недоліків і підвищення ефективності правової політики в Росії.

Концепція правової політики в Російській Федерації стала базою для створення й інших концепцій, присвячених окремим, найбільш актуальним на цей час напрямам правової політики. Так, зокрема, стаття О. В. Малько «Антикорупційна політика Росії: проблеми формування», яку було опубліковано в 2003 р. на сторінках журналу (див.: *Правовая политика и правовая жизнь*. — 2003. — № 3), жваве її обговорення і нові публікації в журналі, що розвинули цю проблематику, привели до того, що Саратовською філією Інституту держави і права РАН було видано ще одну унікальну в своєму роді працю — Проєкт концепції антикорупційної політики в Російській Федерації (Саратов, 2007).

Методика створення документів концептуального характеру за допомогою первісного їх обговорення на сторінках тематичного журналу продемонструвала свою ефективність і стала активно використовуватися і далі. Спочатку в журналі було висвітлено круглий стіл «Проблема формування правоохоронної політики», опубліковані найцікавіші виступи як теоретиків, так і практиків (див.: *Правовая политика и правовая жизнь*. — 2010. — № 1), згодом з'явився відповідний концептуальний документ (Концепция правоохранительной политики в Российской Федерации (проект) / под ред. А. В. Малько. — Саратов : Изд-во СГЮА, 2012). За таким саме алгоритмом відбувається дослідження напрямів правозахисної та судової політики в Російській Федерації. Щодо першого в журналі з'явилася однойменна постійна рубрика, другому ж було присвячено науково-практичний круглий стіл, результатом якого стало створення проєкту Концепції судової політики в Російській Федерації. Ознайомитися з проєктом і думками фахівців можливо також завдяки журналу (див.: *Правовая политика и правовая жизнь*. — 2013. — № 2). Таку перспективну практику буде, безумовно, продовжено.

Крім того, журнал став важливим інтеграційним виданням. На міжвідомчий характер журналу вказують і пропоновані рубрики, що варіюються залежно від

розглянутих у тому чи іншому номері журналу питань: «Правова політика: концепція і реальність»; «Політичне і правове життя суспільства»; «Галузеві проблеми правової політики»; «Історичний аспект правової політики»; «Порівняльне правознавство»; «Трибуна молодих учених» та ін.

На основі співпраці з Асоціацією юридичних вузів Росії (м. Москва), Російською академією юридичних наук Філія сприяє висвітленню наукових досліджень юридичного і політологічного змісту на сторінках журналу шляхом опублікування статей у спеціальних рубриках «Представляємо юридичні вузи Росії та країн СНД», «До ювілею вузу».

Редакція журналу «Правова політика і правове життя» запрошує до співпраці наукову громадськість, всіх, хто бажає опублікувати свої статті на сторінках журналу. З питань опублікування статей, а також висвітлення на сторінках журналу «Правова політика і правове життя» інформації про юридичні вузи, ювілярів освітніх і наукових установ просимо звертатися до редакції журналу за телефонами: (8452) 29-92-18, 29-91-22, а також e-mail: igp@sgar.ru.

**ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВІ ПОГЛЯДИ
Є. ТРУБЕЦЬКОГО
(КОРОТКІ РОЗДУМИ
З НАГОДИ 150-РІЧЧЯ ВІД ДНЯ НАРОДЖЕННЯ
ВИДАТНОГО МИСЛИТЕЛЯ)¹**



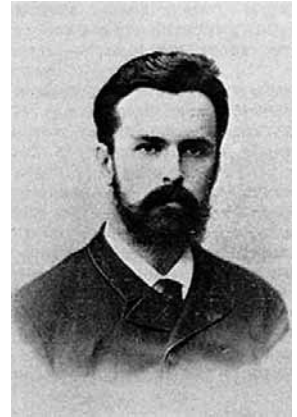
Н. ОВЧИННИКОВА
*кандидат юридичних наук,
старший викладач кафедри
теорії та історії держави і права
(Самарський юридичний інститут
Федеральної служби виконання покарань Росії)*

Князь Євген Миколайович Трубецької народився 23 вересня (5 жовтня) 1863 р. у Москві. На формування внутрішнього духовного світу філософа і вибір ціннісних пріоритетів виключний вплив мала духовна атмосфера сім'ї Трубецьких, де переважне значення в її створенні належало його матері — С. Трубецької, у дівочості — С. Лопухіної: «то була людина нової епохи, яка прагнула у вихованні дітей подолати небезпечні атавізми, успадковані від епохи кріпацтва, яка розвивала в дітях розуміння рівності всіх людей перед Богом і почуття поваги до особистої гідності кожної людини, що виражало не “холодний розсудливий лібералізм”, а душевний настрій та багатство її природи» [1, с. 22]. Душевний настрій як особливість ставлення до своєї справи вона виховала і в своїх дітях. Син князя С. Трубецької згадував, що коли батько йшов займатися своїми дослідженнями, він мов би покидав землю і злітав до якогось таємничого невідомого світу, який був загадково містичним: «Цей інтелектуальний і духовний політ був безмежно цінним і Бог дарував йому для цього могутні крила» [1, с. 130]. Невтомний філософський пошук і прагнення істини відбилися й у здатності подолання нігілізму, вплив якого Є. Трубецької разом із братом відчув ще в гімнастичний період, але, як він згадував, «приймавши віру,

¹ Переклад з російської мови та наукове редагування О. Литвинова.

я не тільки відкинув філософію; навпаки, я став вірити в неї так, як раніше ніколи не вірив, тому, що відчув її призначення — бути знаряддям Богопізнання» [2, с. 68].

З 1881 р. Є. Трубецької вчиться на юридичному факультеті Московського університету. Закінчивши курс навчання в 1885 р., він як вільнонайманий вступає до Київського гренадерського полку, який розміщувався в м. Калуга, де після складання офіцерських іспитів звільняється в запас у військовому званні підпоручика цього полку. Відразу ж отримавши місце приват-доцента в Демидівському юридичному ліцеї м. Ярославля, основну увагу приділяє заняттям з правознавства і філософії права. У 1892 р. після захисту магістерської дисертації «Релігійно-суспільний ідеал західного християнства у V ст. Світогляд Блаженного Августина» Є. Трубецької отримує місце приват-доцента, а після захисту праці «Релігійно-суспільний ідеал західного християнства в XI ст. Ідея Божого царства у Григорія VII і публіцистів — його сучасників» — професора в Київському університеті Св. Володимира.



29 грудня 1901 р. набули чинності «Тимчасові правила» організації студентських закладів, згідно з якими встановлювалися постійний контроль і нагляд університетських інспекторів за студентами, а також тотальна регламентація їхнього життя, що ігнорувало права існуючих курсових та університетських студентських організацій та покладало функції поліцейського характеру на самих студентів і навіть на професорів. Ці «Тимчасові правила» викликали в Київському університеті неабиякий безлад, що змусило Є. Трубецького замислитися про звільнення з університету, про що він повідомив свого брата Сергія. Той у листі в березні 1902 р. відповів: «Одне могу сказати — буде дуже жаль, якщо підеш! Жаль для університету взагалі, не для Київського, а для російської університетської справи. Це для неї смертний вирок. Якщо ти підеш з болем у серці, без роздратування, без усякої надії, навіть без протесту, це буде визнанням, що університет є абсолютно неможливим, за будь-яких умов... навряд чи може бути велика різниця між Москвою і Києвом, хоча обструкції у нас поки що не було. Тут потрібен кантівський категоричний імператив: *«handle so, dass die Maxima deiner Handlung als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten koenne»*. Але тоді ти маєш сказати: «усі порядні професори повинні піти». Ми є близькими, дуже близькими до цього: можливо, час уже настав...» [3, с. 211–213].

Після смерті брата — С. Трубецького, який був ректором Московського університету, Є. Трубецької вирішує залишити Київський університет. У 1906 р. він стає професором Московського університету, де відразу ж здобуває неабиякий авторитет і популярність, про що свідчить, наприклад, те, що студенти з власної ініціативи і своїм коштом видають лекції Є. Трубецького. Цей факт, безумовно, свідчить не тільки про педагогічний талант, а й про високий ступінь наукового визнання нового московського професора. Разом із викладацькою діяльністю Є. Трубецької бере активну участь у суспільному та культурному житті Росії, сприяє відродженню його релігійно-моральних засад. Наприкінці 1905 р., після появи Маніфесту 17 жовтня, прем'єр-міністр С. Вітте навіть про-

понує йому посаду міністра народної освіти в своєму кабінеті, що він його формував, а про зустріч із Є. Трубецьким граф потім згадував так: «коли я вперше побачив і познайомився з князем Трубецьким... то відразу збагнув, що то за натура. Вона така відкрита, така наївна і разом з тим кафедро-теоретична, що її неважко відразу розпізнати з голови до ніг. Це чиста людина, яка сповнена філософських переконань, із величезними знаннями, як говорять, чудовий професор, справжня російська людина, у незіпсованому сенсі цього слова. Цілковитий Гамлет російської революції» [4, с. 70].

Разом із М. Бердяєвим, С. Булгаковим, В. Ерном та іншими видатними мислителями свого часу Є. Трубецької бере участь у створенні Релігійно-філософського товариства пам'яті В. Соловйова, а в 1910 р. стає засновником видавництва «Путь». Тут друкуються твори видатних російських релігійних філософів, і то була, як зазначав С. Булгаков, «єдина в Росії початку століття ділова ініціатива, де духовно свобода поєднувалася з високою культурою» [5, с. 129].

16 січня 1911 р. до університету було надіслано циркуляр, де урядом рекомендовано встановити нагляд за студентами. Керівництво закладу з причини відмови виконання цього циркуляру відправили у відставку. Тоді на знак протесту 3 лютого Є. Трубецької разом із професорами В. Вернадським, П. Новгородцевим, М. Умовим, В. Хвостовим, С. Чаплигіним та багатьма іншими також подали у відставку. Після цього Трубецької із родиною оселився у своєму калужькому маєтку Бегічево.

Є. Трубецької незмінно залишався відданим цінностям, що їх відстоював у своїй філософській системі, і після приходу до влади більшовиків брав дієву участь у роботі Всеросійського помісного церковного собору. Як його голова від мирян він ініціював відновлення патріаршества в Росії, активно сприяв інтронізації першого російського патріарха Тихона, який став символом духовного єднання та відродження країни. Син Трубецького Сергій згадував, як батькові часто доводилося під час збройного повстання під кулями йти на засідання церковного собору, за таких умов відбувалася й сама інтронізація в Успенському соборі [1, с. 251]. Очевидці тих подій згадували всенародну хресну ходу до сплюндрованих християнських святинь, у якій брали участь тисячі людей, які були готові до прийняття мук, і які спеціально тримали піст і причащалися як перед смертю. Є. Трубецької, який брав участь у цій акції разом зі своїми дітьми, взагалі не турбувався про свою безпеку, як і тисячі інших людей на Красній площі, мабуть він, подібно апостолу Хомі, відчував внутрішній духовний заклик: «Підемо і ми, помремо з Ним» (Іоанн. 11, 16). Потім мислитель аналізував масові народні виступи проти руйнування храмів і наруги над святинями, що часто супроводжувалося кулеметними чергами, утім не зупиняло нікого. Він доходить висновку про наявність у російського народу тієї невичерпної духовної енергії, яка рано чи пізно призведе до краху «звірячого царства» і буде сприяти духовному відродженню Росії. І ці його сподівання справдилися.

Князь Є. Трубецької не міг лишатися байдужим, коли гинула вітчизна, не міг спокійно споглядати на кровавий хаос, що охопив його країну. Свою громадянську позицію він продемонстрував, ставши до лав армії О. Денікіна: «Я ніколи політиком не був і не буду, як ніколи не був професійним військовим. Але як

існують часи, коли всіх, хто здатен носити зброю, забирають на війну, незважаючи на те, філософи вони чи ні, так існують і часи загальної політичної повинності. Зараз такий час» [6].

Є. Трубецької помер у 1920 р. від тифу в Новоросійську, що був оточений Червоною армією. Мабуть, це була єдиноможлива доля людини, яка не збиралася кидати свою країну, без котрої не уявляла свого життя, а водночас не могла зрадити своїм життєвим принципам і підкоритися режиму, що встановлював «рабство духу». Тим більше заслуговує на увагу філософсько-правова система людини, яка віддала життя за принципи і цінності, що їх сама стверджувала.

Значущість досліджень Є. Трубецького для сучасного теоретичного правознавства обумовлена наявністю в його концепції вагомий аргументації та ґрунтовної доказової бази, що підтверджує багатоаспектність буття права і дозволяє логічно несуперечливо довести необхідність його комплексного дослідження в різних вимірах — нормативному, соціологічному, психологічному, ціннісному, а це не втратило своєї актуальності й сьогодні.

Найбільш суттєвий вплив на формування правових поглядів Є. Трубецького мало вчення В. Соловйова, яке можна вважати однією з перших унікальних спроб побудови інтегральної теорії права. В. Соловйов здійснює аналіз правових явищ у загальному контексті ціннісного аспекту буття людини і намагається виявити їхні метаюридичні основи. Засадничим принципом його філософії є концепція «цільного знання», що зорієнтована на здійснення «великого синтезу» всіх процесів і явищ оточуючого світу і на виявлення їхнього всезагального смислу. Є. Трубецької використовує і модернізує у власних теоретичних будовах розроблені В. Соловйовим принципи онтологічного та аксіологічного дослідження права, доповнюючи їх «раціоналістичними дослідженнями» Б. Чичеріна, а також розробленими цими двома видатними філософами права положеннями про право як про спосіб буття людини. Є. Трубецької синтезує «онтологію духу» В. Соловйова і «онтологію розуму» Б. Чичеріна та виявляє гносеологічну необхідність інтеграції нормативного, соціологічного, психологічного, ціннісного аспектів буття права, доходючи висновку, що його дослідження не може бути здійсненим на основі лише раціоналістичного принципу. Абсолютизація логічного, вважає Є. Трубецької, містить у собі «прихований догматизм», що підмінює гносеологію догматичною онтологією, «намагаючись вмістити весь світ, що сприймається почуттями, у прокрустово ложе поняття» [7, с. 199]. Розробляючи методологічні основи такого дослідження, Є. Трубецької на раціональному рівні пізнання права використовує основні принципи діалектики і формально-логічні методи, а на інтуїтивному рівні пізнання вчений розвиває феноменологічні принципи дослідження В. Соловйова, відзначаючи водночас і актуальність міждисциплінарного дослідження права [8, с. 160–162; 9, с. 250–286, 320–344, 483–501, 501–517, 517–533; 10, с. 48–71].

Є. Трубецької доходить вельми важливого висновку стосовно процесу правотворення: в його концепції право виникає там, де існує хоча б мінімальна організація суспільних відносин через нормативні механізми прав і обов'язків, обміну й розподілу, заохочення й покарання, стимулів і заборон. «Будь-яке людське господарство є обумовленим правом, — зазначає видатний мислитель в одній зі своїх найвідоміших праць. — Воно передбачає, по-перше, свідому мету

виробництва, що її людина здійснює в зовнішньому світі, а по-друге — кооперацію, співробітництво багатьох людей для здійснення цієї мети» [10, с. 67]. Свідоме співробітництво об'єктивно має потребу в розмежуванні сфер свободи й діяльності кожного учасника виробництва, тобто має в своєму фундаменті фактичне правовідношення, а на основі цього положення вчений доходить висновку про те, що право є архетипом людської поведінки та необхідною умовою соціальної взаємодії.

У дослідженні основних чинників правового генезису Є. Трубецької особливо підкреслює необхідність узгодження висновків теорії права з численними даними істориків, етнографів, антропологів про правові звичаї неписьменних культур і правового життя додержавних суспільств [9, с. 320–344]. Проаналізувавши велику кількість їхніх праць, учений робить висновок про те, що право з найдавніших часів формується як універсальна форма соціальної взаємодії. Тому створення й розвиток права не може залежати від наявності зовнішнього примусового авторитету в особі держави. Таким чином, у вченні Є. Трубецького смисловим центром і ядром правового спілкування є не владно-наказове волевиявлення з боку держави, а добровільне взаємне визнання суб'єктами соціальної взаємодії міри можливого і міри належної поведінки (суб'єктивних прав і обов'язків), що засноване на розумінні необхідності підтримки та відтворення соціальних зв'язків. Учений гранично ясно демонструє автономні додержавні джерела походження права, що являє собою атрибут соціальної взаємодії, обумовлений нормативною структурою й комунікативною спрямованістю свідомості людей. Основоположним началом будь-якої правової системи Є. Трубецької вважає не державний примус (він його тлумачить як похідну ознаку), а «суспільний авторитет», від імені якого мають повноваження діяти представники державної влади: «Якщо ми повинні підкорятися, то тільки тому і лише тому, що вона втілює в собі авторитет того чи іншого суспільного середовища, що нас оточує» [9, с. 320].

Мабуть, найбільш значущим теоретично висновком Є. Трубецького слід визнати переконливе обґрунтування положення про те, що держава не в змозі існувати без права. Навіть більше. Своїм виникненням як постійне політичне утворення вона є зобов'язаною правовому звичаю, а право державної влади панувати й наказувати підданим утримується авторитетом того суспільства, від імені якого вона виступає. Учений фактично формулює проблему легітимності влади: «Влада має незаперечне право панувати лише остільки, оскільки вона дійсно являє собою те суспільство, над яким вона панує, тобто оскільки вона служить його благу, виражає його волю» [9, с. 320].

