



ФІЛОСОФІЯ ПРАВА І ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА

НАУКОВИЙ ЖУРНАЛ

Журнал засновано

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

Видається

раз на півріччя

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

Передплатний індекс:
68107

Адреса редакційної колегії:

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

E-mail: info@pravoua.com.ua

Головний редактор:

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

ВИДАВЕЦЬ

© Редакція журналу «Право України»

2/2012

НАУКОВА РАДА

- П. М. Рабінович** – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
(голова наукової ради)
- Р. Алексі** – доктор юриспруденції, професор (Німеччина)
- Є. В. Булігін** – 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
- 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
- Н. М. Оніщенко** – доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України
- С. П. Рабінович** – доктор юридичних наук, доцент
- О. В. Стівба** – кандидат юридичних наук
- О. Д. Тихомиров** – доктор юридичних наук, професор
- С. В. Шевчук** – доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України

ЗМІСТ

Від головного редактора	9
ФІЛОСОФІЯ І ТЕОРІЯ ПРАВОСУДДЯ	
ГАДЖИЄВ Г. (<i>Санкт-Петербург, Росія</i>) Офіційне тлумачення Конституції: поєднання онтологічного й епістемологічного підходів.....	14
СМОРОДИНСЬКИЙ В. (<i>Харків</i>) Концепт правосуддя в західній філософсько-правовій думці.....	39
ПОГРЕБНЯК С. (<i>Харків</i>) Принцип пропорційності у судовій діяльності.....	49
ТИТОВ В. (<i>Харків</i>) Філософські проблеми компенсаційного правосуддя у трактуванні Джанні Томпсон.....	56
СУЧАСНЕ ПРАВОРОЗУМІННЯ	
СІММОНДЗ Н. (<i>Кембридж, Велика Британія</i>) Рефлексивність та ідея права (<i>закінчення</i>).....	61
МЕЛКЕВІК Б. (<i>Квебек, Канада</i>) Поняття права та сучасна філософська рефлексія	73
КОЗЛОВСЬКИЙ А. (<i>Київ</i>) Праворозуміння: буття-в-собі, буття-для-себе, буття-для-іншого (досвід феноменологічного аналізу).....	84
СТОВБА О. (<i>Харків</i>) Темпоральна онтологія права. Прологемени.....	95
МЕТОДОЛОГІЯ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ	
ЗІРК-САДОВСЬКИЙ М. (<i>Лодзь, Польща</i>) Завдання герменевтичної філософії права.....	102
ЧЕСТНОВ І., ІВІНА М. (<i>Санкт-Петербург, Росія</i>) Методологія історико-правової науки в ситуації посткласики.....	115
ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ АКсіОЛОГІЇ	
БЕХРУЗ Х. (<i>Одеса</i>) Універсалізм і релятивізм цінностей у контексті діалогу правових культур.....	128
ГРАФСЬКИЙ В. (<i>Москва, Росія</i>) Законність і справедливість як сталі ціннісні очікування та орієнтири в історії законодавства і законотворчості.....	139
ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ АНТРОПОЛОГІЇ	
МАКСИМОВ С. (<i>Харків</i>) Антропологічні основи права.....	148
ЗЕЄЛЬМАН К. (<i>Базель, Швейцарія</i>) Особистість і привинення: від Просвітництва до філософії ідеалізму	156
ПАВЛОВ В. (<i>Мінськ, Білорусь</i>) Особистість у праві в посткласичній перспективі: абрис концепції.....	166
ПРАВА ЛЮДИНИ	
КІРСТЕ С. (<i>Зальцбург, Австрія</i>) Транспозитивні основи позитивних прав людини.....	178
ТОКАРЧИК Р. (<i>Люблін, Польща</i>) Про необхідність трансформації концепції прав людини у концепцію прав життя	196
ШЕВЧУК С. (<i>Київ</i>) Конституційний захист соціальних виплат як права власності: порівняльно-правовий аналіз.....	216
ФУЛЕЙ Т. (<i>Київ</i>) Розуміння обов'язку держави за статтею 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: проблемні моменти.....	234
ПИТАННЯ ЗАГАЛЬНОЇ ТЕОРІЇ ПРАВА	
РАБІНОВИЧ П. (<i>Львів</i>) Чи можлива універсальна теорія права як спільна концептуальна основа теорій національного і міжнародного права? (Запрошення до дискусії).....	245
ОНЩЕНКО Н. (<i>Київ</i>) Право й економіка: взаємовплив і паритетні начала розвитку	249
ЛЮ І. (<i>Далянь, Китай</i>) Аналіз актуальних тем у сучасній юриспруденції Китаю.....	259
ЛИТВИНОВ О. (<i>Луганськ</i>) Право як феномен культури у концепції Г. Гінса.....	268

ФІЛОСОФСЬКІ ТА МЕТОДОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ ГАЛУЗЕВИХ ПРАВОВИХ НАУК І ЮРИДИЧНОЇ ПРАКТИКИ

ТРУТЕНЬ В. (Чернівці) Правіжний склад і принцип матеріальної експертизи 277

СОЦІОЛОГІЯ ПРАВА

БУРЛАЙ Є. (Київ) Конфлікт і договір..... 288

МЕРЕЖКО О. (Краків, Польща) Соціологія радянської держави, права та правосвідомості у вченні М. С. Тимашева..... 304

ЮРИДИЧНА ЛОГІКА, АРГУМЕНТАЦІЯ, МОВА

ВАЙШВІЛА А. (Вільнюс, Литва) Про деякі антиномії правового мислення..... 317

ОГЛЕЗНЄВ В. (Томськ, Росія) Свобода, право, мова: концептуальний взаємозв'язок 334

БАЛИНСЬКА О. (Львів) Творення та споживання правових знаків..... 341

ВИЗНАЧНІ ПОСТАТІ**До 150-річчя від дня народження Євгена (Ойгена) Ерліха**

Кілька слів про життя і творчість Ойгена Ерліха 350

АНТОНОВ М. (Санкт-Петербург, Росія) Ойген Ерліх про закон і правосуддя 356

Конференція на батьківщині Є. Ерліха з нагоди його 150-річчя (27–29 вересня 2012 р., Чернівці) 369

НАШІ ПАРТНЕРИ**БЕРЕЩАГІН В., МОРДОВЦЕВ А.** (Ростов-на-Дону, Таганрог, Росія)

Журнал «Філософія права» в російському інтелектуальному житті 371

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Правове виховання як умова формування правової культури в сучасному соціумі: Всеукраїнська науково-практична конференція (16 травня 2012 р., Харків)..... 374

«Філософія прав людини»: п'ята сесія Міжнародної програми підтримки вищої освіти (15–29 липня 2012 р., Львів; Перемишль, Польща) 377

Енциклопедія правознавства чи інтегральна юриспруденція? Проблеми вивчення і викладання: щорічна конференція, присвячена пам'яті В. С. Нерсисянца (2 жовтня 2012 р., Москва, Росія)..... 379

Філософські, методологічні та психологічні проблеми права (V Міжнародна науково-теоретична конференція): дискусія триває (17 листопада 2012 р., Київ)..... 381

Восьмий міжнародний круглий стіл з антропології права у Львові: продовження традиції (7–8 грудня 2012 р., Львів)..... 384

РЕЦЕНЗІЇ, ОГЛЯДИ ЛІТЕРАТУРИ

НА ШЛЯХУ ДО НОВОГО РОЗУМІННЯ ПРАВА (рецензія О. Стовби на монографію І. Честнова «Посткласичне праворозуміння»)..... 388

КОМПРОМІС І КОНФЛІКТ У ПРАВІ (рецензія С. Погребняка на монографію С. Бобровник «Компроміс і конфлікт у праві: антрополого-комунікативний підхід до аналізу») 390

СУД – НЕ НА ОСУД, А НА РОЗСУД. СПРАВЕДЛИВИЙ РОЗСУД... (рецензія Д. Бочарова на монографію В. Бігуна «Філософія правосуддя: ідея та здійснення») 394

НАЗАД... У МАЙБУТНЄ? (рецензія О. Стовби на монографію О. Мережка «Психологічна теорія міжнародного права (публічного і приватного)»)..... 397

ВАГОМІ АРГУМЕНТИ НА ЗАХИСТ НЕОБХІДНОГО ЗВ'ЯЗКУ ПРАВА І МОРАЛІ (огляд О. Лаптева монографії Р. Алексі «Поняття і дійсність права (відповідь юридичному позитивізму)»)..... 400

ЮРИДИЧНІ ФІЛЬМИ У СВІТЛІ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА (огляд книги В. Бігуна «Юридичні фільми. Навчальний кіногід про право і юристів»)..... 402

СОДЕРЖАНИЕ

От главного редактора	9
ФИЛОСОФИЯ И ТЕОРИЯ ПРАВОСУДИЯ	
ГАДЖИЕВ Г. (<i>Санкт-Петербург, Россия</i>) Официальное толкование Конституции: сочетание онтологического и эпистемологического подходов.....	14
СМОРОДИНСКИЙ В. (<i>Харьков</i>) Концепт правосудия в западной философско-правовой мысли.....	39
ПОГРЕБНЯК С. (<i>Харьков</i>) Принцип пропорциональности в судебной деятельности	49
ТИТОВ В. (<i>Харьков</i>) Философские проблемы компенсационного правосудия в трактовке Джанны Томпсон	56
СОВРЕМЕННОЕ ПРАВООПОНИМАНИЕ	
СИММОНДЗ Н. (<i>Кембридж, Великобритания</i>) Рефлексивность и идея права (<i>окончание</i>)... ..	61
МЕЛКЕВИК Б. (<i>Квебек, Канада</i>) Понятие права и современная философская рефлексия	73
КОЗЛОВСКИЙ А. (<i>Киев</i>) Правопонимание: бытие-в-себе, бытие-для-себя, бытие-для-другого (опыт феноменологического анализа).....	84
СТОВБА А. (<i>Харьков</i>) Темпоральная онтология права. Прологомены	95
МЕТОДОЛОГИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ	
ЗИРК-САДОВСКИ М. (<i>Лодзь, Польша</i>) Задача герменевтической философии права	102
ЧЕСТНОВ И., ИВИНА М. (<i>Санкт-Петербург, Россия</i>) Методология историко-правовой науки в ситуации постклассики	115
ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ АКСИОЛОГИИ	
БЕХРУЗ Х. (<i>Одесса</i>) Универсализм и релятивизм ценностей в контексте диалога правовых культур.....	128
ГРАФСКИЙ В. (<i>Москва, Россия</i>) Законность и справедливость как устойчивые ценностные ожидания и ориентиры в истории законодательства и законовещения.....	139
ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ АНТРОПОЛОГИИ	
МАКСИМОВ С. (<i>Харьков</i>) Антропологические основы права.....	148
ЗЕЕЛЬМАН К. (<i>Базель, Швейцария</i>) Личность и вменение: от Просвещения до философии идеализма.....	156
ПАВЛОВ В. (<i>Минск, Беларусь</i>) Личность в праве в постклассической перспективе: абрис концепции	166
ПРАВА ЧЕЛОВЕКА	
КИРСТЕ С. (<i>Зальцбург, Австрия</i>) Транспозитивные основы позитивных прав человека.....	178
ТОКАРЧИК Р. (<i>Люблин, Польша</i>) О необходимости трансформации концепции прав человека в концепцию прав жизни.....	196
ШЕВЧУК С. (<i>Киев</i>) Конституционная защита социальных выплат как права собственности: сравнительно-правовой анализ.....	216
ФУЛЕЙ Т. (<i>Киев</i>) Понимание обязанности государства по статье 11 Конвенции о защите прав человека и основных свобод: проблемные моменты.....	234
ВОПРОСЫ ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ПРАВА	
РАБИНОВИЧ П. (<i>Львов</i>) Возможна ли универсальная теория права как общая концептуальная основа теорий национального и международного права? (Приглашение к дискуссии)	245
ОНИЩЕНКО Н. (<i>Киев</i>) Право и экономика: взаимовлияние и паритетные начала развития	249
ЛЮ И. (<i>Далянь, Китай</i>) Анализ актуальных тем в современной юриспруденции Китая.....	259

ЛИТВИНОВ А. (<i>Луганск</i>) Право как феномен культуры в концепции Г. Гинса	268
ФИЛОСОФСКИЕ И МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОТРАСЛЕВЫХ ПРАВОВЫХ НАУК И ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРАКТИКИ	
ТРУТЕНЬ В. (<i>Черновцы</i>) Притязательный состав и принцип материальной экспертизы	277
СОЦИОЛОГИЯ ПРАВА	
БУРЛАЙ Е. (<i>Киев</i>) Конфликт и договор.....	288
МЕРЕЖКО А. (<i>Краков, Польша</i>) Социология советского государства, права и правосознания в учении Н. С. Тимашева.....	304
ЮРИДИЧЕСКАЯ ЛОГИКА, АРГУМЕНТАЦИЯ, ЯЗЫК	
ВАЙШВИЛА А. (<i>Вильнюс, Литва</i>) О некоторых антиномиях правового мышления.....	317
ОГЛЕЗНЕВ В. (<i>Томск, Россия</i>) Свобода, право, язык: концептуальная взаимосвязь	334
БАЛИНСКАЯ О. (<i>Львов</i>) Создание и потребление правовых знаков.....	341
ВЫДАЮЩИЕСЯ ФИГУРЫ	
<i>К 150-летию со дня рождения Евгения (Ойгена) Эрлиха</i>	
Несколько слов о жизни и творчестве Ойгена Эрлиха.....	350
АНТОНОВ М. (<i>Санкт-Петербург, Россия</i>) Ойген Эрлих о законе и правосудии	356
Конференция на родине Е. Эрлиха по случаю его 150-летия (27–29 сентября 2012 г., Черновцы).....	369
НАШИ ПАРТНЕРЫ	
ВЕРЕЦАГИН В., МОРДОВЦЕВ А. (<i>Ростов-на-Дону, Таганрог, Россия</i>)	
Журнал «Философия права» в российской интеллектуальной жизни.....	371
НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ	
Правовое воспитание как условие формирования правовой культуры в современном социуме: Всеукраинская научно-практическая конференция (16 мая 2012 г., Харьков).....	374
«Философия прав человека»: пятая сессия Международной программы поддержки высшего образования (15–29 июля 2012 г., Львов; Перемышль, Польша)	377
Энциклопедия правоведения или интегральная юриспруденция? Проблемы изучения и преподавания: ежегодная конференция, посвященная памяти В. С. Нерсисянца	379
(2 октября 2012 г., Москва, Россия)	
Философские, методологические и психологические проблемы права (V Международная научно-теоретична конференция): дискуссия продолжается (17 ноября 2012 г., Киев).....	381
Восьмой международный круглый стол по антропологии права во Львове: продолжение традиции (7–8 декабря 2012 г., Львов)	384
РЕЦЕНЗИИ, ОБЗОРЫ ЛИТЕРАТУРЫ	
НА ПУТИ К НОВОМУ ПОНИМАНИЮ ПРАВА (рецензия А. Стовбы на монографию И. Честнова «Постклассическое правопонимание»).....	388
КОМПРОМИСС И КОНФЛИКТ В ПРАВЕ (рецензия С. Погребняка на монографию С. Бобровник «Компромисс и конфликт в праве: антрополого-коммуникативный подход к анализу»).....	390
СУД – НЕ ДЛЯ ТОГО, ЧТОБ ОСУДИТЬ, А ЧТОБЫ РАССУДИТЬ. СПРАВЕДЛИВО РАССУДИТЬ... (рецензия Д. Бочарова на монографию В. Бигуна «Философия правосудия: идея и осуществление»).....	394
НАЗАД... В БУДУЩЕЕ? (рецензия А. Стовбы на монографию А. Мережко «Психологическая теория международного права (публичного и частного»).....	397
ВЕСОМЫЕ АРГУМЕНТЫ В ЗАЩИТУ НЕОБХОДИМОЙ СВЯЗИ ПРАВА И МОРАЛИ (обзор А. Лаптева монографии Р. Алекси «Понятие и действительность права (ответ правовому позитивизму»).....	400
ЮРИДИЧЕСКИЕ ФИЛЬМЫ В СВЕТЕ ФИЛОСОФИИ ПРАВА (обзор книги В. Бигуна «Юридические фильмы. Учебный киногид о праве и юристах»)	402

CONTENTS

Note the Editor-in-Chief	9
PHILOSOPHY AND THEORY OF JUSTICE	
GADZHIEV G. (<i>St. Petersburg, Russia</i>) Official Interpretation of Constitution: Combination of Ontological and Epistemological Approaches.....	14
SMORODYNSKYI V. (<i>Kharkiv</i>) The Concept of Justice in the Western Philosophical and Legal Thought	39
POGREBNIAK S. (<i>Kharkiv</i>) The Principle of Proportionality in Judicial Practice	49
TYTOV V. (<i>Kharkiv</i>) Philosophical Problems of Compensatory Justice in Janna Thompson's Interpretation.....	56
CONTEMPORARY UNDERSTANDING OF LAW	
SIMMONDS N. (<i>Cambridge, Great Britain</i>) Reflexivity and the Idea of Law (<i>ending</i>).....	61
MELKEVIK B. (<i>Quebec, Canada</i>) The Concept of Law and Contemporary Philosophical Reflection.....	73
KOZLOVSKYI A. (<i>Kyiv</i>) Law Understanding: Being-in-Itself, Being-for-Itself, Being-for-Others (Experience of Phenomenological Analysis).....	84
STOVBA O. (<i>Kharkiv</i>) The Temporal Ontology of Law. Prolegomena	95
METHODOLOGY OF LEGAL SCIENCE	
ZIRK-SADOWSKI M. (<i>Lodz, Poland</i>) The Task of the Hermeneutic Philosophy of Law.....	102
CHESTNOV I., IVINA M. (<i>St. Petersburg, Russia</i>) Methodology of Historical and Legal Science in the Post-Classical Context.....	115
ISSUES OF LEGAL AXIOLOGY	
BEKHRUZ Kh. (<i>Odessa</i>) Universalism and Relativism of Values in the Context of Dialogue of Legal Cultures.....	128
GRAFSKYI V. (<i>Moscow, Russia</i>) Legality and Justice as Constant Value Expectations and Orientations in the History of Legislation and Legisprudence.....	139
ISSUES OF LEGAL ANTHROPOLOGY	
MAKSYMOM S. (<i>Kharkiv</i>) Anthropological Foundations of Law	148
SEELMANN K. (<i>Basel, Switzerland</i>) Person and Imputation: from Enlightenment to the Philosophy of Idealism.....	156
PAVLOV V. (<i>Minsk, Belarus</i>) Personality in Law in Postclassical Prospect: the Outline of Conception.....	166
HUMAN RIGHTS	
KIRSTE S. (<i>Salzburg, Austria</i>) Transpositive Foundations of Positive Human Rights.....	178
TOKARCHYK R. (<i>Lublin, Poland</i>) On the Necessity of Transformation the Conception of Human Rights into the Conception of the Rights of Life.....	196
SHEVCHUK S. (<i>Kyiv</i>) Constitutional Protection of the Social Payments as a Right to Property: a Comparative Analysis.....	216
FULEY T. (<i>Kyiv</i>) Understanding of the State Obligation Under the Article 11 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: the Outstanding Problems	234
ISSUES OF GENERAL THEORY OF LAW	
RABINOVYCH P. (<i>Lviv</i>) Is the Universal Theory of Law as a Conceptual Framework of Both National and International Theories of Law Possible? (Invitation to Discussion).....	245
ONISHCHENKO N. (<i>Kyiv</i>) Law and Economics: Interaction and Parity Origins of Development	249
LIU Y. (<i>Dalian, China</i>) An Analysis of Hot Topics in Contemporary China's Jurisprudence	259

LYTVYNOV O. (<i>Luhansk</i>) Law as a Phenomenon of Culture in G. Guins'es Conception.....	268
PHILOSOPHICAL AND METHODOLOGICAL ISSUES OF THE BRANCH LEGAL SCIENCES AND THE LEGAL PRACTICE	
TRUTEN V. (<i>Chernivtsi</i>) Claim Structure («Anspruchsaufbau») and Principle of Material Examination	277
SOCIOLOGY OF LAW	
BURLAY Ye. (<i>Kyiv</i>) Conflict and Contract.....	288
MEREZHKO O. (<i>Krakow, Poland</i>) Sociology of the Soviet State, Law and Legal Consciousness in N. Timasheff's Doctrine.....	304
LEGAL LOGIC, ARGUMENTATION, LANGUAGE	
VAISHVILA A. (<i>Vilnius, Lithuania</i>) About some Antinomies of Legal Thinking.....	317
OGLEZNEV V. (<i>Tomsk, Russia</i>) Liberty, Law, Language: Conceptual Interrelation.....	334
BALYNSKA O. (<i>Lviv</i>) Creation and Use of Legal Signs.....	341
PROMINENT FIGURES	
<i>The 150-th anniversary of Eugen Ehrlich</i>	
A Few Words about the Life and Creative Work of Eugen Ehrlich.....	350
ANTONOV M. (<i>St. Petersburg, Russia</i>) The Law and Justice according to Eugen Ehrlich	356
Conference at Homeland of E. Ehrlich on the Occasion of his 150 th Anniversary (September 27–29, 2012, Chernivtsi)	369
OUR PARTNERS	
VERESHCHAGIN V., MORDOVTSSEV A. (<i>Rostov-on-Don, Taganrog, Russia</i>) The «Philosophy of Law» («Философия права») Journal in the Russian Intellectual Life	371
SCIENTIFIC LIFE	
Legal Education as a Condition of Development of Legal Culture in Contemporary Society: All-Ukrainian Practice and Research Conference (<i>May 16, 2012, Kharkiv</i>).....	374
«Philosophy of Human Rights»: 5 th Session of International Higher Education Support Program (<i>July, 15–29, 2012, Lviv; Przemysl, Poland</i>).....	377
Encyclopedia of Legal Science or Integrative Jurisprudence? Issues of Studying and Teaching: Annual Conference in memoriam of V. Nersesyants (<i>October, 2, 2012, Moscow, Russia</i>).....	379
Philosophical, Methodological and Psychological Issues of Law (The Fifth International Scientific and Theoretical Conference): Discussion Continues (<i>November, 17, 2012, Kyiv</i>).....	381
The Eighth International Round Table on Legal Anthropology in Lviv: Tradition Continuation (<i>December, 7–8, 2012, Lviv</i>).....	384
REVIEWS	
ON THE WAY TO THE NEW UNDERSTANDING OF LAW (Review by O. Stovba of the Monograph by I. Chestnov «Post-Classical Understanding of Law»).....	388
COMPROMISE AND CONFLICT IN LAW (Review by S. Pogrebniak of the Monograph by S. Bobrovnyk «Compromise and Conflict in Law: Anthropological and Communicative Approach to Analysis»).....	390
COURT – NOT FOR BLAME BUT FOR JUDGMENT. JUST JUDGMENT... (Review by D. Bocharov of the Monograph by V. Bihun «Philosophy of Justice: Idea and Realization»)	394
BACK... TO THE FUTURE? (Review by O. Stovba of the Monograph by O. Merezhko «Psychological Theory of International Law (Public and Private»).....	397
STRONG ARGUMENTS ON DEFENSE OF THE NECESSARY CONNECTION BETWEEN LAW AND MORALITY (Survey by A. Laptiev of the Monograph by R. Alexy «The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism»)	400
LEGAL FILMS IN THE LIGHT OF PHILOSOPHY OF LAW (Survey of the Book by V. Bihun «Legal Films. Training Guide about Law and Lawyers»).....	402

ВІД ГОЛОВНОГО РЕДАКТОРА

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



Шановні читачі!

Другий номер наукового журналу «Філософія права і загальна теорія права» продовжує виголошену в його концепції практику обговорення фундаментальних питань філософії права і загальної теорії права у їх єдності та взаємодоповненні. Тим самим створюються умови для формування філософсько-теоретико-правового дискурсу в Україні на основі принаймні трьох складових. По-перше, це статті вітчизняних учених, які представляють головні центри сучасної філософсько-правової й теоретико-правової думки України — Київ, Львів, Луганськ, Харків, Одеса, Чернівці (внутрішньонаціональна складова). По-друге, статті фахівців Білорусі (Мінськ), Литви (Вільнюс), Росії (Москва, Санкт-Петербург, Томськ, Ростов-на-Дону) певним чином поєднані між собою як інтелектуальною традицією минулого, так і сучасним завданням трансформації правової системи (найближче культурно-цивілізаційне оточення). По-третє, це праці вчених так званого далекого зарубіжжя: європейських країн — Австрії (Зальцбург), Великої Британії (Кембридж), Польщі (Краків, Лодзь, Люблін), Швейцарії (Базель), а також — Китаю (Далянь) (загальносвітова складова).

Номер починається з обговорення проблем філософії та теорії правосуддя. Особлива увага, яка приділяється філософсько-правовій та загальнотеоретичній рефлексії судової влади і судової діяльності у багатогранності її проявів, зумовлена необхідністю концептуально-теоретичного обґрунтування й підтримки реформування судової влади і всієї правової системи України на засадах верховенства права, а також істотною роллю судових рішень (як концентрованого втілення теоретичних конструкцій) в опосередкуванні динаміки правової реальності.

Ця рубрика відкривається статтею судді Конституційного Суду Російської Федерації Г. Гаджиева (Санкт-Петербург), присвяченою питанням офіційного тлумачення Конституції. Така суто юридична, на перший погляд, проблема трансформується автором на проблему філософсько-правову, яка вирішується ним із природно-правових позицій. Він висуває ідею, згідно з якою акти конституційного судового тлумачення та їх результати у вигляді правових позицій можуть бути водночас і актами волевиявлення, і результатами наукового піз-

нання (тобто розглядає цю проблему в поєднанні онтологічного й епістемологічного підходів). Важливу роль в обґрунтуванні його тези відіграють такі поняття, як «конституційно-правовий концептуальний простір» і «правова реальність». Слід зазначити, серйозна захопленість Г. Гаджиєва — водночас ученого і судді — філософією права втілилася у його монографії «Онтологія права» (Москва, 2012 р.), в якій, окрім інших питань, значну увагу приділено аналізу праць сучасних українських філософів права.

Широкий історичний огляд зародження та розвитку ідеї правосуддя в європейській думці (від Платона до Г. Харта і Р. Дворкіна) пропонується у статті В. Смородинського (Харків).

Більш конкретному питанню — реалізації принципу пропорційності в судовій діяльності — присвячена стаття харківського теоретика права С. Погребняка, в якій історичний аспект дослідження — походження та розуміння цього загального принципу права — поєднується з прикладним аспектом: розробкою критерію пропорційності при застосуванні цього принципу судом.

Можливості практичних наслідків певних філософських рефлексій про справедливість демонструє В. Титов (Харків), проаналізувавши концепцію компенсаційного правосуддя австралійської дослідниці Дж. Томпсон.

Тема філософії правосуддя (у широкому сенсі) присутня й в інших рубриках журналу, зокрема у статті М. Антонова, присвяченій висвітленню співвідношення закону і правосуддя у концепції «живого права» Є. Ерліха, у рецензії на книгу В. Бігуна «Філософія правосуддя: ідея та здійснення» та в інших матеріалах.

Проблема праворозуміння уже традиційно є однією із найважливіших тем у нашому журналі. Ця рубрика відкривається публікацією другої частини статті відомого філософа права Н. Сіммондза (Кембридж, Велика Британія). У ній він критикує теорію Дж. Раза за заперечення ролі ідеї права в судово-правовій думці. Відстоюючи ідею рефлексивності у праві, Н. Сіммондз наголошує, що правова думка (зокрема судова) принципово орієнтована на ідею права таким чином, що остання забезпечує (явно або неявно) необхідну інтелектуальну базу задля доктринальної аргументації. Критикуючи позитивізм за заперечення ним необхідного зв'язку між правом і мораллю та спираючись на відому концепцію Л. Фуллера, він формулює своє розуміння морального ідеалу права, який називає «свобода як незалежність від влади інших». Це є тим аспектом свободи, що відрізняє раба від вільної людини. Цінність свободи як незалежності, на думку автора, є мінімальною, але реальною цінністю, і вона тісно пов'язана з існуванням права.

Тема нерозривності розуміння права та сучасної філософської рефлексії стосовно права розкривається у статті Б. Мелкевіка (Квебек, Канада). Високо оцінюючи значення філософії права для забезпечення потреб сучасної демократії, він розглядає історичну роль філософії права у тих процесах, котрі асоціюються із концептуальним розумінням права, щоб розкрити її сутність як юридичної дисципліни та її доцільність як простору для аналізу й обговорення питань про природу та роль права. Тому й філософію права він цінує більшою мірою за ті горизонти і можливості, які вона нам відкриває, ніж за її славне минуле.

З позицій феноменологічного й онтологічного підходів репрезентують свої концепції розуміння права українські вчені А. Козловський (Київ) і О. Стовба (Харків).

Завжди важко розрізнити, де закінчується тема праворозуміння і починаються питання методології правознавства, адже онтологічні й епістемологічні аспекти осмислення права тісно пов'язані між собою. Тим не менш окрема рубрика із загальнометодологічних питань юридичної науки представлена статтею М. Зірк-Садовскі (Лодзь, Польща) — віце-президента Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (*IVR*) з 2005 р. по 2011 р.; вона висвітлює завдання герменевтичної філософії права в сучасному правопізнанні, та статтею І. Честнова й М. Івіної (Санкт-Петербург), присвяченою методологічним проблемам історико-правової науки в ситуації, яку автори визначають як «посткласика».

У наступній рубриці — «Проблеми правової аксіології» — розглядаються питання співвідношення універсального і релятивного в ціннісному змісті діалогу культур (Х. Бехруз, Одеса) та значення законності й справедливості як стійких ціннісних орієнтацій в історії як законодавства, так і правознавства (В. Графський, Москва).

У рубриці з проблем правової антропології спостерігається тенденція до охоплення питання не тільки антропологічних основ права (С. Максимов, Харків), а й правової персонології, предметом якої є особистість у праві; причому, як у вимірі класики (К. Зеельман, Базель, Швейцарія), так і в посткласичній перспективі (В. Павлов, Мінськ, Білорусь).

Доволі насиченою виявилася рубрика, присвячена комплексній темі «Права людини», в якій філософсько-правові підходи взаємодіють із загальнотеоретичними та доктринально-догматичними. Її відкриває стаття «Транспозитивні основи позитивних прав людини» С. Кірсте — доволі молодого, але вже відомого німецького дослідника, який нині є президентом німецької секції *IVR* та професором філософії права в Зальцбурзькому університеті (Австрія). Пропонуючи свій погляд на структуру прав людини, автор вирізняє дві їх форми: транспозитивні права (моральні й природні) та позитивні (основоположні) права. На прикладі судової справи «охоронців кордону» (колишньої НДР), розглянутої у ФРН, та на основі відомої «формули Радбруха» він експлікує транспозитивну основу позитивних прав, завершуючи свою статтю висновком: «Не є правом людини право на гарантовану впевненість у законах, які очевидно порушують права людини, навіть якщо ці права не визнані в офіційному порядку у формі позитивних міжнародних законів». Слід зазначити, що С. Кірсте запрошений бути одним із доповідачів на пленарному засіданні найближчого Всесвітнього конгресу з філософії права, який відбуватиметься влітку 2013 р. у Бразилії. Можна припустити, що про основні положення його майбутньої доповіді український читач матиме уявлення вже зі змісту означеної статті.

Заслужує на особливу увагу також оригінальна концепція Р. Токарчика (Люблін, Польща), в якій він звертає увагу на обмеженість застосування існуючої концепції прав людини в умовах розвитку біотехнологій, що несуть загрозу життю людини як головної її цінності. Саме тому він пропонує трансформувати концепцію прав людини у більш широку концепцію прав життя.

Не менш цікавим є й підхід С. Шевчука (Київ), який у статті «Конституційний захист соціальних виплат як права власності: порівняльно-правовий аналіз», спираючись не тільки на широку ерудицію вченого, а й на практичний досвід судді Європейського суду з прав людини *ad hoc*, аналізує втілення та сприйняття відповідних теоретичних поглядів і концепцій в юриспруденції найавторитетніших міжнародних судових інстанцій і пропонує низку рекомендацій щодо можливих шляхів подальшого розвитку і трансформації конституційного захисту соціальних прав саме в Україні.

У статті Т. Фулей (Київ) розкриваються проблемні моменти розуміння європейських стандартів свободи мирних зборів і практики адміністративних судів у справах про її обмеження.

За ініціативою голови наукової ради нашого журналу П. Рабіновича (Львів) започаткована окрема рубрика «Питання загальної теорії права». Вона відкривається його запрошенням читачів до дискусії з приводу його тез на тему: «Чи можлива універсальна теорія права як спільна концептуальна основа теорій національного і міжнародного права?» Сподіваємося на участь наших читачів у цій дискусії, яка, можливо, сприятиме поглибленню уявлень про предметну сферу та методологічні можливості не тільки загальної теорії права і теорії міжнародного права, а й, власне, філософії права та інших юридичних наук.

Цікавими є й інші матеріали цієї рубрики, присвячені взаємовпливу права та економіки (Н. Оніщенко, Київ), аналізу деяких актуальних тем у сучасній юриспруденції Китаю (І. Лю, Далян, Китай), методологічним засадам теорії права російського вченого Г. Гінса, вимушеного за відомих причин емігрувати на початку ХХ ст. до Китаю (О. Литвинов, Луганськ).

Варто звернути увагу й на статті з питань філософських та методологічних проблем цивільного права (В. Трутень, Чернівці), співвідношення конфлікту і договору (Є. Бурлай, Київ) (остання продовжує тему, розпочату у першому номері нашого журналу), аналізу соціологічно-правового вчення М. Тимашева (О. Мережко, Краків, Польща) (її підготовлено на основі фрагменту його нової монографії), а також на статті, присвячені антиноміям правового мислення (А. Вайшвіла, Вільнюс, Литва), концептуальному взаємозв'язку свободи, права і мови (Оглезнев, Томськ, Росія) й питанням правової семіології (О. Балинська, Львів).

Рубрика «Визначні постаті» присвячена цього разу 150-річчю від дня народження Євгена (Ойгена) Ерліха, відомого австрійського юриста — одного із засновників соціологічної школи права, життя і професійна діяльність якого були тісно пов'язані із м. Чернівці. Як відомо, концепція «живого права» Є. Ерліха і «чиста теорія права» Г. Кельзена (творчість якого висвітлювалася в аналогічній рубриці попереднього номера журналу) були побудовані на протилежних методологічних засадах, а тому їх автори гостро дискутували між собою. Більша частина матеріалів, що подаються тут, підготовлена М. Антоновим (Санкт-Петербург) — відомим дослідником творчості Є. Ерліха, першим перекладачем на російську мову головної праці останнього «*Grundlegung der Soziologie des Rechts*» (1913) та інших статей, що увійшли до цієї книги як додаток (Див.: *Эрлих О. Основоположение социологии права.* — СПб., 2011). На переконання М. Антонова, ім'я цього видатного юриста — відповідно до фонетичних норм

німецької мови — слід відтворювати кирилицею як Ойген (а не Євген чи Євгеній), хоча перекладач і визнає наявність традиції іншого написання цього імені в українській та російській науковій літературі. З огляду на аргументацію російського вченого ми вирішили використовувати обидва варіанти написання як рівноправні, залишивши вибір того чи іншого з них на розсуд автора або читача.

Нарешті, у рубриці «Наші партнери» цього разу представлений російський журнал «Філософія права», матеріал про який підготовлено В. Верещагіним (Ростов-на-Дону) та А. Мордовцевим (Таганрог).

Подається також огляд міжнародних, всеукраїнських і зарубіжних конференцій з проблем філософії права й загальної теорії права, які відбулися за останні півроку. Публікуються й рецензії на нові монографії та короткі огляди новітньої літератури за профілем журналу.

На закінчення зазначимо, що у центрі уваги наступного номера журналу буде проблема прав людини, демократії та верховенства права в сучасному світі. Вона корелює з темою майбутнього XXVI Всесвітнього конгресу *IVR* з філософії права і соціальної філософії «Права людини, демократія, верховенство права і сучасні соціальні виклики у складних суспільствах», що відбудеться 21–27 липня 2013 р. у м. Белу-Орізонті (Бразилія). Важливість цієї теми зумовлена необхідністю узгодження країнами, що розвиваються, економічного розвитку із захистом прав людини, а також пошуком належної відповіді на критику тієї моделі, яку розвинуті країни історично нав'язали решті світу. Сподіваємося, що деякі матеріали наступного номера міститимуть певні відповіді й українських учених на такі виклики сучасності.

ОФІЦІЙНЕ ТЛУМАЧЕННЯ КОНСТИТУЦІЇ: ПОЄДНАННЯ ОНТОЛОГІЧНОГО ТА ЕПІСТЕМОЛОГІЧНОГО ПІДХОДІВ¹



Г. ГАДЖИЄВ
*доктор юридичних наук,
суддя Конституційного Суду
Російської Федерації*

На перший погляд, тлумачення Конституції є суто юридичною проблемою. Спробуємо, однак, поглянути на неї з перспективи філософії права. На початку ХХ ст. Є. Спекторський звернувся до питання про співвідношення юриспруденції та філософії, намагаючись піднятися над першою на певну філософську височину і подивитися звідти, що являє собою юриспруденція, в чому полягають її теоретичні й практичні цілі, якими засобами вона володіє для їх вирішення і яких результатів у сфері пізнання від неї можна очікувати [1, с. 60–92]. Ще Ульпіан стверджував, що юристи звертаються до «істинної, не удаваної філософії», але роблять це інтуїтивно, часом неусвідомлено, як неусвідомлено висловлювався прозою міщанин-дворянин у Мольєра. Є. Спекторський виявив, що якою б банальною не здавалася незначна, буденна судова справа, навіть вона виявляється побудованою на засадах філософського гатунку, й притому величезної глибини [1, с. 63]. У діяльності суду, як писав Є. Спекторський, «є й етика, і метафізика, і навіть теорія пізнання, одним словом, уся філософія». З цього осяяння зовсім не випливає, що юриспруденція повинна відмовитися від юридичного світогляду, що лежить в її основі, який ми позначаємо терміном «правовий концептуалізм», від своєї методології, способів аргументації та ін. Просто стає зрозумілим, що у світлі філософії можна краще побачити увесь той простір, що являє собою предметну сферу юриспруденції. Є. Спекторський нагадує, як дюссельдорфський купець, прочитавши одну з «Критик» І. Канта, написав йому листа, в якому з гордістю повідомив свого кореспондента, що критична філосо-

¹ Переклад з російської мови. Наукове редагування С. Рабіновича.

фія не дала йому нічого нового, але привела до ладу те, що він дотепер уявляв лише невиразно.

Тлумачення Конституції, здійснюване не доктринально, а офіційно — це не банальна судова справа, а найскладніша категорія юридичних справ, а тому онтологічна й епістемологічна методології можуть привести в цій сфері до нових результатів. Чи є тлумачення Конституції лише онтологічною або також і епістемологічною проблемою? З цього питання виникла відома дискусія між О. Пферсманном і М. Тропером¹, яка привернула увагу юристів усієї Європи.

Коли офіційні органи держави здійснюють тлумачення Конституції, то який характер має їх діяльність — пізнавальний, або ж це є актом політичного волевиявлення, що жодним чином не стосується епістемології? Ось те філософське питання, яке опинилося в епіцентрі дискусії між двома знайомими французькими теоретиками конституційного права². Розв'язання цього питання має важливе практичне значення для юриспруденції, особливо для тих її розділів, які займаються теорією юридичної аргументації, і для юридичного джерелознавства. Якщо схилитися до думки, що акт офіційного (судового) тлумачення Конституції є актом (наукового) пізнання, тоді з'являється більше можливостей для розширення кола соціальних, економічних, культурологічних, соціологічних і наукових проблем, які досліджуються при цьому. Таким шляхом йдуть вищі суди у країнах загального права. Якщо ж розглядати судові тлумачення Конституції крізь призму акта волевиявлення, як це робить М. Тропер, тоді пізнавальні можливості не обмежуються простором самого лише юридичного концептуалізму. Основна теза М. Тропера — суддя здатен пізнавати тексти, але пізнаючи їх, він стикається з непереборним полісемантизмом, безліччю значень, серед яких він робить власний (автентичний) вибір. З цього погляду суддя в концепції М. Тропера у своїх пізнавальних можливостях майже нічим не обмежений, він не пов'язаний юридичними концепціями й навіть нормами законодавства, відтак при тлумаченні може брати до уваги все що завгодно, включно з економікою, культурою, соціологією. І цим шляхом йдуть вищі суди континентальної Європи. Отже, для судів країн загального права властивий екстерналістський підхід до проблеми тлумачення конституцій, тоді як для судів країн континентального права характерний інтерналістський підхід.

Послуговуючись іншою термінологією, суди країн із системою загального права більш схильні до так званого судового активізму, а на континенті — до доктрини самообмеження судів у процесі тлумачення.

¹ Ця дискусія викладена у трьох наступних статтях: [2; 3; 4].

² Друга дискусія про сутність офіційного судового тлумачення виникла між Р. Гуастіні і К. Альчурроном. Див.: [5]. Ця стаття виникла внаслідок дискусії, що відбулася в червні 1995 р. під час відвідування К. Альчурроном Генуї. К. Альчуррон є прихильником «змішаної» теорії інтерпретації, згідно з якою судову інтерпретацію можна розглядати і як процес пізнання, і як офіційне волевиявлення, залежно від того, в якій категорії юридичних справ здійснюється тлумачення — у складних або простих. Р. Гуастіні більше схилився до когнітивної теорії тлумачення, яка припускає, що інтерпретація законів є пізнавальною діяльністю, різновидом емпіричних знань про текст або про значення, об'єктивний смисл цього тексту або про суб'єктивні наміри законодавця.

Зазвичай, характеризуючи російський Конституційний Суд, відзначають його активізм. Ця обставина вимагає осмислення з філософсько-правової перспективи.

Чи не є офіційне тлумачення Конституції амальгамою з добросовісної помилки й наївного лицемірства? Чи можливо, що й М. Тропер, і О. Пферсманн помиляються? Чи може акт судового тлумачення і його результат у формі правової позиції бути водночас актом волевиявлення (тобто якоюсь мірою актом волюнтаризму) і актом-результатом наукового пізнання, тобто мати доктринальну природу? Здійснена нами спроба відповісти на ці запитання і становить основний зміст цієї статті.

З точки зору російської Конституції, її офіційним тлумаченням має право займатися лише Конституційний Суд за запитом зазначених у ч. 5 ст. 125 Конституції Російської Федерації осіб. Оскільки ця діяльність здійснюється Конституційним Судом, то вона є різновидом діяльності зі здійснення правосуддя¹. Чим же відрізняється судова діяльність від діяльності законодавчої, а також пов'язаної з виконанням законів? М. Тропер звернув увагу на те, що політична діяльність законодавчих органів цілковито залежить від особистих переваг, і в цьому сенсі є діяльністю упередженою. Саме їй можна протиставити неупереджену юрисдикційну діяльність судів із справедливого, незалежного, об'єктивного здійснення правосуддя. Юристи зробили вагомий внесок в успіх цього «забобонного протиставлення своєю особливою ідеологією, а саме теорією юридичного силогізму» [6, с. 4].

Відповідно до цієї теорії, що отримала поширення з XVIII ст.², судові рішення більш об'єктивні, в них воля судді відіграє незначну роль, оскільки судові рішення як кінцевий результат актів правосуддя є результатом силогістичного умовиводу, в якому закони та інші джерела права, заздалегідь відібрані і офіційно визнані в цьому статусі, утворюють великий засновок, а фактичні обставини конкретної судової справи – малий. Прийняття судових рішень зводиться до механічної операції, в якій свободі розсуду й особистій упередженості судді місця немає. Саме це мав на увазі Ш.-Л. Монтеск'є, коли писав, що повноваження суду є деякою мірою нікчемними. Згідно з цією класичною теорією правосуддя, функція, здійснювана юрисдикційним органом, не має політичного характеру, оскільки полягає не у створенні, а лише у застосуванні заздалегідь відібраних джерел права.

Ця концепція є ядром юридичного світогляду, найважливішою частиною того, що являє собою юридичний концепт.

У правовій дійсності відбувається перетворення речового світу. Внаслідок юридичного сприйняття дійсності, формування особливого роду мислення – юридичного мислення – відбувається відображення дійсності в цьому збідненому й кривому дзеркалі. Право – це вельми спотворене дзеркальне відбиття дійсності, оскільки неминуче послуговується різного роду фікціями, символами. Правопорядок, як і моральний порядок, на думку М. Алексєєва, «сам по собі

¹ Відповідно до ч. 1 ст. 118 Конституції Російської Федерації правосуддя здійснюється лише судом.

² Про цю теорію див.: [7; 8, с. 50].

є фікцією». Основні моральні та юридичні поняття — це різновиди практичних фікцій» [9, с. 21].

Отже, юридичні поняття — це «символи», які є частиною особливого простору. Це правовий знаково-символічний концептуальний простір, який пройшов тривалий історичний шлях розвитку. У традиціях цього напрямку юриспруденції було прагнення до граничної автономізації правового концептуального простору, відгородження його від інших наукових дисциплін. Це типово концептуальна юриспруденція, за висловом Р. Іерінга, — «юриспруденція понять». Юристи створили автономний, замкнутий світ правових понять і вважали, що право може бути вільним від суб'єктивних суджень правозастосувача, оскільки правовий концептуальний простір дозволяє отримати розв'язання правової проблеми у всіх мислимих випадках за допомогою застосування об'єктивних методів (наприклад аналогія закону або права), в рамках замкнутої логічної системи юридичних норм.

Тут власне і виявляється практична значущість цих, здавалося б, гранично абстрактних онтологічних категорій. Категорії правової онтології, виявляється, володіють величезним методологічним потенціалом. Більше того — від них залежить сам тип юридичного світогляду.

В основі концептуалізму в конституційному праві міститься ідея про те, що в тексті конституцій використовуються слова, словосполучення, що виконують роль якихось символів, що викликають в освічених юристів¹ миттєві асоціації з системними юридичними ідеями, концепціями (як доктринальними, так і судовими). Такими символами (або знаками) є слова «демократія», «республіка», «правова держава», «соціальна держава», «народ» тощо. Для пояснення можна порівняти конституційний текст зі стенографією, тобто способом швидкісного письма, заснованого на застосуванні спеціальної системи знаків і скорочень слів і словосполучень, що дозволяє раціоналізувати техніку письма. Текст Конституції відрізняється стислістю, ємністю, багатозначністю — і це все способи раціоналізації техніки правозастосування цього тексту. Конституційне право, якщо мати на увазі раціональне співвідношення між текстом і доктринальними уявленнями про знаки, з яких цей текст складається, відрізняється від інших галузей права своєю стенографічністю, це стенографічне право! Звичайно, у різних «символах» у конституційному тексті різний обсяг юридичної інформації, що ховається за ними. Його можна вимірювати, використовуючи поняття «інтерпретаційний радіус символу» — норми Конституції. Відповідно, знаки, символи в тексті Конституції можна уявити як кола з різними радіусами: коло, утворене символом «правова держава» буде більшим, ніж коло символу «світська держава».

Використання символів — це складова культурної спадщини всього людства. Символи як елемент та інструмент культури є предметною сферою спеціальної сфери гуманітарного знання — культурології, в якій культура (що охоплює і правовий концепт) загалом трактується як особлива символічна реальність, що існує паралельно з реальністю життя. У «Філософії символічних форм» Е. Кассіер, представник Марбурзької школи неокантіанства, ототожнює навіть культуру людства і символічну реальність. Вплив ідей Е. Кассієра

¹ В оригіналі: «просвещенных юристов». — *Прим. наук. ред.*

можна побачити у філософії права Г. Радбруха, М. Алексєєва, у працях сучасних авторів, таких як П. Шлаг. Це ідея про образи у праві, про естетику права та ін.

Символи в культурі передбачають наявність спеціальної методології «розшифрування» того смислу, який свідомо, а іноді й несвідомо був наданий об'єкту культури. Оскільки символи у праві майже завжди є результатом свідомої творчості (що лежить в основі будь-якої культури, в тому числі й юридичної), в юриспруденції поняття «розшифрування смислу задуму» було замінено на окремий випадок такого розшифрування — на поняття витлумачення юридичних норм, хоча, по суті, це однорідні феномени.

У культурі можна виокремити три типи передачі повідомлень: прямий (коли існує однозначний зв'язок знака і його смислу), непрямий (коли знак, символ має полісемантичну форму, з фіксованим смислом, але яка не виключає вільної інтерпретації значення, смислу знака) і символічний (полісемантична форма, що має смисл тільки як заданість межі інтерпретації) [10, с. 538]. З цих трьох типів передачі інформації у сфері культури останній символічний тип має для конституційного права найбільше значення, оскільки, здавалося б, однозначна, неполісемантична форма (норма), що знаходиться в культурному контексті та особливо перебуваючи в правовому просторі, який завжди означає появу фактора часу, перетворюється на символ із практично безмежною перспективою інтерпретації.

Концептуалізм у праві — це, по суті, юридичний позитивізм, який виходить з того, що у складному, багат шаровому правовому просторі існує лише одна, а не кілька структур — і це позитивне право, яке базується на юридичних символах — поняттях, конструкціях, фікціях. Право для позитивістів — це передусім правові поняття, і найважливіші з них — об'єкт прав (річ), суб'єкт прав, праввідносини, вина, воля, джерело права, відповідальність та ін. Всі вони апіорні за своєю природою, первинні, це не результат, а інструмент науки. Правові поняття не випадково являють собою узагальнену сукупність правових явищ, а необхідні категорії юридичного мислення, які міфологізують реальну дійсність, оскільки оперують апіорними поняттями, і які мають оцінковий характер, оскільки спрямовані на впорядкування відносин між людьми за допомогою відмежування юридично істотного від юридично нейтрального. Юридичний концепт з'явився тоді, коли римські юристи створили поняття суб'єкта права — *persona*, який є юридичним символом. Це не реальна, біологічна людина, а правова істота.

Так виник юридичний концептуальний простір, який має бути визнаний одним із основних категорій онтології права.

Історично концептуальний простір конституційного права виник в епоху за доби Великої французької революції, коли філософи-енциклопедисти обговорювали, що ж таке «свобода — рівність — братерство». Ці ідеї стали загальними, коли частково трансформувалися у тоді ще провінційний колоніальний американський конституціоналізм. Американське суспільство, вільне від безлічі суспільних забобонів, породило нову різночинну політичну еліту, яка висунула ідею про спільні конституційні цінності. І вже після Другої світової війни виник єдиний для цивілізованих націй конституційно-правовий концептуальний простір. Він виник, коли був досягнутий найважливіший консенсус щодо основних

прав і свобод людини, виник загальноприйнятий погляд на те, що таке правова держава, поділ влади та ін.

Пропоноване поняття «конституційно-правовий концептуальний простір» може слугувати основою для розвитку нового напрямку в дослідженнях конституційно-правової онтології. Методологічна цінність пропонованого поняття зумовлена тим, що з його допомогою у науковий обіг впроваджується невластиве для юриспруденції *просторово-часове мислення*, яке може дати нові й несподівані результати. Використання для опису доктринальної юриспруденції такої характеристики, як знаково-символічна, має на меті розкрити той вельми важливий для онтології факт (або феномен), що в тексті Конституції використовуються слова-символи.

Як уже зазначалося, реальність — це минуле, теперішнє і майбутнє буття. Конституційно-правова реальність також повинна розглядатися як триєдність минулого — теперішнього — майбутнього. При цьому простір конституційно-правової реальності не може бути обмежений рамками однієї держави. По суті, це специфікація ідеї Г. Еллінека про те, що правознавство принизиться, якщо вмістить себе в державні межі й залишатиметься наукою самого лише національного права [11, с. 47].

Створивши правовий концептуальний простір, відокремивши його від інших гуманітарних сфер за допомогою понять права, фікцій, конструкції, юристи почали послугуватися особливою езотеричною, одним лише їм зрозумілою, мовою. Правовий простір став стрімко віддалятися і відокремлюватися від економічного, етичного просторів. Юристи вбачали у цьому якусь особливу чесноту, вони пишалися тим, що створили світ права, відмінний від світу, створеного філософією або релігією. Але в кінці XIX ст. юристи знову повернулися до ідеї природного права. У Німеччині Р. Штаммлер [12], а в Росії Л. Петражицький та П. Новгородцев відродили «нове природне право». Юридичний позитивізм став слабшати й завдяки зусиллям школи вільного права (Жені, Салейль у Франції, Губер у Швейцарії), і школи правового реалізму в США (Холмс, Ллевеллін та ін.) Виник дух критицизму, з'явилися сумніви в тому, що, зокрема, поняття «джерело права» охоплює лише акти позитивного права. Ідею про самодостатність та автономність права піддав критиці і Р. Ієрінг [13], в якого виник сумнів в основоположній для пандектистики ідеї про те, що право є деякою об'єктивною трансцендентною реальністю, яку суддям залишається лише пізнавати і відкривати, оскільки у праві вже наперед, апіорно закладена істина. Тим самим він попереджав про крайнощі сформованого у праві концептуалізму і доктриналізму. У певному сенсі це було атакою на концепцію позитивного права. Р. Ієрінг запропонував виявити у праві його мету. Він її вбачав у раціональності права, а не в формально-логічній метафізиці юридичних понять.

По суті, пропонована нами онтологічна категорія «конституційно-правовий концептуальний простір» може мати кілька функцій. Цей простір, зокрема, демонструє, що й у сфері конституційного права юридичний позитивізм як спосіб розв'язання конституційно-правових проблем залишив помітний відбиток. Обмеженість його в конституційному праві, на нашу думку, полягає в тому, що він ґрунтується на помилковій думці, припускаючи, що конституційне право сягнуло такого високого рівня розвитку, що є самодостатнім, і з огляду на це

може розвиватися на власних підставах. Конституційне право надто сильно відривається від реального життя й починає оперувати умовними конструкціями. Суб'єкти, що реально володарюють, прикриваються умовними поняттями «народ», «народовладдя». Реальний світ підміняється світом символів. Конституціоналісти надто багато уваги приділяють знаково-символічній концептуальній реальності, а не реальності життя.

Усе викладене вище не слід розуміти як деяке негативне ставлення до концептуалізму (доктриналізму) в праві. Створений юристами світ юридичних знань, що пояснює знаки-символи в текстах конституцій, — це загальносвітове досягнення, яке засвідчує самостійність права. І саме онтологічний аналіз обґрунтовує й доводить цю самостійність. Право не може мати синкретичного характеру. Безмежна дифузія правового простору й етичного може лише зашкодити праву. Право має бути неупередженим, тому для права небезпечні такі прояви, як палке горіння серця, надмірна доброта, м'якість, патерналізм. Правова держава — як основний символ конституційно-правового концептуального простору — це насамперед неупередженість, абсолютно рівний підхід до окремих людей, соціальних прошарків. Все-таки у цьому просторі принцип (знак, символ) правової держави знаходиться дещо вище, ніж інший знак-символ — соціальна держава.

Отже, у процесі тлумачення Конституції суддя має справу зі своєрідним «стенографічним» правом, яке в тексті Конституції за допомогою слів-символів відсилає, подібно до бланкетних норм у звичайних законах, і на відміну від них — не до інших юридичних норм, а до глибоких доктринальних і судових концепцій.

Звернемо увагу на вельми важливу для розуміння природи тлумачення Конституції обставину, — а саме на те, що процес тлумачення норм Конституції найменше підлягає дії теорії юридичного силогізму. Й справді — чи багато існує юридичних норм, що встановлюють правила тлумачення Конституції? Чи не дає це спостереження підставу припустити, що тлумачення Конституції — не проста юрисдикційна діяльність, а діяльність, заснована на науковому пізнанні дійсності? Гадаю, що використовувані мною категорії онтології права допоможуть розібратися у складному для права епістемологічному питанні, ще раз підтверджуючи філософську ідею про те, що в остаточному підсумку будь-яка онтологічна проблема постає також проблемою епістемологічною.

У Конституції Росії немає норм про правила тлумачення Конституції (*interpretative provisions*), подібних до тих, які містяться у Дев'ятій поправці до Конституції США. Водночас у тексті Конституції є щонайменше три важливих правила про тлумачення Конституції.

У частині 1 ст. 55 Конституції Росії вказується, що перелічення в главі 2 Конституції основних прав і свобод не повинно тлумачитися як заперечення чи применшення інших загальновизнаних прав і свобод людини і громадянина. А в статті 2 сказано, що «людина, її права і свободи є найвищою цінністю. Визнання, дотримання і захист прав та свобод людини і громадянина — обов'язок держави». Якщо ці дві статті розглядати у взаємозв'язку, можна припустити, що існують дві юридичні реальності: а) реальність закріплених у главі 2 Конституції прав і свобод; та б) реальність інших прав людини, поки що не визнаних, але які держава повинна визнати як шляхом прийняття законів, укладення міжнародних договорів, так і шляхом судового визнання, включно із

поширювальним тлумаченням норм Конституції. (У Канаді таке тлумачення має назву «*generous interpretation*», тобто інтенсивне тлумачення [14, с. 87].)

Права людини зароджуються і стають реальністю, усвідомлюються людьми, які живуть в суспільстві. І ці права, що виникають у «відкритому суспільстві тлумачів Конституції», становлять самостійну об'єктивну систему цінностей, яка існує паралельно з визнаними в Конституції, поійменованими в її тексті правами і свободами. Знання про це дозволяє вільно тлумачити Конституцію і визнавати нові права.

Друге правило тлумачення міститься в преамбулі Конституції і його можна виявити в словах, від яких віє деякою патетикою: «Ми, багатонаціональний народ Російської Федерації, шануючи пам'ять предків, що передали нам любов і повагу до Батьківщини, віру в добро і справедливість». Це положення подібне до положення із секції 27 Канадської хартії прав і свобод, відповідно до якого Хартія повинна бути витлумачена так, щоб зберегти і зміцнити мультикультурну спадщину канадців. (Нині подібне положення з'явилося в преамбулі нової Конституції Угорщини.) Очевидно, що облік таких обставин при тлумаченні вимагає шанобливого ставлення до традиції, до *mores* у філософсько-правовому та соціологічному смислі цього латинського слова. Це не те правило тлумачення, яке зазвичай має назву історичного тлумачення Конституції. Тлумачення положень Конституції з урахуванням історичної матриці означає, що тлумачення має творчий, креативний характер, що інтерпретатори мають значну свободу в тлумаченні.

Слова про багатонаціональний народ Росії, який шанує пам'ять предків, — це не просто піднесена фраза, вони мають глибокий юридичний смисл, це один з інструментів, що використовуються при тлумаченні Конституції. Що означає «пам'ять предків»? Чи передали вони нам щось, окрім любові і поваги до Батьківщини? Чи є у переданій спадщині *mores*, чи йдеться тільки про етичну або також і про юридичну субстанції? Чи можна уявити, що за допомогою цих важливих слів з преамбули Конституція позначає генетичні зв'язки права і влади з історичним минулим країни, які з огляду на це володіють своєю рідною силою інерції, будучи постійно присутніми в правовій свідомості? І чи не є Конституція Росії не лише кодифікацією найважливіших юридичних норм про владу, устрій громадянського суспільства, багато з яких реципійовані із західного конституційного права, а й кодифікацією невидимого права, що передане нам попередніми поколіннями росіян? Категорія «невидимого права» є відображенням явища, що реально існує у правовому просторі та, ймовірно, може розглядатися як самостійна структурна онтологічна одиниця.

Третє правило є найбільш цікавим для вироблення тлумачення: нормативною системою тлумачення Конституції є проблема вибору при конкуренції рівнозначних конституційних цінностей. Йдеться про справи, що розглядаються в Конституційному Суді, коли доводиться вирішувати, якому з основних прав необхідно надати пріоритет. Приклад — чи то праву на свободу інформації, чи то праву на приватне життя; чи то свободі вираження думки в ході виборчої кампанії, чи то свободі вибору. Якими цінностями при цьому слід керуватися, і чи містяться вони в самій Конституції або ж поза нею? Це сфера аксіології конституційного права, яка має дуже важливе значення для вироблення нормативної системи тлумачення Конституції.

Інтерпретація основних прав і конституційних принципів у процесі застосування принципу пропорційності (див.: ч. 3 ст. 55 Конституції Росії) змушує замислитися, а чи не є здійснюване суддями балансування рівноцінних основних прав і принципів чимось більшим, аніж звичайне тлумачення? Чому судді впевнені, що їх чисто суб'єктивна оцінка того, яким повинен бути баланс конституційних прав і принципів, є більш точним, ніж той, що був знайдений законодавцем, якого обрано демократично? Для мене немає сумніву, що коли судді підмінюють баланс, знайдений законодавцем, власними уявленнями про те, чому віддати перевагу, — публічному інтересу чи приватному, праву на свободу вираження поглядів або праву на недоторканність приватного життя, судді займаються конституційною політикою, а не конституційно-правовим тлумаченням законів, що перевіряються на конституційність.

У дусі властивого для юриспруденції лицемірства, юристи дотепер називають ці акти власного волевиявлення «тлумаченням». Але у цьому випадку цей юридичний термін лише приховує справжню реальність того, що відбувається в конституційно-правовій дійсності, а тому краще було б відмовитися від його використання.

Отже, один із моїх основних висновків — це висновок про те, що те, що зазвичай називається тлумаченням Конституції, — це юридична фікція, яких багато в праві. Г. Радбрух недаремно писав про феномен фікціонізму в праві. Американські юристи винайшли невдалий евфемізм «судовий активізм». І це теж неточно. Кажучи строго юридично, балансування рівноцінних конституційних принципів, яке здійснюється суддями вищих судів, — це одна з форм конституційної політики. І ця ідея перебуває в річищі вимоги про відповідність фактичної і юридичної Конституції.

На нашу думку, вкрай цікаво було б розглянути акти тлумачення Конституції з перспективи отримання інформації про структуру правової реальності. Якщо власне юридичних правил — стандартів тлумачення Конституції не так вже й багато, то виникає запитання, як народжуються ці акти, що реально є джерелом їх виникнення й чи не є вони своєрідним індикатором того, що являє собою правова реальність, як інша, більш широка категорія онтології права, що включає у свій логічний обсяг, зокрема, й правовий концептуалізм? Які аргументи використовують судді Конституційного Суду при офіційному тлумаченні норм Конституції, і чи можна з аналізу цих аргументів виявити ту численність шарів, з яких складається правова реальність? Для мене безсумнівним є одне: правова реальність не може бути зведена до одного з її пластів — до позитивного законодавства, яке взаємодіє з іншими її пластами, що разом створюють певний культурно-правовий контекст.

Цей взаємозв'язок можна наочно виявити в тих випадках, коли має місце поширена в російському законодавстві трансплантація норм з іноземного правопорядку¹.

Правова норма в її сучасному розумінні не може існувати поза культурно-правовим контекстом, з якого вона запозичена. Правова норма перебуває

¹ Про юридичну трансплантацію див.: [15, с. 111; 16, с. 97; 17, с. 163; 18, с. 88]. Згідно з колишньою концепцією, історія права — це здебільшого історія запозичень і асиміляції ідей з інших юридичних систем, пор.: [19, с. 94]. Пор. також: [20].

в невидимих логічних, історичних, соціальних зв'язках з реальністю, вона є лише частинкою правового життя. Це поняття використовується у філософії права Г. Радбруха. Він розрізняє правову науку у вузькому та широкому розумінні. Перша займається правопорядком, і передусім нормативним порядком. Предметна сфера такої правової науки обмежується позитивним правом, це сфера догматичної юриспруденції. Її не цікавлять проблеми правового життя, правові факти, вона зосереджується на правових нормах. Правопорядок, правові норми, — писав Г. Радбрух, — це поняття, що прямо пов'язані з цінністю, це феномени, які за своєю суттю покликані служити справедливості. Правове життя, правові факти — поняття, що мають опосередковане відношення до цінності... [21, с. 127].

Поняття культурно-правового контексту юридичної норми може бути використано як інструмент для виявлення онтологічної структури правового життя, правової реальності. Зазвичай правова норма розглядається як функція, як похідна від волі законодавців. При цьому під останньою мається на увазі колективна воля депутатів парламенту певного скликання. Гадаю, що таке розуміння волі законодавця, від якої залежить буття норми, є помилковим. Роль юридичної норми в житті суспільства настільки важлива, що її не можна пов'язувати з колективною волею лише законодавців. Вона є похідною від волі народу, розглядуваної в суто юридичному сенсі, і від волі держави. Воля держави проявляється насамперед у всій системі юридичних норм, що представляють логічну систему, побудовану на певних принципах. За допомогою цієї системи можна виявити мету прийняття конкретного закону, а сукупність законів дозволяє побачити загальний зміст усього законодавства. Воля держави виявляється не лише за допомогою волевиявлення депутатів парламенту, а й завдяки зусиллям суддів, які часто виявляють смисл юридичної норми з огляду на ті загальні цілі, досягнення яких прагнув законодавець, приймаючи закон. Інколи згадані цілі складно встановити, якщо керуватися самим лише текстом окремої норми. Пропоноване уявлення про поняття «воля народу», «воля держави» є базовим для конституційно-правового концептуалізму. Воно допоможе краще зрозуміти завдання, що стоять перед офіційним судовим тлумаченням Конституції. Більше того, і відповідь на питання, чи є судове (офіційне) тлумачення Конституції когнітивним, перш за все залежить від правильного розуміння поняття «воля держави». Найважливіше — це те, що воля держави як концептуальне юридичне поняття перебуває не в просторі реальної дійсності, в якій мешкають біологічні істоти — люди: депутати, спеціалісти та ін. Такий підхід — як спробу виявити людський субстрат стосовно поняття «воля законодавця», як вузькорéalістичний підхід до права — в юридичному концептуальному просторі подолано. У конституційно-правовому концепті поняття «воля держави», виражена в законі, та воля, на яку орієнтується суд при інтерпретації закону, має автономний, суто юридичний характер. Поява його була об'єктивно необхідною. Річ у тім, що юридичні норми з плином часу постійно застарівають через те, що суспільні відносини в реальній дійсності перебувають в постійному розвитку. Для цілей правового регулювання суспільних відносин необхідно, щоб приписи мали ясний, несуперечливий, зрозумілий характер. Поява нових суспільних відносин зазвичай призводить до виникнення прогалін у правовому регулюванні.

Позитивне право не завжди надає рішення для будь-якого розглядуваного казусу. Зазвичай у випадках, коли мова йде про прогалини, насправді йдеться про те, що в законі відсутні приписи, що містять винятки із загальних правил для особливих випадків. Заповнення прогалин означає, що суддя задля особливих життєвих випадків переступає через загальне правило, знаходить для них нову норму, найчастіше розвиваючи положення вже існуючих спеціальних приписів [22, с. 621]. Припустимо, що в судовій практиці переважала б та точка зору, яку ми позначили як вузькореалістичне розуміння смислу поняття «воля законодавця». Тоді в кожному окремому випадку неясності закону необхідно було б звертатися до законодавців для з'ясування їх, законодавців, волі, яку вони мали на увазі при його створенні. Але законодавчі органи працюють в рамках певних циклів, протягом яких людський склад органу змінюється. Через ряд факторів у такому випадку довелося б витратити велику кількість часу і сил на з'ясування волі в умовах колективного волевиявлення. З економічного погляду, це вельми витратний захід. Тому коли з'явилося суто юридичне поняття «воля законодавця», юристи, конструюючи його таким чином, що звернення до обставин прийняття закону є лише одним із кількох можливих способів тлумачення, по суті виходили з необхідності раціонального розпорядження ресурсами часу і грошей. Навіть у тих вкрай малоймовірних випадках, коли голосування при прийнятті закону відрізняється рідкісною одностайністю, то і в такому випадку немає гарантії, що буде повний збіг між тим, що мається на увазі в юридичному концепті під «волею законодавця», тобто поняттям з правової реальності, і тим поняттям «колективна воля законодавців, які приймали закон», яке стосується іншої реальності — реальності життя — і яке вивчається методами соціології.

Сконструйоване юристами у створеному ними фіктивному концептуальному просторі поняття «воля законодавця» має специфічний смисл, який цілком інакше, ніж у соціології, орієнтує пізнавальний процес суддів. Ті вчені, які не бачать різниці між правовою реальністю і реальністю життя, які дотримуються позицій вузькореалістичного розуміння права, доводять, що поняття «воля законодавця (держави)» є абсурдним. Але на що саме має бути спрямована когнітивна активність суддів у випадку неясності смислу юридичного тексту? Як розпізнається воля держави? Звернемо увагу на те, що судові рішення оголошуються від імені держави. Що це — певна традиція або ж елемент системи, яку ми називаємо юридичним концептуалізмом, як явище у сфері правової реальності, що утворює у сфері вищої реальності, реальності життя якийсь анклав? Специфічний юридичний зміст поняття «воля законодавця» відрізняється від аналогічного поняття¹, яким оперують в соціальній психології або в соціології, тим, що воно не визнає фікцію у вигляді уявного єдиного образу єдиної волі законодавців. Воля законодавця є не засобом тлумачення, а його метою і результатом, — писав Г. Радбрух, і це твердження повністю відповідає юридичному концепту [21, с. 128–129]. Метою судового тлумачення та виявлення волі законодавця є підтримка системності у праві, це об'єктивна потреба підтримання правопорядку в несуперечливому стані. Отже, за такого підходу до офіційного тлумачення Конституції виявляється, що вся діяльність з виявлення волі зако-

¹ Про це писав Е. Цительман у своїй праці «Юридичне волевиявлення» (1878 р.).

нодавця, зокрема законодавця конституційного, форматується принципом правової визначеності. При розв'язанні завдання, пов'язаного з апріорною необхідністю виявлення волі законодавця, з'ясування смислу норми передбачає одночасно й систематизоване з'ясування смислу всього правопорядку. В результаті такої специфічно-юридичної пізнавальної діяльності, спрямованої на з'ясування волі законодавця, предметною сферою цієї діяльності виявляється не дослідження колективного волевиявлення, а системних зв'язків між різними нормами позитивного права, а також між різними онтологічними структурами правової реальності. Наслідком цієї особливої когнітивної діяльності може стати й такий результат, якого спочатку законодавець не мав на увазі. Суд може краще зрозуміти і сформулювати юридичну норму, аніж творці закону, закон насправді завжди мудріший від своїх розробників, оскільки він потрапляє в систему юридичних норм позитивного права і перебуває в контексті інших шарів правової реальності, що розрізняються між собою за критерієм формальної визначеності. Позитивне право як середній шар правової реальності має ознаки формальної визначеності. Що ж до загальних принципів права, звичаїв, традицій, юридичних судових та доктринальних концепцій, то вони утворюють вищий і нижній шари правової реальності та характеризуються формальною невизначеністю.

Цілком має рацію Г. Радбрух у своєму висновку про те, що «юридичне тлумачення — не переосмислення того, що задумане, а остаточне осмислення того, що продумане» [21, с. 131]. Воно, — пише Г. Радбрух, — відштовхується від «філологічної інтерпретації закону, щоб якомога швидше здобути самостійність — подібно до корабля, що йде в плавання, який лоцман веде за визначеним маршрутом через портові води, а потім капітан «кладе» на власний курс у відкритому морі». Воно поволі трансформує умоглядності законодавця в норми, які тлумач установив би, «якби він сам був законодавцем», відповідно до формули славнозвісного вступного параграфу Швейцарського ЦК. Воно — це така, що не розкладається на елементи, суміш теоретичного і практичного, пізнаваного і творчого, непродуктивного та продуктивного, наукового та інтуїтивного, об'єктивного і суб'єктивного. Якою б мірою тлумачення не було практичним, творчим, продуктивним та інтуїтивним, воно, тим не менш, зумовлене змінюваними потребами права. Тому зміст волі законодавця, встановлення якої є метою і результатом тлумачення, не закріплюється ним на вічні часи, а здатний відповідати на змінювані з часом правові потреби і питання набуттям нового значення. Не слід думати, що воля законодавця — одноразове волевиявлення, що втілилося в законі. Вона — «довгочасна, закононосна воля», здатна до постійних змін. «Законодавець, — говорить Т. Гоббс, — це не той, чиєю владою закон вперше виданий, а той, чиєю волею він продовжує залишатися законом» [23, с. 207]. Суддя не повинен надавати надмірного, абсолютного значення тексту юридичної норми. Він має розуміти, що якась існує деяка об'єктивна реальність у вигляді амбівалентності багатьох слів, з яких складається юридична норма.

Двоїстість смислу слова — це явище, яке виникло тоді ж, коли виникла мова як спосіб комунікації між людьми. Саме тому з'явилася наука про тлумачення — герменевтика. Герменевтика як галузь філософського знання здійснила онтоло-

гізацію символів і знаків, звернувши увагу не лише на значення знака, скільки на нескінченний, але законосумірний¹ процес його інтерпретації². Життя, що розвивається, не лише змінює слова, а й змінює смисл старих слів. Г. Радбрух звернув увагу на те, що духовні промови, що вимовляються з нагоди яких-небудь подій, містять певні слова священних текстів, у які весь час вкладається новий смисл, залежно від ситуації, без огляду на їх первинний смисл. У цьому смисловому багатстві та розмаїтті укладена неминуха життєвість біблійних слів. Але так і в словах юридичних норм присутня особлива вітальність, заснована на тому, що можна змінювати первісний смисл слів, які використовуються в юридичному тексті, з огляду на загальну мету, що стоїть перед правовим регулюванням. Дотримуючись сакральної традиції шанування священних текстів, юристи хитромудро перенесли цю традицію і на юридичні тексти. Так з'явилася конституційно-правова ідея про незмінність Конституції (див. ч. 3 ст. 135 Конституції Росії). Потреба в зміні, модифікації юридичних слів відповідно до умов, що змінюються в реальному житті, задовольняється за допомогою конструювання уявлень, створюваних шляхом виявлення нового юридичного смислу в старих словах. Г. Еллінек одним із перших звернув увагу на відмінність юридичних понять «зміна» і «перетворення» конституцій. Як відомо, незмінність Конституції проявляється у складності внесення законодавчих змін до її тексту. З огляду на це розрізняють складнозмінювані, «жорсткі» й «гнучкі» конституції. Зміна, на думку Г. Еллінека, — це внесення змін до тексту Конституції. При перетворенні Конституції конституційний текст залишається незмінним, але змінюється юридичний зміст конституційної норми. По суті, це окремий випадок відомої судової доктрини про необхідність переваги юридичного змісту над словесною формою. Залишається з'ясувати, в результаті яких правових фактів стає можливим перетворення Конституції? Більшість вчених-конституціоналістів перебувають у полоні метафізичної омани, вважаючи, що цим правовим фактом є офіційне тлумачення Конституції [25, с. 179]³. Насправді ж, реально перетворення Конституції у результаті особливої форми юрисдикційної діяльності виходить далеко за межі того, що зазвичай визнається тлумаченням літературного тексту. Саме поняття «тлумачення», що має свою метафізичну генетику та історію, лише перешкоджає правильному пізнанню правової реальності. Юрисдикційний орган — Конституційний Суд, що має відповідні повноваження, використовує широкий набір таких аргументів, до яких не звертаються звичайні суди, і на їх основі виявляє неявний смисл, що міститься в тексті Конституції. Образно кажучи, Конституційний Суд виявляє потаємне подвійне дно, потрійне дно! Текст Конституції при цьому, згідно з давньою сакральною традицією, розглядається як джерело неявних конституційних знань, які умож-

¹ В оригіналі: «законосообразный». — *Прим. наук. ред.*

² Див. докладніше про це: [24].

³ Щоправда, авторка констатує, що тлумачення Конституції, на відміну від інших видів тлумачення, особливо близьке до правотворчості. Більше того, вона вважає, що якщо сприйняти широке трактування права, то в низці випадків слід говорити саме про формування права у процесі інтерпретаційної діяльності такої високої інстанції, якою є Конституційний Суд. При цьому вона визнає, що при тлумаченні не виключений деякий суб'єктивізм.

ливлюють здійснення процесу конституційно-правового пізнання, що є різновидом наукового пізнання, майже нескінченно. Як нескінченним є і процес пізнання взагалі! Результат цього пізнавального процесу, з огляду на офіційний статус органу, який здійснює пізнання, оголошується таким, що має особливе правове значення, і цим судове пізнання відрізняється від наукового. Воно закріплюється шляхом отримання особливого правового статусу – статусу правової позиції Конституційного Суду. По суті, з огляду на їхню реальну роль у правовій реальності, правові позиції Конституційного Суду, будучи насамперед актами пізнання, тим не менш, містять вторинні правові ідеї, принципи, веління, що мають загальнообов'язкове значення. Це – кристалізоване право, а тому правові позиції Конституційного Суду, безумовно, є джерелом права¹. Але тоді необхідно відкинути уявлення про те, що перетворення Конституції є результатом лише тлумачення літературного юридичного тексту. Щось тут, у цьому розумінні, не відповідає реальній правовій дійсності. Ці уявлення засновані на помилковому й такому, що вносить плутанину, застосуванні метафізичного поняття «тлумачення».

Аналізуючи процес перетворення (модифікації) законів, переконуєшся в геніальній прозорливості М. Гайдеггера, який попереджав, як сформовані в науці метафізичні поняття можуть спотворювати процес пізнання. М. Гайдеггер у своїй фундаментальній онтології пропонував вдвлятися в етимологію слів і в смисл наукових понять, порівнювати їх з тим, що відбувається в бутті. М. Гайдеггер аналізував етимологію слів і смисл понять, порівнюючи їх із буттям у всьому його різноманітті.

Для юристів такий «розгляд під мікроскопом» юридичних понять віддавна є звичною справою, будучи складовою юридичної герменевтики. Юрист не просто читає юридичну норму «Житло недоторканне» (ч. 1 ст. 25 Конституції Росії). Він одразу звертає увагу на те, що в тексті Основного закону використано досить архаїчне слово російської мови. Сьогодні не кажуть «я купив житло», натомість говорять – я купив квартиру, дачу, будинок. Це юридичне поняття зустрічається у житловому, цивільному, кримінально-процесуальному тощо законодавстві, причому кожного разу воно набуває різного юридичного смислу. І лише в тексті Конституції у цьому понятті, гранично широкому, об'єднані всі можливі юридичні смисли. І якщо слідчий приходить з ордером на обшук у позаміський будинок з метою провести обшук у помешканні, то він може оглянути не лише будинок, а й гараж, лазню, літню кухню і навіть конуру собаки. А в практиці Європейського суду з прав людини з'явився спеціальний термін, що позначає таке поширювальне тлумачення смислу юридичних понять – еволюційне тлумачення.

¹ Заслугує на підтримку ідея, висловлена М. Бондарем про те, що специфіка нормативної енергії рішень Конституційного Суду є такою, що вона має предметом (сферою) свого впливу, перш за все, нормативні величини найбільш високого, абстрактного рівня – загальні принципи права, конституційні цінності та принципи, які отримують реалізацію в усіх галузях системи чинного права. За допомогою конституційно-контрольної діяльності відбувається свого роду прирощення й актуалізація нормативного змісту відповідних принципів, а також встановлення їх збалансованої взаємодії. Головна специфіка конституційно-судових нормативних установлень полягає в тому, що, будучи конституційним джерелом права, вони поєднують нормативність із доктринальними засадами [26, с. 122].

Так само і М. Гайдеггер виходить за межі буденного слововжитку і пов'язаного з ним інерційного мислення. На його думку, буденна мова орієнтована на повсякденне спілкування з наявно суцим. Натомість, феномени буття принципово не можуть бути відображені в її межах. Ця думка відображена М. Гайдеггером у зауваженні, що міститься у § 7 книги «Буття і час»: одна річ повідомляти, оповідаючи про суще, інша — схопити суще в його бутті.

Для другого з названих завдань забракне не лише переважно слів, а й передусім самої «граматики» [27, с. 39]. Феноменам буття тісно у словесній формі, вона є для них прокрустовим ложем, феномени буття набагато інформативніші.

Отже, М. Гайдеггер висловлює дуже важливу для розуміння тлумачення юридичних норм, що складаються з багатозначних, багатосмислових понять, ідею. Він говорить, що насправді тут та в інших подібних випадках справа йде тому не так, що думка живиться етимологією, а навпаки, етимологія незмінно приречена на те, щоб згадувати насамперед про сутнісні відносини того, що нерозгорнутим чином іменують слова словника як слова думки.

У цій думці міститься відповідь на те, як треба тлумачити норми конституційного права, що зазвичай викладаються гранично лапідарно, ємно. «Житло недоторканне», «добросовісна конкуренція», «праця вільна», «гідність особистості» — ці та інші словосполучення у тексті Конституції повинні знаходити свою юридичну змістовність не через етимологію слів, з яких вони складаються, яка виявляється у словниках. Етимологія — це розділ мовознавства, що вивчає походження слів, їх генетику. Чи може нести якусь інформацію походження слова «інтерпретація» (тлумачення)? Англійське *interpret* — це синонім англійського дієслова *construe* — тлумачити, що означає виявлення значень, смислу слів мови, а також усний переклад слів однієї мови на іншу. У *Black's Law Dictionary* інтерпретація визначається як мистецтво або процес виявлення і посвідчення значення, смислу закону, заповіту, договору або іншого письмового документа¹. Процес інтерпретації зводиться до виявлення і подання істинного смислу будь-яких символів, знаків, призначених для передання ідей. Таким чином, це пошук істини, і навіть етимологічний аналіз слова «інтерпретація» дозволяє припустити, що, тлумачачи юридичну норму, юрисдикційний орган вирішує пізнавальну (епістемологічну) проблему.

А що дає аналіз латинського вислову *interpretare et concondare leges legibus, est optimus interpretandi modus*, що перекладається — тлумачити й таким чином погоджувати юридичні норми, — це найкращий спосіб тлумачення? У ньому міститься ідея про цілі тлумачення і вказівка на те, що тлумачення — це не проста філологічна проблема, а складне юридичне завдання з гармонізації юридичних норм у цілях їх несуперечливого співіснування в системі права. Ось чому тлумачення в юридичному сенсі — це зовсім не тлумачення, а перетворення юридичних норм з урахуванням їх юридичного та культурно-історичного контексту. У крайньому разі, поняття «тлумачення норм» Конституції краще замінити поняттям «правова інтерпретація».

¹ Звернемо увагу читача — це перекладене з англійської мови визначення, що використовує слово *will* — заповіт, через його багатозначність можна було перекласти і так — інтерпретація — це процес виявлення смислу закону, волі, і це не було б юридичною помилкою!