Важливим теоретичним висновком Є. Трубецького є обґрунтування відносної цінності зовнішньої правової свободи. У його концепції загальна значущість правової свободи є обумовленою абсолютною цінністю внутрішньої сфери свободи особистості та необхідністю надання можливостей духовному началу безперешкодного розвитку, що з цього випливає. Він наполягав на тому, що «людська особистість і є тією безумовною цінністю, котра надає безумовне значення і силу всім внутрішнім правовим впливам нашої свідомості. Усі ті права, що ми їх визнаємо, кінець-кінцем, спираються на першопочатковому, безумовному праві людської особистості, котре для нас само по собі є цінним, само по собі є

обов'язковим. Як тільки ми відкидаємо це право, як тільки особистість перестає бути для нас цінністю, увесь правовий порядок перетворюється на прах» [9, с. 59]. Саме з метою всебічного й повного задоволення особистістю своїх духовних потреб право встановлює зовнішні межі суб'єктивної свободи, визначаючи міру можливої й належної поведінки, яка може бути сумісною з благом суспільства як цілого. У процесі суспільного розвитку люди доходять розуміння того, що реалізація приватних інтересів не є можливою без їхнього узгодження, без встановлення балансу суб'єктивних цілей, наслідком чого стає формування певної загальної мети, що виражається в тому, що «окремій особі повинно бути надано максимум зовнішньої свободи, сумісної з благом суспільства як цілого» [9, с. 323].

Дослідження свободи як субстанціональної основи права виводить Є. Трубецького на новий рівень розгляду буття правового феномену, а саме: його взаємодії з моральним началом. Розмежування сфер суб'єктивної свободи у праві здійснюється на основі принципу справедливості, що виражається в соціально визнаних нормах обов'язкового. Останнє формується відповідно до фундаментальних соціокультурних цінностей, і тут право вступає у сферу перетину з базовою комунікативною основою суспільства – моральністю. Розкриваючи значення категорії «морально належне у праві», Є. Трубецької фактично розробляє механізм легітимації як необхідну умову дії права. В його концепції право не існує поза соціальною свідомістю суб'єктів, воно об'єктивується як частина суспільної свідомості, у межах якої здійснюється не тільки його осмислення, а й легітимація (виправдання) правових норм з точки зору базових культурних цінностей суспільства та сформованих уявлень про належне. Учений розглядає як суттєву властивість правосвідомості – формування ціннісної орієнтації, тобто стійкого (позитивного або негативного) відношення до чогось, оскільки, на його думку, «кожна людина в своїй свідомості має норму належного, котрою вона вимірює й оцінює все існуюче» [9, с. 322]. Відповідно, будь-яка владна настанова і правовий припис отримує, в остаточному підсумку, «санкцію розуму». Є. Трубецької вважає, що суспільство підкорюється законам і сприяє їхній реалізації тільки в такому випадку, якщо вони є підкореними авторитету «морально належного в праві», що виступає основою будь-якого правопорядку, гарантією його стабільності та ефективності [9, с. 321]. Головною формою об'єктивації «належного» є моральна свідомість, вона є ціннісною формою суспільної свідомості, що домінує, і водночас знаходиться в діалектичній взаємодії з правовою, політичною та іншими формами, значною мірою визначаючи процес формування їхніх ціннісних систем.

На сьогодні вчення Є. Трубецького залишається одним із найбільш масштабних системних досліджень сутності права, що суттєво розширює межі його раціонально-прагматичного осмислення до усвідомлення необхідності ціннісної легітимації. Видатний мислитель помістив у центр філософсько-правової проблематики взаємодію права і моральності, йому значною мірою вдалося просунути в розробці єдиних основ правового і морального начал на онтологічному рівні, показати глибину їхнього злиття як відбиття специфіки національного буття російського народу в контексті його духовного досвіду, релігійно-моральних традицій, особливостей національної самосвідомості. Він доводив вузькість,

одномірність, а значить і обмеженість різних підходів до праворозуміння, якщо визнавати винятковість окремо будь-якого з них. Іншими словами, у своєму дослідженні сутності права учений показав недопустимість зведення всієї різноманітності його буття лише до одного аспекту. Аналізуючи різні типи праворозуміння, Є. Трубецької встановлює, що кожному з них удалося виявити «зерно істини», разом із тим основним недоліком класичних типів праворозуміння є абсолютизація своїх висновків кожним із них.

У своєму дослідженні права Є. Трубецької прагне максимально запобігти однобічній його інтерпретації, у тлумаченні видатного вченого це є багатоаспектне явище, що має складну ієрархічну структуру, обумовлену різноманіттям соціокультурної реальності [9, с. 253]. У своїх працях Є. Трубецької докладно й аргументовано доводить, що будь-яка спроба монополізації юридичного знання з точки зору будь-якого підходу призводить до викривлення власної природи права і створює серйозні перешкоди у пізнанні його сутності. Для нас найважливішим у його спадщині, мабуть, є те, що цей непересічний мислитель і видатний учений обґрунтовує необхідність міждисциплінарного комплексного дослідження права в різних вимірах з метою встановлення його смислової єдності й пояснення численності проявів, що дозволяє розглядати його концепцію як унікальну спробу побудови інтегральної юриспруденції.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Россия воспрянет!*: [сб. воспоминаний князей Трубецких] / сост. А. В. Трубецкой. — М. : Воениздат, 1996. — 252 с.
2. *Трубецкой Е. Н.* Воспоминания / Е. Н. Трубецкой. — София : Рос.-Болг. книгоизд-во, 1921. — 195 с.
3. *Трубецкая О.* Князь С. Н. Трубецкой: Воспоминания сестры / О. Трубецкая. — Нью-Йорк : Изд-во им. Чехова, 1953. — 269 с.
4. *Витте С. Ю.* Воспоминания / С. Ю. Витте. — М. : Изд-во соц.-экон. лит., 1960. — Т. 3. — 723 с.
5. *Булгаков С. Н.* Труды по социологии и теологии / С. Н. Булгаков. — М. : Наука, 1997. — Т. 2 : Статьи и работы разных лет. 1902–1942. — 826 с.
6. *Письмо* Е. Н. Трубецкого к М. К. Морозовой. 1915, август // ОР РГБ. Ф. 171. К. 8. Е.Х.З.Л. 49.
7. *Трубецкой Е. Н.* Миросозерцание В. С. Соловьева / Е. Н. Трубецкой. — М. : Моск. филос. фонд; «Медиум», 1995. — Т. 1. — 604 с.
8. *Трубецкой Е. Н.* Миросозерцание В. С. Соловьева / Е. Н. Трубецкой. — М. : Моск. филос. фонд; «Медиум», 1995. — Т. 2. — 622 с.
9. *Трубецкой Е. Н.* Труды по философии права / Е. Н. Трубецкой. — СПб. : Изд-во Рус. Христ. гум. ин-та, 2001. — 542 с.
10. *Трубецкой Е. Н.* К характеристике учения К. Маркса и Ф. Энгельса о значении идей в истории / Е. Н. Трубецкой // Проблемы идеализма : сб. статей / под ред. П. И. Новгородцева. — М., 1902. — С. 48–71.

Овчинникова Н. А. Філософсько-правові погляди Є. Трубецького (короткі роздуми з нагоди 150-річчя від дня народження видатного мислителя)

Анотація. У статті аналізуються ідейно-теоретичні джерела формування правових поглядів Є. Трубецького, загальні принципи його філософської системи. Особлива увага приділяється критичному аналізу Є. Трубецьким основних підходів до праворозуміння, дослідженню проблеми співвідношення права і свободи, права і моральності, де морально належне у праві тлумачиться як основа його легітимації.

Ключові слова: Є. Трубецькой, право і свобода, моральність і право, праворозуміння.

Овчинникова Н. А. Філософско-правовые взгляды Е. Трубецкого (короткие размышления по случаю 150-летия со дня рождения выдающегося мыслителя)

Аннотация. В статье анализируются идейно-теоретические источники формирования правовых взглядов Е. Трубецкого, общие принципы его философской системы. Особое внимание уделяется критическому анализу Е. Трубецким основных подходов к правопониманию, исследованию проблемы соотношения права и свободы, права и нравственности, где нравственно должное в праве интерпретируется как основа его легитимации.

Ключевые слова: Е. Трубецкой, право и свобода, нравственность и право, правопонимание.

Ovchinnikova N. Philosophical and Legal Views of E. Trubetskoy (Some Thoughts Devoted to the 150 Anniversary of the Famous Thinker)

Summary. The article analyzes the ideological and theoretical sources of the formation of the E. Trubetskoy's legal views, general principles of his philosophical system. Special attention is paid to critical analysis of E. Trubetskoy's main approaches to understanding of law, study of the problem of correlation between law and freedom, law and morality, where the moral principle as an obligatory one in the law is interpreted as a basis of its legitimation.

Key words: E. Trubetskoy, law and freedom, morality and law, understanding of law.

**ПРАВА ЛЮДИНИ, ДЕМОКРАТІЯ,
ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ТА СУЧАСНІ
СОЦІАЛЬНІ ВИКЛИКИ У СКЛАДНИХ
СУСПІЛЬСТВАХ:
XXVI ВСЕСВІТНІЙ КОНГРЕС З ФІЛОСОФІЇ
ПРАВА І СОЦІАЛЬНОЇ ФІЛОСОФІЇ**

(21–26 липня 2013 р., Белу-Оризонті, Бразилія)

З 21 по 26 липня 2013 р. у місті Белу-Оризонті, столиці штату Мінас-Жерайс, Бразилія, відбувся XXVI Всесвітній конгрес з філософії права і соціальної філософії, який проходив під егідою Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (IVR)¹. Приймала Конгрес Бразильська асоціація філософії права і соціології права (ABRAFI) у співпраці з кількома організаціями та університетами. Основні заходи проходили в одному з найбільших університетів країни — Федеральному університеті Мінас-Жерайс².

Тема Конгресу — «Права людини, демократія, верховенство права та сучасні соціальні виклики у складних суспільствах». Як відзначили організатори форуму, важливість обраної теми обумовлена, з одного боку, загостренням проблем у країнах, що розвиваються, і пов'язаною з цим необхідністю узгодження ними економічного розвитку із захистом прав людини, а з другого — пошуком західними країнами гідної відповіді на критику тієї моделі, яку вони історично нав'язали решті світу.

У неперевершену атмосферу бразильського колориту учасники Конгресу поринули вже ввечері 21 липня під час реєстрації та прийому учасників Конгресу в Палаці Свободи (колишня резиденція губернатора штату Мінас-Жерайс, зараз — музей і місце для проведення урочистих заходів).

На офіційній церемонії відкриття Конгресу (22 липня) своє вітальне слово адресували учасникам наукового форуму губернатор штату Мінас-Жерайс Антоніо Хунхо, мер Белу-Оризонті Масіо Ласерда і президент Спільки юристів штату Луїс Чавес. Також із вступними промовами виступили Клеліу Дініз, ректор Федерального університету Мінас-Жерайс; Ульфрід Нойман, професор

¹ Internationale Vereinigung für Rechts – und Social philosophie (нім.) – Міжнародна асоціація філософії права і соціальної філософії; заснована у 1909 р.

² Федеральний університет Мінас-Жерайс (Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG) заснований більш як 85 років тому, у ньому навчаються 31 000 студентів і 15 000 магістрів і докторантів. Серед випускників університету — два Президенти Республіки Бразилія і досить значна кількість губернаторів штату.



Учасники XXVI Всесвітнього конгресу з філософії права і соціальної філософії

Франкфуртського університету, президент IVR; Марсело Галуппо, професор Федерального університету Мінас-Жерайс, президент Бразильської асоціації філософії права і соціології права, президент оргкомітету Конгресу.

Наукова діяльність Конгресу проходила у форматах пленарних засідань, робочих груп і спеціалізованих семінарів. Пленарні засідання розпочалися 22 липня з доповіді **Сіндізо Вікс** (Sindiso Weeks), доктора права (Оксфорд), старшого наукового співробітника Центру права і суспільства Університету Кейптауна — «Змагальна демократія і верховенство права (законів) у плюралістичних суспільствах: приклад Південної Африки». У ній зосереджувалася увага на складності реалізації верховенства права в умовах юридичного плюралізму. Після краху апартеїду і прийняття курсу на демократичний розвиток країни виник певний дисонанс між проголошеними в Конституції і такими, що поділяються більшістю населення, принципами повного громадянства, рівності прав і загального доступу до демократії, незалежно від раси, культури, статі та інших відмінностей, з одного боку, і наявністю значного прошарку бідного чорношкірого, фактично безправного населення — з другого. Хоча цим людям соціальна мобільність юридично не заборонена, у переважній більшості вони живуть у віддаленій сільській місцевості з обмеженими благами цивілізації та економічними можливостями, тоді як у руках місцевих вождів опиняється не тільки привласнена земля, а й безмежна влада над їх життям. У найближчій перспективі важко очікувати змін на краще для цієї групи населення, та й самі вони ухиляються від проявів повного громадянства.

У ситуації, що склалася, коли звичаєве право визнається легітимним і рівним джерелом права, ставиться під сумнів як фундаментальний принцип верховенства права, так і насилу виборена демократія. Через це існує потреба у вирішенні низки питань, які стосуються юридичного плюралізму і дозволяють

збалансувати функціонування як державної, так і заснованої на культурі альтернативної системи права для захисту прав людини і забезпечення демократії та верховенства права у фрагментарному суспільстві та плюралістичного правового порядку.

Цього року організатори Конгресу дещо змінили порядок виступу переможця премії *IVR* для молодих вчених, що ним став **Ян Бубліц** (*Jan Bublitz*) з Університету Гамбурга, доповідь якого — «Свобода думки в епоху нейрології: пропозиції щодо відродження забутого фундаментального права» — була заслухана не в останній, а в перший день роботи Конгресу. Автор виходить із положення про свободу думки як фундаментальне право і джерело всіх інших прав. Фундаментальність цього права впливає з невідкладності внутрішнього світу людини юрисдикції держави.

Свобода думки, з його точки зору, повинна розумітись як право однієї людини щодо іншої людини залишатися вільною від втручань у думки і процес мислення. Водночас, підкреслив доповідач, певну небезпеку для свободи думки становить втручання у діяльність головного мозку, пов'язане з розвитком нейрології. Таке втручання може виявляти стан думок, змінювати їх характер, нав'язувати негативні санкції за наявність специфічних думок тощо.

Згідно з концепцією автора, правове регулювання у сфері свободи думки визначається такими чотирма принципами: 1) не можна ні від кого вимагати певних думок; 2) ніхто не може бути покараний за ті чи інші думки; 3) неприпустимо примусово, без згоди самого індивіда, змінювати його думки; 4) неприпустиме розкриття думки без попередньої згоди суб'єкта.

Свобода думки передбачає свободу слова як право на участь у критичному обговоренні для формування власних думок та для зважування, прийняття або відкидання чужих думок для того, як підкреслював І. Кант, щоб мислити самостійно. Звідси висновує: якщо право має справу з людьми як істотами вільними, то останнім мають бути надані правові гарантії того, що вони зможуть залишатися такими. В умовах, коли нейротехнології можуть подолати природні межі розуму, право має встановити нормативні межі для збереження свободи.

Другого дня роботи Конгресу (23 липня) пленарну сесію відкрив **Мортімер Селлерс** (*Mortimer Sellers*), професор Університетської системи штату Меріленд (США), президент національної секції *IVR* у США, директор Центру міжнародного та порівняльного права Університету Балтимора (США). Його доповідь «Право, розум та емоції» являла собою вступ до проблематики наступного Конгресу, який відбудеться у 2015 р. у Вашингтоні. Доповідач звернув увагу на тісний взаємозв'язок між правом, розумом та емоціями, а також підкреслив їх значення як центральних цінностей будь-якої дієвої системи справедливості (правосуддя). Право являє собою не лише раціональні висновки, а й має тісний зв'язок із проявами людської природи, одним з яких є людські емоції. І хоча розум та емоції відмінні (розум починається з аксіом, що стверджуються як істина, а емоції — з почуттів, що приймаються як реальність), вони стосуються схожих питань, таких як легітимність і справедливість. Будь-яка правова дія заснована на емоціях, при цьому правовими засобами можна і потрібно впливати на процес їх формування та керування ними. У підсумку автор висловив сподівання на те, що кращі зразки законодавства, філософії права та інтерпретації

права будуть враховувати природні людські емоції з приводу як можливостей доброго життя, так і принципів справедливого суспільства. І хоча право потребує розуму, однак емоції все ж залишаються першою і останньою підставою справедливості та остаточною підставою права.

Предметом розгляду **Тома Кемпбелла** (*Tom Campbell*), професора Університету Чарльза Стюрта (Канберра, Австралія) стала проблема співвідношення політичної та юридичної функцій прав людини в конституційному контексті Британської Співдружності, переважно Австралії. У доповіді «*Права людини: демократичний шлях*» він відстоює позицію легалізму, або етичного позитивізму, що передбачає таку модель верховенства права, згідно з якою права людини мають бути предметом радше не судового, а законодавчого контролю. На думку Т. Кемпбелла, такий підхід сприяє ефективності управління за будь-якого режиму, проте існують і суто демократичні аргументи на його користь — розширення автономії особистості через політичний вибір та ефективність державної політики щодо реалізації цілей демократії.

Розглядаючи конкуруючі нормативні теорії демократії — теорію ринку і дельберативну теорію, автор надає перевагу останній, підкреслюючи, що легалізм як теорія вибору формально добрих законів від початку тісно пов'язаний з обговоренням, а отже, і з проблемою більшості — головною проблемою демократії. У цьому зв'язку Т. Кемпбелл вважає, що права людини є сферою відповідальності не судів, а насамперед законодавців, і, відповідно, самих виборців.

Як легалістський приклад вдалої альтернативи судовому контролю автор розглядає австралійський Акт про права людини (2011), який покладає відповідальність за просування і захист прав людини безпосередньо на уряд, громадянське суспільство і окремих громадян, що забезпечують легітимний фундамент, на якому має виникнути більш ефективний і сталий прогрес, ніж той,



Доктор права Сіндізо Вікс, Університет Кейптауна, Південно-Африканська Республіка

якого можна було б очікувати від делегування цієї відповідальності судам, що діють за межами своїх нормальних повноважень.

У третій день Конгресу (24 липня) для його учасників була організована екскурсія до унікального ландшафтного, культурного, соціального і освітнього комплексу «Інготім», який розміщений на площі у 100 га і включає як ботанічний сад з екзотичною тропічною і субтропічною рослинністю, так і мережу музеїв та виставкових павільйонів, що репрезентують зразки сучасного бразильського модерністського та постмодерністського мистецтва.

Четвертий день Конгресу (25 липня) був відзначений доповіддю «*Истина в концепції “Gesetz ist Gesetz”*» **Ясутомо Морігіви** (*Yasutomo Morigiwa*), професора Вищої школи права Нагойського університету (Японія), президента IVR у 2009–2011 рр.

Ідіома «*Gesetz ist Gesetz*» (нім. «закон є закон») інтерпретується професором Я. Морігівою як положення, що обґрунтовує виключне право сучасної національної держави на *Gesetz* (закон), або статутне право. При цьому твердження про те, що людина має бути вірною якимось вищим нормам моралі, кидає виклик і здоровому глузду, і почуттю людської гідності. Визначальна роль *Gesetz* (закону) полягає в тому, щоб бути нормою, що може легітимно як заборонити підкорення всім взятим до уваги правилам, так і вимагати відповідності їх нормативному змісту.

Обґрунтування закону як виняткового правила пов'язане з можливістю на його основі покласти край кривавим конфліктам, заснованим на вимогах справедливості та віри, коли консенсус виявляється неможливим. Японський професор скептично ставиться до можливості знаходження раціонального рішення на основі загальної згоди і вбачає в авторитетності правителя вагомий довід при вираженні його у позитивному праві. І хоча його позиція, по суті, є позитивістською (так званий варіант «ідеологічного» позитивізму), сам доповідач закликає відійти від дихотомії позитивізму і непозитивізму та зосередитись на обговоренні питання про сутність права. При цьому він фокусується на дійсності — на тому, як *Gesetz* (закон) використовується у ліберальному демократичному суспільстві як норма управління і винесення судових рішень.

Проблемі співвідношення демократії і прав людини була присвячена доповідь **Стефана Кірсте** (*Stephan Kirste*), професора філософії права Університету Зальцбурга (Австрія) — «*Право людини на демократію як наріжний камінь права*». Доповідач підкреслив, що хоча демократія не є необхідною умовою для верховенства права і для здійснення прав людини, разом з тим, без демократії та вимоги рівної участі у прийнятті демократичних рішень залишаються незавершеними і правові основи держави, і права особи, оскільки обидва не мають «співпохідності» (Ю. Габермас) від свободи індивідуума. Ця свобода не знаходить свого належного вираження, якщо права людини надаються патерналістським чином, тобто якщо ця людина не бере участі в обговоренні та прийнятті рішень.

Право людини на демократію є правом брати участь у процедурах обговорення, прийняття рішень та інтерпретації загальних правил і обов'язків. У рефлексивній структурі права правом не може бути те, що правопорядок надає людині на патерналістській основі. Зворотне означало б одночасне надання і

стримування права на демократію. Реалізація права на демократію відбувається вже в самій основі правопорядку — незалежно від того, чи гарантоване таке право на національному або наднаціональному чи міжнародному рівнях, і від того, втілене воно у явній формі чи складається з декількох прав.

Право людини на демократію допомагає розкрити потенціал свободи людини. Це право не суперечить правовій формі, але допомагає її здійсненню. Свободи людини втілюються в рефлексивній структурі права тільки тоді, якщо не тільки створення права, але і його застосування оснований на свободі. Демократія не є факультативним елементом права, але завершенням його структури, наріжним каменем права.

Останнього дня роботи Конгресу (26 липня) трибуна була надана **Норберту Горну** (*Norbert Horn*), професору Кельнського університету (Німеччина), який виступив із доповіддю «Права людини: філософське обґрунтування та юридичний вимір».

Відправним пунктом міркувань німецького філософа стало визначення справедливості як поваги і захисту прав людини. Права людини розглядаються ним як моральні права, що можуть набувати юридичного оформлення. Захищаючи певні значущі для індивіда блага, права людини вимагають раціонального морального обґрунтування.

Далі автором були схарактеризовані основні класичні і сучасні філософські стратегії обґрунтування моральних правил, у тому числі й прав людини (Бог, природне право, моральний скептицизм, утилітаризм, ролівський консенсуальний підхід, дискурсивні теорії). Н. Горн зробив акцент на об'єктивному характері моральних правил, відкинувши і суб'єктивізм кантіанських підходів, і



Учасники Конгресу від Росії та України: М. Антонов (Санкт-Петербург), С. Максимов (Харків), О. Прибиткова (Москва — Нью-Йорк)

спроби його подолання у теоріях дискурсу. Найбільш адекватним завданню обґрунтування прав людини є онтологічний підхід, що базується на глибшому і реалістичнішому розумінні людського розуму і позбавлений впливу аргументів «постметафізичної» ери і емпіричного самоушкодження морального людського розуму. Посилаючись на Джона Фінніса, Н. Горн вказав, що розумна людська поведінка орієнтована на досягнення обмеженої кількості базових благ, таких як життя, свобода чи знання, які є самоочевидними і безсумнівними з точки зору розуму. Досягнення цих різних та іноді конфліктуєчих благ може бути структуроване за допомогою принципів практичної розумності. З цього випливає можливість сформулювати універсальні моральні правила, включаючи правила справедливості та індивідуальні основоположні права.

На думку Н. Горна, у всесвітній дискусії про права людини потрібно враховувати культурні і релігійні відмінності, однак їх не слід перебільшувати. Оптимістичній настрій щодо можливості перетину цих кордонів впливає з емпіричних і аналітичних психологічних спостережень, які демонструють аналогічні тенденції в еволюції моральної свідомості людини, незалежно від культурної специфіки відповідних суспільств. Ідея прав людини, попри її явне християнське коріння, поступово стає привабливою для людей і націй інших культур, які можуть, спираючись на власну релігійну традицію, знайти елементи, що підтримують ідею прав людини. Для всесвітнього успіху прав людини, підсумував Н. Горн, це вкрай необхідно.

Завершувалась наукова програма доповідями бразильських вчених, що представляли найбільші науково-дослідні центри Сан-Паулу і Белу-Оризонті.

Селсо Лафер (*Celso Lafer*), заслужений професор Інституту міжнародних відносин Університету Сан-Паулу, міністр закордонних справ Бразилії (1992 р.), у доповіді «*Права людини та їх виклики у сучасному світі: міркування з приводу розвитку думки і дії*», спираючись значною мірою на ідеї Ганні Арендт і Норберто Боббіо, розкрив особливу цінність прав людини в контексті «життєвого досвіду» бразильського воєнного авторитарного режиму і процесу редемократизації в Бразилії. Доповідач звернув увагу на те, яке велике значення у цьому процесі для простих людей має програма «Права людини», яка забезпечує їм доступ до основ правопорядку. Розглядаючи права людини як політико-правовий «конструкт» і як «даність», він розрізняє права людини і права народу, а також показує обмеженість у правах переміщених осіб і зупиняється на проблемі караності за такий злочин, як геноцид. Далі він розглядає питання демократії і прав людини у внутрішньодержавному і міжнародному вимірах. Зокрема, звертається увага на право мати права та інтернаціоналізацію прав людини, на нову концепцію світового порядку, яка спирається на космополітичне право І. Канта, Загальну декларацію прав людини (1948) і розвиток міжнародного права прав людини. Насамкінець доповідач зупиняється на викликах правам людини в Бразилії, пов'язаних із такими проявами, як антисемітизм і расова дискримінація, та на особливостях правосуддя перехідного періоду в Бразилії, а також коментує створення бразильської національної комісії правди (2011), обґрунтовуючи право нації на фактичну правду і демократію.

Завершила наукову програму Конгресу доповідь **Мірасі де Соуса Густін** (*Miracy de Sousa Gustin*), доктора філософії права, професора Федерального уні-

верситету Мінас-Жерайс, з достатньо непростю назвою «Соціальне управління спільнотами з точки зору периферійного виключення: фундаментальні питання його ефективності», у якій соціальне управління розглядається як спосіб подолання проблем сучасних периферій. Доповідь була присвячена досить актуальній як для Бразилії, так і для всіх країн, що розвиваються, темі подолання проблем сучасних периферійних районів, пов'язаних з істотним погіршенням становища бідних прошарків населення, та тенденції до їх деградації, дезорганізації та ін.

На думку М. Густін, ситуація на периферіях на цей час є критичною. Вживання у побутових міських секторах, як правило, у нетрях, відсутність основних послуг, таких як каналізація, питна вода, вивезення сміття, забезпечення електрикою, на думку професора, впливає на високий рівень насильства і відсутність громадської безпеки в таких районах.

На всіх ділянках дослідженої периферії прослідковується явне невиконання зобов'язань перед своїми громадянами з боку держави в особі її органів. Відзначається певна активність серед мешканців та їх бажання щось змінити, але через їх неорганізованість та дезорієнтацію в алгоритмі необхідних дій така активність не дає позитивних результатів.

Підбиваючи підсумок, професор М. Густін відзначила, що найважливішими кроками до створення нормальних умов існування представників незаможних мас є створення соціального і громадського центру, який, маючи чітку програму, що враховує інтереси як держави, так і населення, здійснював би соціальне управління на периферії.

Важливою складовою роботи Конгресу були засідання секцій, на які відводилась друга половина робочого дня. На засіданнях 37 робочих груп деталізувалась і розвивалась загальна тема Конгресу. На 64 спеціальних семінарах відбувалися дискусії на інші теми, запропоновані учасниками Конгресу. Офіційною мовою заходу була англійська. Водночас деякі спеціальні семінари проходили португальською.

У роботі Конгресу взяли участь 908 вчених із 57 країн. Зокрема, Україну представляв **С. Максимов** (Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», Харків), який виступив із доповіддю «Універсальність прав людини і культурні відмінності» на секції «Мультикультуралізм і права людини», а Росію — **М. Антонов** (Санкт-Петербурзький філіал НДУ «ВШЕ»), який із доповіддю «Нормативність і фактичність у соціології права Ойгена Ерліха» з великим успіхом виступив у робочій групі «Створення юридичних фактів і норм за допомогою міждисциплінарного дослідження». Можна сказати, що обидві країни, як Україну, де вона народилася, так і Росію, де вона здобула освіту і вчений ступінь, представляла активний учасник останніх конгресів **О. Прибиткова**, стажер-дослідник Колумбійського університету (Нью-Йорк, США), координатор спеціального семінару «Свобода від бідності та гідні життєві стандарти з перспективи соціальної справедливості та прав людини», на якому й виступила з доповіддю на тему «Гідні життєві стандарти в мові прав людини».

За певних обставин не зміг прибути на Конгрес **В. Бігун** (Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України, Київ; Європейський Суд з прав

людини, Страсбург), однак він завдяки сучасним технологіям презентував свою доповідь «Справедливість і права людини: перспектива філософсько-правових фільмів» у режимі он-лайн на організованому ним спеціальному семінарі «Перспектива прав людини, демократії, верховенства права і сучасних викликів у юридичних фільмах». Тези своїх виступів представили до оргкомітету також **О. Старовойтова** (Санкт-Петербурзький аерокосмічний університет) і **С. Белов** (Санкт-Петербурзький університет), які також не змогли бути присутніми на Конгресі особисто.

Важливим результатом Конгресу для представників країн СНД можна вважати подальше зміцнення професійних, ділових і особистих контактів із представниками світової філософсько-правової спільноти, і перш за все з бразильськими колегами. Слід підкреслити, що розвитку філософії і теорії права як дисциплін, що визначають прогрес всієї системи юридичних наук і практики, у Бразилії приділяється особлива увага. Важливим показником такої уваги слід вважати видання величезного масиву літератури з політичної і правової філософії, теорії права і конституційного права, включення до програми підготовки юристів вивчення творів видатних європейських філософів права, таких, наприклад, як Юрген Габермас, Роберт Алексі та ін., а також запрошення для читання лекцій студентам, магістрантам і докторантам провідних філософів і теоретиків права з інших країн.

На заключному засіданні було підбито підсумки Конгресу, висловлено подяку його організаторам і залученій до обслуговування Конгресу дружній та чуйній команді викладачів і студентів Федерального університету Мінас-Жерайс. Також зроблено офіційне оголошення про те, що черговий XXVII Всесвітній конгрес з філософії права і соціальної філософії відбудеться влітку 2015 р. у м. Вашингтоні (США) і буде присвячений темі «Право, розум та емоції».

С. МАКСИМОВ
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України
(Національний університет «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)

ПРАВО І ЛІТЕРАТУРА: VIII ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВІ ЧИТАННЯ ПАМ'ЯТІ АКАДЕМІКА В. С. НЕРСЕСЯНЦА

(2 жовтня 2013 р., Москва, Росія)

2 жовтня 2013 р. у Москві відбулися чергові щорічні філософсько-правові читання, присвячені пам'яті академіка Владика Сумбатовича Нерсесянца. Організатором заходу традиційно виступив Інститут держави і права РАН, у якому видатний російський правознавець працював більшу частину життя.

Читання зібрали низку відомих вчених та молодих дослідників із країн СНД. Основний задум організаторів полягав у спробі спільного осмислення традиційних варіантів розгляду теми «Право і література» з акцентом на проблемі взаємодоповнюваності правознавства і художньо-образного осягнення правової дійсності, а також ролі художньої літератури у правовій просвіті. Заявлена тема викликала великий інтерес серед філософів та правознавців і отримала у доповідях учасників різноманітні, іноді доволі неочікувані, інтерпретації.

Після вступного слова професора **В. Графського** (Інститут держави і права РАН) були заслухані пленарні доповіді, перша з яких презентувала міждисциплінарне осмислення концепції переходу до цивілізму В. Нерсесянца крізь призму шекспірівських сюжетів. Так, Росія порівнюється з Англією, зображеною у

п'єсах «Король Лір» та «Гамлет», що переживає зміну епох, яка має «довгу тривалість» (термін Ф. Броделя), перебуваючи при цьому у стані поліфуркації. І так само як у фіналі п'єси з хаосу народжується новий порядок, так і у Росії нарешті має відбутися перехід до цивілізму (**Ю. Батурін**, «Країна гамлетівської свідомості (інтерпретація переходу до цивілізму за В. Нерсесянцем)»).

Наступні три доповіді, як, власне, і більшість представлених матеріалів, розкривали особливості правових образів у літературі. Так, доповідь **А. Ковлера** «Мораль і право: “послання” Альбера Камю (до 100-річчя з дня народження письменника)» була присвячена образу правосуддя у творах видатного мислителя та правозахисника. Насичена



Професори В. Графський та Ю. Батурін



Д. Вовк намагається відшукати правову реальність у романах-антиутопіях

маловідомими фактами біографії письменника та цікавими інтерпретаціями, доповідь викликала жваву дискусію, зокрема, щодо принципу «розуміти, а не судити», який, на думку доповідача, став життєвим девізом А. Камю.

Нероздільність права і моралі та пріоритет милосердя над справедливістю, притаманні етико-правовим поглядам А. Камю, водночас, на думку **В. Малахова**, є характерними рисами російської правосвідомості. У доповіді «Правда без милості: літературний образ права» він розкриває традиційне для свідомості росіян протиставлення милосердя і правосуддя та пов'язаний із цим трагічний образ останнього у російській класичній літературі, де людина звеличується як мученик, не здатний винести на собі непосильний тягар немилосердної правди. У результаті, література нав'язує читачу моральну позицію щодо юридичного права, яке, на думку доповідача, протистоїть праву звичаєвому.

Лінію виявлення літературних образів права продовжив **Ю. Пермяков**, який у своїй доповіді «Порядок і гармонія: два типи легітимності в російській прозі» наголошує на тому, що література завжди містить образ влади, в тому сенсі, що ліричний герой завжди виявляє себе у певному порядку речей та не збігається з ним, і цей, зображений художніми засобами, конфлікт становить головну подію твору. Разом з цим художня реальність, як правило, проектується на реальність правову, а тому письменник цілком здатний похитнути довіру до владних практик.

Дещо інше витлумачення отримала тема читань у доповіді **І. Борщ** «Світ права і художня література: проблеми міждисциплінарного сприйняття і взаєморозуміння», яка стала підсумковою у програмі пленарного засідання. Доповідачка розглянула позитивний і негативний підходи щодо можливості та сенсу міждисциплінарних дискусій, подібних тій, яка, власне, і відбувалась у

рамках конференції. Так, противники цієї взаємодії стверджують, що література не здатна повідомити юристам нічого об'єктивного та не впливає на їх професійні рішення. Її ж прихильники, навпаки, наполягають на тому, що література, як правило, здатна до більшої об'єктивності в описі суспільного життя і людських характерів, на яких має розумітись юрист. Крім людської природи, сполучною ланкою між реальністю правовою і художньою виступає також мова, через яку і право, і література організують людське життя, таким чином, будучи від початку сутнісно пов'язаними до будь-якого методологічного дослідження. Останнє ж не заперечує меж правознавства, а є зусиллям «перекладу», що робить можливим діалог знань.