Поняття *interpretatio* в ужитку римських юристів дуже рідко використовувалося поза зв'язком із іншими, уточнюючими поняттями, що є ще одним прикладом високого рівня римської юридичної культури. Римським юристам відомі такі поняття, як:

1) *interpretatio restricta* — це такий спосіб з'ясування смислу юридичної норми, коли переважаюче значення надається тексту, смислу слів, який вони мали в період створення тексту¹;

2) *interpretatio extensiva* — спосіб інтерпретації юридичних норм, який допускає таке, що досягає більше розуміння значення слів, яке сприяє розширенню юридичного змісту норми;

3) *interpretatio excedens* — з'ясування, у ході якого замінюється смисл норми, який очевидно в неї не вкладався; абсурдне (екстравагантне) тлумачення. У теперішній час існує презумпція розумності закону, що означає, що якщо закон допускає кілька тлумачень (сми́слів), один з яких є очевидно абсурдним, а інший — ні, то пріоритет має надаватися останній, як більш раціональний [29, с. 37–38]. Це так зване «золоте правило тлумачення». Звернемо увагу на те, що цей різновид наукового пізнання смислу юридичної норми має свої юридизовані правила, свого роду стандарти тлумачення, і один із них — вимога раціональності, а ця вимога є однією з вимог сучасного наукового пізнання, поряд із вимогами об'єктивності, верифікованості гіпотез, нейтральності тощо;

4) *interpretatio soluta* — з'ясування, що впливає із загального принципу про мету інтерпретації, яка завжди являє собою спільне благо;

5) *interpretatio predestinata* — цей спосіб тлумачення має місце тоді, коли інтерпретатор, перебуваючи під впливом особистих пристрастей, перетворює смисл тексту, ґрунтуючись на певній напередзаданості або упередженості. Він також охоплює творчу, креативну, таку, що розвиває (*vafēr* дослівно означає «хитрий») інтерпретацію (*interpretatio vafēr*), за допомогою якої інтерпретатор намагається надати інший смисл нормі, аніж той, якого прагнув нормотворець. Таке тлумачення, а радше, перетворення смислу юридичної норми, є досить популярним у тих випадках, коли необхідно розв'язати дилему — підтримати незмінність юридичного тексту і одночасно вдихнути в нього життя у вигляді нового смислу, оскільки інакше юридична смерть норми неминуча. *Fiat justitia et pereat mundus* — «нехай здійсниться правосуддя, хоча б загинув світ» — девіз німецького імператора Фердинанда I можна витлумачити і таким чином: аби врятувати світ від розпаду, необхідно, зберігаючи незмінними юридичні тексти, за допомогою правосуддя вливати у «старі міхи нове вино», тобто перетворювати юридичний смисл. По суті, це вже буде рішення, що повністю належить до сфери наукового пізнання, засноване на логічному аналізі. Цей спосіб тлумачення особливо гідний розгляду, враховуючи його тривале вживання головним суддею Верховного Суду США Д. Маршаллом у славнозвісних постановках.

¹ Це такий метод тлумачення, який заснований на пошуку значення слів, що належать до часу прийняття Конституції. Суддя Верховного Суду США О. Холмс говорив: «Ми запитуємо, не що ця людина мала на увазі, а що ці слова означали в устах звичайної людини, яка говорить англійською, що вживає їх в обставинах, в яких вони були вжиті». Один з американських дослідників В. Кросскі створив навіть спеціалізований словник слів, що вживалися у період розробки Конституції США. Див.: [28, с. 37].

Метод найбільш яскраво демонструється посиланням на справу «Марбурі проти Медісона», в якому Д. Маршалл не посилався на судові постанови, щоб обґрунтувати свої аргументи. Його аргумент являв собою насамперед вправу з логіки. «Мабуть, просто необхідно дотримуватися певних принципів, — говорив він, — припускаючи, що їх дотримувалися протягом довгого часу для прийняття рішень». Його основний принцип полягав у тому, що Конституція — це вищий закон держави. Верховний Суд прийняв присягу, в якій присягнувся підтримувати Конституцію. Звідси логічно випливає висновок, що коли закон Конгресу вступає в конфлікт з вищим законом, Верховний Суд не може провести його в життя, і він повинен бути оголошений нечинним;

б) *interpretatio contra legem* — таке тлумачення, що завідомо суперечить задуму творця юридичної норми.

Повертаючись до проблеми волі, яка породжує юридичну норму, звернемо увагу на те, що суд виявляє смисл, мету цієї норми завдяки її подвійній контекстності.

По-перше, вона перебуває в юридичному контексті всього правопорядку. Тому суд орієнтується у процесі перетворення юридичної норми не на волю конкретних людей — парламентарів і розробників проектів законів, а на волю держави, яка генерує всю сукупність юридичних норм як взаємопов'язану систему.

По-друге, юридична норма знаходиться у більш складному, з огляду на його невловимість, прихованість, контексті — у контексті культурно-юридичному. Останній створюється не лише існуючим поколінням людей, що утворюють народ, а й тими поколіннями, які склали цей народ протягом століть його історії. Ця глибока юридична ідея виявляється у преамбулі Конституції Росії, в якій наголошується і конститується поняття багатонаціонального народу Російської Федерації, який стає таким завдяки з'єднанню спільною долею на своїй землі (принцип землі та крові), завдяки тому, що багатонаціональний народ зберігає державну єдність, що склалася історично. Багатонаціональний народ Російської Федерації шанує пам'ять предків, які передали нам, нинішньому поколінню громадян Росії¹ (а якщо мати на увазі поняття народу як громадянської, а не культурної нації [30, с. 74], то — нинішньому поколінню росіян, бо всі ми відповідно до теорії громадянської нації росіяни, і це теж факт правової реальності), любов і повагу до Батьківщини, віру в добро і справедливість. Народ, а радше, російська нація — це основний актор правового життя. Він існує і як спадкоємець попередніх поколінь, він уособлений у нинішньому поколінні, він втілюється й у майбутніх поколіннях. Як відомо, минуле, теперішнє і майбутнє буття у своїй єдності утворюють реальність. Минуле, теперішнє і майбутнє покоління росіян також утворюють єдність — єдність долі, землі, традицій, культури і відповідальності за свою Батьківщину перед нинішнім і майбутніми поколіннями, ґрунтуючись на усвідомленні себе частиною світового співтовариства. Таким є місце народу (нації) у правовому житті (реальності). З цього онтологічного факту випливає, що закон — це не лише воля держави, а й воля народу, яка розглядається в суто юридичному, концептуальному смислі.

¹ В оригіналі: «россиян». — *Прим. наук. ред.*

Тому в онтологічній структурі правової реальності є місце і для волі народу. І коли судді виявляють смисл, мету неясної юридичної норми, або норми, яка потребує перетворення (модернізації, модифікації), вони враховують культурно-юридичний контекст перетворюваної норми. При цьому вони враховують соціокультурний контекст юридичної норми, який передбачає певні історичні нашарування. Перетворюючи юридичну норму Конституції, Конституційний Суд повинен враховувати, що в корпусі конституційних норм, як результат роботи з їх кодифікації, є місце і для кодифікації невидимих норм, що утворюють дух Конституції, — і це кодифікація тих норм, які склалися об'єктивно в ході історичного розвитку.

Видатний американський юрист і учений, суддя Верховного Суду США О. Холмс, який здійснивав свої повноваження до 95 років, вважав, що існує дуже важливий фактор, який слід брати до уваги при тлумаченні Конституції, він називав його «досвідом». *Емпіричний підхід* дозволяє розглядати Конституцію радше як політичний, аніж як юридичний документ. У США вважається, що на інтерпретацію Конституції повинні впливати і сучасні цінності, і сума загального досвіду країни. Американські юристи вважають, що намір творців, звісно, є частиною цього досвіду, але досвід охоплював і війну у В'єтнамі, і Вотергейт. Значення слів у первісному вжитку — це виклад вихідних фактів, але це стосується і мови кожного президентського послання Конгресові. Можна використовувати логічні правила Конституції, але можна закликати і до чогось такого невловимого, що визначається як «дух Конституції». Метою конституційної інтерпретації, як можна припустити, є досягнення консенсусу щодо сучасного значення документа, складеного в 1787 р., консенсусу, який уможлиблює віднайдення раціонального підходу до сучасних проблем і врахування уроків, набутих із досвідом, але водночас визнавати основні положення документа і філософію обмеженої державної влади, яку він відображає.

Такий підхід дає право кожному поколінню США адаптувати Конституцію до власних потреб тією мірою, якою ця адаптація сумісна з мовою Конституції. Звичайно, положення про те, що Президент може бути обраний на 4-річний термін, не може бути реінтерпретовано так, щоб виправдати 5-річний термін перебування при владі. Але інші багатозначні положення Конституції можуть бути з часом інтерпретовані досить вільно. Д. Маршалл захищав таку думку про «гнучку» Конституцію, коли сказав на процесі «МакКаллок проти штату Меріленд»: «Ми не повинні ніколи забувати, що саме Конституція є предметом тлумачення, вона, яка призначена для того, щоб витримати випробування часом та вистояти і в результаті адаптуватися до різних криз людського буття».

Перетворення норм Конституції необхідно здійснювати з урахуванням того важливого правового факту, що майбутні покоління росіян наділені конституційно-правовою правосуб'єктністю, що є предметом для самостійного конституційно-правового дослідження.

Онтологічна структура конституційного права значно відрізняється від онтології кримінального, фінансового або екологічного права. У ній надзвичайно важливу роль, крім позитивного закону, тобто тексту Конституції та інших законів, мають конституційні принципи і сформовані концептуальні уявлення про їх нормативний зміст та правозастосовну практику, особливо рішення

вищих судів, що розкривають смисл юридичних символів — принципів. Саме тому так зване «тлумачення» конституційних норм насправді таким не є або, у будь-якому разі, різко відрізняється від тлумачення інших галузей права.

Тому, коли з'ясуємо смисл юридичної норми, що міститься в ч. 5 ст. 125 Конституції Росії, згідно з якою Конституційний Суд дає тлумачення Конституції Російської Федерації, то ми, ґрунтуючись на проведеному онтологічному й епістемологічному аналізі, маємо відкинути таке, що вводить в оману, філологічне розуміння поняття тлумачення.

В онтологічній структурі конституційного права ми виокремлюємо три рівні: 1) природне право — така, що існує об'єктивно, система невідчужуваних прав людини, які належать кожному від народження; 2) позитивне конституційне право, реальність тексту Конституції; 3) традиції і правозастосовна практика, що склалася.

Нас цікавить онтологія конституційного права і, можливо, для нього нормативно-державне волевиявлення має набагато менше значення, ніж для таких галузей права, як кримінальне, адміністративне. Адже навіть основний закон — Конституція — зазвичай виходить не від законодавчого органу держави, а від народу (ми — народ...). Постійний розвиток системи основних прав відбувається у сфері конституційного права не шляхом прийняття законів, а шляхом визнання нових прав людини судами у певній правовій ситуації, тобто можливі такі елементи, як об'єктивна необхідність визнання офіційно тих норм, які вже об'єктивно склалися у суспільстві. І тоді необхідно знайти місце тим за своєю суттю юридичним нормам, які спонтанно вже виникли в соціумі, регулюють відносини в онтологічній структурі права. Мабуть, було б не обачно одразу ж відкинути їх як неюридичні лише тому, що не відбувся акт офіційного їх визнання.

Оскільки правова реальність є частиною «вищої реальності», реальності життя природи і соціуму, то існуючі в них об'єктивні закономірності (фізичні, біологічні, економічні) обов'язково повинні виявлятися і в правовій реальності у вигляді природного права. Так, наприклад, для фізичного світу властива закономірність, що відображається словами «природа не визнає порожнечі». Правовий простір також не визнає порожнечі. Тому в серединній сфері права — в позитивному праві можуть бути прогалини, але вони долаються за допомогою загальних принципів права, що належать до вищої сфери онтологічної структури права. Принципи права породжують право з принципів. Цей феномен переконливо доводить, що до онтологічної структури права необхідно включати природне право як сферу зосередження об'єктивних правових закономірностей. І, що дуже важливо, реальність саме трирівневої онтологічної структури доводить об'єктивний процес описаної взаємодії між трьома сферами права.

Пропонована онтологічна структура конституційного права дозволяє критично оцінити різного роду децизіоністські й реалістичні теорії тлумачення Конституції [31], суть яких полягає в тому, що з онтологічної перспективи текст Конституції не має істотного значення, хоча реальність цього тексту ніхто і не заперечує; у сутнісному значенні не текст є осердям конституційного права, а думки суддів, які лише роблять вигляд, що вони говорять від імені Конституції, прийнятої народом. Щось є у цій добросовісній омані від містифікації жерців.

У критичній соціології П. Бурдьє пропонується точне визначення — це «само-посвята довірених осіб» [32, с. 108].

Аналогії з'являються самі: тайнство (містерія) служіння чи то церкві, чи то Конституції, виявляється можливим лише за умови, що служитель приховує здійснювану ним узурпацію та *imperium*, яку вона йому забезпечує, позиціонуючи себе як простого служителя, тлумача, інтерпретатора-перекладача. Бо використання обманним шляхом в особистих інтересах переваг свого становища, — пише П. Бурдьє, — можливе лише тією мірою, якою воно приховується, — це входить до самого визначення символічної влади. «Символічна влада є владою, яка передбачає визнання, тобто незнання про факт насильства, яке нею твориться. Отже, символічне насильство, здійснюване служителями культу, можливо лише за деякої співучасті, що чиниться йому внаслідок незнання тими, хто відчуває на собі це насильство» [32, с. 109].

У цій своїй частині онтологія конституційного права перетворюється на методологію, філософсько-правову основу для діяльності судових органів, що здійснюють конституційний контроль. Основним епістемологічним питанням для органів держави, основою діяльності яких є тлумачення і застосування принципів Конституції, а до них, окрім вищих судів, належать і законодавчі органи, є питання про те, чи є акт тлумачення Конституції актом пізнання, або ж це акт політичного волевиявлення.

Концепцію раціонального природного права обґрунтував І. Кант, який виявив апріорні принципи, що лежать у підґрунті позитивного права. Позитивне право продиктоване волею законодавця. Закони позитивні — це зовнішні закони, однак серед них є й такі, які мають апріорний характер, і це природні закони. Позитивне право — це контекстуальне право, його джерелом є не результат наукового пізнання, не розум людини, а акт політичного волевиявлення, який цілком може бути і нерозумним, і помилковим. Якщо, за І. Кантом, право розглядати лише як таке, що має значення для конкретного народу в конкретний період історії (тобто контекстуально), то зникають критерії відрізнення права і неправа (*Unrecht*). Щоб віднайти такі критерії, треба залишити ґрунт емпірії та звернутися до розуму. Так норма практичного розуму стає категоричним імперативом для будь-якого законодавця.

М. Тропер зауважив, що незалежно від того, як сприймається різними вченими інтелектуальна операція, що отримала в концептуальному просторі права найменування «тлумачення Конституції» — чи йдеться про буквальный або історичний прийом тлумачення, або про вільне тлумачення, яке коригує норму Конституції й навіть створює нову, всі вони засновані на переконанні, що «тлумачення» є актом наукового пізнання (епістемологічний підхід), а не актом політичного волевиявлення. Реалістична теорія тлумачення ґрунтується на тому, що, навпаки, тлумачення є саме актом волевиявлення.

Якщо розглядати тлумачення Конституції законодавцем як акт волевиявлення, тоді характеристики «істинне — хибне», — вважає М. Тропер, — недоречні, необхідно це рішення законодавця оцінювати в іншій системі координат: а) «ефективне — неефективне»; б) «чинне — нечинне» [33, с. 172].

Розвиваючи ідею Г. Кельзена про так зване «автентичне» тлумачення, М. Тропер виявляє можливість багатоваріантного тлумачення одних і тих самих

текстуальних символів у Конституції. І з цієї множинності варіантів орган держави, уповноважений застосовувати і «тлумачити» Конституцію, обирає один, при тому, що інші варіанти, якщо б були обрані вони, виявилися б настільки ж авторитетними та обов'язковими. Відтак, так зване тлумачення — це вибір між практично рівноцінними варіантами, і чинність результату проведеної інтелектуальної операції залежить не від наукової переконливості отриманого результату, а лише від правового статусу органу, який і здійснює цю операцію.

Відтак, наявність таких органів є свого роду вінцем у конституційно-правовому концептуальному просторі. Згідно з логікою «Чистого вчення про право», таке автентичне «тлумачення» не можна характеризувати як істинне або помилкове, оскільки воно не є актом теоретичного розуму. Найсуттєвіше — це те, що з моменту оголошення акта тлумачення компетентним органом, компетенція якого встановлюється Конституцією, він, що містить нові юридичні норми, стає обов'язковим *ergo omnes*, причому незалежно від того, яким є його зміст. Ці юридичні норми стають чинними в тому значенні, яке поняття «чинності норми» отримало в концепції Г. Кельзена. Він розрізняв загальні (абстрактні) та індивідуальні (конкретні) норми. Загальні норми задавали концептуальну межу, яку стосовно до обставин конкретної справи заповнював суддя, створюючи індивідуальну норму для вирішення справи. Обов'язковість індивідуальних правових норм для Г. Кельзена означає лише обов'язок виконати судові рішення, дія індивідуальних норм не поширюється за межі конкретної справи. З цього погляду, Г. Кельзен не зводив судову практику до рангу джерела загальних норм права (того, що ми зазвичай маємо на увазі під «нормою права»).

Однак у юридичних нормах судового права може існувати неявний економічний смисл, причому цей смисл може виявитися цілком неефективним з економічної точки зору. Цей смисл може відрізнитися також від «категоричних імперативів» моралі, з огляду на що сумніви в чинності акта тлумачення зростають. Всі аргументи проти юридичного позитивізму можуть бути використані й проти актів «інтерпретації» Конституції. Як бачимо, загрози й ризики в актах тлумачення, що розглядаються як акти волевиявлення, досить великі! Але тоді необхідно звернутися до іншої альтернативи — визнання актів тлумачення актами пізнання. У такому випадку необхідно підвищити рівень вимогливості до правозастосувачів, щоб акти тлумачення були й ефективними, як того вимагають такі напрями науки, як економічний аналіз права і конституційна економіка, і справедливими, як того вимагають природне право і мораль, тобто щоб у цих актів волевиявлення були ознаки, риси актів наукового пізнання.

Децізіоністські й реалістичні теорії тлумачення Конституції викликають у мене певну недовіру насамперед тому, що віддають перевагу розгляду актів суддівського тлумачення як виключно актів волевиявлення. Є у цій позиції якась приреченість на сприйняття будь-яких уявлень про конституційне право.

Якщо правова позиція Конституційного Суду, заснована на перетворювальній інтерпретації конституційної норми, є переважно актом пізнання, то, як і будь-який акт пізнання, він може бути або істинним, або хибним. Але чи не суперечить цьому висновку норма ст. 79 Закону про Конституційний Суд Російської Федерації, яка наголошує, що рішення суду остаточне і не підлягає

оскарженню? Відповідаючи на це питання, можна пригадати жарт одного з суддів Верховного Суду США, в якому, як і в багатьох жартах, міститься лише доля жарту: рішення Верховного Суду є остаточними не тому, що вони мудрі, але вони мудрі вже хоча б тому, що остаточні. Насправді рішення може бути і помилковим, але потреба у правовій визначеності — це зокрема і необхідність ухвалення остаточних судових рішень. Така можливість існування неконституційних рішень Конституційного Суду гіпотетично існує. Більше того, я вважаю, саме з огляду на визнання цієї можливості у конституційному правосудді, настільки велике значення надається окремим думкам суддів. Для конституційної юстиції неприйнятний є принцип, яким керувалися в наукових дискусіях піфагорійці — принцип *ipse dixit* (сам сказав). Цицерон писав, що він не схвалює того, що відомо про піфагорійців. Вважається, що коли вони що-небудь стверджували в наукових філософських суперечках, то на питання, чому це так, зазвичай відповідали: сам сказав. «Сам» — це був Піфагор. Такою була упевненість, що авторитет мав силу і без розумної підстави. Окрема думка суддів конституційних судів різко відрізняється від окремих думок суддів з кримінальних або цивільних справ. Можна навіть висунути сміливу гіпотезу про наявність нормативних елементів (або їх ознак) у цих актах конституційного правосуддя. Соціальна і правова цінність окремої думки полягає в тому, що з її допомогою суддя, який залишився у меншості, доводить, що, ухвалюючи таке рішення, він керувався не бажанням самовираження, що він не просто висловив свої особисті переваги або суб'єктивні світоглядні погляди, а що суддя стояв на строго правових позиціях. Таким чином, окрема думка судді різко підвищує індивідуальну відповідальність кожного судді при колегіальному розгляді справи. Таким чином, повноцінна окрема думка — це спосіб захисту професійної честі судді.

У моїй думці у зв'язку з прийняттям Ухвали Конституційного Суду, якою відмовлено у прийнятті до розгляду скарги гр. Юдіна Ю. Р. на порушення його конституційних прав положеннями статей 301 та 312 Кримінально-процесуального кодексу Російської Федерації, керуючись яким суди загальної юрисдикції відмовляють громадянам — учасникам кримінального процесу в ознайомленні з окремими думками суддів, я, не погоджуючись із відмовою у прийнятті скарги до провадження, звертав увагу на елементи нормативності в окремих думках, що підсилюються в міру того, як у російському правопорядку з'являються квазіпрецедентні судові акти.

Лише на перший погляд проблема ознайомлення з окремою думкою судді у кримінальній справі видається як точкова, периферійна. Насправді це частина системної проблеми визнання чи невизнання за судами права брати участь у розвитку права (зокрема кримінального та кримінально-процесуального).

На ці обставини вже зверталася увага в літературі. О. Верещагін пише «про певну концептуальну проблему». У Росії, з її традиційно континентальним підходом до правосуддя, судді розглядаються лише як «оракули права», а не як творці норм. На думку автора, саме цей традиційний підхід, в остаточному підсумку, слугує виправданням закритості окремих думок [34, с. 1078].

Поза всяким сумнівом, питання про те, хто має право ознайомлюватися з окремою думкою, пов'язане з визнанням або невизнанням того, що суди впра-

ві брати участь у розвитку права. В єдиній державі, якою є Російська Федерація, не повинно існувати різних підходів до ролі судової практики у правотворенні в таких юрисдикціях, як суди загальної юрисдикції й арбітражні суди.

Невипадково розширення можливостей судових рішень, прийнятих Президією Вищого арбітражного суду Російської Федерації, у правотворенні супроводжується підвищенням статусу окремих думок. Згідно з ч. 9 ст. 303 АПК РФ суддя, не згодний з думкою більшості членів Президії Вищого арбітражного суду Російської Федерації, має право викласти свою окрему думку, яка долучається до матеріалів справи і підлягає опублікуванню разом з постановою Президії Вищого арбітражного суду Російської Федерації.

Саме тому в Коментарі до АПК РФ (за ред. Голови Вищого арбітражного суду Російської Федерації А. Іванова, Москва, 2011 р.) наголошується, що положення, які гарантують право на окрему думку, як щодо рішення суду загалом, так і щодо мотивів його прийняття, і його опублікування разом з постановою Президії Вищого арбітражного суду, спрямовані не лише на забезпечення незалежності суддів, а й на розвиток права й правозастосовної практики.

Важливе значення має і те, що окрема думка судді у кримінальній справі є гарантією незалежності суддів при колегіальному розгляді справи.

Однією з системних проблем російського правосуддя є посилення ролі голів судів. За цих умов зростає значення взаємної незалежності суддів — тобто незалежність судді від голови суду і від іншого судді.

Окрема думка є важливою для судді в колегіальному складі, який залишився у меншості, оскільки вона демонструє ментальну незалежність судді, яка підвищує довіру до правосуддя загалом. Окрема думка захищає також гідність судді, який залишився у меншості. Він висловлюється, керуючись своєю правосвідомістю, а не думкою більшості.

Суб'єктивні аргументи на користь окремих думок суддів ґрунтуються на тому, що суддя має суб'єктивне право на висловлення власної думки і внутрішню незалежність. Об'єктивні аргументи на користь окремих думок пов'язані з наявністю публічного інтересу до розвитку права і з принципом судової демократії.

Окрема думка не послаблює, а, навпаки, підсилює авторитет суду. Вона усуває надмірне лицемірство, демонструючи те, що відомо всім: два юристи — це завжди три думки. Хороша окрема думка спрямована на розв'язання особливо складних юридичних проблем, вона може підказати, як уникнути судових помилок у майбутньому. У цьому сенсі існує безсумнівна кореляція між правом на окрему думку, лібералізацією судової практики, розвитком права в судових актах та конституційним принципом демократії.

Окрема думка судді — це не послання переможеного в спорі, а аргументи можливого переможця у складному дискурсі про розвиток права. Правова визначеність як елемент нормативного змісту принципу правової держави означає, що зі сфери правового регулювання необхідно усувати двоїсті, амбівалентні норми з невизначеним юридичним смислом.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Спекторский Е.* Юриспруденция и философия // Юридический вестник. — М., 1913. — Кн. 2. — С. 60–92.
2. *Pfersmann O.* Contr le néo-réalisme juridique : Pour un débat sur l'interprétation // Revue Française de Droit Constitutionnel. — 2002/2. — № 50. — P. 279–334.
3. *Troper M.* Réplique à Otto Pfersmann // Revue Française de Droit Constitutionnel. — 2002/2. — № 50. — P. 335–353.
4. *Pfersmann O.* Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper // Revue Française de Droit Constitutionnel. — 2002/4. — № 52. — P. 759–788.
5. *Riccardo G.* Interpretive Statements, in Ernesto Garzón Valdés, Werner Krawietz, Georg Henrik von Wright, Ruth Zimmerling (eds.), Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin, Duncker&Humblot. — Berlin, 1997. — P. 279–292.
6. *Тропер М.* Функция отправления правосудия или судебная власть? // Мировой судья. — 2006. — № 2. — С. 3–8.
7. *Васьковский Е. В.* Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. — М., 2002.
8. *Ориу М.* Основы публичного права. — М., 1929.
9. *Алексеев Н. Н.* Основы философии права. — СПб., 1999.
10. *Доброхотов А. Л.* Символы в культуре // Новая философская энциклопедия. — М., 2010.
11. *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. — СПб., 2004.
12. *Штаммлер Р.* Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории. — М., 2010.
13. *Иеринг Р.* Цель в праве. — СПб., 1881.
14. *Interpreting Constitutions. Comparative Study.* Edited by Jeffrey Goldsworthy. — Oxford, 2006.
15. *Legrand P.* The Impossibility of «Legal Transplants» // Maastricht Journal of European and Comparative Law. — 1997.
16. *Pistor K.* The Standardization of Law and its Effect on Developing Economies // American Journal of Comparative Law. — 2002. — № 50.
17. *Berkowitz D., Pistor K., Richard J.-F.* The Transplant Effect // American Journal of Comparative Law. — 2003. — № 51.
18. *Knieper R.* Möglichkeit und Grenzen der Verpflanzbarkeit von Recht // RabelsZ 72 (2008).
19. *Pound R.* The Formative Era of American Law. — Boston, 1938.
20. *Watson A.* Legal Transplants. An Approach to Comparative Law. — 2-nd ed. — 1993.
21. *Радбрух Г.* Философия права. — М., 2004.
22. *Цителъман Э.* Пробелы в праве // Российский ежегодник теории права. — 2010. — № 3.
23. *Гоббс Т.* Сочинения : в 2 т. — М., 1991. — Т. 2.
24. *Рикёр П.* Конфликт интерпретаций. Очерки о герменевтике. — М., 1995.
25. *Хабриева Т. Я.* Правовая охрана Конституции. — Казань, 1995.
26. *Бондарь Н. С.* Судебный конституционализм в России. — М., 2011.
27. *Хайдеггер М.* Бытие и время. — М., 2011.
28. *Pritchett H.* Constitutional law of the federal system. Englewood cliffs. — N. Y., 1984.
29. *Смирнов А. В., Манукян А. Г.* Толкование норм права. — М., 2008.
30. *Гусейнов А. А.* Нация и личность. Диалог культур в условиях глобализации. XII Международные Лихачевские научные чтения. — СПб., 2012.

31. Гаджієв Г. К вопросу о пробелах в Конституции // Пробелы в российской Конституции и возможности ее совершенствования. — М., 1998.
32. Бурдые П. Социология политики. — М., 1993.
33. Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции // Сравнительное конституционное обозрение. — 2005. — № 4 (53). — С. 171–181.
34. Верещагин А. Особые мнения в российских судах // Сравнительное конституционное обозрение. — 2006. — № 4.

Гаджієв Г. А. Офіційне тлумачення Конституції: поєднання онтологічно-та епістемологічного підходів

Анотація. У статті зроблено спробу відповісти на питання, чи може акт судового тлумачення і його результат у вигляді правової позиції бути одночасно актом волевиявлення і результатом наукового пізнання. Демонструється, що правові позиції Конституційного Суду, будучи передусім актами пізнання, водночас містять вторинні правові ідеї, що мають загальнообов'язкове значення, а тому є джерелом права. Наголошується на кореляції між правом на окрему думку, лібералізацією судової практики, розвитком права в судових актах та конституційним принципом демократії.

Ключові слова: онтологічний підхід, епістемологічний підхід, конституційно-правовий концептуальний простір, перетворення Конституції, тлумачення норм Конституції, права інтерпретація.

Гаджієв Г. А. Официальное толкование Конституции: сочетание онтологического и эпистемологического подходов

Аннотация. В статье предпринята попытка ответить на вопрос, может ли акт судебного толкования и его результат в виде правовой позиции быть одновременно актом волеизъявления и результатом научного познания. Демонстрируется, что правовые позиции Конституционного Суда, представляя собой прежде всего акты познания, вместе с тем содержат вторичные правовые идеи, имеющие общеобязательное значение, а поэтому являются источником права. Подчеркивается корреляция между правом на особое мнение, либерализацией судебной практики, развитием права в судебных актах и конституционным принципом демократии.

Ключевые слова: онтологический подход, эпистемологический подход, конституционно-правовое концептуальное пространство, преобразование Конституции, толкование норм Конституции, правовая интерпретация.

Gadzhiev G. Official Interpretation of Constitution: Combination of Ontological and Epistemological Approaches

Summary. The article attempts to answer the question whether the act of judicial construction and its result — legal view — can be simultaneously the act of will and the result of scientific knowledge. The article illustrates that legal views of the Constitutional Court are first of all the acts of cognition, but also contain secondary legal ideas which have obligatory meaning; therefore they are sources of law. The author emphasizes the correlation between the right to special view, liberalization of the judicial practice, development of law in the court acts and constitutional principle of democracy.

Key words: ontological approach, epistemological approach, constitutional legal conceptual space, transformation of the Constitution, construction of norms of the Constitution, legal interpretation.

КОНЦЕПТ ПРАВОСУДДЯ В ЗАХІДНІЙ ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВІЙ ДУМЦІ

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



Спір з приводу того, породжують філософсько-правові ідеї суспільні зрушення чи, навпаки, породжуються ними, є багатовіковим і не вщухає [1, с. 79–80]. У будь-якому випадку вплив цих ідей на розвиток державних інститутів є очевидним і значущим. Цицерон у трактаті «Про державу» влучно зазначає: «Звідки взялося право народів чи це наше право, зване цивільним, звідки — правосуддя, вірність, справедливість?.. А все це виходить від людей, які, коли таке завдяки філософським ученням склалося, потвердили одне звичаями, а інше зміцнили законами» [2, с. 30]. У когорті засадничих ідей, що вплинули на західну цивілізацію й сформували її теперішнє обличчя, одне з найпочесніших місць посідає ідея правосуддя, без реального втілення якої мета розбудови правової державності є недосяжною.

В Європі перші цілісні концепції правосуддя як цілеспрямованої публічної діяльності й водночас громадянського обов'язку з'явилися завдяки правовим розвідкам мислителів Стародавньої Греції класичного періоду. У попередні часи, що умовно зветься «архаїчним періодом» грецької (і європейської) історії, панувало уявлення про правосуддя як діяльність богів (звідси — «божественний суд», «божа кара»).

Утіленням ідеологічного зламу в уявленнях греків про джерело й сутність правосуддя є легенда про заснування богинею Афіною *Areopagy* — найдавнішого судового органу Афінівської держави. Її промова перед афінянами з цієї нагоди, викладена у трагедії Есхіла «Евменіди», відображає нове розуміння правосуддя не тільки як суто божественної справи, але насамперед як публічної громадської діяльності, яка здійснюється спеціальним органом [3, с. 194].

На дуалізм божественного й світського в цій діяльності, уособлення нею суспільного розуміння справедливості та її побудову на цьому принципі звертає увагу Платон у своєму творі «Законои». Він зазначає, що метою правосуддя є не тільки кара, а й примирення сперечальників. Найкращим є суддя, який «гідних вимусить володарювати, а гірших, залишивши їм життя, добровільно коритися», який «прийнявши... родину, що терзається сварами, нікого б не погубив, але

б примирив їх, встановивши на майбутнє закони їхніх взаємовідносин, і міг би стежити, щоб вони були друзями» [4, с. 79–80]. Призначення судів грецький філософ ставить за значущістю в один ряд із призначенням правителів. Адже «кожен правитель у певних випадках виступає як суддя; суддя ж, не будучи правителем, тим не менше стає ним... у той день, коли своїм рішенням закінчує судову справу». Платон підкреслює, що здійснення правосуддя є справою всіх, обґрунтовує принцип народного суду: «Обвинувачення у державних злочинах повинні спочатку передаватися на рішення народу. Коли завдають образи державі, потерпілими виявляються всі громадяни... Що стосується розгляду приватних справ, то в міру сил усі повинні брати й у ньому участь. Хто не використовує можливість загального здійснення правосуддя, той вважається таким, що зовсім не має відношення до держави» [4, с. 243–244].

При цьому Платон постійно нагадує про «правосуддя богів, що живуть на Олімпі». Він попереджає правопорушників: «Того правосуддя, що встановили верховні засновники, слід особливо стерегтися. Тому що воно ніколи не дасть тобі спокою» [4, с. 403]. Ці божественні витоки світського правосуддя є, крім іншого, важливим чинником його легітимності: «Дуже важливо, щоб наше твердження, що боги існують, що вони є благими й незрівнянно більше, ніж люди, шанують правосуддя, набуло в будь-якому разі певної переконливості» [4, с. 379]. Підсумовуючи, Платон визначає світське правосуддя як «прекрасну справу поміж людьми», яка «пом'якшила всі людські стосунки» [4, с. 441].

Дослідження проблеми правосуддя як «справи усіх» продовжив учень Платона Аристотель. На його думку, Солон установив демократію саме тим, що «увів народний суд, де суддями можуть бути всі». Більше того, громадянами слід вважати тих, «хто бере участь у суді та народних зборах. Таке визначення поняття громадянина найкраще підходить усім, хто називається громадянами» [5, с. 67].

Саме суддів мислитель вважає «душею» полісу. Найвидатніший дослідник та інтерпретатор Аристотеля св. Тома Аквінський у своїх «Коментарях до Аристотелевої "Політики"» розтлумачує цю метафору так: «Як душа відноситься до тіла, так і суддя до держави... Але ж душа — необхідний складник живої істоти і людини, причому більшою мірою, ніж тіло. Отже, так само й суддя — необхідна частина в державі» [6, с. 334].

Подальшого суттєвого розвитку дослідження проблеми правосуддя дістали в Європі в Новий час. Так, прикладом дуже високої оцінки суду є висловлення Г. Гроція: «Незважаючи на те, що державні суди встановлені не природою, а людською волею, вони є незрівнянно досконалішими, ніж творення природи, й більш придатними для спокою людей; тому й звернення до них ні для кого не є таким важливим, як для окремих людей. Покору настільки похвальній установі вселяють сама справедливість і природний розум... Не підлягає, звичайно, сумніву, що самоправство, яке існувало до заснування судів, стало вельми обмеженим» [7, с. 119]. Правосуддя покладає кінець правопорушенням, вирішує спір не зброєю, а правом. Додержання правосуддя разом із користуванням правом Гроцій визначає як вирішальні ознаки держави, що відрізняють її, наприклад, від зграї розбійників [7, с. 617].

Якісно нового рівня ідея правосуддя досягла у зв'язку з формуванням однієї з найвпливовіших конституційних доктрин Нового часу й сучасності — теорії

поділу влад. Як зазначає її фундатор Ш.-Л. Монтеск'є, такий поділ потрібен задля забезпечення політичної свободи людини. Так, поєднання судової влади із законодавчою або виконавчою унеможлиблює свободу, оскільки в першому випадку життя й свобода громадян залежатимуть від суддівської сваволі, а в другому — суддя може стати гнобителем. Зосередження всіх трьох видів влади в одній особі або установі, складеній з осіб одного стану, взагалі веде до «загибелі всього». З цих міркувань Ш.-Л. Монтеск'є робить логічний висновок, що всі три види влади мають належати не тільки різним органам, особам, а й різним прошаркам суспільства. Саме в такому поділі влад мислитель вбачає ефективний механізм не тільки забезпечення політичної свободи, а й досягнення соціального компромісу. Адже якщо всі гілки формально поділеної влади, насамперед судова, фактично належатимуть одному стану, одному суспільному прошаркові чи одній політичній силі, жодної політичної свободи й суспільної єдності не буде.

Функції судової влади Ш.-Л. Монтеск'є пропонує передати особам з народу, що мають обиратися на певний термін і скликатися в разі необхідності для створення суду. Незалежна судова влада посідає центральне місце в забезпеченні політичної свободи людини. Саме суд є точкою безпосереднього зіткнення державної влади, закону та індивіда й може слугувати найкращим запобіжником беззаконних дій державної влади, найімовірнішим захисником громадянина від її сваволі [8, с. 290].

Велику увагу реалізації ідеї правосуддя в новій Франції приділяє Ж.-П. Марат у своєму «Проекті Декларації прав людини і громадянина з наступним планом справедливої, мудрої і вільної конституції». Він наголошує на значущості таких особистих і професійних якостей судді, як освіченість, професіоналізм, неупередженість, непідкупність: «Навіть наймудріші закони були б марними, якби обвинувачений або відповідач вимушені були побоюватися неуттва, упередженості або продажності суддів... Витончені обов'язки суддів вимагають наявності гострого розуму, мудрості, бездоганної чесності» [9, с. 251].

Яскраво й докладно концепція місця та ролі судів у поділі влад розроблена американськими конституціоналістами А. Гамільтоном, Дж. Медісоном і Дж. Джеєм у статтях «Федераліста» — першому в історії прикладі впливу на суспільну думку з метою попередньої легітимації ще несформованих державних інститутів, зокрема федеральних судів і Верховного Суду США. Саме тут дістала теоретичного обґрунтування доктрина судового захисту та тлумачення конституції. Викладена вона переважно у статтях 78–83, які були написані А. Гамільтоном. На його думку, з трьох гілок державної влади судова «за самою природою своїх функцій завжди становить найменшу небезпеку для конституційних політичних прав, бо має найменше можливостей порушити ці права чи якось зашкодити їм». Суди «ніколи не становитимуть загрози для загальної свободи народу». Проте вони можуть бути дуже небезпечними в союзі з будь-якою з інших гілок влади, від якої повсякчасно ризикують зазнати утиску, залякування та впливу внаслідок своєї природної слабкості. Перешкоду цій небезпеці А. Гамільтон вбачає у встановленні системи забезпечення незалежності судів. До цієї системи входять незмінюваність суддів, тобто довічне здійснення судьями своїх повноважень за умови їх бездоганної поведінки під час перебування на суддівській посаді, й матеріальна забезпеченість, тобто стала оплата їхньої праці.

Цілковита незалежність судів, за А. Гамільтоном, є особливо важливою для реалізації ними права визнавати нечинними акти законодавчої влади через їхню невідповідність конституції. Проте з цього не випливає висновок про верховенство судової влади над законодавчою. А. Гамільтон наголошує, що це право означає лише, що «влада народу є вищою за обидві, і там, де воля законодавчого органу, висловлена в його законах, суперечить волі народу, висловленій у Конституції, судді мають керуватися не законами, а Конституцією». Саме це право надає можливості «розглядати суди як bastions обмежувальної Конституції проти зазіхань законодавчої влади» [10, с. 392–395].

Ретельне дослідження американського правосуддя та його впливу на політичний устрій суспільства здійснив А. де Токвіль у праці «Про демократію в Америці». Він зазначає, що американський суддя за характерними рисами своєї діяльності нічим не відрізняється від суддів інших країн, але водночас наділений величезною політичною владою. Причину цього автор вбачає в тому, що «американці визнали за своїми суддями право обґрунтовувати свої ухвали, виходячи насамперед із конституції, а потім уже із законів, інакше кажучи, вони дозволили суддям керуватися тільки тими законами, які, на їх думку, не суперечать конституції» [11, с. 94]. Очевидна небезпека, яку таїть у собі така влада, значною мірою зменшується тим, що судді мають право виступати проти закону тільки шляхом використання визначеного судового механізму. Токвілю не подобається це право суддів, нездійсненне в умовах сучасної йому монархічної Франції. Проте він визнає, що «навіть залишаючись у певних межах, право американських судів оголошувати той чи інший закон таким, що не відповідає конституції, є все ж таки однією з наймогутніших перешкод, які будь-коли спрямовувалися проти тиранії політичних органів» [11, с. 97].

Серед інших прав, наданих американським суддям, А. де Токвіль називає право карати представників виконавчої влади в разі порушення ними закону, тобто адміністративну юстицію.

Особливу увагу автор приділяє суду присяжних, розрізняючи у ньому юридичну установу (власне судовий орган, що виконує функцію правосуддя) і політичну установу (один із видів народовладдя). Причому автора цікавить насамперед політична складова, яку він вважає найважливішою. Саме з цієї точки зору «суд присяжних становить установу, що найвищою мірою сприяє зміцненню республіканської форми правління». За його існування «суддею стає саме народ... його треба розглядати як одну з форм суверенної влади народу». А. де Токвіль відзначає великий вплив суду присяжних на національний характер, підтримує його поширення не тільки на кримінальні, а й на цивільні справи (з метою охоплення найбільшої кількості людей і їхніх інтересів). На думку дослідника, «суд присяжних, і особливо суд присяжних з цивільних справ, почасти прищеплює всім громадянам спосіб думок, властивий способові думок суддів, а саме це найліпшим чином готує людей до вільного життя». Він поширює в суспільстві «пошану до ухвал суду й поняття права» — на переконання А. де Токвіля, «без цих двох чинників любов до незалежності перетворюється на пристрасть до руйнування». Серед інших суспільно значущих якостей суду присяжних А. де Токвіль зазначає такі: він на практиці показує, що таке справедливість; навчає кожну людину відповідати за свої дії, без чого неможливо виховати

політичну порядність; протистоїть індивідуальному егоїзму, згубному для суспільства; дивовижно розвиває незалежність міркувань і збільшує природні знання народу, що надає можливості розглядати його як безкоштовну школу, в якій кожний присяжний вчиться користуватися своїми правами; є інструментом поширення американським судовим відомством духу законності на найширші прошарки суспільства. Отже, А. де Токвіль доходить висновку, що «суд присяжних, будучи найнадійнішим засобом здійснення влади народу, водночас найліпшим чином вчить народ користуватися своєю владою» [11, с. 223–226].

Проблеми правосуддя як філософсько-правового дискурсу й водночас важливого соціального інституту ретельно досліджувалися німецькими й австрійськими філософами та правознавцями XVIII–XX ст. Так, І. Кант у своїй праці «Метафізичні основи вчення про право» визначає призначення суду — присуджувати «кожному своє відповідно до закону», відводить йому в практичному силогізмі «велика посилка — менша посилка — висновок» місце висновку, що містить «судове рішення (вирок) стосовно того, що у цьому випадку відповідає праву» [12, с. 690].

Подальшого розвитку філософія правосуддя дістала у працях Г. В. Ф. Гегеля, насамперед у його «Філософії права». За розумінням мислителя, суд — це гарантія реалізації права члена громадянського суспільства на здійснення правосуддя, на одержання права, що заперечується (визнання суспільної цінності судової влади): «Член громадянського суспільства має право — виступати в суді, а також обов'язок — відповідати в суді й отримувати своє спірне право тільки через суд». Цей обов'язок визнавати над собою владу суду поширюється й на правителя (незалежність судової влади). Г. В. Ф. Гегель зазначає, що саме «в судах право дістає визначення, воно має бути довідним». Хід судочинства слід визначати законом. Здійснення правосуддя має бути гласним, публічним, оскільки «до права належить, зокрема, й довіра, яку громадяни мають до нього, і це той бік, який вимагає публічності судочинства» (необхідність легітимації правосуддя). При цьому суду необхідні два види легітимності: загальна — довіра до нього всіх громадян суспільства, та індивідуальна — довіра «до суб'єктивності тих, хто вирішує» (до суддів) [13, с. 194–198]. Засоби досягнення обох видів легітимності Г. В. Ф. Гегель вбачає в суді присяжних як утіленні права самосвідомості членів суспільства. Необхідність суду присяжних (як утілення легітимності) він ставить навіть вище можливості кращого здійснення права суто «юридичними судами» (як утілення легальності). При цьому найкращий вихід Г. В. Ф. Гегель бачить не в протиставленні цих судів, а в їх об'єднанні в єдиний суд, де присяжні повідомляють про склад злочину (вносять вердикт), а професійний суддя виносить рішення за законом. Отже, впровадженням суду присяжних досягається збіг легітимності й легальності як судів, так і правосуддя, що ними здійснюється. За концепцією Г. В. Ф. Гегеля, суддя «не тільки виконує закони, він є й діяльною стороною, його точка зору, його думка тощо впливають на хід справи». Таким чином, вирок, на думку філософа, «складається з двох елементів: один із них — закон, другий — думка, точка зору, характер судді, і ця друга сторона у значній мірі існує» [14, с. 446–447].

Р. фон Єрінг у своїй праці «Мета у праві» визначає юстицію як зовнішню гарантію забезпеченості права (внутрішньою гарантією є правосвідомість осо-

бистості). І в цьому бачить її соціальне призначення. Відмінність судової влади від інших гілок державної влади («галузей державної діяльності»), за концепцією Р. фон Єрінга, обумовлюється насамперед «внутрішньою своєрідністю мети» — на відміну від інших галузей юстиція «повинна здійснювати виключно право» (в інших галузях право поєднується з доцільністю). З цього випливає розуміння фігури судді як живого уособленого закону. У самому заснуванні суддівської посади правознавець вбачає принципове самообмеження державної влади стосовно правової території суду. З цього він робить висновок про уповноваження судді державою «відшукувати право за своїм переконанням, незалежно від державної влади, й визнання нею обов'язкової сили рішень, що ухвалюються ним» [15, с. 327–329]. Р. фон Єрінг визначає три засоби, що надають судді «можливість вільно виражати й відстоювати свої переконання як стосовно приватної особи, так і щодо державної влади»: незмінюваність, таємниця нарад і відповідне утримання (матеріальне забезпечення) [15, с. 338]. Уособленням повної незалежності юстиції від державної влади правознавець вважає суд присяжних, який «характеризує перехід від абсолютизму до правової держави» [15, с. 346].

Вельми значуще місце в історії філософсько-правових ідей посідає доктрина судового конституційного контролю, опрацьована Г. Кельзенем. Ідею саме судового конституційного захисту прав людини державознавці висували ще у XVIII–XIX ст. Так, наприкінці XVIII ст. французький політичний діяч Е.-Ж. Сієс висловлювався щодо необхідності саме судового органу із спеціальною функцією охорони та захисту конституції. У XIX ст. цю думку підтримали Р. фон Моль, Р. фон Єрінг, Л. Дюгі. Проте тільки Г. Кельзен на властивому його роботам високому загальнотеоретичному рівні у працях «Загальне вчення про державу» та «Судова гарантія Конституції (конституційна юстиція)» обґрунтував необхідність створення конституційного суду як окремого, єдиного органу конституційної юстиції для судового захисту Конституції. Слід зазначити, що на момент написання другої з наведених праць теоретичні роздуми автора щодо конституційної юстиції вже були підкріплені практичним досвідом його діяльності на посаді судді першого у світі окремого судового органу конституційного контролю — Вищого Конституційного суду Австрії. Крім того, саме прийнята на основі проекту Г. Кельзена Австрійська Конституція 1920 р. вперше в історії закріпила існування конституційної юстиції.

На думку Г. Кельзена, «Конституція без існування гарантій скасування антиконституційних актів не може бути, з технічної точки зору, обов'язковою... Конституція, за якою неконституційні акти, зокрема неконституційні закони, залишаються чинними (їх неможливо скасувати з підстав неконституційності), із суто юридичної точки зору дорівнює простому бажанню, яке не має зобов'язальної сили» [16, с. 16]. Конституційний суд є необхідним, щоб вирішувати конфлікти між вищими державними органами щодо їхньої компетенції й визнавати видані ними юридичні акти недійсними в разі їх невідповідності Конституції. Водночас він є чинником політичної стабільності, захисником демократичних принципів. Адже сутністю демократії є не всевладність більшості, а постійні домовленості між парламентською більшістю та меншістю [17, с. 244]. «Сама загроза запиту до конституційного суду... є достатнім інструмен-

том, який не дозволяє більшості порушити неконституційним чином юридично захищені інтереси. Це дає, зрештою, запобігти диктатурі більшості, яка є не менш загрозливою для суспільної згоди, ніж диктатура меншості» [16, с. 17].

Фактично концепція Г. Кельзена була сприйнята практикою європейського конституціоналізму. Знайшла вона своє відображення і в Конституції України, розбудувавши разом з іншими класичними концепціями теоретичний фундамент для впровадження у практику вітчизняного державотворення ідеї конституційного правосуддя. Проте деякі рішення Конституційного Суду України, на нашу думку, не відповідають тому призначенню й тим наведеним вище ідеям конституційної юстиції, які були закладені її видатним фундатором.

Низку оригінальних концепцій правосуддя запропонувала англо-американська філософсько-правова думка другої половини ХХ ст. Так, Г. Л. А. Харт у своїй праці «Концепт права» розташовує правила здійснення правосуддя в розбудованій ним оригінальній системі права. Поділивши судові справи на «прості» й «складні», він висуває ідею «судової свободи дій». Згідно з нею в так званих «складних справах», на відміну від «простих», право не диктує жодної конкретної відповіді. Такі випадки є неминучими завдяки двом обставинам: по-перше, особливостям мови як «відкритої структури», що завжди залишає певну невизначеність при використанні правничої термінології; по-друге, «відкритій текстурі права», що зумовлює неможливість визначення заздалегідь для певних ситуацій чіткого юридичного правила, яке б при його застосуванні не створювало можливості вибору між кількома альтернативними варіантами вирішення («складні справи»). Саме в таких справах суддя має діяти задля їх вирішення на власний розсуд [18, с. 124–135].

Полемізуючи з Г. Л. А. Хартом, Р. Дворкін у межах власної концепції правосуддя, яка викладена в його працях «Сприймаючи права серйозно» та «Імперія права», зазначає, що у складних справах суддя (ідеал якого — суддю-філософа «з надлюдськими здібностями, освіченістю, терплячістю й проникливістю», ретельного й методичного — автор називає Геркулесом) не діє на власний розсуд, а виявляє відповідність обставин справи не тільки певним нормам, а й принципам [19, с. 105]. Причому принципи — це не абстрактні ідеальні етичні стандарти, а реальні конкретні принципи політичної моралі, що склалися у цьому суспільстві, моральні судження, що діють у цій правовій системі, оскільки раніше вже були офіційно обґрунтовані конституцією, законами, судовими рішеннями тощо; це принципи справедливості, рівності, людської гідності, що містяться в цих актах у «розчищеному» стані. Якщо норма завжди або повністю застосовна, або взагалі не застосовна («так або ні», «все або нічого»), то принцип застосовується з урахуванням багатьох чинників, що мають значення на цей момент (моральних, політичних, історичних тощо). Р. Дворкін зазначає, що судовий принцип цілісності «повчає суддів якомога більшою мірою визначати юридичні права й правові обов'язки на основі припущення, що всі вони були витвором єдиного автора — персоніфікованого суспільства, — виражаючи послідовну концепцію правосуддя й справедливості». Згідно з цим уявленням, «правові твердження істинні, якщо вони фігурують у принципах правосуддя, справедливості й належної правової процедури (або впливають із них), які забезпечують найкращу конструктивну інтерпретацію правової практики суспільства» [20, с. 225].

Заради досягнення істинності у цьому сенсі суддя-Геркулес вибудовує власну, єдину правильну (справедливу) інтерпретацію справи. При цьому він «зважує» принципи — визначає їхню «вагу», тобто перевагу застосування в цій справі одного принципу над іншими (застосування яких може призвести до іншої — помилкової, неправової — інтерпретації справи, й, як наслідок, до іншого — протиправного — рішення). Критерієм Геркулесового вибору є його переконання щодо двох складових чеснот політичної моралі — правосуддя й справедливості. Отже, вибір належної інтерпретації справи залежить «не тільки від його поглядів на те, який із цих принципів кращий в аспекті абстрактного правосуддя, а й на те, якого слід дотримуватися, якщо ми прагнемо політичної справедливості в суспільстві» [20, с. 248–249].

Таким чином, Р. Дворкін відкидає дві усталені конкуруючі концептуальні програми судової інтерпретації («відшукування» права судом) — конвенціоналізм і прагматизм, — як такі, що неспроможні вирішити справу на зазначених вище засадах. Замість них науковець пропонує власну програму, яка виходить із уявлення про право як цілісність (*law as integrity*), передбачає врахування судом пов'язаності права з політичною мораллю. Згідно з цією програмою конкретні права та обов'язки виводяться судом не тільки з експліцитного змісту законодавчих, зокрема конституційних, приписів і попередніх судових рішень (як це передбачає конвенціональна програма інтерпретації), але також з імпліцитних принципів політичної моралі, які були покладені в основу цих приписів і рішень. При цьому суддя має не тільки визначити суспільний ідеал своїх попередників, що був утілений ними в минулих рішеннях, а й розкрити його в такому соціально-історичному контексті, який був би актуальним на час прийняття рішення у справі [20, с. 95–96, 227].

Таким чином, в історії філософсько-правової думки від II тис. до н. е. і до наших часів простежується наступність ідей правосуддя й судової влади, їхніх визначальних функцій і принципів здійснення, суспільно корисного характеру суддівської діяльності, проглядається якісний розвиток ідей про світську природу правосуддя, спочатку суто функціональну, а пізніше й організаційно-правову його відокремленість від діяльності інших владних інститутів. У працях видатних західних мислителів виявляються значущість правосуддя для суспільного розвитку та вирішення соціальних конфліктів, необхідність його легалізації й легітимації, узгодженості з правом.

Немає сумніву, що незалежне, неупереджене, чесне й високопрофесійне відправлення правосуддя є вирішальним чинником правової державності. Отже, його принципи необхідно впроваджувати в сучасне українське життя, причому з урахуванням багатовікового досвіду західної цивілізації — досвіду реального, а не паперового верховенства права над державною сваволею, реальної, а не декларативної відмови від права сили на користь сили права.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Шартъе Р.* Культурные истоки Французской революции / пер. с фр. — М., 2001. — 256 с.
2. *Цицерон Марк Туллий.* Про державу; Про закони; Про природу богів / пер. з лат. — К., 1998. — 476 с.

3. *Давньогрецька* трагедія. Есхіл. Софокл. Евріпід / пер. з давньогрец. — Х., 2006. — 479 с.
4. *Платон*. Соч. : в 3 т. / пер. с древнегреч. — М., 1971. — Т. 3. — Ч. 2. — 678 с.
5. *Арістотель*. Політика / пер. з давньогрец. — К., 2005. — 239 с.
6. *Аквінський Т.* Коментарі до Арістотелевої «Політики» / пер. з лат. — К., 2000. — 794 с.
7. *Гроцій Г.* О праве войны и мира: три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права / пер. с лат. — М., 1956. — 868 с.
8. *Монтескье Ш.* Избр. произведения / пер. с фр. — М., 1955. — 800 с.
9. *История* политических и правовых учений : хрестоматия для юрид. вузов и фактов / сост. и общ. ред. Г. Г. Демиденко. — Харьков, 1999. — 1080 с.
10. *Федераліст* : коментар до Конституції Сполучених Штатів / А. Гамільтон, Д. Медісон, Д. Джей ; пер. з англ. — К., 2002. — 492 с.
11. *Токвіль А.* Про демократію в Америці / пер. з фр. — К., 1999. — 590 с.
12. *Кант І.* Основы метафизики нравственности / пер. с нем. — М., 1999. — 1472 с.
13. *Гегель Г. В. Ф.* Основы философии права, або Природне право і державознавство / пер. з нім. — К., 2000. — 336 с.
14. *Гегель Г. В. Ф.* Философия права / пер. с нем. — М., 1990. — 524 с.
15. *Иеринг Р.* Избранные труды : в 2 т. / пер. с нем. — СПб., 2006. — Т. 1. — 618 с.
16. *Кельзен Г.* Судебная гарантия Конституции (Конституционная юстиция) / пер. с фр. // Право и политика. — 2006. — № 8. — С. 5–14; № 9. — С. 5–18.
17. *Шевчук С.* Основы конституційної юриспруденції. — К., 2001. — 302 с.
18. *Hart H.* The Concept of Law. — 2nd ed. — Oxford, 1997. — 328 p.
19. *Dworkin R.* Taking Rights Seriously (with a new appendix, a response to critics). — Cambridge, Massachusetts, 1997. — 374 p.
20. *Dworkin R.* Law's Empire. — Cambridge, Massachusetts, 1986. — 470 p.

Смородинський В. С. Концепт правосуддя в західній філософсько-правовій думці

Анотація. Статтю присвячено дослідженню формування й розвитку концепту правосуддя в західній філософсько-правовій думці. Автор розглядає перші теоретичні концепції правосуддя в Європі, викладені у працях філософів Стародавньої Греції й інтерпретовані в Середні віки. У статті також розглядається розвиток концепту правосуддя в Новий час, ілюстроване дослідженнями європейських філософів і правознавців XVIII–XX ст. Стаття ґрунтується на працях мислителів різних часів (від Стародавньої Греції до сьогодення) й простежує зародження та розвиток ідеї правосуддя.

Ключові слова: західна філософсько-правова думка, правосуддя, судова діяльність, суд присяжних.

Смородинский В. С. Концепт правосудия в западной философско-правовой мысли

Аннотация. Статья посвящена исследованию формирования и развития концепта правосудия в западной философско-правовой мысли. Автор рассматривает первые теоретические концепции правосудия в Европе, изложенные в работах философов Древней Греции и интерпретированные в Средние века. В статье также рассматривается развитие концепта правосудия в Новое время, иллюстрируемое исследованиями европейских философов и правоведов XVIII–XX в. Статья основывается на работах мыслителей разных времен (от Древней Греции до настоящего времени) и прослеживает зарождение и развитие идеи правосудия.

Ключевые слова: западная философско-правовая мысль, правосудие, судебная деятельность, суд присяжных.

Smorodynskiy V. The Concept of Justice in the Western Philosophical and Legal Thought

Summary. The article is dedicated to investigate the formation and development of the justice idea in the western philosophical and legal thought. Author treats the first theoretical conceptions of justice in Europe as suggested in works of the Ancient Greek philosophers and interpreted in the Middle Ages. The development of the justice concept in the New Times, as exemplified by research of justice by the European philosophers and legists of XVIII–XX centuries. The present article is based on works of thinkers of different times (from Ancient Greece to present times) and traced the origin and development of the justice idea.

Key words: western philosophical and legal thought, judicial activity, justice, jury.

ПРИНЦИП ПРОПОРЦІЙНОСТІ У СУДОВІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

С. ПОГРЕБНЯК

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



В умовах правової держави заборона надмірного державного втручання у свободу особи розглядається як аксіоматична вимога: держава має право обмежувати права людини лише тоді, коли це дійсно необхідно, і тільки в такому обсязі, в якому її заходи будуть розмірними до переслідуваної мети. Іншими словами, у цій сфері проголошується та діє принцип пропорційності (розмірності, адекватності). В його основу покладена ідея, згідно з якою загальний інтерес, яким керується держава, не може бути таким, що придушує свободу окремої особи [1, с. 166]. Він покликаний захистити індивіда, коли той залишається віч-на-віч із державою, і є передумовою того, що регулятивне втручання має бути підходящим до цілей, які ним досягаються [2, с. 136].

На думку деяких дослідників, ідея пропорційності та елементи її змісту були відомі вже в давні часи, а також у Середні віки [3, с. 3]. Наприклад, Й. Крістоферсен зазначає, що положення, більш-менш пов'язані із сучасним принципом пропорційності, можна знайти в Кодексі Хаммурапі 1792–1750 рр. до н. е. (зокрема, правила 196, 197 та 200), Старому Заповіті (Вихід 21.23–25) [4, с. 31].

Багато хто вважає, що ідея пропорційності веде свій відлік із аристотелівської концепції справедливості, що, до речі, частково пояснює успіх концепції пропорційності в усьому світі. Так, Аристотель стверджував, що справедливе — це пропорційне, а несправедливе — те, що порушує пропорційність [5, с. 152]. Він виходив з того, що належне при розподілі (*justitia distributiva*) полягає в пропорційності: кожний має отримати по заслугі, по гідності. Тому розподільній справедливості відповідає геометрична, тобто пропорційна рівність. Належне при обміні й відплаті передбачає рівність, проте не пропорційну, а арифметичну, тобто кількісну [5, с. 152–153].

Ідея пропорційності також знайшла своє відображення у відомому вислові Ульпіана (Дигести, 1.1.10 pr.): «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*» (справедливість — це незмінне і постійне прагнення надати кожному належне йому право) [6, с. 86–87]. Символом пропорційності також

© С. Погребняк, 2012

можуть бути терези Феміди, які в цьому контексті відповідають за точність відповідних вимірювань [7, с. 13]. Як символ балансування, як відображення правосуддя терези беруть свій початок, принаймні, від давніх греків і єгиптян [4, с. 32]. Це ще одне переконливе свідчення давнього існування тісного зв'язку між судочинством і пропорційністю.

Ідея пропорційності отримала свій подальший розвиток у праві на самооборону, обґрунтованому в працях Цицерона, Св. Августина, Томи Аквінського та ін. Так, Тома Аквінський формулює закон самооборони держав і здійснює перше розкладання концепції Аристотеля у вигляді добре відомого на сьогодні багатоступінчастого тесту на пропорційність. Він стверджує, що мають існувати умови для того, щоб застосування сили було справедливим: сила повинна бути необхідною; вона не повинна бути надмірною, а має бути пропорційною; сила повинна використовуватися сувереном відповідно до правил [8, с. 5].

Ідею пропорційності можна знайти у Великій Хартії Вольностей (зокрема, п. 20), англійському Біллі про права 1689 р. та Біллі про права 1791 р.¹

Вважається, що значний внесок у просування цієї ідеї зробив Г. Гроцій, який запропонував застосовувати пропорційність не лише у взаємовідносинах держав, а й у взаємовідносинах індивідів. У цілому, саме у Г. Гроція відбувається об'єднання давнього поняття справедливості як розуму, середньовічної концепції пропорційної самооборони та сучасної концепції балансу інтересів [8, с. 5].

Слід також звернути увагу на роль Ч. Беккарія у теоретичному обґрунтуванні цього принципу. Так, виступаючи за обмеження у використанні покарань, він висловив важливе зауваження більш загального характеру: «Кожне покарання, яке не є абсолютно необхідним, — говорить великий Монтеस्क'є, — є тиранічним. Ця доктрина може бути більш універсальною таким чином. Кожна дія влади, яку одна особа здійснює щодо іншої особи і яка не є абсолютно необхідною, є тиранічною» [4, с. 31].

Проте за розповсюдженою версією пропорційність як принцип бере початок у праві Німеччини. Уперше він спеціально згадується у 1799 р. В. Єллінеком, який визначає його як принцип поліцейського права [9, с. 70]. Одні дослідники знаходять його витoki в положеннях законів, що були впроваджені Фрідріхом Великим (зокрема, в Кодексі публічного права). Ці положення обмежували розсуд органів держави при здійсненні поліцейських функцій, уповноважуючи їх застосовувати тільки засоби, необхідні для забезпечення громадського порядку, спокою та безпеки [10, с. 71–72; 11, с. 70].

Інші вчені пов'язують розвиток цього принципу із Пруським загальним земельним правом 1794 р. (*Allgemeines Landrecht*). У 1791 р. розробник його проекту К. Саварець наголошував на тому, що пропорційність є першим принципом публічного державного права, а також, що держава уповноважена обмежувати свободу особи лише настільки, наскільки це необхідно для збереження свободи і безпеки всіх. На думку К. Саварця, пропорційність слід вбачати також у тому, що шкода, яка повинна попереджатися обмеженням свободи, має бути набагато значнішою, ніж шкода, якої зазнають громадськість чи окрема людина через

¹ Див. восьму поправку до Конституції США, згідно з якою не можна встановлювати надмірних застав, накладати надмірних штрафів або вдаватися до жорстоких і надзвичайних покарань.

таке обмеження [9, с. 69–70]. Перший принцип публічного права К. Саварця має певну схожість зі знаменитим ліберальним принципом Дж. С. Міла про самозахист як підставу втручання у вільні дії особи [12, с. 19]. Логічно, що ст. 10(2) цього акта наділила уряд повноваженнями здійснювати поліцейський нагляд з метою забезпечити громадський спокій, але обмежуючи такі повноваження лише необхідними для досягнення цієї мети заходами. Стаття встановлювала, що «поліція повинна приймати необхідні заходи для підтримання громадського спокою, безпеки і порядку».

У період з 1882 р. до 1914 р. Вищий адміністративний суд Пруссії постійно використовував тест на пропорційність при дослідженні легітимності втручання уряду в економічне та соціальне життя. Наприклад, у прецедентному рішенні у справі Кройцберга (1882 р.), він скасував рішення берлінської влади, яке забороняло будівництво споруд, що загороджували вид на національний пам'ятник, на тій підставі, що уряд може діяти лише для запобігання загрози громадської безпеки і не має права нав'язувати громадянам власні естетичні погляди. У справі щодо заборони п'єси Г. Гауптмана «Ткачі» Вищий адміністративний суд Пруссії зазначив, що поліція не може заборонити постановку п'єси, ґрунтуючись лише на слабкій вірогідності того, що вона призведе до заколоту [13, с. 64–66].

Після Другої світової війни завдяки діяльності Федерального Конституційного Суду Німеччини пропорційність стає принципом не лише адміністративного, а й конституційного права, а згодом набуває статус загального принципу права.

На сьогодні цей принцип також можна знайти у різних формулюваннях багатьох національних та наднаціональних правових систем. Він визнається загальним принципом права ЄС. У Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, на відміну від права ЄС, принцип пропорційності прямо не закріплений. Незважаючи на це він є одним із найважливіших принципів, який, мабуть, найбільш часто застосовується у практиці Європейського суду з прав людини [14, с. 68–69].

Для правильного застосування судами принципу пропорційності важливе значення має *тест на пропорційність*. Він має одну й ту ж основну двоетапну структуру. На першому етапі суд повинен встановити, що владними діями виявилось обмежене певне право. На другому етапі влада повинна продемонструвати суду, що вона переслідувала певну легітимну мету і що обмеження було пропорційне цій меті.

Тест на пропорційність включає в себе три критерії: по-перше, засіб, призначений для досягнення мети влади, повинен підходити для досягнення цієї мети (*доречність*); по-друге, з усіх підходящих має бути обрано той засіб, який у найменшій мірі обмежує право приватної особи (*необхідність*); по-третє, збиток приватній особі від обмеження її права повинен бути пропорційний вигоді уряду щодо досягнення поставленої мети (*пропорційність у вузькому сенсі*) [13, с. 61]. Пропорційність у вузькому сенсі також нерідко іменують *принципом балансування* [4, с. 33].

Цей традиційний трирівневий тест на пропорційність є продовженням більш загальної «крок за кроком» інтерпретації: визначення змісту права і наяв-

ності втручання; перевірки законності заходу; визначення легітимності мети, що переслідується, і ретельного дослідження пропорційності відповідно до вказаних вище трьох елементів [4, с. 34].

Оцінюючи доречність засобу, суд повинен взяти до уваги факт існування категорично заборонених засобів (наприклад, катувань), що робить недоречним подальший аналіз тих чи тих обмежень на предмет їх пропорційності. Крім того, у цій ситуації оцінюванню підлягає легітимність мети, що переслідується відповідним заходом. Легітимність має впливати з конституції і законів (наприклад, законодавець не може просувати ідеї, які здаються йому «гарними» на відміну від «поганих ідей», підтримувати «істинні» релігійні культу на відміну від «помилкових») [15, с. 61]. В основі вимоги легітимності мети знаходиться думка, відповідно до якої державні заходи не можуть здійснюватися без відповідної мети. Подібна мета вимагає об'єктивного виправдання, за відсутності якого громадянин легко може стати об'єктом безцільної політики [9, с. 68].

З питанням про легітимність мети, що переслідується, тісно пов'язана проблема розмірності засобів, заходів чи дій, за допомогою яких вона досягається. Захід чи дія є доречними, якщо вони по-справжньому обґрунтовані і придатні для досягнення мети (наприклад, здійснюється аналіз того, чи є пункція спинномозкової рідини придатним методом визначення осудності обвинуваченого, чи сприяють жорсткі вироки у кримінальних справах зниженню злочинності) [15, с. 61]. Іншими словами, у цьому випадку має бути дотримана вимога ефективності в тому сенсі, що застосування певного заходу повинне ґрунтуватися на деяких емпіричних даних про його здатність для просування або досягнення мети, що переслідується [4, с. 161].

Окремим випадком недоречності заходів є положення нормативно-правових актів, що покладають обов'язки, які неможливо виконати. Ця вимога базується на відомому давньоримському принципі: «*Nemo ultra posse obligatus est abo impossibilium nulla obligatio est*» (Цельс, Дигести, 50.17.185), українською це звучить так: «Нікого не можна зобов'язати до того, що він (або ніхто) не в змозі виконати». На думку Б. Шлоера, критерієм оцінки цієї вимоги є принцип можливості, тобто здатність адресата виконати те, що вимагається законом. При цьому йдеться як про юридичну можливість (можливість виконати законними шляхами), так і про фактичну можливість (об'єктивна можливість виконати певний обов'язок) [3, с. 11–12]. Неможливість виконання свідчить про те, що мета, на реалізацію якої спрямовано певне зобов'язання, не може бути досягнута, отже, обраний захід є непридатним [16, с. 78].

Те, що захід чи дія є доречними для досягнення певної легітимної мети, необов'язково свідчить про те, що вони є єдино можливими. Якщо існують інші, менш обтяжливі засоби, то у держави не має розумних причин використовувати засоби, що передбачають більше втручання: більш м'які засоби є оптимальними; вони краще відповідають інтересам громадян, при цьому однаковою мірою відповідаючи інтересам держави. Ця вимога розглядається як юридичний еквівалент принципу оптимальності Парето [15, с. 61–62]. Вимога доречності та необхідності правових обмежень також означає, що розмір (обсяг) публічно-правового обмеження має бути диференційований залежно від конкретних обставин. Вимога найменш обтяжливих засобів нерідко пояснюється за допо-

могою популярного вислову, відповідно до якого не слід розколювати горіх кувалдою [4, с. 109].

Слід мати на увазі, що при судовій оцінці доречності й необхідності заходу залежно від категорії справи можна використовувати стандарти різного рівня жорсткості. Наприклад, американська конституційна доктрина пропонує три види стандартів: *суворе дослідження (strict scrutiny)*, який означає, що дозволені дії мають здійснюватися лише в ім'я найважливіших інтересів держави («принципові інтереси») і повинні бути найменш обмежувальним засобом їх дотримання («вузьке застосування») [17, с. 35]; *проміжне дослідження (intermediate scrutiny)*, яке вимагає лише демонстрації «суттєвого взаємозв'язку» між політикою, що пропонується, і «важливою урядовою метою»; *раціональне дослідження (rational scrutiny)*, яке вимагає лише демонстрації «раціонального зв'язку» з легітимними цілями влади [18, с. 182–183].

Забороні надмірності заходів протиставлена заборона їхньої недостатності, яка теж характеризує проблематику припустимості обмежень. Заборона недостатності заходів обґрунтовується переважно з позицій прав людини та є втіленням захисної функції держави [16, с. 80].

Водночас у науковій літературі слушно звертають увагу на те, що лише в поодиноких випадках вжиті заходи є абсолютно ірраціональними і завжди можливо стверджувати, що вони придатні й необхідні для досягнення законної мети. Тому негативна відповідь на перші два пункти тесту дається судом рідко. По суті, поширеними є випадки, в яких перевірка пропорційності заходів зводиться до порівняння інтенсивності втручання з метою, яка переслідується. Іншими словами, інтенсивність обмежень не повинна бути надмірною щодо легітимних потреб та інтересів, до забезпечення яких прагне конкретне обмеження: «Ваги, які використовуються Судом, здається, означають, що чим більше обмежується право або чим суттєвіший аспект права, порушений обмеженням, тим більш суттєвими і переконливими повинні бути легітимні цілі, для досягнення яких це обмеження накладається» [19, с. 51–52]. У цій ситуації беруться до уваги правові та моральні цінності суспільства, відбувається порівняння, зважування і балансування прав, інтересів і цілей сторін.

Баланс можна вважати справедливим (оптимальним) лише за умови, що обмеження, яке запроваджується, не посягає на саму сутність того чи того права та не призводить до втрати його реального змісту. Нагадаємо, що правило, згідно з яким сутність основного права в жодному разі не може бути порушена, вважають загальноновизнаним Європейський суд з прав людини та Конституційний Суд України. Так, Європейський суд з прав людини неодноразово наголошував на тому, що обмеження прав і свобод людини і громадянина визнаються допустимими, якщо вони здійснені згідно з чинним законодавством і відповідають правилу «збереження основного змісту прав і свобод» (рішення від 20 травня 1999 р. у справі «Реквені проти Угорщини», рішення Великої палати від 13 лютого 2003 р. у справі «Партія добробуту та інші проти Туреччини»). Конституційний Суд України посилався на це правило, зокрема, в рішеннях від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005 у справі про постійне користування земельними ділянками, від 12 червня 2007 р. № 2-рп/2007 у справі про утворення політичних партій в Україні та від 22 травня 2008 р. № 10-рп/2008 у справі щодо пред-

мета та змісту закону про Державний бюджет України, від 26 грудня 2011 р. № 20-рп/2011, а також від 25 січня 2012 р. № 3-рп/2012.

Тест на пропорційність може бути побудований двома різними способами: *строго вертикально*, коли пропорційність залежить від послідовного виконання однієї юридичної вимоги за іншою (доречність, необхідність, балансування), та *гнулко горизонтально*, коли традиційні вимоги (доречність і необхідність) враховуються як фактори для загальної оцінки (балансирування). Різниця між цими способами може бути проілюстрована на прикладі застосування судами Канадської Хартії про права та свободи та Південноафриканського Білля про права¹.

Таким чином, послідовне і добросовісне застосування судами принципу пропорційності, судова перевірка актів на їх доречність та необхідність і, як наслідок, встановлення справедливого балансу є важливою передумовою для забезпечення прав людини, утвердження верховенства права.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Козюбра М. І.* Верховенство права — основоположний принцип правової і політичної систем України // *Правова система України: історія, стан та перспективи* : у 5 т. — Х., 2008. — Т. 1 : *Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України* / за заг. ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. — С. 148–173.
2. *Tridimas T.* *The General Principles of EU Law.* — 2nd ed. — 2007. — СХХІ, 591 pp.
3. *Шлоер Б.* Принцип адекватності в європейському та українському публічному праві // *Український правовий часопис.* — 2003. — № 3 (8). — С. 3–27.
4. *Christoffersen J.* Fair balance — a study of proportionality, subsidiarity and primarity in the european convention on human rights [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://nijhoffonline.nl/book?id=nij9789004170285_nij9789004170285_i-670.
5. *Аристотель.* Никомахова етика : соч. : в 4 т. / пер. с древнегреч. — М., 1983. — Т. 4.
6. *Дигести* Юстиниана / пер. с лат. ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. — М., 2002. — Т. 1. — Книги I–IV. — 584 с.
7. *Хеффе О.* Справедливость: философское введение / пер. с нем. — М., 2007. — 192 с.
8. *Engle E.* The history of the general principle of proportionality: an overview [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1431179.
9. *Альбрехт П.-А.* Забута свобода: принципи кримінального права в європейській дискусії про безпеку / пер. з нім. — О., 2006. — 160 с.
10. *Гаджиев Г. А.* Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). — М., 2002. — 286 с.
11. *Шевчук С.* Значення загальноправового принципу пропорційності для визначеності конституційності обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод (зарубіжний досвід) // *Вісник Академії правових наук України.* — 2000. — № 1 (20). — С. 69–76.
12. *Міл Дж. С.* Про свободу : есе / пер. з англ. — К., 2001. — 463 с.

¹ Докладніше з цього приводу див.: [4, с. 35–36].

13. Коэн-Элия М., Порат И. Американский метод взвешивания интересов и неметкий тест на пропорциональность: исторические корни // Сравнительное конституционное обозрение. — 2011. — № 3. — С. 59–81.
14. Старженецкий В. В. Россия и Совет Европы: право собственности. — М., 2004. — 208 с.
15. Шлинк Б. Пропорциональность: к проблеме баланса фундаментальных прав и общественных целей // Сравнительное конституционное обозрение. — 2012. — № 2. — С. 56–76.
16. Штобер Р. Хозяйственно-административное право. Основы и проблемы. Мировая экономика и внутренний рынок / пер. с нем. — М., 2008. — 400 с.
17. Таинет М. Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту» // Сравнительное конституционное обозрение. — 2006. — № 2 (55). — С. 28–36.
18. Шапиро И. Моральные основания политики / пер. с англ. — М., 2004. — 304 с.
19. Цакиракис С. Пропорциональность: посягательство на права человека? // Сравнительное конституционное обозрение. — 2011. — № 2. — С. 47–66.

Погребняк С. П. Принцип пропорційності у судовій діяльності

Анотація. Стаття присвячена розгляду пропорційності як загального принципу права. Досліджено походження цього принципу, продемонстровано особливості розуміння пропорційності в Античності, в Середні віки та в Новий час. Проаналізовано структуру та критерії тесту на пропорційність, що підлягає застосуванню судом. Визначено зміст принципу пропорційності, розглянуто його основні вимоги.

Ключові слова: пропорційність, адекватність, надмірність, легітимна мета, доречні й необхідні засоби, зважування та балансування, тест на пропорційність.

Погребняк С. П. Принцип пропорциональности в судебной деятельности

Аннотация. Статья посвящена рассмотрению пропорциональности как общего принципа права. Исследована происхождение этого принципа, продемонстрированы особенности понимания пропорциональности в Античности, в Средние века и в Новое время. Проанализированы структура и критерии теста на пропорциональность, который подлежит применению судом. Определено содержание принципа пропорциональности, рассмотрены его основные требования.

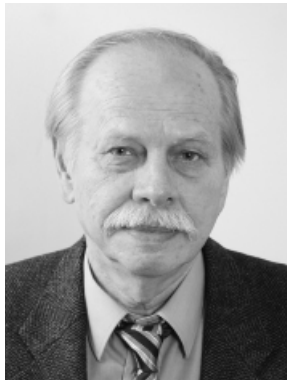
Ключевые слова: пропорциональность, адекватность, избыточность, легитимная цель, уместные и необходимые средства, взвешивание и балансирование, тест на пропорциональность.

Pogrebniak S. The Principle of Proportionality in Judicial Practice

Summary. The article is devoted to proportionality as a general principle of law. This principle origin is analyzed, the peculiarities of its interpretation in the Ancient Times, in the Middle Ages and in the Modern Time are demonstrated. The structure and criteria of the judicial proportionality test that has to be administrated by the Court are analyzed. The content of the principle of proportionality is defined; its basic requirements are considered.

Key words: proportionality, adequacy, redundancy, legitimate aim, suitable and necessary measures, weighing and balancing, proportionality test.

ФІЛОСОФСЬКІ ПРОБЛЕМИ КОМПЕНСАЦІЙНОГО ПРАВОСУДДЯ У ТРАКТУВАННІ ДЖАННИ ТОМПСОН



В. ТИТОВ

*доктор філософських наук,
професор кафедри логіки
(Національний університет
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)*

У філософсько-правовій літературі США широко обговорюється питання про можливість будь-яких компенсацій нащадкам чорних рабів за понесені їхнім предкам утиски [1]. Це питання породжує більш широку проблематику компенсаційного правосуддя, що виходить далеко за межі відшкодування збитків, нанесених афроамериканцям. Подібні питання виникали і в Європі у зв'язку з компенсаціями євреям, що постраждали від голокосту; громадянам СРСР та інших країн, примусово вивезеним до Німеччини під час війни; в'язням гітлерівських концтаборів, а також реабілітованим жертвам політичних репресій сталінського режиму. У наші дні в Чехії порушується питання про компенсації представникам інтелігенції, позбавленим можливості працювати за фахом після 1968 р. Вимоги компенсацій від Росії за «радянську окупацію» час від часу лунають з країн Прибалтики. Не виключено, що полеміка навколо визнання геноцидом винищення вірмен турками під час Першої світової війни та голодомору в Україні загрожує підготовкою до відкриття схожої компенсаційної перспективи для Туреччини та Росії.

Міжнародним авторитетом у галузі компенсаційного правосуддя користується австралійська дослідниця Джанна Томпсон (*Janna Thompson*) завдяки її книзі «Беручи відповідальність за минуле» 2002 р. [2]. Розвитком і своєрідним резюме її поглядів є стаття «Моральне значення історії: роздуми про підхід Артура до компенсаційного правосуддя», вміщена в осінньому 2009 р. випуску «Бюлетеня Американської філософської асоціації» [3]. Приводом для цієї статті стала видана в 2007 р. книга американського вченого Дж. Артура «Раса, рівність і тягар історії» [4].

Не вдаючись у деталі її полеміки з Дж. Артуром, відтворю тільки ключові положення аргументації Дж. Томпсон, які можуть послугувати відправною моделлю для розробки зовсім інших змістовних сюжетів компенсаційного правосуддя.

Отже, яким чином, на думку Дж. Томпсон, можливе компенсаційне правосуддя у випадках рабства і расового утиску?

Перша пропозиція полягає в тому, щоб повернутися до ідеї реституції втраченої заробітної плати або до компенсації, яка мала б бути виплаченою звільненим рабам. Дж. Томпсон вважає, що реституція не залежить ні від вини тих, хто повинен її здійснити, ні від визнання жертвами тих, кому вона призначена. Реституцію повинні здійснити ті, хто має гроші або майно, якими вони не мають права володіти, у відношенні спадкоємців законних володарів. Однак на практиці реституція проблематична, навіть якщо відповідне рішення буде прийнято. Її можливості обмежені, оскільки вона буде обов'язковою лише в разі доведеності несправедливого привласнення майна. Крім того, реституція для рабства та інших давніх несправедливостей залежить від невизначено довгого зберігання прав успадкування через покоління. Багатьма це уявлення про права спадкування буде сприйнято як невинуватне [5].

Друге положення. Якщо ми дійсно вважаємо, що мертвим можна принести користь, тоді має сенс припускати, що ми можемо надати їм компенсацію [6]. Звичайно, ми не можемо надати компенсацію безпосередньо, але вона може принести користь тим, про кого вони за припущенням воліли б подбати. Навіть якщо ми маємо сумніви щодо їх турботи про нащадків, розумно припустити, що ми маємо інші зобов'язання, зокрема зобов'язання пам'ятати про їхні страждання або відновити їх імена і принести вибачення. Тут виникають проблеми — багато хто знаходить неправдоподібним, що мертвим можна принести якусь користь, або що у них є якісь вимоги, нарешті, чому сучасні громадяни взагалі зобов'язані робити компенсацію.