Друга частина заходу пройшла у засіданнях двох секцій. Україна на читаннях була представлена такими доповідями: «Проблеми юридичного доказування у літературних прикладах» (Д. Бочаров, Дніпропетровськ), «Право як міра людської несвободи у романах-антиутопіях: літературні образи і способи опису (за творами Р. Бредбері, Є. Замятіна, Дж. Оруела, О. Хакслі)» (Д. Вовк, Харків), «Відсутня правова реальність Франца Кафки» (С. Максимов, Н. Сатохіна, Харків), «Право без держави: судові тяжби у «Сагах про ісландців»» (О. Стовба, Харків).

У цілому, читання виявили, з одного боку, практично повну відсутність подібних досліджень у вітчизняній юриспруденції, а з другого — велику зацікавленість правознавців у таких дискусіях, підтвердивши значний потенціал заявленої проблеми та тісний зв'язок між правовою реальністю і світом художнього вимислу.



Професор Е. Соловійов бере участь у дискусії

С. МАКСИМОВ

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

Н. САТОХІНА

*кандидат юридичних наук, асистент кафедри філософії
(Національний університет «Юридична академія України*

МІЖНАРОДНИЙ ПРОБЛЕМНИЙ СЕМІНАР «КЛАСИЧНА І ПОСТКЛАСИЧНА МЕТОДОЛОГІЯ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ»

(1–2 листопада 2013 р., Мінськ, Білорусь)

1–2 листопада 2013 р. в Академії Міністерства внутрішніх справ Республіки Білорусь (м. Мінськ) відбувся другий проблемний семінар, присвячений розвитку методології юридичної науки.

Завдяки організаторам семінару, канд. юрид. наук, доц. В. Павлову і канд. юрид. наук, доц. А. Савенку (Академія Міністерства внутрішніх справ Республіки Білорусь, Мінськ) на цей захід зібралися не тільки правознавці, а й представники соціальних наук, фахівці в галузі філософії, культурології тощо. Тому специфікою семінару було поєднання під час виступів, дискусій і обговорень трьох рівнів: філософсько-методологічного, теоретичного та галузево-юридичного. При цьому вельми плідною та цікавою була й та обставина, що на всіх згаданих рівнях зустрілися як представники «класичних» поглядів на державу і право (класового, позитивістського і т. д.), так і прибічники некласичних підходів — феноменологічного, постмодерністського та ін. Зазначеними факторами, а також вельми широкою географією представництва (від Нижнього Новгороду і Санкт-Петербургу до Харкова і Чернівців) було обумовлено ряд цікавих і гострих, у тому числі і міждисциплінарних дискусій щодо методологічних



напрямів та підходів до можливих варіантів осмислення правової реальності в цілому та її окремих аспектів.

Загальним питанням, яке «прошивало» усі три згаданих виміри правознавства і дозволяло поєднати «абстрактні» методологічні і «конкретні» галузеві проблеми, стало поставлене організаторами питання про ефективність права. Адже не секрет, що «голі» нормативні приписи, які не враховують соціальних, економічних, психологічних та багатьох інших факторів, мають незначні шанси бути втіленими в реальному житті. Разом з тим акцент на ефективності права примушує замислитися не тільки над практичними складнощами правореалізації, а й над фундаментальними філософсько-правовими явищами — власне, самим феноменом «ефективності», особливостями його осмислення в неklasичному ракурсі (цьому була, зокрема, присвячена доповідь самого В. Павлова та професора І. Честнова), сенсом і необхідністю правового регулювання, його орієнтирами (доповідь д-ра філос. наук, проф. М. Можейко), співвідношенням права і закону у правовому регулюванні (що становило заключну частину виступу автора цього огляду).

Першою на проблемному семінарі виступила відомий фахівець у галузі неklasичної філософії, одна із співавторів серії новітніх енциклопедій по філософії (у тому числі «Постмодернізм. Енциклопедія») професор **М. Можейко** (Мінськ). Згідно з її доповіддю в епоху посткласики закінчується безвідповідальна «гра» з інтелектуальними концептами («смерті Я», «смерті суб'єкта», необмеженого ціннісного релятивізму тощо), оскільки практичні наслідки цього виявилися несумісними з базовими принципами людського існування. За влучним зауваженням доповідачки, «постмодерн закінчився 11 вересня 2001 р.». Отже, потрібні нове осмислення становища людини в сучасному світі, пошук тих «світоглядних» засад, які дозволять перейти до «пост-постмодерну», коли на місце альтернативи жорсткої деонтології «класичного раціоналізму» та етичної вседозволеності «класичного постмодерну» мають прийти виважені етичні концепції. При цьому характерною рисою останніх є як заперечення «трансцендентального диктату» вертикально-монологічного каркасу норм (раціоналізм Нового часу), так і ухилення від «ризоматичної сітки» альтернативних, проте рівно безвідповідальних форм поведінки, характерних для «екстремістського постмодерну». Визначальним ціннісним орієнтиром для «нової етики» М. Можейко вважає концентрацію уваги на творчому началі в людській свідомості, яке забезпечує можливості духовного розвитку особистості.

Доповідь професора **І. Честнова** (Санкт-Петербург) містила переосмислення феномену ефективності права з позицій посткласичної методології. Наголошуючи на тому, що в епоху «неминучого плюралізму» праворозуміння (П. Рабінович) потрактування ефективності права як наявності жорсткого причинно-наслідкового зв'язку між змістом нормативно-правового акта і поведінкою людей є застарілим та хибним, пітерський правознавець пропонує нову — антропологічну — сітку критеріїв ефективності права. Оскільки (на протипагу поглядам догматичної юриспруденції) зв'язок між правом і людьми не є «однобічним» («від закону до людини»), але передбачає їх взаємовплив, професор І. Честнов вказує на важливість аналізу того, як правові явища сприймаються людьми. При цьому, застерігаючи від вульгарно-психологічного розуміння

цього тезису, автор доповіді робить зауваження, що в такому випадку критерієм ефективності є не тільки «образ права» у свідомості, а й відповідність фактичної поведінки людей приписам права. Таким чином, ефективність права передбачає і другий — так званий «соціологічний» критерій, коли звичаї та традиції немовби «доповнюють» приписи законодавства, з одного боку, заповнюючи прогалини у законі, а з другого — забезпечуючи виконання позитивних норм через їх узгодженість із нормами звичаєвими.

Критичному переосмисленню самого феномену ефективності була присвячена і надзвичайно цікава промова **В. Павлова** (Мінськ). Вказуючи на те, що саме поняття ефективності (*effectus* — лат.) належало до латинської (римської) культури, звідки і було запозичено католицькою, а потім і новочасовою думкою, автор пропонує замислитись, наскільки цей термін є автентичним для нашої — східної — традиції, яка базується на грецькому (а не латинському) мисленні та східно-християнській патристиці (на противагу схоластиці). Адже у самому понятті ефективності одразу вже закладена претензія на перетворення людини на об'єкт правового регулювання, а отже, на знищення «людиномірності» права. За такого підходу право в найгірших традиціях правової догматики перетворюється на чистий засіб, інструмент регуляції людської поведінки, сліпе знаряддя соціальної інженерії. Відтак відносини між правом і людиною зводяться до чистої детермінації першим поведінки останньої. На думку В. Павлова, подібне праворозуміння за своєю суттю є чужим для автентичної східної традиції суспільного існування, насильницьким перекодуванням правового життя у неспіврозмірному йому вимірі латинства. Разом з тим альтернативою є звернення до синергійно-антропологічного розуміння права, коли людина є не «мовчазним адресатом» правових норм, але «активним співрозмовником», «співтворцем» правового життя. Тому на зміну «ефективності» приходить «енергія» права, метою («телосом») якого є не керування абстрактним «об'єктивованим



суб'єктом», а сприяння «пошуку себе» людиною у світі, який здійснюється в тому числі й за допомогою права.

Аналізу загальних методологічних тенденцій у пострадянському правознавстві був присвячений виступ автора цього огляду. Так, на цей час можливо виявити два основних напрями розуміння права, які умовно можна охарактеризувати як «класичний» і «некласичний». Так звана «правова класика» виходить із потрактування права як статичного суцього (закону, ідеї, інституту, звичаю і т. ін.), у той час як некласичні правові вчення виходять з тези про те, що право є насамперед буттям — мінливим, динамічним, процесуальним. **О. Стовба** доходить висновку, що зараз на пострадянському просторі в межах некласичного підходу склався оригінальний — так званий «динамічний» тип праворозуміння, представники якого осмислюють право як комунікацію (А. Поляков), діалог (І. Честнов), подію (О. Стовба), буття (А. Козловський), рух від ідеї права до правового життя (С. Максимов) тощо. Насамкінець було запропоновано гіпотезу, що в рамках некласичних підходів до розуміння права закон можна розглядати як засіб регуляції швидкості правових процесів.

Також цікавими були виступи проф. **В. Толстика** (Нижній Новгород), **О. Александрова** (Нижній Новгород), **М. Антонова** (Санкт-Петербург), **Г. Василевича** (Мінськ) та ін. Зокрема, жваві дискусії спровокували твердження М. Антонова про відумерлість марксистської теорії права, О. Александрова про класовий характер сучасного кримінально-процесуального законодавства Росії, зауваження І. Честнова про можливість віднесення філософії права П. Рабіновича до некласичної (зважаючи на тезу останнього про неминучість плюралізму праворозуміння).

Насамкінець слід особливо відзначити гостинність організаторів — насамперед В. Павлова і А. Савенка, які створили вельми гарні умови для плідної праці і творчого обміну думками (як безпосередньо під час семінару так і в неробочий час), а також подякувати всьому керівництву Академії Міністерства внутрішніх справ Республіки Білорусь, завдяки зусиллям якого стало можливим проведення цього надзвичайно цікавого наукового заходу. Будемо сподіватися, що такий проблемний семінар відбудеться і наступного року, знову надавши учасникам можливість жвавого обговорення нагальних питань сучасного правознавства.

О. СТОВБА
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теоретичної і практичної філософії
(Харківський національний університет імені В. Н. Каразіна)*

СВОБОДА І ДЕМОКРАТІЯ: ПИТАННЯ СУМІСНОСТІ (обговорення книги В. Речицького «Політичний предмет конституції»)



Одне із тогорічних засідань Харківського юридичного товариства було присвячено обговоренню праці Всеволода Володимировича Речицького «Політичний предмет конституції»¹. Ця книга, як зазначив у своєму вступному слові доктор юридичних наук, професор **С. Максимов**, є новою і в той же час вона сконцентрувала в собі десятиріччя плідної творчої діяльності автора. Можна згадати 1994 р., коли обговорювався його перший проект Конституції України, який сам В. Речицький називав «американістичним», і 2008 р., коли йшлося вже про інший, «європоцентричний» його ж проект. І вже тоді, за словами С. Максимова, стало зрозуміло, що текстом модельної Конституції можна зачитуватися і відчу-

вати такі ж сильні емоції від нього, як від творів Ж.-П. Сартра, А. Чехова чи Б. Пастернака.

Праця В. Речицького є, безумовно, однією з найяскравіших наукових подій останнього часу. Причому, і це цілком відповідає сучасним тенденціям у розвитку наукового знання, подією не виключно юридичної чи політичної науки, а соціальних досліджень у цілому. Міждисциплінарність даної роботи обумовлена не лише розмаїттям використаних теоретичних і емпіричних джерел, а й передусім колом питань, які вивчає автор. Максимально широке визначення політичної активності, яке фактично охоплює всі чи майже всі соціальні комунікації, змусило автора привертати увагу до аспектів, що можуть бути цікаві політичним та моральним філософам, юристам (і теоретикам, і конституціоналістам, і компаративістам), політологам, соціологам, історикам і навіть релігієзнавцям та фахівцям з етнології.

Конституція — документ свободи

Представлення своєї роботи **В. Речицький** (кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного права Національного університету «Юридична академія України ім. Ярослава Мудрого», член Конституційної Асамблеї) почав із

¹ Речицький В. Политический предмет конституции / В. Речицкий. — К. : ДУХ І ЛІТЕРА, 2012. — 728 с.

питання, навіщо потрібна Конституція, і, особливо, навіщо потрібна Конституція в сучасному світі, адже є певна різниця між тим, коли створювалися шедеври конституціоналізму в Сполучених Штатах Америки або у Франції, і сучасним світом, в якому конституції, як і раніше, потрібні, але обставини аж занадто інші. Що ж залишається незмінним?

Вічним, на переконання В. Речицького, є те, що конституція існує для громадянського суспільства, тобто вона є документом не порядку, а свободи. При цьому серед головних ідей книги — поділ конституціоналізму на класичний, або простий, і конституціоналізм посттоталітарний, або непростий. Коли йдеться про класичний конституціоналізм, то постають конституції, які створювалися на основі певного раціонального проекту, вони значною мірою пов'язані із філософією Просвітництва, з енциклопедистами, з суто раціональним, можна сказати, математичним, природознавством. Що стосується сучасного світу, то він набагато більш хаотичний, ірраціональний, проте, він теж потребує конституцій. І ось цей продукт раціональної думки, раціональної ідеї, такий постпросвітницький продукт, раптом виявився затребуваним в умовах, коли світ зовсім інший. Конституція змушена вирішувати поставлені перед нею завдання в абсолютно інших контекстах або в одному контексті, але надзвичайно плюралістичному, строкатому. І конституції посттоталітарного типу, за словами В. Речицького, погано справляються з цим. Ми живемо, по суті справи, не тому, що у нас є Конституція, а тому, що ми її просто ігноруємо.

Політика як предмет конституції

Конституція завжди має своїм предметом політику. Політика — це певний спосіб спілкування між людьми, які є відносно вільними. Якщо люди не є відносно вільними, то ніяка політика їм не потрібна, а відповідно і Конституція. Коли люди вільні, це означає, що вони не можуть ані наказати іншому, ані змусити його силою підкоритися собі або своїм інтересам. Їм доводиться винаходити абсолютно новий тип спілкування, вони змушені домовлятися. Дві людини для політики — це той мінімум, без якого її не буває. Із появою третього індивіда залучається демократія, адже першим двом необхідно спокусити третього, щоб той проголосував за когось із них. Отже, за наявності трьох осіб з'являється класична модель політики, демократії. Якщо це прийняти, то політика — це взаємовідносини вільних людей, які не можуть один одного змусити, наказати один одному, застосувати силу.

Політика — це спосіб прийняття певних важливих рішень, причому контекст, зміст цих рішень не має особливо великого значення, тому що політика — це скоріше спосіб прийняття рішень, аніж самі рішення. Тобто рішення можуть бути якими завгодно, вони можуть стосуватися ресурсів, грошей, фінансів, техніки, озброєнь, життя людей, охорони здоров'я. Але важливо те, що вони будуть прийматися демократичним способом — або шляхом переконання, або досягненням певних домовленостей.

Існує певна закономірність: політика, як і людство, еволюціонувала — від первинної до сучасної. Політика народжувалася з ворожнечі, ненависті, насильства. В її основі лежить те, що люди не погоджуються бути однаковими: двоє людей тому і домовляються, що вони не можуть злитися в одне ціле. Коли люди

еволюціонують, потреба домовлятися відчувається все більшою мірою. Створюються уряди і парламенти, проводяться вибори і референдуми — виникає ціла машинерія із прийняття рішень.

Відносини постійно ускладнюються. Але що при цьому відбувається сутнісно? Схоже, що розвиток, еволюція політичних відносин проходить певні циклічні періоди, фази. Що це за цикли? Політика починається з раціональних уявлень про щось, зі спроби врегулювати живе життя за допомогою певних раціональних правил. Потім ці раціональні правила гіпертрофуються, порядку стає дуже багато. Він ніби переростає в суперпорядок. Так виникає тоталітаризм. І, нарешті, цей суперпорядок вибухає, і починається нова фаза, тобто знову виникає первинний хаос, і так далі. Так відбувається, коли порядок стає практично всеосяжним, носії цього порядку усвідомлюють свою власну недостатність, вони починають боротися із порядком. Але оскільки вони перебувають вже в умовах цивілізації та культури, вони змушені вдаватися до знищення порядку цивілізованими засобами. Так — на фазі надлишкового порядку, який присутній в організації суспільних відносин, — виникають конституції, як певні суперправові документи, що відновлюють початковий вільний стан середовища. Для конституції головне — відстояти свободу, зберегти її, відродити.

Втілена у праві неформальність

Правова система з моменту виникнення перших конституцій стає біполярною. Порядок залишається тим самим, але вже присутня ідея свободи, ідея хаосу. Конституції здобувають найвищу юридичну силу, мають пряму дію, їх наділено високою стабільністю, жорсткістю, неможливістю змінити. Це суперпотужна зброя, націлена на забезпечення свободи.

Природно, що порядок потрібен державі, а свобода — громадянському суспільству. І ось поява громадянського суспільства, його розвиток, становлення, зміцнення — це і є та дитина, заради якої існує Конституція. Конституція — це ніби ковдра громадянського суспільства. Воно під нею захищається і від холоду, і від спеки. Конституція служить інтересам громадянського суспільства, які полягають у тому, що вони не конкретизовані, хаотичні, спонтанні. Вони, власне кажучи, існують як мінливі настрої, і ви ніколи не можете знати, чого захочеться громадянському суспільству, тому що такою є природа громадянського суспільства. Громадянське суспільство вічно грає, воно не марширує, це зовсім інша структура. І під цю структуру створюються конституції.

У нашому житті, на переконання В. Речицького, роль громадянського суспільства постійно зростає, а роль держави зменшується. Зростає значимість неформальних підходів. І Конституція, якщо вона справжня, відстоює неформальний початок. З цієї точки зору вона є не просто правом свободи — вона є втіленою у праві неформальністю.

Чому свобода це так важливо? Як саме життя є самодостатнім, воно не потребує якихось зовнішніх виправдань, так і в конституції немає жодних інших цілей, окрім як забезпечити те, щоб люди жили і були щасливими. Вона не покликана давати відповіді на питання, що є цілями самого життя. Головна функція конституції — встановити межі для держави. Вона стримує державну

владу, тримаючи в гранично концентрованому вигляді, але при цьому не послабляючи її. Адже конституція не повинна руйнувати владу. Це ілюзія.

Якщо ж говорити про громадянське суспільство та його інтереси, то головна мета конституції — зробити безперешкодними канали спілкування споживачів і творців, і якщо це відбувається, то конституція функціонує.

Якщо визнати, що конституція відстоює інтереси громадянського суспільства, а інтереси громадянського суспільства полягають у спонтанності, а спонтанність вимагає свободи, і на рівні індивіда це проявляється в його праві на цілісність, то виникає проблема з демократією, бо демократія — це спосіб прийняття рішень більшістю. Це такий собі примус, залежність від більшості, і якщо уявити собі, що еліт завжди мало, а не-еліт багато, то це означає антиелітарний устрій, тобто демократія суперечить принципу елітності. А прогрес, навпаки, базується на принципі елітності. Демократія погано розбирається в унікальному, в рідкісному, у талановитому, геніальному — вона взагалі в цьому некомпетентна. Але оскільки демократія є майже універсальним способом прийняття рішень, ми шляхом демократії встановлюємо собі правителів.

Прогрес здійснюється за рахунок розпізнавання споживачами талановитих творців і стимулювання їх, причому спочатку на індивідуальному рівні. Скажімо, для якогось талановитого художника достатньо одного спонсора, щоб він став на ноги. Але якщо художник буде пробивати собі дорогу через парламент, то він, звичайно, помре невизнаним. І це стосується чого завгодно: насправді, з усього, що було вироблено, за рахунок чого ми живемо, тобто ракетні двигуни, ядерна енергетика, генетика, інформатика — нічого не було підтримано офіційними структурами, допоки ринок не довів їх затребуваність. Демократія не розуміється на мистецтві. Наука — абсолютно закрыта для демократії річ.

Конституція і демократія: проблема співжиття

Країни, які не визнають свободи думки і, природно, свободи слова, перебувають на найнижчих щаблях економічного розвитку. Країни, які визнають свободу думки, але не визнають свободи слова, трохи вище. Потім ідуть країни, які визнають свободу слова, але із застереженнями. Вони ще дещо вище. Потім країни, це майже вже Західна Європа, які визнають свободу слова практично абсолютно, але все ж таки роблять певні застереження, а із застережень встановлюють винятки. Наприклад, в Євросоюзі використовується формула, що є абсолютна свобода слова, окрім тринадцяти обмежень за статтею десятою Євроконвенції. Але із цих обмежень за статтею десятою є три винятки, а саме: свобода слова є абсолютною в літературі, мистецтві та науці. Україна в цій системі є державою, яка визнає свободу слова з обмеженнями за Євроконвенцією, але не робить винятків для літератури, мистецтва і науки.

У цілому право має допомагати людям саме процесуально. Воно не повинно їм закладати цінності — люди самі мають їх визначати. Звичайно, демократія — річ прекрасна, тільки потрібно дуже чітко знати, які питання слід ставити перед демократією, а які потрібно поміщати в так звані культурно-чутливі зони, де на них повинні відповідати саме творці. Завдання конституції — встановити, що

можна вирішувати через демократію, а що не можна, і де демократію, навпаки, потрібно усунути від цього. І в цьому одна із головних змістовних характеристик основного закону, будь-якого основного закону.

Конституція не повинна бути продуктом демократії в банальному сенсі слова. Створити її мають еліти. І це складне завдання. Як зазначав Г. Спенсер, «законои, які занадто завищують моральні вимоги до індивіда, слід вважати злочинними». І, нарешті, за словами Г. Моска, «політична система, орієнтована на надлюдські або героїчні чесноти, зазвичай закінчується в пороці і корупції». Тому конституція має бути тверезою, вона не повинна завищувати моральні вимоги до людини, вона повинна сприймати її як носія інстинктів, як біосоціальної істоти, як людину, яка частіше не погоджується, аніж погоджується, яка є агресивною, — і на цьому все будувати.

Свобода символічної реальності

Коли ми говоримо про свободу слова — це лише маленька частина. Насправді йдеться про таку закономірність. Символічна реальність існує в основному для того, щоб розм'якшувати, робити пластичною предметну реальність. Наша уява має здатність ставити речі з ніг на голову, а потім знову з голови на ноги, і саме це дає можливість — в підсумку — виявити певні варіанти, несподівані виходи із різноманітних ситуацій. Іншими словами, якщо б люди банально погоджувалися з тим фактом, що камінь, наприклад, завжди падає на землю, тому що він важчий за повітря, то ніколи жоден літак не злетів би в повітря. Якби вони погоджувалися, що голосом можна «докричатися» на відстань максимум у сто п'ятдесят метрів, то ніколи б мобільний телефон не дозволив нам вільно й без перешкод розмовляти з Нью-Йорком. Отже, нам потрібно не погоджуватися з фізичною реальністю для того, щоб саме в символічній реальності, тобто в своїй уяві, зробити її пізніше «слухняною», тобто пластичною. Ми не змінимо фізичних законів, але ми можемо їх якимось дивним чином обійти.

За словами В. Речицького, сьогодні це є ключовою проблемою. Символічна реальність має працювати на повну силу, а для цього вона повинна бути гранично вільною. Фізичний світ не може бути гранично вільним, але розумовий може. І от якщо він гранично вільний, то він здатний робити пластичним те, що є традиційно жорстким, якщо його не піддати інтелектуальній обробці. Це стосується науки, але також і мистецтва, це стосується літератури, музики. Це стосується чого завгодно символічного. Насправді, ми можемо змінити реальність просто неймовірно, так, що вона стане дружньою нам. І саме в цьому проявляється насамперед сучасний прогрес.

Але якщо робляться спроби обмежити символічний простір, щось в ньому врегулювати, все втрачається. Це якась таємниця творчості — як відбувається виявлення новизни, виявлення нових стратегій, взагалі всього нового. Це неможливо відтворити ані логічно, ані дидактично, до того ж цьому практично неможливо навчити. Це відбувається тому, що це відбувається. І конституція, якщо вона сучасна, потужна, вона повинна ось це все брати до уваги, і, по суті справи, це і є її поясненням. Якщо вона забезпечує свободу думки, слова, бізнесу і взагалі творчості, то вона на своєму місці, вона потрібна, вона буде здатна просувати суспільство вперед.

Національний характер народу в конституції

Відповідаючи на питання присутніх щодо можливості або необхідності врахування в тексті конституції національного характеру народу, В. Речицький зазначив, що є, звичайно, дуже велика спокуса прив'язувати конституцію до національного характеру. І до такої прив'язки слід прагнути. Але в той же час, це не є обов'язковою умовою функціонування конституції. Досвід Японії та Німеччини засвідчив, що можуть прийти американські експерти, подарувати конституційні лекала або й взагалі написати конституцію, і вона буде працювати. Конституція, насправді, як велосипед: якщо це справжній велосипед, то на ньому зможе їздити будь-хто — китаєць, кореєць, українець.

Конституція дійсно є винаходом Сполучених Штатів. У них була найгостріша потреба в ній, вони до цього доросли. Чи є інші справжні конституції? Їх можна розрізнити і стратегічно класифікувати за простою ознакою. Американська Конституція побудована на ідеї — «свобода детермінує обсяг демократії», а європейські — на іншому принципі, а саме: «демократія детермінує обсяг свободи». Це головна відмінність. Американська конституція є дуже звабливою як інтелектуальний продукт, проте й у Німеччині хороша Конституція, добрими є також конституції Японії і Австрії.

Під час обговорення також було поставлено питання, чи можуть інші суспільства, які не належать до західної цивілізації, запропонувати інший, альтернативний шлях конституційного розвитку. В. Речицький, відповідаючи на нього, зазначив, що дійсно є певні фанатичні суспільства, які не схильні взагалі до ідеї свободи. Багато-хто вважає, що це і є головне протистояння ХХІ ст. Так чи інакше, функція конституції полягає в тому, щоб запобігти розщепленню атомів ринку, демократії і свободи, саме атомів, «першочастинок». Якщо в суспільстві цих атомів немає, то і молекул свободи, ефективності, динаміки й поступу не буде. І конституції лише забезпечують існування цих атомів, а далі вони все роблять самі. Але є, напевно, суспільства, де ці атоми надзвичайно рідко зустрічаються.

Конституція як мегаправила гри в суспільстві

Свою думку з приводу обговорюваної книги В. Речицького висловив **В. Смородинський** (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»). На його переконання, є цілком очевидним, що батьки-засновники Конституції України і права людини, і верховенство права, і суд присяжних, і багато інших, закладених до Основного Закону, положень розуміли зовсім не так, як їх зараз уявляють, скажімо, судді Конституційного Суду України. І тому виникає питання: чи достатньо лише конституції, щоб керувала не сваволя людей, наділених владою, а правила? Адже правила мають ще якимось правильно розумітися. Виходить, що в Конституції має бути якийсь мегаправило щодо правильного її використання і правильного її застосування, тобто така собі «мегаконституція». Утім орган конституційної юрисдикції й цю «мегаконституцію» може тлумачити по-своєму. А це означає, що має бути ще одна — «мега-мега-конституція».

Усе це змушує замислитися: конституція — це документ чи це взагалі якісь органічні мегаправила гри в суспільстві? Яким має бути суспільство для того,

щоб воно виглядало прийнятно в очах цивілізації? І слід припустити, що все ж таки навіть найдосконаліша конституція-документ не зможе допомогти суспільству, в якому, умовно кажучи, не досягнуто консенсусу щодо тих самих мегапроблем. Адже навіть якщо ми знаємо формулу такої досконалої конституції, як, наприклад, американська, то й суспільство, в якому вона буде діяти, має бути американським. А, скажімо, в українському суспільстві вона працювати не зможе. Можливо, щось вдасться змінити наступному поколінню, яке буде навчатися у тому числі й за цією чудовою книгою, яка сьогодні абсолютно виправдано стала центром нашої уваги.

Проблема формальної рівності в конституції

Своїми враженнями від ідей, викладених у книзі В. Речицького, поділився також **В. Шаповал** (*доктор філософських наук, професор кафедри соціально-гуманітарних дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ*). Як він підкреслив, сучасний дискурс, що цілком виразно демонструє виступ і праця В. Речицького, рухається в напрямі визнання свободи індивіда як підстави максимальної реалізації всіх його потенцій. Якщо правовий порядок, ядром якого є конституція країни, дає простір такій свободі, він виправданий і справедливий. І навпаки, якщо свобода приноситься в жертву порядку, то останній має бути переглянутий, змінений або радикальним чином відкинтий. Звідси — право народу на повстання.

Виникає низка важливих питань філософського плану. Одним із перших тут є питання про межі свободи. Як правильно зазначили ще класики грецької філософії, демократія, центром якої вважається свобода, призводить до того, що позбавлена тих чи інших меж свобода знищує людське співжиття, державу і саму себе. Більш прийнятною є аристократична форма правління державою, де під аристократією розуміється влада найкращих.

Про це ж говорить у своєму виступі В. Речицький, вказуючи на суперечність між демократією як формою політичного правління, що спирається на волю більшості і прагне все усереднювати та підганяти під загальний шаблон, і елітою (мовою античної філософії — аристократією), під якою маються на увазі мислячі, творчі особистості, здатні висувати незвичні, геніальні ідеї та рухати вперед прогрес. Останнє неможливо без реальної свободи конкретних особистостей. Звідси цілком закономірний висновок, що свобода необхідна самому суспільству, щоб воно не стояло на місці, змінювалося в потрібну сторону, виходило на нові рівні розвитку.

Але свобода потрібна не кожному і не повсякчас, а тільки тим, хто вміє нею користуватися, використовує на благо. Тут проглядається нова колізія, що полягає в наступному. Принцип верховенства права вимагає рівності всіх людей перед законом, рівних прав і свобод. З точки зору окремого індивіда, рівність у свободі і правах як рівність можливостей є справедливою і виправданою. Але, якщо брати до уваги економічний і соціальний прогрес суспільства, еліті слід надати максимальну або майже необмежену свободу, і тоді вона зможе безперешкодно продукувати нові, революційні ідеї, які будуть служити благу всього суспільства. З іншого боку, свобода тих, хто не вміє нею користуватися, має бути суттєво обмежена, аж до того, щоб тих, хто особливо зловживає нею, надійно відокремити від можливості творити зло, звівши їх свободу до мінімуму.

Немає сумніву, хороша держава — це така держава, яка в основу своєї діяльності ставить служіння інтересам індивіда. Але у держави є свої власні цілі, не на останньому місці серед яких — збереження і зміцнення цілого, самої держави. У цій частині вона може перетворитися на щось самодостатнє, спробувати знехтувати інтересами індивіда, поставити його собі на службу. Перешкодити зробити це, як підкреслював В. Речицький, може розвинене громадянське суспільство. При цьому розвиненим можна вважати таке громадянське суспільство, яке ставить за мету не тільки свободу і заради свободи готове пожертвувати чим завгодно, а й відстоює весь спектр людських цінностей, серед яких гармонійне поєднання свободи і порядку займає надзвичайно важливе місце.

Позатекстуальний зміст конституції

Книга В. Речицького та викладені в ній ідеї надихнула на роздуми й інших учасників дискусії. Так, свої думки щодо запропонованого автором бачення «політичного предмета конституції» висловили **Д. Вовк** і **О. Уварова** (*кандидати юридичних наук, асистенти кафедри теорії держави і права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*). Вони, серед іншого, підкреслили, що одне з центральних питань, яке постає при ознайомленні з наведеною В. Речицьким теорією конституційно-правового регулювання політичних відносин, — в якій саме своїй якості виступає конституція в межах предмета вказаного дослідження — суто як юридичний документ чи як певна система сформованих у суспільстві уявлень про належну організацію публічної влади? Як звернули увагу Д. Вовк і О. Уварова, Конституція як система засадничих принципів і норм, що врегульовують найбільш важливі суспільні відносини, порівняно з іншими законодавчими актами найменшою мірою залежить від своєї текстуальної оболонки, тобто вона може існувати поза формально закріпленими державою приписами, оскільки «фундаментальні політичні закони “соціального тіла” не можуть бути повністю трансформовані в юридичні закони» і «незважаючи на свою вищу юридичну силу, жодна із конституцій не може охопити всю реальність політичного життя». Тому й «правове гарантування свободи в сучасних конституціях» (тобто в їх текстах), зокрема, шляхом «проголошення свободи як мети держави, проголошення свободи як вищої соціальної цінності, закріплення свободи як правової категорії, закріплення переліків суб'єктивних прав і свобод» видається не тільки зайвим, а й небезпечним. Адже існує загроза того, що текстуальне закріплення надто конкретного розуміння свободи, як мінімум, в якийсь момент буде не встигати за суспільним розвитком, а закріплений у ній перелік прав і свобод сприйматиметься як вичерпний. Як максимум — така формальна визначеність може викривити дійсний зміст свободи як загальнолюдської цінності, занадто звужити його розуміння.

Тезу про відстоюваний пріоритет позатекстуальних уявлень про належну організацію публічного регулювання суспільних відносин над формально закріпленими конституційними приписами можна продемонструвати на такому прикладі. Так, В. Речицький вказує на такий недолік регулювання теоретичної політичної активності в Україні, як закріплення у ст. 15 Конституції України (1996) принципу політичного й ідеологічного плюралізму. Відповідно до вказаної статті

жодна ідеологія не може визнаватися державою як обов'язкова. Наведене формулювання, на думку автора, якщо його трактувати буквально, оголошує юридично необов'язковою ідеологію і самого Основного Закону. Одним із варіантів поліпшення цієї ситуації, як наполягає В. Речицький, могло б стати закріплення в Конституції України обов'язку держави слідувати принципам відкритого, вільного і демократичного суспільства. Відмовляючись від жодної ідеології, Конституція України формально санкціонує державне свавілля.

На погляд Д. Вовка і О. Уварової, наведений конституційний припис має тлумачитись у світлі сформованих у суспільстві уявлень про належну організацію публічної влади. Такі уявлення, утворюючи принципи конституційного регулювання суспільних відносин, змістовно наповнюють текстуальні приписи Конституції як юридичного документа. А отже, не текст Конституції має сприйматись як засіб формування громадянського суспільства, передумова демократизації держави, як це доводить автор, а навпаки — змістовне наповнення Основного Закону, дійсний зміст його принципів і норм, який залежить від сформованості громадянського суспільства в тій чи іншій країні.

Підтвердженням такого погляду є твердження самого автора, за яким сучасне громадянське суспільство цінує в спільній справі політики не стільки порядок, стабільність і захищеність, скільки широкий ринок як систему вчасного і адекватного розпізнавання і винагородження таланту, а також творчу свободу, яка є генетично пов'язаною із вірогідністю нестабільності й хаосу. Ця теза вказує на первісний характер громадянського суспільства і категорії свободи стосовно демократії. Спочатку в суспільстві має сформуватись усвідомлення цінності вільної людини, свободи і лише потім — цінності демократичної організації публічної влади. Тобто спочатку свобода, і лише потім — демократія мають знайти відображення у тій формальній організації політичних відносин, що втілюється в нормах Основного Закону.