Третя пропозиція полягає в тому, щоб рухатися в комунітарному (*communitarian*) напрямі і стверджувати, що відповідальність компенсації за рабство виникає на підставі ідентичності індивідуумів з їх нацією, їх державою або їх предками. Національна ідентичність, згідно з Д. Міллером, є історичною ідентичністю, яка передбачає готовність членів суспільства цінувати і підтримувати культурну традицію, беручи на себе відповідальність за минуле [7]. Тому сучасний уряд повинен принести вибачення спадкоємцям жертв від імені тих, хто є спадкоємцями «кривдників» цих жертв.

Виникає запитання, чому слід принести вибачення тим, по відношенню до кого не була допущена несправедливість. Але право на вибачення або компенсацію могло б також бути зрозумілим як комунітарне право, а не як право тільки індивідуумів. Раби у США були, як правило, чорношкірими (хоча в XVII–XVIII ст. були й білі раби із злочинців або так званих «боргових слуг» (*indentured servants*)). Так що про компенсації можна було б думати лише стосовно певної расової групи. Рабство у США передбачало поневолення родин, а не тільки індивідуумів. Діти чорних рабів були також рабами (на відміну від дітей злочинців або боргових слуг). Більше того, расове гноблення існувало і після громадянської війни. Отже, належну компенсацію або вибачення з повною підставою слід принести сучасним представникам родин, які були ображені рабством та іншими утисками.

Багато людей в Америці поділяють цю думку і відчувають каяття в тому, що було зроблено їх предками. Однак є переважна більшість білих людей, які

не мають цього почуття відповідальності за рабство і расове гноблення минулого — як тому, що вони не ототожнюють себе з їх нацією, так і тому, що їхня історична ідентичність обмежена періодом прибуття у США їх власних предків набагато пізніше громадянської війни. Багато ж білих розцінюють дії своїх предків згідно зі стандартами їх часу як справедливі. Таким чином, комунітарні ідентичності можуть бути різними і дуже вибірковими у визначенні моральних і політичних зобов'язань.

Четверта пропозиція полягає в тому, щоб прийняти серйозно концепцію колективної історичної відповідальності, поширеної на наступні покоління. В її основі лежить ідея соціального контракту. Е. Партрідж (*E. Partridge*) у зв'язку з цим говорить про обов'язки щодо мертвих, що випливають із одержуваного від попередніх поколінь соціального контракту. Живі мають інтерес в їх заповітах, контрактах і обіцянках, які слід поважати і виконувати після їх смерті наступним поколінням [8]. Ця ідея покликана пояснити, чому сучасні громадяни мають зобов'язання робити компенсацію за несправедливість, зроблену їхніми попередниками. Оскільки розумно припустити, що ця компенсація знаходиться в інтересах членів суспільства, вони погодяться на контракт, який допускає компенсацію несправедливості, зробленої їх попередниками.

Дж. Томпсон вважає, що ця ідея контракту все ж неправдоподібна. Багато членів суспільства, ймовірно, не мають жодного бажання брати на себе подібні зобов'язання. Ми не знаємо, якої компенсації могли побажати люди, щодо яких була допущена несправедливість. Неясно, що саме розуміли сторони контракту під тим, що належить до зобов'язань різних поколінь. Крім того, все ж незрозуміло, чому люди повинні дотримувати обіцянки, зроблені нині мертвою людиною, або поважати їхні інтереси, які вони мали на увазі у своїх обіцянках за життя.

Якщо є причини думати, що людина має моральне право висувати якісь вимоги до своїх спадкоємців, то ці спадкоємці повинні їх виконувати. Для визнання цього ми не потребуємо посилення на соціальний контракт. Досить вважати себе учасником моральної практики, яка вимагає виконувати подібні вимоги. У зв'язку з цим Дж. Фейнберг пише: «Якщо обіцянки покійного полягали в тому, щоб стати не маючими законної сили після їх смерті, не могло б бути ніякої віри в обіцянки щодо посмертних розпоряджень; ніхто не турбувався б про заповіти або поліси страхування життя» [9]. Громадяни мають моральну підставу брати участь у практиці, що вимагає від них визнання несправедливості минулого і компенсації або вибачень для живих нащадків її жертв.

Інший аспект міркування полягає в тому, чому і як громадяни однієї держави, які мають бути пов'язані з інтересами і зобов'язаннями різних поколінь, повинні нести відповідальність перед громадянами інших держав, що також належать до інтересів і зобов'язань вже цілком інших поколінь. Такі громади і держави повинні поважати один одного, і ця повага містить розуміння проблем відповідальності, що належать до їх різних поколінь. Такі громади мають погодитися на відновлення і продовження відносин поваги, які з'єднують покоління. Більше того, як вважає Дж. Томпсон, кожне покоління має прийняти на себе моральну відповідальність за колишні покоління, і робити компенсацію за їхні колишні неповажні дії проти громадян інших держав. При цьому якщо одне

покоління робить несправедливість і не в змозі зробити компенсацію, тоді зобов'язання має перейти до його наступників.

Застосовуючи цю лінію аргументації до випадку рабства і несправедливості щодо чорних американців, ми повинні прийняти уявлення, що держава має їх компенсувати. Навряд чи можливо обчислити грошову міру подібної компенсації. Більш реалістичним є пропозиція Дж. Артура здійснити спеціальні цільові програми для соціальної підтримки чорношкірих родин, зокрема полегшення їм доступу до якісної освіти для подолання їх бідності. Крім того, уряд повинен принести вибачення, разом із відповідним почуттям каяття і рівністю правосуддя для нащадків рабів. У цьому Дж. Томпсон з ним повністю солідарна, зрозумівши, що звернення до вимоги компенсації може не тільки посилити гідність нащадків чорних рабів, а й консолідувати націю за допомогою гарантій історичного правосуддя.

Природно екстраполювати ці пропозиції і на практику пострадянських країн, щонайменше стосовно нащадків «розкуркулених» під час колективізації, жертв штучного голоду 1930-х років і політичних репресій сталінського режиму. Можливо, вирішувати подібні проблеми на пострадянському просторі колись доведеться. Як конкретно це робити — завдання політиків і юристів.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Browne R. S.* The Economic Basis for Reparations to Black Americans // Review of Black Political Economy. — 1993. — Vol. 21. — P. 99–110; *Robinson R.* The Debt: What America Owes to Blacks. — New York, 1999; *Boxill B.* A Lockean Argument for Black Reparations // The Journal of Ethics. — 2003. — Vol 7. — P. 63–91; *Darby D.* Reparations and Racial Inequality // Philosophy Compass. — 2010. — Vol. 5–1. — P. 55–66. Всі наступні посилання цитуються за статтею Дж. Томпсон «The Moral Significance of History».
2. *Thompson J.* Taking Responsibility for the Past. — Cambridge, 2002.
3. *Thompson J.* The Moral Significance of History: Reflections on Arthur's Approach to Compensatory Justice // APA Newsletters. — 2009. — Vol. 9. — № 1. — P. 75–88.
4. *Arthur J.* Race, Equality, and the Burdens of History. — Cambridge; New York, 2007.
5. *Waldron J.* Superseding Historic Injustice // Ethics. — 1992. — Vol. 103 (1). — P. 6; *Haslett D.* Is Inheritance Justified? // Philosophy and Public Affairs. — 1986. — Vol. 15 (2). — P. 164.
6. *Feinberg J.* «Death and Posthumous Harm» // Harm to Others The Moral Limits of the Criminal Law. — Vol. 1. — Oxford; New York, 1984. — Ch. 2, Sec. 3.
7. *Miller D.* National Responsibility and Global Justice. — Oxford; London, 2007. — P. 120–121.
8. *Partridge E.* Posthumous Interests and Posthumous Respect // Ethics 1981. — Vol. 81. — P. 261.
9. *Feinberg J.* The Rights of Animals and Unborn Generations // Philosophy and Environmental Crisis / ed. by W. T. Blackstone. — Athens, 1974. — P. 58.

Титов В. Д. Філософські проблеми компенсаційного правосуддя у трактуванні Джанни Томпсон

Анотація. Хоча у статті обговорюється підхід австралійського автора Джанни Томпсон до компенсаційного правосуддя для нащадків афро-американських рабів, проблема видається близькою і для ситуації в пострадянських країнах.

Ключові слова: компенсаційне правосуддя, відповідальність перед минулим, компенсації для нащадків афроамериканських рабів, Джанна Томпсон, тягар історії.

Титов В. Д. Философские проблемы компенсационного правосудия в трактовке Джанны Томпсон

Аннотация. Хотя в статье обсуждается подход австралийского автора Джанны Томпсон к компенсационному правосудию для потомков афроамериканских рабов, проблема представляется близкой и для ситуации в постсоветских странах.

Ключевые слова: компенсационное правосудие, ответственность перед прошлым, компенсации для потомков афроамериканских рабов, Джанна Томпсон, бремя истории.

Tytov V. Philosophical Problems of Compensatory Justice in Janna Thompson's Interpretation

Summary. Though this talk deals with the approach of Australian author Janna Thompson to compensatory Justice for descendents of Afro-American slaves, the problem seems close to Post-Soviet Countries situation as well.

Key words: compensatory justice, responsibility for the past, reparations to Afro-Americans, Janna Thompson, the burdens of history.

РЕФЛЕКСИВНІСТЬ ТА ІДЕЯ ПРАВА¹

Н. СІММОНДЗ
*доктор філософії,
викладач юриспруденції,
декан Корпус Крісті Коледжу
(Університет Кембриджу, Велика Британія)*



ДЕЯКІ ТВЕРДЖЕННЯ ДЖОЗЕФА РАЗА

Ті, хто відкидає ідею рефлексивності у праві, заперечують, що правова думка (зокрема судова правова думка) принципово орієнтована на ідею права таким чином, що судова думка про природу права забезпечує (явно або неявно) необхідну інтелектуальну базу для доктринальної аргументації. Джозеф Раз, наприклад, говорить, що «питання про природу права можуть виникнути в судах і можуть фігурувати при прийнятті судових рішень», проте лише таким же чином, як виникають питання астрофізики та біології. «Судове використання ідей юриспруденції... є аналогічним судовому використанню біологічних ідей» [1, с. 81–82].

Дж. Раз пропонує два незалежні аргументи на підтримку тверджень про судове рішення. Одним із аргументів є те, що ми можемо визнати певний випадок як той, що підпадає під поняття, не маючи теоретичного детального описання цього поняття. Так можна дізнатися, що доктринальний аргумент правильно визначив поняття права навіть за відсутності загальної теорії про природу права [1, с. 84–85]. Це спостереження, одночасно будучи, безсумнівно, логічним, навіть не наближується до обґрунтування твердження Дж. Раза, що роль аргументації юриспруденції щодо судових рішень є аналогічною ролі біологічних

¹ *Simmonds N. E. Reflexivity and the Idea of Law // Jurisprudence. — 2010. — № 1. — P. 1–20.* Переклад з англійської мови С. Максимова і С. Погребняка. (Закінчення. Початок статті див.: *Філософія права і загальна теорія права. — 2012. — № 1. — С. 13–26.*)

² У цьому випадку і далі за текстом під терміном «юриспруденція» мається на увазі навчальна дисципліна, яка являє собою своєрідний синтез таких відомих українській юридичній освіті дисциплін, як теорія права, філософія права та історія політичних та правових учень. — *Прим. перекладача.*

аргументів. Все свідчить про те, що деякі справи будуть легкими, якщо правила, до яких звертаються шляхом доктринальної аргументації, є явно правом, і жодна ймовірна теорія юриспруденції не зможе поставити під сумнів цей статус. На відміну від цього, загальна відсутність судового посилання на біологічні теорії вказує не на те, що ці теорії пропонують конвергентну підтримку цьому судовому рішенню, а на те, що вони не мають жодного відношення до судового рішення.

Іншим аргументом Дж. Раза є те, що обов'язок суддів визначається за правилами системи, в якій ці судді діють: «Їх обов'язок... судити відповідно до правил цієї системи, і не має жодного значення взагалі, чи є ці правила правовими чи ні». Отже, виправдувальний аргумент, запропонований суддею щодо власного рішення, не передбачає нічого щодо статусу (у якості права чи неправа) правил, що застосовуються. Суддя, по суті, зобов'язаний застосовувати не право, а правила цієї системи, незважаючи на те, чи є ці правила правом чи ні.

Щоб оцінити цей аргумент, ми повинні спершу помітити, якою саме мірою наше поняття «суддя» саме по собі пов'язане із поняттям права. Хтось, призначений бандою головорізів, аби застосовувати і забезпечувати дотримання певних правил, не є, в будь-якому нормальному сенсі, «суддею». Описуючи когось як суддю, ми, як правило, припускаємо, що суддя має повноваження, надані правом, а також обов'язок застосовувати право. Однак це не узгоджується із головною особливістю приклада Дж. Раза, який говорить якраз про те, що зазначені посадовці зобов'язані застосовувати правила системи, в якій вони були призначені незалежно від того, чи є ці правила правом. Тому ми повинні остерігатися занадто легко приймати ідею про те, що обов'язком судді є «судити відповідно до правил своєї системи», оскільки таке прийняття може відобразити наше припущення, що той, хто є суддею, призначається для застосування права, і отже, що правила такої системи є насправді правом.

Ми звичайно вважаємо, що суддя має владу над нами на підставі права, і що рішення судді має бути обґрунтоване завдяки посиланню на право. Припустимо, що ми відкладемо у бік ці припущення, щоб краще подумати над аргументами Дж. Раза. Що ж тепер становитиме його аргументація? Хто або що є цим суддею, про якого говорить Дж. Раз? За якої «системи» може діяти суддя, якщо вона не є правовою? За яким правом суддя заявляє про юрисдикцію? Що ми повинні думати про те, яким має бути обов'язок такого «судді»?

Може на перший погляд здатися правдоподібною думка, що судді мають обов'язок «судити відповідно до правил» системи, в якій вони діють, і що не має жодного значення, чи є ці правила правом чи ні. Але, визнаючи це твердження правдоподібним, ми припускаємо, що у нас є розуміння описаної ситуації. Припускається, що ми приблизно знаємо, хто є ці судді і звідки вони отримують свої повноваження. Якщо ми відчуваємо, що у нас є таке розуміння, то це може бути лише тому, що ми прирівнюємо цей приклад до знайомої ситуації, що стосується призначених правом суддів, і ми припускаємо, що «правила системи», за яких судді призначаються, є насправді правом.

Далеко не припускаючи, що статус цих правил як права не має значення, ми зазвичай вважаємо, що статус цих правил як права має вирішальне значення. Судді не отримують свої повноваження від «системи, за якої вони призначаються»

ся» незалежно від того, якою та система може бути. Вони отримують свої повноваження від права. Судді повинні застосовувати «правила системи, за якої вони призначаються», лише розуміючи, що ці правила є правом.

ЮРИСПРУДЕНЦІЯ ТА ДОКТРИНАЛЬНИЙ АРГУМЕНТ

Стверджуючи, що правова думка є по суті рефлексивною, ми не схильні заперечувати відмінності між роздумами юриспруденції та доктринальним аргументом. Юриспруденція є загальним філософським дослідженням природи права, а не спробою з'ясувати зміст права в межах тої чи іншої юрисдикції. Однак доктринальні аргументи все ж таки залежать від загальнофілософських тверджень про природу права.

Р. Дворкіна іноді інтерпретують так, що він повністю руйнує відмінність між доктринальними і філософськими питаннями, а не показує залежність доктринальної аргументації від філософських понять. Таким чином, на думку Дж. Раза, згідно із аналізом Р. Дворкіна «американська філософія права є частиною американського права», і «філософія права, коли викладається в американському університеті, має відношення до філософії права, яку викладають в Італії так само, як майнове право викладається в американському університеті, має відношення до майнового права, що викладається в Італії» [1, с. 34–35]. Оскільки цей аналіз був би абсурдним, Дж. Раз спирається на наше почуття такої абсурдності, щоб змусити відмовитися від теорії Р. Дворкіна.

Однак при оцінці думки Дж. Раза важливо брати до уваги дві різні тези, запропоновані Р. Дворкіним. Одна з них (фундаментально коректна) стверджує, що доктринальні аргументи в кінцевому рахунку вимагають обґрунтування в теоріях юриспруденції. Ми можемо назвати це «тезою про залежність від теорії». Інша теза (на мою думку, некоректна) стверджує, що такі теорії юриспруденції є локальними за своєю спрямованістю та прагненням. Таким чином, Р. Дворкін говорить, що правові теорії, якщо правильно задумані, є «за своєю природою спрямованими на певну правову культуру; зазвичай культуру, до якої належать їх автори». Він продовжує, що «не існує жодних підстав очікувати», що навіть дуже абстрактні теорії права «відповідатимуть іноземним юридичним системам, що розроблені та зображують політичні ідеології надзвичайно різного характеру» [2, с. 102–103]¹. Ми можемо назвати це «локальною тезою».

Навіть якщо ми візьмемо обидві тези разом, думка Дж. Раза про позицію Р. Дворкіна перебільшена до карикатури. Очевидно, що у твердженні про те, що теорії юриспруденції обмежуються конкретними правовими культурами та ідеологічними контекстами, Р. Дворкін не припускає, що ці теорії мають юрисдикційні обмеження, які збігаються з межами між різними правовими системами. Однак, відкладаючи цю точку зору, важливо побачити, що позиція Р. Дворкіна залишається відкритою для такого роду карикатури лише тому, що вона поєднує тезу про залежність від теорії із локальною тезою. Теза про залежність від теорії сама по собі веде не до руйнування відмінностей між теорією юриспруденції та доктринальною аргументацією, а просто призводить до залежності

¹ Р. Дворкін сам відійшов від власного твердження у пізніших працях, проте незрозуміло, наскільки саме від відкинув цю позицію. Див. [3].

останньої від першої. Безглуздість повного знищення відмінностей між правознавчою та доктринальною аргументаціями таким чином не надасть жодного аргументу проти будь-якої тези про залежність від теорії.

Це, звичайно, правда, що місцеві конвенції допоможуть визначити, що саме вважається правом у локальній системі. Загальне уявлення про право може бути реалізоване в різних формах, а місцеві конвенції гратимуть певну роль у реалізації однієї форми, а не іншої. Філософські питання про природу права не є доктринальними щодо права в тій чи іншій юрисдикції. Але, однак, два види цього питання не можуть бути повністю розділені. Судова доктринальна аргументація допускає, що статус права як припису має вирішальне значення для виправдальної сили цього припису. Таким чином, цей аргумент може задовольнити власні передбачені вимоги лише тою мірою, що ці настанови є частиною загального уявлення про право (це може бути на підставі того, що такі настанови є частиною системи, яка сама по собі реалізує цю ідею). Змінюючи увагу від встановлених конвенціями конкретних систем до філософського питання про природу права, таким чином, ми вирішуємо питання, що було неявно обґрунтованим припущенням юридичних аргументів.

Немає потреби заперечувати існування відмінностей між доктринальною аргументацією та роздумами юриспруденції. Юриспруденція порушує абсолютно загальне питання щодо природи права, в той час як доктринальні дослідження можуть порушувати питання конкретно щодо тієї чи іншої системи права відповідно до змісту права цієї системи. Ставлячи філософське запитання «що є право?», ми не цікавимося думкою про зміст права в тій чи іншій системі. Проте думка щодо права в конкретній системі допускає певну відповідь на запитання «що таке право?». Однак відмінності тут не становлять таку різницю поглядів, як у Дж. Раза і Г. Харта: доктринальна думка не може в кінцевому підсумку прийняти основне правило визнання як таке, що становить зовнішню межу юридичному, оскільки доктринальна аргументація прагне виявити і застосовувати верховенство права. А те, що походить із основного правила визнання, не може саме по собі гарантувати того, що похідні правила стануть нормами права.

Місцеві практики доктринальної аргументації змінюватимуться у багатьох відносинах, у тому числі за прямою і частотою, з якою вони спонукають у доктринальному контексті до філософських міркувань про природу права. Деякі системи правової думки можуть бути повністю рефлексивними, оскільки вони керуються насамперед розмірковуваннями про загальний характер права. Інші системи правової думки можуть бути частково нереклексивними, оскільки вони орієнтуються на щось подібне до основного правила визнання. Але жодна система не може бути повністю нереклексивною або керуватися виключно правилом визнання, оскільки у цьому випадку не допускати питання про те, чи правило саме по собі є правилом визнання системи права. Оскільки можна мати правило визнання, що не є частиною правової системи, похідність із правила визнання не гарантуватиме статус права правилам, отриманим таким чином. Однак, як передбачається самим судовим рішенням, саме статус права як керівного припису має вирішальне значення для обґрунтування рішення.

Часто буде зовсім не ясно, чи маємо ми справу з тезою юриспруденції про природу права в цілому, чи з доктринальною тезою щодо конвенцій та принци-

пів цієї конкретної системи. Візьмемо, приміром, ідею про те, що правова норма повинна тлумачитися у світлі загального розуміння своєї ролі та мети. Безумовно, можуть існувати теорії про природу права, які в результаті приведуть до такого висновку. Проте так само існують теорії, що не матимуть у результаті таких висновків, хоча вони могли розглядати це як істину в конкретних системах на підставі конвенцій, притаманних цим системам. Межа, яку ми прокладаємо між юриспруденцією та доктриною, місцевим та загальним, сама залежить від основних питань юриспруденції.

РЕФЛЕКСИВНІСТЬ ТА ПОТРЕБА У ЗАГАЛЬНИХ ПОНЯТТЯХ

Дж. Раз запропонував іще один аргумент проти думки, що юридична практика є рефлексивною. Ця аргументація полягає в наступному. Якщо правові практики є по суті рефлексивними, то лише ті практики, що орієнтовані на наше поняття права (тобто поняття права загальновідоме в межах нашої культури), становитимуть правові практики. Проте на думку Дж. Раза: «Соціальні поняття, в їх найбільш загальному значенні, не є і не можуть бути рефлексивними, оскільки нам необхідні загальні нереклексивні поняття, щоб мати можливість зрозуміти чужі культури та інститути». Отже, він доходить висновку, що «поняття права не є рефлексивним, тобто воно належить до соціальних практик, де саме поняття не використовується і не є відомим» [1, с. 99].

Аргументація набуває такої форми, наче щось повинно бути так, тому що було б краще, якби це справді було так. Поняття права не є рефлексивним, оскільки, якби воно таки було рефлексивним, воно не могло б дати загальне соціальне поняття розуміння чужої культури, як нам можливо цього б хотілося. Хтось може відповісти, що, якщо право є рефлексивним, поняття права не відповідає вимогам загального соціального поняття. Такий висновок може знайти вагому підтримку з боку тих антропологів, хто чинить опір застосуванню поняття права по відношенню до тих форм соціального порядку та врегулювання спорів, які ми знаходимо в багатьох недиференційованих суспільствах [4]. Не існує жодних підстав припускати, що право є культурною універсалією (у тому сенсі, що всі або більшість минулих і теперішніх людських суспільств мають або мали право), і будь-яке таке припущення приховує характерну ознаку права як форми громадського порядку та морального об'єднання.

У будь-якому випадку аргумент Дж. Раза є дивним, оскільки він неначе конфліктує із власними твердженнями Дж. Раза про характер і роль філософських роздумів про природу права. Таким чином, на його думку, «поняття права як те, що вказує на тип соціального інституту, не є... поняттям, введеним вченими, щоб допомогти пояснити соціальні явища. Скоріше за все, *це* є поняттям, закріпленим у саморозумінні нашого суспільства». Він каже, що:

«Значною мірою те, що ми вивчаємо, коли вивчаємо природу права, є природою нашого власного саморозуміння. Ідентифікація певного соціального інституту як права не запроваджується соціологами, політологами або деякими іншими вченими як частина їх дослідження суспільства. Частиною самосвідомості нашого суспільства є здатність вважати деякі інститути правовими. І ця свідомість є частиною того, що ми вивчаємо, коли ми досліджуємо природу права» [1, с. 31].

Якщо, вивчаючи природу права, ми вивчаємо природу власного саморозуміння, наші висновки щодо рефлексивності або нерефлексивності поняття права повинні визначатися ретельним роз'ясненням того, що саме є саморозумінням. Можливо поняття права, що є розкритим та уточненим, буде таким чином застосовуватися до чужої культури, а можливо і ні. Проте ми звичайно не може вплинути на результати роздумів про власне саморозуміння для того, щоб переконатися, що ці результати дають взагалі застосовне соціальне поняття.

У будь-якому випадку здається, що Дж. Раз переоцінює той ступінь, в якому рефлексивність права суперечить ролі «права» як соціального поняття, що застосовується до інших культур. Оскільки орієнтація правової практики до ідеї права не вимагає (як було сказано вище) від учасників практики мати повністю розроблене філософське розуміння природи права. Все, що вимагається від них, це мати певний набір розумінь та очікувань, що найкраще сприймаються (постають в єдиному фокусі) за допомогою ідеї права, оскільки ця ідея визначена і уточнена в рамках юриспруденції.

У ПОШУКАХ ІДЕЇ

Щоб зрозуміти характерну відмінність інститутів права, необхідно зрозуміти саму ідею права. Розуміння природи права не є виключно питанням отримання детального опису соціальної практики, проте це питання має вхопити саму ідею, на яку ця практика повинна бути спрямована. Ідея права є тим центром, що дає нам змогу пов'язати та зрозуміти різноманітні особливості практики. А сама по собі ця ідея не є питанням досліджуваної практики. Це схоже на умовну крапку в просторі, що дозволяє нам зрозуміти взаємозв'язок між різними частинами складних зображень, хоча сама по собі вона не утворює частину малюнка.

Але як саме потрібно досліджувати таку ідею? Ми очікуємо, що чітке розуміння ідеї права пояснить нашу усталену домовленість про те, що буде і не буде вважатися прикладом правового порядку. Інакше кажучи, ми очікуємо, що це принаймні пояснить деякі мінімальні умови для застосування цієї ідеї. Проте, оскільки до ідеї права звертаються лише в межах правових практик, ми також очікуємо, що філософське розуміння такої ідеї прояснить свою роль у керівництві та орієнтації практики, а не просто в її описі. Таким чином, наша перша проблема зводиться до того, як концептуальне роз'яснення зможе пояснити мінімальні умови для застосовності цього поняття, а також пояснити роль, яку це поняття відіграє в якості керівного та мотивуючого елементу.

Існує ще одна складність. Хоча правові практики орієнтовані на ідею права, таку ідею не можна чітко та явно простежити на поверхні цих практик. Оскільки такі практики, хоча і систематично звертаються до ідеї права, діють здебільшого на основі цієї бездумної відповідності, що допомагає стабільному функціонуванню більшості людських інститутів, коли обставини змушують учасників краще замислитися, їх роздуми набувають форми дослідження юриспруденції, що, як відомо, є сферою «готових доктрин», які «розфарбовують усе, чого торкнуться» [5, с. 2]. Саме тому, що практика орієнтована на абстрактну ідею, а ідея вже давно знаходиться в центрі уваги диспуту юриспруденції, може і не існувати теоретично нешкідливих форм практики, ретельний опис або аналіз яких зможе вирішити наші проблеми.

З урахуванням цих проблем, у нас може виникнути спокуса розглянути дослідження природи права як практичну нормативну дискусію, спрямовану на вибір поняття права, яке ми вважаємо політично найбільш бажаним [6; 7]. Така реакція була б помилковою та непотрібною. Це було б помилковим настільки, наскільки нерозсудливою є можливість того, що амбівалентність і двозначність, які довгий час переслідували наші філософські роздуми про право, можуть вказувати на існування морально істотних ознак права, які ми не помітили або неправильно зрозуміли [8, с. 87]. Така реакція була б непотрібною оскільки, незважаючи на наявність радикальних розбіжностей, існує достатньо беззаперечне підґрунтя (щодо поняття закону) для підтримки переконливим аргументом, якщо ми йтимемо у правильному напрямку.

У своєму «Нарисі про філософський метод» (*Essay on Philosophical Method*) Р. Коллінгвуд пропонує такий опис «методу, що неодноразово використовувався протягом всієї історії філософії»:

Щоб визначити філософське поняття... необхідно насамперед думати про це поняття як таке, що саме по собі визначається у настільки елементарній формі, що будь-що менше за нього не зможе втілити це поняття взагалі. Це і буде мінімальною характеристикою цього поняття, нижньою шкалою; а перша стадія визначення полягатиме у констатації цього. Подальші стадії змінюватимуть це мінімальне визначення, додаючи нові, кожне з яких матиметься на увазі в попередньому, проте вноситиме якісні зміни, а також доповнення та ускладнення [9, с. 100–101].

Спостереження Р. Коллінгвуда є частиною його спроби визначити характерну природу філософського дослідження, спроби, що має на меті врятувати філософію свого часу від «панування методологічних ідей, успадкованих із дев'ятнадцятого століття, коли філософія була по-іншому пристосована до моделі емпіричної науки» [9, с. 7]. Проте він не вважав це спостереження простим описом історичних фактів. Філософські роздуми є діяльністю, яку ми завжди «намагаємося привести у відповідність з ідеєю про те, чим це має бути» [9, с. 4]. Отже, пропонуючи погляд про філософський метод, ми повинні уникати утопізму, що втрачає контакт із методами, які були фактично використані філософами, але ми повинні також уникати заміни філософського питання суто історичним [9, с. 4].

Щось подібне стосується і права, оскільки правова думка, як і філософські роздуми, теж завжди «намагається привести себе у відповідність з ідеєю про те, чим вона повинна бути». Проте філософія права не повинна бути продуктом утопічної фантазії. Вона повинна бути реконструкцією ідей і концепцій, що структурують форму об'єднання, що, на нашу думку, є правовим порядком. Проблема, звичайно, полягає в тому, що підґрунтям цього є і було спірним протягом існування чогось, що визнавалося як правова думка. Право існує лише поки велика кількість людей має певні домовленості та очікування. Але які домовленості мають важливе значення для існування права, а які є другорядними? Які саме домовленості є обґрунтованими, а які помилковими продуктами інтелектуальної плутанини або прийняттям бажаного за дійсне?

У прагматиків може виникнути спокуса заявити, що такі тривалі суперечки, як ті, що ми знаходимо в юриспруденції, краще відкласти в сторону. Багато

юристів поділяють цю думку і не бачать жодної цінності в роздумах юриспруденції. Але таке ставлення важко узгодити із зобов'язаннями, що знаходяться майже в центрі верховенства права, оскільки право має на меті (в контексті судових рішень та ін.) обґрунтовувати застосування санкцій проти окремих осіб. А практика такого застосування права залежить від того, що безумовне прийняття потреби використання сили державою має бути виправдане не у довільний спосіб. Як може таке обґрунтування сприйматися серйозно, якщо ті, хто його пропонує, просто не в змозі сказати, що саме є правом, або як це може слугувати виправданням для використання державою примусової сили, бо вони фактично позбавлені інтересу до цього питання?

Саме настільки право стосується обґрунтування використання сили колективом, наскільки його природа завжди була в центрі уваги філософських суперечок. Однак, незважаючи на палкі суперечки щодо обґрунтування, здавалося не існує неспірних точок зору, з яких може впливати аргументація. Принаймні, якщо ця аргументація прагне вийти за межі суто банальних та марних тверджень. Спостереження Р. Коллінгвуда пропонує нам певну можливість для вирішення цієї проблеми. Чи можемо ми розпочати із визначення «мінімальних вимог» до поняття права у вигляді набору умов, без яких ніщо не може вважатися правом взагалі? Від таких мінімальних вимог ми можемо приступити у певний упорядкований та інтелектуально-виправданий спосіб до «подальших сторін» поняття з їх «якісними змінами, а також доповненнями та ускладненнями»? Таку можливість варто дослідити, незважаючи на те, наскільки немодною буде філософська точка зору, що з'явиться в результаті.

ВІД МІНІМАЛЬНИХ УМОВ ДО КЕРІВНИХ ІДЕАЛІВ

Філософської траєкторії, описаної Р. Коллінгвудом, можна триматися, починаючи від відправної точки Л. Фуллера. Відома історія Л. Фуллера про Рекса та його невдалі спроби прийняти закон, звертається до першого етапу методу Р. Коллінгвуда шляхом визначення мінімальних умов, яких необхідно дотримуватися, щоб вважатися проявом права. Під час викладення фактів Л. Фуллер представляє серію дивних казкових прикладів та пропонує зробити чіткі висновки про них. По суті він говорить: «Якщо ви зіткнулися із системою управління, яка взагалі не має жодних правил, ви не вважатимете її правовою системою, чи не так? Аналогічно, якщо ви зіткнулися із системою, де всі правила є ретроспективними? Або в якій вони тримаються в секреті?» тощо.

Дуже важливим є те, що треба помічати повністю неспірний характер тлумачень, які Л. Фуллер тут прагне ізолювати та ідентифікувати. Саме тому його історія має характер казки. У реальному світі нам не зустрічаються системи, в яких буквально *всі* правила тримаються в секреті, або в яких *розподіл* правил є суто ретроспективним, або в яких посадовці *ніколи* не діють відповідно до правил. Проте схоже, що ми все-таки маємо чітку семантичну інтуїцію щодо таких казкових уявлень: ми безсумнівно не будемо розглядати їх як прояви права. Таким чином, Л. Фуллер прагне піднятися над хмарою вимог і зустрічних тверджень щодо правомірності віднесення різних шкідливих або недосконалих режимів до права.

Однак стабільність відправної точки може спершу здатися досяжною ціною безрезультатності. Оскільки, яка користь встановлювати це, бо у нас немає стабільної семантичної інтуїції щодо таких нереальних прикладів? Теорія Л. Фуллера стає цікавішою, коли він демонструє, що вісім бажаних речей (визначених, як мінімальні умови), коли приймаються колегіально, слід розглядати як керівні ідеали для правової думки: ідеал, який ми зазвичай вважаємо «верховенством права»¹. Більша частина книги Л. Фуллера показує, як юридичні практики, на думку автора, уособлюють цілеспрямовану діяльність, і як розкривається загальна узгодженість цієї діяльності через розуміння того, як саме ця діяльність слугує ідеї дотримання восьми бажаних речей.

Л. Фуллер стверджує, що ці вісім вимог є «внутрішньою мораллю права». Ця думка широко обговорювалася та не підтримувалася. Г. Харт, критикуючи Л. Фуллера, припустив², що моральна цінність дотримання цих восьми вимог повністю залежить від змісту права, і що ці вісім вимог більше схожі на настанови щодо ефективності діяльності, ніж на моральні норми. Ця критика була широко сприйнята як правильна.

Насправді, така критика не є правильною. Вісім вимог не є принципами ефективності, проте (в сукупності) є моральним ідеалом для правових систем. Міркування про ефективність, у кращому випадку, надають одну гарну причину, щоб дотримуватися восьми вимог в обмеженому обсязі. Якщо відволіктися від змісту цілей державної влади, варто сказати, що, окрім певного моменту, дотримання таких настанов істотно обмежує здатність влади переслідувати власні цілі, аніж покращувати цю здатність. Не дивно, що певний ступінь дотримання моральних настанов (таких, як принципи справедливості) зможе слугувати для різноманітних морально-нейтральних або позитивно-аморальних цілей, хоча це не свідчить про те, що такі моральні настанови є насправді лише морально-нейтральними принципами ефективності [12, с. 179; 13, с. 381]. Також сумісність восьми вимог зі злом [14, с. 207] не демонструє, що вони мають морально-нейтральний характер: для правових систем, як для людей, можуть існувати різні моральні чесноти, а чеснота в одному відношенні може бути сумісною з відсутністю чесноти в іншому відношенні. Однак слід визнати, що Л. Фуллеру так і не вдалося дати чітке пояснення того, що є моральним статусом цих восьми вимог. Саме тут я відчуваю, що моє дослідження роз'яснює проблемні питання і робить позитивний внесок у дискусію.

СВОБОДА ЯК НЕЗАЛЕЖНІСТЬ

У своїй книзі «Право як моральна ідея» я стверджую, що вісім бажаних вимог Л. Фуллера втілюють суто моральний ідеал, який ми можемо назвати «свобода як незалежність від влади інших». Це є аспектом свободи, що відрізняє раба від вільної людини.

¹ Це спірне питання: див. [10, с. 108–109]. Однак, на мою думку, М. Крамер неправильно зрозумів застосування висновків Л. Фуллера, що ідеал досконалої реалізації восьми бажаних умов «фактично не є корисним для того, щоб направити імпульс до законності». Див. [11, с. 145].

² Обговорення див. [11, с. 69–76].

Деякі читачі, які хоч і добре налаштовані до загального курсу моєї аргументації, вважають значення, на якому я роблю основний акцент, невтішно непереконливим та бідним. Оскільки, звичайно, на перший погляд здається, що «свобода як незалежність» (принаймні, як я пояснюю її значення) досить віддалено пояснює ряд характерних моральних проблем, які ми вважаємо відповідними для оцінки права. Свобода як незалежність реалізується щоразу як (і в тій мірі) мною керують відповідно до восьми правил Л. Фуллера. Тобто я користуюся певним ступенем відповідного виду свободи щоразу, коли мною керують за правилами, що є опублікованими, перспективними, досить стабільними протягом певного часу, яких можна дотримуватися, які є досить зрозумілими та вільними від суперечностей, і у випадку яких посадовці застосовують силу проти осіб лише у відповідь на порушення таких правил.

Ліберальна політична думка закликає нас думати про свободу з точки зору кількості або цінності варіантів, що у діяча є нормативно або фактично доступними. Це можна назвати «свободою як доступним варіантом». Але, якщо хтось розглядає такий підхід як пропозицію повної та адекватної оцінки природи свободи, той змушений зробити висновок, що зв'язок між рабством і відсутністю свободи є випадковим. Оскільки в той час, як раб може мати багато наявних варіантів, вільна людина має їх дуже мало. Якщо ми шукаємо такий аспект свободи, що є нерозривно пов'язаним із відмінностями між рабом і вільною людиною, ми знаходимо його в ідеї свободи як незалежності. Оскільки те, що робить раба рабом, не є обмеженням сфери або цінності варіантів, які у нього є в наявності, справа полягає у тому, чи цих варіантів мало або багато, чи вони є слабкими або цінними, чи вони залежать від волі власника. Вільна людина також може мати багато цінних або дуже мало жалюгідних варіантів; проте ці варіанти не залежать від волі власника. У міру того, що вільною людиною керують відповідно до восьми бажаних вимог Л. Фуллера щодо верховенства права, її варіанти не залежатимуть від чиеїсь волі: вони залежатимуть виключно від права.

Моя теорія прагне встановити існування дуже тісного та необхідного зв'язку між правом і мораллю. Аргументація не має на меті розкрити повний спектр цінностей, які, на нашу думку, можуть мати своєрідне відношення до права. Ця аргументація також не мусить встановити необхідний зв'язок між правом і мораллю, викликавши декілька дуже спірних і конфліктних, або вузько обмежених, думок щодо природи права. Таким чином, аргументація не вимагає у якості передумови твердження, що лише суто справедливі системи норм та правил можуть вважатися правом, або лише системи, що принаймні претендують на те, щоб бути справедливими, створюють право [15]. Також аргументація виходить з методологічної тези, що поняття права повинне тлумачитися, посиляючись на фокусні випадки, коли право слугує загальному благу [16]. Також ця теорія не обмежує свої твердження щодо систем, які широко підтримують певну політичну точку зору [17, с. 103].

Справедливість, чесність, рівність і загальне благо можуть здаватися розкішними та цікавими цінностями порівняно із моєю оцінкою свободи як незалежності. Але всі вони не в змозі встановити жодний необхідний зв'язок між правом і мораллю такого типу, що становить проблему для правових позитивіс-

тів¹. Оскільки позитивісти можуть просто відповісти тим, що право не обов'язково є справедливим і не обов'язково претендує на справедливість (одне твердження у цьому випадку є не гіршим за інше), не обов'язково слугує загальному благу, а також не обов'язково втілює ідеологію рівності та цілісності. Ті ж позитивісти вважатимуть набагато складнішим (неможливим, як б сказав) заперечувати, що управління на основі права містить певною мірою дотримання восьми вимог Л. Фуллера, і що таке дотримання обов'язково містить реалізацію певної міри свободи як незалежності. Якщо вони схильні заперечувати, що свобода як незалежність є певним аспектом свободи, вони повинні також стверджувати, що зв'язок між рабством і відсутністю свободи є випадковим. Якщо вони визнають, що відсутність свободи як незалежності є саме тим, що робить раба рабом, проте заперечують, що свобода як незалежність є моральною цінністю, вони повинні стверджувати, що немає нічого внутрішньо аморального у рабстві. У такому випадку моральну хибність рабства доведеться розглядати як похідну випадкової особливості становища раба. Цінність свободи як незалежності може бути зовсім малою, проте вона реальна, дійсно цінна, і тісно пов'язана із існуванням права².

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Raz J.* Between Authority and Interpretation. — Oxford University Press, 2009.
2. *Dworkin R.* Taking Rights Seriously. — Duckworth, 1977.
3. *Dworkin R.* Justice in Robes. — Harvard University Press, 2006.
4. *Roberts S.* Order and Dispute. — Penguin, 1979.
5. *Bradley F. H.* Ethical Studies. — 2nd ed. — Oxford University Press, 1927.
6. *Campbell T.* The Legal Theory of Ethical Positivism. — Dartmouth, 1996.
7. *Murphy L.* The Political Question of the Concept of Law / Coleman J. (ed.) // Hart's Postscript. — Oxford University Press, 2001.
8. *Simmonds N. E.* The Ethics of Legal Positivism // Legal Ethics. — 1999. — № 2.
9. *Collingwood R. G.* An Essay on Philosophical Method. — Clarendon Press, 1933.
10. *Kramer M. H.* Objectivity and the Rule of Law. — Cambridge University Press, 2007.
11. *Simmonds N. E.* Law as a Moral Idea. — Oxford University Press, 2007.
12. *Simmonds N. E.* Evil Contingencies and the Rule of Law // American Journal of Jurisprudence. — 2006. — № 51.
13. *Simmonds N. E.* Freedom, Law and Naked Violence // University of Toronto Law Journal. — 2009. — № 59.
14. *Hart H. L. A.* The Concept of Law. — 2nd ed. — Oxford University Press, 1994 [1961].
15. *Alexy R.* The Argument from Injustice. — Clarendon Press, 2002.
16. *Finnis J.* Natural Law and Natural Rights. — Clarendon Press, 1980.

¹ Термін «правовий позитивізм» сповнений двозначності. Тут я маю на увазі (сподіваюся, це зрозуміло із контексту) тих, хто заперечує існування необхідних зв'язків між правом і мораллю. У супереч твердженням деяких недавніх теоретиків права, я вважаю, що це саме є позицією Г. Харта, хоча він бачить попереду певні труднощі та маневрує, щоб їх уникнути. Див. [11, с. 173–176]. Цю позицію також захищає М. Крамер, який готовий до більшого ризику в її обстоюванні. Див. [18, с. 81–82].

² Тут я хочу підкреслити важливість свободи як незалежності, навіть якщо її розглядають як аналітично цілком віддільну від інших цінностей, таких як справедливість. Див. спостереження у виносці 1 на с. 19 минулого номера (1/2012).

17. *Dworkin R.* Law's Empire. — Fontana, 1986.
18. *Kramer M.* In Defense of Legal Positivism. — Oxford University Press, 1999.

Сіммондз Н. Е. Рефлексивність та ідея права

Анотація. У статті говориться про те, що центральна проблема природи права походить із рефлексивності права: практики, що становлять правову систему, самі по собі посилаються на ідею «права». У статті критикуються теорії (такі, як теорія Дж. Раза), що розглядають ідею права як таку, що ідентифікує конкретний тип соціального інституту, проте не відіграє жодної ролі в судовій правовій думці.

Ключові слова: право, рефлексивність, Дж. Раз, правило визнання.

Симмондз Н. Е. Рефлексивность и идея права

Аннотация. В статье говорится о том, что центральная проблема природы права происходит из рефлексивности права: практики, которые составляют правовую систему, сами по себе ссылаются на идею «права». В статье критикуются теории (такие, как теория Дж. Раза), которые рассматривают идею права как такую, которая идентифицирует конкретный тип социального института, однако не играет никакой роли в судебной правовой мысли.

Ключевые слова: право, рефлексивность, Дж. Раз, правило признание.

Simmonds N. E. Reflexivity and the Idea of Law

Summary. The article suggests that the central problem of the nature of law arises from the reflexivity of law: the practices composing a legal system themselves make essential reference to the idea of 'law'. The paper criticises theories, such as the theory of J. Raz, that view the idea of law as one that identifies a particular type of social institution but has no role within adjudicative legal thought.

Key words: Law, Reflexivity, J. Raz, Rule of Recognition.

ПОНЯТТЯ ПРАВА ТА СУЧАСНА ФІЛОСОФСЬКА РЕФЛЕКСІЯ¹



Б. МЕЛКЕВІК
доктор права,
професор юридичного факультету
(Університет Лаваль, м. Квебек, Канада)

Це есе розкриває загальне розуміння дискусійних положень, які вивчаються в межах філософії права. Ті, кого наштовхнули на цей шлях випробування, розуміють, що вивчення цього питання вимагає розуміння історичних засад, так само, як і детальний аналіз концептуального та аргументативного змісту певних теоретичних позицій та дискусій. З самого початку важливо пам'ятати, що вивчення філософії права вимагає власних зусиль для розуміння історичних та сучасних ідей і практик, які здійснюються для визначення ролі та впливу права. Рухаючись у цьому напрямі ставиться заклик як студенту, так і досліднику прийти до спільного розуміння, що саме філософи права думають про право, опираючись на демократичні принципи. Але завдання не повинно зводитись до поодинокого досвіду, позбавленого духовного і навіть матеріального в конкретних ситуаціях, в яких піднімаються основні, часто гострі питання стосовно права. Отже, не повинен бути несподіванкою той факт, що ми надаємо особливого значення проблемам, що відображаються в неопозитивістських міркуваннях сучасної філософії права. Насправді, ми зупиняємось на самому понятті права і спрямовуємо питання, які стосуються філософських засад права, як об'єкта осмислення. Ці теми становлять класичні підходи до філософії права.

Отримавши загальну перспективу, яка інформує нашу діяльність, у цій статті ми змушені вибирати пріоритети та завдання, щоб бути у змозі сконцентрувати нашу увагу на тому, що ми вважатимемо найсуттєвішим. Традиційні питання та питання сьогодення виникатимуть, проте деякі із них залишатимуться без відповіді. Необхідність вибору — свого роду методологічне рішення — не повинно сприйматися аксіоматично. Будучи неминучою у теоретичній роботі, заборона є завжди ризиком; її властивість може формувати з часом важливу направленість (інтенцію), яка стає можливою через комунікацію та дискусію. Отже, перед тим як братися за обговорення певних розбіжностей думок у філо-

¹ *Vjarne Melkevich. The Concept of Law and Contemporary Philosophical Reflection. Переклад з англійської мови В. Войчишина.*

софії права, ми вважаємо, що спочатку важливо звернути увагу на саме поняття «філософія права», оскільки це є основною інтелектуальною структурою, вивченням якої зайняті студенти та дослідники. Тільки тоді їхній предмет вибору та точки зору припускають наявність ризику і розуміння його значення. У такому випадку ми повинні взяти до уваги концептуальну відмінність, яка прихована у двох точках зору, а саме: право філософа та право юриста. Отже, ми спершу детально зупинимось на вічному питанні визначення права — онтологічному питанні, а потім змістимо нашу увагу в напрямі нашого розуміння права — епістемологічного питання. Далі ми намагатимемося визначити право в контексті «належного» (телеологія), тобто питання природного права, відомого як ідеал права. І насамкінець, ми, звичайно, проаналізуємо надзвичайно складне питання етики та права.

НАБЛИЖЕННЯ ДО ПОНЯТТЯ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА

Як правило, коли ми розглядаємо поняття «філософія права», його об'єктом для філософів права є не лише «поняття права», як прийнято вважати. Зазвичай філософ права не заробляє на життя, як юрист-практик чи суддя і, в такому випадку, його дискурси будуть розташовані на філософському, тобто на універсальному рівні. У цьому сенсі філософію права не цікавлять міркування, які пов'язані безпосередньо з правовою практикою. Для більшого переконання філософія права часто використовує загальноприйняті міркування, які не залежать від права, і зазвичай не займається, так би мовити, розвитком аналізу, що прямує у напрямі з'ясування загальноприйнятої структури правових норм: чинність є безумовною з урахуванням того, що вважається правом. Іншими словами, було б мудро подбати про розмежування роботи між тими, хто займається юридичною догматикою (або доктриною права), і тими, хто займається філософією права. Плутанина на цьому фундаментальному рівні є контрпродуктивною філософією, навіть якщо це зроблено відповідно до поняття «позитивного права»! Проте варто зазначити, що філософія права відрізняється від будь-якого підходу до права у рамках позитивістських конструкцій, від будь-якого іншого підходу, який має справу з правом чи іншим феноменом, що належить до царства права, як науковим об'єктом, як це розуміється в антропології права, соціології права та історії права. Ці правові науки є також певною мірою зорієнтовані на обговорення, і є відокремленими від об'єкта права, який вони розглядають як «дане», як частину фактичного світу. Але, на противагу цим правовим наукам, які можуть бути оцінені відповідно до дескриптивних критеріїв, філософія права має право як об'єкт думки. Таким чином, філософія права залишається фундаментально-універсальною за своєю будовою.

Тепер давайте поглянемо на дві точки зору, які є прихованими в такому понятті філософії права. Ми повинні пам'ятати, що філософію права можна розглядати як з філософської, так із правової точки зору, як право філософів, а також як право юристів.

Перша точка зору, що є загальноприйнятою філософами за професією (так і за покликанням), характеризується філософськими дослідженнями об'єкта права, починаючи з філософської позиції, що може бути напрямом думки, системою, методом, проблематикою чи філософським поняттям — одним серед багатьох.

Загалом, як тенденція, саме право тут стає застосуванням філософської позиції, у такий спосіб показуючи, що сама позиція може бути адекватно використаною, щоб рівнозначно прояснити чийсь спосіб осмислення права. Таким чином, філософія права, яку розробили філософи, часто має схильність до розвитку в аксіоматичну систему, задля пояснення їхніх точок зору на «право».

Друга точка зору є загальноприйнятою юристами, які відчують потребу у більш фундаментальному мисленні права. Основою для такого підходу є насамперед їхній досвід, який визначає можливість осмислення предмета. Течія, відома як «юридична філософія», так само як і течія, яку кілька авторів називають «загальною теорією права», часто приборкує філософські міркування тому, що останні використовуються тільки для того, щоб легітимізувати особливі позиції, які належать до поняття самого позитивного права. У результаті філософія юристів характеризується великим інтересом до правової доктрини чи юридичної догматики та пропонованими ними ефективністю процедури проведення дослідження та раціональними шаблонами. Проте це є конструктивною рефлексією, якій бракує точності.

Поодиноці ці дві точки зору надають перевагу поверхневому аналізу філософії права: вивчати філософію права без «філософії» або без «права» означає зрадити певною мірою як одній, так і іншій! Насправді, ці дві визначені точки зору чітко показують розрив у самому серці філософії права. Це дуже схоже на дискусію з приводу природи «Бога». Давайте пригадаємо класичну і вічну полеміку між філософами та теологами: «Бог», у розумінні філософів, не вимагає акту віри, це є «Бог», який виникає з розуму, на протизвагу «Богу» теологів, факт існування якого є очевидним та не підвладним розуму — це є «Бог» віри. Так само розрив філософського права використовується як виправдання, в основі якого лежить «схематичний (чи організуючий) розум» та різні форми «Ідеї — Права», що випливають звідси. З другого боку дискусії, виправдання філософії права юристів пов'язано з віссю «схематичного чи організуючого досвіду», проте в їхньому випадку, розробляючи форми «справжнього» закону, вони, тим самим, викликають суперечку, про яку згадувалось раніше.

Хоча філософія права поділена між цими двома позиціями, залишається дійсним той факт, що креативна енергія, яка виходить з цього розриву, є надзвичайно корисною, тому що завдяки їй обидві дисципліни можуть мобілізуватися і потім порівнювати особливості, іманентні їм: подивіться на сучасну філософію права з її різноманітністю та багатством концептуальних підходів.

Проте наша особиста думка полягає в тому, що наступний крок у філософії права повинен бути зроблений, відкидаючи будь-яке «схематичне» чи «організуюче» твердження, як з філософської, так і з юридичної точки зору, щоб дозволити розвиток філософії права між поняттями «розум» та «досвід». У межах цієї статті ця точка зору може бути тільки окреслена, а її повний розвиток повинен бути предметом майбутнього дослідження [1].

ОНТОЛОГІЧНЕ ПИТАННЯ

Перш за все філософія права в загальному вивчає питання, чи просто досліджує, що є «право». Цей запит вимагає уважного вивчення сутності права поза уявленнями правового позитивізму. Короткий екскурс в історію філософії

права є достатнім, щоб зрозуміти, що це фундаментальне питання існує давно. Історично право розглядалося або як існуюче в «речах», або в «свідомості» [2]. Древні, наприклад, розглядали право як «дієслово» («*verb*»), тоді як сучасники схильні розуміти право як «підмет/суб'єкт» («*subject*»)¹.

Аристотель розглядає право як мистецтво. Для нього, як і для римських юристів, право є по суті синонімом до терміна «комунікативна справедливість». Це є мистецтвом, суть якого полягає у визначенні у стародавньому місті того, що насправді зобов'язаний робити кожен громадянин. Таким чином, право стає частиною структури полісу та означає слово «справедливість», що міцно вкорінена в політичному суспільстві. Якщо це «дієслово-право» характеризується Аристотелем через існування добре керованого міста чи суспільства, то для інших стародавніх філософів його сутнісною характеристикою залишається космологічна природа, чи світ ідей.

Урок, який ми повинні засвоїти з сучасної філософії права, можна знайти в концепції «суб'єкт-право», яка, звичайно, визначає право з філософської конструкції суб'єкта і притаманних йому властивостей, таких як, автономність, гідність, воля тощо. Вважають, що німецький філософ І. Кант розробив найбільш складну із систем «суб'єкт-право». Встановлюючи тотожність права з філософським суб'єктом, який розуміється як самозаконодавча воля, І. Кант відсилає право до суду розуму, і звідси виводить постулат апріорного мислення цих суб'єктів. Онтологія права приєднується тут до метафізики суб'єкта.

У сучасній філософії права суперечка між «дієсловом-правом» та «підметом-правом» все ще триває. І слід підкреслити, що ця суперечка часто паралельна теоріям, які претендують на емпіричність щодо права. Насправді, «емпіричні» напрями, такі як теорії А. Росса та Г. Харта, розміщують питання онтології права в передбачуваності людей, у компетенції яких встановлення права [3]. Такі теорії згортали завдання філософії права до правової науки, де онтологічне питання права існує тільки в загальноприйнятих дефініціях, які характеризують право як сукупність правил та норм. Хоча проблема залишається, чи є ці теорії насправді «емпіричними» чи радше «психологічними» теоріями права?

Наявний стан філософії права, сучасні спроби переосмислити онтологію права в межах суперечки між древніми і сучасниками не є достатніми для нас. Взяття до уваги різноманітних форми онтології права, таких як системна або аутопоейетична теорія [4], нова теорія інституціоналізації права [5], а також інші теоретичні конструкції дозволяє зрозуміти, що вони просто сперечаються щодо того, що теоретичні результати минулого не є переконливими, тому що їхній метафізичний горизонт більше не належить нам.

Завдяки лінгвістичному стилю онтологічне питання права сьогодні повертається до нових горизонтів, таких як прагматизм. Ми починаємо розуміти, що філософський дослід мови і його прагматичне використання у філософії права може виявитись більш корисним, ніж будь-яка «онтологія», яка коли-небудь

¹ В англійській мові слово «*subject*» водночас означає і «підмет» («подлежащее» — рос.), і «суб'єкт». Оскільки ця двоїстість використовується автором у «грі слів», то ми зберігаємо у перекладі його обидва значення. — *Прим. перекладача.*

існувала. Ці нові філософські міркування можуть допомогти відкласти метафізичне питання древніх та сучасників для того, щоб прагматично чи «лінгвістично» розробити зміст і розвиток філософії права.

ЕПІСТЕМОЛОГІЧНЕ ПИТАННЯ

Філософи права також працюють над питанням, як набути «знання» про право, і що містить таке «знання». Чи є «право» об'єктом пізнання? Чи варто слово «знання» використовувати щодо такої практичної проблеми, як «право»?

Тому слід наголосити, що міркування про правову епістемологію неодмінно мають відношення до встановлених заздалегідь поглядів на науковий зміст і раціональність. Наприклад, філософсько-правове мислення полягає, головним чином, у роз'ясненні співвідношення (зв'язку) між специфікою права і можливістю знань, сконструйованих при допомозі конкретної епістемологічної теорії. Тут протиставлені два напрями: епістемологія спостерігача і епістемологія учасника.

З одного боку, правова епістемологія спостерігача ґрунтується на парадигмі індивіда, який вдає, що він (чи вона) спостерігає за своїм об'єктом, і відповідно до наукових правил, більшою чи меншою мірою встановлених серед різноманітних теорій наукових знань, міг би (могла би) перейти до пояснення самого об'єкта. Сьогодні стає зрозумілим, що спочатку необхідно ідентифікувати право як науковий об'єкт знань, а потім вже входить у процес «спостерігання». Щоб бути коректними, зазначимо, що знання про право додається до визначального аспекту права, до його поняття, до юридичної мови взагалі, та навіть до психологічного ставлення правових діячів. Тут ми говоримо особливо про епістемологічні напрями, такі як емпіризм чи аналітична філософія [6].

З другого боку, правова епістемологія участі ґрунтується на парадигмі, відповідно до якої ми не можемо «спостерігати» право тому, що воно отримує повне своє значення в контексті, який визначає нас. Право не є «природою», а «культурою», і його слід визнати як таке та розміщувати у своїй практичній реалізації. Правова герменевтика, як сучасна філософія права, сприяє цій перспективі [7]. Цей підхід також стверджує, що в будь-якому виді знань людина, яка знає, є вже безпосередньо включеною в це знання. Таким чином, герменевтична перспектива робить для нас можливим залишити парадигму спостерігання, яка домінує над правовою епістемологією, і змушує нас зацікавитися правом з точки зору знань, які людина може отримати в контексті, який її визначає.

Насправді, питання того чи іншого з цих підходів є не тільки епістемологічним, як і врахуванням об'єкта вивчення, але воно також часто є імплікованим в «епістемологічних інтересах». Отже, епістемологія спостереження проповідує «нейтралітет», в той час як епістемологія участі займає необхідну позицію на соціально-політичному рівні.

Правова епістемологія також містить опитування правової раціональності (чи раціональності, задіяної у правовій сфері). Для правової епістемології питання про те, як визначити і як зрозуміти вид раціональності, який найкраще підходить правовій справі, посідає ключове місце. Це «традиційне» питання, чия важливість для права зростає в нашій сучасній культурі, насиченій перспективами «науковості», практичності, ефективності тощо. Тут філософія права зосереджується на можливих дискурсах правової раціональності. І коли

М. Вебер визначає правову раціональність як цілеспрямовану діяльність і робить цю форму раціональності концептуальним ключем розуміння права, він змушує нас повірити в те, що він є, можливо, дуже хорошим аналітиком тенденцій суспільства свого часу, але як філософ він використовує це розуміння права тільки на шляху раціоналізації цих засобів [8]. Успіх цього дискурсу щодо раціональності дозволяє нам зрозуміти чому філософія права є зацікавленою в питанні дискурсів раціональності, і чому вона також стосується нашої концепції правової сучасності.

Деякі дослідження у філософській сфері, що полягають у пошуку способу представити поняття комунікативної раціональності, — як у випадку Ю. Габермаса, — чи в переоцінці та зміні раціональності, відомої як естетичної — важливого напрямку у філософії права — є свідченням зростаючого інтересу до питання раціональності права.

ПИТАННЯ «НАЛЕЖНОГО»

Третій аспект, що вивчається філософією права, стосується питання «належного» (чи телеології) у праві або в юридичній практиці. Іншими словами, з'ясування того, чим має бути право, краще назвати пошуком *lege ferenda* і нормативною оцінкою (чи телеологією), яка властива будь-якому питанню права. Навіть якщо це питання довго мало ускладнення з онтологічним визначенням права і з епістемологічним питанням, відносно правового знання, варто здається чітко з'ясувати специфіку цього питання тільки як «належного» у сфері права. Якщо це «належне» насправді належить до концепцій «природного права» у його багаточисельних варіантах, чи до поняття «ідеального права» (і навіть до юридичного позитивізму, якщо він містить поняття обов'язку для індивідів), чесним буде зробити висновок, що необхідно проаналізувати цю тенденцію з усіх сторін. Сьогодні ми можемо стверджувати, що лінія розмежування розташована між тими, хто шукає довершену та глобальну теорію права, побудовану на ідеї «належного» у праві, і тими, хто шукає тільки окремі посилання щодо цього «належного».

Ми можемо ототожнити першу перспективу з відродженням «юснатуралістичної» думки. Насправді, ми помічаємо, перш за все, що природне право древніх, як і сучасників, зробило визначні кроки за 20 років [9]. Поза специфікою кожного бачення, вони розробили разом принцип «ідеї-права», яке вимагає пояснення реальності чи автентичності права. Насправді, їхнім працям властива тенденція розвитку глобальної теорії, що дає можливість оцінювати і судити існуюче право. Історично це є поняття «справедливості» чи «справедливого», яке використовувалось як наріжний камінь у розвитку цієї теорії. Сучасники надали привілеї таким філософським поняттям, як «розум», «воля», «автономія», «суспільний договір» та багатьом іншим, але взагалі це — парадигма суб'єктивних прав, яка використовується як сучасне ідеальне мірило. Більше того, остання ремарка виводить нас на шлях до сутнісно ідеалістичного характеру утворення сучасного суспільного порядку, побудованого на п'єдесталі підлягаючого завершенню «ідеалу».

По-друге, ми також можемо досліджувати звернення до принципу «належного» у праві, але більш сучасним способом як, наприклад, у різноманітних

напрямах, відомих як «правовий критицизм». Це не є безпосереднім питанням розвитку «ідеалу права», але радше питанням більш специфічного та філософського розгляду існування ідеалу права. Це «належне-ідеал» ніколи не є настільки розкритим як у філософії права, але його можна знайти у рішеннях і методах, які вважаються правильнішими, більш раціональними, більш справедливими, більш рівними, більш демократичними тощо. Крім того, ми можемо спостерігати напрями, відомі як правовий критицизм, що роблять нормативне оцінювання таким, що має сенс (*raison d'être*), наприклад: рух правового фемінізму і частково течії, які є частиною «руху критичних правових досліджень». Теорії природного права та правового критицизму доповнюють одна одну у деяких відношеннях. Обидві характеризуються своїм прагненням мобілізувати «належне» у праві, коли справа стосується фактичного чи контекстуального аналізу права.

Питання «належного-у-праві» часто відносять до роздумів про право як інституту. Тому це є питанням, яке тісно пов'язане зі знанням природи «хорошого інституту», який створений політичною та соціальною філософією. Нам здається, що на сьогодні тривалі дебати зупиняються на виправданості наших інститутів відповідно до розуміння «справедливості», «справедливого» і «блага». Представники комунітаризму М. Сандел та Ч. Тейлор виступають на захист виправдання відповідно до розуміння «блага», в той час як ліберальний мислитель Дж. Роулз наполягає на виправданні відповідно до розуміння «справедливості». Можливо, найбільш перспективний напрям дій полягатиме у виборі найкращого з цих двох позицій, як це, наприклад, влучно пропонує комунікативна теорія Ю. Габермаса.

ПИТАННЯ ЕТИКИ ТА ПРАВА

Якщо нас і надалі цікавить філософська рефлексія права, то здається, що вона знаходиться у сфері етики. Це, зрештою, є питанням розуміння права з точки зору того, що ми повинні робити і з точки зору тих дій, які ми повинні вчиняти. Послідовники юридичного позитивізму не є повністю не правими у тому, що асоціюють це питання з рефлексіями про «належне» у праві; ця асоціація втілюється або у відкиданні будь-якого етичного міркування (Г. Кельзен), або в підтвердженні деяких мінімальних етичних правил (Г. Харт). У нашому випадку ми розглядаємо етику в «праві» як усталену філософську форму «належного», яка виходить ззовні. Таким чином, етика охоплює питання про право як похідне від його передумовленої «правильності» («*righteousness*»).

З часів Сократа незмінним у філософії права залишається наголошення на основному питанні: що слід робити? Таким чином, це питання виникає з перспективи, яка підкреслює особливе значення як правових діячів, так і особливе значення системи нормативних актів. Насправді, ми розглядаємо етику як таку, що передбачає раціональне виправдання нашого індивідуального чи колективного вибору. Як суб'єкти права, на правових та соціальних рівнях, ми постійно повинні обґрунтовувати наші дії раціональним способом і пояснювати результати нашої поведінки. Отже, основна проблема полягає у проведенні відмінності між правом та етикою. Щодо цього розрізнення між правом та етикою, то концепція, відповідно до якої етика належить до свідомості чи до внутрішнього світу суб'єкта, а право асоціюється з соціальними діями чи зовнішньою поведін-

кою суб'єкта, — протягом тривалого часу розглядалася як традиційний вимір. Цей вид пояснення все частіше ставиться під сумнів і від нього відмовляються на користь інших. Зокрема, дозвольте згадати системи розроблені Г. Хартом та Ю. Габермасом.

Ця філософсько-правова дискусія загалом має схильність актуалізувати етику в праві. Той, хто здійснює огляд сучасної філософії права, може бути тільки здивованим існуючим антагонізмом між тими, хто прагне встановити фундаменталістичний дискурс щодо правових стандартів, і тими, хто повністю протистоїть йому. З одного боку, ми спостерігаємо, як спадщина просвітництва включається в різноманітні філософські проекти для того, щоб забезпечити абсолютну основу для правових стандартів. Йдеться, головним чином, про різноманітні форми правового кантіанства. З другого боку, ми помічаємо безпідставний дискурс стосовно стандартів. Цей дискурс легко пристосовує комунікативну філософію Ю. Габермаса, про яку йшлося раніше [10].

Насправді, існують різноманітні філософські програми, які демонструють схеми етичних взірців соціальних дій, так само як і роль справедливості, добробуту тощо. Вони вважаються першочерговими для права, оскільки пропонують нам можливість сприймати різноманітні культурні обрії права, які можуть бути у багатьох відношеннях досить відмінними від наших.

Сфери права та етики часто є предметом незлічених дискусій. Етичні проблеми, з якими стикається людство, часто мають прямий вплив на правову сферу. Ми повинні тільки думати про біоетику, аборт, підмовлений суїцид, екологію тощо.

ВИСНОВОК

Сучасна філософія права підтверджує давній інтерес до поняття права. Ключові праці Г. Кельзена («Чиста теорія права»), Г. Харта («Концепція права») та Р. Дворкіна («Серйозний погляд на права») роблять все, щоб підняти знову і знову проблеми, які стосуються поняття права, намагаючись дати чіткі відповіді. Проте, якщо простежити певні тенденції, можна стверджувати, що сценарій сьогодення додає більшого значення нормативній думці у відношенні до інших дисциплін, таких як соціальні, політичні чи антропологічні науки. На нашу думку, той факт, що результати філософських міркувань про право піддаються перевірці і, отже, є значущими, слугує знаком життєвості цієї сфери рефлексії.

Ми згадували, що філософія права залишається досить відкритою сферою, яка пропонує багато можливостей і торкається як сьогоденної так і майбутньої правової культури нашого сучасного суспільства. Тепер давайте чітко з'ясуємо діапазон поняття права, як визначений сучасною (модерністською) філософією права. Цей філософський проект адресується правовій культурі, що існує в суспільстві, яке перетворило сучасне право на горизонт власного вибору та дії. Насправді, бажаною метою є оновити і збагатити цю культуру. Ми можемо сказати, перефразовуючи Ю. Габермаса, що філософія права переслідує мету «визначення і оберігання місць», які є потенційно охоплені правовими практиками і теоріями цієї культури, та незавершеного сучасного правового проекту.

На завершення, ми маємо також підкреслити політичні аспекти філософії права.

Отже, давайте спершу наголосимо на почутті відповідальності, що вимагається від будь-якої особи, яка має справу з філософією права. Філософія права репрезентує розширення і збагачення правової культури. Її значення, як і її роль, полягає у відкритті нових горизонтів для нашої культури. Оскільки філософія права має звертатися до правової культури, вона найбільш важливим чином пов'язана зі сферою суспільного життя та життям людини. Тому кожен філософ права повинен оцінювати етичні імплікації, які виникають у його чи її роботі; вибір та варіанти є неминучими.

Філософ права несе відповідальність перед суспільством. Він повинен вислухати суспільство та кожного індивіда. Несправедливість, приниження, остракізм, серед інших, завжди присутні в сучасному суспільстві; у глобальному масштабі все це здається досить жахливим. Займатись філософією права це також значить присвятити себе праву, врегулюванню наших суперечок засобами сучасного демократичного права.

У цьому сенсі філософія права характеризується більшою мірою горизонтом і можливостями, які відкриваються нам, ніж своїм славним минулим.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Melkevik B.* Horizons de la philosophie du droit. — Paris; Québec, 1998 (2004); *Melkevik B.* Réflexion sur la philosophie du droit. — Paris, 2000; *Melkevik B.* Rawls ou Habermas: Une question de philosophie du droit. — Québec, 2002; *Melkevik B.* Considérations juridico-philosophiques. — Québec, 2005; *Melkevik B.* Tolérance et modernité juridique. — Québec, 2006. Арабською мовою: «فلسف ىلع ءاوضأ» [Ada ala falsafat alqanoun: Isham fi binaa machrou qanouni hadith / Lumière sur la philosophie du droit: contribution à la construction d'un projet juridique moderne]. — Éditions Al-Najoie et l'Association libanaise de philosophie du droit, Beyrouth (Liban), Traduction by Georges Saad and al., 2007; *Melkevik B.* «نوناقلا ففلسف يف صوصن» [Nusûs fi falsafat al-qânûn / Textes de philosophie de droit]. — Beyrouth, Édition Al Najoie et l'Association libanaise de philosophie du droit, Traduction by Georges Saad et al., 2005.
2. *Villey M.* «Le droit dans les choses» and *Amsselek P.* «Le droit dans les esprits», in *Amsselek P. and Grzegorzczak C.*, Controverses autour de l'ontologie du droit. — Paris, 1989. — P. 11–26 et P. 27–49 (*Amsselek P. and MacCormick N.* (dir.) Controversies about Law's Ontology, Edinburgh. — 1991).
3. *Ross A.* On Law and Justice. — London, 1958; *Hart H. L. A.* Le concept de droit. — Bruxelles, 1976 (*Hart H. L. A.* The Concept of Law. — Oxford, 1961, 2nd edition 1994).
4. *Arnaud A.-J. and Guibentif P.* (eds.) Niklas Luhmann observateur du droit. — Paris, 1993; *Teubner G.* Le droit, un système autopoïétique. — Paris, 1993 (*Teubner G.* Law As an Autopoietic System. — London, 1993).
5. *MacCormick N. and Weinberger O.* Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique. — Paris, 1992 (*MacCormick N. and Weinberger O.* An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism, Berlin ; New York, 1986).
6. *Grzegorzczak C., Michaut F. and Troper M.* Le positivisme juridique. — Paris, 1993.
7. *Herméneutique* et ontologie du droit, numéro thématique de la Revue de métaphysique et de morale. — 1990. — No 3. — P. 311–423; *Nerhot P.* Law, Writing, Meaning. An Essay in Legal Hermeneutics. — Edinburgh, 1992.

8. *Weber M.* Sociologie du droit. — Paris, 1988 (*Weber M., Max Weber On Law in Econoy and Society.* — Cambrigde, Mass., 1954).
9. *Renaut A. and Sosoe L.* Philosophie du droit. — Paris, 1991.
10. *Melkevik B.* Le modèle communicationnel en science juridique: Habermas et le droit // *Les Cahiers de Droit.* — 1990. — Vol 31. — No 3. — P. 901–915; *Melkevik B.* Transformation du droit: le point de vue du modèle communicationnel // *Les Cahiers de Droit.* — 1992. — Vol 33. — No 1. — P. 115–139 (reprinted in Jean-Guy Belley and Pierre Issalys (eds.) *Aux frontières du juridique. Études interdisciplinaires sur les transformations du droit.* — Québec, 1993. — P. 111–135); *Melkevik B.* Habermas et l'État du droit. Le modèle communicationnel du droit et la reconstruction réflexive de l'État de droit contemporain, dans Boulad-Ayoub J., Robert P. and Melkevik B. (eds.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques.* — Québec, 1996. — P. 371–387. Ці три есе перевидані: *Melkevik B.* Horizons de la philosophie du droit. — Québec, 1998 (2004). — P. 93–150.

Мелкевік Б. Поняття права та сучасна філософська рефлексія

Анотація. Філософія права протягом всієї своєї історії створює динамічну та важливу структуру, в якій необхідним є визначення, пояснення, створення та розвиток певної раціональності, щоб дати відповідь на фундаментальні питання, які піднімаються в демократичному суспільстві. На сьогодні в цілому світі обговорюються питання, що стосуються теперішнього та майбутнього демократії; особливо звертається увага на роль права у формуванні демократичного досвіду; виявляється, що основи та межі цих питань залишаються актуальними. Вважають, що студенти юридичних навчальних закладів, юристи-дослідники та юристи-практики продукують знання та перспективи, які відповідають потребам сьогодення. У такому історичному контексті доцільність філософії права полягає у дослідженні та сприянні подальшим процесам, які формують і трансформують демократичні правові культури, і вона потребує переосмислення.

Відповідно, в цій статті коротко розглядається історична роль філософії права у процесах, що асоціюються із концептуальним розумінням права, щоб розкрити її ідентичність як юридичної дисципліни та її доцільність як простору для аналізу та обговорення питань про природу та роль права. Таким чином, у цій статті ще раз переосмислюються деякі онтологічні, епістемологічні та етичні питання, які характеризують вправність філософії права й описують важливість досвіду включення, комунікації та участі, як необхідної умови виникнення філософсько-правового простору, необхідного для забезпечення потреб сучасної демократії.

Ключові слова: філософія права, право, онтологія, епістемологія, етика, демократія.

Мелкевик Б. Понятие права и современная философская рефлексия

Аннотация. Философия права на протяжении всей своей истории создает важную динамическую структуру, в которой необходимо определение, объяснение, создание и развитие определенной рациональности, чтобы дать ответ на фундаментальные вопросы, которые подняты в демократическом обществе. В настоящее время во всем мире обсуждаются вопросы, которые касаются настоящего и будущего демократии; при этом особое внимание обращается на роль права в формировании демократического опыта; но оказывается, что основания и пределы этих вопросов остаются актуальными. Есть мнение, что студенты юридических учебных заведений, юристы-исследователи и юристы-практики производят знания и перспективы, которые отвечают актуальным потребностям. В таком историческом контексте целесообразность философии права состоит в исследо-

вании и содействии дальнейшим процессам, которые формируют и трансформируют демократические правовые культуры, и она требует переосмысления.

Соответственно в данной статье кратко рассматривается историческая роль философии права в процессах, которые ассоциируются с концептуальным пониманием права, для того, чтобы раскрыть её идентичность как юридической дисциплины и её целесообразность как пространства анализа и обсуждения вопросов о природе и роли права. Таким образом, в этой статье еще раз переосмысляются некоторые онтологические, эпистемологические и этические вопросы, которые характеризуют сферу философии права и описывают, насколько важен опыт включенности, коммуникации и участия, как необходимого условия возникновения философско-правового пространства, необходимого для обеспечения потребностей современной демократии.

Ключевые слова: философия права, право, онтология, эпистемология, этика, демократия.

Melkevik B. The Concept of Law and Contemporary Philosophical Reflection

Summary. Historically, the philosophy of law has provided a dynamic and influential framework in which to identify, explain, produce and develop the rationality needed so as to come to terms with the fundamental issues and questions raised by the democratic experience. Currently, far reaching policy questions are being raised throughout the world concerning the present and future of democracy; and specifically the role of the law in the formation of the democratic experience; but the foundations and horizons of the problems appear to be left on edge. Legal students, researchers and practitioners are expected to produce knowledge and perspectives capable of addressing such needs. In such a historical context, the relevance of the philosophy of law to explore and contribute to the on-going formative and transformative processes of democratic legal cultures needs to be reconsidered. Accordingly, this article reviews briefly the historical role of the philosophy of law in the processes associated to the conceptual understanding of the law, so as to reveal its identity as a legal discipline and its relevance as a framework for analysis and deliberation on the nature and role of the law. In so doing, the article reconsiders some of the traditional ontological, epistemological and ethical questions which characterize the exercise of the philosophy of law, and depicts the importance of inclusive, communicative and participatory experiences, as necessary conditions in the emergence of the legal philosophical framework needed so as to contribute to the needs of contemporary democracy.

Key words: philosophy of law, law, ontology, epistemology, ethics, democracy.

ПРАВОРОЗУМІННЯ: БУТТЯ-В-СОБІ, БУТТЯ-ДЛЯ-СЕБЕ, БУТТЯ-ДЛЯ-ІНШОГО (ДОСВІД ФЕНОМЕНОЛОГІЧНОГО АНАЛІЗУ)



А. КОЗЛОВСЬКИЙ
*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри конституційного
та адміністративного права
(Національний транспортний університет)*

Чим є право для людини і ким є людина для права? Якщо право — умова свободи, то чому воно так неохоче виконується, а правовий нігілізм став чи не найбільш поширеним явищем нашого життя? Якщо право протистоїть людині, то як подолати його, щоб не втратити саму людину, а не тільки суспільство і цивілізацію? Що може людина без права і що є право людини? Право є сутністю людини чи воно нав'язане їй суспільством ззовні? Коли право — сутність, то як зрозуміти жадливі форми його існування? Коли право — існування, то чому без нього ми не можемо реалізувати свою сутність?

ПРАВО ЯК БУТТЯ-В-СОБІ

Людина з'являється з небуття і першим її станом є заціпеніння — їй протистоїть світ як загроза вигнання в небуття. Крик є першим виявом страху людини перед світом. Але буття зустрічає людину не просто як таке, яке само собою є. Буття постає перед людиною як право, право буття. Вони тотожні, нерозрізнені. Кожен предмет, кожна ситуація диктує, нав'язує суворо визначений спосіб поведінки, неприйняття котрого загрожує небезпекою небуття. Той, хто не приймає правил цього світу, світом знищується. Тому світ — це право і правила цього світу. Буття — це право буття. Буття — це право, а право і є буття. Неприйняття права тотожне збільшенню небуття. Неправо і є небуттям. Міцно влаштований у цьому світі той, хто сповна прийняв право цього світу. Але є право і право. Буття, тотожне з правом, не відразу розкриває своє право. Спочатку воно постає як буття-в-собі¹, якому тотожне право-в-собі. Тому не

¹ Хоча категорії буття-в-собі, буття-для-себе, буття-для-інших досить ґрунтовно розроблялись у філософських конструкціях І. Канта, Й. Фіхте, Ф. Шеллінґа, Г. Гегеля, М. Гайдеггера, Ж.-П. Сартра, проте Д. Лукач констатує: «Поставивши завдання правильного опису та оцін-

всяке право, яке нам здається правом, є автентичним правом буття. Часто-густо за право ми приймаємо неправу, і замість зростання буття ми збільшуємо своє ніщо. Ніщо-право завжди переслідує нас. Воно є формою довічної боротьби небуття з буттям. Полем цієї битви є людина. Ніщо-право — це ілюзія найкоротшого шляху до розширення буття і тому людина спокушається ним, насправді потрапляючи у пастку небуття. Досвід розчарування й неспіху спонукає до висновку, що дійсне право не завжди відкрите людині, а буття не зовсім сприятливе для неї, більше того, протистоїть їй як щось масивне, нездоланне і визначальне. Первинне право цього буття зв'язує мене, перетворює в *das Man*, у річ, і я зможу стати вільним, якщо підкорюся цьому праву речей, якщо сам стану річчю і воно стане моїм правом. Злякавшись масивності буття, людина сама стає інертною масивністю і, в такий спосіб, злившись із буттям, заспокоюється ілюзією дійсного буття. Однак ілюзія — це завжди тимчасове заспокоєння. Ілюзія постійно турбує свідомість своєю недійсністю. Тому саме турбота і страх є основним станом недійсної людини. Страх дає реакцію агресивності як форми самозахисту: якщо моє право речей дає мені можливість жити й існувати, то воно і є дійсним правом, а ваше вище право не тільки підтверджує вашу очевидну незахищеність, а й протистоїть моему праву, послаблює його і тому підлягає знищенню.

Право-*das-Man* не може не бути агресивним. Адже попереду беззахисність і ризик, здатні руйнувати те, що вже наявне й закріплене в бутті, позаду — загроза небуття і тотального ніщо. Людина *das Man* — це жахлива ситуація краю буття перед прірвою ніщо, це максимум ніщо і мінімум буття. Саме екзистенція періодично жахає людину ризиком і прірвою, піднімає завісу її реального місця в бутті, знову і знову повертає до первинного стану заціпеніння. Тому право-*das-Man* протистоїть екзистенції. Це саме те право, котре пов'язує з недійсним існуванням людини. Екзистенція помирає в такому праві. Тут пересічність починає і перемагає. Але ця перемога тотожна смерті. Смерть і ніщо є стихією буття на рівні *das Man*. Небуття — це така ж хвороба буття, як і буття — своєрідна хвороба небуття. Вони постійно намагаються вилікуватись одне від одного. Небуття завжди ревниве до буття. Вислизнувши із небуття, людина не звільняється від нього повністю, небуття постійно переслідує людину, бореться з нею і, врешті-решт, все одно її перемагає і знову поглинає в собі. Право-*das-Man* так і не забезпечило дійсної свободи. Воно залишилося правом-у-собі. Людина, опинившись у світі речей, змушена була прийняти право цього світу і сама стати річчю. Але річ є завжди річчю-у-собі, вона ніколи не може стати річчю-для-себе. Тому й людина, прийнявши право-*das-Man*, залишається людиною-в-собі, зливається з буттям-у-собі і перестає бути людиною, перетворюється в ніщо.

ки ролі та функції категорій буття-в-собі та буття-для-нас у дезантропоморфічному та антропоморфічному відображенні дійсності, передусім не слід забувати, що їх історико-монографічна характеристика... в теперішній час ще повністю відсутня. До цієї складності додається й інша, а саме особливе місце цих категорій. Вони належать до числа первинних елементів будь-якої картини світу, так що ні в житті, ні в науці чи мистецтві неможливо уявити собі ніякого акта, змістом котрого слугувало б практичне чи теоретичне ставлення людини до зовнішнього світу і котрий не ґрунтувався б мисленно чи чуттєво на тій чи іншій концепції буття-в-собі і буття-для-нас (хоча, можливо, і не усвідомлюваній)» [1, с. 239].

Злиття з буттям-у-собі — це зрада екзистенції. Право-*das-Man* є першим правом буття, яке лише відділяє його від небуття, але воно не є первинним правом, воно є а-, поза- і антиекзистенціальним правом. «А»-, тому що без, «поза»-, тому що уникає її, тоді як «анти»-, тому що видає себе за основне і протистоїть екзистенції.

Буття ієрархічне, як і його право. Воно завжди тотожне саме собі тим, що воно є, і водночас воно різне на різних своїх рівнях¹. Боротьба буття й ніщо результується в закріпленні позицій. Збільшення буття зменшує ніщо, демаркація невидима, але вона є і вона рухлива. Тому ніщо також ієрархічне, як і буття. Ієрархія ніщо починається в бутті, а ієрархія буття починається в ніщо. Ніщо починається як ніщо-буття, а закінчується як ніщо-Ніщо. Буття починається як буття-ніщо, а закінчується як буття-Буття.

Кожен рівень буття характеризується своїм правом, яке закріплює співвідношення буття і ніщо. Право вищого ступеня не може бути реалізоване на нижчому рівні, більша сила ніщо придушує буття, перетворює право в неправо², а на вищому рівні більша сила буття перетворює ніщо в повне ніщо і тим ще збільшує свою силу. Водночас і на нижчому рівні мінімальне буття підтримується енергією і світлом буття-Буття.

Право є правом, коли воно пов'язане з буттям, відсутність буття нівелює й право. Тому навіть у праві-*das-Man*, де панує стихія ніщо, є іскра буття-Буття, є можливість перетворення права-в-собі на право-для-себе. Сам факт існування людини свідчить, що буття-в-собі може перетворюватись у буття-для-себе. Людина стає річчю як спосіб самозахисту від світу речей. Але річ не протистоїть речі, лише людина протистоїть речі і тим фундаментально свідчить, що вона — не річ. Ставши річчю, людина ніби причаїлася, вичікуючи можливість стати людиною. Коли самозатаювання затягується, залякане масивністю *das Man*, воно перетворюється або у злобу на світ речей, що проявляється в періодичних вибухах їх знищення, або набуває форм активного самовиправдання, виправдання права речей, права-*das-Man* як свого права і як єдино істинного права. Так річ поглинає людину, перетворює її в ніщо. Річ не відпускає людину, навіть коли людина перестає бути річчю. Затаєність людини у світі речей є станом людини-у-собі, постійною напруженістю, готовою розрядитися в революцію людини-для-себе, чи ентропійне розсіяння в тотальному ніщо. Перетворення людини-у-собі в людину-для-себе передбачає зміну типів існування, а отже, зміну типів права, котрим воно визначається. Право-буття-в-собі має бути замінене правом-буття-для-себе.

ПРАВО ЯК БУТТЯ-ДЛЯ-СЕБЕ

Право речі не відкидається з переходом до права людини. Але тепер людина визначає долю речі, а не річ — долю людини. Перехід до нового рівня буття не здійснюється раптово, це завжди подолання, інколи криза, трагедія, смерть.

¹ «Різні види буття, — зазначає Г. Гегель, — вимагають або містять кожен свій особливий вид опосередкування» [2, с. 113].

² Звідси знаменитий принцип римського права «*Summum jus, summa injuria*» (Вище право — вища несправедливість).

Збільшення життя завжди є більша загроза смерті. У людині буття-в-собі переходить у буття-для-себе. Людина і є буттям-для-себе. Масивне, зовнішнє право-буття-в-собі, нав'язане мені, яке я змушений приймати, у праві-буття-для-себе перетворюється на моє право. У праві-бутті-для-себе людина повертається сама до себе, стає вільною, свобода знову, чи тільки тепер стає її сутністю. Своєю діяльністю і розвитком людина сама породжує і здобуває своє право.

Вільний саморозвиток людини є сутністю права-буття-для-себе. Цей саморозвиток не є прямим і гладким, він суперечливий і нелінійний, тому що ніщо і на цьому рівні має свої права. Людина, стаючи людиною, завжди під загрозою провалу в ніщо. У бутті-для-себе — це більш імовірно, ніж у бутті-в-собі, де ніщо є основою мого життя і провалитися можна тільки в людину. Буття-для-себе — це ризик і відчайдушність, а самореалізація — це основний закон права-буття-для-себе. Людина як буття-для-себе починає свою самореалізацію ще на рівні світу речей. Усвідомивши, що річ є умовою її розвитку, вона намагається опанувати нею і на це витрачає майже всі свої сили. Річ, завдяки своїй масивності й негіддатливості, з засобу перетворюється на мету, і людина, потрапляючи в цю пастку, з буття-для-себе провалюється в буття-в-собі. Право-буття-для-себе диктує свій закон, де річ не має визначального впливу. Це закон людини, а не речі. Він вказує як людині стати людиною, і коли на рівні буття-для-себе вживають закони буття-в-собі, вони починають знищувати в людині людину, стають ніщо людини і вона знову віддаляється сама від себе.

Буття-для-себе — це буття неповноти. Воно хоче бути саме для себе, тому що йому мало самого себе таким, яким воно є. Для буття-в-собі досить того, що воно просто є. Недостатність себе примушує бути для себе. Потреба самореалізації свідчить про голод нереалізованості. Буття-для-себе визначає умови реалізації, але не забезпечує самої реалізації. Право-буття-для-себе — це право свободи. Свобода ж має бути реалізованою. Нереалізована свобода перетворюється в муку, стає несвободою. Людина як буття-для-себе — це неповнота, тому вона змушена бути для себе, щоб стати повнотою. Свобода — єдиний засіб, який надається їй для цього, іншого вибору немає, тому людина не вільна у своїй свободі, вона змушена бути свobodною, як кажуть екзистенціалісти, приречена на свободу. «Свобода людини, — писав Ж.-П. Сартр, — передує її сутності і є умовою можливості останньої» [3, с. 62]. Примусова свобода — це наслідок присутності й втручання буття-в-собі в буття-для-себе. Тому право-буття-для-себе хоч і призначене забезпечити свободу, але шляхом її часткової обмеженості. Тут право балансує, вишукуючи оптимальну межу мінімальної несвободи, яку людина має віддати буттю-в-собі, щоб забезпечити собі максимальну свободу буття-для-себе. У тенденції людина розглядає «буття-для-себе як нігілювання буття-в-собі» [3, с. 62].

Примушена свободою шукати своєї повноти саме через примусову свободу, людина сягає дійсної свободи. У свободі і через свободу людина стає вільною. Динаміка екзистенціалів становить внутрішній механізм свободи, тому свобода — це шлях її екзистенціального пізнання. Буття-для-себе — це пошук шляхів

до себе, на яких завжди існує загроза загубитися. Право-буття-для-себе відкриває всі ці шляхи, але не гарантує правильного вибору свого власного. Так само, як раніше на шляху до себе людина натикалася на річ, тепер їй на перешкоді стала інша людина¹.

ПРАВО ЯК БУТТЯ-ДЛЯ-ІНШОГО

Якщо право-буття-в-собі — це право речей, право-буття-для-себе — це право людини, то право-буття-для-іншого — це право людей. Я на шляху до себе не можу обійтися не тільки без речей, а й без людей. Вони хвалять мене, тому що я їм потрібен і цим перетворюють мене на річ, вони ненавидять мене, тому що я їх використовую і тим самим їх перетворюю на річ. Чим більше використовую, тим більше заздять і ненавидять, чим більше використовують мене, тим більше я перетворююсь у напругу, заздрість і ненависть. Людина — це завжди конфлікт з іншою людиною. Взаємовигідне використання тимчасове, воно неминуче втрачає рівновагу, оскільки кожен все одно намагається швидше іншого вислизнути до себе, а це неможливо інакше, як за рахунок іншого і краще за його рахунок, аніж собою сплачувати чужі рахунки. Так, право-буття-в-собі, право речей проникає і в право-для-інших, право людей, стає їх ніщо, перетворює кожного іншого в річ, у засіб. «Чи випадкова ситуація боротьби, в якій здійснюється становлення держави і права? — ставив запитання К. Ясперс і сам же відповідав на нього. — Ні, ця боротьба не випадкова, це неминуча погранична ситуація, що визначає сутність держави і права, в цій боротьбі я протистою іншому буттю вже тому, що я є» [5, II, с. 233]. Категоричний імператив І. Канта — найвідоміша форма протесту проти перетворення людини у засіб: «Стався до іншого тільки як до мети». Парадокс у тому, що тоді я автоматично стаю засобом іншого. Хто дасть гарантію, що він так само і з таким же успіхом до мене поставиться як до мети? Хто краще за мене знає мої цілі, коли я їх ще сам до кінця добре не усвідомлюю? Чи не є будь-яка діяльність інших, спрямована на реалізацію моїх цілей, а отже, мене як мети, шкодою для мене, як і моя діяльність для інших — перешкодою для їх цілей, цілеспрямованою шкодою? Буття-для-іншого — це в будь-якому випадку конфліктне буття, а екзистенціальна конфліктологія — основа права-буття-для-іншого. Людина не тільки бореться з собою за самореалізацію, а вимушена з іншими боротися за саму себе. Однак, якби кожен був ворогом для іншого, якби істинною була формула «всі люди вороги», то суспільство давно б самозничилося. Є якась фундаментальна хибність у зазначеній формулі та якась глибинна таємниця в існуванні суспільства. Вона постійно непокоїла філософів. Т. Гоббс сформулював її у простих словах: «Як можливе суспільство?» Але що може бути складніше, ніж відповідь на так просто сформульоване запитання?

Таємниця суспільства є водночас таємницею права, яке лежить в основі цього суспільства, скріплює його. Таємниця ж права розкривається у механізмах і сенсі буття-для-іншого. Право є формою і змістом буття-для-іншого. Якщо

¹ Простежуючи «яким чином виникає правова проблема», П. Рікер зазначає: «Виникає вона в основному через втручання іншого. Адже як тільки з'являється зв'язок з іншим, виникає проблема рівноправ'я» [4, с. 28].

буття-для-себе — це динаміка екзистенціалів, то буття-для-іншого — взаємодія екзистенціалів. Своєї екзистенції людина може сягти тільки через буття екзистенціалів. Взаємодія екзистенціалів і є формою їхнього буття. «Екзистенція осягає себе лише у спілці з іншою екзистенцією» [7, с. 442], — пише К. Ясперс. Екзистенціальність іншої людини, відкрита мені, стає моєю екзистенціальністю, моя екзистенціальність, не відкрита іншому, перестає бути моєю, стає моїм ніщо, знищує мене. Моя екзистенція потребує зустрічі з іншою екзистенцією, як і інші — з моєю, але це не потреба в іншому як у речі. Речевість а-екзистенціальна, вона знищує екзистенцію, як і неадекватне нав'язування своєї екзистенції іншому. Екзистенція передбачає свої механізми взаємодії, своє право, відмінне від права-буття-в-собі і права-буття-для-себе. Ці механізми утворюють право-буття-для-іншого.

Наше існування — це завжди взаємоіснування, це завжди взаємодія існувань. «Як неможливо заперечувати природу, без якої людина загине, — зазначає у своїй фундаментальній «Філософії» К. Ясперс, — так не може людина відкинути суспільство, професію, державу, сім'ю, шлюб без того, щоб життя не зблідло. Лише в цих інститутах людина може здійснити себе» [5, II, с. 838; 6, с. 378–389]. Тільки буттям-для-іншого я забезпечую буття-для-себе. Кар'єра як діяльність на благо інших є формою моєї самореалізації, шлюб і сім'я як відповідальність і турбота є умовами мого власного існування. Я завжди не просто перебуваю, я перебуваю в певній якості — керівника, підлеглого, чоловіка, брата, сина, громадянина, покупця, продавця. Ким би я не перебував, я завжди зав'язаний на іншого і так міцно, що мені вже не розв'язатися, не звільнитися. І коли зв'язок надто міцний, він починає душити мене, я хочу звільнитися від нього чи бодай послабити його. Динаміка буття-для-іншого мінлива, вона така, що може сприяти, бути формою саморозвитку буття-для-себе, а може й гальмувати цей розвиток, перетворюючи неекзистенціальних суб'єктів у самовідштовхуючі буття-в-собі.

Кожен акт соціальної взаємодії здійснюється в екзистенціалі *Als-Sein* (як-буття, буття у певній якості) [8, с. 34], що займає проміжне становище між екзистенціалами *Dasein* і *Selbstsein* (тут-буття і самобуття). Це означає, що виступаючи як продавець чи покупець, виробник чи споживач, керівник чи підлеглий, я неминуче потрапляю в пограничну ситуацію, де випробовується моя екзистенція. Перебуваючи в екзистенціалі, неможливо поводити себе неекзистенціально, уникнути вибору. «Інші», котрих називають так, щоб приховати свою сутнісну приналежність до них, суть ті, хто в повсякденному бутті з іншими найближче і частіш за все «присутні» [9, с. 126], — зазначає М. Гайдеггер. Водночас «Присутність екзистує» [9, с. 53]. Продавати чи виробляти заздалегідь бракований товар, експлуатувати підлеглого в інтересах власної кар'єри, використати службове становище в корисливих цілях, або ж батьківський авторитет у нав'язуванні певної поведінки синові — все це форми перебування в екзистенціалі *Als-Sein*, у якому певна погранична ситуація примушує діяти в одному з двох протилежних напрямів (на те вона й погранична ситуація): або в напрямі буття-в-собі, або в напрямі буття-для-себе.

Дія в напрямі буття-в-собі — це «втеча від свободи», зрада власної екзистенції, намагання використовувати інших як річ і перетворювати право-буття-для-

іншого у право-буття-за-рахунок-іншого. Перетворення іншого в річ автоматично і мене робить річчю, як будь-яке вбивство є водночас і самогубством, так і ставлення до іншого як до буття-в-собі замість збагачення мого буття-для-себе самого мене перетворює в буття-в-собі. Це означає, що на рівні права-буття-для-іншого не можуть бути використані норми права-буття-в-собі і тому воно тут є неадекватним виходом із пограничної ситуації екзистенціалу *Als-Sein*.

Дія ж у напрямі буття-для-себе передбачає і мене тільки в якості буття-для-себе. Сприяння самореалізації іншого постає умовою моєї самореалізації, а моя самореалізація — умовою самореалізації іншого. Тому тут не може не бути задіяна моя екзистенція як найавтентичніша форма моєї самореалізації, а буття-для-іншого не може бути нічим іншим, як взаємодією екзистенцій буттів-для-себе. Право, щоб залишатися правом і не перетворюватися в неправу, повинно бути екзистенціальним правом, суспільство, щоб залишатися суспільством і розвиватись, а не перетворюватись у «війну всіх проти всіх», повинно бути правовим суспільством, суспільством екзистенціального права-буття-для-іншого.

ПРАВО ЯК ТРАНСЦЕНДЕНЦІЯ

Трансценденція задає рух екзистенціалізації¹. Якщо ставлення людини до речі й до іншого, як перебування в бутті-в-собі і в бутті-для-іншого, це горизонтально-кількісний вимір права, то співвідношення буття-для-себе з трансценденцією — це вертикально-якісна і визначальна характеристика права. Трансценденція задає сенс і механізм динаміки як буття-для-себе самого по собі, так і його співвідношення з буттям-у-собі й буттям-для-іншого, задає сенс і їх самих по собі. Без трансценденції буття-в-собі та буття-для-себе перетворюються спочатку в ніщо, а відтак у чисте ніщо-Ніщо, з нею ж вони здатні підноситися у своїй сутності у височінь буття-Буття. Таким чином, трансценденція — це глибинна основа внутрішньої динаміки буття [11, с. 6–7], а право як трансценденція — це фундаментальна основа права як права. Хоча М. Гайдеггер і говорить про «введення ціннісної думки у сферу трансцендентного» [12, с. 7], для нього трансценденція — це все ж таки жажлива зустріч людини з Ніщо: «Саме буття у своїй сутності скінченне, — пише він, — і виявляє себе тільки у трансценденції висунутого в Ніщо людського буття» [13, с. 25]. К. Ясперс за трансценденцією бачить не Ніщо, а Бога. «Коли світ усе, то трансценденції немає» [7, с. 426]. Але людина не річ, вона є постійне долання своєї речевості, невпинне долання самої себе, трансцендування. «Я ніби вічно є перед трансценденцією» [7, с. 436]. «Людина в якості самої себе дарована собі трансценденцією» [7, с. 451]. «Дійсне буття є трансценденція (чи Бог)» [7, с. 433]. Ясперсову думку продовжує М. Бердяєв: «Право теж божественне і трансцендентне за своєю природою» [14, с. 245].

Трансцендентність права в тому, що воно не може залишатися дійсним автентичним правом, якщо воно не зав'язане на трансценденцію, якщо воно постійно не трансцендує. Право є правом не в горизонтальній своїй динаміці, а у вертикальній. Право є трансцендування. Це означає, що ідеали справедливос-

¹ «Рухом екзистенціалізації» Е. Мунье перейменував поняття неантизації, яка у Ж.-П. Сартра, на відміну від нерухомого буття, означає рух як своєрідну хворобу буття [10, с. 146–147].

ті, добра, самореалізації людини — одвічні ідеали права — не можуть бути реалізовані на основі незмінних, статичних схем норм права, індиферентних до специфіки конкретної ситуації, особливостей особистості, її життя, її екзистенції. Єдиний, неповторний, живий людині протистоїть універсальна, типова, мертва норма і визначає життя людини. Мертве панує над живим. Норма — це ніщо людини. Екзистенція — анормативна. Людина поза екзистенцією нормативізується, поступово перетворюючись у буття-в-собі, а потім і в ніщо.

Як же бути, коли соціум побудований на праві, право — на нормі, а людина, яка утворює суспільство, — анормативна істота? Людина лише тією мірою погоджується на право, якою воно здатне трансцендувати, не тільки придушувати людину, а й робити людину людиною. Трансценденція — внутрішня властивість права. Без цієї властивості людина ніколи б не погодилася на право. Анархізм — це течія, яка не розгледіла у праві трансцендентного і тому вважає його перешкодою для людини на її шляху до себе. Порожня, мертва норма права — це тільки механізм права, який ще повинен бути запущений у роботу. Норма здатна трансцендувати. Право — це трансцендування норми. Справедливість так само не є щось постійне, незмінне й універсальне, вона, як і добро, суперечлива, навіть антиномічна. Суперечливість їх знімається у трансцендентному. Дійсне коріння ідеалів справедливості, рівності, добра — у трансцендентному. Тому трансцендування — єдиний спосіб права бути дійсно справедливим. Трансцендування права має різні рівні виходу в трансцендентне, яке тільки й може бути його критерієм. Право — це трансцендентальна динаміка права, трансцендентальна динаміка норми права. Рушієм, що забезпечує здатність механізму правової норми трансцендувати, є екзистенція.

ПРАВО ЯК ЕКЗИСТЕНЦІЯ

Якщо право-буття-в-собі — це право речей, право-буття-для-себе — право людини, а право-буття-для-іншого — право людей, то право як екзистенція — це право духу. Дух є сутністю людини, а екзистенція як дійсне буття людини — це її духовна буттєвість. Буття в екзистенції — автентичне буття людини, а право як екзистенція — автентичне право людини. Без екзистенції право-буття-в-собі, право-буття-для-себе і право-буття-для-інших перетворюються в ніщо. Екзистенція є дійсне існування людини як трансцендентальне розгортання єдності в-собі-для-себе-і-для-інших-буття. Екзистенція як дух — її трансцендентальна інтенціональність. Існування людини і є постійна зустріч екзистенції з трансценденцією. Саме у трансценденції екзистенція стає екзистенцією, усвідомлює саму себе. Поза трансценденцією екзистенція втрачає себе, перетворюється в ніщо. Тому сутність екзистенції — в єдності іманентного й трансцендентного. Екзистенціальне ж право як право духу і як сутність права взагалі має бути присутнім у будь-якій формі права, щоб воно виконувало функцію права. Це означає, що і в праві-бутті-в-собі, і в праві-бутті-для-себе, і в праві-бутті-для-іншого не просто має бути присутнім елемент екзистенціального права, він повинен бути визначальним і виконувати функцію трансформації есенціальних правових форм, застиглих, статичних, масивних в екзистенціальні, рухливі, динамічні, духовні. Право, перетворене в заформалізовану застиглу норму, з екзистенції переходить в есенцію, в субстанцію, в масивність. «Есенція і є застигле, охолоджене буття»

[14, с. 69], — пише М. Бердяєв. Але водночас «свобода передбачає примат екзистенції над есенцією» [14, с. 10]. «Глибина *Existenz* є свобода» [14]. Сутність і призначення права теж є свобода. У своїй сутності право й екзистенція зливаються. Поза екзистенцією будь-яка форма права перестає бути правом.

Так, буття-в-собі як право масивності й об'єктивації захлинає людину стихією речовості, стає їй тотальною несвободою, їй неправом, якщо людині не вдається екзистенцією освятити річ, об'єкт, предмет, зробити їх екзистенціальними. Якщо об'єкт не стає екзистенціальною умовою реалізації людини, він стає есенціальною умовою перетворення її в ніщо. Світ тотально протистоїть людині, проте він може стати світом людини, якщо вона олюднить його. «Реалізація світу, — писав К. Ясперс, — єдиний шлях екзистенціальної реалізації. Втрачаючи світ, ми водночас втрачаємо себе» [7, с. 437]. Предметне, об'єктне, речове право стає правом тією мірою, якою воно задіяне екзистенцією, в якій право-буття-в-собі спроможне перетворитися на право-буття-для-себе. В-собі — це завжди потенція, завжди можливість саморозкриття для-себе. Екзистенція і є єдиним механізмом цього саморозкриття, єдиною зав'язкою на трансцендентне. Світ як буття-в-собі постійно закликає екзистенцію як останню надію розгортання в буття-для-себе. Зрада екзистенції зумовлює деградацію права-буття-в-собі у право-буття-для-нікого, а потім у тотальне ніщо, в якому гине й сама екзистенція.

Право-буття-в-собі для того, щоб бути правом, потребує енергії екзистенції, тоді як право-буття-для-себе може існувати тільки у формі екзистенціального права. Людина як буття-для-себе і є екзистенція. «Буття яким є ми, — зауважував К. Ясперс, — називається існуванням, свідомістю взагалі, духом або називається екзистенцією» [7, с. 425]. «Суцє, існуюче способом екзистенції, є людина» [13, с. 32], — констатує М. Гайдеггер. Існування засобом екзистенції і є екзистенціальним правом. Право-буття-для-себе є право екзистенції, автентичне право людини. Право-буття-в-собі та право-буття-для-іншого — лише форми трансформації права екзистенції, хоча й необхідні для її екзистенціальності. Право починається з людини, пов'язане з апіорними формами її екзистенції і право завершується на людині, завершується в реалізації її екзистенції. «...Буття особистості не може зводитися до того, щоб бути суб'єктом розумних вчинків певної законвідповідності» [9, с. 47], — зазначає М. Гайдеггер. Саме тому право-буття-для-себе як екзистенціальне право людини є центральною і основною формою права, без реалізації якої інші форми перетворюються в неправо.

Сутність права-буття-для-іншого — в зустрічі екзистенцій та їх взаєморозгортанні у трансцендентному. Коли ж я чи інші порушуємо екзистенціальність зустрічі, то ми із взаємодії буттів-для-себе перетворюємось у взаємодію буттів-у-собі й згортаємо екзистенцію в ніщо.

Таким чином, можливі форми права, підкорюючись своїм власним механізмам функціонування, водночас зумовлені взаємодією з екзистенцією, взаємодією екзистенцій, чи саморозвитком екзистенції шляхом трансцендування. У будь-якому випадку екзистенціальність утворює саму сутність права. Правопорядок же визначає той простір, де саме й розгортається екзистенція.

Екзистенція як право і право як екзистенція означають, що саморозвиток і дійсне буття людини є джерелом саморозвитку і дійсного буття права. У свою чергу, саме таке право є формою й екзистенціального саморозвитку людини.

В екзистенції знімається суперечливість між об'єктом і суб'єктом¹, правами й обов'язками, сушим і належним. Норма права як есенціальна застиглість розігривається екзистенцією і починає трансцендувати. Тому не можна стверджувати, що норми позитивного права суперечать екзистенціальності, що вони взаємовиключають одне одного. Онтологічно вони єдині й зливаються в добуттєвому *Ungrund*-і. Це видно з того, що екзистенція як анормативна свобода сама задає свободу як норму [15, с. 5–9]. Ні норма не повинна придушувати екзистенцію, ні екзистенція не повинна відкидати норму. Правове рішення постає тут формою самореалізації людини, тому воно наскільки вільне, настільки ж і обов'язкове. «Правове рішення у світлі екзистенціальної філософії не є свавіллям, — пише Е. Фехнер. — Воно обов'язкове для нас у вищому розумінні, тому що відмовившись від нього, ми відмовляємося від самих себе» [16, с. 221]. Відмовившись від себе, ми перетворюємося в ніщо.

Право екзистенції це право нас самих і тому екзистенціальне право є наше право. Воно вимагає перебування в екзистенції, що означає постійний пошук самих себе, свого права, форм своєї самореалізації. «Пізнання є буттєвий спосіб буття-в-світі» [9, с. 61]. Постійне пізнання, гносеологічна інтенсивність є основним способом функціонування екзистенціального права, оскільки екзистенція завжди народжується в конкретній, індивідуальній ситуації, є неповторною та унікальною. Правове рішення тут постає як творче, ризиковане й напружене самопородження екзистенції в акті трансцендування. Екзистенціальне право може існувати тільки у формі трансцендування, тільки у формі пошуку істини і наближення до Істини. Поза трансцендуванням екзистенція застигає в есенції, набуваючи форми абстрактної, мертвої, байдужої до людини норми права, яка поглинає людину і перетворює її в ніщо. Екзистенціальне право — це право дійсного існування людини, в якому вона реалізує свою екзистенцію як своє право. Право настільки право, наскільки воно екзистенціальне, екзистенція настільки екзистенція, наскільки вона трансцендентальна. Через трансцендентальну динаміку екзистенція стає правом, а право — екзистенціальною динамікою людини.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Лукач Д. Своеобразие эстетического : в 4 т. / пер. с нем. — М., 1986. — Т. 3. — 303 с.
2. Гегель Г. В. Ф. Наука логики : в 3 т. — М., 1971. — Т. 2. — 248 с.
3. Сартр Ж.-П. Бытие и ничто: опыт феноменологической онтологии. — М., 2000. — 639 с.
4. Рикёр П. Торжество языка над насилем. Герменевтический подход к философии права // Вопросы философии. — 1996. — № 4. — С. 27–36.
5. Jaspers K. Philosophie. 3 Bände. Berlin, 3 Aufl. — 1956.
6. Ясперс К. Философия. Книга вторая. Просветление экзистенции / пер. А. К. Судакова. — М., 2012. — 448 с.
7. Ясперс К. Смысл и назначение истории / пер. с нем. — М., 1991. — 527 с.
8. Maihofer W. Sein und Recht. Prolegomena zu einer Rechtsontologie. — Frankfurt am Main, 1954. — 125 S.

¹ Скептично ставився до «суб'єкт-об'єктного відношення», приховуючого в собі скільки «істини», стільки порожнечі», М. Гайдеггер. «Суб'єкт і об'єкт не збігаються з присутністю і світом», — констатував він [9, с. 60].

9. *Хайдеггер М.* Бытие и время / пер. с нем. — М., 1997. — 451 с.
10. *Мунье Э.* Надежда отчаявшихся / пер. с франц. — М., 1995. — 238 с.
11. *Гайденко П. П.* Прорыв к трансцендентному: новая онтология XX века. — М., 1997. — 495 с.
12. *Хайдеггер М.* Феноменология и трансцендентальная философия ценности / пер. с нем. — К., 1996. — 116 с.
13. *Хайдеггер М.* Время и бытие: статьи и выступления / пер. с нем. — М., 1993. — 447 с.
14. *Бердяев Н.* Трагедия и обыденность // Бердяев Н. Философия творчества, культуры и искусства : в 2 т. — М., 1994. — Т. 2. — 510 с.
15. *Козловський А. А.* Антиномії права // Науковий вісник Чернівецького університету : зб. наук. пр. — Вип. 103. Правознавство. — Чернівці, 2001.
16. *Fechner E.* Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts. — Tübingen, 1956. — S. 179–294.

Козловський А. А. Праворозуміння: буття-в-собі, буття-для-себе, буття-для-іншого (досвід феноменологічного аналізу)

Анотація. Буття задає певний порядок світу і постає як право буття. Право і буття тотожні, а неправо і є небуття. Перед людиною буття розкриває своє право поступово на різних своїх рівнях, які між собою взаємопов'язані. Право буття-в-собі — це право світу речей. Право буття-для-себе — це право людини і право буття-для-іншого — це право людей. Якщо на кожному з рівнів право не зорієнтоване на трансцендентне, воно має тенденцію перетворюватися в ніщо. Механізмом трансцендування є екзистенція. Право як екзистенція — це право духу і духовної самореалізації людської сутності, тому воно і є справжнє право людини.

Ключові слова: онтологічні засади права, феноменологія права, екзистенціальне право.

Козловский А. А. Правопонимание: бытие-в-себе, бытие-для-себя, бытие-для-другого (опыт феноменологического анализа)

Аннотация. Бытие задает определенный порядок мира и предстает как право бытия. Право и бытие тождественны, а неправо и есть небытие. Перед человеком бытие раскрывает свое право постепенно на различных своих уровнях, которые между собой взаимосвязаны. Право бытия-в-себе — это право мира вещей. Право бытия-для-себя — это право человека и право бытия-для-другого — это право людей. Если на каждом из уровней право не сориентировано на трансцендентное, оно имеет тенденцию превращаться в ничто. Механизмом трансцендирования есть экзистенция. Право как экзистенция — это право духа и духовной самореализации человеческой сущности, поэтому оно и есть подлинное право человека.

Ключевые слова: онтологические основания права, феноменология права, экзистенциальное право.

Kozlovskiy A. Law Understanding: Being-in-Itself, Being-for-Itself, Being-for-Others (Experience of Phenomenological Analysis)

Summary. Being establishes a certain order of the world and is the law of being. Law and being are identical and non-law is nonbeing. Being is disclosing its law gradually before a man at the various levels which are interconnected. The law of being-in-itself is the law of the object world. The law of being-for-itself is the law of a man and the law of being-for-others is the law of people. If law is not directed to transcendence at each of the levels it tends to transform into nothing. The transcending mechanism is existence. Therefore the higher type of law is the existential one. Law as existence is the law of spirit and spiritual self-realization of human entity hence it is the real law of a man.

Key words: ontological foundation of law, phenomenological law, existential law.

ТЕМПОРАЛЬНА ОНТОЛОГІЯ ПРАВА. ПРОЛЕГОМЕНИ

О. СТОВБА
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теоретичної
і практичної філософії
(Харківський національний університет
імені В. Н. Каразіна)*



У кінці ХХ — на початку ХХІ ст. у російськомовній філософії права все більше проявляється фундаментальна відмінність між класичним і некласичним її відгалуженнями. До класичних підходів відносяться правовий позитивізм, об'єктивістські школи права (історична, соціологічна, марксистська), а також метафізичні концепції природного права (раціоналістична, антропологічна, теологічна та ін.). Специфічним варіантом класичного праворозуміння є також лібертарна концепція права В. Нерсесянца в її початковому вигляді, а також інтегральна концепція права¹. Некласичними способами осмислення правової реальності є феноменологічні, екзистенційні, комунікативно-дискурсивні, герменевтичні, постструктуралістські й похідні від них підходи².

Правознавці, що належать до класичного напрямку, досі намагаються осмислити право як *суцє*, яке можна *об'єктивувати*, тобто «об'єктивно споглядати», «досліджувати», «розглядати». Сам правознавець за такого підходу постає як дослідник, «зовнішній» відносно свого об'єкта. Тим самим визначальним для віднесення того чи того варіанта праворозуміння до класичного буде постульований їм суб'єктно-об'єктний поділ, де суб'єкт споглядає об'єкт з безпечної від-

¹ На сьогодні серед послідовників лібертарної концепції можна виокремити її так званих «ортодоксальних прибічників» (Н. Варламова, Л. Лаптева, В. Лапаєва та ін.) і тих, хто намагається дати цій теорії подальший розвиток (насамперед, В. Четвернін з його лібертарним інституціоналізмом). Якщо перші повною мірою можуть бути зараховані до класичного праворозуміння, то другий підхід більш динамічний, внаслідок чого питання про віднесення лібертарно-інституціональної теорії до «класики» або «некласики» вимагає подальшого осмислення.

² Слід зазначити, що в «чистому» вигляді в сучасному російськомовному правознавстві ці підходи зустрічаються досить рідко. Некласичні концепції російськомовних правознавців найчастіше представляють собою їх синтез. Так, наприклад, підхід А. Полякова побудований на ідеях феноменології та комунікативної філософії, І. Честнова базується на ідеях діалогізму й постструктуралізму.

стані (часової і просторової дистанції), яка є запорукою об'єктивності отриманих результатів.

Некласичне праворозуміння у свою чергу вважає об'єктивацію права неможливою, розуміючи її як *динамічне, процесуальне* явище, частиною якого є сам правознавець. Якщо «класика» розглядає право як суще, то «некласика» прагне до осмислення права в його *бутті*. При цьому подібно до того як «статичність» класичних підходів до права не усувається спробою взяти до уваги його історичну обумовленість¹, так і «динаміка» некласичних підходів не означає простого визнання часової мінливості права на рівні його змісту.

Відповідно до цього основним критерієм фундаментальної відмінності між класичною та некласичною філософією права, згаданою на початку цієї статті, буде *просторово-часове ставлення* правознавця до права. Якщо «класичний» вчений розуміє право «ззовні», то некласичне осмислення права «передбачає» *попереднє випробування правового досвіду*, експлікація сутності та умов можливості якого і складає зміст некласичного правового дискурсу². За такого підходу тло правопорядку (яке не піддається сумніву, з точки зору класичного правознавства) несподівано проявляє свою хиткість і неміцність. Таким чином, право з *об'єктивованого явища суспільного життя*, яке потрібно об'єктивно *пізнати*, класифікувати тощо, перетворюється на *випробовуваний досвід чогось*, що *належить осмислити*, оскільки без такого осмислення все випробуване стає нісенітницею. З цього приводу вдало висловився відомий німецький філософ права В. Майхофер: «Справді, чи може бути, що ми коли-небудь випадемо з заспокійливої надійності цього звичного повсякденного поведження з дійсністю права, в зал суду, у в'язницю, в кабінет нотаріуса, і в нас виникне запитання: *що все це означає* (курсив мій. — О. С.)? Чи будемо ми раптово, в мить вирвані з захищеності, яка ніколи не ставилася під сумнів, із завжди вже задалегідь наявного (доонтологічно) розуміння суті, відчувши втрату під ногами ґрунту будь-якого “правового світу”, в якому, здається, ми займаємо досить міцні позиції»? [2, с. 202].

Як уже було сказано, в некласичних підходах право осмислюється як динамічний, процесуальний феномен — діалог (І. Честнов) [10; 11], комунікація (А. Поляков) [3; 4], випадок або подія (О. Стовба) [6] тощо. Разом з тим незримим фоном або, кажучи феноменологічно, онтологічним горизонтом такого розуміння права є час. Однак час досі або взагалі не потрапляв у поле зору правознавців (класичні метафізичні концепції права), або ж його трактування зводилося до констатації часової мінливості й історичної обумовленості права (об'єктивістські концепції), а також аналізу дії права «у часі» (позитивізм). Цій проблемі не приділено належної уваги ні в лібертарній, ні в інтегральній, ні в

¹ У зв'язку з постульованим сутністю класичного праворозуміння суб'єкт-об'єктним підходом і принциповою можливістю об'єктивації права, тобто перетворення його з живого феномену в об'єкт дослідження, в ході аналізу підлягає розчленуванню.

² За влучним зауваженням ще одного представника російськомовної правової некласики Ю. Пермякова, більш важливим, ніж визначення права, є прагнення дізнатися, що саме і за яких підстав право здатне заявити про себе (висловлено при особистому спілкуванні. — О. С.).

жодній іншій сучасній російськомовній філософії права як класичній, так і некласичній.

Разом з тим час є горизонтом зрозумілості буття (М. Гайдеггер) [9]. Оскільки некласична філософія права претендує на те, щоб осмислити право не як статичне, об'єктивоване суще, а в його бутті, як динаміці, чистій процесуальності (діалозі, комунікації, події), час перетворюється на фундаментальну підставу подібного підходу.

Необхідною умовою для того, щоб ввести час у поле нашого зору, є послідовне здійснення онтологічного розрізнення (М. Гайдеггер). Визначена філософами відмінність між буттям і сущим стає несподівано актуальною для правознавства, оскільки ми помічаємо той очевидний факт, що таке «правове» суще, як закон або суд, завжди можуть виявитися «неправом», втіленням репресій і свавілля. Натомість такі тривіальні й індиферентні в правовому розумінні речі, наприклад, домашні капці, телевізор тощо несподівано можуть виявитися правовим сущим — доказом у кримінальному процесі або предметом цивільно-правового спору¹. Отже, можна прийти до висновку, що правовий статус сущого не самостійний, а похідний. Говорячи мовою філософії, жодне суще — ні закон, ні прокурор, ні суд — не є іманентно правовим. Оскільки суще є сущим, наскільки воно є, тобто завдяки буттю, то правове воно чи ні, залежить також від буття. Знову ж таки, висловлюючись мовою філософії, суще стає правовим, оскільки воно набуває правовий модус буття. Тим самим у поле нашого зору входить буття права, яке не є правовим сущим, але обумовлює правовий статус всякого сущого, яке є як правове.

При цьому помилково вважати, що правовим або неправовим суще стає залежно від того як особа його використовує. Адже застосовуючи закон навіть із найкращими намірами, ми не застраховані від помилки, коли невинна особа може бути засуджена, а винна уникне покарання. Закон і вирок у цьому випадку виступають неправовим сущим, хоча умисел судді буде спрямований на постанову правосудного рішення. Аналогічним чином ніхто ніколи спеціально не робить доказ доказом: він такий, оскільки на ньому в тій або тій формі «відбилося» те, що відбувається. Власне, саме те, що відбувається — подія, пригода і є те, що надає сущому, втягнутому в нього, правовий спосіб буття, а відповідно — правовий статус.

Тим самим в основі перетворення «звичайного» сущого в «правове» лежить подія. Оскільки *щось здійснюється*, воно незворотно «змушує» суще *бути* правовим, «заміщуючи» всі інші перспективи цього сущого (фізичні, хімічні, економічні та ін.) його правовим образом. Що ж має відбуватися, аби буття сущого стало правовим?

Як зазначає німецький правознавець О. Кауфман, право входить в екзистенцію за допомогою діяння [12, с. 122]. Проте очевидно, що це не будь-яке діяння. Перш за все, воно прямо або опосередковано має бути здійснено тим, хто здатний відповідати за скоєне — правовим діячем. Також це не вчинок одинака, а діяння, спрямоване на Другого, і припускає Третього. При цьому, як пише П. Рікер, Другий в праві є не Ти, а Будь-хто [5, с. 15–16]. Третій же при цьому

¹ Більш повне обґрунтування цієї тези див.: [7].

виступає як хранитель правопорядку, який, у зв'язку зі своїм особливим становищем, зачеплений будь-яким правовим діянням [8, с. 76]. Необхідно також пам'ятати, що в праві ніколи не буває *односторонніх діянь*. Навіть бездіяльність Другого у відповідь на мою дію є діянням у правовому сенсі (наприклад, конклюдентна угода). Якщо ж я скою вбивство, позбавивши Другого можливості відповіді, то діяти повинен Третій, бездіяльність якого я прийму за мовчазне схвалення моїх дій.

Відповідно до цього право постає як постійний діалог або комунікація, в чому можна погодитися з А. Поляковим та І. Честновим. Однак при цьому необхідно мати на увазі, що умовою їх можливості (діалогу, комунікації) виступає часовий розрив, прогалина, пауза між моїм діянням і «реакцією», зустрічною дією Другого. Цей часовий розрив і є особливий час права, в якому воно збувається. Як тільки Другий або Третій пропорційно «відповів» своїми діями або бездіяльністю на моє діяння, право збулося. Звичайно, «реакція» може бути і надмірною по відношенню до мого діяння, внаслідок чого я буду змушений «відповідати» в свою чергу. Тому між діянням і «реакцією» Другого або Третього¹ існує своєрідна «тяга», взаємне тяжіння. Оскільки «реакція» (правові наслідки) відповідна діянню, право вичерпується. Якщо ж вона «недостатня» або «надлишкова», право продовжує збуватися.

Отже, ми приходимо до своєрідної парадоксальності. Оскільки право збулося найбільш повно, коли «назустріч» діянню виходять відповідні йому правові наслідки, воно в той же момент «припиняється», «вичерпується». Якщо ж діяння «не зустрічає» таких, право «продовжує» тривати. При цьому ключовим моментом є вимір часу між діянням і його правовими наслідками. Чим він «менший», тим менш явним буде правовий статус того суцього, яке залучено в цю правову подію. Якщо ж він «розростається», то суще, яке втягнуто у часовий розрив між вчиненим діянням і його правовими наслідками, більш явно виявляє свій правовий характер. Так, якщо, як у дрібній побутовій угоді, товар і гроші переходять із рук в руки практично одночасно, ми не згадуємо про право. І навпаки, коли між передачею грошей і товару проходить значний час, ми раптово усвідомлюємо себе як «сторону правовідносин», часовий розрив опосередковується «договором», оточуючі стають можливими «свідками» цього тощо.

Таким чином, правовий спосіб буття суцього є похідним від «тяги», що виникає між вчиненим правовим діянням і його правовими наслідками у часовому проміжку між ними. На відміну від *буття права*, тобто буття *правового суцього*, така «тяга» може бути названа правовим буттям, тобто «чистою» процесуальністю права, помисленої без домішки суцього. Подібно до того, як час є горизонтом зрозумілості буття (М. Гайдеггер), правове буття як витік буття права і правового суцього може бути зрозуміле зі специфічного правового часу — часу «між» правовим діянням і зустрічними йому правовими наслідками.

Оскільки ми намагаємося міркувати про право не онтично (на рівні суцього), а онтологічно (в площині буття), то і час у цьому випадку початково не представляє собою «лінійного часу», в якому існує право як суще. Такий «ліній-

¹ Інакше кажучи, правовими наслідками мого діяння, які слід відрізнити від його моральних наслідків — реакції Другого, взятого не як Будь-хто, а як Ти.

ний час» за своєю суттю є похідним. Оскільки часовий проміжок, у якому збувається правове буття, «зникає», коли діяння зустрічає співмірні йому правові наслідки, то можна зробити висновок, що в самому діянні *вже міститься* різноманіття іманентних йому правових наслідків, які, таким чином, «сучасні» йому.

Характерною рисою такої «сучасності» є те, що минуле, сьогодення, майбутнє не йдуть одне за одним як в лінійному розумінні часу, а співіснують одночасно. Як тільки діяння вчинено в *теперішньому*, з *майбутнього* назустріч йому (тобто в «минуле») *вже* спрямовані правові наслідки, які, зустрівшись із ним знову-таки в *сьогоденні*, замкнуть часове коло і «вичерпають» правове буття. Натомість, оскільки діяння вчинено в *сьогоденні*, але спрямовано в *майбутнє*, з якого наступають спрямовані в *минуле* правові наслідки, правовий час має кругову екстатичну побудову. Правовий час може бути описаний як кругова екстатична сучасність.

У цій «часовій петлі» перебуває правове буття. Оскільки коло замкнуте, правове буття приховується, відмовляючи себе на користь економічного, фізичного, біологічного або іншого буття. Однак якщо коло часу не може замкнутися «довше» адекватного йому часового виміру, а правові наслідки «зависають», ставлячи під сумнів правове буття як «тягу», на допомогу приходять правове суще: воно, як «докази», «сторони правовідносин», «предмет спору» та інші, ніби «заповнює» цю часову прогалину, посилюючи тяжіння, «допомагаючи» здійснюватися правовому буттю, «зустрітися» відповідним одне одному діянню і його правовим наслідкам¹.

Ця коротка експлікація правового часу як горизонту зрозумілості правового буття дає нам можливість зробити зворотню екстраполяцію результатів розвідки на правове буття, осмисливши його в притаманних йому рисах. Серед таких слід назвати правляче, правду, напрям².

Оскільки правове буття як тяга виникає у часовому проміжку між діянням і його правовими наслідками, воно володіє характером *спрямованості*. Як пише В. Даль, напрямку віддавна було притаманне значення *шляху* [1, с. 543]. Шлях у свою чергу є не просто «дорога», а спосіб досягнення Іншого в його бутті, спосіб зустрічі того, що в протилежному випадку залишилося б розрізним. Таким чином, спрямовано розгортаючись у тимчасовому просторі між діянням і його правовими наслідками, правове буття пов'язує їх, збуваючись у їх взаємспрямованості: діяння з *теперішнього* в *майбутнє*, а правових наслідків з *майбутнього* в *минуле*.

У зв'язку з тим, що діяння *вже* іманентно містить у собі свої правові наслідки, часовий розрив між ними початково носить не лінійний, а екстатичний характер. Оскільки наслідки не слідує за діянням як наслідок за причиною, а взаємно належать один одному необхідним чином, така приналежність, збуваючись в ході «тяги», носить *правлячий* характер. Правляче, як риса правового буття, полягає в тому, що оскільки діяння *вже* відбулося, наслідки викликані *незворотністю*. На відміну від моралі, де за допомогою прощення можна «стер-

¹ Звичайно, якщо цей часовий проміжок «затягується» до нескінченності, коли діяння не може зустріти своїх правових наслідків, правове буття «розсіюється», «загасає».

² Детальніше див.: [8, с. 116].

ти» як діяння, так і його наслідки, правовий час незворотній. Незворотність правового часу зумовлена *правлячим* характером правового буття.

Як уже було сказано, правовий час утворює петлю. Вона замикається лише тоді, коли, наступаючи з майбутнього (теперішнього), правові наслідки відповідні скоєному діянню. У зустрічі діяння і «властивих» (*eigentlich* — нім.) йому правових наслідків проявляється *правда* діяння, його сенс, тобто що *воно є насправді*. Оскільки це відбувається в *теперішньому* правовому часі, в теперішньому правовому часі правове буття є як *справжнє*, розкриваючись у момент зустрічі діяння і «його» правових наслідків як правда права: що *було*, що *могло бути*, і що *має здійснитися*. Інакше кажучи, до того, як петля затягнеться, а правове буття здійсниться, ми ніколи не можемо знати, що має бути: адже в діянні іманентно міститься не один правовий наслідок, а цілий *горизонт* таких. Вибір же наслідка, що найбільше відповідає «своєму» скоєному діянню, виводить на світло *правду* того, що відбулося, тобто істину правового буття.

Відповідно до цього експлікація правового часу як кругової екстатичної сучасності дає можливість осмислити основні риси, притаманні правовому буттю як витоку правового модусу буття сущого — буття права. Тим самим здобуто горизонт для подальшої розробки права як чистої динамічної конфігурації сенсу, яка є основою того, що правознавці вже дві з половиною тисячі років говорять те ж саме про одне і те ж. Те ж саме, але не одне і те ж (*Das Selbe, aber nicht das Gleiche* — нім.) (М. Гайдеггер).

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Даль В.* Толковый словарь живого великорусского языка : в 4 т. — М., 1955. — Т. 3 : П–Р.
2. *Майхофер В.* Право и бытие // Российский ежегодник теории права. — 2008. — № 1.
3. *Поляков А. В.* Прощание с классикой, или как возможна коммуникативная теория права // Российский ежегодник теории права. — 2008. — № 1.
4. *Поляков А. В.* Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход. — СПб., 2003.
5. *Рікер П.* Право і справедливість. — К., 2002. — 216 с.
6. *Стовба А. В.* Право естества: в попытках переосмысления естественного права // Российский ежегодник теории права. — 2009. — № 2.
7. *Стовба А. В.* О перемене сущности или «что есть» право в эпоху постметафизики // Правоведение. — 2008. — № 1.
8. *Стовба А. В.* Правовая ситуация как исток бытия права. — Х., 2006. — 176 с.
9. *Хайдеггер М.* Бытие и время. — М., 1997.
10. *Честнов И. Л.* Постклассическое правопонимание. — Краснодар, 2010.
11. *Честнов И. Л.* Диалогическая антропология права как постклассический тип правопонимания: к формированию концепции // Российский ежегодник теории права. — 2008. — № 1.
12. *Kaufmann A.* Preliminary Remarks on a Legal Logic and Ontology of Relations // Law, Interpretation and Reality. — Dordrecht, 1990.

Стовба О. В. Темпоральна онтологія права. Прологомени

Анотація. У статті здійснюється вступ у темпоральну онтологію права. Автор пропонує осмислити право на підставі онтологічного та постонтологічного право-

вого розрізнення із горизонту правового часу. Результатом є локалізація феномена права у часовому розриві між діянням та його правовими наслідками.

Ключові слова: правове буття, буття права, право як суще, правовий час.

Стовба А. В. Темпоральная онтология права. Прологомены

Аннотация. В статье осуществляется введение в проблематику темпоральной онтологии права. Автор предлагает осмыслить право на основании онтологического и постонтологического различий из горизонта правового времени. Результатом является локализация феномена права во временном разрыве между деянием и его правовыми последствиями.

Ключевые слова: правовое бытие, бытие права, право как сущее, правовое время.

Stovba O. The Temporal Ontology of Law. Prolegomena

Summary. The article is an introduction to the temporal ontology of law. Author proposes to think law on such methodological foundations as ontological and postontological differences from the horizon of legal time. As the result of such operation, the phenomenon of law is localized in the temporal gap between legal deed and its legal consequences.

Key words: law being, being of law, legal entity, legal time.

ЗАВДАННЯ ГЕРМЕНЕВТИЧНОЇ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА¹



М. ЗІРК-САДОВСКИ
*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри теорії та філософії права
(Лодзький університет, Польща)*

1. Суб'єктивізм, що почався у сучасній філософії з Р. Декарта і набув зрілої форми у філософії Е. Гуссерля, відділяє анонімний, абстрактний суб'єкт від протилежної категорії — об'єкта. Цей напрям філософії об'єднаний загальною проблемою, хоча в ньому були свої повороти, найважливішим із яких була Кантівська конструкція трансцендентального суб'єкта. Ця загальна ідея — переконання у тому, що суб'єкт — джерело смислу. У працях І. Канта або Е. Гуссерля ми спостерігаємо спроби подолати це протиставлення, але це завжди відбувається через посилення на суб'єктивність. Воно досягає найвищої інтенсивності у природничих науках. У цій галузі думки сфера аналізу є об'єктивною.

Г. Гадамер звертає увагу на три головні вади цього способу мислення: 1) наївність судження, тобто припущення щодо існування чистого викладу фактів; 2) наївність роздумів, тобто віра у свободу думки, яка не обмежується ситуаційними й історичними умовами; 3) наївність поняття, тобто припущення, що значення і слова просто «застосовуються» до реальності. Ці три помилки є причиною відчуження наукової свідомості. Загалом джерелом відчуження є суб'єктивізація сучасної філософії. Для Г. Гадамера ключовою проблемою є питання про те, як уникнути картезіанства, тобто переходу свідомості у знання, протилежне його об'єкту, відділення когнітивного суб'єкта від екзистенціального суб'єкта.

Таким чином, розвідки Г. Гадамера у цьому критичному дослідженні науки можна назвати екзистенціональним аналізом останньої. Він повторює тезу М. Гайдеггера, що розуміння є онтологічною характеристикою існування *Dasein*.

¹ *Marek Zirk-Sadowski*. The Task of the Hermeneutic Philosophy of Law. Переклад з англійської мови Н. Сатохіної.

Розуміння рухається по герменевтичному колу. Усі тлумачення завжди відбуваються у певній герменевтичній ситуації. Це гра між інтерпретатором і текстом у широкому розумінні, хоча учасник цієї гри не вважає себе «простим гравцем». Тлумачення «як гра» означає, що не існує так званого належного розуміння певного тексту. Значення — це не якийсь факт, який можна встановити через повторні спроби, тому що неможливо вийти за межі своєї ситуації, щоб побачити значення цього тексту у чистому вигляді. Існування *Dasein* є *a priori* герменевтично зумовленим, а тому значення є внутрішньо присутнім у тлумаченні, і воно само виступає тлумаченням.

Таким чином, кожний текст має надмірний обсяг значення, і розуміння «не є процедурою імітації, це завжди процедура творення» [1, с. 280]. Тому розуміння тексту, як зазначив В. Дільтей, це не проникнення однієї особи у дух іншої, а скоріше вихід на більш високий рівень загального піднесення не лише над власною, а й чужою конкретністю. Ситуація — це певна позиція, яка обмежує можливість бачення, Г. Гадамер називає таку позицію горизонтом. У традиційній герменевтиці потрібно було вийти з власної позиції й увійти в горизонт епохи, яка є предметом розгляду. Це неможливо та й навіть не потрібно робити, тому що ця традиція — це не об'єкт аналізу, а джерело можливих значень. Той горизонт, що наразі є сучасним для нас, не має закритої форми, це — розвиток, дроблення минулого, тобто поєднання горизонтів, які, вочевидь, існують тільки для самих себе. Це так звана історично обумовлена свідомість («*wirkungsgeschichtliches Bewusstsein*») або свідомість залишення у тій традиції, яка дає нам щось для обговорення, щось, що є активною історією [1, с. 284].

Отже, ми бачимо, що від часів М. Гайдеггера герменевтика є не лише методом, а й також онтологією, спробою описати існування *Dasein*. Дослідження тлумачення дозволяє філософії наголосити на наївності так званого наукового мислення. Виявилось, що основний зв'язок між мовою і світом полягає не в тому факті, що світ є об'єктом мови. Світ наданий нам у мові. А це, як вважає Г. Гадамер, означає, що «перед-поняття» («*pre-concepts*») і «перед-судження» («*pre-judgments*»), що використовуються у цьому тлумаченні, неможливо ліквідувати, тобто не існує антиісторичних значень понять, які визначають власний сенс, як не існує і додаткових лінгвістичних засобів, які ми можемо застосувати до цих понять.

Г. Гадамер часто наголошує на тому, що герменевтика завжди з'являється там, де у повідомленні відчувається щось дивне, де існує незвичність традиції. Герменевтик намагається дати раду цій незвичності. Оскільки у нього, однак, відсутнє так зване адекватне розуміння, він не відкриває в точності закладений раніше смисл, а поновлює зв'язок-комунікацію. Тому можна сказати, що герменевтика має практичні сподівання. Ця комунікація завжди можлива, тому що наше буття складають не наші судження, а наші перед-судження (*pre-judgments*). Тобто *Dasein a priori* обумовлене герменевтично. Герменевтика, таким чином, не є скептицизмом. Вона просто показує, що неможливо здійснити епістемологічну редукцію контакту з традицією, вважаючи її об'єктом аналізу. Інтерпретацію неможливо звести до наукової форми на основі повторення методологічного досвіду, — спроби презентувати її у такій формі є ознаками відчуженої свідомості.

Однак це не значить, що для Г. Гадамера усі проблеми за своєю природою є лінгвістичними. Мова — це лише форма вираження і єдиний спосіб розуміння. Лінгвістичні проблеми у відомому сенсі є вторинними, оскільки вони є лише засобом для досягнення мети. Ця мета полягає в тому, щоб досягнути моменту первісної екзистенціальної ситуації, коли мова «ще» не дана, тобто моменту зустрічі зі світом. Здається, ця проблема є успадкованою від Е. Гуссерля. У «Формальній і трансцендентальній логіці» він розглядає проблему так званого допредикативного досвіду або граничного способу існування (*Granzmodus*) свідомості [2].

Однак для повної реконструкції трансцендентальних припущень правників необхідно проаналізувати правила аргументації і реконструювати засноване на них поняття людини, тому що таке поняття передбачається у правовому аналізі. Це трансцендентальність у сильному, кантівському значенні цього слова. Ми не можемо розглядати трансцендентальні припущення аналітичного методу, який застосовують правники у сфері аксіології. Побудова герменевтичної філософії права, звичайно ж, є філософським завданням. Тому ми лише окреслимо базові проблеми, які присутні у такій філософії права.

2. На відміну від щойно описаних філософських поглядів, походження герменевтики як напряму філософії права не таке ясне. У ній помітні дві течії. Перша походить від німецької традиції і пов'язана з традицією В. Дільтея і, меншою мірою, екзистенціалізмом М. Гайдеггера і Г. Гадамера. Теорія інтерпретації Е. Бетті є хорошим прикладом цієї версії. Однак назва «герменевтика» також дається таким течіям у філософії права, які стосуються неовітгенштейнівської філософської традиції. Інколи тут також буде вживатися назва «аналітична герменевтика». Видатним представником такої філософії права є А. Аарнію.

Що саме поєднує ці дві течії так, що спільна назва «герменевтика» виявляється виправданою? Перш за все, це впевненість, що природна мова є центральною категорією інтерпретації, і це пояснює, чому концепція розуміння посідає ключову позицію у цих двох школах [3–5]. Системи аналізу Г. Гадамера і Л. Вітгенштейна є близькими одна до одної й тоді, коли вони аналізують проблему передумов розуміння. Коли Л. Вітгенштейн говорить, що необхідно мати якесь знання (або бути здатним мати знання) про щось, перш ніж ми запитаємо його назву, він має на увазі проблему, схожу на ті, які згадує Г. Гадамер, розглядаючи питання перед-суджень (*pre-judgements*)¹. Нарешті, типовою рисою обох течій герменевтики є тенденція до визначення інтерпретації як розмови, що ведеться у певному комунікаційному середовищі. Однак в обох течіях герменевтики ця думка знаходить вираження у різних термінах.

Ми можемо сказати, що вирішальними для приналежності до герменевтики є такі чинники: 1) визнання розуміння центральною філософською категорією; 2) розгляд проблеми перед-розуміння (*pre-understanding*); 3) погляд на інтерпретацію як дискусію в межах певної спільноти.

Тепер розглянемо приклади герменевтичних теорій тлумачення права. Далі порівняємо їх з іншими напрямами в теорії інтерпретації у правознавстві. Оскільки герменевтика є одночасно філософією розуміння і тлумачення, ми

¹ А. Аарнію також згадує це у своїй праці «Про так звану герменевтичну течію у фінській юриспруденції» [6].

упереміж вживатимемо термін «герменевтична філософія права» і «герменевтична теорія інтерпретації».

3. Теорія інтерпретації Е. Бетті є подібною до версії герменевтики В. Дільтея. Вона особливо виокремлює конкретні риси методу герменевтичного аналізу, з одночасним припущенням щодо можливості й необхідності побудови загальної теорії інтерпретації та загальної герменевтичної деонтології, яка міститиме формулювання базових правил щодо об'єкта і суб'єкта розуміння. Автор піддає критиці погляди Г. Гадамера, висуваючи контраргумент, фундаментальний з точки зору теорії права, що на їх основі неможливо отримати критерії правильності розуміння [3, с. 41].

Настанова загальної теорії інтерпретації, яку Е. Бетті називає каноном актуальності розуміння, є близькою до психології В. Дільтея. Згідно з цим правилом тлумач має реконструювати у собі «процес творення» і «ще раз відчутти» минуле у теперішній час. Це є своєрідною спробою компромісу між імітативною концепцією інтерпретації і тезою про те, що тлумачення є виключно актом творчості з боку того, хто здійснює інтерпретацію.

Аналіз усіх канонів інтерпретації, запропонованих Е. Бетті, призводить до висновку, що цей тип герменевтики можна звести до таких теорій інтерпретації, які наголошують на ролі оцінки у процесі інтерпретування [3, с. 19]. Тоді, незважаючи на різні філософські декларації, цей тип герменевтичної теорії виконує ту ж саму функцію у правознавстві, що й певні типи негерменевтичних теорій інтерпретації: вона розробляє концепцію мови, засновану на протиставленні суб'єкта й об'єкта.

А. Аарніо формулює теорію інтерпретації на основі концепцій та ідей «Філософських досліджень» Л. Вітгенштейна. Через концепцію мовної гри А. Аарніо намагається встановити взаємозалежність між мовою, мисленням і реальністю за допомогою конструктів Л. Вітгенштейна «картина світу» і «форма життя».

Кожна мовна гра заснована на «картині світу» гравців. Картина світу не є правильною *per se*¹. Це тло зацікавлення, яке дозволяє нам відрізнити істину від хиби. Заяви, які стосуються картини світу, відіграють роль, схожу на правила будь-якої гри. Однак картина світу не є постійною, а тому не може стати об'єктом тверджень. Та форма життя, яка не може бути виражена у твердженнях, є основою такої картини світу. Тому заключний елемент аргументації не вимагає релятивізації або обов'язкової для усіх основи, а полягає в діяльності: оскільки я можу діяти певним чином у певних ситуаціях, я належу до певної форми життя. Якщо так, то належність до певної форми життя є попереднім припущенням, яке дає можливість брати участь у мовній грі.

Акт переходу з однієї форми життя до іншої не може бути об'єктом раціональної аргументації. Це проблема, що пов'язана з реальною приналежністю до цієї форми життя.

Як вважає А. Аарніо, догматична правова аргументація складається із низки мовних ігор, які утворюють одне сімейство значення. Поняття, які утворюють сімейства значень, мають такі характерні риси²: не існує набору характеристик,

¹ З лат.: «сама по собі», «по суті». — Прим. перекладача.

² Це було доведено Й. Вроблевські в огляді праці Е. Бетті, надрукованому в журналі «*Studia Prawno-Ekonomiczne*», 1973. — XI.

спільних для усіх об'єктів, названих у таких поняттях і властивих лише їм; діапазоном такого поняття є певна кількість окремих підкласів об'єктів, і кожен з них має деякі риси, спільні з рисами певних інших підкласів у межах обсягу цього поняття; і не існує лінії поділу, яка відділяє те, що названо цими поняттями, від решти об'єктів.

Інтерпретаційне твердження набуває значення як частина мовної гри. Запитання про те, коли інтерпретаційне твердження є визнаним і обґрунтованим, залежить від інтерпретаційної спільноти, в якій існує домовленість про критерії його валідності. Ця згода не є наслідком соціальної конвенції, це результат або симптом певної форми життя.

4. Тепер порівняємо згадані вище концепції герменевтичних теорій з так званими раціоналістичними теоріями інтерпретації. Виокремимо серед раціоналістичних теорій інтерпретації ті течії, які приймають конструкцію раціонального законодавця як свідоме і несвідоме припущення. Вони припускають, що, незалежно від типу інтерпретації, тлумач завжди має на увазі, що знання і прихильності законодавця відповідають певним вимогам, зумовлюються правилом раціональності. Варто зазначити, що це тільки формальна умова, яка нерідко доповнюється ще одним формальним поняттям — поняттям ідеального законодавця. Отже, тут не вирішується, якими є уподобання законодавця, тобто яких саме цінностей той зрештою дотримується. Тому допускається застосування різних інтерпретаційних директив у ситуації, коли інтерпретатори приписують законодавцю різні прихильності. Група інтерпретаційних директив, які реалізують певні цінності, називається нормативною теорією інтерпретації¹. Відповідно до нормативної теорії інтерпретації, на якій наголошує інтерпретатор у своїй аргументації, він бере або не бере до уваги цінності, що їх сприймає реальний законодавець.

У межах системи раціоналістичних теорій інтерпретації існують дві основні позиції. Одна стосується характеру припущення раціонального законодавця. Ми можемо розрізнити тут дві точки зору. Згідно з першою — це ідеалізоване припущення, хоча його й неможливо відхилити [8, с. 139]. Прихильники другої точки зору стверджують, що якщо воно не спростовується в процесі інтерпретації, його слід визнати тільки як контрфактуальне припущення [7, с. 38]. Сприйняття одного з цих двох тверджень змінює характеристику так званої структури смислових зв'язків компетенції, тому це є вкрай важливим питанням, коли йдеться про наукову природу цієї галузі знань.

Інше дискусійне питання стосується кінцевої мети інтерпретації, тобто похідний підхід тут протиставляється підходу роз'яснювальному [9, с. 116]. Згідно з похідним підходом інтерпретація — це особлива реконструкція висловів, визначених як правові норми, з лінгвістичних формацій, які є частинами нормативних актів. Якщо так, то мета інтерпретації полягає в декодуванні норми права у її повному вигляді². У роз'яснювальному підході інтерпретація

¹ Л. Новак першим у нашій літературі описав цю конструкцію та конструкцію ідеального законодавця, див. його працю «Правова інтерпретація» [7].

² Цю диференціацію запропонував Ф. Студніцкі у своїй праці «Вступ до правової інформатики» [10].

обмежується виключно поясненням змісту норм відповідно до принципу «*interpretatio cessat in claris*»¹ [11].

Наступна класифікація раціоналістичних традицій інтерпретації може слугувати коротким узагальненням того, що ми вже сказали про ці теорії:

	Ідеалізуюча	Контрфактуальна
Похідна	X	X
Роз'яснювальна	X	X

Аналіз наслідків обрання одного з цих чотирьох типів раціоналістичної теорії інтерпретації є неможливим через лімітований обсяг статті, тому обмежимося лише цією типологією. Необхідно також додати, що раціоналістичні теорії інтерпретації домінують у сучасній польській теорії права.

5. Аналізуючи взаємозв'язки між герменевтичними й раціоналістичними течіями теорії інтерпретації, ми можемо бачити суттєві відмінності між ними через порівняння їх ставлення до проблеми раціональності [8, с. 114]. У раціоналістичних теоріях інтерпретації аналіз припиняється, коли виконано вимоги щодо внутрішньої раціональності [8, с. 229–230]. У них ставиться запитання, чи виправдана інтерпретація, і якщо так, то до якої міри, передумовами, прийнятими судом при інтерпретуванні, і правилами логіки, яких він дотримується. Крім цього, тут запитується, чи виправдані ці передумови у світлі знання, яким володіє суд, і прийнятих норм та оцінок. Йдеться також про реконструкцію імпліцитно присутніх елементів обґрунтування рішення. У раціоналістичних теоріях інтерпретації основна увага приділяється контексту обґрунтування. Вони природно пов'язані з різними версіями теорії аргументації.

На відміну від них, герменевтичні теорії інтерпретації звернені переважно до зовнішньої раціональності, шукаючи передумови юридичного розуміння. Так чи інакше, але можна стверджувати, що будь-яка філософія права ставить питання про зовнішню раціональність, однак особливу рису герменевтичної думки можна виразити у такий спосіб: даючи відповідь на запитання про передумови розуміння, герменевтика особливо наголошує на ролі дихотомії «суб'єкт — об'єкт» у відчуженні свідомості. Існування так званого герменевтичного кола тут виступає джерелом тези щодо сутнісної єдності усіх форм мислення (у тому числі того, що ми називаємо екзистенціальною і науковою свідомістю).

Ставлячи запитання щодо передумов наукового мислення, герменевтика прагне знайти джерело його відчуження у неправильній концепції розуміння. Однак здається, що герменевтика, включаючи її юридичні версії, повинна сплатити певну ціну за те питання, на яке вона намагається знайти відповідь. Перш за все, вона «драматизує» проблему розуміння. Почавши з простого запитання про відповідність інтерпретації і тексту, вона перейшла до проблеми трансцендентальних умов розуміння. Це ускладнило саме поняття розуміння і, як наслідок, розмитим стало протиставлення понять розуміння і пояснення (В. Дільтей). На сьогодні може скластися враження, що герменевтика аналізує відмінність між розумінням і сприйняттям, в якому можна краще пояснити розуміння, у той

¹ З лат.: «інтерпретація зупиняється, коли текст зрозумілий». — Прим. перекладача.

час як ця пара концептів зводиться до протиставлення «наука — герменевтика» [12, с. 50]. Можна навіть сказати, що герменевтика входить до критики науки. Намагаючись вийти за межі мови, ставлячи питання про трансцендентальні умови розуміння, ми ризикуємо ліквідувати лінію поділу між герменевтикою і такими дисциплінами, як психотерапія. Герменевтичні ідеї дедалі частіше виражаються метафорично.

Так, хоча критичні аспекти герменевтики містять такі важливі якості, як можливість ставити нові запитання, однак її позитивна програма і її здатність аналізувати перед-припущення (*pre-assumptions*) «як такі» викликають сумніви. Слід пам'ятати, що проблема передумов розуміння не вважається проблемою генези розуміння. Ця проблема виникає в контексті проблеми людської особистості або *Dasein*; тому і відповідь також стосується тієї ж сфери. Відповідь на запитання про передумови розуміння, таким чином, є формою становлення свідомості, «її висвітлення». Тут можна запитати про існування обмежень на вербалізацію такого розуміння стану свідомості. Ці міркування також стосуються й герменевтики права. Здається, що проблема, яку вона розглядає, має обмежуватися критичною деміфологізацією розуміння права.

6. Чому ця критика з боку герменевтики є суттєвою для теорії права? Фактично, у працях М. Гайдеггера і Г. Гадамера вже виникає одне ключове запитання: як можна примирити світ щоденного досвіду людини зі світом наукової об'єктивності та наукового впливу? Г. Гадамер робить спробу довести, що антропологічне зведення науки до світу щоденного досвіду можливе шляхом демістифікації науково-методологічної самосвідомості. Мета цих міркувань полягає не в ліквідації проблеми пізнання, а в тому, щоб довести, що наукове мислення має структурну схожість з іншими формами мислення. Таким чином, цю структуру можна встановити за допомогою герменевтичної онтології. Перший етап — це критика суб'єктивізму та заперечення існування абсолютних тверджень, об'єктивуючих міркування і поняття, які віддзеркалюють екстралінгвістичну реальність. Проблема зв'язку між щоденним досвідом людини і світом наукової об'єктивності є суттєвою проблемою правознавства, якщо ця наука бажає вплинути на юридичну практику і, через неї, на соціальну реальність.

Це запитання, звичайно, можна вважати частиною більш загальної проблеми — напруги між наукою і філософією, але тоді ця проблема може бути зведена до взаємозв'язку теорії та соціальної реальності. Однак насправді це ширша проблема; вона стосується самосвідомості правника, тобто його способу аналізу власної правової свідомості. У цій статті ми не можемо деталізувати питання правової свідомості. Але це сукупність знань про право, оцінок у праві та комплексу сталих поглядів і переконань стосовно відповідної правової поведінки.

У зв'язку з конструкцією оціночного судження, що використовується тут, ми зацікавлені в двох останніх складових правової свідомості.

Так, герменевтика не критикує конкретні види юридичної діяльності, а лише дає інформацію про обсяг розуміння, визначений тим, що Г. Гадамер називає горизонтом розуміння (*horizon of preconceptions*). У цей спосіб вона має на меті реконструкцію прямої комунікації у правовому дискурсі. Герменевтика, при такому її розумінні, буде також інструментом повернення «відчуття» соціального світу до правового дискурсу. Реконструкція діалогу з реальністю через

демістифікацію мислення є особливо важливою при інтерпретації оціночних суджень юридичної мови, аксіологічні заходи до збереження якої зазнають суттєвого впливу ідеології, особливо ідеології судового правозастосування [13, с. 182 і далі]. У цій статті ми не пропонуємо точнішого визначення ідеології. Досить розглянути ідеологію як систему презентації (Л. Альюссер) засобами зображень, міфів, ідей або концептів історичного існування. Ця система відіграє також певну історичну роль у суспільстві. Ідеологія як система презентації відрізняється від науки тим, що практико-соціальна функція в ній домінує над теоретичною або когнітивною функцією.

7. Герменевтика аналізує право та оціночні судження у ньому. Це складає її гуманістичний об'єкт стосовно певних значень. Оскільки герменевтика ставить запитання стосовно найбільш фундаментальних припущень, на основі яких стає можливим розуміння, можна визначити конкретні герменевтичні завдання щодо аналізу права. Чи існує загальне для всіх правових дисциплін концептуальне уявлення про людину? Як воно співвідноситься з тими уявленнями про людину, якими ми оперуємо в науці і філософії? Для відповіді на ці запитання необхідно змінити критерій раціональності, яким зазвичай керуються правники, тобто критерій внутрішньої раціональності. У сфері аксіології це означає, що неможливо ставити запитання про первинні цінності, прийняті у системі права. Ми припускаємо, що ці цінності дані нам від самого початку. Досліджуючи систему цінностей з точки зору зовнішньої раціональності, ми ставимо запитання стосовно первинних цінностей, тобто намагаємося встановити критерії, на основі яких здійснюється вибір визначеної системи цінностей. Звичайно, це завжди пов'язано з формулюванням метасистемних тверджень.

Право — це гуманістичний об'єкт, а тому твердження герменевтики повинні містити бачення людини, що відповідає тому, яке запропоноване правом. Завданням такого аналізу права і юридичної інтерпретації є виокремлення категорій світогляду правника, однак вони зазвичай не виражаються явно. Зміст норм права — це лише символи певних екзистенціальних проблем, «вирішених» законодавцем. За М. Гайдеггером, під існуванням, якщо виразити це поняття формально, ми розуміємо такий спосіб життя, сутність якого полягає у рефлексивному зверненні погляду на себе; «буття, яке існує» означає «буття, звернене» до свого власного «є». Екзистенціальні проблеми, шлях їх вирішення, як символи філософських поглядів, знову ж таки, знаходять своє відображення у законі, створеному законодавцем. Аналіз цих символів, вірогідно, призведе до певної практичної філософії, яка створюється у зв'язку з тим, що законодавець повинен вирішити суспільні проблеми.

Аналіз таких правових інститутів, об'єкт яких пов'язаний із дуже складними екзистенціальними проблемами, може виявитися особливо плідним. Вдалими прикладами цього можуть бути авторське право, яке стосується проблеми творчого характеру людської діяльності, особисті права тощо.

Герменевтична теорія правової інтерпретації породжує також низку епістемологічних проблем. Основна проблема пов'язана з припущенням, що герменевтичний аналіз, можливо, виявить певні концепції людини в різних галузях права. Реконструювати концепцію людини, спільну для права в цілому, може бути складним завданням. Інша проблема пов'язана з відношенням

самого права до втіленого у ньому образі людини. Аналіз правових норм і судових рішень показав, що законодавець і правники намагаються представити цю концепцію як найкращу і єдину. Такі переконливі спроби мають за мету забезпечити впевненість у праві і справедливості та об'єктивності рішень, ухвалених на їх основі. Припущення щодо ідеального законодавця, обов'язкове у певних типах правової аргументації, є ще одним джерелом такого підходу. У цій ситуації ми можемо сказати, що правова концепція людини часто відіграє роль соціального міфу через своє місце у правовій аргументації. Крім того, ця концепція може включати проблеми, які у філософії підпадають під поняття «хибна свідомість».

У філософії першим визначив цей феномен Ф. Бекон, а в нашу епоху це зробили також Ф. Ніцше і З. Фрейд.

Для Ф. Ніцше це процедура приховування біологічної сфери слабкими особистостями, позбавленими волі до влади, або ж скоріше тими, у кого воля до влади послаблена. І, нарешті, З. Фрейд формулює фальшування свідомості як процес приховування сфери лібідо як джерела людської діяльності. У цей спосіб відбувається посилення на біологічний або статевий фон цього символу. Таке явище можна також пояснити маскуванням нашої волі до влади. Слід однак зауважити, що жоден зі згаданих тут філософів не схиляється до скептицизму під впливом міркувань такого типу. Вони лише виявляють тривіальність певних методів аналізу свідомості і, зокрема, існуючих аксіологічних проблем. Ці філософи зазначають, що недостатньо обмежитися виключно прямими смислами, які містяться у свідомості. Таким чином, вони виступають проти тенденцій, присутніх у позитивістській філософії.

У зв'язку з цим перед герменевтикою постає додаткове завдання. Вона не може обмежитися лише тлумаченням символів; герменевтика повинна зрозуміти і пояснити весь шлях містифікації, яку здійснює свідомість, приховуючи символ, який є об'єктом інтерпретації. Відповідно, визначеність свідомості в аксіологічній сфері не обов'язково є доказом примусового визнання системи цінностей, а це також призводить до вкрай важливого висновку. З точки зору зовнішньої раціональності аксіологія виявляється «завданням герменевтики», а не тільки її об'єктом. Аналіз символу не може бути лише типом аналітичної діяльності, а й повинен бути діяльністю із синтезування або, за термінологією Е. Гуссерля, «конституювання».

8. Завдання цієї статті полягало у тому, щоб презентувати історію та сучасну форму герменевтики. Ми окреслили дві течії в її розвитку. Одна з них пов'язана з прізвищами Ф. Шляєрмахера і В. Дільгея. У цій формі герменевтика була загальною теорією інтерпретації. Друга течія з'явилася разом із поворотом у філософії, зробленим М. Гайдеггером. Після нього герменевтика стала онтологією, аналізом способу існування *Dasein*. Г. Гадамер, послідовник цієї точки зору, розширив екзистенціальну складову герменевтики аналізом відчуженої свідомості і, передовсім, наукової свідомості. Причиною відчуження є протиставлення суб'єкта й об'єкта, розвинуте у сучасній філософії, та ідеал стороннього (неупередженого) спостерігача, який знайшов найбільш яскраве вираження у науковому мисленні.

Юридична герменевтика теж посилається на цю філософську традицію, і, крім цього, вона пов'язана з неовітгенштейнівською теорією (аналітичною герме-

невтикою). Рисами, спільними для обох цих течій, є передовсім визнання розуміння центральною категорією філософії та аналіз комунікації. Ми виступаємо проти застосування так званих раціоналістичних теорій інтерпретації до герменевтики; останні в аналізі інтерпретації використовують концепт раціонального законодавця. Ми виокремили чотири типи раціоналістичних теорій інтерпретації. Порівняння цих теорій інтерпретації з герменевтикою показало, що основна відмінність полягає у використанні різних концептів раціональності.

Ми також стверджуємо стосовно критичних аспектів герменевтики, що її здатності ставити первинні запитання слід дати високу оцінку. Але у правовій теорії її позитивістська програма викликає сумніви. Тому ми пропонуємо зосередити герменевтичний аналіз на деміфологізації юридичного розуміння і виявленні аксіологічної концепції людини, що міститься у праві. Сформульована таким чином аксіологія виявляється завданням «герменевтики», а не лише її об'єктом.

9. З виникненням сучасних держав на основі бюрократичної моделі апарату державного управління зазнала змін модель раціональності, яка раніше була обов'язковою для правників. Відправлення правосуддя стало елементом апарату врядування на основі моделі технічної раціональності. В міру того, як традиційні суспільства почали модернізуватися, їх зростаюча складність викликала необхідність вирішити проблеми контролю.

Мав змінитися також і спосіб поширення культурних ідей, частиною яких є правові норми. Традиційної взаємодії норм права і норм приватної моралі стало недосить, тому що зміна правових норм має відповідати змінам проблем суспільного контролю. Саме правові норми є базовим інструментом вирішення проблем контролю з боку державного апарату. Є закони, які мало взаємодіють з інституційними рамками; закон діє у сферах суспільного життя, які зазнають тиску з боку державної влади. Це абстрактне право у тому сенсі, що воно відрізняється від моральних норм і ґрунтується на принципах бюрократичної моделі адміністрування. Однак навіть якщо наші дії зумовлені інституційними рамками, вони підлягають нормативному контролю у зв'язку з необхідністю відповідати певним дозволенным нормам поведінки. Вони підпорядковані технічним системам відповідно до моделі технічних дій, і їх слід розуміти як реакцію пристосування до змін у навколишньому середовищі.

Цю зміну права можна проілюструвати витісненням цивільно-правових відносин з адміністративно-правових. Цей факт є тим явищем, яке можна зустріти на сьогодні в усіх правових системах. Це типовий приклад заміни інституційних елементів права на технічні системи. Цивільно-правові відносини характеризуються, зокрема, рівністю суб'єктів цих відносин та відсутністю підпорядкованості, яка є наслідком владних відносин. Отже, конфлікт у стосунках між суб'єктами цивільного права має вирішуватися на основі герменевтики. Рівність суб'єктів у цьому випадку означає, що вони можуть висувати претензії один до одного шляхом їх обговорення, без застосування насильства. Тому тут йдеться не про технічну ефективність, а про санкціоновані суспільством очікування щодо певної поведінки. Сутність цивільно-правових відносин, яка полягає в рівності їх суб'єктів, встановлює норму, що дискусія, яка відбувається на такому тлі, має бути вільною від насильства, отже, має відповідати припущенню щодо ідеальної комунікативної ситуації.

В адміністративному праві відносини базуються на підпорядкуванні сторін. Про це свідчить той факт, що ці сторони права мають на меті реалізацію своїх цілей у певних обмежених умовах. В основі цього процесу лежать технічні правила, що походять з емпіричних знань. Адаптація системи до зміни умов у середовищі є критерієм раціональності.

Спроби адміністративного регулювання сфер, які були традиційно предметом цивільного права, є безпосередньою ознакою правових інститутів, заснованих на моделі цілераціональної дії. Джерелом цінностей більше не виступає правова аудиторія, їх формулювання відбувається у вільній та не обмеженій насильством дискусії. На зміну герменевтиці приходять системи, що засновані на технічній раціональності. Це означає, що законодавство починає виконувати функцію зовнішнього суспільного імпульсу. Це більше не елемент непрямого контролю, заснований на глобалізації норм.

Судова практика та теорія права становлять на сьогодні один із базових чинників моделювання нового образу права. Переважно це так тому, що теорія права втратила свою критичну функцію і стала головним захисником технічної моделі соціальних дій. Теорія права ефективно приховувала від юристів той факт, що переваги технічної раціональності не є природною необхідністю, а рішенням, також винесеним на основі певних аксіологічних припущень. Владні відносини щодо політичного управління не зазнали суттєвих змін, але вони пов'язані з об'єктивними потребами технічного апарату, і тому приймають на себе функцію обговорення форми технічного керування.

10. Як зазначав Р. Алексі, правовий дискурс є надбудовою практичного дискурсу [14]. Останній зумовлений припущенням ідеальної комунікативної ситуації. Так, у процесі дискурсу припускається, що всі учасники дискурсу можуть заявляти свої інтереси і висувати аргументи на підтвердження своєї правоти. Оскільки суть змісту аргументу полягає у посиланні певного інтересу на первинний стандарт, ми можемо припустити, що аргументація може тривати до досягнення консенсусу. Аргументація стосується загального характеру певних інтересів і змісту норм, що регулюють реалізацію цих потреб та інтересів.

Жодна аксіоматично нейтральна наукова теорія не може дати відповіді на запитання, чому нам слід вести дискусію без застосування насильства чи обмеження свободи її учасників. Це включає дотримання певної етики дискусії. Такі умови, як свобода слова або обов'язок дати відповідь на наведені аргументи, походять із певної системи етики. Звичайно, це не єдині умови комунікації, наприклад, є також заборона формулювати суперечливі твердження з праксеологічних підстав або повторно наводити аргументи за відсутності особливих підстав для цього. Проте ці етичні умови у певному сенсі є базовими: без них дискурс є абсолютно недоцільним. У нашій культурі свобода слова є такою основоположною вимогою. Раціональність комунікативної дії, таким чином, є складним комплексом цінностей, де провідну роль відіграють етичні міркування.