Автор частково погоджується з тим, що в основі формування конституційно-правового регулювання суспільних відносин лежать фактичні суспільні відносини. Він, зокрема, вказує: «Спочатку суспільство спонтанно (органічно) програмує свої майбутні політичні закони, а потім штучно створені закони програмують суспільне життя». Як вбачається, у цій тезі великою мірою відображена головна ідея «Політичного предмета конституції»: суспільство має створити конституцію як документ, що відповідає його найкращим ідеалам, а потім вже цей документ має впливати на подальший розвиток такого суспільства. Проте, з указаною тезою можна погодитись не повною мірою: вплив конституції (як документа) на суспільство не може сприйматись як односторонній процес. Суспільний розвиток надає динаміки самим конституційним положенням. «Конституційні ідеали» можуть набувати нового змісту, навіть якщо текст колись «ідеальної» конституції не зазнав змін.

Також слід відзначити, що В. Речицький піддає критиці формальній юридичний вираз принципу поділу державної влади. Приводом для цього виступає, зокрема, визначення судової влади як безпосередньо державної, безумовне віднесення судів до різновиду державних органів. На думку автора, такий підхід призводить до того, що держава (в особі судових інстанцій) стає суддею у власній справі (якщо учасником спору виступає держава, її органи або посадові

особи). Утім така точка зору видається дискусійною. Надання державі повноваження щодо здійснення правосуддя як одного з її суверенних прав є одним із елементів суспільного договору, негласного консенсусу, якого досягає суспільство, розуміючи, що загроза необ'єктивного розгляду судом тих справ, одним із учасником в яких виступає сама держава, є менш небезпечною, аніж відсутність органу, спеціально уповноваженого на розгляд спорів про право. Фактично, вказана суперечність, на яку вказує В. Речицький (щодо розгляду державним органом спорів, які зачіпають інтереси держави), закладена самою природою права, формальної визначеності якому також надає держава. При цьому держава, що прагне демократичної організації своєї влади, усвідомлює свою підпорядкованість праву, що формується в самому суспільстві на підставі панівних у ньому уявлень про справедливість, рівність, свободу, гуманізм. Незалежність судового розгляду, у тому числі у справах, учасником яких виступає держава, забезпечується, зокрема, можливістю судового контролю з боку судів вищих інстанцій. Крім того, якщо суд не розглядати як орган, що здійснює правосуддя від імені держави, постає питання щодо підстав подання скарги на державу до міжнародних судових інстанцій (зокрема і до Європейського суду з прав людини) у тих випадках, коли національна судова система виявилася, на думку скаржника, неспроможною забезпечити належний захист порушених прав і законних інтересів, тобто інструментально, на рівні конкретної юридичної (у тому числі конституційно-правової) практики втілення тези про неналежність судової гілки до «безпосередньо державної» влади може створювати складнощі регулятивного плану. Думається, незалежність судової гілки влади від держави має розглядатися як презумпція, яка за наявності достатніх сумнівів може бути піддана відповідній оцінці з боку міжнародної судової інстанції. Інша справа, що ствердження базових принципів правосуддя (незалежність, доступність, транспарентність та ін.) становить актуальне завдання і громадянського суспільства, і держави (в межах їх можливостей).

Обговорювана робота, поєднана з іншими науковими та публіцистичними творами В. Речицького, є проголошуваним маніфестом свободи, як цінності, яку має обрати і визнати кожне суспільство, що прагне бути успішним. Цієї ідеологічності дуже часто не вистачає розвідкам, присвяченим засадничим цінностям європейської правової традиції і європейських (чи ширше — західних) суспільств взагалі (гідність, гуманізм, права людини, верховенство права, демократія, світськість тощо), автори яких здатні описати, але не відчутти, а тим більше ствердити свій предмет дослідження.

О. УВАРОВА

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

ЦІННІСТЬ ФОРМИ ЧИ ФОРМАЛЬНА ЦІННІСТЬ? (рецензія О. Стовби на монографію Ю. Ветютнева «Аксиологія правової форми»)



Поряд із гносеологією і онтологією права, правова аксіологія є традиційною і достатньою мірою розробленою галуззю філософії права. Те, що право є цінністю, навряд чи можливо оспорювати. Разом з тим правовий нігілізм, який зустрічається практично в будь-якій сфері суспільного життя, робить актуальними усі спроби, спрямовані не просто на декларативне відстоювання права, а й на експлікацію реальних механізмів його дії.

Однією з подібних спроб є рецензована монографія російського вченого Ю. Ветютнева (Волгоград)¹. Стисло пропонувану ним гіпотезу можна звести до наступного.

Автор починає з того, що з діяльнісної точки зору право являє собою сферу колективної творчості людей, які керуються цінностями, коли останні є своєрідним «першопоштовхом» правового життя. Цінності є, таким чином, своєрідним «орієнтиром», який спрямовує людей у їх повсякденній діяльності, немов «притягує» їх, задаючи тим самим напрям і модус людської поведінки. Специфікою цінностей є те, що вони мають характер не зовнішньої механічної сили, але внутрішнього органічного фактора; вони іманентно притаманні людині, мають екзистенційний характер. При цьому, на думку Ю. Ветютнева, через мінливість права на змістовному рівні правові цінності можуть бути локалізовані насамперед на рівні правової форми.

Однак будь-яке серйозне дослідження правових проблем передбачає попереднє визначення того, що ж слід вважати правом. Усвідомлюючи таку необхідність, автор вказує, що він дотримується нормативного підходу, розуміючи під правом систему санкціонованих владою норм, спеціально обумовлюючи при цьому, що тим самим поки що не передбачається ніяких ціннісних характеристик. Далі цінність визначається як якість, завдяки якій предмет або явище стає об'єктом соціальних прагнень. Відповідно право має соціокультурну цінність, наскільки воно задовольняє фундаментальні потреби людини, забезпечуючи можливість співіснування людей. Потім, аналізуючи осмислення цінності права в історичній перспективі, автор доходить висновку, що конститутивним для правового характеру будь-якого змісту є правова форма як сукупність зовнішніх властивостей тексту або дії, що надають їм юридично значимого характеру. Правова форма розкриває себе на рівнях мовної, документальної, процедурної та візуальної форм, що утворюють єдність правової реальності. Саме за допо-

¹ Ветютнев Ю. Ю. Аксиологія правової форми : монографія / Ю. Ю. Ветютнев. — М. : Юрлитинформ, 2013. — 200 с.

могою правової форми відбуваються інтегрування соціуму, правове конституювання соціального простору і часу.

Утім чиста формальність потребує власного наповнення, без якого вона перетворюється на абстракцію. Тому автор заповнює правову форму такими змістовними елементами, як ідеї блага (користі), рівності, свободи і справедливості. Як вважає російський учений, завдяки правовій формі зазначені феномени здійснюють сугестивний вплив на суспільні відносини, коли перформативні висловлювання законодавства через повідомлення, увагу, розуміння, сприйняття, запам'ятовування перетікають у стійкі стереотипи поведінки людей. Таким чином, підсумком роботи є концепція правового впливу, який здійснюється на людину за допомогою правової форми.

Разом з тим, визнаючи цінність та наукову новизну деяких ідей, що містяться в цій роботі, треба відзначити і ряд спірних положень.

Так, визначаючи «ціннісний характер» цінностей через потреби, автор не уникає загального недоліку всіх телеологічних підходів: у такому випадку правовий характер отримує все, що служить меті задоволення потреб домінуючої частини соціуму. Телеологія в даному випадку виявляється нерозривно пов'язаною з релятивізмом. Вірно акцентуючи увагу на неможливості локалізації інваріантних цінностей на рівні змісту правових норм, Ю. Ветютнев, утім, неспроможний запропонувати ніякого «запобіжника» на той випадок, якщо у правову форму вкладається репресивний зміст. Іншими словами, у рамках використовуваного в монографії підходу потреба більшості (нацистської, расистської, комуністичної), наприклад, знищити меншість (єврейську, чорну/білу, буржуазну) отримує свій теоретичний базис.

Із нормативного праворозуміння автора випливає і друге спірне положення роботи, а саме постійне змішування юридичного та правового. Указуючи, що правові цінності можуть бути втілені лише за допомогою форми, російський правознавець не називає ніяких форм, крім юридичних, по суті, звужуючи до юридичного сам феномен правового. Однак у такому випадку безпідставною виглядає заявлена претензія на розробку аксіології *правової* форми, оскільки автор фактично обмежується розглядом аксіології лише форми *юридичної*.

Уявляється, що подібних моментів можна було б уникнути, якби Ю. Ветютнев звернувся до останніх досягнень філософсько-правової думки. Так, наприклад, у дискусіях Є. Булигіна і Р. Алексі виразно стає зрозумілим, що нормативний позитивізм давно вже відійшов у минуле, і в наш час навіть найзатятіший прихильник позитивізму вже не отожднює правовий статус норми і її юридичне закріплення. Фокус же принципів розбіжностей між позитивістами і не-позитивістами нині змістився у бік того, чи включають в себе з необхідністю норми права моральні норми (як «претензію права на правильність». — Р. Алексі), або ж право і мораль являють собою два паралельних нормативних порядки (як вважає, зокрема, Є. Булигін). Однак, на жаль, у рецензованій монографії, незважаючи на задеклароване автором нормативістське праворозуміння, не дано оцінки розвитку цього напрямку за кордоном як мінімум за останні 20 років, а обсяг робіт, що належать до зарубіжного правознавства другої половини ХХ ст., вельми скромний, не кажучи вже про джерела іноземними мовами.

По-третє, пропонуючи, по суті, альтернативну концепцію механізму правового регулювання (у чому рецензований твір становить безперечний науковий інтерес), автор представляє механізм правової сугестії як виключно односторонньо спрямований. Людина за такого підходу постає як пасивний реципієнт правових приписів, що містяться в нормах позитивно-правових установлень. Представляється, що для більш цілісної картини Ю. Ветютнєву можна було б, наприклад, розібрати механізм «контрсугестії» (термін Б. Поршнєва) стосовно правового регулювання, що дало б можливість комплексного осмислення зазначеного феномену, за якого людина відігравала би більш активну роль (як воно і відбувається в емпіричній соціальній реальності). Крім того, з точки зору філософії та теорії права досить плідним став би розбір механізму правової сугестії за допомогою порівняльного аналізу з аналогічними механізмами у сфері релігії, моралі, інших соціально-нормативних систем, варіантів взаємодії подібних механізмів у разі їх колізій, конкуренції і т. ін.

Цікавим поворотом у монографії Ю. Ветютнєва, на думку автора цієї рецензії, також міг би стати аналіз того, як згадані змістовні елементи (благо, рівність, справедливість тощо) втілюються на раніше зазначених мовному, документальному, процедурному і візуальному рівнях правової форми. Тоді результатом могла б стати цілісна картина правової реальності в її аксіологічному аспекті, яка в такому разі постає як своєрідний діалектичний синтез інваріантних цінностей, імплікованих на рівні форми, і динамічного, культурно-історично мінливого змісту. Однак і цього, на жаль, у повному обсязі зроблено не було, оскільки автор рецензованої книги обмежився лише фрагментарними вказівками на особливості нормативного закріплення свободи, рівності тощо на законодавчому рівні.

Підбиваючи підсумки, слід констатувати, що монографія Ю. Ветютнєва, безумовно, є самостійним оригінальним дослідженням, написана живою, доступною мовою і містить ряд цікавих ідей. Разом з тим завдання повної і всебічної розробки аксіології правової форми поки лише поставлене, проте повністю не виконане. Тому для того, щоб цінність правової форми не виявилася лише формальною цінністю, автору доведеться докласти ще чимало зусиль.

О. СТОВБА

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри теоретичної і практичної філософії

(Харківський національний університет імені В. Н. Каразіна)

АКТУАЛЬНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ОСОБЛИВОСТЕЙ ДЕРЖАВНО-ПРАВОВОГО РОЗВИТКУ В УМОВАХ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ ІНТЕГРАЦІЇ (рецензія В. Лєдяєва на монографію І. Яковюка «Правові основи інтеграції до ЄС: загальнотеоретичний аналіз»)¹



У науці існує давно відомий парадокс: із збільшенням обсягу знань про предмет він не стає більш зрозумілим, а швидше, більш дискусійним. Це повною мірою стосується європейської інтеграції, публікації про яку зростають майже за експонентою. Попри це повної ясності з приводу багатьох аспектів її впливу на державно-правовий розвиток держав-членів, країн-кандидатів, а також держав-сусідів як не було, так і немає досі. Якщо одні автори вбачають в інтеграції, яку в свою чергу розглядають як прояв глобалізації, парадигму розвитку людства у найближчій перспективі, передбачаючи занепад суверенної державності, то інші беруть під сумнів цей висновок, наполягаючи на збереженні ролі національної держави.

Монографія І. Яковюка присвячена дослідженню однієї з найбільш актуальних і дискусійних проблем сучасності, внаслідок чого вона становить інтерес не лише для правників, а й для філософів, політологів, соціологів, економістів. Підвищений науковий і практичний інтерес до проблематики європейської інтеграції має об'єктивний і позачасовий характер, оскільки проблеми співвідношення влади наднаціонального союзу і держав-членів, функціонування механізму їх взаємодії, починаючи з часів Середньовіччя, були і залишаються тими проблемами, які значною мірою визначають вектор державно-правового розвитку країн Європи.

Чітке визначення меж дослідження І. Яковюка ускладнене комплексним характером і внутрішньою структурою сукупності взаємодіючих явищ і процесів, пов'язаних із європейською інтеграцією, які перебувають у сфері правового регулювання як конституційного, так і міжнародного та європейського права. Визнаючи практично всебічний вплив інтеграції на соціально-економічні, політико-правові відносини в національному, регіональному і міжнародному масштабах, у процесі визначення меж предмета дослідження її автор основну увагу приділив концептуальним аспектам організації і функціонування наднаціонального за своєю правовою природою Європейського Союзу, що

¹ Яковюк І. В. Правові основи інтеграції до ЄС: загальнотеоретичний аналіз : монографія / І. В. Яковюк. — Х. : Право, 2013. — 760 с.

обумовлює вплив на здійснення влади на національному і внутрішньорегіональному рівнях.

Використання автором міждисциплінарного підходу до предмета дослідження дозволило значною мірою подолати природну для юристів, політологів і економістів професійну обмеженість під час розгляду феномену європейської інтеграції, розширити діапазон бачення сутності проблеми, специфіку її впливу на функціонування держав-членів ЄС. Переваги і результативність використання автором міждисциплінарного підходу відчуються практично на всіх етапах дослідження, зокрема тих, які присвячені еволюції ідеї об'єднання європейських народів і держав, конструювання моделі міждержавного об'єднання, організації влади у ньому, визначення його взаємовідносин із владою національних урядів, прогнозування тенденцій розвитку державності європейських держав в умовах поглиблення інтеграційних процесів.

Автор всебічно проаналізував історію інтеграційного процесу. Позитивно слід оцінити прагнення не лише ретельно розглянути офіційну історію інтеграції, що розпочалася в 1951 р. із заснування Європейського співтовариства вугілля та сталі, а й дослідити її передісторію (с. 12–53). Завдяки цьому автору вдалося більш повно, порівняно з іншими вітчизняними і зарубіжними роботами, висвітлити еволюцію поглядів на об'єднання Європи, виявити певні етапи в цьому процесі, довести, що переважна більшість елементів владної моделі ЄС були розроблені саме на етапі передісторії об'єднаної процесу, що сприяло пошуку оптимального інституційного механізму Європейського Союзу.

У роботі значну увагу приділено теоретико-методологічним засадам вивчення феномену інтеграції. Автор здійснює в цілому досить успішну спробу конкретизації базових понять і категорій (с. 72–104). Слід погодитися з висновком про те, що мети дослідження важко досягти без визначення недостатньо розробленого в теорії держави і права поняття «інтеграція» та конкретизації її ознак, а також розкриття його співвідношення з іншими поняттями, що інколи в літературі розглядаються як її синоніми.

Новаторським є й авторський підхід до аналізу правової природи Європейського Союзу, який базується на її розгляді не лише з позиції традиційних підходів (міжнародна організація, федерація, конфедерація, наднаціональна організація), а й з урахуванням концепцій (імперська модель, імперський федералізм (с. 148–205)), які недостатньо розроблені як у вітчизняній, так і зарубіжній юридичній науці, що свідчить про приріст знань з порушеної автором проблеми. Спірні моменти, зокрема застосування досить дискусійної концепції «імперського федералізму» для більш повного розкриття правової природи ЄС, не слід розцінювати як недолік монографії, оскільки це сприяє більш глибокому і критичному осмисленню цього питання.

У роботі на належному науково-теоретичному рівні аналізуються проблеми реалізації державного суверенітету в Європейському Союзі. При цьому привабливість цієї частини дослідження полягає не у непогрішимості запропонованих автором відповідей, а у тому, що завдяки незаангажованості проведеного аналізу вони мають прямий вихід на сферу найбільш складних і болісних питань, що хвилюють як наукову спільноту, так і народи держав-членів, їх політичне керів-

ництво, спонукаючи до конструктивної дискусії і пошуку оптимальних варіантів їх вирішення.

Як окремі зарубіжні, так і українські та російські дослідники вважають, що головною небезпекою суверенній державності, заснованій на інститутах політичної демократії, верховенстві права і непорушності прав людини, становить концентрація в руках інститутів наднаціональних об'єднань, зокрема Європейського Союзу, політичної і економічної влади, яка чим далі, тим більше поширюється і впливає на діяльність усіх гілок влади держав-членів ЄС, значною мірою на їх політику, переслідуючи при цьому власний інтерес, видаючи його за загальноєвропейський. Автор досить аргументовано доводить безпідставність такого занепокоєння, принаймні на сучасному етапі розвитку інтеграційного процесу, оскільки саме держави-члени, залишаючись «господарями» установчих договорів, контролюють процеси поглиблення інтеграції і розширення складу учасників ЄС, категорію повноважень, що делегуються наднаціональній владі, а також умови їх передачі інститутам ЄС. Виходячи з цього, автором обґрунтовується висновок про те, що влада інститутів ЄС має похідний від влади національних урядів характер, а тому нездатна на сучасному етапі безпосередньо управляти народами об'єднаної Європи, контролювати політику національних урядів. Водночас слід зазначити, що узагальнення, яке має місце в цій частині дослідження, як і будь-яке узагальнення, тією чи іншою мірою грішить певною відірваністю від реальної дійсності, а отже, не може бути абсолютизоване. Дійсно, на сьогодні немає підстав обговорювати можливість трансформації ЄС у державоподібне утворення, а отже, про можливість втрати суверенітету державами-членами. Однак важко не помічати тенденцію до поступової передачі на наднаціональний рівень дедалі більшої кількості повноважень. У цьому зв'язку немає підстав виключати можливість у перспективі зміни правової природи як Європейського Союзу, так і держав, що входять до його складу.

У монографії І. Яковюка порушується, розглядається і вирішується низка інших, не менш актуальних і значущих для державно-правового розвитку європейських країн, питань, що пов'язані з організацією й функціонуванням інституційних механізмів ЄС і держав-членів, які також, як і розглянуті вище питання, спонукають читача до пошуку вирішення проблем, що існують в умовах європейської інтеграції, демонструючи своєчасність проведеного дослідження.

Слід позитивно оцінити той факт, що автору, попри те, що він для розв'язання окремих питань дослідження використовує розробки політологів, економістів, соціологів, вдалося уникнути підміни понятійного апарату юридичної науки політичним лексіконом і ідеологічними штампами.

Монографія виконана на високому науково-теоретичному рівні, з використанням надзвичайно широкого спектру літературних і нормативних джерел, судової практики, довідкової літератури, аналітичних матеріалів, порушує актуальні як у теоретичному, так і в практичному плані проблеми, містить висновки, які можуть бути використані в процесі не лише інтеграції України до ЄС, а й при аналізі інших міждержавних об'єднань, у правовій природі яких проявляється наднаціональний характер влади.

Усе наведене свідчить про новизну ключових положень монографічного дослідження І. Яковюка, яке пропонує комплексне вирішення однієї з найбільш актуальних проблем, що стоять не лише перед європейськими, а й країнами інших регіонів світу, де розвиваються інтеграційні процеси.

В. ЛЄДЯЄВ
*доктор філософських наук,
професор кафедри аналізу соціальних інститутів
факультету соціології
(Національний дослідний університет
«Вища школа економіки», Росія)*

ПРИРОДНЕ ПРАВОРОЗУМІННЯ: ДО ВІДНОВЛЕННЯ МЕТОДОЛОГІЧНОЇ ТРАДИЦІЇ (рецензія О. Стовби на монографію Р. Гаврилюк «Методологічна традиція доктрини природного права»)¹



Поява монографічного дослідження Р. Гаврилюк стала вельми несподіваною подією на вітчизняному філософсько-правовому просторі. Адже після ґрунтовних філософсько-методологічних розвідок в галузі філософії права, які здійснили на межі століть А. Козловський і С. Максимов, в українському правознавстві можна спостерігати певний «методологічний вакуум», викликаний відсутністю принципово нових, концептуальних підходів². Несподіваність появи рецензованої монографії полягає ще й у тому, що її авторка була поки що майже невідома як учасник філософсько-правового дискурсу, спеціалізуючись у галузі податкового та фінансового

права. Власне, Р. Гаврилюк і відзначає, що її монографія виникла як «побічний продукт» іншої праці (с. 7). Певним «плюсом» цієї обставини є «незамуленість» очей авторки сталими штампами і стереотипами, які поширені у вітчизняному правознавстві, тобто свіжість поглядів, викладених у цій праці. Разом з тим відсутність апробації ряду тверджень (у вигляді попередніх статей, доповідей на конференціях тощо) дається взнаки у вигляді деяких суперечливих тверджень та повторень як певних «кіл», в які потрапляє думка чернівецької дослідниці.

Переходячи до викладення як переваг, так і недоліків роботи Р. Гаврилюк, слід насамперед зазначити фундаментальність її задуму. Рецензована монографія прагне охопити всі визначні періоди розвитку світової природно-правової думки — від античності до сучасності. Беззаперечною перевагою дослідження є також надзвичайно широке коло використаної літератури, до якої входять не

¹ Гаврилюк Р. *Методологічна традиція доктрини естественного права* : монографія / Р. Гаврилюк. – Черновці : Чернов. нац. ун-т, 2012. – 788 с.

² Як приємний виняток можна згадати хіба що монографію С. Рабіновича «Природно-правові підходи у юридичному регулюванні». – (Львів : ЛДУВС, 2010 – 576 с.). Деякі зусилля у напрямі монографічного обґрунтування новітньої методології філософії права (зокрема, щодо запровадження фундаментально-онтологічного напрямку досліджень) доклав і автор цієї рецензії: (див.: *Стовба А. Правовая ситуация как исток бытия права* / А. Стовба. – Харьков : ДИСА+, 2006. – 176 с.). Низка інших цікавих монографій з філософії права (зокрема, О. Мережка, Т. Дудаш, В. Гончарова, а також дисертаційне дослідження Н. Сатохіної) все ж таки актуалізують давно відомі методології (герменевтичну, психологічну), але не створюють нових.

тільки найновіші філософсько-правові праці, а й книги з філософії, соціології, наукознавства тощо.

Унаслідок цього авторка мала змогу комплексно поставитися до досліджуваних питань, не обмежуючись простим викладом поглядів тих чи інших фахівців, а здійснюючи аналіз їх філософсько-методологічних позицій. І це є вірний шлях, тому що прослідкувати саме *методологічну* традицію правової думки неможливо тільки в межах юридичної науки: адже окрім догматики всі методи філософії права є запозиченими із загальної філософії. Тому завдяки зверненню до першоджерел — творів філософів Р. Гаврилюк загалом методологічно обґрунтовано підійшла до висвітлення засадничих положень природно-правової доктрини.

Так, у рецензованій монографії робиться спроба знайти коріння сучасних природно-правових концепцій не тільки у роботах Г. Гроція, Дж. Локка, І. Канта, а й у доробку К. Ясперса, Е. Гуссерля, М. Мамардашвілі тощо. На особливу увагу заслуговує звернення української дослідниці до філософії М. Гайдеггера (незважаючи на вельми спірне трактування його вчення як екзистенціалізму — с. 698), оскільки спроба ввести цього — надзвичайно складного для розуміння — філософа в правовий дискурс є безумовною перспективною та відкриває нові обрії у дослідженні феномену права.

Також у роботі широко використовуються останні досягнення вітчизняної філософсько-правової думки: роботи А. Козловського, О. Стовби, С. Максимова, П. Рабіновича та ін., що дозволяє здійснити комплексний аналіз теоретико-методологічної ситуації в українському правознавстві, виокремити проблемні питання. Завдяки зверненню до праць зазначених правознавців чернівецька дослідниця активно підключається до обговорення низки важливих методологічних питань (зокрема, імплементації феноменологічного, екзистенціального, фундаментально-онтологічного мислення у царину права), сміливо викладає власну думку, що (незважаючи на деякі дискусійні моменти), безумовно, є позитивною рисою її книги. Заслуговує на схвалення і звернення авторки до поглядів тих філософів права, які досі були недостатньо розглянуті у вітчизняному правознавстві (йдеться, насамперед про праці А. Райнаха, В. Майхофера, Р. Алексі). Як «плюс» слід відзначити і певний ступінь полемічності дослідження Р. Гаврилюк, зокрема її критичні зауваження на адресу інтегративної юриспруденції (с. 782). Окрім того, рецензована монографія містить низку досить оригінальних ідей: наприклад, це спроба доповнити потребовий підхід П. Рабіновича екзистенціальною складовою (с. 766), прагнення розкрити галузеві проблеми податкового права з філософсько-правових позицій (с. 744), намагання дати уточнене визначення права як антропно-соціального феномену (с. 747) тощо.

Водночас робота Р. Гаврилюк викликає і певні зауваження, містить деякі спірні моменти, що, як на мене, потребують переосмислення.

Так, по-перше, впадає в око певна невідповідність оголошеного на початку праці задуму авторки — дослідити фінансове і податкове право з позицій природно-правового підходу, виявити, чи можливе взагалі дослідження зазначених галузей права з методологічних позицій природно-правової доктрини (с. 6–7) — *змісту* її роботи. Адже протягом усієї книги Р. Гаврилюк, чітко й послідовно

викладаючи позиції представників природно-правової доктрини, не робить жодного висновку чи посилання на те, як саме можна застосувати досягнення її представників на теренах фінансового права. Тільки наприкінці своєї книги, аналізуючи і творчо переосмислюючи потребовий підхід П. Рабіновича (с. 737–756), вона переходить до проблематики фінансового та податкового права, розглядаючи можливість імплікації певних філософсько-методологічних засад у дослідженні зазначених галузей. Видається, що для того, аби повністю досягти мети, задекларованої у вступі, слід було б здійснити послідовний аналіз можливостей осмислення відповідних — галузевих — проблем з позицій «класичного» природного права та його «некласичних» модифікацій, порівняти переваги і недоліки відповідних підходів з точки зору вивчення питань фінансового, податкового права.

По-друге, є дискусійним розгляд вчення П. Рабіновича як продовження методологічної доктрини саме *природного* права. Адже знаний львівський теоретик сам неодноразово зауважував, що розпрацьований ним так званий потребовий підхід до дослідження праворозуміння (а останнім часом і потреbove праворозуміння, яке стає наслідком такого підходу) належать до соціологічно-позитивістського напрямку в загальній теорії та філософії права¹. Якщо цей фахівець іноді і використовує вираз «соціально-природне право», то термін «природне» вживається ним зазвичай у сенсі *закономірний, нормальний, неминучий*. Отже, потребує додаткового обґрунтування центральна теза роботи — твердження про адекватність потребового вчення про право П. Рабіновича відповідним галузевим проблемам саме як різновиду *природно-правового підходу*. Звісно, авторка робить відповідне застереження, доповнюючи *інструментальність* і *потребовість* підходу зnanого львівського вченого *екзистенціальною* складовою (с. 766). Проте це досить сміливе зауваження, яке потребує, принаймні, дискусії та обговорення з самим автором зазначеної концепції (тобто апробації, про яку йшлося на початку цієї рецензії).

По-третє, впадає в око те, що в рецензованій монографії зовсім оминається таке фундаментальне природно-правове вчення, як *філософія права Г. В. Ф. Гегеля*. Це тим більш дивно, оскільки саме цей філософ створив те методологічне підґрунтя, на якому згодом, як відомо, була розроблена і потребова концепція, котра вважається авторкою найбільш адекватною досліджуваним нею проблемам. Можна припустити, що розкрити *традицію* відповідної доктрини можна було б саме за умови демонстрації зв'язку між філософськими і правовими засадами Г. В. Ф. Гегеля та філософсько-методологічним базисом потребової концепції права П. Рабіновича. В іншому ж випадку внаслідок вилучення такої важливої ланки концептуально-методологічного «ланцюга» створюється враження про певну вибірковість рецензованого дослідження, втрачається надзвичайно важливий авторський акцент саме на спробі дослідити методологічну *традицію* доктрини природного права.

По-четверте, викликає низку запитань і розуміння чернівецькою дослідницею філософії М. Гайдеггера. Як вже було зазначено вище, безумовною позитив-

¹ Див., наприклад, Рабінович П. Деякі сучасні концепції права в Росії та Україні (у світлі потребового праворозуміння) / П. Рабінович // Право України. — 2013. — № 7. — С. 240–241.

ною рисою дослідження Р. Гаврилюк є звернення до спадщини саме цього філософа, яка, на нашу думку, містить у собі невичерпний методологічний потенціал для осмислення проблем права. Водночас складність викладення думок німецького філософа накладає на тих, хто звертається до них, певні зобов'язання: насамперед ґрунтовного опрацювання основних праць мовою оригіналу та ретельного вивчення коментаторської традиції. В іншому випадку дослідник ризикує або бути поверховим, «вчитуючи» у фундаментальній онтології німецького мислителя інші філософії (феноменологію, герменевтику, екзистенціалізм, філософію життя, неотомізм та ін.), або «заблукати» у сплетінні його думок.

Так, не можна погодитись із авторською тезою про те, що М. Гайдеггер називає себе екзистенціалістом (с. 698). Слід відзначити, що він завжди дистанціювався від цього філософського напрямку. Як відомо, екзистенціалісти прагнуть відшукати сенс буття *людини*. Такий пошук здійснюється у вигляді реалізації *особистісного проекту* (Ж.-П. Сартр, К. Ясперс), коли людина від «несправжнього» існування, існування «як усі» переходить до власного і неповторного буття — екзистенції. Натомість М. Гайдеггер шукає *сенс буття як такого, буття взагалі*, не обмежуючись антропологічно-екзистенціальним сенсом буття людини. У ході «екзистенціальної аналітики» «Буття і часу» він аналізує буттєвий устрій людини — *Dasein* — виключно задля того, щоб створити необхідний базис для відповіді на фундаментальне запитання — про сенс буття як такого. Отже, його філософія — у жодному разі не екзистенціалізм, а фундаментальна онтологія¹.

Крім того, видається помилковим і ототожнення *Dasein* М. Гайдеггера з «наявним буттям» (с. 652). У такому значенні це слово використовувалося у класичному німецькому ідеалізмі. Проте у М. Гайдеггера акцент робиться саме на переосмислення цього — центрального для його філософії — терміна, коли акцент переноситься з «*Sein*» на «*Da*», і наголошується, що *Dasein* не є «наявним існуванням», а «розімкненим буттям», тобто є одночасною розімкненістю буття і розімкненістю буттю². Також не можна вважати підставною авторську вказівку на тісний зв'язок концепції М. Гайдеггера з філософською антропологією. Натомість уважний аналіз змісту його «Листа про гуманізм» свідчить про те, що німецький філософ досить скептично ставиться до гуманізму та інших схожих проблем, вказуючи на неадекватність подібної постановки питань³.

Проте вказані недоліки рецензованої праці є не чим іншим, як, так би мовити, зворотним боком надзвичайно сміливого і масштабного задуму авторки — створити картини розвитку методологічної традиції юснатуралізму. Зважаючи на те, що чернівецька дослідниця торкнулася вельми широкого кола питань,

¹ Про що (посилаючись на відомого історика феноменології Г. Шпігельберга та учня М. Гайдеггера Ф.-В. фон Херрманна) пише авторка (с. 656–657), згодом сама заперечуючи належність М. Гайдеггера до екзистенц-філософії Ж.-П. Сартра та К. Ясперса (с. 667).

² Ф.-В. фон Херрманн називає ці структурні аспекти *Dasein* «горизонтною» та «самотно-екстатичною» розімкненістю.

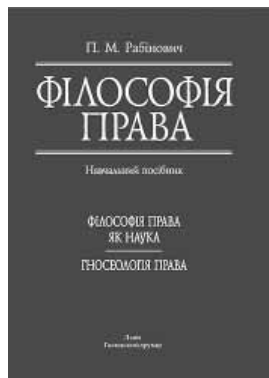
³ *Хайдеггер М.* Письмо о гуманизме / М. Хайдеггер // *Время и бытие*. — М. : Республика, 1993. — С. 193, 195 і наст.

багато з яких «відлякували» своєю складністю переважну більшість «професійних» філософів права, можна впевнено констатувати, що рецензована монографія Р. Гаврилюк безумовно є помітною подією в українському правознавстві, базується на зверненні до новітніх праць з філософії та осмисленні сучасного філософсько-правового дискурсу, містить низку цікавих положень та справді заслуговує на увагу й схвальний відгук. Можна сподіватися, що авторка не зупиниться на досягнутому і надалі розвиватиме висунуті нею тези, здійснюючи розробку власних оригінальних тверджень та ідей у подальших публікаціях і доповідях.

О. СТОВБА
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теоретичної і практичної філософії
(Харківський національний університет імені В. Н. Каразіна)*

НЕТРАДИЦІЙНЕ НАВЧАЛЬНЕ ВИДАННЯ З ФІЛОСОФІЇ ПРАВА

(рецензія А. Козловського на навчальний
посібник П. Рабіновича «Філософія права»)



Джон Фаулз, відомий письменник і філософ, запропонував список запитань, на які зможуть або повинні дати відповідь студенти після здобуття освіти, зокрема: «Хто я? У чому я схожий на більшість інших людей і в чому — не схожий? Які мої обов'язки перед самим собою? Які мої обов'язки перед іншими? Що я розумію під виною? Що я розумію під справедливістю? Що означає для мене наука?»¹). Такі питання й нині видаються актуальними, коли йдеться про смисл освіти.

Постають вони й з огляду на новий посібник доктора юридичних наук, академіка НАПрН України, професора П. Рабіновича². У ньому триває висвітлення питань, які й досі не можуть бути вирішені: що таке право? Яка його основна проблема? Що таке філософія права і навіщо вона потрібна юристу, оскільки після отримання університетського диплому він поринає зазвичай у сферу суто практичної юридичної діяльності? Проте, окрім відповідей на наведені запитання, посібник має й іншу, більш важливу мету: довести, що нова юридична освіта (у цьому випадку — з філософії права) вибудовуватиметься саме через нетрадиційні методи, ідеї, проблемно-аналітичні дискурси, завдяки яким продукується реальне знання й розуміння права, виявляється, власне, його сенс.