Оскільки правовий дискурс є частиною практичного дискурсу, у праві етичний концепт людини є складовою правової моделі раціональності. У праві ми легко можемо бачити, як часто критерії герменевтичної раціональності приносяться у жертву задля критеріїв раціональності, характерних для інструментальної дії.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Gadamer G.* Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. — Tübingen, 1960.
2. *Husserl E.* Formale und transzendente Logik // Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung. — vol. X (1929); Formal and Transcendental Logic, [1929], trans. Cairns D. — The Hague : Nijhoff, 1969.
3. *Betti E.* Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften. — Tübingen, 1972.
4. *Aarnio A.* On Legal Reasoning. — Turku, 1977.
5. *Apel K.-O.* Wittgenstein und Heidegger // Philosophisches Jahrbuch. — 1967. — No 75. — P. 56–94.
6. *Aarnio A.* On so-called hermeneutical trend in Finnish Legal Theory // Legal point of view. — Helsinki, 1978.
7. *Nowak L.* Interpretacja prawnicza. — Warszawa, 1973.
8. *Wróblewski J.* Sądowe stosowanie prawa. — Warszawa, 1972.
9. *Gizbert-Studnicki T.* Wieloznaczność leksykalna w interpretacji prawniczej. — Kraków, 1979.
10. *Studnicki F.* Wprowadzenie do informatyki prawniczej. — Warszawa, 1978.
11. *Zieliński M.* Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego. — Poznań, 1972.
12. *Albert H.* Kritische Vernunft und menschliche Praxis. — Stuttgart, 1977.
13. *Lang W.* Teoria prawa. — Toruń, 1972.
14. *Alexy R.* Theory der juristischen Argumentation. — Frankfurt a.M., 1978.

Зірк-Садовскі М. Завдання герменевтичної філософії права

Анотація. Мета цієї статті — показати історичну та сучасну форми герменевтики. Так, розуміння тексту, як стверджує В. Дільтей, не означає проникнення однієї людини в дух іншої, а скоріше вихід на більш високий рівень загального піднесення не тільки над власною, а й чужою конкретністю. Будь-яку ситуацію можна вважати певною позицією, яка обмежує можливості бачення. Г. Гадамер називає це обмеження горизонтом. Тому ми можемо сказати, що належність до герменевтичного напрямку визначається такими чинниками: 1) визнання розуміння центральною філософською категорією; 2) аналіз проблеми перед-розуміння (*pre-understanding*); 3) погляд на інтерпретацію як дискусію в межах певної спільноти. Чому ця критика з боку герменевтики є суттєвою для теорії права? Фактично, уже в роздумах М. Гайдеггера і Г. Гадамера з'являється одне вкрай важливе запитання: як можна примирити світ щоденного досвіду людини зі світом наукової об'єктивності та наукового впливу? Г. Гадамер робить спробу довести, що антропологічне зведення науки до світу щоденного досвіду можливе шляхом демістифікації науково-методологічної самосвідомості. Теорія права, яка є науковою і аксіоматично нейтральною, нездатна дати відповіді на запитання, чому саме нам слід вести дискусію без насильства чи без обмеження свободи її учасників.

Ключові слова: перед-розуміння, спільнота, існування, онтологія, традиція, мова, правова інтерпретація, дискурс права.

Зірк-Садовски М. Задача герменевтической философии права

Аннотация. Цель этой статьи — показать историческую и современную формы герменевтики. Так, понимание текста, как утверждает В. Дильтей, не означает проникновение одного человека в дух другого, а скорее выход на более высокий уровень общего подъема не только над собственной, но и чужой конкретностью. Любую ситуацию можно считать определенной позицией, которая ограничивает возможности видения. Г. Гадамер называет это ограничение горизонтом.

Поэтому мы можем сказать, что принадлежность к герменевтическому направлению определяется следующими факторами: 1) признание понимания центральной философской категорией, 2) анализ проблемы пред-понимания; 3) взгляд на интерпретацию как дискуссию в рамках определенного сообщества. Почему эта критика со стороны герменевтики является существенной для теории права? Фактически, уже в размышлениях М. Хайдеггера и Г. Гадамера появляется один крайне важный вопрос: как можно примирить мир повседневного опыта человека с миром научной объективности и научного влияния? Г. Гадамер пытается доказать, что антропологическое сведение науки к миру повседневного опыта возможно путем демистификации научно-методологического самосознания. Теория права, которая является научной и аксиоматически нейтральной, способна дать ответы на вопрос, почему нам следует вести дискуссию без насилия или без ограничения свободы ее участников.

Ключевые слова: пред-понимание, сообщество, существование, онтология, традиция, язык, правовая интерпретация, дискурс права.

Zirk-Sadowski M. The Task of the Hermeneutic Philosophy of Law

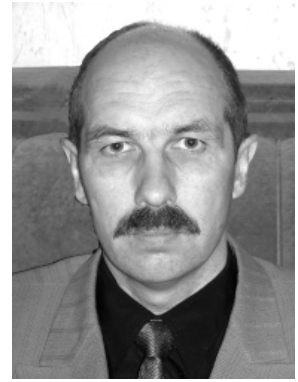
Summary. The aim of the paper is to present the historical and the modern form of hermeneutic. As W. Dilthey stated, the understanding of the text is not entering of one individual into the spirit of the other, but rather a rising to a higher level of general overcoming not only one's own but also someone else's particularity. Any situation can be considered as a certain position limiting the possibility of vision. H. Gadamer calls this limitation a horizon. So we may say that the following factors decide about the attachment to hermeneutic trend: 1) the recognition of understanding as the central philosophical category; 2) the analysis of the problem of pre-understanding; 3) the interpretation is regarded as discussion within a certain community. Why is this hermeneutical criticism of essential for the theory of law? As the matter of fact, in Heidegger's and Gadamer's considerations one crucial question appears: How to reconcile the world of everyday experience of an individual with the world of scientific objectiveness and scientific authority? H. Gadamer tries to prove that an anthropological reduction of science to the world of everyday experience is possible through the demystification of the scientific methodological self-consciousness. The theory of law which is scientific and axiomatically neutral is not able to give answers to such questions as: «Why should we built discussion without resorting to violence or without restraining the freedom of participants?».

Key words: pre-understanding, community, existence, ontology, tradition, language, legal interpretation, legal discourse.

МЕТОДОЛОГІЯ ІСТОРИКО-ПРАВОВОЇ НАУКИ В СИТУАЦІЇ ПОСТКЛАСИКИ

І. ЧЕСТНОВ

*доктор юридичних наук,
професор кафедри
державно-правових дисциплін
(Санкт-Петербурзький
юридичний інститут (філія)
Академії Генеральної прокуратури
Російської Федерації),
заслужений юрист Російської Федерації*



М. ІВІНА

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри державно-правових дисциплін
(Російський державний педагогічний
університет ім. О. І. Герцена)*

Стан методології історико-правової науки визначається змінами, що відбуваються у сучасному (постсучасному) соціогуманітарному знанні. Очевидно, що історія права, зберігаючи свою відносну самостійність серед інших наук, не може не відчувати на собі вплив тих трансформацій, які відбуваються у філософії, юриспруденції та історії. Загальний вектор цих змін може бути позначений як перехід науки від класичної до посткласичної епістемології (або, за термінологією В. Стьопіна, постнекласичної) [1–4].

Це і спонукало істориків (і, меншою мірою, істориків права) до вироблення нових методологічних підходів до опису минулого. З деякими застереженнями, вони на сьогодні утворюють методологію «посткласичної історичної науки», яка не може не визначати методологію історико-правової науки. Ці методологічні підходи, в свою чергу, були підготовлені лінгвістичними, прагматичними й антропологічними «поворотами», що визначили стан гуманітарного знання другої половини ХХ ст. Тому змістом сучасної посткласичної історико-правової науки є культурологічна її складова, що припускає акцент не на великих подіях і законодавстві (яке, як відомо на прикладі законів Хаммурапі, не завжди спів-

© І. Честнов, М. Івіна, 2012

падало з реальним правопорядком епохи), а на людині, яка соціалізована у цій культурі, яка конструює правові інститути й реалізує їх у своїх практиках і правосвідомості. На вивчення людини і її ментальності, що створює і відтворює правову реальність, спрямовані такі методології або науково-дослідні програми, як історія ментальностей, мікроісторія, історичний дискурс-аналіз, *case-study*, лінгвістична історія та історія понять, герменевтична історія, історична антропологія, діалогіка, а також такий міждисциплінарний напрям, як *memory studies*, що досліджує соціальну пам'ять минулого [5–6]. Ці методологічні напрями, що дотичні між собою, активно розробляються і застосовуються до вивчення минулого як у зарубіжній історичній науці, так і у вітчизняній. У той же час вони досить бідно представлені в російській історико-правовій науці [7–11]. Проте вважаємо, що саме ці напрями стануть визначальними у ХХІ ст.

Важливу роль у формуванні сучасної (постсучасної) методології історико-правової науки відіграв постструктуралізм. Намагаючись звільнитися від тотальної влади абсолютного логосу — центру — прихильники цього напрямку (з якого, багато в чому, виріс постмодернізм) займаються переважно деконструкцією, викриттям віри в існування трансцендентного начала — упорядковуючого й управляючого центру. Однак постструктуралізм (можливо, імпліцитно) містить і деякі «позитивні» моменти. До таких слід віднести запропоновану ним діалогічну природу тексту. Діалогічність тексту, на думку постструктуралістів, полягає у взаємозумовленості автора, одержувача тексту (або персонажа), читача і письма, утвореного культурним контекстом. Тим самим текст розглядається як переплетення безлічі різномірних кодів, дискурсів. Він набуває діахронічної глибини, яка недоступна структуралістському аналізу, виступає пам'яттю кодів культури і є принципово відкритим, безмежним і постійно оновлюваним простором, оскільки припускає додавання нових елементів і переструктурування старих. Все це передбачає варіативність і множинність прочитань (інтерпретацій) тексту.

Викладене вище має безпосереднє відношення до аналізу права й історії права, включаючи історію вчень про право, що розуміються як текст. Метод деконструкції передбачає співвіднесення наміру автора правового тексту (його індивідуальний «голос») з кодом (кодами) культури, який виступає синхронним та діахронним контекстом та багато в чому обумовлює намір автора і «голос» читача, тобто спосіб його прочитання. Особливу важливість у сучасних умовах представляє виявлення запозичень чужої, переважно західної, правової культури (інститутів, норм тощо) і її переломлення (аккультурацію) у правовій культурі реципієнта. Таким чином актуалізується антропологічна науково-дослідницька програма.

Отже, постструктуралізм актуалізував потребу в пошуку нових або перегляді тих, що вже склалися, методологічних напрямів. Серед них найбільш перспективними є історія ментальностей, мікроісторія, герменевтика, лінгвістична історія, дискурс-аналіз, історична антропологія і діалогічна методологія. Всі вони, тією чи тією мірою, орієнтовані на «повернення» людини в історико-юридичну науку й уособлюють так званий антропологічний «поворот» в історіографії.

Історія ментальностей розробляється насамперед «Новою історичною наукою», що склалася у Франції. Безперечною заслугою школи «Анналів» є

спроба розглянути історію в тотальному уявленні, тобто охопити максимально можливу кількість аспектів (сфер) минулого. Заперечуючи вульгарно-економічний детермінізм, продовжувачі справи М. Блока і Л. Февра головну увагу приділяють вивченню ментальностей, стверджуючи, тим самим, культурологічний детермінізм. Дійсно, багато стереотипів, зразків поведінки людини, наприклад, європейського середньовіччя, неможливо вивести з економіки. Набагато перспективніше вивчення символічних форм, обрядів, вірувань, дозволяють проникнути в духовний світ тієї епохи і виявити пануючу мотивацію тих чи тих дій (наприклад, переховування скарбів, очікування дива від королів або вивчення глосаторами римського права, яке не діяло в XII ст.). Саме такий підхід найбільш адекватний відтворенню «живого права». У цьому річищі, наприклад, працює один із найвідоміших західних істориків права Г. Дж. Берман. Так, на його думку, західна традиція права сформувалася аж ніяк не в Античності, як продовжують вважати більшість сучасних істориків, а в епоху пізнього Середньовіччя — у XI–XII ст. При цьому головну роль тут відіграли християнські цінності (догмати, наприклад, Страшного суду і чистилища, покаєння тощо), які в цей час стають юридичними метафорами, а дещо пізніше — основоположними принципами західної правової системи [12–13].

Безсумнівні заслуги школи «Анналів» можна перераховувати довго. Однак у цього напрямку виявилися досить серйозні проблеми, які змушують багатьох сучасних дослідників (та й самих прихильників цієї течії) констатувати кризу в їх середовищі [14–15].

Серед них можна виокремити такі. По-перше, це відсутність задовільної характеристики ментальності. Остання надзвичайно складно вимірюється та ідентифікується. Загалом сучасні історики представляють її як аморфний, еклектичний набір ідей епохи. При цьому питання репрезентативності тих чи тих авторів (і текстів) залишається відкритим. Згадаймо думку Д. Ла Капри, який вважав, що значущий текст ніколи не є простим віддзеркаленням пануючого дискурсу, а завжди кидає йому виклик [16, с. 49]. Звідси ж виникає проблема цілісності ментальності. П. Берк справедливо запитує, чи доречно говорити, наприклад, про «менталітет середньовічного француза»? Якщо навіть зменшити масштаб узагальнення і вести мову не про націю, а про клас або групу, проблема, разом з тим, відтворюється і на цьому рівні. Вихід П. Берк вбачає у пропозиції Ж. Ле Гоффа обмежитися «загальними місцями» ментальності, а не всім духовним світом епохи [17, с. 57–58]. Справді, як сучасна культура, так і ментальність, наприклад, середньовічної Західної Європи, не представляє єдиного цілого. Завжди існує відмінність між елітарною культурою і масовою, між ментальностями, охоплюючими, зокрема, правові уявлення певних регіонів, етносів, соціальних груп і навіть малих груп. Але обмежуватися «загальними місцями» — це тікати від проблеми.

По-друге, історія ментальностей не дає відповідь на питання про механізми культурних змін. Можливо, тут позначається спрямованість на тотальність дослідження, внаслідок чого все більше і більше заглиблення у досліджуваний предмет не дає можливості подивитися на нього «з боку» динаміки. Можливо, причина полягає в тому впливі, який зробив і продовжує робити на цю школу один із її лідерів — Ф. Бродель, який намагався розгледіти за окремими індиві-

дами структури повсякденності, які детермінують їх поведінку. У будь-якому випадку, навіть при вивченні революційних періодів (наприклад, Ф. Фюре), акцент робиться на статичний стан, а не на динаміку процесу.

По-третє, представники школи «Анналів» не ставлять перед собою завдання спробувати вирішити антиномію індивід–колектив (одиничне–загальне). Дотримуючись, мабуть, слідом за Ф. Броделем, структуралістської орієнтації, вони досить детально досліджують те, як колективні уявлення формують особистість у процесі її соціалізації. Але ось зворотний вплив, який неможливо заперечувати, залишається поза їхнім вивченням. А без цього не можна відповісти на принципово важливе для історичної науки запитання: а як ці колективні уявлення, які постулюються «анналістами», формуються? Як (можливо, чому) стає панівною в епоху Середньовіччя доктрина «двох тіл короля» або в Новий час теорія розподілу влади?

Історія ментальностей акцентує увагу на вивченні контексту автора відповідного політико-правового вчення минулого, що проявляється у панівній картині світу (епістемі) епохи, світогляді, а на більш пізніх етапах – ідеології, а також основних ментальних установках соціуму. Історія ментальностей припускає проникнення у психічний світ оточення автора. При цьому очевидно, що ментальності епохи повинні бути диференційовані відповідно до структури певного типу соціуму. У сучасній історичній науці вивчення ментальностей найбільш детально відбувається у межах вивчення колективної пам'яті [18–20].

Вивчення ментальностей епохи доповнюється виявленням інтенції автора тексту. У цьому випадку здійснюється «перемикання гештальта» з макрооб'єкта на мікрооб'єкт і використовується програма мікроісторичного дослідження. В основі цього дослідження лежить мікроаналітичний підхід, що сформувався у сучасних соціальних науках (передусім у соціології, соціальній психології, економічній теорії та культурній антропології) і охоплює як вибір об'єкта дослідження, так і відповідні йому методи (теоретичний та емпіричний інструментарій). «Іншими словами, мікроісторія – це дослідження минулого соціальної реальності, що використовує у цей час методи мікроаналізу, розроблені в соціальних науках, і модифікує їх з урахуванням історичної специфіки» [21, с. 651]. Найбільш важливою проблемою у зв'язку з цим є співвіднесення макро- і мікроісторичних аналізів. Як справедливо зазначає Л. Репіна, з одного боку, локальне має бути вписане в макроструктури, однак, з другого боку, необхідно показати, як відбуваються зміни в локальних структурах [22, с. 65–67]. Сам по собі мікроаналіз без макропонять неможливий за визначенням. Справа в тому, що номінація мікрооб'єктів завжди припускає використання «генералізуючого» його позначення через поняття. Як правильно пише Ж. Ревель, «мікроісторичний підхід має на меті збагатити соціальний аналіз, запропонувати більше різноманіття його варіантів, більш складних і більш рухливих. Але цей методологічний індивідуалізм має свої межі, оскільки в підсумку завдання полягає в тому, щоб з'ясувати правила побудови і функціонування соціального цілого» [23, с. 115]. Однак таке взаємодоповнення макро- і мікропідходів у самій мікроісторії неможливе, для цього потрібна інша методологія – діалогічна.

Зазначене вище змушує визнати, що «Нова історична наука» потребує оновлення, аби відповідати епосі та адекватно реагувати на виклики постмодернізму.

Виявленням змісту і значення дій індивідів, а не кількісної об'єктивації соціального, займається *герменевтика*, яка доповнює лінію феноменології. Герменевтика — це правила інтерпретації тексту (а все в світі, зокрема і право, може бути представлено як текст). При цьому широко використовуються методи лінгвістики, подвійної або потрійної рефлексії (коли інтерпретується не лише текст, а й його автор, а також конкретно-історична ситуація), занурення в контекст та ін.

Історична герменевтика в особі Р. Коллінгвуда (слідом за В. Дільтеєм) стверджує, що власне історія — це не природний процес послідовності подій, а послідовність дій людини, що сприймаються свідомістю. Тому історія завжди є історією думки. Пізнання минулого припускає проникнення у свідомість людей, які діяли в минулому, — суб'єктів права, за допомогою відтворення їх досвіду і думок у свідомості історика.

Саме цей підхід, як видається, найбільш близький до ідеї діалогічної рефлексії при викладі історії права та історії політичних і правових учень [24]. Але й він не позбавлений невирішених проблем. Одна з них полягає в адекватності відтворення ментальних процесів минулого у свідомості історика, що живе в іншу епоху. Крім того, існує ще одна (як мінімум) проблема, яка ними поки що не може бути вирішена. Вона полягає у труднощах верифікації ідей філософської герменевтики (Г. Гадамера) до практичного юридичного досвіду¹, з одного боку, і у відсутності надійних критеріїв успішної комунікації (інтерації) — критеріїв права — у представників інструментальної герменевтики (Е. Бетті), з другого боку. У той же час «перехід зовнішньої історії у внутрішню» (програма Р. Коллінгвуда) заснована на інтуїтивній уяві [26, с. 203], яка завжди суб'єктивна і малоприсадатна для наукової експлікації.

Лінгвістична історіографія активно розробляє використання методів лінгвістичного (структуралістського й постструктуралістського) аналізу стосовно історичних об'єктів. Лінгвістичний поворот в історіографії став найважливішою подією в історичній науці кінця ХХ ст. На сьогодні вона акцентує увагу на мовній формі — формі дискурсу, в якій викладається, фіксується та інтерпретується історичний текст. Лінгвістичний аналіз правових текстів минулого багато може повідомити як про їхніх авторів, так і про епоху в якій вони жили і творили. Зокрема, лінгвістичний підхід (включаючи семантику, психолінгвістику і прагматику вивчення тексту) здатний показати відмінності в сприйнятті правових текстів як в різні епохи, так і в різних культурах-цивілізаціях, і стати важливим інструментом діалогічної рефлексії. А. Гуревич зазначає: «Форма дискурсу, в яку відливають викладення історичного матеріалу, найтісніше пов'язана з принципами його осмислення. Ця форма аж ніяк не «невинна»; вона часом, поза волею свідомості дослідника, багато в чому визначає сам зміст створюваного ним тексту» [27, с. 247].

¹ Приклад успішної спроби застосування герменевтичної методології до реконструкції символізму смертної кари за батьковбивство, див.: [25, с. 14–28].

Варто зауважити, що в сучасній історичній науці говорять як мінімум про три лінгвістичні «повороти» [19]. По-перше, виокремлюють «малий» лінгвістичний «поворот», який акцентував увагу на мові об'єкта історичного дослідження, на так званій «історії знизу», «історії повсякденності», історії «простих людей». Багато в чому історія ментальностей (школа «Анналів») і мікроісторія використовують цей прийом. По-друге, можна говорити про риторичний лінгвістичний «поворот», представлений «метаісторією» Х. Уайта, коли основна увага зосереджується на стилістиці досліджуваних текстів, структурі історичного наративу, особливостях сюжету тощо. По-третє, виокремлюють наративний лінгвістичний «поворот» за якого аналізується насамперед спосіб побудови сюжету в історичному наративі¹.

Визнаючи важливість цього напрямку, тим не менш, слід зауважити, що юрист, який вивчає історію права і правові вчення минулого, повинен брати до уваги особливості юридичних значень тих чи тих понять, категоріальний апарат, юридичну термінологію відповідної епохи, яка деколи (в основному з ХІХ ст.) значно відрізняється від загальноживаної. У зв'язку з цим досить корисною є розробка такого напрямку в історико-юридичній науці, як історія понять на основі відповідного напрямку в межах сучасної історіографії². Саме історія основних юридичних понять здатна описати контекст, в якому творить конкретний мислитель або реформатор, і який багато в чому обумовлює його предметне поле, наукові методи, задає критерій осмислення й оцінки результату наукової творчості з позицій відповідної епохи.

Ця методологія активно розроблялася Х. Уайтом — батьком-засновником лінгвістичної історіографії тропів та інших лінгвістичних конструкцій, а також в історичному аналізі понять Р. Козеллеком і його школою. Іншим напрямом у лінгвістичній історіографії можна вважати історичну наратологію, засновану на аналітичній філософії (філософії мови) [31, с. 41–111]. Значний інтерес також становлять праці У. Еко, які органічно поєднують лінгвістичну та історичну проблематику. Проте текстуальному та понятійному аналізу історії притаманні ті ж недоліки, що й структуралістській методології. Головний із них полягає, зокрема, в претензії на можливість однозначного визначення понять в історичному дослідженні. Однак, як справедливо вказує М. Копосов, «ми маємо тенденцію розглядати деякі конотації, пов'язані з ім'ям за допомогою досвіду речей, як якщо б вони були пов'язані з ним за допомогою мовних зв'язків. Саме думка про те, що частина конотацій тісніше інших і особливим чином пов'язана з ім'ям, створює ілюзію визначення слова» [32, с. 106]. Тому на сьогодні в цьому напрямі сформувався перехід від дослідження тексту як статичного утворення до динаміки тексту, до дискурсу (або від мови до мовлення і досвіду).

Дискурсивна історіографія (за класифікацією І. Савельєвої та А. Полетаєва — «прагматична історіографія») відповідно до становлення постструктуралізму покликана виявляти відносини влади і підпорядкування, що ховаються за пануючим історичним дискурсом і приховувані ним, а, тим самим, легітимі-

¹ Цей підхід детально розглядає Ф. Анкерсміт [29].

² Найфундаментальнішою працею у межах історії понять є: [30].

зуючу функцію історичного дискурсу. Ця гегемоністська (що йде від А. Грамші) традиція¹ досить чітко демонструє механізм інституціоналізації суспільних відносин через механізм седиментації. Таким чином, дискурс-аналіз дозволяє розкрити механізм реіфікації та есенціалізації соціальних явищ.

Дискурс-аналіз акцентує увагу на динаміці, діяльнісному боці соціальних (включаючи й історико-правові) явищ і процесів. Тим самим відбувається рух від мови до мовлення: сенс соціального явища, перефразовуючи Л. Вітгенштейна, — в тому, як люди поводяться (у тому числі, сприймають, кажуть, комунікують) у певній ситуації.

Стосовно історії права та ідей щодо права, дискурс-аналіз реалізується у досить вражаючій і продуктивній програмі Кембриджської школи контекстуалізму, представленої, насамперед, Дж. Поккоком і К. Скіннером [34–35]. На думку Дж. Поккока, зміст тексту впливає з парадигми або мови, до яких він належить. Іншими словами, він залежить від способу мислення, письма і мови, які існують у співтоваристві, до якого належить досліджуваний автор. Автор не може виходити за межі соціально заданих структур, і тому те, що він може (міг) би сказати, залежить від теоретичних структур, до яких йому надає доступ його спільнота. Мови функціонують «парадигматично, наказуючи, що він — автор — міг би сказати і як би він міг це сказати»; вони «обумовлюють інтенції, які може мати автор, надаючи йому можливі засоби для їх втілення» [36, с. 5]. К. Скіннер стверджує, що сенси текстів виходять від авторів, які виражають свої наміри відповідно до усталених умовностей у підходах до питань, про які в них ідеться. Для того, щоб зрозуміти вислів, ми повинні вхопити і явний, і прихований сенс; явний сенс вкладається в нього розумом і ставленням автора, а прихований виходить від усталених умовностей, які визначають те, як автор створював текст. Тому методологія вивчення історії ідей повинна бути взмозі, перш за все, розмежовувати цілу низку повідомлень, які могли б бути передані відповідно до умовностей у вигляді певних висловлювань, а потім простежити зв'язки між цими висловлюваннями і цим більш широким лінгвістичним контекстом, що стало б способом розкриття справжніх намірів цього автора [37, с. 63–64]. Незважаючи на деякі відмінності у підходах лідерів Кембриджської школи історії ідей, не можна не помітити, що і той і той дещо применшують значення особистісних характеристик (ідіосинкразій — за термінологією Р. Рорті) досліджуваних авторів — творців ідей.

Квінтесенцією методології сучасної юриспруденції та історії права, на нашу думку, може стати *антропологічна науково-дослідна програма*. Загалом її суть зводиться до «людського виміру» політико-правових явищ. Антрополого-правова і, відповідно, історико-правова методологія на сьогодні не є однорідною науково-дослідницькою програмою. Залежно від методології, що використовується, антропология права (як і культурна антропология взагалі) може бути класифікована на структуралістську та рефлексивну, характерну для стану цієї дисципліни в ситуації постмодерну. Якщо перша орієнтована на виявлення смислової структури репрезентованої культури (в тому числі політико-право-

¹ Поняття гегемонії — ключове в постструктуралістській концепції Е. Лаклау і Ш. Муффа, відповідно до якої політичне конструює соціальне [33].

вих феноменів), то друга передбачає діалогічний аналіз відносини Я (дослідник) — Інакший (досліджуваний) для розуміння не лише останнього, а й самого себе. Інакше кажучи, зрозуміти специфіку іншої правової системи, зокрема й історично інших вчень про право і державу, важливо насамперед для того, щоб краще з'ясувати специфіку своєї власної правової системи, сучасних політичних і правових учень¹.

Як бачимо, антрополого-правовий підхід є іманентно *діалогічним*. Суть діалогу, у цьому випадку, — це вивчення взаємодії, взаємозумовленості та взаємопереходу протилежних сторін явища (наприклад, належного і суцього, одиничного, групового і суспільного, матеріального й ідеального, статичного та динамічного, трансцендентного та іманентного стосовно права), а також аналогічних діалогічних відносин досліджуваного явища та однопорядкових йому явищ (права та економіки, політики тощо) й у взаємозалежності з метасистемою щодо цього явища (із суспільством).

В історичній науці діалогічна методологія найбільш послідовно сформульована і застосовується для аналізу «людини минулого» Л. Баткіним [39]. Діалог, на його думку, означає напруженість як «інакшості», так і «позазнаходженості». Історик, гостро сприймаючи і фіксуючи чужий сенс, не перестає при цьому бути людиною своєї культури. Він не в змозі забути власні поняття й оцінки. Більше того, він гостріше, осмисленіше усвідомлює у зустрічі з чужою культурою її історичність, і навпаки: він здатний зрозуміти інакшість Іншого саме тому, що відносно нього сам виступає як Інший» [39, с. 25–26]. В іншій праці він пише: «Повинні чітко різнитися (але це можливо лише в послідовно проведеному, найтіснішому діалогізуванні, в постійному смисловому співставленні та взаємопроникненні), по-перше, минулий сенс для себе; по-друге, мій сенс, сучасний; але, по-третє, найважче завдання: дати обидва сенси разом, один через одного, хоча й без їх злиття» [40, с. 53].

Діалог — це завжди співвіднесення індивідуальної інтенції, самості з інтенцією, самостою Іншого. Це передбачає прийняття та визнання точки зору Іншого й неуніверсальності власної позиції. У той же час Іншого слід розглядати, як мінімум, у двох аспектах: як особистісну індивідуальність, по-перше, і як носія безособистісних якостей, включаючи самі по собі «безособистісні якості» як абстрактну їх ідею². По-друге, при цьому в більшості випадків (хоча і не завжди) неповторна індивідуальна й абстрактна ідея перетинаються, коли ідея персоніфікується. Більше того, суть індивідуальної соціалізації і є співвіднесення само-

¹ Будучи інтерпретаціями другого, третього та наступних порядків, антропологічні тексти являють собою фікції не в плані того, що є повним вимислом, а в сенсі їх «зробленості», таким же витвором автора, як і історія мадам Боварі, тобто дають важливе, значуще уявлення про самого автора тексту не меншою мірою, ніж про досліджуваний об'єкт [38, с. 15–16].

² Серйозною проблемою є експлікація колективних ідей: чи існують вони «самі по собі», поза і без конкретних їх носіїв? Очевидно, що без знакового носія жодна ідея не може існувати. Більше того, в соціальному світі колективна ідея (норма, цінність, образ тощо) існує тільки тоді, коли відтворюється діями і ментальними образами конкретних людей. У зв'язку з цим можна навести висловлювання А. Мегілла, який стверджує, що немає пам'яті поза індивідами, а колективна пам'ять (у тому числі й історична) — це спільні для певної соціальної групи спогади [4, с. 113].

сті з абстрактними ідеями, що панують у суспільстві. Відокремити один аспект (самість) від іншого (абстрактна ідея, структура) можна лише аналітично.

Діалогічна методологія — це *програма подвійної критики (рефлексії)*. По-перше, критика історичного джерела (тексту). Тут необхідно з'ясувати, наскільки можливо, намір автора, з одного боку, та оцінку цього тексту сучасниками (жителями тієї епохи), з другого. Іншими словами, розглянути діалог автора й контексту епохи (наприклад, показати, чому сучасники Монтеск'є «побачили» лише кілька сторінок його об'ємного трактату «Про дух законів», на яких викладалася практика англійського поділу влади, хоча сам він не надавав їм такого великого значення). По-друге, самокритика (або метарефлексії), тобто критика самого автора — сучасного історика, його особистісних, біографічних особливостей, ідеологічних і наукових пристрастей і панівних на сьогодні в цій культурі понять, що використовуються для опису минулого. Тобто розглянути діалог автора і соціально-культурного контексту епохи вже сьогодення. По-третє, співвіднесення особливостей першого діалогу і другого, тобто особливостей тексту, досліджуваного в історичній ретроспективі, і сучасності.

Таким чином, можна стверджувати, що історія, яка дана нам виключно як знання про минуле, являє собою діалог. Такий діалог, як справедливо стверджує А. Гуревич, — це запитування минулого від імені сучасності [41, с. 83]. Більше того, цей діалог інтенціонально спрямований в майбутнє. Минуле перманентно переосмислюється з точки зору мінливого сьогодення. Б. Успенський зазначає: «У свою чергу історичний досвід — те чи те осмислення минулого — природним чином робить вплив на майбутній хід історії: справді, виходячи саме з подібних уявлень, з подібного досвіду, соціум як колективна особистість будує програму майбутнього, планує своє подальше поведіння» [42, с. 19]. Цю ж думку гранично загострює Х. Келлер стосовно вивчення «травмуючого минулого» — історії Голокосту: функція роздумів про минуле — творення і підтримання світу теперішнього [43].

Звичайно, представлена програма досить абстрактна і сама по собі мало-змістовна. Проте її можна наповнити конкретним емпіричним матеріалом, для чого потрібні відповідні спеціальні дослідження. Саме ця програма, на нашу думку, містить найбільш адекватну відповідь на виклик постмодернізму, ті питання, не помічати які неможливо.

Діалогічність історії права припускає, зокрема, й взаємозумовленість ментальної та реальної (фактичної, матеріальної) сторін, аспектів. Очевидно, що минулого на сьогодні як якоїсь фактичності не існує. Але є уявлення про минуле, які не менш реальні, ніж фізичні об'єкти, оскільки породжують (обумовлюють) поведінку людей. У зв'язку з цим є надзвичайно важливим вивчати правові інститути минулого разом з уявленнями про них людей відповідної епохи.

Найбільш істотною проблемою, що стоїть перед антрополого-діалогічною методологією, є з'ясування такої *взаємозумовленості людини — суб'єкта права — і соціальних — правових — інститутів, при якій людина зберігає свою ідентичність і при цьому зберігається цілісність інституту*. Іншими словами, це проблема взаємообумовленості (діалогу) *макро- і мікроісторії* як головної апорії філософії історії та філософії історії права.

Представники мікроісторії вважають, що основну увагу необхідно приділяти локальним об'єктам, оскільки мікроскопічний розгляд дає змогу побачити такі аспекти та характеристики об'єкта, які раніше не помічалися. За твердженням Дж. Леві, одного з лідерів цієї школи, мікроаналіз є дослідженням окремих прикладів, але він здійснюється не заради ініціювання нескінченного процесу узагальнення, а переважно задля спрощення процедури аналізу: селекція дозволяє на прикладах проілюструвати загальні концепції в певній точці реального життя [44].

Дж. Леві вторить інший лідер цієї школи — К. Гінзбург у своїй найвідомішій книзі «Сир і черви. Образ світу у мірошника XVI століття» (1976 р.). Він пише, що надзвичайно актуально вивчати індивіда саме «з низів». При цьому, звичайно, можна скотитися до рівня потішного історичного анекдоту. Однак подібна небезпека не є нездоланною. Деякі біографічні дослідження показали, що в звичайній, непоказній людині (і саме тому репрезентативній) можна як в мікрокосмосі знайти риси, характерні для цілого соціального прошарку в певний історичний період [45, с. IX].

За всієї привабливості цього підходу, орієнтованого на «просту, середньостатистичну людини», не можна не сказати про властиві їй слабкі сторони. Перш за все, це стосується «найсильнішої» її сторони — акценту на унікальне, неповторне. Кого описує у своїй праці К. Гінзбург? Мельника Міноккіо, якого інквізиція звинуватила в ересі і тому докладно і з пристрастю катувала (протоколи чого і склали емпіричну базу книги). Чи можна цього мірошника вважати представником італійського народу, виразником відповідної ментальності? Сумнівно, оскільки мельник — постать швидше маргінальна, ніж типова для тієї пори. При цьому сенс його опису — якраз не в пошуку узагальнення, а в прояві цього унікального феномену. Тут виникає ціла низка невирішених проблем. По-перше, де гарантія того, що цей унікальний феномен, що описує мікроісторія, проливає «нове світло» на картину епохи? Якщо це не так, то в чому сенс опису маргінального феномена? Задля «мистецтва»? По-друге, наука, за великим рахунком, не може займатися одиничним, в іншому випадку це буде не наука, а збірка анекдотів. Наукове дослідження унікального неможливе хоча б тому, що унікальне не піддається найпростішій науковій процедурі — порівнянню. По-третє, методологічний акцент на одиничне (на протигагу структуралізму школи «Анналів») не дозволяє представити соціальне через індивідуальне. Дійсно, навіть порівнюючи одиничне, вимірюючи і описуючи його, неможливо перейти до опису і пояснення емерджентних властивостей цілого. Останні припускають абстрагування від одиничного. Але як відбувається цей перехід, як «конструюється» соціальне — мікроаналіз сказати не може.

Цю ж проблему порушує О. Тогоєва у цікавій, але не позбавленій окремих юридичних неточностей¹, монографії «Істинна правда: мови середньовічного правосуддя». Вона ставить справедливе запитання: «Чи варто робити предметом аналізу один чаклунський процес? Чи можна вивчати його як щось само-

¹ Йдеться про кваліфікацію суб'єкта кримінально-процесуального правовідносини об'єктом, людини, постав перед судом — як «обвинуваченого» (а не підсудного), до всього іншого, і «злочинцем» (хоча вирок ще не винесений) та ін. [46, с. 27, 31, 40, 53, 112].

стійне, а не як ще одну ілюстрацію загальної картини, не як частину цілого? Іншими словами, чи можна вивчати одиначне, якщо йдеться про настільки великі проблеми, як історія знахарства в середні віки і ранній Новий час, якщо існує навіть визначення знахарства, з якого так часто починаються сучасні дослідження?» [46, с. 122]. На жаль, автор оригінального твору, заснованого на методології мікроісторії, на це питання не відповідає. Справа в тому, що будь-яке мікроісторичне дослідження не може оперувати макроісторичними, а по суті, соціологічними категоріями.

Існують й інші проблеми мікроісторії [47]. Однак саме діалог макро- та мікроісторії права може стати найбільш перспективною методологічною програмою історико-правової науки XXI ст.

Таким чином, діалог мікро- і макроісторії припускає нові методи дослідження минулого. Вони повинні включати макроісторичні процеси з їх сприйняттям та інтерпретацією людиною — як учасником подій, так і «глядачем», як «героєм», так і обивателем. При цьому самі макропроцеси — це масові практики, що формуються і підтримуються елітою (референтною групою), уявні процеси, що формують «уявні співтовариства», соціокультурні ідентичності.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Степин В. С.* Классика, неклассика, постнеклассика: критерии различения // Постнеклассика: философия, наука, культура : кол. моногр. / отв. ред. Л. П. Кияшенко, В. С. Степин. — СПб., 2009.
2. *Тимошина Е. В.* Стили философско-правового мышления и типы правопонимания // Право Украины. — 2011. — № 11–12.
3. *Честнов И. Л.* Постклассическая теория права: контуры новой парадигмы // Право Украины. — 2011. — № 11–12.
4. *Мегилл А.* Историческая эпистемология. — М., 2007.
5. *Zerubavel E.* Time Maps. Collective Memory and the Social Shape of the Past. — Chicago, 2003.
6. *States of Memory. Continuities, Conflicts and Transformations in National Retrospection* / ed. by J. K. Jlick. — Durham, 2003.
7. *Момотов В. В.* Формирование русского средневекового права в IX–XIV вв. — М., 2003.
8. *Рогов В. А., Рогов В. В.* Древнерусская правовая терминология в отношении к теории права (очерки IX — сер. XVII вв). — М., 2006.
9. *Рогачевский А. Л.* Меч Роланда. Правовые взгляды немецких горожан XIII–XVII вв. — СПб., 1996.
10. *Рогачевский А. Л.* Кульмская грамота — памятник права Пруссии XIII в. — СПб., 2002.
11. *Рогачевский А. Л.* Очерки по истории права Пруссии XIII–XVII вв.: (по материалам рукописных собраний Берлина и Санкт-Петербурга). — СПб., 2004.
12. *Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. — М., 1994.
13. *Берман Г. Дж.* Вера и закон: примирение права и религии. — М., 1999.
14. *Споры о главном: дискуссии о настоящем и будущем исторической науки вокруг школы «Анналов».* — М., 1993.
15. *Рохас К. А. А.* Критический подход к истории французских «Анналов». — М., 2006.
16. *LaCapra D.* Rethinking intellectual history and rereading texts // History and Theory. — 1980. — Vol. 19.

17. Берк П. Сила и слабости истории ментальностей // История ментальностей. Историческая антропология. Зарубежные исследования в обзорах и рефератах. — М., 1996.
18. Савельева И. М., Полетаев А. В. Социальные представления о прошлом, или Знают ли американцы историю. — М., 2008.
19. Хаттон П. История как искусство памяти. — СПб., 2003.
20. Ассман Я. Культурная память: письмо, память о прошлом и политическая идентичность в высоких культурах древности. — М., 2004.
21. Савельева И. М., Полетаев А. В. Знание о прошлом: теория и история : в 2 т. — СПб., 2006. — Т. 2. Образы прошлого.
22. Репина Л. П. Комбинационные возможности микро- и макроанализа: историографическая практика // Диалог со временем. Альманах интеллектуальной истории. — 2001. — Вып. 7.
23. Ревель Ж. Микроисторический анализ и конструирование социального // Одиссей: человек в истории. — 1996.
24. Луковская Д. И. Политические и правовые учений: историко-теоретический аспект. — Л., 1985.
25. Ивина М. К. Герменевтика как метод историко-правовой науки // Общегосударственная и региональная тематика в современных историко-правовых исследованиях : сб. науч. статей / сост. А. А. Дорская. — СПб., 2012.
26. Коллингвуд Р. Дж. Идея истории. Автобиография. — М., 1980.
27. Гуревич А. Я. Апории современной исторической науки // Одиссей: человек в истории. — 1997.
28. Clark E. History, Theory, Text: Historians and the Linguistic Turn. — London, 2004.
29. Анкерсмит Ф. Нарративная логика. — М., 2003.
30. *Geschichtliche Grundbegriffe*. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland / Hrsg. von O. Brunner, W. Conze, R. Kosellek. — Stuttgart, 1972–1993. — Bd. 1–8.
31. Анкерсмит Ф. Возвышенны исторический опыт. — М., 2007.
32. Копосов Н. Е. Как думаю т историки. — М., 2001.
33. Laclau E., Mouffe C. Hegemony and Socialist Strategy. — London, 1985.
34. Гийому Ж. Лингвистическая история концептуальных словоупотреблений, проверенная на опыте лингвистических событий // История понятий, история дискурса, история метафоры : сб. статей / под ред. Х. Э. Бедекера. — М., 2010.
35. Бивер М. Роль контекстов в понимании и объяснении // История понятий, история дискурса, история метафоры : сб. статей / под ред. Х. Э. Бедекера. — М., 2010.
36. Pocock J. G. A. Virtue and History. — Cambridge, 1985.
37. Skinner Q. Meaning and Understanding in the History of Ideas // Meaning and Context. Quentin Skinner and his Critics / ed. by J. Tully. — Cambridge, 1988.
38. Geertz K. The interpretation of cultures. — N.Y., 1973.
39. Баткин Л. М. Европейский человек наедине с собой. Очерки о культурно-исторических основаниях и пределах личного самосознания. — М., 2000.
40. Баткин Л. М. Пристрастия. Избранные эссе и статьи о культуре. — М., 1994.
41. Гуревич А. Я. Территория историка // Одиссей: человек в истории. — 1996.
42. Успенский Б. А. История и семиотика // Успенский Б. А. Избранные труды. — М., 1996. — Т. 1. Семиотика истории. Семиотика культуры. — 2-е изд.
43. Kellner H. «New Again» is Now // History and Theory. — 1994. — № 2.
44. Levi G. On Micro-history // New Perspectives on historical Writing / ed. by P. Bruke. — Oxford, 1991.
45. Ginzburg C. Le formaggio e i vermi. Il cosmo di un mugnaio del' 500. — Torino, 1976.

46. *Тогоева О. И.* «Истинная правда»: языки средневекового правосудия. — М., 2006.
47. *Ивина М. К.* Метод микроистории в истории права // Общегосударственная и региональная тематика в современных историко-правовых исследованиях : сб. науч. статей / сост. А. А. Дорская. — СПб., 2012.

Честнов І. Л., Івіна М. К. Методологія історико-правової науки в ситуації посткласики

Анотація. У статті осмислюється посткласична методологія історико-правової науки. Розглядаються перспективи застосування методів історії ментальності, лінгвістичної історії, герменевтики, дискурс-аналізу, мікроісторії, антропології та діалогіки до вивчення історії права.

Ключові слова: посткласична методологія, історія ментальності, мікроісторія, діалогічна історія права.

Честнов И. Л., Ивина М. К. Методология историко-правовой науки в ситуации постклассики

Аннотация. В статье излагается постклассическая методология историко-правовой науки. Рассматриваются перспективы применения методов истории ментальности, лингвистической истории, герменевтики, дискурс-анализа, микро-истории, антропологии и диалогии к изучению истории права.

Ключевые слова: постклассическая методология, история ментальности, микроистория, диалогическая история права.

Chestnov I., Ivina M. Methodology of Historical and Legal Science in the Post-Classical Context

Summary. The article sets forth a post-classical methodology of historical and legal science. It deals in detail with a studying of legal history according to the methods of history of mentality, micro- and linguistic history, hermeneutics and anthropology.

Key words: post-classical methodology, history of mentality, micro-history.

УНІВЕРСАЛІЗМ І РЕЛЯТИВІЗМ ЦІННОСТЕЙ У КОНТЕКСТІ ДІАЛОГУ ПРАВОВИХ КУЛЬТУР



Х. БЕХРУЗ

*доктор юридичних наук,
професор кафедри права Європейського Союзу
та порівняльного правознавства
(Національний університет
«Одеська юридична академія»)*

І. ДЕЯКІ ПОПЕРЕДНІ ЗАУВАЖЕННЯ

Сучасний етап розвитку суспільства відбувається під впливом глобалізації, яка охоплює майже всі сфери суспільного життя: політичну, соціально-економічну, культурну, правову.

Глобалізаційні процеси серйозно впливають і на таку важливу сферу суспільного життя, як правова культура, яка існує в рамках різних цивілізацій. Розширюються культурні контакти між людьми, які є носіями різних цивілізаційних цінностей, що активізує ціннісний обмін між ними.

Виникають запитання, які вимагають відповіді: Чи існують цінності, які можна охарактеризувати як універсальні, загальнолюдські? Чи правильним є твердження, що кожна цивілізація формує свою унікальну і неповторну систему цінностей? Чи, можливо, істинними є обидва твердження? Визнання цього постулату передбачає знаходження відповідей на такі запитання: які цінності є універсальними для представників різних культур? Чи є однаковим смислове наповнення понять, що використовуються для позначення «загальнолюдських» цінностей у контексті різних цивілізацій? Наскільки нездоланними є перешкоди, створювані відмінностями в системах цінностей, і чи можливо знаходження для них спільного знаменника, що дозволяє створити рамки для безконфліктного співіснування і побудови рівноправного діалогу різних правових культур?

Зазначене вище актуалізує дослідження як цінностей взагалі, так і систем цінностей тієї чи іншої цивілізації та ціннісно-нормативних орієнтацій пред-

ставників різних культур, етносів, а також дослідження впливу діалогу культур на розвиток сучасного суспільства, правових систем і правових культур.

Поняття «цінності», «правові цінності», а також їх універсалізм і релятивізм, є одними з найважливіших напрямів наукових досліджень таких зарубіжних авторів, як К.-О. Апель, В. Бачинін, М. Вебер, Ю. Габермас, Д. Девідсон, А. Гусейнов, Р. Карнап, Б. Кистяківський, Г. Левін, О. Лукашева, О. Мамчур, К. Поппер, Т. Спаар, В. Стьопін, А. Тойнбі, П. Фейєрабен, О. Хеффе, І. Честнов та ін.

У вітчизняній науці також чимало досліджень, присвячених цій проблема-тиці, зокрема М. Козюбри, С. Максимова, О. Мережко, Ю. Оборотова, П. Рабіновича та деяких інших.

II. ПОНЯТТЯ ЦІННОСТЕЙ, ЇХ УНІВЕРСАЛЬНІСТЬ І РЕЛЯТИВІЗМ

Визначення поняття «цінності» представляє значний інтерес як з теоретич-ної, так і з дослідницької точки зору. Розуміння цінності має велике методоло-гічне значення, оскільки важливість дослідження цінностей зумовлена визна-чальною роллю, яку вони відіграють у формуванні та функціонуванні різних регуляторів соціального життя – морально-етичних, релігійних, правових.

Серед науковців відсутня єдність поглядів щодо визначення поняття «цін-ності». Так, представники ідеалістичної філософської думки цінність розуміють як уявлення людини про певні ідеальні становища, наявність яких зумовлена задоволенням потреб – фізіологічних, матеріальних, інтелектуальних, духов-них тощо.

У філософському словнику можна зустріти таке визначення цінностей як узагальнених уявлень людей щодо найбільш значущих цілей і норм поведінки, які визначають пріоритети у сприйнятті дійсності, задають орієнтації їх дій і вчинків у всіх сферах життя і значною мірою формують «життєвий стиль» суспільства. Система або сукупність домінуючих цінностей у концентрованому вигляді виражає особливості культури та історичного досвіду цього суспільства.

Цінність також розглядається як властивість того чи іншого суспільного феномену, спрямована на задоволення потреб та інтересів індивіда, групи людей і суспільства в цілому, а не є уявленнями про ці властивості.

Поняття «цінності» пов'язується також із поняттям «потреби», класифіка-ція яких також проводиться за різними підставами. Найбільш відомою і визна-ною є ієрархічна система класифікації потреб, запропонована А. Маслоу, яку зображують у вигляді піраміди з п'яти пластів, що відображають порядок виникнення тих чи інших потреб. В узагальненому вигляді їх можна представи-ти так: перший пласт – вітальні (життєві) потреби – потреба в їжі, воді тощо; другий – потреба в безпеці; третій – у належності до певної соціальної групи; четвертий – у визнанні; п'ятий – у самовираженні [1].

На думку В. Бачиніна, цінності, на які орієнтована правосвідомість двох основних груп – цінності існування й цінності, пов'язані із накладанням певних зобов'язань. До цінностей існування належать життя, здоров'я, свобода, влас-ність та ін. (цінності-цілі), а цінності-зобов'язання мають інструментальний характер (цінності-засоби). Лише цінності-засоби є правовими. Всі цінності, які можна віднести до сфери права, на думку дослідника, виступають як цінності-засоби [2, с. 213].

Одним із підходів до трактування цінностей є умовний розподіл їх представників (тобто тих, хто є прихильником відповідного підходу) на: універсалістів (Платон, І. Кант, Г. В. Ф. Гегель та ін.), які наголошують на існуванні деяких безумовних, транскультурних цінностей, універсальних моральних норм, пов'язаних з єдиною і незмінною, позаісторичною людською природою; і анти-універсалістів, для яких характерним є утвердження релятивізму всіх моральних норм, оскільки вони повинні розглядатися в контексті цілепокладання та значущості для індивідуума, а також унікальності ірраціонального буття людини. Позиція останніх виражена, зокрема, в постніцшеанській європейській філософії (З. Фрейд, К. Юнг, Е. Гуссерль, М. Гайдеггер та ін.).

Універсалізм можна охарактеризувати як напрям філософської думки, відповідно до якого світ розглядається як нескінченна цілісність; також утверджується примат загального над одиничним. Відповідно до філософських концепцій, заснованих на постулатах кантівських «загальних і необхідних» форм апіорної свідомості, діалектиці Гегеля, відмінність і своєрідність іншого, особливого повинно бути нівельовано задля домінування «загального», «універсального».

Релятивізм є філософсько-методологічною концепцією, відповідно до якої все у світі відносно, абсолютизується мінливість дійсності та наших знань про неї; також підкреслюється примат цілісності, системності реальності по відношенню до її окремих частин, примат розвитку над збереженням вже набутого, досягнутого. Принцип релятивізму був сформульований ще за часів античності Протагором: «Людина є мірою всіх речей». Це означає, що істинним або хибним все виявляється лише по відношенню до нас.

Сучасний російський філософ Г. Левін зазначає, що релятивність пронизує всі сфери буття. Існують ієрархії релятивності. Історична послідовність, в якій відкривалися форми релятивності, збігається з історичною послідовністю, в якій виникали форми релятивізму. Античний релятивізм і релятивізм Нового часу – це значною мірою архів методології науки... сучасний релятивізм по суті тільки набуває розвитку. Вчений виокремлює такі сучасні форми релятивізму, як моністичний і плюралістичний релятивізм [3, с. 75, 79].

У сучасних умовах, зазначають дослідники, ціннісний релятивізм постмодернізму здатний впливати не тільки на теоретичне, а й на практично-духовне ставлення до світу і людини, і в цьому плані проявляється нове його співвідношення з етикою, правом і релігією.

В основу права покладено такі абсолютні цінності, як збереження життя, сім'ї, власності, забезпечення безпеки, отримання знань, прийняття рішень тощо. Отже, базові цінності, які є загальними для будь-якої культури, на підставі однакової значущості для будь-якого індивіда, а також їх однакового смислового наповнення, можуть претендувати на статус універсальних.

Під час розгляду поняття «цінності» необхідно враховувати, що поряд із загальноцивілізаційними цінностями, кожній окремій соціальній групі або класу притаманна своя система ціннісно-нормативних орієнтацій, своя концепція цінностей.

Значущість базових, первинних цінностей – життя, безпеки, продовження роду не залежить від належності до будь-якої цивілізації або соціальної групи.

Цінності соціальні, політичні, економічні є результатом соціалізації людини, диференціація суспільства нерозривно пов'язана з цією групою цінностей. Вони – відносні, мають різну значимість для різних суспільств. Поняття, що позначають ці цінності, можуть мати різне тлумачення в контексті різних культур.

Спільність ціннісно-нормативних орієнтацій членів суспільства характеризує їх належність до конкретної цивілізації.

Різне відображення ідеї універсальних цінностей у системі позитивного права в рамках правових систем різних держав зумовлено різними правовими традиціями, які по-різному інтерпретують походження, призначення і вищий сенс реалізації цих цінностей.

Проблема універсалізму та релятивізму правових цінностей, зокрема через концепцію прав людини, в контексті співвідношення універсальності і культурного різноманіття, була і є однією з найактуальніших проблем сучасної науки. Дослідженню діалектики універсальних і конкретно-історичних властивостей прав людини присвячено численні наукові праці (П. Рабінович, О. Лукашева, С. Максимов, О. Мережко, К.-О. Апель, Ю. Габермас та інші).

Неодноразово акцентував увагу на діалектиці загального та особливого у правах людини П. Рабінович. Загальне набуло прояв у тому, що у ХХ–ХХІ ст., зазначає науковець, однією із загальних тенденцій розвитку інституту прав людини стала його глобальна універсалізація. Про це свідчить, наприклад, те, що до найвизначніших договірних актів ООН з прав людини приєдналися від 70 до 90 % усіх держав світу. Так, у Загальній декларації прав людини закріплено мінімально необхідний перелік назв прав і свобод як своєрідного пакета взірців, що на них має бути зорієнтовано політику кожної цивілізованої, демократичної держави (і справді: більшість цих назв відтворено у переважній частині сучасних конституцій чи інших фундаментальних національних законів. Особливе у правах людини знайшло втілення у диверсифікації змісту прав людини. Ідеологічним віддзеркаленням об'єктивної діалектики загального та особливого (а подекуди й одиничного) у правах людини є наявність декількох неоднозначних філософсько-антропологічних її інтерпретацій. Найбільш поширеними серед них є концепції абсолютного універсалізму, поміркованого універсалізму та культурного релятивізму [4, с. 255–257].

Досліджуючи проблеми універсальних стандартів прав людини та цивілізаційних традиційних норм, О. Лукашева справедливо зазначає, що сучасний світ розвивається під впливом двох процесів – глобалізації та самоствердження цивілізацій. Ці процеси, як два потужних потоки, плавно і гармонійно поєднуються; але іноді, перетинаючись на крутих порогах, вони створюють турбулентні завихрення такої сили, які можуть призвести, а часом і призводять, до соціальних катаклізмів і ставлять людство на межу конфронтації. Оскільки насильно нав'язані чужорідні цінності, які сформувалися в іншій культурі та погано приживаються на невідповідному ґрунті, руйнують звичні суспільні зв'язки, дезорієнтують людей, вносять хаос в усталений розвиток [5, с. 39–40].

Як зазначає С. Максимов, у світовій, політичній і правовій філософії в питанні універсальності прав людини стикаються діаметрально протилежні позиції універсалізму та партикуляризму. Універсальність прав людини зовсім

не означає їх уніформності, одноваріантності, а передбачає приділення уваги культурному різноманіттю. Не є вони й абсолютними правами у тому сенсі, що їх правильна інтерпретація та здійснення вимагають урахування культурного різноманіття та інших суспільних цілей [6, с. 29].

Всесвітня конференція з прав людини 1993 р., обговоривши питання універсальності та культурного релятивізму, проголосила, що універсальність основних прав і свобод людини «не підлягає сумніву», що «міжнародне співтовариство має ставитися до прав людини глобально, на справедливій і рівній основі, з однаковим підходом і увагою».

Основоположні права людини існують незалежно від територіальної та національної належності. Вони є невід'ємними властивостями кожної людини, істотними ознаками її буття. Так, проявом універсальності у сфері прав людини є прийняття Загальної декларації прав людини (1948 р.), Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (1966 р.), Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права (1966 р.) тощо. Проявом релятивізму є існування різних концепцій прав людини залежно від цивілізаційної належності, які знайшли відображення у таких регіональних міжнародно-правових актах, як Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (1950 р.), Американська конвенція прав людини (1969 р.), Африканська хартія прав людини і народів (1981 р.), Каїрська декларація з прав людини в ісламі (1990 р.), Арабська хартія прав людини (1994 р.).

Однак Європейську конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод можна вважати проявом не тільки релятивізму у сфері прав людини, а, мабуть, більшою мірою універсальності, оскільки цей документ є відображенням названих вище документів універсального характеру. Більше того, вже сама Конвенція значно вплинула на розвиток інституту прав і свобод людини не тільки на території Європи, а й на інших континентах. Вона не могла так чи інакше не братися до уваги при розробці відповідних регіональних міжнародно-правових документів [7, с. 114].

Керівники низки держав (Іран, Китай, Індонезія та ін.), використовуючи аргументи прихильників культурного релятивізму, обґрунтовують законність і неминучість обмеження прав людини. Так, Ісламська Республіка Іран стоїть на позиції неможливості застосовуватися мусульманами Загальної декларації прав людини, оскільки вона уособлює іудейсько-християнські традиційні погляди, і не відповідає ісламській системі цінностей. Глава китайської делегації на Всесвітній конференції з прав людини (1993 р.) заявив, що державний суверенітет є основою реалізації прав громадян. Якщо не забезпечений суверенітет держави, не може бути мови про права його громадян. Погляди, згідно з якими питання прав людини не визнають кордонів, і що принцип невтручання у внутрішні справи непридатний у цій галузі, і будь-які дії, засновані на цих поглядах, є не що інше, як форми політики тиску. У ряді країн вважають, що ідея універсальності прав людини має протипагу в особі традиційних моральних зразків з їх етнічною та національною специфікою, а національні особливості конкретної країни відіграють провідну роль у забезпеченні прав і свобод громадян. Таким чином, цілий ряд країн вважають, що міжнародне співтовариство все ще не досягло універсального консенсусу щодо прав людини.

Прихильники релятивізму вважають, що різні історичні традиції, психологія та культура різних держав не можуть не впливати певною мірою на розуміння прав людини, на політику і практику в цій сфері. З цього державні діячі ряду східних країн роблять висновок, що не можна вважати, що стандарти і моделі прав людини, прийняті деякими країнами, є єдиними і не можна вимагати, щоб усі країни підкорилися їм. Вони визначають категорію «права людини» як явище, характерне лише для «західних цивілізацій» і не відповідне національній культурі і традиціям східних суспільств.

Отже, поляризація думок філософів, соціологів, правознавців та представників інших гуманітарних наук щодо тлумачення поняття «цінність» та можливостей існування універсальних цінностей зумовлена відмінностями у вирішенні питань співвідношення онтології та гносеології, об'єктивного та суб'єктивного, матеріального та ідеального, а також від цивілізаційної приналежності дослідників.

ІІІ. ЗНАЧЕННЯ ПРАВОВИХ ЦІННОСТЕЙ ДЛЯ ДІАЛОГУ ПРАВОВИХ КУЛЬТУР

Джерелом стійкого розвитку людства є різноманіття культур та діалог між ними. «Наше культурне розмаїття, — йдеться в Хартії Землі, проголошеної ООН, — є цінною спадщиною, і різні культури знайдуть свої власні шляхи до реалізації свого бачення стійкого способу життя» [8]. Людство повинно розширити глобальний діалог, ініційований Хартією Землі, оскільки необхідно багато чому навчитися один в одного в пошуках істини і мудрості. Ми повинні знайти гармонію між розмаїтістю і єдністю, індивідуальною свободою і суспільним благом, короткостроковими планами й довгостроковими цілями. Іншими словами, концентрація загальнолюдського в тій чи іншій культурі повинна бути настільки значною, щоб вона забезпечила можливість подолання специфічно національних форм вираження загальнолюдського [9].

Проблематика діалогу культур та партнерства цивілізацій неодноразово обговорювалася на Міжнародних Ліхачовських наукових читаннях, які проводяться майже щорічно, починаючи з 1993 р., і учасники яких наголошують на необхідності формування принципів, що лежать в основі такого діалогу, як необхідної основи для співіснування різних цивілізацій і культур. Їх активним учасником є С. Гусейнов, який справедливо зазначає, що діалог культур, з одного боку, передбачає своєрідну єдність між ними. Діалог передбачає таку співвіднесеність і зв'язаність культур між собою, коли вони, об'єднані спільністю кінцевих життєвих цілей, взаємно доповнюють один одного, потребують одна одну, не можуть існувати одна без одної. Діалог культур припускає спільність основоположень, які тільки і можуть задати адекватний простір такого діалогу. З другого боку, діалог культур виникає з їх відмінностей. Якісні відмінності культур — не тільки передумова й основа діалогу. Вони є також його результатом у тому сенсі, що діалог не знімає цих відмінностей, а у певному сенсі заострює їх. Ефективність діалогу культур полягає в поєднанні загальнозначущого (універсального) із самотутнім. Продуктивним може бути тільки рух, який відштовхується від самотутності культур і тим самим виникає з внутрішніх джерел кожної з них окремо. Без взаємоповажних відносин, заснованих на визнанні

споконвічної рівності культур за ціннісним критерієм, а отже, і суверенності кожної з них у формулюванні власних ціннісних критеріїв та пріоритетів, жодного діалогу між ними бути не може [10, с. 65].

Діалог, що розгорнувся між культурами, наголошує Ю. Оборотов, виводить до формування парадигми партнерських відносин, заснованої на прагненні досягти взаєморозуміння, компромісу у формуванні «загальної мови», згоди думок і дій із протилежною стороною. Цією парадигмою стверджуються цінності комунікативного співробітництва, серед яких рівноправне партнерство, свобода і відповідальність кожної зі сторін, визнання самоцінності партнера, орієнтація на ненасильницькі методи вирішення конфліктів. Для такого партнерства необхідне налаштування на культурну, історичну, стилістичну специфіку кожної зі сторін, воно засновано на принципі взаємної додатковості культур, що мають різні системи цінностей [11, с. 263–264]. При цьому дотримання загальних «правил гри» — партнерських норм — вимагає розширення взаємодії правових систем, посилення діалогу правових систем, руху по лінії взаємних поступок, вироблення довірливих відносин як стратегії довгострокового цивілізаційного співробітництва [12, с. 42].

Переходячи до розгляду проблем діалогу правових культур, необхідно усвідомлювати, що властиві для них правові цінності сформовані релігійними і культурними цінностями, що становлять основу тієї чи іншої цивілізації, культури. Епоха глобалізації надає цим питанням особливу гостроту й актуальність.

Право є цінністю, засвоюваною людиною у процесі соціалізації, і також може мати різну ступінь значимості та різне смислове наповнення. Прикладом тому є наявність різних концепцій праворозуміння. Говорячи про регулятивну функцію права, необхідно враховувати такий найважливіший фактор, як ставлення до нього в тому чи іншому суспільстві як способу регулювання різних сторін життя соціуму. Саме таке «розуміння права», тобто усвідомлення індивідумом того місця, яке посідає право у структурі правової системи, може виступати в якості критерію класифікації типології правових культур. Якщо право є головним регулятором суспільних відносин і виступає детермінантою соціального життя, йдеться про західні правові системи. Там, де право, його зміст та функціональне призначення детермінуються іншими факторами — релігійними, етичними, мова йде про незахідні правові системи.

Західне право також має ряд відмінностей, що виявляються в існуванні різних правових сімей — законодавчого і прецедентного права, існування яких зумовлено індивідуальним шляхом розвитку тієї чи іншої культури, що існує в рамках західної цивілізації.

Домінуюча нині ідея універсалізму цінностей та заснованих на них прав і свобод людини, обертається на практиці інтервенціями проти країн, чії правові культури сформовані іншими системами цінностей, а такі поняття, як «демократія», «права людини», «політичні свободи», мають відмінне від західного смислове наповнення. Сьогодні проблемою є не тільки збереження унікальності та самобутності правових культур, сформованих різними цивілізаціями, етносами, а також забезпечення суверенітету національних держав і недопущення втручання в їх внутрішні справи під приводом порушення ними цих прав і свобод.

Національні правові системи не існують ізольовано. Вони взаємодіють одна з одною, ведуть нескінченний культурний діалог. Правова система окремої держави піддається постійному тиску з боку фрагментів інших правових культур, юридичних текстів, процедур та правових конструкцій. «Бомбардування» культури текстами з чужої культури призводить до нової інтерпретації і цих «занесених» текстів, і самого контексту «аборигенівської» культури. З такої нової інтерпретації неминуче виростають нові смисли, реалізовані в людській діяльності [13, с. 21–22].

Більше того, історія існування великих правових систем, як правило, починалася з запозичення (афінське, римське, західне право та ін.). Воно може відбуватися через окремі правові інститути, елементи юридичної техніки і практику правозастосовної діяльності. Має місце також запозичення правових принципів, правових ідей. Іншими словами, запозичення може бути фрагментарним, так званою правовою акультурацією, або глобальним, так званою правовою рецепцією. Якщо при правовій акультурації відбувається запозичення правових положень, то при правовій рецепції змінюються основи правової системи взагалі. Правова акультурація здійснюється різними шляхами і різними засобами: за допомогою законодавства і судової практики, за допомогою укладання договорів, а також приватним шляхом. Наприклад, правова акультурація, здійснювана вченими і викладачами, відбувається на рівні юридичної науки та юридичної освіти. На цій основі виокремлюються такі види правової акультурації: законодавча, судова, договірна і доктринальна [14].

Таким чином, сучасний світ не може існувати в умовах замкнутості правових культур. Відбуваються процеси правової акультурації, тобто взаємодії між правовими системами і правовими культурами на рівні законодавства, судової практики, юридичної науки, юридичної освіти тощо.

Необхідність діалогу правових систем і правових культур зумовлена неминучістю співіснування сучасних цивілізацій, що з кожним днем стає більш очевидним. Замкнутість існування правових систем призводить до застою, внаслідок чого питання їх подальшого розвитку стають більш проблематичними і не можуть відповідати потребам і інтересам сучасного суспільства. Вихід за рамки національного бачення права, примат загальнолюдських цінностей у розвитку цивілізації та її правової складової — ставиться головною вимогою в розвитку сучасного суспільства. Сучасний світ характеризується наростаючою тенденцією до інтеграційних процесів шляхом взаємодії правових систем.

Сучасні процеси, породжені епохою глобалізації, ставлять перед усією юриспруденцією завдання використання потенціалу різних правових сімей (систем) у вирішенні масштабних завдань, що мають відношення до людства взагалі. Правові запозичення — одна з найбільш характерних рис правової еволюції.

Діалог правових культур не може відбуватися поза рамками впливу процесів глобалізації, яка стимулюється змінами у світовій економіці, включаючи зростаючу економічну взаємозалежність і технологічні можливості. Одним із факторів формування гео економічного простору є «взаємопроникнення» правових систем [15, с. 3]. Глобалізаційний процес, що розвивається в політичній сфері, відрізняється від глобалізації в соціально-економічній сфері. Держави значною мірою зберігають свою самостійність. Тому щодо держав, а також пра-

вових систем більш прийнятним є термін «інтернаціоналізація», що означає, перш за все, зближення політичних і правових систем держав, поглиблення їх взаємодії, культурного впливу [16].

Діалог правових культур повинен здійснюватися виходячи з того, що повна і неспотворена картина правового регулювання в суспільстві може бути складена на основі пізнавального матеріалу, добутого в результаті наукового, нормативного і ціннісного осягнення юридичної дійсності. Однієї форми пізнання, навіть якщо вона наукова, недостатньо. Жодну з форм не можна штучно перебільшувати за рахунок інших. Тільки разом, а не кожна окремо, вони можуть претендувати на більш-менш правильне пояснення реальності [17, с. 76–77].

Національна правова культура має самобутній характер і, як і національна правова система, є надбанням різних співтовариств, які формуються в рамках відповідних цивілізаційно-культурних традицій.

Ці роздуми підтверджують те, що стандартизація та універсалізація глобалістських ідей, відображених у неоліберальній ідеології, може призвести до знищення національних правових культур, що, у свою чергу, не сприяє ефективному функціонуванню національних правових систем, оскільки воно безпосередньо залежить від стану національної правової культури [18, с. 86].

Як справедливо зазначає І. Василенко, майбутнє світового суспільного розвитку в епоху глобалізації має базуватися на діалозі цивілізацій як загальному просторі багатогранної духовності — завжди відкритому і вічно вдосконалюється у процесі розуміння іншого [19, с. 18].

Таким чином, цінності постають як у вигляді універсальних понять, так і у вигляді відносної, релятивної величини, при розгляді людини як соціальної істоти, чиє мислення сформовано певною культурою, породженою відповідною цивілізацією. Тобто релятивізм правових цінностей зумовлений розходженням цивілізаційних підстав тієї чи іншої культури. Абсолютними, універсальними цінностями для будь-якої цивілізації є лише ті, які становлять основу виживання людини як біологічного виду. Цінностям, що є результатом соціалізації, продуктом культури, повною мірою властивий релятивізм, оскільки вони мають різне смислове наповнення, їх реалізація сприяє досягненню різних цілей і реалізації різних життєвих програм.

IV. ВИСНОВКИ

1. Актуальним питанням сьогодні є питання цінностей, що становлять основу цивілізації та формують менталітет народу і ціннісно-нормативну орієнтацію індивідів, визначають поведінкові моделі та приводять у рух механізми відтворення суспільства.

2. Базовими цінностями, які обґрунтовано можна назвати універсальними, які забезпечують виживання людини, є життя, безпека і продовження роду. Цінності вищого рівня — соціальні, політичні та інші є результатом соціалізації людини. Їм властивий релятивізм, оскільки вони є продуктом культури. Осмислення і засвоєння людиною вищих або духовних цінностей є запорукою розвитку культури.

3. Універсальні цінності певною мірою демонструють притаманний їм релятивізм, отримуючи втілення в системі позитивного права держав, які належать до різних правових систем.

4. Важливою проблемою сучасного світу, викликаною процесами глобалізації, є проблема розбудови діалогу правових культур, що мають відмінності, зумовлені відмінностями їх цивілізаційних основ. Розглядаючи проблеми діалогу культур, необхідно враховувати, що властиві їм правові цінності сформовані моральними, релігійними і культурними цінностями, що становлять основу цивілізації, культури. Цивілізаційна належність зумовлює різне розуміння сенсу, призначення і можливостей реалізації цінностей, які прийнято відносити до розряду універсальних.

5. Цивілізаційна взаємодія і діалог правових систем є об'єктивним процесом, зумовленим сучасним етапом розвитку суспільства. Безумовно, існують цивілізаційні відмінності, іноді взаємовиключні, зокрема надмірна індивідуалізація західного способу життя і цивілізації, колективізм, що визначає спосіб життя і мислення східної цивілізації. Проте існування таких відмінностей не може і не повинно зупинити процес мобілізації потенціалу цих цивілізацій, які забезпечують існування людства в майбутньому. Для того щоб цей діалог і взаємодія були узгоджені, вони мають ґрунтуватися на принципах, що забезпечують толерантне ставлення й сприйняття іншого способу життя, іншого менталітету та інших цивілізаційних сприйнять навколишнього світу, де немає місця нав'язуванню однієї цивілізації способу життя і мислення іншої.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Маслоу А.* Мотивация и личность. — СПб., 2011. — 352 с.
2. *Бачинин В. А.* Философия права : конспект лекций. — Х., 2002.
3. *Левин Г. Д.* Современный релятивизм // Вопросы философии. — 2008. — № 8.
4. *Філософія права: проблеми та підходи : навч. посіб. / за заг. ред. П. М. Рабіновича.* — Л., 2005.
5. *Лукашева Е.* Универсальные стандарты прав человека и цивилизационные традиционные нормы: конфликт культур // Право Украины. — 2011. — № 5–6.
6. *Максимов С.* Права человека: универсальность и культурное многообразие // Право Украины. — 2011. — № 5–6.
7. *Бехруз Х.* Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод та ісламські міжнародно-правові документи (компаративістський аналіз) // Право України. — 2010. — № 10.
8. *Хартия Земли: Принята Всемирной Комиссией по окружающей среде и развитию при ООН (1987 г.)* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.earthcharter.ru/index.php?cnt=5>.
9. *Байдаров Э. У.* Влияние глобализации на культуру и ценности человека [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://credonew.ru/content/view/510/57>.
10. *Гусейнов А.* Диалог культур: возможности и пределы // Диалог культур и партнерство цивилизаций : VIII Международные Лихачевские научные чтения (22–23 мая 2008 г.). — СПб., 2009.
11. *Василенко И. А.* Диалог цивилизаций: социокультурные проблемы политического партнерства. — М., 1999.
12. *Оборотов Ю. М.* Філософія права і методологія юриспруденції // Проблеми філософії права. — 2003. — Т. 3.
13. *Лотман Ю. М.* Внутри мыслящих миров. Человек — текст — семиосфера — история. — М., 1999.

14. *Оборотов Ю. Н.* Традиции и новации в правовом развитии. — О., 2001. — 156 с.
15. *Кочетов Э. Г.* Геоэкономика : учеб. — М., 1999.
16. *Лукашук И. И.* Глобализация, государство, право. XXI век. — М., 2000. — 279 с.
17. *Мальцев Г. В.* Социальные основания права. — М., 2007.
18. *Бехруз Х.* Проблема сохранения национальной правовой культуры в условиях глобализации // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку : зб. наук. ст. / за ред. Ю. С. Шемшученка, О. В. Кресіна. — К., 2010.
19. *Василенко И. А.* Диалог цивилизаций: социокультурные проблемы политического партнерства. — М., 1999. — С. 18.

Бехруз Х. Універсалізм і релятивізм цінностей у контексті діалогу правових культур

Анотація. Досліджено цивілізаційні відмінності в розумінні сенсу, призначення і можливостей реалізації цінностей, які прийнято відносити до універсальних чи релятивних. Вказано на необхідність здійснення цивілізаційних взаємодій та діалогу правових культур на принципах, що забезпечують толерантне сприйняття іншого способу життя, іншого менталітету та інших цивілізаційних особливостей розуміння навколишнього світу.

Ключові слова: цінність, типологія цінностей, універсальність, релятивізм, релятивність, правові цінності, діалог правових культур.

Бехруз Х. Универсализм и релятивизм ценностей в контексте диалога правовых культур

Аннотация. Исследованы цивилизационные различия в понимании смысла, предназначения и возможностей реализации ценностей, относящихся к универсальным или релятивным. Указано на необходимость осуществления цивилизационного взаимодействия и диалога правовых культур на принципах, обеспечивающих терпимое восприятие иного образа жизни, иного менталитета и иных цивилизационных восприятий окружающего мира.

Ключевые слова: ценность, типология ценностей, универсальность, релятивизм, релятивность, правовые ценности, диалог правовых культур.

Bekhruz Kh. Universalism and Relativism of Values in the Context of Dialogue of Legal Cultures

Summary. The civilisation differences in understanding of sense, destination and possibilities of realisation of universal and relativism values are researched in the article. The necessity of civilisation interactions and dialogue of legal cultures are indicated to be made on principles that provide tolerant perception of other way of life, mentality and other civilisation perceptions of visual environment.

Key words: value, universalism, relativism, typology of values, legal values, dialogue of legal cultures.

ЗАКОННІСТЬ І СПРАВЕДЛИВІСТЬ ЯК СТАЛІ ЦІННІСНІ ОЧІКУВАННЯ ТА ОРІЄНТИРИ В ІСТОРІЇ ЗАКОНОДАВСТВА І ЗАКОНОЗНАВСТВА¹

В. ГРАФСЬКИЙ
*доктор юридичних наук, професор,
головний науковий співробітник
(Інститут держави і права РАН, м. Москва)*



*Основи кожної держави й фундамент будь-якої країни
спочивають на справедливості та правосудді.*
Мухаммед Аззахірі ас-Самарканді (XII ст.), персидський поет

Погані закони — найгірший вид тиранії.
Е. Бьорк (1729–1797)

Компонентна складова справедливості в законах у європейській традиції бере свій початок від уявлень давніх греків, насамперед Платона, й успішно доживає до Нового часу. Так, один із розділів орієнтованого на європейські цінності «Плану загального державного утворення» М. Сперанського [1, с. 335–394] містить формулу, що була нав'язана саме цими давніми уявленнями про внутрішню змістовну структуру правових приписів. Ця формула має такий вигляд: «Про розум законів у правах підданих». При цьому один із аспектів розумності законів відноситься у словнику реформатора до тієї їхньої предметної галузі, яка тлумачилася ним як «ставлення людей до спільної безпеки осіб і майна».

ДОСЛІДИ ДАВНИНИ ТА СЕРЕДНЬОВІЧЧЯ

Вимога дотримання законності та справедливості є характерною для політичного побуту й звичаїв багатьох народів давнини. Ця вимога забезпечувалася найчастіше логікою й реаліями судового рішення, тобто там, де суд керується правовим звичаєм або офіційним законом. Справа у тому, що будь-яке судове рішення має бути законним (за звичаєм як законом неписаним або за офіційним законом, зафіксованим письмово) й водночас справедливим (тобто розумним, співрозмірним, адекватним і, відповідно, схвалюваним). Крім того, істотними

¹ Переклад з російської мови. Наукове редагування В. Смородинського.

можуть стати для такого спору й самого судді зовнішні наслідки рішення. У давніх народів ця комплексна структура внутрішніх і зовнішніх, стосовно судового дійства, обставин передавалася за допомогою атрибутів Богині правосуддя (як покровительки справедливого суду). Так, у давніх єгиптян богиня Маат втілювала одночасно гарантоване забезпечення істини, порядку й справедливості; грецька Феміда, яку іноді зображали з рогом достатку замість меча, уособлювала гарантоване благо (користь), справедливість і пророкування.

Одним із найдавніших узаконень, які включили очевидні вказівки на шанобливе ставлення до вимог законності й справедливості, є закони вавилонського царя Хаммурапі (XVIII ст. до н. е.). До завдань верховного правителя, який покликаний до цієї місії самим божеством, входило «дати країні щастя й добре управління», захистити слабких від свавілля та беззаконня сильних, «вкласти в уста країни істину й справедливість». Самі ж закони отримують пам'ятну й виразну атестацію: «Такими є справедливі закони, які розсудливий цар Хаммурапі дав своєму народу, щоб призвичити його до суворої дисципліни й доброї поведінки». Й уточнюючи головний сенс і призначення виконаної й задіяної кодифікації, Хаммурапі заявляє гордовито про себе, що цим він «вклав у уста країни істину й справедливість і дав благоденство людям» [2, с. 47].

У вітчизняній історії перше ґрунтовне прилучення до сприйняття сенсу правосудного закону й справедливості відбулося в Середні віки. Це стало можливим завдяки тій обставині, що саме в цей період (IX–XI ст.) всюди у суміжних європейських державах і Візантійській імперії існував культ подвійної законності — божественної й людської — у зрозумілому ієрархічному взаємозв'язку. Іншим джерелом термінологічних та інституційних новацій у правовому спілкуванні стали біблійні тексти. Термін «божественний закон» передавався за допомогою грецького слова «номос» (закон), тоді як для княжих приписів використовувався термін «правда». Сенс гріха (людської гріховності) передавався переважно як «беззаконня», тобто як одночасне порушення вимог суспільно-політичних і моральних. Так само неоднозначною була й дисциплінуюча вимогливість правила, яке позначалося за допомогою слова «правда» (під цим багатозначним терміном малося на увазі — залежно від контексту — істина, справедливість, законоустановлення, судочинство) [3].

Саме в цьому останньому значенні це слово зустрічається у назві головної давньоруської пам'ятки права «Руська Правда» (*Lex Rossiae*). Звернемо також увагу на біблійне за походженням тлумачення слова «законодавець» (давньослов. — «законоположитель») як наставник, що утримує від порушення справедливості (Пс. 69, 21).

Крім того, виявляється, що слова «право», «правда» й «справедливість» мають спільне коріння, а саме слово «право» залежно від контексту є взаємозамінним зі словом «закон». Іноді веління Господа тлумачиться як правове, тобто як справедливе, істинне, позбавлене всіляких лестощів, брехні, хиб і помилок (Виправдання Господнього права, Пс. 18, 9). Так само під висловом «правий серцем» (Пс. 7, 11) розуміється людина з чистою совістю, не заплямована злочинном, справедлива, пряма, праведна [4, с. 126]. Характерно, що роздвоєння сенсу слова «закон» на «право» і «закон» зазнає, залежно від контексту, й сучасне англійське слово, що позначає закон («*law*»).

ЗАКОННА СПРАВЕДЛИВІСТЬ ЯК ПРЕДМЕТНА ГАЛУЗЬ ВИВЧЕННЯ

Проблема справедливості у зазначених варіаціях тлумачення її сенсу і вживання нечасто стає предметом достатньо повного й комплексного обговорення та узагальнення. Справа у тому, що в сучасних наукових обговореннях природи та призначення права голос прихильників уявлень про право як утілення справедливих вимог, іншими словами, уявлень про справедливі закони, не почуто або недостатньо визнано. Ліберальна традиція звеличує роль і значення свободи, позитивістська юриспруденція винаходить нові способи зведення права до існуючого офіційного закону, радикальні соціальні реформісти періоду пізнього капіталізму звеличують рівність можливостей і рівнозаконність як спосіб пом'якшення обурливої соціальної нерівності, що замішана на соціально-груповій корисливості й безвідповідальності. Так, Ю. Габермас у 1973 р. визначив нову історичну ситуацію за допомогою формули «приватне багатство *versus* суспільна бідність» [5].

Справедливість, як і багато інших категорій універсального ряду (добро, істина, краса, свобода), за своєю природою не піддається однозначному тлумаченню й беззаперечному аналітичному дробленню. Вона різноманітна у своїх проявах і дещо точніше стає лише у процесі різних прагматичних, функціональних або пізнавальних вимірів і використань. Таким проявом можна вважати й законну справедливість, під якою в тому чи іншому визначеному контексті розуміється наявність у правовому спілкуванні розумності та порядку, націльність цього спілкування на мир, безпеку й користь (благо). Законна справедливість може поставати у формі належної процедури правового спілкування, бути проявом відплатної та зрівняльної справедливості, вона може мати вигляд чітко фіксованої обов'язкової справності й невизначеної (пошукової) обов'язковості.