Запрограмований у посібнику навчальний курс складається з таких частин: 1. Філософія права як наука; 2. Гносеологія права; 3. Онтологія права; 4. Антропологія права; 5. Аксиологія права. При цьому авторський досвід десятирічного викладання означеного предмета на юридичному факультеті Львівського національного університету ім. Івана Франка (де студентами-юристами ще до вивчення цього курсу вже були засвоєні ті філософсько-правові погляди, доктрини, виникнення й функціонування яких передувало сьогоденню) спонукав до висвітлення у ньому насамперед таких наукових течій, поглядів та методологічних підходів, які в інших дисциплінах зазвичай взагалі не розглядаються. Йдеться, скажімо, про екзистенціалістські, феноменологічні, комунікативні та інші так звані постмодерністські («некласичні») варіанти сучасної філософії права.

Заслуговує на схвалення, що П. Рабінович не обмежується лише простим переказом, суто описовим висвітленням деяких новітніх філософсько-правових концепцій (а також методологічних підходів, на які вони спираються). Він про-

¹ Фаулз Дж. Аристос / Дж. Фаулз. — М.: ЭКСМО-Пресс, 2002. — С. 346.

² Рабінович П. М. Філософія права: навч. посіб.: у 5 ч. / П. М. Рабінович. — Ч. 1. Філософія права як наука. Ч. 2. Гносеологія права. — Львів: Галиц. друкар, 2014. — 232 с.

понує й свої оцінки їх соціальної сутності, що ґрунтуються на «потребовому» методологічному підході, оскільки саме останній, як здавна вважає автор, дозволяє таку сутність виявляти. Так у цілому складаються й поступово — через дискусійне «суперництво» відомих і раніше невідомих підходів — розвиваються установки сучасної плюралізованої концепції філософії права європейського типу.

Такий підхід передбачає вивчення новітніх філософсько-правових джерел, скажімо, нещодавніх праць Р. Алексі¹ та Ю. Габермаса². Але автор свідомо обмежується тими, що оприлюднювались, зокрема, у часописах і збірках «Проблеми філософії права» (Київ-Чернівці, 2003–2009), «Філософія права» (Київ, 2007), «Філософія прав людини» (Київ, 2008), «Российский ежегодник теории права» (Санкт-Петербург, 2008–2011), «Філософія права і загальна теорія права» (Київ, 2012–2013). Задля ознайомлення студентів з працями інших авторів, умовно кажучи, в оригіналі, у посібнику подаються філософсько-правові тексти, опубліковані фахівцями з України (В. Бабкін, О. Бандура, О. Данильян, А. Козловський, М. Козюбра, В. Кузнецов, С. Максимов, Ю. Оборотов, О. Петришин), а також перекладені українською мовою фрагменти відповідних праць, опублікованих зарубіжними фахівцями з Росії, Канади, Польщі, США, Угорщини, Франції, ФРН.

У посібнику вміщено такі матеріали, які демонструють і соціально-регулятивну значимість певних філософсько-правих уявлень, поглядів, практику їх використання (явного чи латентного) державними, насамперед судовими, органами. Зокрема, у деяких навчальних завданнях, які повинні виконувати студенти, ставиться мета переконати останніх саме у практичній значущості філософії права для їх майбутньої практичної юридичної діяльності.

Виклад кожної теми посібника має таку структуру: авторський виклад програмного питання відповідної теми курсу; фрагменти деяких сучасних філософсько-правових праць (як вітчизняних, так і зарубіжних) з цього питання (котрі, окрім усього іншого, переконливо засвідчують змістовну плюралістичність інтерпретації розглядуваних сюжетів); проблемно-аналітичні та практичні завдання для виконання письмових робіт (із використанням там, де це видавалося доречним, матеріалів застосування певних філософсько-правових ідей, поглядів у юридичній діяльності). Отже, можна говорити про імплементацію у рецензованому посібнику свого роду міні-хрестоматії та практикуму.

Незважаючи на вельми цікаву та дуже потрібну сьогодні працю П. Рабіновича (якщо не вдаватися до дискусій стосовно підходів, позицій, ідей, методів представлених у ній фахівців), вона неминуче актуалізує й саму проблему сучасної національної юридичної освіти. Отож, доречно наголосити на тому, що «рево-

¹ Алексі Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) : пер. с нем. / Р. Алексі / [А. Лаптев, Ф. Кальшойер] ; [В. Бергманн, предисл., сост.] ; [Т. Яковлева, науч. ред.]. – М. : Инфотропик Медиа, 2011. – 192 с. – (Германская юридическая литература: современный подход : серия. Кн. 1).

² Хабермас Ю. Ах, Европа. Небольшие политические сочинения, XI / Юрген Хабермас ; пер. с нем. М. Б. Скуратова. – М. : Весь Мир, 2012. – 160 с.

люція в освіті»¹ передбачає для студента спочатку революцію в його свідомості — як результат напруженої роботи над текстами, над їх інтерпретаціями та аналізу філософсько-правових ідей, поглядів. Без цього, ясна річ, спостережливе читання та розмірковування, розв'язання навчально-проблемних завдань і навіть практична діяльність не зможуть перетворити європейські освітні стандарти на інструменти реального збільшення знань та забезпечення розуміння національної філософії права як науки і як академічної дисципліни. Інакше у студентів і магістрів можуть виникати проблеми з формуванням належного уявлення «про різницю між благом та благими намірами»².

А. КОЗЛОВСЬКИЙ
*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри конституційного
та адміністративного права
(Національний транспортний університет)*

¹ *Драден Г.* Революція в навчанні / Г. Драден, Дж. Вос ; пер. з англ. М. Товкало. — Львів : Літопис, 2011. — 544 с.

² *Саррацин Т.* Образование и справедливость. О разнице между благом и благими намерениями / Т. Саррацин // Тило Саррацин. Германия: самоликвидация : пер. с нем. — М. : Рид Групп, 2012. — С. 167–224.

ВІД КЛАСИКИ ДО НЕКЛАСИКИ: ДИНАМІЧНА ФІЛОСОФІЯ ПРАВА (презентація колективної монографії «Некласична філософія права: питання та відповіді»)



Останнім часом на пострадянському просторі можна спостерігати появу низки публікацій з філософії права, автори яких принципово спираються у своїй творчості на досягнення новітньої філософської думки: феноменології, герменевтики, екзистенціалізму, постмодернізму і т. ін. Серед таких праць можна, зокрема, згадати роботи І. Честнова, С. Максимова, А. Полякова, А. Козловського, О. Стовби, Ю. Пермякова, В. Четверніна, В. Павлова та деяких інших дослідників¹. Слід зауважити, що хоча ці правознавці не належать до якоїсь єдиної «філософсько-правової школи»,

їх роботам, тим не менш, притаманна певна кількість спільних рис: негативне ставлення до реіфікації права, акцент на його антропологічному і соціальному характері, заперечення дихотомії суцього та належного як вихідної точки розуміння права і найголовніше – осмислення права не як статичного суцього (норми, ідеї, сталого звичаю і т. д.), але як динамічного, плинного, процесуального феномену (буття, події, комунікації, діалогу тощо). Зазначені риси, загальні для переважної більшості вказаних дослідників, дають підстави казати про появу на пострадянському просторі нового типу праворозуміння, який можна назвати «динамічним»².

Отже, не дивно, що деякі із згаданих авторів вирішили об'єднати свої зусилля, випустивши своєрідний «маніфест» динамічного праворозуміння у вигляді колективної монографії під назвою: «Некласична філософія права: питання та відповіді», яка була задумана А. Поляковим і О. Стовбою під час англومовного колоквиуму з філософії права у Санкт-Петербурзі у січні 2012 р. і вийшла у Харкові у вересні 2013 р. Серед авторів цієї книги – С. Максимов, Ю. Пермяков,

¹ Зокрема, серед молодих українських дослідників можна згадати В. Гончарова (Львів), Н. Сатохіну (Харків), В. Войчишина (Чернівці).

² Про динамічне праворозуміння детальніше див.: *Стовба А.* Темпоральна онтологія права / А. Стовба // *Классическая и постклассическая методология развития юридической науки на современном этапе.* – Минск : Акад. МВД, 2012. – С. 33–39; *Стовба А.* Классическая и некласическая онтология права: онтология и методология / А. Стовба // *Классическая и постклассическая методология развития юридической науки на современном этапе.* – Минск : Акад. МВД, 2013. – С. 58–64; *Стовба О.* Динамічне праворозуміння: онтологія і методологія (невдовзі має вийти у спеціальному випуску «Право України», присвяченому методологічним проблемам сучасного правознавства).

А. Поляков, О. Стовба, І. Честнов, В. Четвернін¹. Українському читачеві вже відома і передмова до зазначеної праці, яку написав професор П. Рабінович². Також до видання у вигляді додатку долучена і дискусія між С. Рабіновичем і О. Стовбою з проблемних питань щодо співвідношення класичних і некласичних підходів у праві.

У згаданій колективній монографії привертає увагу оригінальна форма викладу матеріалу. Так, у книзі було виділено загалом 9 ключових проблемних питань філософії права, на кожне з яких автори намагалися дати власні — оригінальні — відповіді. При цьому характерною рисою останніх є те, що вони не являють собою збірки цитат і посилань на «авторитетів», а є своєрідними, «авторизованими» підходами до проблеми. Також обмежений обсяг пунктів — одному правознавцеві надавалося лише чотири аркуші на одну відповідь — обумовив надзвичайно «концентрований» їх зміст. Отже, кожне подібне твердження є своєрідною «квінтесенцією» поглядів того чи іншого дослідника на відповідний правовий феномен. Десятим «ключовим» питанням кожен з авторів обрав свою власну, «окрему» проблему, яка є своєрідною «родзинкою» його мислення.

Тим самим загальна композиція колективної монографії є «поліфонічною» чи, мовою постмодерну, «ризоматичною», коли на ті самі питання читачеві не надається однієї «вірної» відповіді, а замість цього пропонується розмаїття думок і підходів. Разом з тим монографія являє собою певний діалог, оскільки «класична» передмова П. Рабіновича, де він намагається осмислити з позицій власного потребового підходу некласичні концепції інших авторів, дає читачеві можливість спостерігати своєрідну «переключку» класичних і некласичних ідей. Також відродженню незаслужено забутого на сьогодні жанру філософського діалогу служить і додаток до колективної монографії — а саме полемічна розмова між С. Рабіновичем і О. Стовбою, які у цій розмові (діалог, власне, і являє собою протокол їх листування) намагаються зачепити «живий нерв» сучасної правової думки.

Окрім того, характерною — парадоксальною — рисою згаданої колективної монографії є одночасна *єдність* та *розмаїття* використаних у ній підходів. Передусім кожен з авторів має свою — власну і оригінальну — правову концепцію: правової реальності (С. Максимов), комунікативно-феноменологічну (А. Поляков), діалогічну (І. Честнов), лібертарно-інституційну (В. Четвернін), темпорально-онтологічну (О. Стовба), екзистенційно-антропологічну (Ю. Пермяков). У той же час аналіз запропонованих відповідей на тотожні запитання вказує і на *загальні тенденції* в осмисленні права, про які йшлося на початку цього огляду і які дають підстави казати про появу нового напрямку філософсько-правової думки, а саме «динамічного праворозуміння».

¹ *Неклассическая философия права: вопросы и ответы* : кол. моногр. / С. И. Максимов, Ю. Е. Пермяков, А. В. Поляков и др. ; под ред. А. В. Стовбы. – Харьков : Б-ка междунар. журн. «Проблемы философии права», 2013. – 272 с.

² І яка у вигляді окремої статті вже надрукована у попередньому номері нашого часопису: *Рабінович П. Деякі сучасні концепції права в Росії і Україні (у світлі потребового праворозуміння)* / П. Рабінович // *Філософія права і загальна теорія права*. – № 1. – 2013. – С. 150–168.

Підбиваючи підсумки, можна зауважити, що поява подібної книги є вельми корисною, принаймні, з трьох причин. По-перше, вона допоможе молодим дослідникам (студентам, магістрантам, аспірантам тощо) розібратися в особливостях сучасної філософсько-правової думки на пострадянському просторі. По-друге, ця праця здатна розвіяти хибні й тенденційні уявлення про неklasичні філософсько-правові напрями, які досі існують у сучасній правовій літературі¹. По-третє, це просто цікава і творча книга, яку писали ті, кому дійсно небайдужа філософія права – і це, мабуть, є найголовнішою і найпривабливішою її рисою.

О. СТОВБА

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теоретичної і практичної філософії
(Харківський національний університет імені В. Н. Каразіна)*

¹ Так, за традицією, яка склалася ще за радянських часів, екзистенціалізм звинувачують у «екзистенційному волюнтаризмі» та «сваволі», феноменологію – у «суб'єктивізмі», постмодернізм – у «тотальному релятивізмі» і т. ін.

НОВИЙ КРОК У ВИКЛАДАННІ ТЕОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА (презентація підручника «Теорія держави і права»)



Підручник «Теорія держави і права»¹ підготовлено на основі оновленої програми цієї навчальної дисципліни професорсько-викладацьким складом кафедри теорії держави і права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого».

Він має за мету — формування у студентів загальних знань про сутність, зміст, форми і функціонування держави і права та основних умінь щодо використання загального категоріального апарату юриспруденції в подальшій професійній діяльності. У стислій і доступній формі підручник містить інформацію про найбільш важливі закономірності виникнення і тенденції розвитку права та держави, їх структурно-функціональні характеристики, формує загальнотеоретичні уявлення про право і державу.

Весь матеріал підручника розділено на шість змістовних блоків (модулів): вступ до теорії держави і права; загальне вчення про державу; загальне вчення про право; нормативна основа правового регулювання; реалізація права; право держава і правова система суспільства.

Цей підручник продовжує традиції попередніх навчальних видань кафедри: підручників «Загальна теорія держави і права» за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина (2002 р.), «Загальна теорія держави і права» за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина (2009 р.), посібника для підготовки до державних іспитів з теорії держави і права (2012, 2013 рр.) та ін. У ньому послідовно викладаються спільні доктринальні підходи і наукові позиції науковців кафедри, використовуються найбільш важливі результати її наукових досліджень, які знайшли підтримку юридичної громадськості.

Слід підкреслити, що видання є відображенням значних змін, що відбулися останніми роками у правовій реальності та юриспруденції, зокрема науці в теорії держави і права, враховує основні тенденції розвитку правової системи. При його підготовці були використані найбільш цікаві новітні наукові публікації та розробки як вітчизняних, так і визнаних зарубіжних правознавців. Відповідні зміни є особливо помітними в розділах, що присвячені поняттю права, принципам і джерелам права, правовому регулюванню, тлумаченню права, правам людини, громадянському суспільству, демократичній, правовій, соціальній державі та верховенству права.

¹ Теорія держави і права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський та ін. ; за ред. О. В. Петришина. — Х. : Право, 2014. — 368 с.

Автори підручника прагнули врахувати позитивний світовий досвід викладання загальнотеоретичних юридичних дисциплін, використати вітчизняну юридичну практику і практику впливових міжнародних організацій, представити європейські стандарти у правовій сфері та розкрити їх зміст. З цією метою викладення відповідних наукових питань здійснено з численними посиланнями на чинне законодавство України, рішення Конституційного Суду України, практику Верховного і вищих спеціалізованих судів України, а також міжнародні правові акти і практику Європейського суду з прав людини.

Підручник орієнтує читача на сучасне розуміння права як загальнообов'язкового соціального регулятора, що визначає межу між дозволеним і недозволеним, здатний забезпечити індивідуальну свободу та рівність, гарантувати справедливість і суспільний порядок, сприяти розв'язанню конфліктів і досягненню соціального компромісу, уможливити гідне існування та вільний розвиток людини. У свою чергу, держава розглядається як суб'єкт, на якого покладається відповідальність за точне і своєчасне закріплення норм права у законодавстві, належне їх застосування та забезпечення, підтримання правового порядку, утвердження народовладдя, надання якісних послуг суспільству. Особливого значення у цьому контексті набувають зобов'язання держави у сфері прав людини, ідеї належного управління, легітимності та легальності, забезпечення за допомогою державної політики спільних інтересів і загального блага та ін.

Крім того, підручник допомагає отримати знання і вміння, необхідні для виконання професійних завдань, пов'язаних із нормотворчістю, правозастосуванням, тлумаченням права та ін. Це видання також дозволить з наукових позицій розглянути особливості правових актів, нормотворчої техніки, сформувані у студентів навички подолання колізій і прогалин у законодавстві тощо.

У підручнику відтворені здобутки таких напрямів правових досліджень, як філософія права, соціологія права, юридична етика, логіка права, використані результати галузевих юридичних досліджень. Це є природним, враховуючи статус теорії держави і права як фундаментальної юридичної науки, що виконує функції узагальнення та інтеграції юридичного матеріалу, методологічну і комунікативну функції.

Сподіваємося, підручник приверне увагу читачів і стане в пригоді не тільки студентам вищих юридичних навчальних закладів, а й науковцям у загальнотеоретичній сфері, представникам галузевих юридичних дисциплін, юристам-практикам, загалом усім, хто переймається актуальними питаннями і фундаментальними проблемами державно-правового розвитку України.

О. ПЕТРИШИН
*доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
завідувач кафедри теорії держави і права
(Національний університет «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)*

Додаток до юридичного журналу
«Право України»

Науковий журнал

**ФІЛОСОФІЯ ПРАВА
І ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА**

2/2013

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
Серія КВ № 18647-7447Р від 03.02.2012 р.

Журнал рекомендовано до друку
Вченою радою Національного університету
«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»
(протокол № 2 від 28 жовтня 2013 р.)

Редагування і коректура *А. Костюк*
Комп'ютерна верстка *Т. Замури*
Художнє оформлення *С. Харука*

Підп. до друку 05.11.2013. Формат 70×108¹/₁₆. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 35,35. Обл.-вид. арк. 29,39. Зам. № 13-916.
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

Віддруковано у ПАТ «ВПІОЛ»
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 № 4404 від 31.08.2012 р.