Усю картину проявів законної справедливості можна звести до трьох основних модифікацій, які зумовлюються джерелами (типовими формами) права: законна справедливість за звичаєм (неписаним законом); законна справедливість за офіційним законним правом (вимогами офіційного законодавства); науково-доктринальна законна справедливість, що містить науково-практичне її тлумачення, яке у свою чергу може спиратися на філософські, соціально-психологічні й навіть інтуїтивні сприйняття та обґрунтування.

Справедливість за звичаєм (неписаним законом) найчастіше сприймається й відтворюється з опорою-посиланням на юридичні прислів'я на кшталт біблійного «око за око», римського «договор — це закон для двох» чи вітчизняного «домовленість дорожче грошей». У Французькому цивільному кодексі, що діє з 1804 р., прямо вказується на збереження звичаєм своєї сили, навіть якщо його не згадано при укладенні угоди, але за природою зобов'язання його застосування вважається необхідним і загальноповинним. Крім вимог закону та звичаю у низці випадків учасникам правової угоди необхідно зважати ще й на вимоги справедливості. Про це з усією певністю сказано в ст. 1135: «Угоди зобов'язують не тільки до того, що в них виражено, а й до всіх наслідків, які справедливість, звичай або закон пов'язують із цим зобов'язанням відповідно до його природи». У цьому приписі слід звернути увагу не тільки на солідарність вимог звичаю та закону, а й на багатомірну, хоча й не конкретизовану потенцію вимог справедливості, що діють не лише солідарно зі звичаєм і законом або субсидіарно до

них, а й мають власний сегмент бачення та оцінок відповідної правової ситуації. За свідченням Ф.-Д. Тронше, укладачі цього кодексу «не відмовлялися від звичного, якщо воно не містить поганого».

У Німецькому цивільному уложенні 1900 р. заслуговують на увагу випадки обмеження свободи договорів і визнання їх недійсними з урахуванням вимог, які є близькими до вимог справедливості або збігаються з ними. Йдеться про вимогу відповідності договорів, що укладаються громадянами, вимогам «доброї совісті» й «добрих звичаїв». Найбільш повним формулюванням зазначених вимог є зміст параграфа 138: «Правочин, який суперечить добрим звичаям (*Gutte Sitten*), є нікчемним. Зокрема, нікчемним є правочин, за яким будь-яка особа, користуючись скрутним становищем, недосвідченістю, легковажністю або слабкістю волі іншої особи, змушує ту в обмін на будь-які послуги зі свого боку пообіцяти або надати собі або третій особі майнових вигод, які є явно невідповідними до зустрічного задоволення (наданих послуг)». Тут ключовим юридичним терміном є слово «невідповідні», що змушує згадати відоме визначення Цельса-молодшого: «Право — це мистецтво надання добра й відповідної справедливості» (за іншим перекладом: «наука доброго й справедливого»).

Науково-практичне тлумачення законної справедливості найбільш ґрунтовно й багатосторонньо втілюється у теоретичних і філософських характеристиках і дефініціях права й правових конструкцій. Зупинимося на філософських тлумаченнях теми. Так, на думку російського філософа С. Франка, філософія права за основним традиційно типовим своїм змістом є «пізнання суспільного ідеалу, з'ясування того, яким має бути благий, розумний, справедливий, “нормальний” лад суспільства». Це розділ соціальної філософії, соціальної етики [6, с. 21]. Такої ж позиції дотримувався його сучасник — італійський філософ Н. Боббіо, який вважав справедливість єдиною проблемою філософії права, складовою, власне, її предмета [7, с. 135].

ДОСВІД ВІТЧИЗНЯНОЇ ІСТОРІЇ

Розглянута тема представлена у вітчизняній історії у багатьох і різноманітних трактуваннях, починаючи з проповідей Київського митрополита Іларіона й роздумів освічених гостей-іноземців (Юрій Крижанич, Максим Грек) аж до коментарів сучасників російської освіченої абсолютної монархії й подальших політичних модернізацій Росії ХІХ–ХХ ст. Ми зупинимося на середньовічних і початкових сучасних трактуваннях обраної теми.

В обговоренні Іларіона акцент зроблений на сприйнятті законності, яка постає в декількох вимірах: в якості божественної — вказаної Богом Ізраїлю й сприйнятої Мойсеєм у вигляді «Закону на скрижалях», і людської — у вигляді княжого припису. У розповіді про правління князя-хрестителя Володимира повідомляється, що будучи «єдинодержцем» землі Руської, яка в його час і його зусиллями стала «відома й чутна всіма чотирма кінцями землі», князь «землю свою пас правдою, мужністю й сенсом» [8, с. 75], тобто управляв нею за допомогою законів, що підкріплювалися силою й розумом і були в той період своєрідним уособленням справедливості у справах і турботах княжого управління. Надалі слово «правда» наповнюватиметься багатьма додатковими й почасти новими значеннями. Крім позначення людського закону («Руська правда»)

вона вживатиметься для позначення суду, а також низки інших подібних за коренем слів і термінів, у тому числі справедливості, правильності, праведності. Так, в одному з послань оптинського старця Зиновія Отенського, яке відноситься до початку 30-х рр. XVI ст., слово «правда» вже зближується за значенням зі словом «справедливість» [9, с. 66].

Більш визначено виглядає трактування слова «неправда» як синоніму слова «несправедливість». І. Тимофеев, сучасник і несподівано адекватний коментатор політичних подій Смутного часу, описуючи характерні політичні події й тенденції сучасності, атестує їх як результат багаторічних порушень «законного порядку в усьому» [10, с. 133].

Найбільш вичерпний перелік причин лих, які випали на долю країни, міститься в анонімному публіцистичному документі під назвою «Плач про положення та остаточне руйнування Московської держави» (1612). У ньому, зокрема, зазначається, що всі лиха були покаранням за беззаконня та інші злі справи, про які «плачевно говорять пророки» у біблійних текстах. «...Зникли побожні з лица землі, бо правда в людях збідніла й запанувала неправда, і всіляка злість і ненависть до братів своїх множилася, бо збідніли доброта й оголилася злоба, і покрилися ми брехнею... Ось від чого впала велична Росія» [11, с. 221].

Найбільш багатоаспектним, хоча й тенденційним, коментарем руської політичної та законодавчої практики часів царя Олексія Михайловича став трактат Ю. Крижанича «Бесіда про політику», в якому він, зокрема, розглянув дилему між праведною королівською владою й тиранією. «Праведна королівська влада перетворюється на тиранію не так через люте катування, як через грабіжницькі закони. Бо будь-який король може бути тираном і без грабіжницьких законів, утім, державний лад буде нетиранічним, справедливим правлінням. А при грабіжницьких законах не може бути того, щоб правління не було тиранічним і король не був тираном. Тобто якщо будь-який король найбагатших людей без (усякої їх) провини відкрито грабує й сильних вбиває, але не підриває благих народних законів, то, хоча сам король — лиходій, людодерець і тиран, однак державний устрій не змінюється й не виникає тиранії, після смерті цього тирана знову наступить благо правління. Проте якщо будь-який король установить грабіжницькі, людодерські закони й введе несправедливі податі, торговельні мита, відкупи, кабаки й мерзенні побори, то й сам він буде тираном» [12, с. 308–310, с. 340–345, с. 410–414, с. 433–447].

Найбільше використання модифікацій дихотомії правди і неправди спостерігається у трактаті І. Посошкова «Книга про злидні та багатство» (1724). Головним своїм завданням автор вважає пошуки шляхів і засобів «для винищення великої та малої неправди й несправностей і насадження прямої правди й правостей». Крім справ торговельних, військових і судових він уперше обговорює тему справедливості в існуючому ставленні влади та панів до закріпаченого селянства. Убогість селянського життя свого часу він пов'язує з «нерозглядом правителів і панським насильством», а також із селянською «неписьменністю й беззаступністю», що дає можливість пану «стригти селянина, як вівцю, догола». У главі про правосуддя міститься характерне уточнення щодо вживання поняття «правда» і близьких за значенням понять. «Бог правда, правду він і любить. І якщо хто захоче Богу вгодити, то личить йому в усякій справі правду творити.

Найпаче всіх чинів належить суддям правду берегти не тільки в одних справах, а й у словах брехливо нічого не говорити, але що пристойно до правди, то й говорити, а брехливих слів суддя ніколи б не говорив...» [13, с. 162].

Доба Просвітництва вносить нові акценти в обговорення справедливості й законності — на перший план виходить несправедливість посадова, зокрема судова, хабарництво, станова приниженість і несвобода поневоленого селянства. Усі ці несправедливості турбують уяву не лише освічених реформаторів на троні й біля трону, а й освічених консерваторів. Так, за свідченням відомого представника цього історичного періоду князя М. Щербатова, закріпачені селяни живуть «радше як тварини, а не як люди», законодавці більше стурбовані «власним прибутком», а суддівські посади зайняті злодіями-хабарниками, що стали «злонравними чиновниками», які не оберігають, а «продають правосуддя». виправлення зіпсованих звичаїв і установ князь вбачає в конституційній монархії англійського зразка, яка змогла б «берегти життя, честь, маєток і спокій своїх громадян». На шляху до такого ладу необхідно, на думку М. Щербатова, прийняти для Росії нову «Книгу законів», при створенні якої законодавцям необхідно буде краще пізнати та врахувати особливості свого народу, «найдавніші закони» й «головні встановлення своєї країни», а також досвід інших країн, не забуваючи при цьому, що благополуччя народу забезпечується благими законами, а «погані роблять йому нещастя» [14; 10, с. 179–181].

Найоригінальнішим інтерпретатором розглянутої теми у другій половині XVIII ст. став Я. Козельський, який у своїх «Філософських пропозиціях» (1768) з позицій прихильника просвіченої монархії сформулював низку важливих політичних і законодавчих положень філософсько-правового характеру. Філософію права він іменує «філософією моральною», що складається з юриспруденції й політики, де юриспруденція відає «всіма можливими правами, або правостями». Таким чином, право і правість (справедливість) для нього є тотожними конструкціями. Справедливість у нього визначається як щось бажане й таке, що виводиться з міркувань (що є близьким до сучасного соціально-психологічного трактування права як очікування — Н. Луман та ін.) Право у такому сприйнятті постає як загальне право (загальне очікування), яке поділяється на багато особливих — на право природне, всесвітнє (воно ж право народів), право цивільне та інші особливі права, які повністю не збігаються із загальним правом у зазначеному раніше сенсі. Від різних прав, як гілки від коріння, походити мають різні закони: наприклад, від божественного права — божественні закони, від природного — природні тощо. Таким чином, право і закон мають різний зміст і призначення. На цьому Я. Козельський акцентує увагу в такому твердженні: «Юриспруденція є знанням усіх можливих прав, або правостей, і філософи називають знання уживаних у світі законів юриспруденцією несправедливо, а краще таке знання називати легіспруденцією, тобто знанням законів, а не юриспруденцією, тобто знанням прав. Закони різняться від прав, тому що закони, хоча здебільшого засновані на справедливості, втім, деякі з них засновані на несправедливості; наприклад, закон, який дозволяє бранця продати, купити, зробити рабом і утримувати його свавільно, є закон, хоча й не заснований на жодному праві, на жодній справедливості; навпаки, право, яке б воно не було, тільки би право, а не криво, не може своєю суттю

мати в собі жодної несправедливості» [15, с. 352–388]. Таким чином, право і закон не одне й те ж, правознавство слід відрізнити від законознавства, крім трьох правових і законознавчих традицій — природно-правової, цивільно-правової (цивілістичної в широкому й найдавнішому своєму розумінні, іменованої нині юридичним позитивізмом, що викликає сумніви внаслідок приблизності й у цьому сенсі неточності словника), та міжнародно-правової — варто, ймовірно, ніж за все, відокремлювати якусь синтезуючу галузь знань про право. Цю галузь уявлень про право як утіленої справедливості й водночас як форми відповідного застосування цих знань і очікувань Я. Козельський іменував загальним правом. Нам же її доречно називати загальнопорядковним правом, маючи на увазі насамперед правові (справедливі) звичаї та закони, де не останнє місце належить праву конституційному, тобто тому ж загальнопорядковному праву, тільки у більш усиченому сенсі. Для новітньої історії права актуальною виглядає теза філософа про те, що несправедливий закон не є і не може вважатися правом. Від цієї думки дуже близько до кантівської конструкції правового закону або до новітніх сучасних конструкцій справедливої держави й справедливого права (О. Гюфе [16] та ін.)

Важливий та істотний аспект обговорюваної нами теми складає трактування ототожнення справедливості і права, яку свого часу запропонував Л. Петражицький і про яку нагадала нещодавно Є. Тимошина [17]. Справедливість, на думку творця психологічної теорії права, становить сутність офіційного (позитивного) й водночас інтуїтивного права. Аргументуючи ототожнення справедливості з інтуїтивним правом, Л. Петражицький стверджує, що в емоціях справедливості «ми маємо справу з судженнями не про те, що належить за законами тощо, а про те, що кому по “совісті”, за нашим самостійним, незалежним від зовнішніх авторитетів переконанням належить, має бути надане тощо» [18, с. 404].

На думку Є. Тимошиної, справедливість за Л. Петражицьким являє собою автономне етичне переживання імперативно-атрибутивного типу, інакше кажучи — *інтуїтивне право*, яке протиставляється позитивному праву як *гетерономної* імперативно-атрибутивної емоції, спричиненої у психіці суб'єкта різними нормативними фактами. Сферою дії справедливості є *distributio bonorum et malorum*, тобто «галузь наділення благами й заподіяння зол, розподілу благ і зол», в якій інтуїтивне право співіснує з позитивним [17; 18, с. 413].

Цікавим продовженням тлумачення справедливості є обговорення етимології та вживання слова «правда» у працях сучасних теоретиків права. Так, на думку К. Арановського, правда в російському середовищі є чи не «основною цінністю», яку автор зараховує до розряду світоглядних цінностей. «Поняття правди не цілком піддається визначенню у словесних описах. Вони не можуть відтворювати чуттєве ставлення до цінностей... Правда залишається цінністю, яка доступна інтуїції й не цілком відкрита раціональному судженню... Коли б її оголосили з'ясованою й утілили у принципах і правилах, це просто означало б редукцію, зведення правди до форм, що заперечують її сутність. Разом з тим, брак можливостей словесно висловити правду зовсім не позбавляє її мотиваційної сили... Як цінність правда становить мету, створює ідеали, здатна керувати судженнями й спрямовувати поведінку. Це й дозволяє правді втручатися у

царину державного права. Переживання правди здійснюється за допомогою інтуїції. Відчуття правди дають інтуїтивні стани, в яких людина відчуває згоду зі світом і з собою, душевну визначеність. Без них, навпаки, він залишається у неспокої, навіть не маючи очевидних пояснень такій тривозі» [19, с. 421–424].

Звичайно, орієнтації на законність і справедливість як такі можуть бути присутні в найрізноманітніших суспільствах і епохах. Проте слід враховувати, що на перший погляд одні й ті ж прояви законності, справедливості, а також моральних дій насправді не цілком одні й ті ж і до того ж не завжди мають однакові позначення. Тому ґрунтовне обговорення цих явищ і процесів не завжди можна проводити з іншою термінологічною назвою або смисловим призначенням, ніж тим, яке воно мало у свій час і в ужитку певного народу чи держави.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Сперанский М. М.* Руководство к познанию законов. — СПб., 2002.
2. *Антология мировой правовой мысли* : в 5 т. — М., 1999. — Т. 1.
3. *Исаев М. А.* Толковый словарь древнерусских юридических терминов. — М., 2001.
4. *Краткий церковно-богословский словарь для толкового чтения книг, уяснения смысла богослужения и обрядов православной церкви.* — М., 1997.
5. *Хабермас Ю.* Проблема легитимации позднего капитализма / пер. с нем. Л. Воропай. — М., 2010.
6. *Франк С. Л.* Духовные основы общества. — М., 1990.
7. *Джентиле Ф.* О роли философии права в изучении юриспруденции в Италии // Государство и право. — 1995. — № 1.
8. *Иларион.* Слово о Законе и Благодати. — М., 1994.
9. *Отенский З.* Посланная грамотка от старца Зиновия Отенского монастыря ис пустыни к государеву Великому князю диаку Якову Шишкину // Исаев И. А., Золотухина Н. М. История политических и правовых учений России : хрестоматия. — М., 2003.
10. *Исаев И. А., Золотухина Н. М.* История политических и правовых учений России : хрестоматия. — М., 2003.
11. *Плач о пленении и конечном разорении Московского государства* // Антология мировой правовой мысли : в 5 т. — М., 1999. — Т. IV.
12. *Крижанич Ю.* Политика. — М., 1997.
13. *Посошков И. Т.* Книга о скудости и богатстве // Исаев И. А., Золотухина Н. М. История политических и правовых учений России : хрестоматия. — М., 2003.
14. *Сочинения князя М. М. Щербатова* : в 2 т. — СПб., 1896. — Т. 1. Политические сочинения.
15. *Философские предложения, сочиненные надворным советником и правительствующего Сенат секретарем Яковом Козельским в Санкт-Петербурге 1768 года* // Юридические произведения прогрессивных русских мыслителей. — М., 1959.
16. *Хёффе О.* Политика. Право. Справедливость: основоположения критической философии права и государства / пер. с нем. Вл. С. Малахова при участии Е. В. Малаховой. — М., 1994.
17. *Тимошина Е. В.* Право как справедливость: концепция интуитивного права в школе Л. И. Петражицкого // Правоведение. — 2010. — № 6. — С. 179–195.
18. *Петражицкий Л. И.* Теория и политика права : избр. тр. / науч. ред. Е. В. Тимошина. — СПб., 2010.
19. *Арановский К. Г.* Конституционная традиция в российской среде. — СПб., 2003.

Графський В. Г. Законність і справедливість як сталі ціннісні очікування та орієнтири в історії законодавства і правознавства

Анотація. У статті запропоновано думку про те, що законність і справедливість є найбільш сталими ціннісними орієнтирами історії законодавства, правознавства і політичної думки багатьох народів і країн Заходу, Сходу і Росії протягом усієї історії від давнини до сьогодення.

Ключові слова: закон, законність, право, справедливість, історія, законодавство, легіспруденція, політична думка, реформа, революція.

Графский В. Г. Законность и справедливость как устойчивые ценностные ожидания и ориентиры в истории законодательства и законоведения

Аннотация. В статье предложено мысль о том, что законность и справедливость являются наиболее устойчивыми ценностными ориентирами истории законодательства, законоведения и политической мысли многих народов и стран Запада, Востока и России на всем протяжении истории от древности до наших дней.

Ключевые слова: закон, законность, право, справедливость, история, законодательство, легиспруденция, политическая мысль, реформа, революция.

Grafskyi V. Legality and Justice as Constant Value Expectations and Orientations in the History of Legislation and Jurisprudence

Summary. In the article it is affirmed that legality and justice are the steadiest valuable orientations in the history of the legislation, jurisprudence and political thought of many people and the countries of the West, the East and Russia during all extent of history from an antiquity up to present times.

Key words: the law, legality, the right, justice, history, the legislation, jurisprudence, political thought, reform, revolution.

АНТРОПОЛОГІЧНІ ОСНОВИ ПРАВА



С. МАКСИМОВ

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

Здійснюючи реформування правової системи України в напрямку наближення її до європейських стандартів, ми маємо враховувати особливості самого права як складного феномена, який відчуває на собі вплив різноманітних чинників — основ чи засад права [1]. Серед таких детермінант можна виокремити антропологічні основи права — відмінні ознаки людської природи, що впливають на розуміння сутності та особливостей права. У системі основ права вони є зовнішніми (на відміну від внутрішньоправових) та природними (на відміну від соціальних, створених самою людиною) детермінантами, які пов'язані з укоріненістю права у природі або бутті людини [1, с. 42].

Питання про природу людини завжди були в центрі уваги філософів права, тому що будь-яке праворозуміння так чи інакше ґрунтується на концепції природи або сутності людини. Оскільки «антропологія завжди несла у собі загальний критерій правомірності» [2, с. 160], то й питання про антропологічні основи права як детермінанти його сутності та розвитку завжди були центральними у правовій філософії (хоча не завжди в явній, експліцитній формі). Проте нині у зв'язку із розширенням можливостей втручання у людську природу (завдяки розвитку сучасних біотехнологій) ця тема набуває особливої гостроти [3].

Взаємозв'язок між людиною і правом досліджується правовою антропологією як одним із базових розділів філософії права. Саме в такому загальному аспекті ми будемо аналізувати антропологічні основи права, залишаючи поза увагою більш спеціальні питання, які розглядаються у межах такої окремої правової дисципліни, як юридична антропологія [4], або антропологія права [5–6], що звертає увагу радше на культурно-історичні аспекти функціонування та розвитку права.

Певні аспекти філософсько-правового дослідження антропологічних основ права окреслено в нашій монографії [7] та розвиваються у працях молодих

українських учених [8–11]. Проте розкриття цього питання у цілісно-систематичному вигляді з виходом у сферу експертних оцінок та рекомендацій щодо застосування методологічних напрацювань у процесі правотворчості та правозастосування ще чекає свого часу. У цій статті обмежимося лише головними аспектами дослідження антропологічних основ права, зосередившись на таких питаннях: а) роль філософської антропології у дослідженні людської природи як основи права; б) взаємовідносини антропологічного і соціального; в) розуміння правопорядку і базові антропологічні припущення («образ людини» та «образ права»).

У найширшому аспекті фактом реальності, який є засадовим стосовно права і держави, є сама людина. Вихідним для дослідження антропологічних основ права завжди буде цитата Т. Гобса із передмови до його книги «Про громадянина»: «...Слід правильно зрозуміти, якою є людська природа, що робить її придатною чи не придатною для створення держави і яким способом повинні об'єднуватися люди, що бажають жити разом» [12, с. 278]. Проте тут виникають два важливі застереження: соціальний порядок не може складатися лише з ізолюваних індивідів; природа людини не може бути зведена лише до її біології. Тому слід мати на увазі, що людина з самого початку є соціальною істотою, а правова антропологія розглядає людину не лише як природну, а й як культурну істоту [13, с. 56]. Вона, отже, спрямовує свій погляд також на простір дій та формотворень, який відповідає людській природі.

Саме єдність біологічної й культурної складової людини виражається у відомому відкритті філософської антропології, яке має безпосереднє значення для розуміння фундаментальної основи права.

Філософська антропологія розробила чисельні визначення людини, які вирізняють різноманітні властивості людських істот: від людини розумної (*homo sapiens*) до людини (*homo*), що творить (*creator*), виробляє (*faber*), говорить (*loquens*), грає (*ludens*), мандрує (*viator*) тощо. Існують також визначення, в яких акцентується увага на таких властивостях людини, завдяки яким вона має здатність до діяльності в певних сферах: людина економічна (*oeconomicus*), соціологічна (*sociologicus*), серед яких виникає і визначення людини правової (*homo juridicus*). Обґрунтовуючи введення останнього поняття французький соціолог права Ж. Карбон'є зазначав, що тільки людина з усіх живих істот «наділена властивістю бути юридичною істотою», і тільки їй притаманна здатність «створювати і сприймати юридичне» [14, с. 61]. О. Гюфе також звертається до характеристики людини як істоти, що створюється правовим порядком [15, с. 47]. Проте всі згадані визначення людини мають у своїй основі універсальну властивість людини, на яку вказує філософська антропологія.

Головним відкриттям філософської антропології, принаймні з кінця XVIII ст., є відкритість людських істот. Це означає, що людина не детермінується ні навколишнім середовищем, ні її власними природними якостями. Людина — це «тварина з невизначеною природою» (Ф. Ніцше) [16, с. 290], тобто за своєю природою вона є істотою культурною (А. Гелен) [17, с. 74].

Відповідно до концепції філософської антропології такий стан пов'язаний із особливостями людської тілесності. При цьому, якщо антична і середньовічна традиції трактували останню позитивно і вважалось, що людина володіє склад-

ною і досконалою біологічною організацією, то сучасна філософська антропологія звертає увагу на недостатність людської істоти, на те, що вона погано «вкорінена» в природі. Згідно з таким підходом право вважається культурним феноменом, що складається із таких норм, які уможливають людську співпрацю. Право в цьому сенсі виявляється природним феноменом, тобто феноменом, вбудованим у людську природу на зразок інстинктів, емоцій тварин, що живуть співтовариством. Оскільки люди недостатньо наділені цими інстинктами в порівнянні з тваринами, то ідеї, інститути і норми, які створюються (і засвоюються) як частина культури, можна розглядати в якості заміників відсутніх інстинктів, що керують спільнотами в тваринному світі.

Хоча такий підхід й абсолютизує тілесність, але він дозволяє звернути увагу на таку інтегральну властивість людини, як відкритість світу, її незавершеність як створіння. На відміну від тварини, людина постійно долає свою видову і соціальну обмеженість, трансцендуючись, підносячись над існуючими обставинами. У цій незавершеності полягає величезний потенціал саморозвитку людини.

Отже, в якості антропологічної основи користування людьми певними правилами, включаючи й правові норми, слід розглядати своєрідність біологічної конституції людини, яка часто виражається поняттям недостатньої істоти, тобто істоти, обділеної природою. Проте цю своєрідність можна інтерпретувати й більш оптимістично. Природа не обділила людину, а наділила її, але по-іншому. Недостатня спеціалізація чи розвинутість тих чи тих людських здібностей обертається такими позитивними якостями, як відкритість світу, здатність до динамічного саморозвитку, практична пристосованість до обставин. Людина виявляється істотою полікомпетентною, наділеною найрізноманітнішими нахилами і здібностями. Різноманіттю її сутності бракує організуючої однозначності. Тому так важко, а часом навіть неможливо визначити її природу, або сутність. У цій відкритості світу і полікомпетентності укладена фізіологічно-психічна основа свободи дій людини, що виявляється у здатності людини рефлексивно ставитися до умов свого життя, певним чином їх позначаючи й осмислюючи. Вона здатна оцінювати ці умови й на підставі оцінок намагатися їх освоїти: або пристосувати до своїх потреб, або перетворити.

Рефлексивне ставлення людини до себе самої й своїх дій має два моменти: а) людина здатна на свідомі вчинки; б) вона може вибирати серед безлічі різних можливостей одну або декілька і лише цю одну або декілька визначити як «свої». Це означає, що «людина здатна на усвідомлювані, продиктовані її волею і в цьому сенсі вільні вчинки» [18, с. 219]. У той же час свобода дій є не абсолютною, а відносною. Платою за відкритість структури спонукальних мотивів і реакцій людини є можливість насильства, або загроза бути вбитим. Небезпека насильницької смерті від рук собі подібних має ту ж антропологічну основу, що й свобода дій. Але як будуть розвиватися ці регуляторні здатності людини залежить від того, як складаються її взаємини з іншими людьми, в тому числі й у межах такого інституту, яким є право.

Таким чином, свобода, будучи універсальною здатністю людини, робить право і можливим (розуміння суті правил, здатності до судження), і необхідним (необхідне обмеження свободи, що робить її можливою). Право обґрунтовуєть-

ся тим, що воно є інститутом, що, з одного боку, уможлиблює свободу, і з другого — захищає її від небезпеки.

Від загального аспекту аналізу антропологічних основ права («антрополого-правової метафізики») звернемося до більш конкретного аспекту дослідження цих основ як фактів людської природи.

Можна виокремити чотири види взаємовідносин між антропологічними й соціальними аспектами буття людини:

1. *Нормальні сприятливі обставини*, тобто такі антропологічні факти (пов'язані з особливостями людського тіла), які сприяють розвиткові соціального: прямоходіння звільнило руки для праці; відведений великий палець є передумовою для технічного використання знарядь, отже, і для розвитку техніки; мозкові структури та гортань сприяють розвитку мови, а звідси й розвитку людського спілкування. Проте ми не можемо вказати на певну особливість побудови людського тіла, яка б призвела до необхідної появи права.

2. *Обставини, які стимулюють розвиток соціальних компенсаторів*: відсутність достатніх інстинктивних орієнтацій компенсується, як вже зазначалося, соціальними інститутами. Також через безпорадність немовлят, тривалий період росту та виховання дітей, необхідними стають інститути соціалізації (родинні стосунки в широкому значенні слова); постійний сексуальний потяг сприяє утворенню шлюбних пар. Певною мірою лише через необхідність компенсації відсутності природних властивостей можна прослідкувати зв'язок права, як одного із видів соціального нормування, із біологічною природою людини.

3. *Обмежуючі, сковуючі якості людського тіла* (особливості шкіряного і відсутність волосяного покриву та ін.), які роблять постійне існування в екстремальних умовах (висота над рівнем моря, занадто висока або низька температура, радіація тощо) неможливим. Але вони можуть бути подолані завдяки застосуванню технічних досягнень. Хоча на формування права як нормативного регулятора ці якості й не впливають, проте вони є важливим стимулом розвитку техніки (в найширшому значенні).

4. *Зростання можливостей втручання людей у свою внутрішню природу*: на сьогодні генетична природа людей стає все більше і більше підконтрольною. Проте виникає запитання: чи існують тут (тобто у втручанні в генетичну людську природу) «природні» межі, чи вони є, швидше за все, лише моральними? Така можливість зворотного втручання соціуму (на рівні технічних та інтелектуальних можливостей) у людську природу, як буде показано нижче, може нести загрозу втрати ідентичності суб'єктами права, а тому й руйнування основ стійкого правопорядку.

Зв'язок права з антропологічними основами, внаслідок його багатфункціональності, проявляється по-різному. По-перше, оскільки право належить до соціальних інститутів, то і правопорядок є компенсатором недостатності заснованих на інстинктах орієнтацій дій, тобто відсутності закінченої й застиглої програми поведінки. Люди мають потребу в певному нормативному «керівництві» (А. Гелен). Однак це лише один бік соціальної функції права. По-друге, у зв'язку з бідністю своєї фізіологічної, тобто інстинктивної природи, люди автономно будують соціальний порядок як «другу природу». Право не є безпосереднім задоволенням інтересів, потреб, інстинктів, бажань. Воно більшою мірою виконує кон-

структивну функцію, забезпечуючи можливість діяльності, що не має фізіологічного еквівалента. Право надає людині можливість бути автономною, сприяє здійсненню «позаприродної» діяльності: укладення договорів, створення організацій, корпорацій, юридичних осіб, держави тощо. По-третє, іноді право, особливо кримінальне право, служить для приборкання агресивних поривів і первісних інстинктів. Тобто у цьому випадку воно виступає вже не компенсатором недостатності, а обмежувачем надмірності деяких інстинктів.

У зв'язку з відсутністю однозначної залежності між правом і його антропологічними детермінантами, питання про їх співвідношення може бути представлено як кореляція образу людини й образу права [7, с. 196–199].

У загальному підсумку з «образу людини», тобто з основних антропологічних тверджень, виводяться наслідки для розуміння правового порядку: право як репресивний порядок, стримуючий «людину-вовка»; право як інструмент патерналістського законодавця, який авторитарно вводить у життя зразки поведінки (для людей-недотеп, які не здатні жити власним розумом); право як кантівський порядок загальної свободи для автономних індивідів та ін.

Роль образу людини у концепції прав людини розкривається відомим німецьким філософом права В. Брюггером [19]. У його статті роз'яснюється поняття «людина», що покладене в основу концепції прав людини, яке складалося історично і відображено у сучасних документах із прав людини. Цей підхід покликаний допомогти розробити такий «образ людини» (німецькою — *das Menschenbild*, англійською — *the image of the person*), з яким могли б погодитися усі світові культури. Причому «образ людини» в концепції В. Брюггера, як і загалом у сучасній німецькій юридичній науці та практиці, є не абстрактним, а реально «працюючим» у судовій практиці. Так, у практиці Федерального Конституційного суду ФРН, представлений у кількох важливих справах, використано образ людини, закладений у Конституції ФРН задля того, щоб роз'яснити сторонам у справі та громадськості в цілому ті підстави, на основі яких Суд домігся балансу між конкуруючими приватними інтересами та між приватними і публічними інтересами. Типовим формулюванням Суду є таке: «Образ людини, що лежить в основі Основного Закону ФРН, — це не окремий ізольований індивід. Навпаки, Основний Закон подолав суперечність між індивідом і спільнотою, забезпечивши здійснення комунітарних зв'язків та обов'язків людини без зазіхання на її внутрішню та автономну цінність» [19, с. 139]. Ця формула образу людини ґрунтується, з одного боку, на положенні про незалежність та індивідуальність кожної людської істоти як основної конституційної цінності (головна його засада), а з другого — на врахуванні взаємодії людей у суспільстві (його комунітарний елемент), що вимагає досягнення певного розумного балансу між правами й обов'язками.

Запропонована автором формула, яка складається з п'яти елементів, вказує на те, що права людини мають на меті забезпечення «самовизначального, значущого та відповідального способу життя» кожній людині. Елементи цього «образу» означають таке: *самовизначення* — свободу вибору, відповідальність за вибір; *значущість* — культуру та традиції, котрі створюють вибір та обмежують вибір; *відповідальність* — відповідальність за вибір, взаємність, юридичну й соціальну відповідальність; *життя* — захист життя, належну процедуру, еколо-

гію життя, нову належну процедуру; *стиль (спосіб)* — аналітично усі попередні елементи, повагу до всіх попередніх елементів у розумінні приписів, незважаючи на легітимно відмінні наголоси в різних культурах [19, с. 140].

На жаль, ми не можемо, на відміну від Федерального Конституційного суду ФРН, доктринально зафіксувати — на який саме «образ людини» спирається Конституція України. Сподіваємося, що в процесі науково-юридичного дискурсу в межах Конституційної Асамблеї така формула буде знайдена.

Значення образу людини як універсальної основи для правопорядку актуалізується нині ще в одному ракурсі, а саме — у зв'язку із дискусією про межі можливого технологічного втручання у генетичну природу людини. Видатний німецький філософ Ю. Габермас у книзі «Майбутнє людської природи» [3], присвяченій аналізу небезпек, пов'язаних із дослідженнями на ембріонах та преімплантаційній діагностиці, звертає увагу на те, що попередні аргументи в дискусії щодо ставлення до генних досліджень і генної технології безплідно обмежувалися питанням про моральний статус доособистісного людського життя, але він входить до формулювання більш широкого контексту в межах констатації зачатків нової, ліберальної євгеніки. Ю Габермас зазначає: «Ситуації поводження з доособистісним людським життям піднімають питання зовсім іншого калібру. Вони стосуються не тієї чи тієї відмінності серед множини форм культурного життя, а інтуїтивних самоописів, на підставі яких ми ідентифікуємо себе в якості людей і відрізняємо себе від інших живих істот. Інакше кажучи, вони зачіпають проблему саморозуміння нами самих себе як видових істот. Йдеться не про культуру, всюди різну, а про *образ людини* (виділено мною. — С. М.), який малоє себе для різних культур, — людини, яка у своїй антропологічній загальності всюди є тією самою» [3, с. 51–52]. Тенденція розвитку генної інженерії, що здійснюється, викликає побоювання тим, що підриває образ, створений нами про самих себе як про культурну видову істоту з ім'ям «людина» і якому у нас немає альтернативи.

На думку вченого, технізація людської природи може вплинути на саморозуміння з позицій етики виду таким чином, що ми вже більш не здатні будемо розуміти себе в якості етично вільних і морально рівних, що орієнтуються на норми й основні принципи, істот. Перш за все в результаті непередбаченого виходу на історичну арену несподіваних альтернатив руйнується самозрозумілість елементарних основоположень [3, с. 53].

Які юридичні наслідки провокує право батьків визначати генетичні якості дитини? Тут немає зіткнення із правом іншої особи, тому що ембріон не є іншою особою, наділеною абсолютно значимими основоположними правами. Сам Ю. Габермас пропонує розрізняти «недоторканність людської гідності» (ч. 1 ст. 1 Конституції ФРН) і «непідвладність чужому впливу доособистісного людського життя» (може бути віднесене до основоположних прав, зафіксованих у ч. 2 ст. 2 Конституції ФРН), що може бути розтлумачене як багаторівневий захист життя. Шкода, яка можлива при ситуації визначення батьками генетичних якостей дитини, лежить не в площині незаконного позбавлення прав. Швидше за все вона полягає в розхитуванні статусної свідомості носіїв громадянських прав.

«Ліберальна євгеніка» як практика, що надає прийняття рішення про втручання в геном на розсуд батьків, не є вторгненням у свободи, а зачіпає необхідну

для свідомості особистості, що піддається генетичному втручанню, природну передумову діяти автономно й відповідально. Ю. Габермас акцентує увагу на двох можливих наслідках розповсюдження практики «ліберальної евгеніки», а саме: 1) «генетично запрограмовані особистості вже більш не розглядають себе як неподільних авторів своєї власної історії життя»; 2) «у відношеннях із поколіннями, що передують, вони більше не можуть без якихось обмежень розглядати себе як рівних за походженням особистостей». Євгенічна практика здатна без будь-якого безпосереднього вторгнення у сфери вільної поведінки генетично модифікованої людини, що росте, утискати статус майбутньої особистості як члена універсальної спільноти моральних істот [3, с. 93].

У цьому прикладі й аргументації яскраво виявляється особлива значимість саморозуміння людиною свого образу для надання важливих механізмів створення і функціонування правової реальності.

Аналіз антропологічних основ права дозволяє побачити, що на сучасному етапі розвитку суспільства можливості технологічного втручання в природу людини можуть досягати такого ж рівня небезпеки, що й втручання у природне середовище, тобто загрожувати існуванню людства або того способу буття людини, що склався. Це зумовлює перспективу зміни принципів правового регулювання у сфері природи — як внутрішньої (природи людини), так і зовнішньої (природного середовища). Внутрішня природа, подібно до зовнішньої, більше не виступає переважно в ролі обмежувальних умов законодавчої політики. Тенденція зростаючого значення природи задає зворотню перспективу: мета законодавця на сьогодні полягає більшою мірою у встановленні нормативних обмежень, ніж у дозволі широкого поля вибору в межах технологічно можливого. Подібно до того, як зовнішня природа є предметом інтересу екологічного права, технологічні маніпуляції над нашою внутрішньою, генетичною природою стають об'єктом нових регуляторів (таких, як біоетика та біоправо). Якщо класична (кантівська) антропологія виходила з максими: «належне припускає можливе» (тобто належне обмежується можливим), то сучасна антропологія — з того, що ми не повинні робити все те, що ми можемо (тобто можливе має обмежуватися належним).

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Максимов С. До питання про засади права: спроба систематизації // Право України. — 2011. — № 8. — С. 38–45.
2. Соловьев Э. Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права. — М., 1992.
3. Хабермас Ю. Будущее человеческой природы. На пути к либеральной евгенике? / пер с нем. — М., 2002.
4. Рулан Н. Юридическая антропология : учеб. для вузов / пер. с франц. — М., 1999.
5. Ковлер А. И. Антропология права : учеб. для вузов. — М., 2002.
6. Бочаров В. В. Неписанный закон: Антропология права. Научное исследование : учеб. пособие. — СПб., 2012.
7. Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. — Х., 2002.
8. Бігун В. С. Людина в праві: аксіологічний підхід : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.12. — К., 2004.

9. *Гудима Д. А.* Права людини: антрополого-методологічні засади дослідження. — Л., 2009.
10. *Трофименко В. А.* Розум та воля як антропологічні основи права : моногр. — Х., 2006.
11. *Кравченко А. П.* Антропологічний принцип у філософії права : моногр. — Х., 2010.
12. *Гоббс Т.* Сочинения : в 2 т. — М., 1989. — Т. 1.
13. *Циттеліус Р.* Філософія права / пер. з нім. — К., 2000.
14. *Карбоньє Ж.* Юридическая социология / пер. с франц. — М., 1986.
15. *Гьоффе О.* Політична антропологія в особливому полі уваги права // Гьоффе О. Вибрані статті / пер. з нім. — К., 1998. — С. 45–55.
16. *Ницше Ф.* По ту сторону добра и зла // Ницше Ф. Сочинения в двух томах / пер. с нем. — СПб., 1998. — Т. 2.
17. *Gehlen A.* Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt. — Frankfurt am Main, 1993.
18. *Хеффе О.* Политика, право, справедливость. Основоположения критической философии права и государства / пер. с нем. — М., 1994.
19. *Брюггер В.* Образ людини у концепції прав людини // Проблеми філософії права. — К. ; Чернівці, 2003. — Т. I. — С. 136–146.

Максимов С. І. Антропологічні основи права

Анотація. У статті здійснюється дослідження антропологічних основ права, пов'язаних з укоріненістю права у природі людини. Антропологічні основи права визначаються як твердження про відмінні ознаки людської природи, що впливають на розуміння сутності та особливостей права. Основне антропологічне твердження полягає в тому, що недостатність інстинктивної бази мотивує людей розвивати правові інститути, а певні уявлення про людську природу впливають на характер правового регулювання.

Ключові слова: правова антропологія, основи права, антропологічні основи права, образ людини.

Максимов С. И. Антропологические основы права

Аннотация. В статье осуществляется исследование антропологических основ права, связанных с укорененностью права в природе человека. Антропологические основы права определяются как утверждения об отличительных признаках человеческой природы, влияющих на понимание сущности и особенностей права. Основное антропологическое утверждение состоит в том, что недостаточность инстинктивной базы мотивирует людей развивать правовые институты, а определенные представления о человеческой природе влияют на характер правового регулирования.

Ключевые слова: правовая антропология, основы права, антропологические основы права, образ человека.

Maksymov S. Anthropological Foundations of Law

Summary. This article studies the anthropological foundations of law, which are related to the rights rooted in human nature. Anthropological foundations of law are defined as statements of the distinctive features of human nature that have influence to the understanding of the nature and characteristics of law. Basic anthropological assertion is: the lack of instinctive base motivates people to develop legal institutions, and certain assumptions as for the human nature affect to the model of legal regulation.

Key words: legal anthropology, foundations of law, anthropological foundations of law, the image of person.

ОСОБИСТІТЬ І ПРИВИНЕННЯ¹: ВІД ПРОСВІТНИЦТВА ДО ФІЛОСОФІЇ ІДЕАЛІЗМУ²



К. ЗЕЄЛЬМАН
*доктор юридичних наук,
ординарний професор філософії права
та кримінального права
(Університет Базелю, Швейцарія)*

Незважаючи на те, що у XVIII ст., а також на межі XVIII–XIX ст. ще навіть не йшлося про міждисциплінарність, вчений світ цього часу вже мав тематичні місця збігу, де б могли зустрітися філософи, теологи і юристи. Подібними місцями збігу були особистість і привинення (*Zurechnung*).

Приписування відповідальності перед іншими людьми, особливо приписування вчиняти належним чином у власній поведінці, яке імпліцитно існувало ще в Античності та Середньовіччі, вперше було явно пов'язано зі ставленням до себе лише у ранньому Просвітництві. Тільки тому, хто має певним чином продумане ставлення до самого себе, хто вміє у думці бути пов'язаним із самим собою, бути відповідальним — тільки така людина може бути звинувачена у своїх вчинках або бездіяльності. Ця здатність побудувати інтелектуальний зв'язок із самим собою, разом із тим критично розглядаючи себе і керуючи собою, саме й утворює особистість у філософії класичного модерну. На межі XVIII–XIX ст. у І. Канта ця точка зору досягла власної кульмінації. Особистість стає чітко визначеною як об'єкт привинення. Особистість, вважає І. Кант, є той суб'єкт, вчинки якого здатні до привинення.

¹ Так було вирішено перекласти німецьке «*Zurechnung*» (рос. — «вменение»). На відміну від терміна «інкримінування», «привинення», яке з'явилося в українській мові у середині 20-х років XX ст., найбільш точно, на нашу думку, відображає сенс явища, яке позначається цим терміном — визначення ставлення особи (вини) до вчиненого нею діяння. Крім того, слід зауважити, що «ідеалізм», про який йдеться у назві статті, за задумом автора — насамперед німецький класичний ідеалізм І. Канта, І. Фіхте, Г. Гегеля та ін. — *Прим. перекладача*.

² Глава колективної монографії з нагоди ювілею Х. Випрехтірепа: *Seelmann K. Personalitaet und Zurechnung von der Aufklaerung bis zur Philosophie des Idealismus / Heer M., Heimgartner S., Niggli M., Thommen M. (Hrsg.), Festschrift fuer Hans Wipraechtger.* — Basel, 2011. — S. 575–585 (пер. з нім. О. Стовби).

Під знаком відповідальності не пізніше, ніж за часів І. Канта, обговорювалося питання про зворотні передумови поведінки, а саме про те, чи взагалі не створює вперше безперервно здійснюване моральне або правове привинення те ставлення до себе, яке ми намагаємося пізнати через поняття особистості. Чи не пізнає, як натякав ще К. Ойлер, у грецьких трагедіях винний, якого викинуто із суспільства, через екзистенціальні сумніви, через власну провину, доти невідому самотійність — самосвідомість із совісті [1, с. 152–176, 156]? Чи не є навіть, як вважає науковець М. Дамаска з Єльського університету, злочинець, як результат залишеності на самого себе внаслідок дії, підпорядкованої вмінню-вчиняти-інакше, першим індивідом [2]?

1. ЕЛЕМЕНТИ СТАВЛЕННЯ ДО СЕБЕ ЯК ПЕРЕДУМОВА ПРИВИНЕННЯ

Розглянемо спершу зв'язок особистості та привинення від Дж. Локка до І. Канта. Йдеться про те, яке ставлення до себе переважало в епоху Просвітництва, щоб інкримінація, яка з XVII ст. була найбільш вживаним поняттям на позначення привинення, взагалі могла мати місце. Проте разом із тим помічається і зворотній шлях впливу інкримінування на ставлення до себе. Тоді звернемося до ідеалістичної філософії на межі XVIII–XIX ст. і розглянемо її розвиток.

а) Дж. Локк та Т. Гоббс

Поняття «ставлення до себе» Дж. Локка, яке часто позначається як революційне [3, с. 79–101]¹, у главі 27 другого видання його відомих «*An Essay Concerning Human Understanding*» (1694)² має назву «*Of Identity and Diversity*»³. Тим самим воно пов'язане з майже подібною за назвою главою «*Of Identity and Difference*»⁴ Гоббсівського «*De corpore*» [4]. У цій ідентичній главі, яка постійно привертає до себе все більше уваги, Дж. Локк захоплюється поняттям особистості та питанням, що взагалі робить людину ідентичною самій собі, тобто чому ми можемо казати, що хтось раніше був тією самою людиною, якою він є зараз. Тому Дж. Локк застосовував поняття особистості для пояснення того, що у будь-якій людині залишається ідентичним поза часовими межами. Він робить це з точки зору «*forensic term*»⁵, тобто певного поняття права або, більш точно, певного «судового поняття» («*gerichtlichen Begriffs*»). Особистість є для Дж. Локка ставленням до себе, яке має справу із звичним привиненням у діяннях перед судом. Тим самим Дж. Локк перебуває у контексті поширеного

¹ «Локківська революція» і «Локківське викладення теми часто й обґрунтовано позначається як революційне». Про те, що Дж. Локк «розвивав революційний образ модерново пояснюваної персони», говорив ще М.-З. Лоттер [7, с. 505]. Тим самим розуміється, що Дж. Локк відмовляється від уявлення про «*res cogitans*», про яке писав ще Р. Декарт, і вважає свідомість не різновидом речей, які споглядаються зовні, але вручені привілейованому внутрішньому погляду індивіда.

² «Есеї про людське розуміння» (англ.; тут і далі — *Прим. перекладача*).

³ «Про ідентичність та різноманітність» (англ.).

⁴ «Про ідентичність та різність» (англ.).

⁵ Судового терміна (англ.).

у XVIII–XIX ст. залучення правових термінів і судових метафор до прояснення практично-філософської постановки питань:

«Wherever a man finds what he calls himself, there I think another may say it is the same person. It is a forensic term appropriating actions and their merit; and so belongs only to intelligent agents capable of a law, and happiness and misery»¹.

Ключовим для питання, в яких діях, за Дж. Локком, може бути звинувачена особа у сенсі згадуваного ним «судового терміна», є осягнення цих дій у (індивідуальній) свідомості кожної особи. Можна було б там, де йдеться про події у минулому, також сказати «в індивідуальних спогадах особи».

«This personality extends itself beyond present existence to what is past, only by consciousness, whereby it becomes concerned and accountable, owns and imputes to itself past actions, just upon the same ground, and for the same reason that it does the present»².

Отже, індивід здійснює акт привинення, тобто приписування собі чогось. Однак не тільки привинення, а і його наслідки у вигляді нагороди або покарання ведуть назад, до цієї персональної ідентичності, до того ж у цьому випадку менше значення має свідомість як така і більше – афекти Самого Себе (*Selbst*):

«In this personal identity, is founded all the right and justice of reward and punishment; happiness and misery being that for which every one is concerned for himself...»³.

б) Чи є у Дж. Локка свідомість достатньою умовою для особистості?

Та обставина, що ставлення до себе утворюється у Дж. Локка не тільки через свідомість, вимагає більш глибокого розгляду. Близьке, на перший погляд, до Локківського тексту положення, що для Дж. Локка свідомість самого себе у минулому є достатньою і необхідною умовою персонального привинення, зараз правомірно оспорується – наприклад, Р. Брандтом. Він, навпаки, вважає, що при більш ретельному читанні текстів Дж. Локка слід виходити принаймні з двох подальших передумов.

Свідомість повинна існувати у контексті клопоту про себе (*Selbstsorge* (*concern*⁴)), задоволення і невдоволення – істота, «яка не в змозі розпоряджати-

¹ «Де б людина не знаходила те, що вона називає собою, там, я гадаю, ще хтось може сказати, що це та сама особа. Це судовий термін стосовно діянь та їх сутності; і так належить лише розумним особам, які здатні до дій і права, щастя та нещастя» [5, с. 346].

² «Ця особистість простягає себе поза наявне існування до того, що минуло, лише через свідомість, унаслідок чого вона стає обтяженою справами та здатною відповідати, приписує собі свої минулі вчинки та володіє ними, просто за тих підстав і з тих причин, як це робить теперішнє» [5, с. 346]. Див. також там само: § 9, S. 333: «*And as far as this consciousness can be extended backwards to any past action or thought, so far reaches the identity of that person; it is the same self now it was then; and it is by the same self with this present one that now reflects on it, that that action was done*» («І наскільки далеко ця свідомість може бути простягнута назад до якоїсь минулої дії або думки, настільки далеко простягається ідентичність цієї особи; вона зараз та ж сама, якою була тоді; і вона та ж сама, що і зараз, що тепер рефлектує те, що зараз було вчинено дію»).

³ «У цій персональній ідентичності знаходиться все право і справедливість нагороди і покарання; щастя і нещастя є такими для того, хто клопочеться про себе» [5, с. 340].

⁴ Клопіт (англ.).

ся клопотом, задоволенням, невдоволенням, страхом та надіями, не здатна створювати персональну ідентичність»¹ [6]. Звісно, вже у Локківському понятті «*consciousness*»² (поняття, яке для філософії ввів сам Дж. Локк і яке до нього використовувалося лише кількома теологами) закладено більше, аніж у «свідомості». Поняття «*consciousness*» містить у Дж. Локка також суто тілесний спогад (*Erinnerung*) [8], внаслідок чого визначення через задоволення і невдоволення вже входить у спогад. І далі, щоб перетворити самосвідомість на об'єкт привинення, слід додати елемент, який є «специфічно християнським та Новочасовим» [6, с. 5]. Це є вмотивований загрозою покарання або надією на заохочення державний або божественний закон та судова інстанція [6, с. 5]. Тоді коли «людина за суто природних умов клопочеться про власне щастя, вона залишається... природною істотою, підпорядкованою відповідному моменту очікування» [6, с. 6], якій важко гарантувати консистенцію та безперервність її поведінки. Ідея закону не тільки штовхає індивіда у взаємодію з Іншими, а й посилює індивідуальний спротив.

Насправді важко довести, що Дж. Локк при описі ставлення до себе особистості постійно виявляв «*consciousness*», «*concern*» і «*accountability*» у їх взаємозв'язку.³ Однак він охоплює — і в цьому може міститися його особливе значення для традиції рефлексії ставлення до себе — три елементи цього ставлення до себе. Йдеться про суб'єктивність у сенсі рефлексії над собою як континуумом у (само) свідомості, тобто про знання про те, що в принципі вчора було те ж саме, що і сьогодні. По-друге, йдеться про індивідуальність в аспекті тілесної своєрідності, а також контингентності, яка принципово відрізняє себе від усіх інших людей. І, нарешті, по-третє, Дж. Локк говорить про особистість в аспекті мінливого відображення становлення до себе та інтерсуб'єктивних зв'язків.

с) І. Кант та інкримінація

Майже через століття після Локківських «*Essay*» І. Кант у 1797 р. у новий спосіб розвиває ідею про взаємозв'язок ставлення до себе та приписування відповідальності⁴.

«Особа — це той суб'єкт, дії якого є здатними до привинення (*dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind*). Моральна особистість є не що інше, як свобода розумної істоти, підкорена моральному закону (психологічне, проте чисте вміння усвідомити ідентичність самої себе у різноманітних станах власного існування)...» [10, с. 223].

¹ Див. також: «Це важко зрозуміти, як суб'єкт чистого сприйняття повинен досягти свідомості кінцевого “Себе”, без того, щоб припустити відмінність від інших осіб...» [7, с. 511].

² Свідомість — англ. Тут і далі автор зазначає, що німецьким еквівалентом (*Bewusstsein*) повністю неможливо перекласти всі значення, які містить у собі англійське «*consciousness*».

³ Свідомість, клопіт, відповідальність (англ.). Можна порівняти лише цитуючи § 26 (о. *Ant.* 6). Сумніви у можливості суто когнітивної самосвідомості див. у: [7, с. 512].

⁴ «Як Локк, так і Кант визначали особу як суб'єкта діянь, які можна приписати. Проте у найважливішому пункті Кант йшов далі Локка, оскільки демонстрував, що ідея можливості приписати щось комусь виходить не з ідентичності самосвідомості, а вперше витікає з морального самозаконодавства» [9, с. 207].

І. Кант пропонує поняття особи у моральному і філософсько-правовому обґрунтуванні — особа для нього це об'єкт привинення як у етиці, так і у праві [11, с. 50]. Проведений І. Кантом новий аналіз Локківської проблематики у психологічному та нормативному аспекті є у нього не самозрозумілим, а результатом довгого шляху розвитку його практичної філософії¹. І. Кант менше, ніж Дж. Локк, зацікавлений у психологічному питанні охопленої часом ідентичності, тому в межах моральної філософії ідентичність визначається моральним законом [13, с. 197, 206]. Отже, І. Кант запроваджує у понятті особистості розподіл на психологічний і моральний бік, який у новітній філософії був спершу скасований [14, с. 189–196].

Оскільки йдеться про привинення, І. Кант рухається у юридичній термінології.

«Привиненням (інкримінацією) у моральному значенні є судження, через яке будь-хто розглядається як винуватець (*Urheber (causa libera)*) певного діяння, яке по тому називається *Tat (factum)* і підпорядковане закону» [10, с. 227].

Проте це означає, що необхідне для привинення відношення до себе відбувається через волю та її орієнтацію у даному собі законі. Тоді «*causa libera*» є, згідно з переданою С. Пуфендорфом традицією вчення про привинення, причиною, яка керується волею. У будь-якому випадку стосовно І. Канта слід вирішити, про який вид ставлення до себе йдеться, тобто чи про моральне, чи про правове привинення. Моральне привинення зорієнтоване на змістовне встановлення мети і рушійну силу, якими супроводжується діяння, тобто його мотиви — діяння — приписується вільній волі. Правове привинення, навпаки, пов'язане саме по собі тільки із зовнішніми діяннями. Проте воно, щоб мати можливість відрізнити людські вчинки від природних обставин, все ж таки повинно бути пов'язане зі «здатністю до встановлення мети та її здійсненням у просторі та часі» [11, с. 49–55]. Відповідно, моральне привинення відкидає свободу волі, яка є не доступною досвіду, а тому належить лише «внутрішній судовій палаті» совісті. Правове привинення, навпаки, відбувається через державний суд, що рівною мірою повинно мати за передумову певне ставлення до себе відповідально Діючого. С. Пуфендорфа, який не розрізняє ці два види інкримінації й вимагає вільної волі вже для правового привинення, дорікав цим ще К. Томазіус на початку XVIII ст., тобто це не є відкриттям І. Канта [15, с. 199]. Проте зупинимось детальніше на вченні С. Пуфендорфа та його значенні для кантівського вчення про привинення.

d) І. Кант і С. Пуфендорф

Майже за 24 роки до цитованого на початку другого видання Локківських «*Essay*» С. Пуфендорф оприлюднив (у 1672 р.) свою працю «*De Iure Naturae et Gentium libri octo*» [16], тим самим уперше у філософії Нового часу [17, с. 122] долучившись до теми вчення про привинення (*Zurechnungslehren*). Діяння, в яких можливо звинуватити, визначалися через дві здатності: розум (*intellectus*) [16, пар. 1], який засобами совісті [16, пар. 3, 4] випробовує діяння на його співрозмірність із законом, і вільну волю (*voluntas*) [16, пар. 1, 2]. Безпосередньо в

¹ Г. Мор це питання окремо дослідив: [12, с. 103–141].

останній — у вільній волі як передумові привинення — чітко виявляється різниця Пуфендорфівського і Локківського вчень про привинення. Не слід розуміти Дж. Локка так, що для привинення, на відміну від Пуфендорфівської традиції, достатньо тільки зворотної у часі, керованої законом самосвідомості, когнітивно пов'язаної з клопотом про себе. Адже Дж. Локк насправді не говорить про вільну волю — він навіть критикує це поняття як таке, що не підходить. Те, що практично виконує цю функцію, є поняття «сили звільнення» (*Suspensionskraft*) [7, с. 527]: на підставі розумних думок ми, згідно з Дж. Локком, який тут слідує Р. Декарту, у змозі звільнити наші думки і бажання [5, с. 263], тобто переглянути другий рівень волі — з чим збігається практичний результат С. Пуфендорфа.

Все XVIII ст. було зав'язане на С. Пуфендорфі у дискусіях про привинення, і як загальна правова, так і філософська література розробляла різноманітні критерії диференції ступеней знання і волі та їх релевантності до привинення. Тому І. Кант міг би у власному вченні про інкримінацію та орієнтацію його на волю спиратися на викликані С. Пуфендорфом дискусії, проте він вже виразно мислив про відношення до себе у сенсі, пов'язаному з Дж. Локком. Тому І. Кант мав звести разом дві різні традиції вчень Нового часу про привинення.

Як проміжний результат може бути встановлено, що частково було розвинуто Пуфендорфівську традицію вчення про інкримінацію у вузькому сенсі. Стосовно привинення питання полягало у передумовах самосприйняття будь-якого діяння (*intellectus* і/або *voluntas*), які мали передувати для того, щоб мати змогу бути інкримінованими. Інший теоретичний шлях, аніж Пуфендорфів та його учнів, було обрано Дж. Локком та його послідовниками, які у зв'язку з інкримінацією бажали не лише запропонувати теорію діяння, а й додати тезу про того, хто вчинив дію та часовий момент інкримінації. Таким чином, вони обговорювали інкримінацію на прикладі спогадів і діахронічної свідомості як проблему теорії свідомості. І. Кант з'єднав обидві традиції, оскільки він у власному вченні про привинення йшов шляхом як знання та керованої волі, так і рефлексії над даним собі законом.

2. ПРИВИНЕННЯ ЯК ПЕРЕДУМОВА СТАВЛЕННЯ ДО СЕБЕ

а) Особа в І. Канта як результат самозаконодавства і зовнішнього привинення із внутрішніми наслідками

Раніше виникало запитання, яке ставлення до себе вимагає моральне і правове привинення відповідальності. Тепер нашу увагу звернено у зворотному напрямі. Нас цікавить, чи не може бути привинення відповідальності, навпаки, передумовою для певних типів ставлення до себе. А точніше: можливо, самосвідомість не розвивається тому, що інші приписують їй усілякі діяння?

В І. Канта це питання ставиться після закону як передумова для ставлення до себе, тому він розглядає особу безпосередньо як ставлення до себе, яке дане із самозаконодавства. «Я сам є самозаконодавство» («*Das Selbst ist die Selbstgesetzgebung*»). Проте це означає, що те відношення до себе, яке вимагається для привинення, відповідає волі та її орієнтації на даний у собі закон, оскільки «*causa libera*» у традиції вчення про привинення, яка йде від С. Пуфендорфа, є причиною, що керована волею. Це розширення отримується І. Кантом внаслідок того, що він по-іншому, аніж Дж. Локк, цілком позбавляє сили психологічні

та тілесні чинники, через що аспект індивідуальності як своєрідності не відіграє ролі для відношення закону до ставлення до себе.

Як вже було згадано, Р. Бранд відшукав у Дж. Локка ідею, що «без постійного закону... „я“ не може відбутися» [6, с. 5]. Це означало, що вже у Дж. Локка не тільки ставлення до себе є передумовою для законодавчого привинення, а й існування закону є передумовою для ставлення до себе.

Спочатку Дж. Локк мав це на увазі у теологічному сенсі, і, напевно, тільки так воно було зрозумілим. З того, що Дж. Локк у власних текстах виходив із відповідальності людей за власне життя після смерті силою Божого закону (і перед Страшним судом), багато чого в його текстах стає зрозумілим. Дж. Локк був охоплений думкою, що у свідомості слід відшукати гарантію континуальності, що було результатом центральної для нього проблеми подальшого життя після смерті. Що гарантує нам, бажає знати Дж. Локк, що ми існуємо цілком індивідуально і пізніше воскреснемо? І він дає відповідь: наша свідомість, яка простягається назад, на наше попереднє життя. Без такої свідомості ми були б після воскресіння не ті ж самі. Також Дж. Локку цілком зрозуміло, що суто духовне простягнення у свідомості не гарантує продовження індивідуальності, яка пов'язана з часом і простором. Він намагався філософськи забезпечити християнський постулат «воскресіння тіла». Це, нарешті, остання проблема його вчення про привинення. У такому Божому законі Дж. Локк бачить і «нормативні засади персональної ідентичності» [7, с. 506]. Не можна заперечувати, що подібне очікування потойбічного життя і «молодший» суд залежать від їх реалізації, тобто, на думку Дж. Локка, зазнають впливу біографії та її результату. Виникнення морального і правового вчення про привинення у XVIII–XIX ст. пов'язано з теологічним формулюванням питань.

б) І. Фіхте, Г. Гегель

Тепер зупинимося на визначних Єнських авторах межі століть, для яких раніше згадані філософи були історією. Про те, що ставлення до себе є результат взаємодії, а не її передумова, що привинення також робить можливим ставлення до себе, а не тільки передбачає його, стверджують, слідом за І. Кантом, також І. Фіхте і Г. Гегель¹. Стосовно І. Канта висловлювання переходить у площину соціального, стосовно Дж. Локка – набуває загальної форми, яка виходить із Локківської проблематики потойбічного життя.

І. Фіхте дорікнув І. Канту принаймні раз – тоді, коли клопотався про розуміння ставлення до себе, виключаючи будь-яку субстанціальну метафізику, що означало те, що «Я» для І. Фіхте є не чим іншим як його (моральним і правовим) судженням про діяння, тобто філософія свідомості перетворювалася на моральну і правову філософію [12, с. 118]. Кантівське поняття особистості І. Фіхте критикував принаймні тричі: по-перше, цьому поняттю особистості, яке розвинуто із самозаконодавства, не вистачає тілесності, яка все ж таки є обов'язковою для розуміння вільних вчинків у просторі та часі, як цілком справедливо вважає І. Фіхте. Результатом цієї нестачі тілесності – висуває наступне заперечення

¹ Для І. Фіхте, як і для Г. Гегеля, суб'єктивності не може бути без інтерсуб'єктивності, особистості без міжособистості (*Interpersonalit t*). Див.: [13, с. 132].

І. Фіхте — є нестача індивідуальності у Кантівському концепті. І, насамкінець, зазначає І. Фіхте, Кантівському розумінню ставлення до себе не вистачає інтерсуб'єктивності, тобто ставлення індивіда до інших індивідів [12, с. 121].

З тілесністю індивідуальність знову входить у ставлення до себе. Оскільки без простору та часу, за І. Фіхте, не існує ніякої специфіки конкретної людини, а отже, ніякої індивідуальності. Саме в її тілесності й лише в ній особа, на думку І. Фіхте, пов'язана з іншими особами — і саме це обертання вимагає простору та часу [12, с. 125]. Так, мислення тілесності уможливорює також пізнання інтерактивної участі у ставленні до себе. Сприйняття інших розумних істот перетворюється на умову самосвідомості [12, с. 126]. І якщо бажати бути визнаним ними, слід зі свого боку визнати їх як рівних собі, увійти з ними у правовідносини. Так, у підсумку, правове відношення, за І. Фіхте, яке включає мінливе привинення відповідальності, є також умовою самосвідомості.

Г. Гегель розділяє погляди І. Фіхте про те, що суб'єктивність може існувати лише на базі інтерсуб'єктивності. Вперше лише із нормативної перспективи загального Іншого, який вчить нас визнавати Інших як носіїв прав, ми в змозі, на думку Г. Гегеля, зрозуміти з достатніми підставами нас самих як правових осіб [18, с. 174]. Соціальне визнання прав веде до зростання можливостей пов'язувати себе із самим собою як особою, здатною до морального привинення.

Як привинення особистого ставлення до себе вперше стає можливим, є важливою темою як для І. Фіхте, так і для Г. Гегеля. На їхню думку, через правове визнання як відповідально Вчиняючого (*Agierender*) з боку Іншого можливе позитивне ставлення до себе.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Oehler K.* Subjektivität und Selbstbewusstsein in der Antike / Geschichte und Vorgeschichte der modernen Subjektivität ; R. Fetz, P. Hagenbüchle, P. Schulz (Hrsg.). — Berlin ; New-York, 1998. — Bd. 1.
2. *Bast J.* Das Individuum als Verbrecher. Zum Auftakt der Vorlesungsreihe «Drei Aufklärungen». — Frankfurter Rundschau, 4. Nov. 1997.
3. *Thiel U.* Person und persönliche Identität in der Philosophie des 17. Und 18. Jahrhunderts // Person — Philosophiegeschichte, theoretische Philosophie, Praktische Philosophie D. Sturma (Hrsg.). — Paderborn. — 2001.
4. *Hobbes T.* De corpore (zuerst erschienen 1655), ch. XI, hier benutzt // The English Works. — Vol. I.
5. *Locke J.* An Essay Concerning Human Understanding (zuerst erschienen 1689, dieses Kapitel allerdings erst in der 2. Auflage von 1694). — Oxford, 1894. — Ch. 27, § 26.
6. *Brandt R.* John Lockes Konzept der persönlichen Identität / Jahrbuch «Aufklärung»... S. 4 im Manuskript.
7. *Lotter M.* Rechtsprechung im Jenseits. — ARSP 2006.
8. *Hennig a.a.O.*
9. *Sturma D.* Philosophie der Person. Die Selbstverhältnisse von Subjektivität und Moralität. — Paderborn, 1997.
10. *Kant I.* Metaphysik der Sitten, Einleitung. — AA VI.
11. *Geismann G.* Recht und Moral in der Philosophie Kants // Jahrbuch für Recht und Ethik / Annual Review of Law and Ethics 14 (2006) 3ff.
12. *Mohr G.* Der Begriff der Person bei Kant, Fichte und Hegel // Sturma (Hrsg.), (o. Anm. 3).

13. *Teichert D.* Personen und Identitäten. — Berlin ; New-York, 2000.
14. *Quante M.* Einleitung: Der Begriff der Person im Kontext der theoretischen Philosophie // Sturma (Hrsg.), (o. Anm. 3).
15. *Thomasius C.* Fundamenta Iuris Naturae et Gentium (1705). — Aalen 1963. — I, 7. — § L. — 199. Dazu Geismann (o. Anm. 16).
16. *Pufendorf S.* De iure naturae et gentium libri octo. — Londini Scanorum, 1672.
17. *Meder S.* Schuld, Zufall, Risiko: Untersuchungen struktureller Probleme privatrechtlicher Zurechnung. — Frankfurt, 1993.
18. *Honneth A.* Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte. — Frankfurt, 1994.

Зеєльман К. Особистість і привинення: від Просвітництва до філософії ідеалізму

Анотація. Привинення відповідальності стосовно іншої гідної особи, яке імпліцитно існувало вже за Античності та Середньовіччя, було чітко виявлене і приведенне у відповідність із ставленням до себе лише у ранньому Просвітництві. Тільки той, хто має певний мисленнєвий зв'язок із самим собою, існує відповідально, і тільки йому можуть бути привинені його дії та бездіяльність. Ця здатність побудувати мисленнєвий зв'язок із самим собою, тим самим критично розглядаючи себе і керуючи собою, створює особистість у філософії класичного модерну. На межі XVII–XIX ст. у І. Канта ця думка досягла кульмінації. Особистість стає чітко визначеною як об'єкт привинення. Особистість, як стверджує І. Кант, є той суб'єкт, вчинки якого є здатними до привинення.

Під знаком відповідальності не пізніше, ніж за часів І. Канта, обговорювалося питання про зворотні передумови поведінки, а саме про те, чи взагалі не створює вперше безперервно здійснюване моральне або правове привинення те ставлення до себе, яке ми намагаємося пізнати через поняття особистості.

Ключові слова: особистість, відповідальність, ставлення до себе, привинення, Просвітництво, ідеалізм.

Зеєльман К. Личность и вменение: от Просвещения до философии идеализма

Анотація. Вменение ответственности относительно иного достойного лица, которое имплицитно существовало уже в Античности и Средневековье, было четко прояснено и приведено в соответствие с отношением к себе лишь в раннем Просвещении. Только тот, кто устанавливает определенную мысленную связь с самим собой, существует ответственно, и только такому лицу могут быть вменены его деяния. Эта способность — построить мысленную связь с самим собой, тем самым критически рассматривая себя и руководя собою, порождает личность в философии классического модерна. На рубеже XVII–XIX ст. у И. Канта данная точка зрения достигла кульминации. Личность четко определяется как объект вменения. Личность, утверждает И. Кант, это тот субъект, поступки которого способны к вменению.

Под знаком ответственности не позднее, нежели во времена И. Канта, обсуждался вопрос об обратных предпосылках поведения, а именно о том, не создает ли вообще впервые непрерывно осуществляемое моральное либо правовое вменение то отношение к себе, которое мы пытаемся познать посредством понятия личности.

Ключевые слова: личность, ответственность, отношение к себе, вменение, Просвещение, идеализм.

Seelmann K. Person and Imputation: from Enlightenment to the Philosophy of Idealism

Summary. Imputation of a responsibility towards another people, which was implicitly existed in Antiquity and Middle Ages, clearly was connected with the Self-understanding during the early Enlightenment only. That man, who has reasonable connection with himself, is responsible — and towards such man the imputation of his deeds is possible. The similar possibility — to create reasonable connection with Self, to consider such Self critically and to rule its, is the foundation of the person in the philosophy of classical Modern. On the edge between 18-th an 19-th centuries the similar point of view came to its highest point in Kant's philosophy. Person, Kant said, is that subject, whose deeds are able for an imputation.

Under such keyword as «responsibility» after Kant the question about reverse suppositions was raised, more clearly, the question, doesn't moral or legal imputation create the person as the Self-connection?

Key words: Person, Responsibility, Self-connection, Imputation, Enlightenment, Idealism.

ОСОБИСТІТЬ У ПРАВІ В ПОСТКЛАСИЧНІЙ ПЕРСПЕКТИВІ: АБРИС КОНЦЕПЦІЇ



В. ПАВЛОВ

кандидат юридичних наук, доцент,

начальник кафедри теорії

та історії держави і права

*(Установа освіти «Академія Міністерства
внутрішніх справ Республіки Білорусь»)*

Вступ. Однією з ключових проблем сучасної юридичної науки є проблема людини. Антропологізація юридичного дискурсу, спроби виявити параметри людиномірності в праві являють собою сьогодні можливість подолати інституційно орієнтовані практики правового пізнання, які поки що панують у російсько-комуністичній юридичній науці. Є підстави стверджувати, що вивчення правового буття, специфіки існування людини в просторі юридичного, розгортання в ньому особистісного виміру за підсумками 20-річного досвіду пострадянського правознавства поки що перебуває на початковій стадії. Радянська ж правова традиція з відомих причин зводила людиномірність, особистісність у праві до її повної обумовленості соціалістичним правопорядком. У другій половині ХХ ст., однак, для Заходу в цілому, як опонуючій радянській державі політичній формації, через критичний інтелектуальний рух також стало зрозумілим, що новоєвропейська правова традиція в питанні особистісного фундування права почала зазнавати серйозної кризи. Беручи свій початок ще у ХІХ ст. від прозрінь Ф. Ніцше, західноєвропейська думка 50–60-х років ХХ ст. (в основному через рух лівих) відкриває реальну конфігурацію класичної традиції в питанні людини: класична раціональність, незважаючи на вельми насичену гуманістичну риторіку, насправді задала такий тип мови про особистість у праві, в якому власне як особистість людина не виявлялась. Антропологічна криза 60-х років ХХ ст. на Заході, а за нею й інтелектуальна подія «антропологічного повороту» привернули дослідників до переосмислення таких категорій, як «суб'єкт», «людина», «особистість». Постструктуралістська і постмодерністська де[кон]струкція несучого каркаса новоєвропейської епістемі, в якій тема суб'єкта відіграє ключову роль, відкрила можливості іншого, посткласичного бачення людиномірності у праві. Посткласика в основному направила свої зусилля на розширення меж і поглиблення розуміння сучасної правової реальності за рахунок переосмислення проблеми людини у праві. Основне завдання таких досліджень

© В. Павлов, 2012

полягало й полягає донині у висвітленні тих місць, які опинилися в тіні класичної картини людини юридичної як суб'єкта права. Однією з таких тем і є тема особистості у праві.

Тема особистості у праві для російськомовної правової науки є традиційною. Сьогодні практично всі підручники з загальної теорії права, конституції всіх пострадянських республік описують особистісний вимір у праві в класичних зразках. Особистість розглядається з гуманістичних позицій: особистість, її права та свободи визнаються вищою цінністю суспільства і держави¹. Разом із тим сьогодні нескладно помітити, що готівкова правова реальність вказує на певні невідповідності класичної моделі фактичному положенню речей. Гуманістичний пафос особистості в праві (насамперед, з позиції проголошення прав і свобод людини), декларація її як вищої цінності суспільства і держави водночас у наявній правовій реальності стикаються з проблемою розпаду особистості, «зникнення» («смерті») людини, втратою нею особистісної ідентичності та конституції, з феноменом соматичних прав людини, в яких людина, власне, втрачає здатність самоідентифікації та етичної визначеності, яку ще І. Кант визнавав за трансцендентальну умову суб'єкта. Явища глобального світу, у свою чергу, вносять сьогодні свої аспекти в правове буття — право вже не стільки надає свободу людині, не стільки регулює відносини в соціумі, скільки стає інструментом примусу до насильницького споживання свободи, тим самим, стає жертвою споживання, потрапляє в залежність від антропологічних технік суспільства споживання. Нарешті, ми бачимо, що саме ядро новоєвропейської юридичної доктрини — концепція прав людини — сьогодні все частіше піддається девальвації, політизується, стає маніпулятивним.

Ці та багато інших явищ сучасної правової реальності стосовно цієї теми надають підстави проблематизувати особистісний вимір у праві, поставити ряд принципових питань про особистість у праві, а саме:

– який функціональний сенс сьогодні має присутність особистісного виміру в праві? Чи не є достатньою наявність у правовому полі категорій індивіда і суб'єкта права?

– як реально наявність особистісного елемента у праві впливає на практику правового регулювання, як і яким способом реально використовується ресурс особистісності у праві?

– і, мабуть, найголовніше запитання: а що, по суті, являє собою особистість у праві, і чи є вона реальним вираженням якогось особливого, відмінного від інших способів (головним чином, від суб'єктного способу), типу наявності людини у праві?

Ці три базові питання є основою цієї роботи.

Археологія суб'єктності та особистісності у праві. Перш за все слід зазначити, що концепт «особистість» у просторі юридичного в тому сенсі, в якому він використовується сьогодні, сформувався в новоєвропейській юридичній дискурсивній формації. Віднесення того чи іншого концепту, який ми намагаємося

¹ Пор.: «Якщо відібрати в людини право на життя, свободу совісті та переконань, безпеку, розвиток, повагу людської гідності... і низку інших життєво важливих соціальних прав, то людська особистість просто зникне» [1, с. 393–394].

розглядати, до дискурсивного простору, в межах якого він сформувався, є необхідною операцією розуміння. Така археологічна робота з експлікації лінгво-смыслового поля, в контексті якого зароджувався концепт, є обов'язковою, оскільки сплутування епістемічних планів, в яких відбувається формоутворення, може призвести до серйозних перекручувань у подальшій дескрипції (наприклад, незважаючи на деяку спільність, слід принципово розрізняти інтерпретацію особистості в новоєвропейському юридичному дискурсі, і в дискурсі російської філософсько-правової думки (її релігійної гілки) кінця XIX — початку XX ст. (В. Соловйов, С. і Є. Трубецькі, Н. Лоський, Н. Бердяєв, С. Булгаков, І. Ільїн та ін).

У Новий час методологічною основою для утвердження особистості, її прав і свобод, як правовий критерій було використано модель суб'єкта, що стала епістемологічною підставою західної думки в період буржуазних революцій, у період класицизму. Картезіанська модель *cogito*-суб'єкта і модель трансцендентально-етичного суб'єкта І. Канта звели раціональність і раціоналістичну етику в найбільш значимий вихідний пункт будь-якого знання і пізнання. Гуманізація (в її специфічному сенсі як культивування моделі людини *racio*) вплинула і на право в тому числі. Більше того, здебільшого через політико-юридичну доктрину йшло практичне втілення нового способу людиномірності як суб'єктності. У риториці гуманізму як специфічній інтерпретації людини як вищої цінності суспільства і держави постулати суб'єктної моделі неявно було включено в особистісну модель. Тому освітянський гуманізм у промові про особистість завжди передбачає специфічні та властиві саме новоєвропейського типу мислення характеристики. Які вони?

По-перше, відмітною особливістю бачення людини в Новий час стало розміщення її в дискурсі практичного перетворення — людина повинна володіти природою. Ф. Бекон говорить: «Нехай людський рід тільки опанує своє право на природу, яке призначила йому божественна милість, і нехай йому буде дано могутність; користування же спрямовуватиметься правильним розумом і здоровою релігією» [2, с. 78]. Людина Нового часу, тому це людина активна, діяльна, практико-орієнтована, і саме в цьому значенні вона — особистість. Як зазначає В. Розін, у Новий час «суб'єкт конституюється в особливій практиці — пізнанні, характерному для культури Нового часу, пізнанні, яке артикулюється і структурується у плані опозиції двох начал — людини і світу» [3, с. 123–124]. Людина на ґрунті своєї розумності панує над світом. Витягуючи з власної раціональної природи основу для самодостатнього автономного буття, людина як особистість стає універсумом («вона є нічим не детермінованою і не обумовленою ззовні» [3, с. 124]) та пізнавальною машиною одночасно. Більше того, під гуманістичним покривом особистісності така людина виступає вже як «Я» — абсолютна самодіяльна і самоконститууюча сутність, тобто в деякому розумінні як Бог, але, проте, за калькою суб'єкта, що представляє світ як об'єкт.

В юридичному дискурсі перетворювальна функція особистісності затверджувалася за рахунок ідеї встановлення розумних засад соціального життя на правовій основі. Саме право (як природне право) фактично виступало законом природи, виявивши який (а в середньовічній свідомості це була прерогатива Божества) можливо встановити ідеальний порядок (як правопорядок). Вже не

Бог і Церква виступають онтологічною скріпою правопорядку — сама людина тут стає на їхнє місце.

По-друге, за цим слідує ще одна істотна характеристика людиномірності Нового часу — перетворення людини на суб'єкт: створення передумов появи суб'єкт-об'єктного (класичного) типу пізнання, що приписується Р. Декарту. Суб'єкт [*subiectum*] «є те, що в якомусь винятковому значенні заздалегідь завжди вже лежить в основі чогось і таким чином слугує йому підставою» [4, с. 266]. М. Гайдеггер зазначає, що виявлення такої підстави в Новий час є принципово пов'язаним зі звільненням (як перевизначенням суті свободи) від колишньої підстави — біблійно-християнської істини Одкровення: на місце християнського розуміння свободи приходять така «достовірність, на засадах якої і всередині якої вона [людина] сама засвідчується в собі як в сущому, що спирається таким чином на самого себе» [4, с. 267]. Разом із тим, відмовившись від християнського розуміння істини, Р. Декарт використовує його у своїй аргументації про людину як «Я» *cogito*. Як зазначає Л. Мікешина, «“Я” *cogito* Декарта вкорінене в ідеї Бога, що засвідчує можливість існування достовірного й істинного... Ідея Бога [у Декарта] виконує по суті функцію трансцендентального суб'єкта, непогрішимої і досконалої “свідомості взагалі”» [5, с. 136].

У праві суб'єкт-об'єктна зв'язка впливає на уявлення про розумного законодавця і його волю, а головне — на нормативне введення людини в юридичне поле як суб'єкта в його протиставленні правовим об'єктам, насамперед іншим суб'єктам права як об'єктам¹. Таке протиставлення суб'єкту права як розумної сутності — світу як об'єкта знаходить втілення в створенні відповідного типу правового зв'язку суб'єкта з об'єктом, в якому їхня взаємодія ґрунтується на раціональній кореляції, заданій нормою. Оскільки ж норма є розумною за визначенням та оскільки вона є достатньою для правового порядку, остільки взаємодія суб'єктів здійснюється тільки нормативно — через суб'єктивні права й обов'язки як точну міру поведінки. Така взаємодія є класичною моделлю правового відношення, в якому ми і маємо класичну модель суб'єкта права як суб'єкта правовідносин. Таким чином, суб'єктно-об'єктна [суб'єктна] модель у праві, стабілізована нормою у правовідносинах, призвела до виключення з поля юридичних практик живу динаміку міжособистісних взаємодій, хоча, звичайно, самі нюанси останніх завжди були присутні у правовій реальності і, слід уважати, відігравали певну, навіть іноді визначну роль в юридичній практиці. Однак при цьому в самій юридичній мові, у нормативності, що фундує основу класичного дискурсу, цей живий зв'язок був відсутній.

Класична модель правового відношення претендує на вичерпну характеристику міжсуб'єктної правової реальності. Слід мати на увазі, що таке оформлення взаємозв'язку суб'єктів — через правовідношення, глибоко у своїй основі має ідею священної волі законодавця і припускає можливість досягнення ідеального правопорядку на підставах розумності цієї волі, упевненості новоєвропейської свідомості в природності законів правового порядку як розумних законах природи та розумності самої людини як суб'єкта (Ш.-Л. Монтеск'є). І законодавець, і суб'єкт права як об'єкт правового впливу, розумні за своєю природою —

¹ Тут не йдеться про інтерсуб'єктивність.

отже, через завдання правової норми, через правове нормування можливо абсолютно впливати, впливати на суб'єкти права, регулювати відносини між ними.

Людина в праві, таким чином, концептуалізуються як суб'єкт права — вся людяність як жива динаміка відносин у праві, правова екзистенція вміщається в суб'єктність і нічого надлишково людського в суб'єкті бути не повинно — у цьому немає необхідності. М. Фуко, розглядаючи цей процес як процес формування новоєвропейської ідеї створення ідеального правового порядку, назвав його «народженням біополітики» [6]. Обліки, процедури, класифікації, реєстрації та каталогізації, операціонально поширювані на систему відбору державних службовців, виправлення засуджених, лікування хворих, божевільних тощо, забезпечуються нормою (встановленою розумом) як достовірним критерієм розумності, встановленим суб'єктом — через норму задаються критерії істини, валідності суб'єктності, в суб'єкті людина нормується, класифікується, визначається. Саме за рахунок цього реальна людина, його правове буття виявляється репресованим, прихованим розумністю і нормою: «суб'єктом виявляється... не повнота людської істоти, а *cogito*, що спостерігає, між іншим, і за людиною» [5, с. 137].

Таким чином, перетворивши людину на суб'єкт і, здавалося б, здійснивши гуманізацію пізнання і світу, парадоксально, але людина-суб'єкт з часом утратила не тільки світ як супротивний їй об'єкт, але й саму себе. Як це висловив М. Гайдеггер, «за нову свободу розпоряджатися істиною-достовірністю суб'єкт розплачується тим, що, пануючи над світовим об'єктом, він безпорадний перед долею своєї власної суб'єктивності... людина розширюється і внаслідок розширення розсіює, сплющує і втрачає свою сутність» [4, с. 306].

У новоєвропейському юридичному дискурсі, таким чином, створюється своєрідна дуальна ситуація, ситуація двох паралельно співіснуючих дискурсів:

1) дискурсу людини, особистості у праві (концептуального, гуманістичного дискурсу), що конфігурує мову про особистість у праві в декларування її прав і свобод;

2) дискурсу суб'єкта права (формально-юридичного дискурсу), що відповідає за фактичну, операціональну мову про суб'єкта права з позиції його суб'єктивних прав і обов'язків.

Парадоксально, але не в концептуальній моделі людини у праві (як особистості у праві), не в операціональній моделі людини у праві (як суб'єкта права) у якості основних не виявляються антропні властивості та характеристики, що реально використовуються у процесі правової роботи. Саме ця обставина стала очевидною у другій половині ХХ ст. на Заході, коли виникли питання стосовно самої людини. Під покровом особистісності та суб'єктності, тотальної гуманізації людиномірності, людина у праві як така опинилася за фасадом права. Наше завдання полягає у вирішенні питання, а чи можна сьогодні у світлі антропологічної кризи спробувати помислити особистісне у праві інакше — так, щоб воно саме розкривало людиномірність у праві і реально давало можливість вписати цю людиномірність у процес правового аналізу?

Вступ до нового розуміння особистісності у праві. Можливість створення іншої конфігурації особистісності у праві неминуче пов'язана з відмовою від класичної, новоєвропейської моделі особистісності в праві, точніше, — з її

деконструкцією. Виявлення прихованих класичним дискурсом особистості правових параметрів, як ми вже говорили, має відбуватися по лінії виведення до наявності живих, динамічних, екзистенціальних властивостей особистості. Це означає, що нова модель особистості у праві повинна являти собою нову модель правової свідомості, інші механізми пояснення правової поведінки, інше розуміння свободи тощо.

У новоевропейському дискурсі, як було зазначено, умовно утворилися дві модальності людиномірності у праві — особистісна та суб'єктна, причому особистісна забезпечувала концептуалізацію, суб'єктна — фактичну правореалізацію. Вважаємо, що сьогодні можна поставити під сумнів продуктивність існування концептуальної модальності як функціонального пристрою проголошення особистості, її прав і свобод як найвищої цінності суспільства і держави. Якщо в епоху буржуазних революцій самоствердження особистісного начала, проголошення прав і свобод особи слугувало закріпленню досягнень нової епохи (перш за все, прав і гарантій нового класу буржуазії), то сьогодні реальна продуктивність декларування прав і свобод все більше знижується, про що ми говорили у вступі, а в ряді випадків стає контрпродуктивною. В якості гіпотези можна навіть припустити, що виходячи з таких позицій у праві достатньо лише одного суб'єктного (операціонального) виміру: незважаючи на проголошення і примат особистісного начала (як правило, на рівні Конституції), фактично конкретне наповнення міри особистості завжди виявляється в суб'єкті права. Причому відстеження моменту втілення концептуального в операціональному майже завжди є проблематичним. Іншими словами, якщо говорити більш радикально, — у класичному дискурсі особистості реального особистісного виміру в праві немає, так само як неможливо виявити й його і в нормативному просторі.

Зауважимо, однак, що при цьому ми не заперечуємо продуктивність самого гуманістичного дискурсу, захисту прав і свобод людини. Справа в іншому: гуманістичний дискурс не повинен і не може бути достовірним критерієм правового як критерієм прямої дії, бо заради так званого «захисту прав і свобод» можна здійснювати абсолютно протилежні, негуманні правові дії, і ми це сьогодні нерідко спостерігаємо. Гуманістичний дискурс має забезпечувати, перш за все, базовий рівень прав і свобод при конструюванні конкретних галузевих суб'єктних моделей, а як археконцептуалізація, як критерій істини правового, він є вельми важким, або, скажемо більше — можливо навіть небезпечним. У цьому відношенні більш коректним було б використовувати категорії «індивід», «людина», а не категорію «особистість», смислове поле якої виявляється надлишковим у відношенні до забезпечення базового рівня прав і свобод [7, с. 4]. Проте все сказане вище стосується можливостей особистості у класичному правовому уявленні.

Посткласична перспектива: енергійний образ людини у праві. Розробка сьогодні нового, посткласичного вимірювання особистості в праві, як на нашу думку, є найбільш продуктивною в рамках іншого підходу — підходу, в якому максимально висвітлюються власне предикати антропного буття в праві. Іншими словами, спроба переосмислення особистості в праві є найбільш доцільною в рамках автентичного антропологічного підходу в праві. Автентична антропо- чи персонологія права повинна завжди ґрунтуватися на реальній при-

сутності людини в праві, наявності та виявленні у правовому антропної суті. У протилежність класичному вимірюванню людського в праві як гуманістично особистісного/суб'єктно нормативного, нова концепція особистості у праві має бути пов'язана з виявленням живого динамічного образу людини у праві. Основне питання полягає в тому, як можна здійснити виведення особистості до правової присутності? У цьому відношенні теоретично можна використовувати різні посткласичні проекти суб'єктивності.

Як ми вже зазначали, людина юридична завжди ґрунтується на антропній моделі, що є притаманною певній дискурсивній формації, яка висуває цю модель як ідеальну. Скажімо ще раз: дуже важливо експлікувати тип дискурсу, що зумовив мовлення про людину, інакше — про особистість у праві, її права і свободи з рівним успіхом можна вести з абсолютно протилежних позицій. Тому ми повинні хоча б коротенько прояснити контури використовуваної нами антропологічної моделі.

У нашому аналізі ми використовуємо антропологічну модель особливого типу, засновану на неесенціальній парадигмі. В основі такого розуміння людини лежить не принцип *ratio* як розумної сутності, що конститує засади суб'єкта, а принцип енергійності, який означає, що дескрипція антропологічної реальності повинна вестися в дискурсі енергії, буття-дії. Людина не є якоюсь напередзаданою сутністю (розумний, раціональний суб'єкт), поміщеною в площину й заданою нею, а вона є певним сплавом людських енергій або, іншими словами, сукупністю антропологічних проявів, що виявляються в конкретному хронотопі. Енергійність людини забезпечується посткласичним концептом правової суб'єктивації.

Суб'єктивація — це процес становлення суб'єкта. На відміну від класичної концепції суб'єкта, яка розгортається в есенціальному дискурсі — дискурсі сутностей, й отже, розглядає суб'єкт як одвічно завершену, таку, що відбулася, і конституйовану субстанцію на базі свідомості-мислення (*cogito ergo sum*), суб'єктивація являє собою «можливий модус інтенсивного існування, субособистісну подію, якій завжди бракує суб'єкта» [8, с. 17]. У суб'єктивації немає суб'єкта як закінченого, завершеного утворення, в ній є лише його безперервне становлення, екзистування.

На базі суб'єктивації можна виокремити концепт правової суб'єктивації, який згідно зі змістом юридичної діяльності доцільно пов'язати з ще одним посткласичним концептом — концептом практик [9]. У сукупності, таким чином, слід вести мову про практику правової суб'єктивації, під якою ми розуміємо певні правоповедінкові патерни самозвернення, в яких і через які конкретна людина вимірює правове життя в цілому, свій правовий статус і правове становище зокрема, у тому числі й конкретну юридично значущу ситуацію, в якій вона перебуває. Ґрунтуючись на практиках правосуб'єктивації, людина «розміщується» в нормативному просторі. По суті, це і є реальний суб'єкт права, якого умовно можна іменувати правовою людиною [10].

Таким чином, нова антропна модель, контури якої ми тільки що представили, може стати основою для іншого розуміння особистісності у праві. Головним у цій енергійно-правовій моделі є те, що вона відмовляється від декларування якоїсь напередзаданої сутності людини (*ratio* як умова істини/норми), і, водно-

час, надає можливість звернути увагу на реальну фактичність динаміки людських відносин.

Особистість в енергійному влаштуванні правової людини. Оскільки за основу концепції особистості ми беремо енергійну модель людини у праві, то й особистість у рамках відповідної антропної моделі повинна укладатися в основні параметри останньої. Особистість відповідно до наведеної вище антропної моделі повинна, по-перше, узгоджуватися з принципом енергійності (як не-сутнісності), і, по-друге, якимось чином пов'язуватися з концептом правової суб'єктивації.

Традиційне трактування особистісності в праві ґрунтується на класичному підході до особистості. Найчастіше навчальна, нерідко й наукова загальнотеоретична література бере поняття особистості як само собою зрозуміле без звернення до природи особистісності у праві [11; 12; 13] (хоча є й винятки [14; 15]). Особистість уже є даною праву — методологічно поєднуючись з поняттям людини, вона характеризує її «як суб'єкта соціокультурного життя, як носія індивідуального начала (інтереси, здібності, спрямування, самосвідомість тощо), що саморозкривається в контекстах соціальних відносин, спілкування і предметної діяльності» [15, с. 369]. Енергійна модель людини задає дещо інший тип розуміння особистісності у праві.

Спочатку згадаємо, що етимологічно слово «особистість» походить від слова «особа» [16]. Незважаючи на те, що вперше воно виникло в грецькій трагедії (особа — *προσωπον*¹ як маска актора), однак, особистісна онтологія вперше виникає на початку нашої ери в східному християнстві при формулюванні догмату Святої Трійці [17, с. 26]. Вихідний сенс концепту «особистість», як він сформувався в східній патристиці, означав не що інше, як гіпостазування буття (буття в християнстві вперше стало розглядатися як особисте, а отже, особистісно вільне [17, с. 35]), якого людина досягає через енергійне (благодатне) сприйняття тієї форми буття, якою вона є у Трьединого Бога — Осіб Святої Трійці: ця форма буття є спілкування як любов (*ἡ ἀγάπη*).

Особистісність людини, таким чином, ми пропонуємо взяти в цьому вихідному значенні як, по-перше, особистісно вільне буття, і, по-друге, несубстанціальне, енергійне, динамічне буття, яке тримається не на якій-небудь напередвстановленій субстанціальності людини (*ratio*), а на відкритості, спілкуванні з Іншим, образі, відображенні лику якогось Іншого. У такій моделі особистості на підставі її зіставлення з класичною концепцією особистості в праві вже можна вказати на певні її характерні ознаки:

- 1) особистість не є субстанцією (індивід, а не особистість становить біологічну одиницю);
- 2) особистість, відповідно, не може бути задана нормативно на підставі енергійної форми її буття;
- 3) особистість в силу її денормативності, відповідно, не може бути заданою як якийсь точний критерій істини-достовірності буття;

¹ Цікаво, що римський аналог грецького *προσωπον* слово *persona*, як зазначає І. Зізіулас, означає «роль, яку люди грають, вступаючи в соціальну і юридичну взаємодію, тобто це суб'єкт моральних чи юридичних відносин, який ані індивідуально, ані соціально не співвідноситься з онтологічним вимірюванням особистості» [17, с. 29].

4) особа, знову ж таки, в силу особливої форми її буття, не може корінитися в соціальності, швидше соціальність є належністю особистості: (соціальність складається з неї (але не тільки);

5) людина по відношенню до особистісної форми буття, відповідно, спочатку є неповною, неособистісною, у певному сенсі є неповноцінною;

6) ситуація неповноти людини є не даністю, а завданням з набуття особистісної форми буття;

7) набуття особистого буття, подолання споконвічної неповноти досягається енергійним спів-буттям з Іншим, яке володіє повнотою буття.

Таким чином, особистість у нашому розумінні — це не якась сутнісна властивість людини, а гіпостазування її буття — вибудовування, вироблення, створення, трансформація індивіда до якоїсь нової якості через спілкування з Іншим, або, інакше — динамічне утримання образу Іншого в собі¹.

Зіставлення такого розуміння особистісності у праві з класичним дискурсом особистості ясно демонструє відмінності між ними. Класика виводить особистісне начало з природи самої людини. Будь-яка людина, так само суб'єкт права, спочатку розумна, а значить, особистісна у потенції, причому ця особистісність розглядається субстанціально як даність її суб'єкту. І саме правовий захист цієї особистісності є основою для конструювання суб'єктності у праві. В. Розін у зв'язку з цим зазначає, що «кантіанська особистість як необхідна умова соціалізації передбачає європейське право (на основі якого в подальшому розвиваються власне «права особистості»)» [3, с. 131]. Головне, що класичний дискурс особистості встановлює особу як «нормальний і, підкреслимо, *масовий продукт культури нового часу...*» масова «особистість рухається по “рейках”, заданим правом та іншими культурними нормами...» [курсив наш. — В. П.] [3, с. 131]. Є характерним зауваження про те, що «саме відсутність права в західному розумінні гальмувала становлення масової особистості в Росії» [3, с. 131].

Пропонована ж нами концепція особистості в праві, на відміну від класичної, розглядається як енергійний процес, який не відроджується лише з природи самої людини, а полягає в особистісному конституюванні через співбуття з Іншим. Як зазначає І. Зізіулас, «особистість не можна розуміти тільки як субстанціальний «екстаз»; у ній, безумовно, потрібно бачити іпостасне буття, конкретну, унікальну ідентичність» [17, с. 42]. Це приводить нас до певного висновку, що особистісність у праві проблематично використати для забезпечення базового рівня правового захисту людини, оскільки операціонально (нормативно) це неможливо, а декларативно (концептуально) — не безпечно з позиції правового захисту. Не будь-хто особистісний, але будь-хто індивідуальний, будь-хто — це є людина, тому ми підтримуємо позицію тих вчених, які вважають використання особистісного начала (у класичному розумінні) у праві надлишковим. Однак чи можна тоді взагалі говорити про будь-який потенціал розгляду особистісності в праві, і якщо так, то в чому він полягає?

На нашу думку, модальність особистісного правового буття може й повинна використовуватися в праві лише в якості реально взятого досвіду динаміки живих

¹ Пор.: «Сенс права не розчиняється в свідомості суб'єкта або в зовнішньому соціальному світі, а розкривається у взаємодії (комунікації) суб'єктів» [18, с. 79].

правових взаємодій. Таким досвідом може бути не що інше, як фактичний досвід практик правової суб'єктивації, їх породження, здійснення у правовій реальності. Це не означає, що практики правової суб'єктивації завжди особистісні, тобто спрямовані на особистісне існування, — вони можуть являти собою і певну форму індивідуації. Однак до дискурсу особистісного правового буття належать лише ті практики, які відповідають за генерацію складання особистісно-буттєвих типів правової поведінки, основною характеристикою якої є свобода (у зазначеному нами вище особистісному сенсі). Фіксація ж і розрізнення досвіду всіх практик правової суб'єктивації як особистісного/неособистісного дає можливість визначити справжність/несправжність правового буття (та, відповідно, класично витлумаченої правової поведінки) з позиції ідеальних цілей права.

Досвід правової суб'єктивації спочатку динамічний за своєю природою, оскільки формується в правовій екзистенційності суб'єкта права як практиках його фактичного складання. У цьому сенсі слід погодитися з С. Максимовим у тому, що «право може бути представлено як проекція буття самої людини» [18, с. 80], насамперед особистісного буття. Особистість не є декларативною, вона є екзистенційною. Практики ж правової суб'єктивації є базою розміщення реального суб'єкта права — повторимося, що, по суті, це і є реальний суб'єкт права. Однак у зв'язку з нашим твердженням правомірно виникає запитання, а чи можна таким чином особистісність у нашому розумінні укласти, вбудувати в юридичний дискурс як операціональну, практично застосовну модель, і, разом із цим — чи є виправданими спроби, чи то сприяє праву?

Перш за все, слід сказати, що особистісність у праві є вузловим моментом конституювання реального суб'єкта права. Повторимося: особистість у нашому розумінні — це не статичний, тобто досягнутий одного разу і назавжди рівень якості (соціальної активності тощо), а тип суб'єктивації в напрямі особистого, а значить, вільного правобуття в правовій реальності, в основі якого лежить специфічне самозвернення на себе, або відношення з собою з приводу юридичного. На відміну від гуманістичного трактування особистісності, що дозволяє під прикриттям останньої як маски (*просоплов*) здійснювати юридичні спекуляції, особистісність, яку розуміють через суб'єктивацію як вільне, а значить справжнє, конститутивне відношення з самим собою ж юридичним, переводить (вказує нам на) справжній досвід правового буття як спів-буття. У відношенні спів-буття як буття-з-Іншим слід сказати, що в літературі використовуються різні інтерпретації Іншого, залежно від чого обґрунтовується і відповідна модель особистості. Залишаючи це питання для окремого розгляду, тут лише зазначимо, що розуміння особистісності через існування, через практики правової суб'єктивації виключає впізнання Іншого як соціального (в класичному розумінні): парадоксально, але саме дистанціюючись від класичного примату соціальної обумовленості особистості (соціальність в іншому аспекті нами, однак, не заперечується [19, с. 21]), тільки й можливо отримати особистість у праві як справжній критерій антропологічності права та його соціабельності.

Висновок. Питання про можливість включення в юридичний дискурс запропонованої концепції особистості як операціонального інструменту, на нашу думку, підлягає позитивному вирішенню. Операціоналізація викладеної концепції особистісності в праві, як це не парадоксально, проте видається можливою через

повернення до концептуального дискурсу особистості як першопочатку, але вже не гуманістичної, а енергійно-антропологічної властивості. Саме у цьому сенсі можна використовувати особистісність як справжню антрополого-правову мову для правової концептуалізації нового типу — спеціальної діяльності щодо створення правових принципів, цінностей, формулювання засад законодавства тощо. Концептуалізація є тут в деякому розумінні екзистенціальною мовою — вона не впливає з апіорних принципів, а береться з практик правового існування. Спочатку законодавець при конструюванні правил, потім правозастосовувач у процесі реалізації норм повинні орієнтуватися як на ідеальний критерій на такі суб'єктні моделі, які розміщені на таким чином витлумаченій особистісності — на правовій суб'єктивації. Для цього, відповідно, необхідно переосмислити стратегії правотворчої та правозастосовної діяльності, зокрема за допомогою включення в них технік виявлення та фіксації соціальних очікувань не тільки з позиції правової поведінки, а й з позиції практики правової суб'єктивації як прозорих матриць складання суб'єктів. Це, у свою чергу, вимагатиме виробити вміння здійснювати дескрипцію соціального поля як поля панівних, конкуруючих антропологічних практик, що вже саме по собі передбачає міждисциплінаризацію пізнання. Разом із тим така робота дозволить виключити декларативне розуміння і використання особистісних начал у праві, надасть можливість реального прогнозування наслідків прийняття нормативних правових актів з позиції надання/обмеження прав і свобод суб'єктів права, сприятиме включенню цивілізаційно-культурної специфіки в інтерпретацію міжнародно-правової гуманістичної концепції особистості (захисту її прав і свобод) в її додаванні до національної правової системи. Нарешті, в цілому це сприятиме антропологізації права. Детальна розробка методологічного апарату та практичних моделей операціоналізації запропонованої концепції особистості є справою подальших досліджень.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Рассолов М. М.* Актуальные проблемы теории государства и права : учеб. пособие для студ. вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / М. М. Рассолов, В. П. Малахов, А. А. Иванов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2011. — 447 с.
2. *Бэкон Ф.* Соч. : в 2 т. — М., 1978. — Т. 2. — 575 с.
3. *Розин В. М.* Личность и ее изучение. — М., 2004. — 232 с.
4. *Хайдеггер М.* Европейский нигилизм // Проблема человека в западной философии : переводы / сост. и послесл. П. С. Гуревича ; общ. ред. Ю. Н. Попова. — М., 1988. — С. 261–313.
5. *Микешина Л. А.* Философия познания. Полемиические главы. — М., 2002. — 624 с.
6. *Фуко М.* Рождение биополитики. Курс лекций, прочитанных в Коллеж де Франс в 1978–1979 учебном году / пер. с фр. А. В. Дьяков. — СПб., 2010. — 448 с.
7. *Лазарев В. Б.* Сущность и юридическая природа прав человека: вопросы теории. — Волгоград, 2005. — 40 с.
8. *Смирнов А. Е.* Проблема идентичности и субъективации в современном обществознании // Гуманитарные и социально-экономические науки. — 2005. — № 4. — С. 12–17.
9. *Волков В. В.* Теория практик / В. В. Волков, О. В. Хахордин. — СПб., 2008. — 298 с.
10. *Павлов В. И.* От классического к неклассическому юридическому дискурсу. Очерки общей теории и философии права : моногр. — Минск, 2011. — 328 с.

11. Матузов Н. И. Право и личность // Общая теория права : курс лекций / под общ. ред. проф. В. К. Бабаева. — Нижний Новгород, 1993. — С. 222–246.
12. Лившиц Р. З. Права человека // Теория права : учеб. — М., 1994. — С. 151–169.
13. Нерсесянц В. С. Правовое государство в постсоветской России // Общая теория права и государства : учеб. для вузов. — М., 1999. — С. 329–354.
14. Архипов С. И. Первичные и производные субъекты права // Российский юридический журнал. — 2003. — № 4. — С. 47–53.
15. Новейший философский словарь / сост. А. А. Грицанов. — Минск, 1998. — 896 с.
16. Фасмер М. Этимологический словарь русского языка : в 4-х т. / пер. с нем. и доп. члена-корр. АН СССР О. Н. Трубачева; под ред. и с предисл. проф. Б. А. Ларина. — 2-е изд. — М., 1986. — Т. I–IV [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://etymolog.ruslang.ru/index.php?act=contents&book=vasmer>.
17. Зизиулас И. Бытие как общение: очерки о личности и церкви / предисл. прот. Иоанна Мейендорфа ; пер. с англ. Д. М. Гзгзяна. — М., 2006. — С. 21–61.
18. Максимов С. Дуальность права // Право Украины. — 2011. — № 1. — С. 78–84.
19. Керимов Т. Х. Неразрешимости. — М., 2007. — 218 с.

Павлов В. І. Особистість у праві в посткласичній перспективі: абрис концепції

Анотація. У статті робиться спроба представити посткласичний варіант особистісного виміру в праві. Грунтуючись на посткласичній критиці новоевропейської раціональності, автор вказує на факт фундування класичними основами сучасної концепції особистості у праві. Визнаючи останню в умовах сучасної правової реальності неефективною, пропонується розглядати особистісність у праві в неесенціальному дискурсі людини, який дає можливість зафіксувати справжню динаміку правового життя в актуальній правовій ситуації.

Ключові слова: особистість, суб'єкт права, правова людина, практика правової суб'єктивації, посткласичний юридичний дискурс.

Павлов В. И. Личность в праве в постклассической перспективе: абрис концепции

Аннотация. В статье предпринимается попытка представить постклассический вариант личностного измерения в праве. Основываясь на постклассической критике новоевропейской рациональности, автор указывает на факт фундирования классическими основаниями современной концепции личности в праве. Признавая последнюю в условиях современной правовой реальности неэффективной, предлагается рассматривать личностность в праве в неэссенциальном дискурсе человека, который дает возможность зафиксировать подлинную динамику правовой жизни в актуальной правовой ситуации.

Ключевые слова: личность, субъект права, правовой человек, практики правовой субъективации, постклассический юридический дискурс.

Pavlov V. Personality in Law in Postclassical Prospect: the Outline of Conception

Summary. The attempt to present a postclassical variant of personal measurement in the law is undertaken in this article. Being based on the postclassical criticism of the new European rationality, the author specifies in the fact of fundation the classical bases of the modern concept of the person in the law. Recognising last in the conditions of a modern legal reality inefficient, it is offered to consider Personality in the law in non-essential discourse of the person which gives the chance to fix original dynamics of legal life in an actual legal situation.

Key words: personality, subject of law, legal person, practices of legal subjectification, postclassical legal discourse.

ТРАНСПОЗИТИВНІ ОСНОВИ ПОЗИТИВНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ¹



С. КІРСТЕ
*доктор юридичних наук,
професор філософії права
(Зальцбурзький університет, Австрія)*

І. ВСТУП

Після спорудження берлінської стіни у 1961 р. та паркану під напругою, який розділив Німеччину навпіл, урядом Німецької Демократичної Республіки було оголошено злочином так званий «незаконний перетин кордону» між цими двома частинами Німеччини (§ 213 Кримінального кодексу НДР). У 1968 р. у НДР було ухвалено Закон «Про завдання і повноваження Народної поліції Німеччини», згідно з яким поліція мала право використовувати зброю з метою недопущення порушення цієї заборони на перетин кордону зі східної частини країни в західну. Нормативні акти Міністерства і накази міністра національної оборони як підзаконні акти, що поступаються за своїм рівнем законам, які ухвалює парламент, нагадували службовцям прикордонних військ, що «під час несення служби вони несуть повну відповідальність за недопущення перетину державного кордону у своєму секторі, і що порушників кордону слід зупинити будь-якою ціною, навіть якщо для цього їх доведеться застрілити»². Прикордонники отримували наказ такого змісту перед кожним виходом на чергування («*Vergatterung*»). Кожного разу, коли їм вдавалося попередити порушення кордону, вони повідомляли про цей «успіх» Раду національної безпеки і часто отримували за це нагороди. За інформацією з різних джерел, загальна

¹ Переклад з англійської мови С. Максимова.

² Цитата за рішенням Федерального Конституційного Суду Німеччини із офіційної збірки щодо «Стрілків Берлінської стіни» (*Mauerschützen/Border Guards*), тобто прикордонників Німецької Демократичної Республіки (НДР), які стріляли в перебіжчиків з боку НДР. [1, с. 96 і наступні сторінки, особливо с. 103].

кількість жертв, які загинули на кордоні між двома Німеччинами з 1961 р. до 1989 р. становила від 136 до 245 осіб (включаючи тих людей, які загинули від серцевого нападу під час перетину кордону).

Після розпаду НДР обидві частини Німеччини зафіксували в Угоді про їх об'єднання пункт, що дії офіційних осіб Східної Німеччини підпадають під норми Кримінального кодексу НДР (§ 315 I Вступу до Закону «Про Кримінальний кодекс Німеччини» разом з § 2 Кримінального кодексу НДР). Однак під час розгляду судом (під час так званого «процесу охоронців кордону») справи колишнього Голови Державної Ради та Ради національної оборони У. Кренца, багаторічного міністра оборони Г. Кесслера, іншого члена Ради національної оборони і охоронця кордону, суди Німеччини не визнали військове законодавство НДР виправданням жорстоких убивств на внутрішньо-німецькому кордоні. Судді дійшли висновку, що ці законодавчі акти не є правом у нормативному сенсі. Тому суди відхилили норми і інструкції щодо прикордонного режиму на підставі так званої формули Радбруха, відповідно до якої:

«Конфлікт між справедливістю і правовою гарантією (впевненістю) має бути вирішений таким чином, що позитивне, ухвалене належно створеним органом влади з відповідною компетенцією право має перевагу також тоді, коли воно у змістовному відношенні є несправедливим та недоцільним, за винятком тих ситуацій, коли суперечності між позитивним законом та справедливістю досягає такого нестерпного рівня, що закон як «неправильне право» (*«erroneous law»*, *«unrichtiges Recht»*) має поступитися справедливості. ... Якщо навіть не прагнути до справедливості, якщо у процесі законотворення має місце свідомо відмова у рівності, яка є осердям справедливості, то такий закон є не просто «неправильним правом»; фактично він взагалі позбавлений правової природи. Це тому, що право, як і позитивне право, не можна визначити інакше як порядок або закон, призначений за своєю суттю для того, щоб служити справедливості» [2, с. 105 і наступні сторінки, особливо с. 107].

У другій половині цієї формули суди застосували відносну «тезу нестерпності», а не абсолютну «тезу заперечення». «Через очевидне порушення елементарних вимог справедливості й прав людини, гарантованих міжнародним правом, тут не діють підстави, які загалом виступають на користь визнання заборони на перетинання кордону вищою нормою, ніж право на життя. Це порушення має настільки сильний вплив, що воно суперечить правосвідомості усіх народів, яка ґрунтується на цінності та гідності людини. У таких випадках позитивне право має поступитися справедливості»¹. На думку судів Німеччини, про настання верхньої межі «невичерпності» свідчить порушення прав людини і особливо цінності та гідності людини. Однак, чи не було б заперечення підстав для виправдання, що містяться в законах Східної Німеччини, задля захисту прав людини порушенням права офіційних осіб і охоронців кордону, а саме на заборону зворотної сили закону в найважливішій сфері права — кримінальному праві? Чи не буде скасування одного закону для забезпечення прав людини жертв, постраждалих на внутрішньо-німецькому кордоні, порушенням прав людини тих осіб, що винні у цих жертвах?

¹ Цитата за збіркою рішень Федерального Конституційного Суду ФРН [1, с. 96 (135)].

Федеральний Конституційний Суд Німеччини, підтриманий Європейським судом з прав людини, вирішив цю, здавалось би, колізію норм права, постановивши:

«Суворі заборона зворотної сили закону у п. 2 ст. 103 Основного закону знаходить... своє правове виправдання в самій основі впевненості, яка підтримує кримінальне законодавство, якщо воно ухвалене законодавцями демократичного суспільства, які зобов'язані дотримуватися основоположних прав людини. Ця основа впевненості зникає, якщо інша держава ухвалює закони стосовно найсерйозніших злочинів, однак робить виняток стосовно певних правопорушень з підстав виправданості, оскільки така держава вимагає незаконних дій, порушуючи письмові норми, і підтримує такі дії, тим самим грубо порушуючи загально визнані права людини, засвідчені системою міжнародного права. Такою поведінкою носій державної влади здійснює максимальну державну несправедливість, яка єдино може існувати в подальшому доти, поки фактично існує відповідна державна влада, що спричинила її» [1, с. 96 (133)].

Мене цікавить останній аргумент: Федеральний Конституційний Суд обмежує нібито абсолютну заборону на зворотню дію закону, що є основоположним правом людини відповідно до Основного закону Німеччини¹, припустивши, що тільки ті закони становлять основу впевненості, які ухвалені «законодавцями у демократичному суспільстві, які зобов'язані дотримуватися основоположних прав людини». У Конституції НДР дійсно існували основоположні права, і її форми врядування були теж демократичними, однак не в західній інтерпретації цих принципів. Віддаючи наказ охоронцям кордону стріляти у «втікачів з республіки», ця країна замінила загальне правило неприпустимості убивства людини на підставу для того, щоб виправдати такі дії, тим самим грубо порушивши права людини. Такі закони та інші державні заходи припиняють існування в разі зникнення відповідної держави, оскільки вони є настільки суттєвим порушенням справедливості, що повністю позбавлені юридичної сили. Логіка цього аргументу є такою: виправдання впевненості відповідача в забороні застосування зворотної сили закону залежить від демократичної правомірності й обмеження основоположних прав тими законами, на які він покладається. Право людини на свободу від покарання застосуванням зворотної сили законів² залежить від демократичної і правозахисної основи тих законів, на які покладається відповідач.

¹ У пункті 2 ст. 103 Основного закону сказано: «Будь-яка дія може бути покарана лише тоді, коли вона вже становить кримінальне правопорушення за законом ще до того, як така дія була вчинена».

² Порівняйте також із нормою ст. 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: «Нікого не може бути визнано винним у вчиненні будь-якого кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії чи бездіяльності, яка на час її здійснення не становила кримінального правопорушення згідно з національним законом або міжнародним правом. Також не може бути призначене суворіше покарання, ніж те, що підлягало застосуванню на час вчинення кримінального правопорушення». Ця стаття не повинна перешкоджати притягненню до суду і покаранню будь-якої особи за дію чи бездіяльність, яка на час її вчинення була кримінальною згідно із загальними принципами права, визнаними цивілізованими країнами.

У зв'язку з цим аргументом виникає фундаментальне питання щодо стосунків між правами людини і демократією: чи є права людини за своєю суттю транспозитивними правами, що мають бути проголошені і реалізовані як такі позитивним законом — незалежно від автократичного чи демократичного правління? Чи, можливо, існує необхідний зв'язок між правами людини і демократією? Почну з уточнення певною мірою того, що таке, власне, права людини (див. розділ II). Далі зупинюся на формі прав людини як транспозитивному і позитивному праві (див. розділ III). Провідною тезою буде те, що під стимулом катарсичного досвіду щодо жорстокостей націонал-соціалістичного і фашистського режимів, події після Другої світової війни трансформували природні права людини у позитивні права людини, таким чином диференціюючи їх структуру і функції. Ця трансформація діє як подвійна легітимація прав людини: внаслідок матеріальної легітимації, що на той час виникла на основі їх форми існування як природного права, та процедурної легітимації через їх впровадження у практику як міжнародного права. Однак ця універсальність прав людини залишається ще незавершеною. У розділі IV цієї роботи ми розглядатимемо механізми універсального поширення позитивних прав людини, оскільки повернення до природного права більше неможливе без імперіалістичних наслідків. Резюме включатиме ці обставини, які потім будуть застосовані при розгляді на прикладі «процесу над охоронцями кордону».

II. ПОНЯТТЯ ПРАВ ЛЮДИНИ (ТЕОРІЯ ПРАВА)

Права людини — це індивідуальні права, адресовані державним установам, які забезпечують фундаментальні людські цінності¹.

Як індивідуальні права, вони є вимогою суб'єкта права до іншого суб'єкта права щодо чогось, що є об'єктом вимоги. Ця вимога накладає зобов'язання на адресата права, яке не є наслідком добровільного договору, а ґрунтується на цій нормі (декларації, конвенції, конституції). Зобов'язання полягає в обов'язку утримуватися від порушення певної свободи (за Г. Єллінеком: *status negativus*), забезпечити або гарантувати визначені передумови для користування визначеними свободами (*status positivus*) та визнавати необхідність не діяти поза межами компетенцій, спільно легітимованих індивідуальними суб'єктами у певній формі (*status activus*). Однак найбільш фундаментальним є обов'язок визнавати особу як суб'єкта, здатного мати права (*status subjectionis*).

Права людини конкретизують структуру індивідуальних прав у вимірі суб'єкта вимог, адресата цих вимог та зобов'язання. Після Другої світової війни в обговореннях прав людини виникло тверде переконання, що ці права є не лише привілеями кількох осіб, особливо громадян, які їм дані державою,

¹ «Bei Menschenrechten geht es um den Schutz und die Befriedigung von fundamentalen Interessen und Bedürfnissen. Ein Interesse oder Bedürfnis ist fundamental, wenn seine Verletzung oder Nichtbefriedigung entweder den Tod oder schwereres Leiden oder den Kernbereich der Autonomie betrifft». [«Стосовно прав людини йдеться про захист та задоволення фундаментальних інтересів і потреб. Інтерес або потреба є фундаментальним, коли його порушення або незадоволення призводить до смерті або тяжких страждань, або зачіпає ядро автономії» — пер. з нім. О. Стовби] [3, с. 251]. Таке визначення порушує питання щодо того, які з цих прав є вищими за інші права в разі виникнення конфлікту між ними.

а що людина як така має право мати права людини. Таким чином, навіть особи без громадянства повинні також мати права людини. Людська гідність — як термін, який у подальшому знаходимо у багатьох преамбулах до декларацій і конституцій, — це не лише об'єктивна цінність як основа особистих прав, а й само по собі право людини на певні права [4, с. 601 і наступні], або, ще більш фундаментально, як право бути визнаним як суб'єкт права і як людина, до якої не можна ставитися як до об'єкта, нездатного отримати права. В той час як права людини першого і другого покоління стосувалися лише індивідів, то права людини третього покоління розширили коло можливих суб'єктів і містять тепер групи як суб'єктів прав. Це знову порушує питання про те, чи групові права усе ще залишаються правами людини. Предметом дискусій є також питання щодо належності зародків і пацієнтів у стані коми до кола суб'єктів прав людини.

Крім інших власників суб'єктивних прав, адресатами прав людини можуть бути лише особи, що займають посади державних службовців¹. Вони — єдині потенціальні гаранті прав людини і — у зв'язку з тим, що той, хто здатен захистити усіх, може також і пригноблювати усіх і кожного (Т. Гоббс), — головні їх порушники. Призначення прав людини полягає в тому, щоб забезпечити належне становище людини в праві та в суспільстві. Це не суперечить концепції Гьоффе (*Höffe*) щодо гіпотетичного або трансцендентального обміну як інструмента для обґрунтування змісту прав людини. У цьому силогізмі він ставить запитання, що можуть дати один одному люди, якщо не вдаватимуться до сили для захисту своїх інтересів [6, с. 37]. Зобов'язання, що містяться у цих вимогах, забезпечують найфундаментальніші цінності або інтереси, такі як право на участь у легітимації державної влади, самовизначення груп, свободи, життя, власність, приватне життя, спілкування і право на справедливий суд.

III. ФОРМА ПРАВ ЛЮДИНИ

Досі ми лише аналізували структуру прав людини, визначивши їх як групу індивідуальних прав і абстрагувалися від форми цих прав. Їх форма може бути позитивною або транспозитивною. У найбільш яскраво вираженій формі транспозитивні права є природними або моральними правами. Спочатку розглянемо першу форму.

1. Права людини як природні права

В якості природних прав можна визначити права людини за походженням їх дійсності. Дійсність природних прав не залежить від можливих довільних дій

¹ «*Menschenrechte sind berechtigte Ansprüche jedes Menschen auf eine sie als Gleiche berücksichtigende politische Ordnung, die sich zunächst an die für diese Ordnung Verantwortlichen richtet, darüber hinaus aber auch für jeden anderen Menschen die Verpflichtung schaffen, so weit als möglich zur Herstellung einer solchen politischen Ordnung beizutragen*». [«Права людини є виправданою претензією будь-якої людини на політичний порядок, який розглядав би її як рівну, яка спрямовується до тих, хто є відповідальним за цей порядок, але окрім того створює для кожної іншої людини обов'язок, зробити якомога більший внесок у створення подібного політичного порядку» — пер. з нім. О. Стовби] [5, с. 41].

людини. Ці права є дійсними тому, що вони належать людям як таким¹. Деякі автори навіть вважають, що про «права людей» можна говорити тільки у цьому сенсі². Це «природжені» і «невід'ємні» права. А тому вони відрізняються від отриманих чи набутих прав. З огляду на їх походження, «належність людині як такій» може означати, що ці права ґрунтуються на властивостях людини [8, с. 133]. З антропологічної точки зору «належність людині як такій» означає, що ці права ґрунтуються на базових потребах людини, таких як життя, здоров'я, незалежність та значущий і відповідальний спосіб життя [9, с. 126]. Однак не всі основані на інтересі антропологічні підходи є підходами на основі природного права. Егалітарні концепції прав людини прив'язують ці права до припущення, що «усі люди народжуються рівними» [10, с. 684]. Інші концепції беруть за відправну точку розумність людської природи та свободу, яка з неї випливає.

а) Права людини та моральні права

Слід відрізнити ці природні права людини від іншої групи індивідуальних прав, а саме моральних прав. Природні права людини, як і моральні права, є транспозитивними індивідуальними правами. Однак нам слід провести важливу межу відмінності між ними. По-перше, моральні права не обов'язково ґрунтуються на їх безумовній природі. Вони також можуть бути обґрунтовані із застосуванням прагматичних [11, с. 166 і наступна], дискурсивних, антропологічних або інших аргументів. По-друге, моральні права мають на меті зробити можливим виконання моральних обов'язків, що теж забезпечує людині певне становище у моральному світі. Саме такий аргумент висувають С. Пуфендорф та І. Кант. У цьому сенсі моральні права є умовою для можливості виконання моральних обов'язків. Ці обов'язки є первинними, а відповідні права витікають з них, або є вторинними. Ситуація з природними правами людини є іншою. Вони гарантують свободи людини або громадянина, однак залишають на розсуд людини, як поводитися у цих напрямках. Оскільки природне право є частиною моралі, спрямованої на правову дію, природні права людини стосуються зовнішніх і, у цьому сенсі, правових дій³. Однак моральні права є запобіжними заходами для виконання моральних обов'язків — і не обов'язково за допомогою правових дій. Оскільки моральні обов'язки зобов'язують усіх людей, моральні права також є привілеєм усіх людей. Проте вони і адресовані усім людям.

Відповідно, природні права людей і їх моральні права мають спільну транспозитивну форму. Однак розрізнити їх можна, по-перше, за їх основою і, по-друге, за обов'язком та адресатом цієї норми. У зв'язку з тим, що природні права людини спрямовані на правову дію [5, с. 41], можемо зосередитися на них.

¹ *«Menschenrechte sind nach üblichem Verständnis Rechte, die alle Menschen sozusagen von Natur aus besitzen, also unabhängig von kontingenten Umständen wie Abstammung, Rasse, Geschlecht, Nation und Religion»*. [«Права людини є у загальному розумінні правами, які всім людям належать, так би мовити, від природи, тобто незалежно від змістовних обставин походження, раси, статі, нації або релігії» — пер. з нім. О. Стовби] [7, с. 96].

² Право людини або природне право — це «право, яке нам належить з тієї лише простої причини, що ми — людські істоти» [8, с. 2].

³ Їх можна вважати частиною правової моралі [6, с. 34 і наступна].

б) Два напрями історії природного права і теорії природних прав

Ці природні права людини визначені теорією природного права. У цій роботі не маю змоги зупинитися детальніше на цій темі, лише на двох напрямках цієї теорії. Один напрям — це раціональне традиційне природне право, яке пов'язано з працями Платона, Аристотеля, святого Фоми Аквінського та пізніх схоластиків, Г. Гроція та деяких філософів епохи Просвітництва, таких як С. Пуфендорф, К. Вольфф і К. Томазій. Вони розробили концепції права, базовані як на об'єктивній, так і суб'єктивній справедливості та загальному благові, на розумності, свободі й рівності індивідів — і вивели з цих основ індивідуальні права.

Якщо дуже схематично, то можна навести ще одну лінію аргументації, а саме волюнтаристську аргументацію природного права. Згідно із цими теоріями право має бути дійсним незалежно від його раціональності, просто через те, що воно дано нам по волі Господа Бога. Спочатку сам Господь не був обмежений цим правом у своїх діях, але після того, як він заклав його найвищі норми, то сам зобов'язався дотримуватися його правил, щоб не допускати внутрішньо суперечливих дій, чого неможливо собі уявити. Св. Августин, В. Оккам, Т. Гоббс і Ж.-Ж. Руссо творили у цій традиції. Якщо аргументи теорії раціонального природного права стосувалися більше змісту природних прав людини і статусу людей як розумних і моральних істот, то у волюнтаристській традиції аргументація також спиралася на те, що права гарантують досягнення людиною її основних інтересів як особистості, але встановлювала також і природну основу для самої форми права.

с) Зміст природних прав людини (етика права)

Досі ми розглядали форму прав людини як особисті і, ще конкретніше, природні права. Запитання, що саме вкладається у зміст слова «людина» у словосполучення «права людини», залишається відкритим до сьогодні. Це питання було і є предметом гострих дебатів навіть у межах теорій природного права. Певною мірою поняття «природні» теж мало, — а в антропологічних теоріях прав людини має й сьогодні, — вплив на зміст прав людини. Основні інтереси людини щодо виживання вважаються необхідними благами і мають бути захищені як права людини.

Природні права людини є вимогами людини щодо забезпечення розвитку її особистості та її «нормативної здатності» [8, с. 200], або, за словами В. Брюггера, стосовно можливості вести незалежний, значущий і відповідальний спосіб життя [9, с. 126]. Раніше ми згадали чотири виміри прав: негативний, позитивний, активний і суб'єктивний. Справді, усі ці чотири виміри сприяють розвитку людини. Таким чином, окрема людина стає центральною точкою прав людини. Переважно дискусія, як і раніше, ведеться навколо питомої ваги кожного з цих вимірів. У ліберальних теоріях прав людини надмірно підкреслюється їх негативний аспект, ігноруючи при цьому позитивний і активний аспекти. Соціалістичні теорії, навпаки, переймалися виключно позитивним аспектом прав людини і не звертали уваги як на значення вільної ініціативи для розвитку особистості, так і на вільно вмотивовані політичні обговорення і участь у політичних процесах. Відповідно до чисто республіканського тлумачення, усі інші права розглядаються, за визначенням Ж.-Ж. Руссо, як передумови для участі у політичних процесах, особливо у боротьбі за права груп [12, с. 62 і наступні].

Це свідчить про необхідність визначення критерію для збалансування зазначених вище трьох вимірів обов'язків щодо прав людини. Оскільки усі права спрямовані на те, щоб забезпечити можливості для розвитку людської особистості, пошуки такого критерію мають ґрунтуватися на особистості людини, а саме виходити з права на людську гідність. По суті, це право зобов'язує усі органи державної влади поважати людей як суб'єктів права. Суб'єкти права — це особи, здатні мати права.

Однак особистість потребує захисту не тільки у своїх діях, а й у тих сферах, де вона бажає залишатися наодинці з собою (приватне життя), у ситуаціях, коли вона недієздатна (наприклад, якщо це ембріон чи пацієнти у коматозному стані) і, найважливіше, коли особа має бути визнана суб'єктом прав, разом з її правовою суб'єктністю. Про цей вимір традиційно йшлося під час обговорення теми людської гідності, яка розглядається як цінність або право. Х. Арендт роз'яснила, однак, що концептуалізації цих інтересів як цінностей недостатньо. Їх треба розуміти в контексті прав людини, як, власне, право кожної людини [4, с. 602 і наступні; 13, с. 754 і наступні].

При застосуванні норм права людина визнається як суб'єкт права лише тоді, коли може брати участь у процесі законотворчості; інакше на людину будуть поширюватися вимоги законодавства і вона має їх виконувати без участі у їх створенні; тобто без участі у законотворчості людина буде не суб'єктом, а об'єктом права. Відповідно, людська гідність є підґрунтям права на демократичну та інші форми участі у політичному процесі. Для цього, знову ж таки, необхідною передумовою є наявність певних комунікаційних прав. Як визначив Ю. Габермас, у цього права людини є дві сторони: з одного боку, це право гарантує участь у політичному процесі, а з другого — для цього потрібно, щоб права людини не тільки були визнані і захищені патерналістською державою загального добробуту, а й самими суб'єктами цих прав. У цьому сенсі можна сказати, що існує транспозитивне право людини не лише на те, щоб мати права людини, а й брати участь у процесі їх визнання. Ю. Габермас стверджує, що ліберальні права людини і політична автономія взаємно вимагають одне одного¹. Сама

¹ *«Das System der Rechte läßt sich weder auf eine moralische Lesart der Menschenrechte noch auf eine ethische Lesart der Volkssouveränität zurückführen, weil die private Autonomie der Bürger ihrer politischen Autonomie weder über- noch untergeordnet werden darf... Die Gleichsprünglichkeit von privater und öffentlicher Autonomie zeigt sich erst, wenn wir die Denkfigur der Selbstgesetzgebung, wonach die Adressaten zugleich die Urheber ihrer Rechte sind, diskurstheoretisch entschlüsseln».* [«Система права не піддається редукції ані до морального тлумачення прав людини, ані до етичного тлумачення народного суверенітету, оскільки приватна автономія громадян не може бути ані підпорядкована їх політичній автономії, ані керувати нею. Рівноначальність приватної і публічної автономії вперше виказує себе, коли ми дискурсивно-теоретично осмислюємо мисленневу фігуру самозаконодавства, згідно з яким адресат є в той же час володарем своїх прав» — пер. з нім. О. Стовби] [14, с. 134 і наступна]. І далі: *«Der interne Zusammenhang von Demokratie und Rechtsstaat besteht darin, daß einerseits die Staatsbürger von ihrer öffentlichen Autonomie nur dann einen angemessenen Gebrauch machen können, wenn sie aufgrund einer gleichmäßig gesicherten privaten Autonomie hinreichend unabhängig sind; daß sie aber auch nur dann gleichmäßig in den Genuß der privaten Autonomie gelangen können, wenn sie als Staatsbürger von ihrer politischen Autonomie einen angemessenen Gebrauch machen».* [«Внутрішній зв'язок демократії і правової держави полягає у тому, що, з одного боку, громадяни держави

природа права на демократію вимагає, щоб суб'єкт і адресат права (але не обов'язку!) був однією й тією ж особою. Вони не лише визнають вже існуючі права, а й надають їм відповідної форми¹.

Для реалізації потенційних можливостей особи потрібно, щоб вона розкрила свою особистість, а для цього вона повинна мати позитивні права, які дають виконати це, і негативні права, які захищають її можливість це зробити. Це права на охорону здоров'я, життя, комунікацію та інші форми «нормативної здатності». Оскільки у їх позитивній формі ці права можна вимагати і захищати в суді, людина повинна також мати права стосовно процесу винесення судового рішення, проведення слідства і практичного застосування прав. Це право на вираження своєї думки, право на свій ефективний захист у суді і право на особисту недоторканність.

d) Висування аргументів щодо природних прав людини

Найочевиднішою перевагою природних прав людини є їх походження як «самоочевидних істин»². За своєю суттю, вони, як було встановлено, є «священними»³. Їх можна «забувати», зневажати, їх можуть заперечувати урядовці і уряди; оскільки їх дійсність не залежить від дій людини, ці права не можуть бути відмінені через неналежну поведінку людей. Їх легітимація заснована на розумності їх основ або репутації автора святого письма. Це мало два наслідки для держави: з одного боку, ці права вважалися дійсними у всіх державах, з другого — навіть більшістю голосів при голосуванні з цього питання меншини не можуть бути позбавлені цих прав. У разі якщо «будь-яка форма урядування стає руйнівною в цьому плані, народ має право змінити або скасувати його і сформулювати новий уряд», як сказано у Декларації незалежності США.

Походження дійсності природних прав людини забезпечує широкий вибір їх дійсності. Вони є універсальними у просторовому і часовому відношенні. Оскільки інтереси, які є підґрунтям цих прав, є, можливо, настільки фундаментальними, що усі люди мають їх, незалежно від їх культури і вірувань, то вони не належать якомусь одному конкретному правопорядку. Людська особис-

в змозі використати свою публічну автономію лише тоді, коли вони рівною мірою є незалежними завдяки забезпеченій їм приватній автономії; але рівною мірою вони тільки тоді можуть скористатися приватною автономією, коли вони, як громадяни держави, співрозмірно можуть вжити свою політичну автономію» — пер. з нім. О. Стовби] [14, с. 390 і наступна].

¹ «*Menschenrechte mögen moralisch noch so gut begründet werden können; sie dürfen aber einem Souverän nicht gleichsam paternalistisch übergestülpt werden. Die Idee der rechtlichen Autonomie der Bürger verlangt ja, daß sich die Adressaten des Rechts zugleich als dessen Autoren verstehen können. Dieser Idee widerspräche es, wenn der demokratische Verfassungsgesetzgeber die Menschenrechte als so etwas wie moralische Tatsachen schon vorfinden würde, um sie nur noch zu positivieren*». [«Права людини можуть бути досить гарно морально обґрунтовані; проте вони не повинні бути патерналістично перетлумачені сувереном. Ідея правової автономії громадян вимагає, щоб адресати права мали рівною мірою розумітися як його автори. Ця ідея є суперечливою, коли демократичний творець конституції вже передбачає права людини як щось на зразок морального факту для того, щоб уникнути їх чистої позитивації» — пер. з нім. О. Стовби] [15, с. 293 і наступні, особливо с. 301].

² Декларація незалежності США.

³ *Declaration du Droit de l'Homme et du Citoyen* (Декларація прав людини і громадянина).

тість, — на відміну від людської індивідуальності, — властива не якомусь певному обмеженому колу людей, а усім людям. Рівність, що ґрунтується на її основному значенні і базується на природі людини, не дозволяє жодної дискримінації через колір шкіри, культурну спадщину або релігійні переконання. Відповідно, ці природні права людини не є локальними і не обмежувалися державою, а є глобальними, і не тимчасовими, а постійними, і, у цих двох напрямках, універсальними. Саме тому можна припустити, що універсальність прав людини є необхідним елементом. Оскільки ця універсальність є похідною від природної форми, я б не концептуалізував її як визначальний елемент¹.

Їх природне походження є не тільки перевагою природних прав людини, але також і їх недоліком. Люди, які не поділяють базових вірувань, припущень або інших підстав для їх обґрунтування, не будуть сприймати дійсності цих природних прав людини. Крім цього, чи не може будь-яка автократична правова система бути здатною гарантувати природні права людини тією ж мірою, що й ліберальна західна демократія? Так, може, але вона гарантуватиме права людини у патерналістський спосіб, коли визнання цих прав не є вираженням політичної автономії народу, хоча вони є привілеями людей — як за міжнародним правом, так і за національним законодавством! Перш ніж зупинитися на цьому питанні докладніше, розглянемо іншу форму прав людини — їх позитивну форму як позитивні національні або міжнародні права людини або основоположні права.

2. Позитивні права людини² (правова догматика)

Право як сукупність норм, проголошення і застосування яких регулюється іншими нормами, стає позитивним, якщо воно фактично застосовується і має силу закону, і якщо таке його застосування відповідає тим умовам, які містяться у таких нормах.

Природні права згідно з традицією природного права набули позитивного статусу в національних деклараціях і конституціях у кінці XVIII — на початку XIX ст. та у міжнародних деклараціях, конвенціях і угодах після Другої світової війни. Це сталося внаслідок різких перемін у цінностях або внаслідок так само значних порушень прав людини. Відповідно, досвід несправедливості не відігравав головної причини у розкритті змісту цих прав, а лише в їх позитивізації³.

¹ Іншим припущенням є таке: «*Ihrem (formalen) Begriff nach scheinen die Menschenrechte zu beanspruchen, daß sie für alle Menschen gelten und insofern universell sind, daß sie für alle in gleicher Weise gelten und insofern egalitär sind und daß sie keinem Menschen abgesprochen werden können und insofern kategorisch sind*». [«Права людини, відповідно до їх (формального) поняття, здається, претендують бути дійсними стосовно всіх людей і універсальні настільки, що вони чинні для всіх одним і тим же чином, і егалітарні так, що в них не можна відмовити жодній людині, а тому є категоричними» — пер. з нім. О. Стовби] [12, с. 63].

² Термін «позитивні» стосується їх форми як закону, а не як вимоги щодо отримання державних субсидій, як інколи розуміють їх зміст.

³ В. Брюггер має щодо цього іншу точку зору: «*Menschenrechtsforderungen sind am besten als Antworten auf exemplarische Unrechtserfahrungen zu charakterisieren. Mit "exemplarischen Unrechtserfahrungen" sind Situationen und Ereignisse gemeint, deren Durchleben durch die Betroffenen oder deren Kenntnisnahme durch Dritte zu einem elementaren und gleichsinnigen Urteil als "ungerecht" führt, selbst wenn die Betroffenen und die Dritten unterschiedlichen Gruppen und Kulturen angehören*». [«Вимоги прав людини в кращому випадку характеризуються як відповіді на окремі випадки

Слід обов'язково припинити ігнорування або забуття цих прав і ігнорування їх слабкої форми як природних прав¹. Ці події не мали наслідком відкриття нових прав людини. Концепція цих прав людини виявилася надто абстрактною, щоб такі права виникли на основі конкретного історичного досвіду². А щодо легітимності, то порушення прав людини стосовно певної групи людей у певний період часу не можуть бути аргументом на користь прав людей, яких ніколи не стосувалися такі порушення. Так само ці жорстокі дії тоталітарних режимів не повинні вважатися підставою для того, щоб адресатами прав людини були демократичні або інші права людини стосовно відповідного уряду [18, с. 211 і наступна]. Деякі з народів, які сьогодні є найбільш важливими, ніколи не відчували колоніалізму. Відповідні жорстокі вчинки можуть лише стимулювати поінформованість щодо порушення прав людини і розуміння необхідності їх кодифікації. З огляду на ці підстави, я не погоджуюся з концепцією прав людини, запропонованою Роулсом (*Rawls*), де сказано, що права людини — це клас прав, порушення яких було б «однаковою мірою засуджено як раціональними ліберальними народами, так і вихованими ієрархічно народами» [19, с. 79 і наступна]. Це могло б бути гарною ідеєю — почати з політичного поширення таких прав, як право на життя, і на певний прожитковий рівень, особисту свободу, право мати власність і рівність. Однак для філософського пояснення нам би хотілося знати причини того, чому ці люди засуджують порушення своїх прав. А це означає знати цінності, на основі яких вони засуджують ці порушення. Хоча це може вести до концепції людини, це необов'язково має бути натуралістична позиція, це може бути просто позиція конструктивістська, як і позиція Роулса, тому що вона дозволяє реконструювати поведінку людини і права, які ґрунтуються на цій концепції.

Трансформація природних прав людини у позитивне право не мала на меті припинити їх дійсність як природних прав людини. Натомість, у конституціях слід визнати ці права, надати їм зрозумілу форму, доступну усім людям, створити інституції для нагляду за їх порушенням і, можливо, впровадити ці права на практиці. Ця позитивна форма має протидіяти забуттю природних прав, що слугуватиме людям чи народам орієнтиром щодо належних чи аморальних дій або виражатиме волю народу до визнання цих прав і, якщо потрібно, до їх захисту.

У їх кодифікованій формі держава або наднаціональна організація стає адресатом прав людини. Нерідко позитивні права людини називаються основоположними (*fundamental*) правами³. Залежно від змісту цих прав держава або

неправа. Під «окремими випадками неправ» розуміються ситуації і події, переживання яких зачіпає, чи опосередковане знайомство з якими веде до простого і однозначного судження: «неправо», навіть тоді, коли ті, кого зачіпили, і ті, через кого неправо стає відомим, належать до різних груп і культур» — пер. з нім. О. Стовби] [16, с. 129].

¹ Порівняйте з преамбулою Хартії ООН: «Звільнити наступні покоління від загрози війни, яка двічі протягом життя нашого покоління принесла невимовні біди для людства...»

² Мабуть, лише більш специфічні природні права англійської традиції можна тлумачити як наслідок так само специфічних порушень права. Природні права більш загального плану під час Французької революції «запам'яталися» і знайшли втілення у Декларації про права людини і громадянина, щоб їх більше було неможливо «забути» знову [17, с. 169].

³ «*Unter den Menschenrechten sind... die Rechte zu verstehen, die dem Menschen als Menschen zukommen, unter Grundrechten die elementaren Rechte jedes Bürgers eines Staates*». [«Під правами

наднаціональна організація має вибір надати їх усім людям або лише своїм громадянам.

Однак кодифікація природних прав людини — це не лише виконання морального обов'язку; ці права отримують щось інше, аніж те, що вони отримують як природні права. Як позитивне право, крім їх матеріальної легітимації, природні права людини набувають процедурної легітимації. Вони є не тільки власністю того незначного кола людей, які здатні їх зрозуміти, вони також поділяють легітимність відмінного від них позитивного права як вираження політичної автономії. Це може бути автономія монарха як освічений абсолютизм, привілейованого класу, як у випадку білля про права людини в Англії, або це може бути автономія усіх правових суб'єктів, як у демократичних суспільствах. В останньому випадку права людини стають саморефлексивними: вони є не лише засобами захисту відповідних цінностей, а й самі є виявленням застосування прав людини. Сама легітимація цих основоположних документів доводиться тим фактом, що конституції пізніших періодів або суспільні домовленості про права людини є посиланням на них, і необов'язково на істини або на транспозитивні природні права, відображені в них. Це є так у випадку з Конституцією Франції під час Четвертої і П'ятої Республіки та з Декларацією про права людини і громадянина 1789 р. та, наприклад, з Конвенцією про недопущення тортур 1987 р. згідно із Хартією ООН та Універсальною декларацією про права людини. В їх історичній формі права людини не визнаються як «істини» або принципи віри; вони «знову підтверджуються», і мета сьогодні полягає в «підтримці і подальшому впровадженні прав та основоположних свобод людини»¹. Права людини «охороняються» як «спільна спадщина»².

Особливо коли вони є вираженням політичної автономії народу, вони стають основоположними документами суспільства, найвищим законом правопорядку. Цей провідний правовий статус у конституціях та міжнародних деклараціях робить їх центральними пунктами для будь-якого звичайного законодавства. Тому вони можуть призводити до конкретизації і застосування усіма органами державної влади.

Ці переваги супроводжуються, однак, серйозними недоліками. Оскільки трансформація у позитивне право — це дія волі, а не простого пізнання, то її реалізація залежить від волі уряду до ратифікації міжнародних декларацій про права людини, конвенцій і угод і до виконання відповідних обов'язків шляхом кодифікації цих прав. Відповідно, універсальність позитивних прав людини залежить від відповідної потрібної для цього волі. Якщо віра у базові переконання щодо прав людини не є поширеною, — наприклад, через те, що їх вважають вираженням західних цінностей, відмінних від східних цінностей, — то ратифікація, впровадження на національному рівні та інтерпретація їх застосування стануть проблематичними. Німеччина вважає, що Конвенція Ради Європи про

людини розуміються права... які притаманні людям як людям, під основоположними правами — елементарні права кожного громадянина держави» — пер. з нім. О. Стової [6, с. 31].

¹ Преамбула Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

² Преамбула Європейської соціальної хартії; Рамкова конвенція про захист національних меншин.

права людини та біомедицину порушує принцип людської гідності, тому ця країна не починала її реалізацію і не ратифікувала цю Конвенцію. Конвенцію щодо заборони тортур парафувала, але не ратифікувала Індія, а Іран, Ірак та деякі інші країни не підписали і не ратифікували її. Німецька Демократична Республіка підписала і ратифікувала Європейську Декларацію про права людини, однак так і не трансформувала її у діюче національне право. Згідно із правовою аргументацією, права людини можуть отримувати значення, відмінне від їх первісного розуміння у міжнародному праві або у традиції природних прав людини.

Ще один недолік пов'язаний з їх позитивною формою: Загальна декларація прав людини не є обов'язковим документом, хоча наразі багато науковців вважають, що вона має силу міжнародного звичаєвого права. Інші схиляються до того, що вона обов'язкова, однак це залежить від наявності волі для того, щоб держави, які приєдналися до Конвенції, трансформували її норми у норми національного законодавства.

Ці проблеми шкодять універсальності позитивних прав людини у просторовому і часовому аспектах.

Маючи організовану владу, держава є не лише гарантом прав людини, але також і їх найбільшою загрозою. Відповідно, її влада має спиратися на права і потребує легітимації її панування через забезпечення політичних прав людини. Лише таким шляхом орган державної влади не лише захищає права людини, але також є проявом прав людини. Позитивна форма, яку дає організована влада держави, є лише нейтральною формою, яка є вираженням наміру тих, хто створює державну владу. Ці сили мають легітимність з точки зору прав людини лише в тому разі, якщо вони є проявом прав людини, обмежуються правами людини і захищають права людини.

А тому можемо дійти попереднього висновку, що позитивні права людини — чи є вони міжнародними, чи національними правами людини — мають подвійну легітимацію. Вони мають те, що ми можемо назвати «матеріальною легітимацією», судячи зі змісту, який відповідає принципам природних прав людини; вони мають також і процедурну легітимацію завдяки їх визнанню народом. Повна форма прав людини включає як права *status negativus* (негативні права), так і *status activus* (права на участь в політичному житті), є також і права *status positivus* (позитивні права), оскільки людина не може скористатися своїми правами без допомоги з боку інших людей. Усі три виміри прав людини є реалізацією одного базового права — *status subjectionis*, права на те, щоб мати права, або точніше, права бути визнаним у якості правового суб'єкта, із гарантованою людською гідністю. Крім цього, ці права відповідають рефлексивній структурі права і легітимізують його. Оскільки право є порядком норм, встановлення і регулювання яких відбувається згідно з іншими нормами, права людини пов'язані з процесом обговорення і впровадженням норм як активних прав на спілкування, на свободу зібрань, зокрема політичних об'єднань, і права голосу. У ході впровадження права права людини містять права на власну недоторканність, право голосу, право на ефективний захист і, не в останню чергу, право на свободу від загрози застосування зворотної сили закону.

У цьому сенсі правопорядок ґрунтується не виключно на правах людини, тому що існують також і міркування щодо суспільних благ; права людини забез-

печують справедливість в цілому, а не лише мінімальний її зміст. Насправді, щодо цього йдуть гарячі суперечки. Д. Гріффін, наприклад, встановлює наявність інфляції прав людини і намагається зменшити їх перелік. Один із його аргументів полягає в тому, що не усі бажані цілі можуть бути підпорядковані правам людини. Існують також певні аспекти справедливості і права, наприклад, у розгляді справ судами, які мають інші критерії. Однак у цих ситуаціях теж окрема людина має бути визнана як активна сторона судового позову. Справедливим буде такий суд, в якому суддя не тільки враховує права усіх сторін, а й поважає усі права, необхідні для захисту цих матеріальних прав.

Перш ніж повернутися до процесу над охоронцями кордону в НДР, розглянемо побіжно питання щодо того, як нейтралізувати недоліки позитивних прав людини.

ІV. УНІВЕРСАЛІЗАЦІЯ ПРАВ ЛЮДИНИ (ПРАВОВА ПОЛІТИКА)

Отже, наша аргументація показала, що найбільш очевидною перевагою позитивних прав людини є їх подвійна легітимація: вони мають матеріальну легітимацію, тому що вони конкретизують історично сформовані і доведені принципи природних прав людини і надають їм форму, яка є процедурно легітимованою внаслідок політичної автономії народу. Найбільшим недоліком цих позитивних прав людини є їх партикулярність у просторовому і часовому сенсі.

Чи існує спосіб скористатися з обох переваг без негативних наслідків наявних недоліків?

Недоліком позитивних прав людини є їх обмежена правова дійсність. Позитивні права людини можуть бути засновані на стійких етичних або філософських переконаннях, завдяки чому визнаються відповідними політичними спільнотами. Без такого визнання ці права будуть позбавлені процедурної легітимності, так що людині ці права, незважаючи на усі їхні позитивні якості, будуть надані патерналістською державою. Відповідно, цей недолік має свою аргументацію у самій ідеї прав людини, і тому, якщо його не врахувати, це може мати наслідком значні втрати. Однією з таких втрат може бути ціннісний імперіалізм стосовно інших суспільств, які мають власну концепцію того, що є для них благом. У цьому полягає фактична проблема навколо дискусії про «азійські цінності». Якщо ж, з іншого боку, бажаною є універсальність прав людини, а це саме так, то ми повинні знайти легітимний механізм, за допомогою якого можливо як поширення прав людини, так і повага до публічної автономії, яка й сама ґрунтується на правах людини. Для цього потрібно, однак, докласти значно більше зусиль, аніж просто висунути постулат або вимогу щодо універсальності прав людини на основі природних людських прав.

Якщо ми не намагаємось нав'язувати права людини іншим народам, тому що вважаємо, що, маючи начебто природний обов'язок щодо цього, вони мають поважати природні права людини, ми зміщаємо перспективу з *універсальності* прав людини на їх *універсалізацію*. Перш ніж перейти до нормативних аспектів універсалізації прав людини, можемо розрізнити їх фактичне поширення — темпоральне, когнітивне і функціональне. Коли Н. Боббіо говорить про «вік прав», то він виражає не тільки оптимістичний погляд на прогрес у сприйнятті свободи — це він справді підкреслює [20, с. 106], — однак також зауважує, що після

жорстокостей нацистів та інших режимів не може бути шляху назад до успішного виправдання легітимних політичних дій, які порушують права людини. Щодо цього можемо говорити про історичну або темпоральну універсалізацію прав людини як стандарти політичного виправдання.

Існує також і когнітивне поширення прав людини. Можемо бачити, як поширюються знання про права людини. Тому Ч. Байтц стверджує, що усі політичні дискусії на міжнародній арені починаються, — нехай навіть тільки на словах, — на основі прав людини. З огляду на цю основу політики і науковці обговорюють доводи «за» і «проти» прав людини, тим самим піднімають планку якості аргументів. Компаративні аналітичні роботи з питань права і культури підтримують цю аргументацію, як і порівняння стандартів моралі.

Більше того, якщо М. Вебер має рацію, припускаючи у своїй праці «Протестантська етика і дух капіталізму», що у певному економічному устрої обов'язково існує, як передумова, певна основа вірувань, то прийняття західної економічної системи раніше чи пізніше принесе принаймні деякі аспекти ідеї прав людини до тих країн, які досі не сприймають цю ідею. Як ми вже зазначали, правова система захищає права людини, однак одночасно є і їх вираженням. Це стосується не тільки *status activus* політичних прав, але також і юридичних прав, таких як захист впевненості, права захищати себе, включаючи право виступати на свій захист у суді. Правові системи ґрунтуються на свободі. Вже самі норми права позбавлені будь-якого сенсу без свободи. Належне їх зобов'язання перетворюється на «повинен» без свободи вибору й волі. Тому будь-яка правова система працює краще, якщо вона поважає принаймні деякі з прав людини. У цілому ухвалення захисту прав людини може бути корисним у практичному плані. Отже, можемо говорити в такому разі про функціональну універсалізацію.

Це все, звичайно, лише фактичні аспекти. Якщо це дійсно так, то їх не слід ігнорувати, тому що вони створюють позитивний моральний вплив. Однак якщо нам дозволено сприяти поширенню прав людини, то у зв'язку з цим виникає інше запитання: чи можемо ми вдосконалити ці механізми і, можливо, знайти інші механізми? Це запитання знову повертає нас до питання про природні права людини. Якщо їх визнання є моральним обов'язком усіх, принаймні тих, хто має державні повноваження, і якщо обов'язок без дозволу виконувати його є внутрішньо суперечливою ситуацією, то усі люди, що обіймають відповідні посади, зобов'язані і мають природний дозвіл на те, щоб сприяти універсалізації прав людини. Однак працювати задля ідеї прав людини означає поважати їх під час такої спроби. Звідси слідує, що не можна нав'язувати права людини народу, який шляхом вільного політичного самовизначення відхилив ідею прав людини або як мінімум форму права людини, яку йому запропоновано. Ми можемо намагатися вести з ними дискусію, переконувати їх і допомагати представникам меншини, які вимагають поваги до своїх прав людини. Якщо існує авторитарний режим, який гнобить народ, а громадяни обстоюють свої права, можемо допомогти їм до певної міри, в межах їх політичної автономії.

А що ж робити з урядовцями, які працювали на такий авторитарний режим, після того, як народу вдалося скинути його і стати демократичною державою, де існує верховенство права, включно з визнанням прав людини? Це запитання повертає нас до того процесу над охоронцями кордону, з якого я почав.

V. РЕЗЮМЕ

За підтримки Європейського суду з прав людини, суди Німеччини дійшли висновку, що право на звільнення від відповідальності через неможливість застосування зворотної сили закону слід обмежити у випадках серйозних злочинів, щодо яких колишня недемократична держава надавала виправдання своїм офіційним представникам, що є само по собі порушенням основоположних прав людини. Ретроактивні закони є проблематичними у багатьох відношеннях. Особливо у кримінальному законодавстві, де вони виключають можливість для людини зрозуміти, що те, що вона робить, є неправильним, перш ніж фактично розкрити її нездатність утриматися від неправильних вчинків, які вона здійснює. Як може бути винною людина, яка вчиняє певні дії, якщо вона від самого початку, навіть до початку таких дій, не здогадується, що ці дії є незаконними, як не знає й про інші обмеження, які унеможливають утримання від таких дій. Це підірве самі підвалини кримінального законодавства, якщо не буде поважатися право на звільнення від покарання згідно із законом, який має зворотну силу. Однак, чи залишається в силі цей аргумент, якщо кримінальний кодекс забороняє серйозні порушення прав людини, — як, наприклад, покарання за убивство людини, — але робить виняток для дій, які порушують права людини, — як було з заходами протидії спробам втекти з НДР? Простих відповідей буде недостатньо. Як не можна виключити з розгляду ці підстави для виправдання, оскільки закон про прикордонну службу та відповідні підзаконні акти, які порушують права людини, є протизаконними або зовсім не є правом. Так само ми не можемо заявити, що суверенне законодавство НДР не трансформувало позитивні права людини, що містяться в Європейській декларації прав людини, у національне право; або що потребує захисту покладання на чинне законодавство того часу посадових осіб тієї держави, — від прикордонника до міністра оборони та голови державної ради. З точки зору прав людини, впевненості у собі заслуговує не тільки закон лише тому, що це закон. А причина полягає у тому, що — як у контрактному праві або у рішенні суду, що виноситься в кінці справедливого судового процесу, — ми можемо покладатися як на будь-який закон, так і на позитивні права людини лише в тому разі, якщо цей закон є відображенням нашої політичної автономії. Так само як я можу бути впевненим у своєму рішенні тільки знаючи аргументи, покладені у його основу, я можу бути впевненим у законах лише в тому разі, якщо маю хоча б мінімальний шанс вплинути на їх зміст на основі аналізу та за допомогою демократичного процесу через моїх представників у парламенті. Так само як ми виконали реконструкцію структури права на основі прав людини, нам слід також реконструювати на основі цих прав ретроактивне кримінальне законодавство. Це стосується і відповідної впевненості. Така впевненість ґрунтується на прозорому законодавчому процесі, легітимність якого спирається на колективну автономію громадян. Якщо ситуація буде іншою, — а в НДР ситуація не відповідала бажаному, — то таку впевненість не варто обстоювати.

Оскільки права людини пов'язані з правозастосуванням, зміст і застосування норм права і, більше того, оскільки існує необхідний зв'язок з цими трьома вимірами прав людини, рішення, винесені судами Німеччини, були правильними. Ці суди правильно припустили, що право на захист від ретроактивного

застосування законодавства є обмеженим, якщо впевненість правопорушника у такому захисті базується на законах, ухвалених недемократичною державою, яка не дотримувалася основоположних прав людини. Не є правом людини право на гарантовану впевненість у законах, які очевидно порушують права людини, навіть якщо ці права не визнані в офіційному порядку у формі позитивних міжнародних законів.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Entscheidungen* des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 95. – Mauerschützen / Border Guards.
2. *Radbruch G.* Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht // *Süddeutsche Juristenzeitung*. – 1946. – S. 105 ff.
3. *Alexy R.* Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat // *Philosophie der Menschenrechte* / S. Gosepath, G. Lohmann (Hrsg.). – Frankfurt/Main, 1998. – S. 244–264.
4. *Arendt H.* Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft. – 13. Aufl. – München, 2009.
5. *Menke C.* Philosophie der Menschenrechte. – Hamburg, 2007.
6. *Höffe O.* Transzendentaler Tausch – eine Legitimationsfigur für Menschenrechte? // *Philosophie der Menschenrechte* / S. Gosepath, G. Lohmann (Hrsg.). – Frankfurt/Main, 1998. – S. 29–47.
7. *Koller P.* Der Geltungsbereich der Menschenrechte // *Philosophie der Menschenrechte* / S. Gosepath, G. Lohmann (Hrsg.). – Frankfurt/Main, 1998. – S. 96–123.
8. *Griffin J.* On Human Rights. – Oxford, 2011.
9. *Brugger W.* Das Menschenbild der Menschenrechte // *Jahrbuch für Recht und Ethik*. – B. 3. – 1995. – S. 121–134.
10. *Buchanan A.* The Egalitarianism of Human Rights // *Ethics*. – B. 120. – 2010. – S. 679–710.
11. *Rorty R.* Menschenrechte, Rationalität und Gefühl // *Die Idee der Menschenrechte* / S. Shute, S. Hurley (Hrsg.). – Frankfurt/Main, 1993. – S. 144–170.
12. *Lohmann G.* Menschenrechte zwischen Moral und Recht // *Philosophie der Menschenrechte* / S. Gosepath, G. Lohmann (Hrsg.). – Frankfurt/Main, 1998. – S. 62–95.
13. *Arendt H.* Es gibt nur ein einziges Menschenrecht // *Die Wandlung*. – IV. – 1949. – S. 754–770.
14. *Habermas J.* Faktizität und Geltung. – Frankfurt, 1994.
15. *Habermas J.* Über den Internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie // *Ders.: Die Einbeziehung des Anderen*. – Frankfurt/Main, 1996. – S. 293 ff.
16. *Brugger W.* Stufen der Begründung von Menschenrechte // *Ders.: Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus*. – Baden-Baden (Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat 12), 1999. – S. 127–141.
17. *Hofmann H.* Menschenrechtliche Autonomieansprüche. – Zum politischen Gehalt der Menschenrechtserklärungen // *Juristenzeitung*. – 1992. – S. 165–175.
18. *O'Neil O.* Transnationale Gerechtigkeit // *Philosophie der Menschenrechte* / S. Gosepath, G. Lohmann (Hrsg.). – Frankfurt/Main, 1998. – S. 188–232.
19. *Rawls J.* The law of peoples. – 2. Aufl. – Cambridge, 2000.
20. *Bobbio N.* Das Zeitalter der Menschenrechte. – Berlin, 1998.

Кірте С. Транспозитивні основи позитивних прав людини

Анотація. Права людини є індивідуальними правами, які накладають на адресата обов'язок забезпечити людині певні основоположні цінності. Вони можуть мати транспозитивну або позитивну форму. В якості транспозитивних прав вони мають моральну і релігійну дійсність (валідність) і виступають моральними або природними правами. Якщо моральні права є обов'язковими для усіх і слугують виконанню морального обов'язку, то природні права вважаються обов'язковими лише для органу державної влади, тому що вони походять з моральної природи як такої. Позитивні права людини або основоположні права — це права людини, трансформовані у позитивне право згідно із процесуальними нормами задля встановлення відповідного (міжнародного чи національного) закону, за виконанням якого слідкують чи забезпечують їх застосування за допомогою відповідних заходів відповідно до обов'язкових норм. У статті проаналізовано цю структуру і проілюстровано на прикладі «справ охоронців кордону» в Німеччині та на основі так званої формули Радбруха.

Ключові слова: права людини, структурний і етичний аналіз прав людини, теорія Г. Єллинека щодо статусу, людська гідність, універсальність та універсалізація прав людини.

Кирсте С. Транспозитивные основы позитивных прав человека

Аннотация. Права человека являются индивидуальными правами, налагающими на адресата обязанность обеспечить человеку определенные основополагающие ценности. Они могут иметь транспозитивную или позитивную форму. В качестве транспозитивных прав они имеют моральную и религиозную действительность (валидность) и выступают моральными или естественными правами. Если моральные права обязательны для всех и служат выполнению нравственного долга, то естественные права считаются обязательными только для органа государственной власти, потому что они происходят из нравственной природы как таковой. Позитивные права человека или основополагающие права — это права человека, трансформированные в позитивное право согласно процессуальным нормам для установления соответствующего (международного или национального) закона, за исполнением которого следят или обеспечивают их применение с помощью соответствующих мер в соответствии с обязательными нормами. В статье проанализирована эта структура и проиллюстрирована на примере «дел охранников границы» в Германии и на основе так называемой формулы Радбруха.

Ключевые слова: права человека, структурный и этический анализ прав человека, теория Г. Еллинека относительно статуса, человеческое достоинство, универсальность и универсализация прав человека.

Kirste S. Transpositive Foundations of Positive Human Rights

Summary. Human rights are individual rights, obliging an addressee to secure certain fundamental values of the human person. They can have a transpositive or positive form. As transpositive rights, they have moral or religious validity and are either moral or natural rights. Whereas moral rights oblige for everybody and serve to the fulfillment of a moral duty, natural rights are supposed to be binding just for public authority, because they are deduced from moral nature as such. Positive human rights or fundamental rights are human rights transformed into positive law, according to the procedural norms for the establishment of the respective (international or national) law and the fulfillment of which is monitored or enforced by the respective normatively bound measures. The article analyses this structure and exemplifies it by the example of the German «Border Guard Cases» and the so called Radbruch Formula.

Key words: human rights, structural and ethical analysis of human rights, G. Jellinek's theory of status, human dignity, universality and universalizing of human rights.

ПРО НЕОБХІДНІСТЬ ТРАНСФОРМАЦІЇ КОНЦЕПЦІЇ ПРАВ ЛЮДИНИ У КОНЦЕПЦІЮ ПРАВ ЖИТТЯ¹



Р. ТОКАРЧИК

*доктор юридичних наук, професор
(Університет імені Марії Кюрі-Склодовської,
Люблін, Польща)*

ВСТУПНІ ЗАУВАГИ

Концепція прав людини, яка виражається у регулюванні прав людини, є однією з найбільш важливих складових сучасної правової культури, що прагне до глобального застосування. У міжнародному праві права людини виокремлені в особливий розділ, якому надається велике моральне, ідеологічне, політичне та юридичне значення. Проте права людини не позбавлені певних аспектів, які зумовлюють можливість для їх критики. У теорії права людини критикують із різних точок зору, натомість, у практичній сфері очевидними є труднощі, пов'язані з їхньою реалізацією. У той час як противники концепції прав людини прагнуть її цілковитого заперечення, прихильники ж схвалюють її без жодних застережень².

У наведеному нижче тексті обґрунтовується поміркована позиція, при цьому уникаються як заохочення до повного нехтування правами людини, так і їх беззастережне схвалення в існуючих формі та змісті. Така позиція свідчить про необхідність трансформації, модернізації прав людини у зв'язку з їхньою непристосованістю до сучасних потреб. На сьогодні активно розвивається біо-

¹ *Tokarczyk Roman*. O konieczności transformacji koncepcji praw człowieka w koncepcję prawa życia. Переклад з польської мови — кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії та філософії права юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка Галина Довгань. Наукове редагування перекладу — кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії та філософії права юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка Дмитро Гудима.

² Серед величезного обсягу наукової літератури у сфері прав людини, опублікованої всіма мовами світу, вдалими спробами висвітлення усіх проблемних питань є праці Р. Кузняр [1], Б. Гроновської, Т. Ясудовіч, М. Балцежак, М. Лубішевські, Р. Мізерські [2], Н. Поредем [3], П. Гербер [4].

технологія, котра водночас породжує великі сподівання та серйозні загрози для головної цінності, якою завжди є життя. Текст ґрунтується на підтверджених спостереженнях того, що традиційна етика трансформується у біоетику, традиційне право — у біоправо, традиційна юриспруденція — у біоюриспруденцію. Ці перетворення стосуються також прав людини, яким потрібно було б надати нової форми прав життя — біоправа¹ [5–6].

А. Бречко влучно наголошує: «Сьогодні помітним є спір про форму біоправа. Чи регулювання у цій сфері повинно бути загальним, чи казуїстичним? Чи повинно право виражати аксіологічний максималізм, визначаючи фундаментальні цінності, які не можуть бути порушені? А може, повинно демонструвати суспільний прагматизм, спираючись при цьому винятково на необхідний аксіологічний мінімум і не прагнучи до дефінітивного вирішення моральних проблем» [8]. Варіанти відповідей на ці питання пропонує біоюриспруденція. Залежно від характеру справи, яка стосується аксіологічної дилеми, вона визнає як загальне регулювання, так і казуїстичне. З огляду на сутність етики, закладеної в основу біоетики, можна зробити висновок, що вона може прагнути до аксіологічного максималізму, натомість, право як першоджерело (основа) біоправа досягає своїх цілей на рівні аксіологічного мінімалізму. Не слід називати біоправом регулювання, які ігнорують аксіологічні погляди.

КРИТИКА ПРАВ ЛЮДИНИ

Права людини можна визначити як уявлення про існування прав, якими наділені усі люди в силу того, що вони є біологічними істотами. Це права, які не залежать від прав, наданих державою, та значно важливіші у порівнянні з ними. Вказані права характеризуються такими ознаками: універсальність, належність від народження, ненабувальність, невідчужуваність, непорушність та основоположність, інтерпретація яких міститься у принципах².

Учення про існування прав людини походить з концепції природного права. Історія природного права є одночасно історією формування складових частин (елементів) прав людини. Ці складові були закріплені на конституційному рівні в Англії у XIII ст., у Франції та США — у XVIII ст. [12; 13, с. 27–37]. Жажіття Другої Світової війни спонукали ООН до прийняття у 1948 р. Загальної декларації прав людини. Під егідою Ради Європи було ухвалено низку конвенцій, метою яких була охорона прав людини. Їх повний огляд міститься у численних, окремих, легко доступних зводах та опрацюваннях³.

Варто зауважити, що права людини зазнають критики подібно до згаданого вище природного права. Немає одностайності думок щодо походження при-

¹ Роздратованість з приводу міркувань про права як «святість» висловив Ф. Фукуяма, пропонуючи аналіз потреб людини, див.: [7, с. 144].

² Можна порівняти, наприклад, працю М. Пеховяк [9] і запропонований у ній великий обсяг літератури. Автор виокремлює універсальність, природність і невідчужуваність як ознаки прав людини [9, с. 13]. Натомість М. Цішек [10] бере до уваги ненабувальність, невідчужуваність, непорушність та універсальність цих прав [10, с. 54]. Порівняйте також працю А. Фаган [11].

³ До них належить праця К. Мотікі [14].

родного права, те саме стосується і прав людини. «Для одних ідея прав людини виникає одночасно зі становленням інституту державності, для інших — доцільність виокремлення прав людини з'являється лише тоді, коли поведження публічної влади з населенням перестає бути внутрішньою та виключною справою конкретної держави» [15, с. 346]. Як і природне право, права людини не мають чітко визначеного нормативного статусу: морального чи юридичного, світського чи релігійного, зобов'язуючого чи декларативного, такого, що можна перевірити, чи ідеологічного тощо. Сумніви стосовно нормативного статусу природного права та прав людини звичайно впливають на розкриття їх неповністю усталених функції [16].

Права людини претендують на універсальність, яка розглядається у суб'єктивному, часовому, територіальному та предметному аспектах. У кожному з них права людини не є загальними. Зокрема, вважати людину єдиним суб'єктом прав означає не брати до уваги існуючих у сучасній юриспруденції розмежувань та окремих сфер правосуб'єктності. Сучасна юриспруденція до суб'єктів відносить ембріон, плід, людську істоту, людину, особу, майбутні покоління та навіть тварин¹.

У часовому аспекті права людини були б загальними, якби існували так довго, як існує людський рід; утім, відомо, що їх формування датується значно пізніше, ніж поява людини. Права людини сформувалися в європейській культурі, яка вплинула на інші культури Заходу. Відповідно, вони не є загальними, тому що не вплинули, або вплинули недостатньо, на інші культури, особливо Сходу та Півдня. Нарешті, права людини не мають загальної предметної сфери, оскільки не представляють собою цілісного об'єкта, який би потребував відповідного регулювання — ширше усвідомлених прав людини².

До характерних ознак або засад прав людини відносять ще вродженість або природність у значенні їх походження, яке є незалежним від правотворчих державних органів. Ця вродженість чи природність, як особливий дар Божий або природний, походить із людської гідності та є лише презумпцією, яка жодним чином не підтверджена емпірично. З цього приводу ознака вродженості або природності, пов'язана з правами людини, не виходить за межі ідеологічної претензійності. Вона жодним чином не досягає того рівня істинності, який притаманний усталеним науковим знанням. При пізнанні вказаної засади прав людини, подібно до природного права, виникають певні труднощі, зумовлені пошуком свого першоджерела на основі багатозначного розуміння природи — божественної, людської, суспільства, світу, Всесвіту³.

Ознаки ненабувальності та невідчужуваності, які називаються також принципами прав людини, можна розглядати разом. Це зумовлено тим, що у так

¹ Влучно описують це питання у своїх працях А. Бречко [8, с. 80], а також А. Латавець [17, с. 31].

² Факт, що джерела змісту і, значною мірою, фактичне значення прав людини обмежуються культурами Заходу, підкреслюють усі серйозні опрацювання цієї проблематики. Див., наприклад, працю М. Пеховяк [9, с. 374].

³ На ознаку вродженості або природності прав людини звертають найбільше уваги насамперед у персоналістичних інтерпретаціях. Див., наприклад: [18].

званому правовому обігу права людини не можна за жодних умов ні набути, ні збути. Вони є ніби невід'ємними від людини, від народження і до смерті. Однак здоровий глузд усе-таки підказує, що ці права можна як набути, так і передати. Звичайно, факт народження зумовлює їх «природний» спосіб набуття, а факт смерті — природну або неприродну відчужуваність. Відмінності між набуттям і відчуженням комерційним та набуттям і відчуженням некомерційним, розкривають більш глибокий зміст ознак або засад прав людини. Однак у підсумку ненабувальність і невідчужуваність прав людини є похідними від факту їх вродженості чи природності [9, с. 374].

Непорушність прав людини як їх ознака чи засада постійно зневажається під впливом політичних кон'юнктурних потреб, які прикриваються ідеологічними гаслами інтересів держави. Досі ідеологічно обґрунтовані інтереси держави, які полягали у більш або менш вираженому порушенні прав людини, як правило, переважали над дотриманням цих прав. З огляду на це, права людини залишаються, головним чином, постулатом, який не має великого практичного значення у міжнародних відносинах. Ними зловживають, пропонуючи малозрозумілі пояснення міждержавних і міжнародних конфліктів. Їх легко використовувати як, насправді, потужне, але пропагандистське знаряддя оскарження. Лицемірне ставлення до прав людини великі світові держави неодноразово виявляли, з одного боку, очікуючи від інших держав неухильного дотримання прав людини, а з другого боку, досить легко звільняючи самих себе від такої необхідності¹.

СТАНДАРТИ, ПРИНЦИПИ, НОРМИ

У міркуваннях, які стосуються наступних стадій становлення прав людини, стадія концептуалізації відрізняється від стадії надання їм обов'язковості, у процесах їх моралізації та юридизації. Концептуалізація — це, інакше кажучи, визначення сутності прав людини, визначення змісту, сфер, вказівка на їх функції. Форми прав людини відносять насамперед до стандартів відповідно до тих форм, які покищо не розроблені на більш детальних рівнях правового регулювання, які об'єктивуються у засадах і нормах. Вважається, що стандартам також притаманна ознака первинності чи фундаментальності, яка пов'язана з нормативними актами, які знаходяться на верхній ланці у відповідній ієрархії в національному праві, так само як і в актах міжнародного права. Найвище місце стандартів в ієрархії нормативних актів нерозривно пов'язане з їх загальністю чи абстрактністю. Вони занадто віддалені від можливості їх практичного застосування та можуть бути досягнуті лише після переходу регулювання на нижчі рівні ієрархії нормативних актів, тобто засад і норм [20].

Поняття «стандарт» у значенні зразка, критерію загальноновизнаних ознак чогось, було запозичене до правничої термінології з інших сфер: техніки, економіки та навіть розважальної музики. У техніці стандарт — це набір чітко визначених якісних та кількісних параметрів певного виробу. В економіці — це підтвердження поширеності технічного стандарту. У розважальній музиці — це приналежність музичного твору до групи творів безперервно оновлюваних та

¹ На тему зловживань правами людини див., зокрема: [19].

виконуваних різними виконавцями. Стандарт у мові юриспруденції має подібне із наведеними вище значеннями змістовне забарвлення. У юриспруденції він іноді використовується як синонім того, що є основним, фундаментальним, стосовно очікуваної охорони людини, зокрема прав людини. У правовій доктрині стандарт наділяється зобов'язальною силою або ж не має такої. Натомість, у практиці застосування права стандарти мають значення, головним чином, у рішеннях міжнародних судів. Зобов'язальні стандарти права називають «твердим правом» (*hard law*), на противагу цьому стандарти, які не встановлюють зобов'язань, називають «м'яким правом» (*soft law*). Критерії буття та необхідності, важливі для будь-якого регулювання, спричиняють роздуми щодо розмежування фактичного стандарту (*standard de facto*) та стандарту формального (*standard de iure*)¹.

У той час, як правове регулювання обмежується загалом мінімальним колом обов'язків, моральне регулювання часто прагне максимальних рівнів, не обмежених якими-небудь сферами [23, с. 83]. Стандарти прав людини характеризуються щодо цього неоднозначністю. Їхній мінімалізм наближує їх до права, натомість, труднощі, пов'язані з практичним застосуванням, більше до моральності, аніж до права. Проте стандарти, які за своєю суттю є мінімальними, зіштовхуються із меншим супротивом з боку культурного релятивізму, існуючого у світі, завдяки чому отримують трохи користі від їх універсальності. Максимальні стандарти за своєю суттю демонструють ознаки чітко визначеної, однієї, вибраної з якогось приводу, нормативної культури. Відповідно до цього частково моральні, частково правові, стандарти прав людини формально відкрито не нехтуються жодною державою сучасного світу. Як такі вони вже належать до усталеної правової культури світу, яка прагне загальності, універсальності чи глобальності.

Обмеження регулювання прав людини на рівні стандартів є добрим вихідним пунктом для переходу до рівнів регулювання, яке визначається принципами та правовими нормами. У той же час воно є надто віддаленим від реального перенесення їх до практики правозастосування. В основних правових культурах світу, насамперед, в американській культурі, культурі *common law* та культурі європейського права, поняття принципу права є вже добре розвинутим та міцно усталеним, а тим більше поняття правової норми. При цьому слід нагадати, що принцип права є лише тезою або правилом, виведеним із багатьох суміжних правових норм, але в подальшому саме він визначає ці норми². Натомість, норма, яка вважається найпростішою одиницею права, виступає зразком для вирішення окремих юридичних справ. Якщо в нормативних міркуваннях беруть за основу, головним чином, принципи, це називається принципалізм, якщо норми — нормативізм або казуїзм³.

Стандарти, принципи, норми та інші критерії є основами різних класифікацій прав людини. Розмежування прав людини на права та свободи не є до кінця

¹ Поняття «стандарт» та його багатозначність висвітлюються, зокрема, на сторінках інтернету. Детальніше див.: [21–22].

² Детальніше див. праці: [24–25].

³ Для порівня див., зокрема, праці: [26–29].

зрозумілим, тому що права обумовлюють свободи. Більш чіткою є класифікація прав людини, яка охоплює найбільш відомі сфери регулювання. При цьому виокремлюють п'ять основних груп: особисті права, політичні та громадянські права, економічні права, соціальні права та культурні права¹. Право на життя, яке є ключовим з погляду біоюриспруденції, у цій класифікації включено до особистих прав. Право на життя — біоправо, що ґрунтується на підвалинах біоюриспруденції, в силу чого є основним з-поміж інших прав. Відома також така класифікація прав людини: права особисті, громадянські та політичні, а також господарські, суспільні та культурні². Як ми бачимо, попередньо наведена класифікація була модифікована. Біоюриспруденція обґрунтовує необхідність єдиної класифікації прав життя у біоправі, в основу якої покладений предметний критерій. Останній передбачає розмежування життя людини, тварин, природи та суспільне життя в його різних проявах. На основі критерію стадій життя біоюриспруденція обґрунтовує поділ всього біоправа на біоправо народження, життя та смерті [5, с. 9; 6 с. 13].

КОНЦЕПЦІЯ ПРАВ ЖИТТЯ

Концепція прав життя розвивається у відносно новій течії юриспруденції, яка називається «біоюриспруденція». Основою цієї назви є поєднання значення двох слів — грецького слова *bios*, яке означає життя, та латинського — *iurisprudencia*, яке означає знання або навіть правничу мудрість. Під впливом біоетики біоюриспруденція прагне розвивати інтелектуальні основи для нормативної охорони будь-якого життя, а де це можливо й обґрунтовано, також покращення його якості. З точки зору біоюриспруденції, будь-яке життя, особливо життя людини, є одночасно пріоритетною цінністю, тобто первинною та найвищою з-поміж усіх інших, та пріоритетною нормою, тобто головною щодо усіх інших. Охорона життя завжди була важливим завданням. На сьогодні, з огляду на надзвичайні досягнення біотехнології та біомедицини, це завдання є вкрай актуальним і важливим. Ці досягнення водночас зумовлюють як великі сподівання, так і передбачають серйозні загрози для життя. Регулювання, запропоноване біоюриспруденцією, набуває форми біоправа [5, с. 85; 6, с. 94].

Біоюриспруденція стосується будь-якого права, відповідно й прав людини. Інтелектуальне обґрунтування прав людини на засадах універсальності, вродженості, ненабувальності, непорушності та первинності зіштовхується з відповідними викликами біоюриспруденції, яка формує засади біоправа, спонукає до негайного перетворення прав людини у права життя — біоправа³.

Вихідною точкою конфронтації прав людини та прав життя є онтологія біоюриспруденції. У найширшому розумінні життя вона звертає увагу на його

¹ За термінологією автора — «*prawa osobiste, prawa polityczne i obywatelskie, prawa ekonomiczne, prawa socjalne i prawa kulturalne*». — Прим. наук. ред.

² За термінологією автора — «*klasyfikacje praw człowieka na osobiste, obywatelskie i polityczne oraz na gospodarcze, spoleczne i kulturalne*». — Прим. наук. ред.

³ Термін «біоправо» спочатку був запроваджений до французької мови як *biodroit*, а потім — до інших мов: англійської — як *biolaw*, італійської — як *biodiritto*, іспанської — як *biojuridica* [5, с. 86; 6, с. 90].

пріоритетну цінність і первинність відповідних норм, зокрема біоправа. У цьому значенні життя, як висловився відомий німецький філософ Г. Гегель, — це «все, що охоплює існуюче» [5, с. 12; 6, с. 16]. Життя — це життя людини, тварин і рослин — всієї живої природи. Життя — це всі його прояви, на всіх його рівнях, різних видів живих істот — всіх видів тварин та людського роду. Життя — це єдине ціле, яке складається з фізичного та духовного буття у таких його сферах, як психічна, емоційна, розумова, інтелектуальна та суспільна. Життя окремої людини проходить у межах життя інтимного, приватного та публічного, у його фізичних і духовних проявах, життя, будучи здоровим або хворим. Життя суспільне — це життя сімейне, племінне, етнічне, певного народу, державне, міжнародне, професійне, культурне, наукове, товариське, економічне тощо [30, с. 471].

У правах людини життя у широкому розумінні є однією з багатьох рівнозначних цінностей, бо основною цінністю для них залишається людина. Ця антропоцентрична цінність прав людини в біоюриспруденції як обґрунтуванні біоправа розташована біоцентрично — на рівні з усіма іншими живими істотами. Згідно з біоцентризмом людина може визначати свою винятковість лише за допомогою високої якості свого життя, що не підходить для іншого існування, а не лише в силу того, що є людиною. Сприйняття онтологією біоюриспруденції, можливо, найширшого обсягу поняття «життя» матиме серйозні епістемологічні наслідки, які виявлять недоліки обґрунтування прав людини. Тому зі сприйняттям онтологією біоюриспруденції життя як пріоритетної цінності та пріоритетної норми, прямо виникає схвалення багатьох епістемологічних засад: очевидності, відкритості, компаративізму, трансдисциплінарності, холізму, мультикультуралізму, інтегративності, уніфікаційності й універсальності¹. Обґрунтування прав людини не може пишатися такими наслідками.

Засада очевидності «там, де вона може мати застосування» означає, що кожна розумна людина у своєму его пізнає як духовну, так і чуттєву очевидність. Такою очевидністю для кожної розумної людини є життя як пріоритетна цінність і пріоритетна норма. Очевидна беззаперечність біоцентричного пріоритету життя на основі біоюриспруденції надає їй переваги над антропоцентричними обґрунтуваннями прав людини. Права людини оскаржуються з різних точок зору біоцентризму, який розширює розуміння правосуб'єктності та найважливішого змісту правового регулювання або охорони життя.

Засада відкритості, визнана біоюриспруденцією та віднесена до біоправа, передбачає, що повна, очевидна та пізнавально нейтральна відкритість має місце лише тоді, коли суб'єкт пізнання свідомо та цілеспрямовано дозволяє іншим суб'єктам пізнавати те, що він сам пізнає. Йдеться про пізнання життя у всіх його проявах. В обґрунтуваннях прав людини, які формуються на Заході, постійно повертаються течії культурного імперіалізму. Вони ставлять модель людини Заходу над моделлю людини інших культур світу. Це викликає недові-

¹ Порівняйте, наприклад, працю С. Поланда [31] і подану там наукову літературу, репрезентативну для вказаної проблематики, а також працю Н. Біллер-Андорно [32]. Питання біоетики та біоправа в художній літературі були опрацьовані у монографії, див.: [33].

ру, небажання, і навіть ворожість щодо прав людини. Відкритість, на яку звертає увагу біоюриспруденція, у період культурної глобалізації стала необхідною умовою спілкування між людьми у загальносвітових масштабах.

Засада компаративізму, згідно з біоюриспруденцією, є необхідним інструментом об'єктивного пізнання диференційованих проявів життя. Тому що лише вільне та відкрите порівняння змісту релігійних, моральних і різних правових нормативних культур може сформувавши найбільш зрілі біоетичні оцінки у процесах творення та застосування біоправа. Намагання використовувати порівняльний метод проявляються через висвітлення тотожностей, подібностей та відмінностей у сприйнятті життя в різних культурах. При обґрунтуванні прав людини перевага надається сприйняттю життя у культурах Заходу. Тому ці обґрунтування не користуються безумовним визнанням в інших — незахідних — культурах світу, яким користується завжди та повсюди життя.

Засада пізнавальної трансдисциплінарності як усталена парадигма сучасної науки прийнята в біоюриспруденції. Вона вишукує творчі сили, користуючись досягненнями багатьох різних наукових дисциплін, які стосуються життя, зокрема юриспруденції, біоетики, біотехнології та біомедицини. Трансдисциплінарність, невідома обґрунтуванням прав людини, пробуджує розуми, приспані закостенілою рутинністю, спрямовує їх до нових, невідомих, значно ширших та одночасно глибших сфер дослідження. Цьому сприяє поступова лібералізація у світі, яка послаблює монополістичні та догматичні пізнавальні амбіції. Обґрунтування прав людини у достатній мірі не задовольняє вимоги засади трансдисциплінарності.

Засада холізму в біоюриспруденції проявляється у трактуванні пріоритетної цінності та пріоритетної норми життя як цілісної системи, яке протиставляється редуccionізму обґрунтувань прав людини. Останнє обмежує їх сферу до переважаючого врахування лише людини. Організм кожної живої істоти, особливо людини та тварини, є цілісністю пов'язаних між собою клітин, тканин та органів. Якщо вони правильно співпрацюють між собою, то утворюють системи, що є умовою здоров'я людського тіла та духу. За аналогією з організаціями живих істот осмислюються також «життя» різних організаційних структур. Адже вони мають завжди якісь свої початки — ніби народження, тривалість — ніби життя та кінець — ніби смерть. Обґрунтування прав людини є «скромнішим» порівняно з обґрунтуванням біоправа за допомогою біоюриспруденції, оскільки не враховують наведеного розуміння існування організаційних структур.

Засада мультикультуралізму є надзвичайно вагомою у нинішніх умовах глобальних контактів і взаємного проникнення різних культур світу. В біоюриспруденції вона виступає у ролі нібито представника рівного трактування усіх культур світу. Згідно з нею на епістемологічному рівні, завдяки визнанню засади відкритості та засади компаративізму, всі культури світу мають рівний пізнавальний статус. Лише на аксіологічному рівні вимальовується їх диверсифікація щодо обсягів і рівнів інтенсивності нормативної охорони життя, а також прагнень до підвищення рівня його якості, якщо це можливо й обґрунтовано. Просякнуте монокультуралізмом Заходу, обґрунтування прав людини відстає від сучасних очікувань необхідного врахування мультикультуралізму у правах життя — біоправі.

Засада інтегративності, тобто поєднання у певну цілісність різних складових частин, у контексті цього питання — різних проявів життя, у будь-якому випадку характеризує біоюриспруденцію, проте не ототожнюється нею із засадою уніфікаціонізму, яка також належить до засад біоюриспруденції. Саме тому інтегрування буває, зазвичай, лише механічним поєднанням різних елементів в якусь цілісність, необов'язково замкнену та достатньо уніфіковану. Життя як пріоритетна цінність є цілісністю замкненою та монолітною в аксіологічних проявах, подібно до того, як це має місце щодо пріоритетної норми у проявах нормативних. Обґрунтування прав людини не черпаються ані з такої інтегративності, ані, тим більше, з такого уніфікаціонізму.

Засада універсальності чи, як її ще називають, засада глобалізму застосовується, правду кажучи, в обґрунтуваннях прав людини, проте значення, яке їй надають, не слід порівнювати з тим, яке є в біоюриспруденції. У біоюриспруденції універсальність проявляється беззастережно в усіх її сферах дії — суб'єктній, предметній, часовій і територіальній, оскільки такими є безперечно сфери найширшого розуміння життя. Сфери дії прав людини обмежені, насамперед, антропоцентричним розумінням суб'єктності, предметності, темпоральності й територіальності. Право життя — біоправо, яке базується на засадах біоюриспруденції, повністю, не звертаючи уваги на антропоцентризм, розміщує його в біоцентризмі на рівні з іншими центризмами життя.

БІОПРАВО ПРАВАМ ЖИТТЯ

Біоетика та біоправо є двома нормативними системами, які пов'язані між собою спільною метою вирішення конфліктів і дилем навколо охорони життя. Їх поява зумовлена дослідженнями та застосуваннями досягнень біотехнології та біомедицини, які стрімко розвиваються. Біоправо, по суті, має переваги над біоетикою у контексті ефективності не лише охорони від загроз життю, а й можливої та обґрунтованої потреби покращення його якості. Потрібно, щоб біоправо сприймали як нормативну систему, яка стосується процесів трансформації прав людини у права життя.

Неологізм «біоправо» бере свій початок у 90-х роках ХХ ст. і походить від французького слова *biodroit* та досить швидко проник до мов інших країн світу. У той час як біоетика з'явилася у 70-х роках ХХ ст. і походить з північноамериканської правової культури, біоправо, насамперед, є досягненням європейської правової культури. Біоетика асоціювалася з культурою *common law*, натомість, біоправо — більше з культурою права позитивного та культурою права європейського [5, с. 85; 6, с. 94].

З огляду на біоюриспруденцію біоправо «окреслює межі свого предмета сферами правової охорони життя людини та життя природи, яким загрожує втручання науки, техніки та медицини у природні життєві процеси. Вже сьогодні завданням є охоплення всіх правових норм, які стосуються охорони життя. Це зумовлено штучним втручанням у природні життєві процеси, які розкидані у різних галузях національного та міжнародного права» [34, с. 34]. Біоправо має обличчя Януса, оскільки, з одного боку, намагається поглинути права біології, з другого — «біології» права. Намагається регулювати межі безпечного застосування досягнень біологічних наук в інтересах охорони життя. Маючи спільне

коріння біології та права, поєднує в собі використання досягнень біологічних наук щодо опису, аналізу та вдосконалення права і правового регулювання біологічних меж застосування цих досягнень. Надзвичайні досягнення біологічних наук кидають виклики майже всім проявам права: термінології, нормам, інститутам, галузям, системам, способам його творення та застосування [35, с. 243]. Ці виклики настільки важливі та значні, що право не може вже залишатися щодо них байдужим.

Біологічні науки, спираючись на таксономію К. Ліннея, класифікують складові біосфери за ієрархічним принципом, шляхом виокремлення таких категорій: королівство, громада, верстви, уряд, родина, розділ, рід, індивід. Натомість, в юрисномії, яка відома біоюриспруденції, особливо важливу роль відіграють п'ять основних дихотомій: 1) правовий аналіз біології *versus* біологічний аналіз права; 2) антропоправо *versus* екоправо; 3) охорона та збереження природи *versus* використання та знищення природи; 4) зелене у значенні екологія *versus* коричневе у значенні продукція; 5) конвенціональна біотехнологія *versus* трансгенна біотехнологія [36, с. 1029].

Перше протиставлення виражає зіставлення правового аналізу біології з біологічним аналізом права. Це найбільш фундаментальний поділ, присутній у багатьох галузях права, як, зокрема, право охорони здоров'я, право охорони природного навколишнього середовища, право, яке стосується продуктів і ліків, аграрне право, право природних засобів, право видобувної промисловості. Біоправо охороняє у них межі між винахідливістю людини та природністю біології. Правовий аналіз біології утворює більшу частину біоправа. Натомість, біологічний аналіз права, беручи до уваги перебування права під сильним впливом наук про життя, охоплює біоюриспруденцію, нейронауку, біхевіоральну психологію, еволюційну біологію, елементи сімейного права, кримінального права, права деліктів та цілу постчиказьку школу економічного правового аналізу [36, с. 1030].

Протиставлення грецьких слів *anthropos* (людина) й *oikos* (дім) як першоджерело, з одного боку, антропоцентризму, а з другого — екологізму, створює ґрунтовну основу для розмежування складових біоправа. Відмінність між антропоцентричним та екологічним підходами буває, зазвичай, швидше підставою для сприйняття розбіжних або суперечливих етичних оцінок, аніж оцінок, досить подібних до змісту біоправа. Наприклад, при забрудненні навколишнього природного середовища вирішується питання, що є важливішим: здоров'я людини та, відповідно, антропоцентрична перспектива, чи охорона природи та, відповідно, перспектива екологічна. Звичайно, це питання постає тоді, коли неможливо одночасно досягти обох згаданих цілей [36, с. 1031].

Протиставлення охорони та збереження природи її використанню та знищенню є наслідком розвитку промисловості: гірництва, будівництва, створення мережі доріг та інших цивілізаційних ініціатив. Кожна з них урегульована достатньо розвинутими галузями біоправа. Біоетична дилема, яка регулюється цими галузями біоправа, по суті, підводить до відповіді на питання: чи вартість життя природи можна поступово зменшити до комерційного потенціалу за рахунок першості, яка належить самодостатній, естетичній, оздоровлюючій і символічній цінності природи? Відповіді на ці питання з'являються найбільш

чітко під час непростих та гучних дебатів з екологічного права. В інтересах збереження біорізноманітності йдеться про види, які зникають, їх основні місця проживання, обмеження на полювання, охорону ландшафту. Зміст тих дебатів, по суті, біоцентричних, загалом досить легко перенести на антропоцентричну модель, демонструючи вигоди, які черпає людина з охорони та збереження природи. Тому біоправо у цій сфері має іноді забарвлення то більш екоцентричне, то більш антропоцентричне, які, однак, необов'язково суперечать одне одному [36, с. 1033].

Протиставлення зелене — коричневе у біоправі також стосується сфери права охорони природного середовища. Воно набуло значного розголосу завдяки руху так званих «зелених», які підносять охорону біорізноманітності до рівня політичної ідеології. Цілі збірники норм біоправа знаходяться по один чи по другий бік вказаного поділу. При цьому вони встановлюють абсолютну охорону живої природи від різних загроз або охорону часткову. Забороняють будь-які забруднення природи або лише їх обмежують. Залишають без змін ситуацію, при якій має місце спустошення середовища, або зобов'язують відновити знищені екосистеми, оздоровити хворі екосистеми від патологій, що виникли з вини людини [36, с. 1034].

Протиставлення конвенціональної біотехнології та біотехнології трансгенної у біоправі стосується вкрай складних біоетичних дилем. Попри те, що з часів зародження сільського господарства, огородництва та розведення тварин люди модифікували різні генетичні організми, на сьогоднішній день трансгенна біотехнологія викликає серйозні занепокоєння, які зумовлюють формування окремих збірників біоправа. Трансгенна біотехнологія своїми величезними можливостями у сфері створення нових організмів і трансплантології сміливо увійшла до світу, котрий раніше належав до сфери мрій і фантазій. На молекулярному рівні вона цілеспрямовано маніпулює формами життя та використанням знань стосовно живих систем. При цьому вона користується нечіткою термінологією, яка страшно звучить для осіб, які не є спеціалістами у цій сфері. Наприклад, такими аббревіатурами як *GMO* (генетично модифіковані організми), *PCR* (полімерна ланцюгова реакція), *RNAi* (інтерференція рибонуклеїнової кислоти), *rbST* (рекомбінантний бичачий соматотропін) та іншими. Трансгенна біотехнологія кидає традиційному праву мовні й емоційні виклики, пригнічуючи біоправо [36, с. 1035].

Термінологія й обґрунтування прав людини на тлі викладених вище протиставлень вже очевидно застаріли. Вони знаходяться в очікуванні термінових змін щодо використання прав життя, які будуть базуватися на принципах біоетики та біоюриспруденції. Досі розкидані серед багатьох нормативних актів різних галузей права, права життя могли б бути зібрані в єдиному *Кодексі прав життя*. Видається, що це міг би бути результат законотворчої співпраці ООН та Ради Європи.

ПРИНЦИПИ ПРАВ ЖИТТЯ

Принципи прав життя — біоправо — пояснює біоюриспруденція як його теоретична основа. Раніше вони вже стисло обговорювалися щодо їх конфронтації з принципами прав людини. Але варто зупинитися на трьох основних кон-

цепціях принципів, які відносять як до біоетики, так і до біоправа: американської, європейської і всесвітньої¹.

Американську концепцію принципів біоетики та біоправа розробили двоє вчених — Т. Боушамс та Дж. Чайлдрес. Вони втілили її у чотирьох принципах, головним чином лише у контексті блага для пацієнта, зведених у підсумку до двох принципів. Це такі принципи, як: 1) повага до самостійності людини; 2) невчинення зла; 3) добродійність; 4) справедливість. Вже на перший погляд помітно, що другий і третій принципи виражають, по суті, те саме, але у позитивній або негативній формі. При інтерпретації цих принципів автори рекомендують брати до уваги їх зміст, узгодження (*coherentism*) та деталізацію (*specification*). Йдеться про те, щоб досягти «рефлексійного еквілібризму», під яким розуміють двостороннє пристосування загальних принципів до конкретних норм і конкретних норм до загальних принципів. Деталізація, натомість, відноситься до загальних принципів таким чином, щоб можна було на їх основі виводити більш детальні, але онтологічно й аксіологічно однорідні норми².

Європейська концепція принципів біоетики та біоправа була широко та ґрунтовно розроблена групою з 22 авторів, більшість з яких походили з Європейського Союзу. Вони працювали над нею протягом 1995–1998 рр. Концепція відома під офіційною назвою «*Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw. Autonomy, Dignity, Integrity and Vulnerability*»³. В розмовній мові її називають — *Barcelona Declaration*⁴. Принципи цієї Декларації — автономія, гідність, цілісність⁵ і вразливість — загалом сприйняті, однак були по-різному розтлумачені. Тут лише можна її стисло резюмувати⁶.

У принципі автономії ключове слово «автономія» походить від двох грецьких слів *auto* — самовладність, самоуправління та *nomos* — тональність, нота. Поєднання цих слів вказує на те, що самовладний або самоуправний суб'єкт надає своїм вчинкам власну, індивідуальну тональність або також аксіологічну нотку. Коротше кажучи, принцип автономії розуміють не лише як ліберальний дозвіл (*permission*), а й як неавторитарне, настільки ж моральне та правове, як і політичне, зобов'язання (*obligation*). По-перше, проявляється у здатності створювати життєві ідеї та цілі. По-друге, полягає у здатності людини до самокритики з погляду визначення моральності власних вчинків (*self-legislation*). По-третє, об'єктивується через раціональне прийняття рішень без тиску ззовні. По-четверте, публічно проявляється у політичному ангажуванні тих, хто збері-

¹ Американську та європейську концепції принципів біоетики та біоправа порівняли Дж. Рендторф [37] та П. Кемп [38].

² Концепція, запропонована Т. Боушамсом і Дж. Чайлдресом, критикується насамперед тому, що необґрунтовано не розмежовує тотожні принципи невчинення зла та добродійності й обмеження їх застосування у біомедицині.

³ «Основні етичні принципи в європейській біоетиці та біоправі. Автономія, гідність, недоторканність і вразливість». — *Прим. наук. ред.*

⁴ Барселонська декларація. — *Прим. наук. ред.*

⁵ Інтегральність. — *Прим. наук. ред.*

⁶ Коментар до Барселонської декларації та її текст публікували П. Кенеп і Дж. Рендторф [39, с. 239–249].

гає особисту відповідальність. По-п'яте, врешті, супроводжувати її завжди повинна свідома згода (*informed consent*) [40, с. 3].

Принцип гідності, який завдячує своїм ключовим словом «гідність» латинському слову *dignitas*, повсюди інтерпретується у значенні якості особи як такої у всіх нормативних аспектах. Будучи реліквією християнської спадщини, він виражає ідею людини в уяві Бога (*imago Dei*) як головної істоти серед усіх інших живих істот. У традиціях Просвітництва, згідно з сентенцією І. Канта, людина є метою сама для себе, ніколи засобом для інших цілей, цінністю, яку не замінити за жодну ціну іншими цінностями. Гідність як чеснота не може бути зведена до автономії, але через автономію може бути втрачена як через суб'єктивні погляди, наприклад, відсутність відповідальності, чи об'єктивні причини, наприклад, тяжку хворобу. Гідність стосується також ставлення до самого себе, свого тіла та духу, а також ставлення до інших людей. Відповідно, підлягає як самооцінюванню, так і оцінкам ззовні¹ [40, с. 5].

У принципі інтегральності ключове слово «інтегральність» походить від латинського слова *integritas* та латинського слова *intact*, які разом вказують на те, що недоторканне та непорушне не має бути доторканим і порушним. На цьому наголошує латинський вислів *noli me tangere*² та французький — *l'intangibilite de la personne*³. Цей принцип тривалий час обмежувався антропоцентричною людською істотою. У період зростаючого значення біоцентризму, він поширюється на інші сфери життя всієї природи. Він вважається чеснотою нескорумпованого характеру, праведності, честі та добрих намірів. Його відносять до цілісного існування у часі, особистому просторі, тілесному та духовному бутті, пам'яті та вічності, описах та оцінках. Повага до *ius privatum* асоціюється із повагою до *ius publicum*. У біоправі проявляється, зокрема, у дилемах, що виникають через маніпуляції з людською генетичною структурою. Повсякчас існує турбота про збереження ідентичності поколінь теперішніх і поколінь майбутніх [45, с. 7].

Принцип уразливості в найбільш популярній на сьогодні англійській мові позначається як *vulnerability rule*. Його ключове слово «вразливість» етимологічно пов'язане з латинським словом *vulneratio* — ранили, калічити, мучити, кривдити, травмувати. У біоправі цей принцип забороняє власне те, що виражає його зміст. Уразливість поєднується з недоторканністю як вираженням поваги до цілісної охорони будь-якого життя. Будучи адресована людині, вона нагадує їй, що у своєму егоцентризмі, часто занадто вразливій турботі про себе, людина не бере до уваги необхідності достатньої турботи про інші прояви життя в природі, особливо про життя тварин. Уразливість є надзвичайно важливим принципом, оскільки виражає форму будь-якого життя, вельми чутливого до ушкоджень, поранень, болю, страждань і вбивства. Цей принцип сто-

¹ Монографічне опрацювання принципу гідності опублікували, зокрема, Д. Бейлєвельд, Р. Броунсворд [41], див. також [42]. Принцип гідності вважається зайвим і критикується з різних позицій. Див. на цю тему: [43–44]. Різносторонній аналіз пропонує також А. Краєвська [45, с. 121].

² Не торкайся мене. — *Прим. наук. ред.*

³ Недоторканність особи. — *Прим. наук. ред.*

сується усіх живих істот і з огляду на це набирає сили універсального принципу біоправа. Він стає категоричним наказом при прийнятті політичних рішень у ліберальній демократичній державі. Цей принцип переконує, що йдеться не про якусь досконалість, а про звичайну, нормальну природність (*not perfect, but natural and normal*). З огляду на це висловлюються заперечення проти маніпуляцій, якими займається, головним чином, генетична інженерія, яка прагне коригувати природу у значенні оживленого світу. На основі біоюриспруденції можна безпосередньо стверджувати, що емпатичне право є необхідним та інституціоналізованим з метою відповідної охорони вразливості оживлених істот. Біоетика та біоправо є компенсаціями людської вразливості, які прагнуть до врівноваження асиметричності між природною слабкістю та штучною владністю [45, с. 8].

До цих чотирьох принципів європейської концепції біоправа — автономії, гідності, цілісності та вразливості — біоюриспруденція додає принципи справедливості та відповідальності. Поєднання усіх цих принципів можна розглядати як всевітню концепцію принципів прав життя.

Аналізуючи принцип справедливості, слід звернути увагу на те, що у важливій для юриспруденції латинській мові справедливість — це *iustitia*. Хоча протягом століть триває пошук суті права, справедливість надалі належить до найбільш спірних понять. У дискусіях про справедливість часто легше вказати на прояви несправедливості, аніж досягти консенсусу щодо розуміння справедливості. У визначеннях справедливості розум бореться з емоціями. Її пов'язують із людським прогресом, моральними та правовими нормами, а також з організаційними структурами, які створені для її реалізації. Основою справедливості незмінно залишається рівність, але варто пам'ятати, що існує рівність несправедлива та рівність справедлива. Зі сторони справедливості можна говорити про справедливу рівність, справедливу нерівність, несправедливу рівність та несправедливу нерівність. Формули справедливості обумовлені суспільними формаціями рабовласництва, феодалізму, капіталізму та соціалізму, які надавали перевагу критеріям народження, становища у суспільстві, досягнень, праці та потреб. Важливими поділами справедливості є її дихотомічні поділи на розподільчу та зрівнювальну, оплатну і відплатну, статичну та динамічну, формальну чи процедурну і матеріальну. Переважає погляд, що права, у контексті цієї статті — біоправо, заслуговує на назву справедливого, тому що підтримує рівність, свободу та безпеку. На сьогодні змагаються між собою п'ять основних концепцій справедливості: 1) лібертаріанська з ідеалом свободи; 2) соціалістична, яка вбачає ідеал у рівності; 3) ліберального добробуту, яка приймає за ідеал договірну правомірність максимальної корисності; 4) комунітарна, ідеалом якої є спільне благо; 5) феміністична, яка прагне в ідеалі звільнити суспільство від статевої дискримінації. Стосовно біоправа біоюриспруденція розглядає ці додаткові концепції як *iuxta propria principia*¹, тобто принципи ані етичні, ані політичні, проте законні [46, с. 217].

Принцип відповідальності (в англійській мові слово «*responsibility*» використовується частіше, ніж «*liability*») визначається як ознака поведінки свідомої

¹ Власні начала (автономні принципи). — Прим. наук. ред.

людини, готової до того, щоб особисто відчувати наслідки цієї поведінки — позитивні чи негативні. У сферах схвалення біоцентризму, сприйнятого через біоюриспруденцію для потреб біоправа, до відповідальності у дусі солідарності всіх оживлених істот відносять обов'язок моральної реакції на ставлення до життя інших людей. Відповідальність виникає з якогось раніше взятого обов'язку, зокрема, біоетичного або біоправового. Її реалізація обумовлюється свідомістю, волею, можливістю, подекуди навіть необхідністю виконання обов'язку. Вона є ретроспективною та підпорядковує поведінку внутрішнім і/чи зовнішнім наказам або заборонам. Вона може сприяти закріпленню того, що є, наприклад, непорушеним станом природи, чи виражати те, якими будуть наслідки за шкідливе порушення цього стану. Відповідальність — це вид відповіді на очікування окресленої нормативної системи, у контексті цієї статті — як біоетичного, так і біоправового. На думку стоїків, відповідальна поведінка полягає у піддаванні слабшої людини тому, що від неї сильніше. У філософії Г. Гегеля відповідальність відносилася до діалектики буття. Натомість, у концепції А. Бергсона вона є творчою відповіддю на складні ситуації. Пов'язана з відчуттям особистого вчинення злочину, в біоцентризмі вона стає очікуванням нешкідливого вчинку, який сприяє охороні усіх проявів життя [46, с. 271].

ЗВ'ЯЗОК ПРАВ ЛЮДИНИ З ПРАВАМИ ЖИТТЯ

Обговорення зв'язку прав людини з правами життя вимагає попереднього окреслення зв'язку біоетики та біоправа. Щоб викласти це стисло, можна повторити, що біоетика та біоправо є двома нормативними джерелами дилем і конфліктів, які стосуються життя та спричинені дослідженнями і застосуванням біотехнології та біомедицини, що стрімко розвиваються. Обидва вказані нормативні джерела виражають у притаманний їм спосіб спадок Заходу, тому їх присутність в інших правових культурах світу є ще незначною. Біоетика є поєднанням філософії моральності з етичними нормативними постулатами. Натомість, біоправо, яке надихається біоетикою, є системою права, що формується, ґрунтуючись на філософських засадах біоюриспруденції. Інші інтерпретації біоправа розглядають його аналогічно з біоетикою, не розкриваючи окремі філософські засади в біоюриспруденції. Біоетика, як і біоправо, однаково є особливими правами життя, котрі висловлюються за допомогою біонорм. З огляду на це, їх зв'язок з правами людини можна розглядати разом, за посередництвом характеристики біоправа [5, с. 90; 6, с. 89].

Характеристика прав життя, які виражаються за допомогою біонорм біоетики та біоправа, вимагає виявлення їх джерел [47, с. 27; 48, с. 351]. У той час як прихильники природного права вбачають його у біологічній природі, прихильники юридичного позитивізму — у людській раціональності. Видається, що протиставлення того, що є біологічним, тому, що є раціональним, не є звичним підходом. Біонорми є результатом людської раціональності. Тому права життя — біонорми є певною цілісністю, яка поєднує у собі біологічну сторону із раціональною. У намірах біотехномедицини узвичаїлися засади, які, однак, відступають від класичних засад концепції природного права. У трактуваннях природного права природа залишається незмінним, нормативним та етичним взірцем для права. Натомість, у біоетиці та біоправі вона втрачає ці переваги як

тільки генетична інженерія намагається покращити природу, а біомедицина — усунути патологічні прояви в біологічному та психічному станах природи пацієнта. З цієї точки зору, права людини розташовуються певним чином десь між природними правами і правами життя біоетики та біоправа. У вказаному вище *Кодексі прав життя*, права людини повинні бути розвинуті та розміщені разом із засадами біоправа.

Прийнявши біологічний натуралізм як джерело біоправа й очікуючих на модифікацію прав людини, зіштовхуємося із сумнівами, пов'язаними з філософською багатозначністю натуралізму. Обмежуючи цю багатозначність тільки нормативними аспектами натуралізму, її слід визначити у трьох значеннях: головним чином як біологічну нормативність, технічну нормативність та природну відповідальність. Раціональність здорового глузду, яка належить до згаданих сумнівів, підказує, що у реаліях життя частіше йдеться не про досконалість, а про нормальність (*not perfect but normal*) [48, с. 33]. Проте це спричиняє появу нових сумнівів, на цей раз пов'язаних із дискусією про зміст поняття «норма». У кінцевому підсумку життєва практика є настільки відірваною від натуралізму та нормативізму, наскільки залежною від раціоналістичної герменевтики, яка обумовлює людські процеси прийняття рішень. Оскільки сама природа не дає достатніх вказівок для людини щодо оцінок і виборів у біоправі, використання досягнень біотехнології та біомедицини обумовлюється чинниками прийнятності, диференційованими залежно від культури. Вони відходять від звичної претензійної універсальності прав людини, договірних зобов'язань і, навіть, естетичних або й інших чинників.

Як у концепціях прав людини, так і в концепціях прав життя, виражених у біоправі біонормами, спільною метою залишається охорона життя, яке вимірюється його якістю. Це є важливим пунктом обох концепцій. У них відбувається поєднання емпірії життя з виборами цінності, що значно відрізняє права людини від прав життя — біоправа, пояснюваного з позицій біоюриспруденції. Вказані відмінності вже згадувалися вище. Проте на цьому ще слід трохи зупинитися, зокрема, на відомих та використовуваних у біоюриспруденції процедурах визначення якості життя (*Quality Life, QL*) або швидше якості здорового життя (*Health Quality Life, HQL*), які зумовлюють зміст та форми біоправа. Спираючись на етапи такої процедури, розвинуті загальною теорією рішення, сучасна раціональність у цьому відношенні, по суті, зводиться до медичної раціональності. Сучасна медична раціональність визнає ідею, що для стратегії тривалості життя людини, яка вимірюється роками, місяцями, днями, — «більше, значить краще» (*more is better*). Проте ідея тривалості життя повинна зіставлятися з ідеєю «роки життя без розладів» (*years without impairment*). Тому лише продовження життя недостатньо, одночасно це має бути життя відповідної якості — *HQL* [48, с. 35].

Але навіть використання *HQL* остаточно не вирішує питань, пов'язаних із якістю життя, оскільки виникають проблеми щодо можливості виміру якості життя, які не вирішені остаточно й однозначно. Права людини прямо недооцінюють цієї проблеми, натомість, для прав життя — біоправа — це є ключовим питанням. На питання чи можливо виміряти якість життя (*quality be quantified*) біоюриспруденція дає чітку відповідь. Вона скеровує права життя — біоправо —

до трьох критеріїв оцінювання: фізичного, ментального та суспільного. На запитання про те, хто повинен оцінювати якість життя, біоюриспруденція схиляється до відповіді, яка базується на довірі до професійних груп, належних до біоетичних комісій. Спеціалісти, передовсім лікарі, поєднуючи кількісний індекс життя з індексом якісним, намагаються оцінювати об'єктивну якість життя. Зокрема, це стосується можливого ступеня її зниження при діагностуванні хвороб та інших патологій і напрямів можливих змін при відповідному прогнозуванні. При цьому спеціалісти, зазвичай, обмежуються законними вимогами усвідомлюваної згоди пацієнта (*informed consent*). Такий досить раціональний і концептуально вишуканий метод називається оцінюванням за якістю (*assessment by quality*) оцінених років життя (*adjusted life years*), скорочено — *QALYS*. Він використовується у стратегіях медичного обслуговування розвинених країн сучасного світу, які вже беруть до уваги біоправо. Цей метод може, та навіть повинен, використовуватися не лише щодо людського життя людини, а й так само і життя тварин та інших оживлених елементів природи [49, с. 90].

Вимірювання якості життя, позначуване аббревіатурою *QALYS*, є раціоналізованою професійною формою. Воно потребує значних зусиль, знання технічного обладнання, чутливості, яка, зазвичай, зіштовхується з тривіальністю проявів життя. Окрім того, під час щоразу більш гострого протистояння прав людини та прав життя немає вже зворотного шляху до аматорських інтуїтивних вимірювань. Проте відомо, що навіть надто точні виміри енергії життя піддаються різним аксіологічним оцінкам, тому остаточно все вирішують переваги. Головна ідея біотехнологічних і біомедичних намірів має аксіологічний, насамперед, етичний характер, який однак ангажує юридичну проблематику справедливості. Вади та шкоди здоров'ю вважаються несправедливими проявами природи, які виправляються завдяки можливостям біотехнології та біомедицини з метою досягнення більшої тривалості та кращої якості життя (*quantity-quality life*). Таке значення природної справедливості пропонують біотехнологія та біомедицина, виражаючи тим самим звичайну справедливість. Зі зростанням технологічних можливостей змінюються ідеали. Ідеали людини належать до антропології, натомість, досвід людини — до знання природи [47, с. 38].

Американська модель прав життя пропонує взаємне доповнення принципів біоетики та біоправа [50]. Ця модель відрізняється від моделі прав людини, яка визнає першість принципу гідності та моделі біоюриспруденції, яка вважає життя найвищою цінністю. У той час як системне регулювання життя користується категорією норми, його прояви у реальному житті є відносними. Вони якимось чином стосуються значень паритету, симетрії, рівності, справедливості. У цих зв'язках біоправо чітко поєднується з емоційним теплом, натомість, біоправо — більше з інтелектуальним холодом. Однак зв'язки біоетики та біоправа є необхідними. «Біоправо без біоетики є сліпим, і біоетика без біоправа є пустою» [50]. Ця вказівка є важливою для трансформації прав людини у права життя.

Влучним є спостереження, що «все більш поширеним є переконання у необхідності перегляду поглядів щодо способів реалізації деяких прав людини. Багато проблем, пов'язаних із реалізацією прав людини, досі залишаються все-сторонньо недослідженими у контексті нових технологічних можливостей»

[51, с. 168; 52 с. 168]¹. Пропонуючи такий перегляд, варто брати до уваги концепцію прав життя — біоправа, яке розвивається біоюриспруденцією. Завдяки цьому пристосуванню до теперішнього стану знань біоюриспруденція здатна забезпечити перетворюваним правам людини у права життя відповідну термінологію, принципи, розроблену систематизацію й інтелектуальні узгодження із єдиною загально визнаною цінністю, якою, безсумнівно, є життя. У результаті окремі права людини могли б бути замінені в усіх аспектах проєктованим *Кодексом прав життя*, який краще задовольнятиме потреби сьогодення.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Kuźniar R.* Prawa człowieka. Prawo, instytucje, stosunki międzynarodowe. — Warszawa, 2002.
2. *Gronowska B., Jasudowicz T., Balcerzak M., Lubiszewski M., Mizerski R.* Prawa człowieka i ich ochrona. — Toruń, 2005.
3. *Porsdem H.* From Civil to Human Rights. Dialogues on Law and Humanities In the United States and Europe. — 2010.
4. *Gerber P.* Understanding Human Rights. — 2012.
5. *Tokarczyk R. A.* Biojursprudencja. Podstawy prawa dla XXI wieku. — Lublin, 2008.
6. *Tokarczyk R. A.* Biojurisprudence. Foundations of Law for the Twenty-First Century. — Lublin, 2008.
7. *Francis Fukuyama* Koniec człowieka. Konsekwencje rewolucji biotechnologicznej. — Kraków, 2004.
8. *Breczko A.* Podmiotowość prawna człowieka w warunkach postępu biotechnomedycznego. — Białystok, 2011.
9. *Piechowiak M.* Filozofia praw człowieka. — Lublin, 1999.
10. *Ciszek M.* Bezpieczeństwo i prawa człowieka w dziedzinie etycznych problemów ludzkiej prokreacji. Studium bioetyczno-prawne. — Warszawa, 2011.
11. *Fagan A.* Human Rights. Confronting Myths and Misunderstandings. — 2012.
12. *Tokarczyk R.* Nauka o uprawnieniach naturalnych // Nauka Polska. — 1993. — № 5.
13. *Tokarczyk R.* Interrelation Between Human Rights, Natura Rights and Natural Law Concepts // Protection of Human Rights In Poland and European Communities ed. L. Leszczyński. — Lublin, 1995.
14. *Motyki K.* Prawa człowieka. Wprowadzenie, Wybór źródeł. — Lublin, 1999.
15. *Leksykon* ochrony praw człowieka. 100 podstawowych pojęć / redakcja Michał Balcerzak, Sebastian Sykuna. — Warszawa, 2010.
16. *Baer P. R.* Controversies in the Current International Human Rights Debate // Human Rights Working Papers. — 2000. — № 3.
17. *Latawiec A.* W poszukiwaniu istoty dylematów etycznych // Etyka współczesnych dylematów / pod redakcją Krzysztofa Kalki i Andrzeja Papuzińskiego. — Bydgoszcz, 2006.
18. *Encyklopedia* bioetyki / pod redakcją Andrzeja Muszala. — Radom, 2005.
19. *Kiss A.* Abuse of Rights // The Max Planck Encyclopedia of Public International Law / ed. R Wolfram. — Oxford, 2008.
20. *Szerzej J.* Zajadło Filozoficzne problemy ochrony praw jednostki // Ochrona praw jednostki / pod redakcją Z. Brodecki. — Warszawa, 2004.
21. *Grzymkowska M.* Standardy bioetyczne w prawie europejskim. — Warszawa, 2009.

¹ Намір надати правам людини справжнього та загального значення висловила А. Порздам [53].

22. *Morańska E. H.* Standardy ochrony praw człowieka na przykładzie wyroków ETP w sprawach przeciwko Polsce // Na wokandzie. — 2011. — № 3.
23. *Tokarczyk R.* Etyka prawnicza czy prawo etyczne // Państwo i Prawo. — 2005. — Z. 4.
24. *Wronkowska S., Zieliński M., Ziemiński Z.* Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe. — Warszawa, 1974.
25. *Dworkin R.* Biorąc prawa poważnie. — Warszawa, 1998.
26. *Kelsen H.* Czysta teoria prawa. — Warszawa, 1934.
27. *Ross A.* Directives and Norms. — London, 1968.
28. *Opalek K.* Z teorii dyrektyw i norm. — Warszawa, 1974.
29. *Niesiołowski J.* Normy, dyrektywy, operatywny jako wypowiedzi prawodawcy // Gdańskie Studia Prawnicze. — 2000. — № 7.
30. *Tokarczyk R.* Biojurisprudencja w świetle ocen i polemik // Myśl i polityka. — Kraków, 2011. — Vol. O Myśli Politycznej / redakcja naukowa Bogdan Szlachta.
31. *Poland S. C.* Bioethics, Bielaw and Western Legal Heritage [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://bioethics.georgetown.edu/publications/scopenotes/sn45.pdf>.
32. *Biller-Andorno N.* Eine Untersuchung über das Verhältnis von Bioethik und Biorecht [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.research-projects.uzh.ch/p10825.htm>.
33. *Bioethics and Biolaw Thought Literature* / ed. D. Carpi. — de Gruyter, 2011.
34. *Tokarczyk R. A.* Bioprawo // Słownik bioetyki, biopolityki i ekofilozofii / pod redakcją Mariusza Ciszka. — Warszawa, 2008.
35. *Miller J.* Is Legislation In Bioethics Desirable? An Explanation of Aspects of the Intersection of Bioethics and Biolaw // Bioethics and Biolaw. — Copenhagen 2000. — Vol. I. Judgment of Life / eds. P. Kemp, J. Rendtorff and N. M. Johanssen.
36. *Chen J.* Biolaw: Cracking the Code // Kansas Law Review. — 2008. — Vol. 56.
37. *Rendtorff J. D.* Basic Principles in Bioethics and Biolaw [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.bu.edu/wecp/Papers/Bioe/BioeRend.htm>.
38. *Kemp P.* Four Ethical Principles in Biolaw // Bioethics and Biolaw. — Copenhagen, 2000. — Vol. II. Four Ethical Principles / eds. P. Kemp, J. Rendtorff, N. M. Johanssen.
39. *Kemp P., Rendtorff J. D.* The Barcelona Declaration. Towards an Integrated Approach to Basic Ethical Principles // Synthesis Philosophica. — 2008. — № 46.
40. *Rendtorff J. D.* Basic Principles in Bioethics and Biolaw [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.bu.edu/wep/Papers/Bioe/BioeRend.htm>.
41. *Beyleveld D., Brownsword R.* Human Dignity in Bioethics and Biolaw. — 2001.
42. *Brownsword R.* Human dignity, biolaw and the basis of moral community // Journal International de Bioethique. — 2001. — Vol. 21. — № 4.
43. *Dwyer D.* Beyond Autonomy: The Role of Dignity in «Biolaw» // Oxford Journal of Legal Studies. — 2003. — Vol. 23. — № 2.
44. *Cochrane A.* Undignified Bioethics // Bioethics. — 2010. — Vol. 24. — № 5.
45. *Krajewska A.* Pojęcie godności w prawie europejskim i porządkach krajowych w kontekście rozwoju biomedycyny // Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego Europejskiego i Porównawczego. — Vol. IV. A.D. MMVI.
46. *Tokarczyk R.* Idea sprawiedliwości // Tokarczyk R. Filozofia prawa. — Wyd. XI. — Warszawa, 2009.
47. *Fagot-Largeault A.* Evaluating and Judging Bionorms vs. Human Judgment // Bioethics and Biolaw. — Copenhagen, 2000. — Vol. I. Judgment of Life / P. Kemp, J. Rendtorff and N. M. Johanssen.
48. *Hanette-Vaucher S.* Reasonableness and Biolaw // Law and Philosophy Library. — 2009. — Vol. 86.
49. *Tokarczyk R.* Prawa narodzin, życia i śmierci. — Wyd. X. — Warszawa, 2010.

50. *Stepherd D.* Bioethics and Law. — New York, 2005.
51. *Rogowska B.* Prawa i wolności w systemach etyczno-moralnych // Historia i filozofia praw człowieka / pod redakcją Agnieszki Florczak i Bartosza Bolechowa. — Toruń, 2006.
52. *Keane D., McDermott Y.* The Challenge of Human Rights. — 2012.
53. *Porsdam A. H.* Civil Religion, Human Rights and International Relations. — 2012.

Токарчик Р. Про необхідність трансформації концепції прав людини у концепцію прав життя

Анотація. У статті висвітлюється поміркована позиція, яка одночасно уникає як захоплення до повного заперечення існуючого поняття прав людини, так і до їх беззастережного схвалення. Така позиція свідчить про необхідність модернізації прав людини у зв'язку з їх непристосованістю до сучасних потреб. На сьогодні активно розвивається біотехнологія, котра водночас пробуджує великі сподівання та серйозні загрози для головної цінності, якою завжди є життя. У зв'язку з цим традиційна етика трансформується у біоетику, традиційне право — у біоправо, традиційна юриспруденція — у біоюриспруденцію. Ці перетворення стосуються також прав людини, яким потрібно було б надати нової форми прав життя — біо-права.

Ключові слова: права людини, права життя, біотехнологія, біоетика, біоправо, біоюриспруденція.

Токарчик Р. О необходимости трансформации концепции прав человека в концепцию прав жизни

Аннотация. В статье освещается умеренная позиция, одновременно избегающая как стремления к полному отрицанию существующего понятия прав человека, так и к их безоговорочному одобрению. Такая позиция свидетельствует о необходимости модернизации прав человека в связи с их неприспособленностью к современным потребностям. На сегодня активно развивается биотехнология, одновременно вызывающая большие ожидания и серьезные угрозы для главной ценности, каковой всегда является жизнь. В связи с этим традиционная этика трансформируется в биоэтику, традиционное право — в биоправо, традиционная юриспруденция — в биоюриспруденцию. Эти преобразования касаются также прав человека, которым необходимо было бы придать новую форму прав жизни — биоправа.

Ключевые слова: права человека, права жизни, биотехнология, биоэтика, биоправо, биоюриспруденция.

Tokarchyk R. On the Necessity of Transformation the Conception of Human Rights into the Conception of the Rights of Life

Summary. The moderate position avoiding both a promotion to complete denial of the existing concept of human rights and their unconditional approval is presented in the article. This position demonstrates the necessity of modernization of human rights due to their inability to modern needs. Nowadays actively developing biotechnology simultaneously evokes great expectations and serious threats to the main value, which is always a life. Therefore, traditional ethics transforms into the bioethics, traditional law — into the biolaw, traditional jurisprudence — into the biojurisprudence. These changes also relate to the human rights, which should be provided by a new form of the rights of life — the biolaw.

Key words: human rights, rights of life, biotechnology, bioethics, biolaw, biojurisprudence.

КОНСТИТУЦІЙНИЙ ЗАХИСТ СОЦІАЛЬНИХ ВИПЛАТ ЯК ПРАВА ВЛАСНОСТІ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ



С. ШЕВЧУК

*доктор юридичних наук,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри загальнотеоретичних
та державно-правових наук
(Національний університет
«Кієво-Могилянська академія»)*

Конституція України містить доволі широкий перелік позитивних прав соціально-економічного характеру, які вимагають особливої ролі держави для їх забезпечення. Закріплення цих прав на найвищому конституційному рівні є не лише українським «винаходом», а спільною тенденцією для посткомуністичних країн Центральної та Східної Європи. У цих суспільствах патерналістські очікування населення щодо їх соціального захисту державою є дуже потужними, оскільки це зумовлено вимогами побудови суспільства на основі марксистсько-ленінської доктрини, де держава є основним джерелом соціальних благ, пільг та інших видів соціальних виплат та допомоги.

Під час написання перших посткомуністичних конституцій неодноразово висловлювалась думка, що фіксація соціально-економічних прав на конституційному рівні зруйнує вільний економічний розвиток на засадах ринкової економіки, оскільки потребуватиме їх забезпечення за рахунок державного бюджету, а це, у свою чергу, сповільнить економічний розвиток через надмірний податковий тягар та через значне збільшення державного апарату, який повинен адмініструвати це забезпечення та надавати державні гарантії цих соціально-економічних прав.

Але під впливом важкої спадщини колишніх комуністичних режимів, патерналістської суспільної традиції, а також з посиланням на Загальну декларацію прав людини 1948 р. та на Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права 1966 р. розробники включили ці права до конституційних текстів, у тому числі й до тексту Конституції України 1996 р.

Звісно, що ці права неможливо було забезпечити на державному рівні, особливо в країнах зі слабкою економікою, тому вони призвели до підриву легітимності Основного Закону, символізуючи повну безпорадність держави з цього питання. В Україні ця ситуація погіршувалась значною кількістю популістських

© С. Шевчук, 2012

законів про різні соціальні виплати, які не знаходили повного фінансового забезпечення, а в умовах фінансового дефіциту, як і за радянських часів, держава, в особі органів виконавчої влади, розподіляла обмежений фінансовий ресурс практично у «ручному порядку» відповідно до актів Кабінету Міністрів України.

У Рішенні від 26 грудня 2011 р. у справі за конституційними поданнями 49 народних депутатів України, 53 народних депутатів України і 56 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 4 розділу VII «Прикінцеві положення» Закону України «Про Державний бюджет України на 2011 рік» Конституційний Суд України дійшов висновку, що така практика держави є конституційною, а саме право Кабінету Міністрів України, яке надано Законом України «Про Державний бюджет України на 2011 рік», визначати порядок та розмір соціальних виплат виходячи з наявного фінансового ресурсу бюджету Пенсійного фонду України, а принцип збалансованості бюджету є одним із визначальних поряд із принципами справедливості та пропорційності (розмірності) у діяльності органів державної влади, зокрема в процесі підготовки, прийняття та виконання державного бюджету на поточний рік.

Це рішення є дискусійним з позиції конституційної доктрини та викликало значну критику суспільства. На мою думку, дуже ризикованою є спроба поставити соціально-економічні права, які отримали найвище закріплення на рівні Конституції України та відповідні конституційні гарантії, у пряму залежність від наявності фінансового ресурсу держави та рішень виконавчої влади, оскільки така залежність може дуже швидко перетворити їх на фікцію, і наступним логічним кроком було б їх вилучення з тексту Конституції України. З другого боку, конституційні гарантії соціально-економічних прав не можуть унеможливити проведення соціальної політики держави, особливо в умовах економічної кризи.

На таку суперечність звертає увагу й український науковець В. Речицький, який вважає, що такі рішення Конституційного Суду України створюють «нерозв'язне протиріччя», у зв'язку з тим, що ст. 22 Конституції України забороняє «звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод» при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів, уряд позбавлений правової можливості зменшувати або ліквідувати існуючі види соціальної допомоги [1, с. 26].

Водночас складно погодитися з наступною тезою цього автора, що соціально-економічні права, закріплені в Конституції України, розраховані «не на вільний ринок, капіталізм і свободу, а на планову економіку, державну власність та розподільчу економічну систему» [1, с. 28]. Насправді, соціальні пільги та виплати є не лише ознакою планової економіки та соціалістичної держави на кшталт СРСР. Слід нагадати, що і у країнах розвинутої демократії та ринкової економіки у першій половині ХХ ст. виникає дискусія щодо припустимості конституціоналізації соціально-економічних прав, яка триває й сьогодні [2, с. 143; 3, с. 357].

У цьому випадку йдеться про поступовий занепад моделі держави «нічного вартового» або *laissez-faire*, яка лише охороняє «життя, свободу та власність», й не втручається у ринкову економіку, у свободу контрактів у приватній сфері та переходу до моделі соціальної держави. Однією з найбільш відомих останніх спроб

захистити приватний сектор від втручання з боку держави на ідеологічному ґрунті цієї концепції стала справа *Lochner v. New York*, що була розглянута 1905 р. Верховним Судом США [4], який визнав Закон штату Нью-Йорк таким, що не відповідає Конституції США (зокрема, XIV поправці про належну правову процедуру щодо свободи укладення контрактів), оскільки зазначений Закон скорочує робочий день працівників пекарень до 10 годин та — 60 годин на тиждень. Тобто одна з перших спроб прийняття соціального законодавства виявилась неконституційною. Цей прецедент був частково подоланий тільки 1917 р. [5], коли Суд визнав конституційним Закон штату Орегон, який встановлював максимальний робочий день 10 годин для фабричних робітників. Але від філософії рішення *Lochner* Верховний Суд США повністю відмовився лише наприкінці 1930-х років для забезпечення успіху «новому курсу» Президента США Ф. Рузвельта.

Власне з моменту визнання конституційними соціальних ініціатив держави у США, а також з моменту визнання моделі *Sozialstaat* у ФРН, що, у свою чергу, ґрунтується на німецькій неоліберальній думці про «соціальну ринкову економіку» (*soziale Marktwirtschaft*), що узгоджується з гарантіями права на людську гідність та з доктриною католицької церкви, соціальні права починають поступово набирати конституційного статусу.

Конституція ФРН 1949 р. запровадила не тільки принцип правової держави (*Rechtstaat* — держави, що ґрунтується на принципі верховенства права), а й також, що не менш важливо, — принцип соціальної держави (*Sozialstaat*) [6, с. 241–242]. Так, ст. 20 Основного Закону визначає Німеччину як «соціальну федеративну державу», у той час як ч. 1 ст. 28 вимагає утворення правового режиму, який був би сумісний із «принципами республіканської, демократичної та соціальної держави, що характеризується принципом верховенства права» (*sozialer Rechtstaat*). Таким чином, Основний Закон встановлює загальні рамки обов'язків держави в економічній та соціальній сферах.

Основоположна ідея, яка є основою принципу соціальної держави, полягає в тому, що держава несе відповідальність за забезпечення основних потреб всіх своїх громадян [6, 35]. Як зазначають деякі дослідники [7, с. 733], хоча таке підґрунтя Основного Закону відповідає сучасним тенденціям, воно тим не менш ґрунтується на історичних лютеранських традиціях німецького права, відповідно до яких відносини між сувереном та народом ґрунтуються на взаємних обов'язках — піддані пов'язані обов'язком вірності своєму суверену, в той час як суверен зобов'язаний забезпечувати добробут для своїх підданих [6, с. 41].

Названа ідея німецької держави чітко простежується в німецькій конституційній традиції. Вона міститься в знаменитому Кодексі Пруського королівства *Allgemeines Landrecht der Preussischen Staaten* 1794 р. [8, с. 260–266]. Хоча, звісно, цей документ не може розглядатися як такий, що впроваджує принцип соціальної держави, тим не менш у ньому чітко простежується ідея відповідальності держави за забезпечення основних потреб населення [9, с. 321]. Однак вперше більш-менш сучасна ідея соціальної держави була реалізована в Пруссії в 30-х і 40-х роках XIX ст. під час соціальної реформи. Це була перша спроба активного втручання держави в сфері соціального забезпечення та публічного права, яка була повторена та посилена під час реформ Бісмарка та більш пізніше, під час Веймарської республіки [6, с. 35].

Так склалося історично, що визнання конституційною соціальної політики держави, яка проводиться шляхом перерозподілу через державний бюджет фінансових ресурсів у вигляді різноманітних соціальних виплат тим, хто це потребує, у тому числі утримання системи безкоштовної медицини, освіти тощо, у країнах класичного конституціоналізму (США, ФРН тощо) стало можливим шляхом надання нового змісту правам першого покоління, й насамперед праву власності. Як зазначав з цього приводу професор Г. Джонс, держава загального добробуту (американський еквівалент європейської соціальної держави) повинна розглядатися як джерело нових прав, і таким правам повинні бути надані відповідні матеріальні та процесуальні гарантії, такі самі, що надаються традиційному праву власності [2, с. 154–155].

Так, у рішенні у справі *Goldberg v. Kelly* (1970 р.) Верховний Суд США зазначив, що коли держава позбавляє особу соціальних виплат без надання їй можливості бути заслуханим до моменту такого позбавлення, то порушує процесуальну належну правову процедуру, що закріплена у XIV поправці до Конституції США [10].

Оскільки праву власності належить найвищий конституційний захист, то й соціальні права по суті набувають конституційного статусу, як і право власності. Це означатиме їх найвищу юридичну силу, і держава не може їх скасувати, призупинити або обмежено витлумачити. Іншими словами, будь-які спроби змінити соціальну політику держави у бік зменшення соціальних пільг та гарантій тепер завжди прискіпливо перевіряються на предмет відповідності Конституції США.

Цю тенденцію конституціоналізації соціальних виплат як права власності всебічно аналізує на доктринальному рівні професор Ч. Райк (*Charles Reich*) у своїй статті «Нова власність», де чітко підмічає загальну тенденцію посилення ролі держави у процесі перерозподілу суспільного багатства у результаті проведення соціальної політики. Незважаючи на те, що держава завжди мала таку функцію, вона була мінімальною, й тільки останнім часом (починаючи з 50-х років. – С. III.) такий перерозподіл почав набувати гігантського, імперського масштабу, а добробут все більшої кількості людей почав залежати від держави, а не від приватної власності [11, с. 733].

Сподівання на проведення соціальної політики держави містить і преамбула до Конституції Франції 1946 р., яка є частиною чинної Конституції Франції 1958 р. Так, відповідно до преамбули, нація гарантує особистості та родині необхідні умови для їх розвитку, охорону здоров'я, матеріальне забезпечення, відпочинок, а людина, яка позбавлена можливості працювати через свій вік, фізичний або розумовий стан або економічне становище, має право отримувати засоби, що необхідні для існування [12, с. 83]. Такі конституційні положення надали Конституційній Раді Франції підстави розглядати певні соціальні права, як право на житло, на охорону здоров'я тощо як об'єктивні цінності конституційного рівня та поклали на державу конституційний обов'язок забезпечити ці права.

Такі тенденції набули загальносвітового рівня, що дозволило 16 грудня 1966 р. прийняти спеціальний Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права, у низці статей якого були закріплені соціальні права: право на

працю, право на справедливі та сприятливі умови праці, право кожної людини на соціальне забезпечення, право на захист сім'ї, материнства і дітей, право на достатній життєвий рівень, що включає право на житло і на харчування, право на найвищий досяжний рівень фізичного та психічного здоров'я тощо. Цей пакт розвиває положення основного документа ООН з прав людини — Загальної декларації прав людини 1948 р., зокрема статті 22–26 та 28. Саме під впливом цих тенденцій і були внесені у тексти пострадянських конституцій, у тому числі й до тексту Конституції України 1996 р., перелік аналогічних соціально-економічних прав.

Чи можна було в Україні запобігти цій загальносвітовій тенденції та закріпити соціальні права на рівні закону, а не Конституції, тобто надати їм менший рівень правового захисту? Напевно, це не є можливим у політичних умовах пострадянських країн, у яких є сильною спадщина соціалізму. Соціалісти та неокомуністи завжди наполягають на тому, що соціально-економічні права мають фундаментальне значення, оскільки закріплені на рівні зазначених документів ООН, тобто дорівнюються до інших фундаментальних прав, вони мають характер прав людини, тому не можуть бути позбавлені їх державою, яка, у свою чергу, має обов'язок забезпечити різноманітні соціальні виплати. У результаті, як справедливо зазначає професор А. Шайо, конституціоналізація соціальних прав призводить до уповільнення економічного розвитку, занепаду прав приватної власності, а бідні країни Східної Європи повинні вибирати або між стагнацією та економічним колапсом, або неповагою до відповідних конституційних положень [13, с. 3–33].

Правильним також є твердження, що принцип верховенства права, тобто визнання найвищої юридичної сили фундаментальних (конституційних) прав, у тому числі й соціально-економічних, оскільки вони закріплені на конституційному рівні, вступає у конфлікт з соціальною політикою держави, яка проводиться через соціальне законодавство, особливо у бідних країнах, що й відбулося в Україні, де ці права вважаються конституційними лише номінально. Хоча в умовах економічної кризи навіть розвинуті країни не можуть забезпечити рівень соціальних виплат в існуючому обсязі.

Оскільки соціально-економічним правам наданий найвищий рівень конституційного захисту, це означатиме, що держави вільні у проведенні реформ соціальних виплат, у тому числі у бік їх певного зменшення, але вони не можуть їх загалом припинити або скасувати. Для відображення цієї тенденції у практику діяльності держав у соціальній сфері було введено поняття «мінімальний невід'ємний рівень соціальних прав», «мінімальне основне зобов'язання щодо соціальних прав» на міжнародному рівні, або «прожитковий мінімум» на національному рівні (див., наприклад, ч. 3 ст. 46 Конституції України).

Так, Комітет ООН з економічних, соціальних та культурних прав зазначив з цього приводу, що держава, у якій значна кількість осіб позбавлена життєво необхідних продуктів харчування, охорони здоров'я, визначальних форм освіти, мінімального рівня забезпечення житлом, порушує, *prima facie*, свої зобов'язання за Пактом ООН 1966 р. Навіть у випадку наявності суворих обмежень щодо ресурсів, що спричинено економічною рецесією, або іншими факторами, найбільш вразливі члени суспільства повинні бути захищені цільовими програмами, що мають менший рівень фінансування [14, с. 1359].

Конституційний Суд Італії також відзначив у цьому зв'язку, що право на охорону здоров'я може бути обмежене законодавцем у процесі перерозподілу фінансового ресурсу, але при цьому вимога збалансованості публічних фінансів не може порушити саму сутність цього права, яке захищається Конституцією як непорушна складова людської гідності [15, с. 1363].

Верховний Суд Естонії (який має конституційну юрисдикцію) прямо пов'язує соціальні виплати та соціальну допомогу з принципом соціальної справедливості та гідності. На його думку, право на соціальну допомогу є соціальним фундаментальним правом. Концепція держави, що заснована на соціальній справедливості та на захисті соціальних прав, містить ідею державної допомоги та турботи про тих, хто неспроможний самостійно та достатньою мірою долати випробування. Людська гідність цих осіб опиниться у занепаді, якщо вони будуть позбавлені допомоги, якої вони потребують для задоволення елементарних потреб. Конституція не визначає ані розмір, ані умови соціальної допомоги. Це повноваження належить законодавцю, оскільки він проводить економічну та соціальну політику, а також приймає бюджет.

Разом з цим при проведенні соціальної політики законодавець пов'язаний конституційними принципами та природою фундаментальних прав. Право на отримання соціальної допомоги від держави є суб'єктивним правом, у випадку порушення якого особа має право звернутися до Суду, який має обов'язок розглянути закон, що надає соціальне право, на предмет його конституційності. Оскільки Конституція закріплює право на надання соціальної допомоги у випадку, якщо особа її потребує, Суд повинен втрутитися, коли допомога є нижчою мінімального рівня. Конституція наділяє Конституційний Суд повноваженнями припинити зазіхати на людську гідність [16].

Нині концепція соціальної держави включає не тільки обов'язок держави запровадити та ефективно керувати системою соціального забезпечення, а й активно перерозподіляти суспільні блага [17, с. 87–92]. Поняття суспільного добробуту, на якому ґрунтується принцип соціальної держави, полягає у забезпеченні того, що ніхто не повинен жити у бідності та уникати значної нерівності при розподілі суспільних благ [7, с. 742]. Як зазначив один німецький дослідник, «загальновідомо... що соціальне положення людей покращується тією мірою, якою кожен отримує частку результатів, досягнутих суспільством» [17, с. 87–90].

Хоча нині остаточно не визначене питання щодо того, чи встановлює принцип соціальної держави позитивні обов'язки держави забезпечити певні блага всім своїм громадянам або лише надає державі таке право [7, с. 743], переважна більшість представників німецької конституційної доктрини вважає, що на державу в силу цього принципу покладений конституційний обов'язок гарантувати мінімальний рівень існування для своїх громадян [18, с. 213–216].

Дотримання принципу соціальної держави розглядається в світлі фундаментальних принципів Конституції ФРН, а саме принципу поваги до людської гідності (*Menschenwürde*). Невипадково ст. 1 Основного Закону визначає, що «гідність людини є непорушною. Вона повинна поважатися та охоронятися всією владою держави». Конституційна структура Основного Закону ґрунтується на певній ієрархії цінностей, в якій право на повагу до людської гідності

становить основу для всіх інших прав та свобод. Як вказав Федеральний Конституційний Суд ФРН, «людська гідність перебуває на самій вершині ціннісного порядку Основного Закону» [19]. Концепцію людської гідності, що закладена в основі конституційного ладу ФРН, не слід розглядати лише як прояв класичного ліберального індивідуалізму. Людська гідність залежить від тих умов, в яких існує людина. Такі соціальні умови визначають ту міру, якою особа дійсно може забезпечити повагу до своєї гідності [7, с. 744].

Соціальний аспект фундаментальної концепції людської гідності наочно проявляється в конституційній концепції людської особистості, яка має основоположне значення в конституційній юриспруденції ФРН. Як вказав Федеральний Конституційний Суд, уявлення про людину в Основному Законі не є уявленням про ізольованого, суверенного індивіда – Основний Закон розглядає людину у її відношенні до суспільства в значенні залежності особи і відповідальності перед суспільством, однак не порушуючи індивідуальної цінності людини [20, с. 7].

Як зазначив колишній Президент Федерального Конституційного Суду суддя Е. Бенда, Основний Закон відкидає «індивідуалістську концепцію людини, що міститься в класичному лібералізмі, а також колективістський підхід» [7, с. 744].

У такому контексті власне і слід розглядати зв'язок соціальних виплат із правом власності, яка в конституційній доктрині розглядається як джерело особистої незалежності, необхідної для розвитку особистості та громадянської відповідальності [21, с. 286–287].

Принципи соціальної держави та людської гідності визначають основоположні цілі права власності. Таке розуміння, відповідно, ґрунтується на сучасному розумінні функції власності у суспільстві, що полягає у забезпеченні особистої самореалізації та розвитку в об'єктивному та моральному значенні цього питання, а не лише у збільшенні доходів або задоволенні індивідуальних інтересів. Таким чином, право власності стає головним конституційним правом, коли воно є необхідним для повного розвитку людини як моральної особистості та активного члена суспільства [7, с. 744], тобто право власності сприймається не лише як індивідуальне, суб'єктивне право, як за часів класичного конституціоналізму, а й як право об'єктивне, що відображає об'єктивну систему суспільних цінностей, а конституційне поняття власності не завжди збігається з його цивільно-правовим значенням.

Як зазначив Конституційний Суд ФРН, «концепція власності, яка гарантується Конституцією, має визначатися самою Конституцією. Така концепція власності в конституційному сенсі не може визначатися правовими нормами (цивільного законодавства. – С. Ш.), що стоять нижче Конституції, також значення конкретної гарантії власності не може визначатися на основі положень приватного права» [22]. Це пов'язано з тим, що, на думку Конституційного Суду ФРН, право власності є фундаментальним конституційним правом, що є тісно пов'язаним із гарантією особистої свободи. У загальній системі конституційних прав її функція полягає в забезпеченні її суб'єкту певної сфери свободи в економічній площині і дозволяє, таким чином, вести незалежне життя, тому гарантія власності є швидше не матеріальна, а особиста [23].

Аналогічні підходи поділяє й Верховний Суд США, який у рішенні у справі *Board of Regents v. Roth* наголосив, що «інтереси власності захищені положенням про належну правову процедуру (XIV поправка до Конституції США. — С. III.) та охоплюють значно більше, ніж володіння нерухомістю, речами чи грошима» [24].

Теорія розвитку особистості та самореалізації людини була запроваджена в практиці Федерального Конституційного Суду ФРН (далі — ФКС) у справі *Hamburg Flood Control* [25, с. 367], яка стосувалася постанови уряду федерального міста Гамбурга, якою приватні землі в дельті Рейну передавалися у власність міста із виплатою відповідної компенсації. Такий захід був прийнятий після руйнівних повеней 1962 р. і мав на меті побудову системи контролю за повенями. Така постанова була оскаржена кількома землевласниками як така, що порушує фундаментальне право власності, встановлене в ст. 14 Конституції ФРН. Відповідно до підходу ФКС, ст. 14 гарантує не просто грошову вартість власності, а й зміст володіння як такого. Як вказав ФКС, функція ст. 14 полягає не стільки у попередженні позбавлення власності без компенсації, скільки у забезпеченні утримання наявної власності у володінні власника. Гарантії власності за ст. 14 повинні розглядатися у зв'язку з особистістю власника, тобто у реаліях свободи, у межах якої особа здійснює самостійну відповідальну діяльність. Право власності насамперед є не стільки матеріальною, скільки персональною гарантією [25, с. 389].

Таким чином, Основний Закон ФРН захищає інститут власності та відносини власності як такі, а не їх грошовий еквівалент, тобто таке право має громадянський, суспільно спрямований, а не лише цивільний характер. Як наголосив ФКС, в основі захисту права власності лежить особиста та моральна мета, а не економічна: «Визначення власності як основного конституційного права повинно розглядатися в контексті захисту особистої свободи. В рамках системи конституційних прав, її функція полягає у забезпеченні її суб'єкту сфери свободи в економічній сфері і таким чином надає можливість йому вести незалежне життя» [25, с. 389].

Відповідно, на думку ФКС, в основі конституційної ролі власності лежить власне концепція самовизначення. Власність становить необхідну умову автономії індивіда та його контролю за власним життям. Без власності в особи відсутні матеріальні засоби, необхідні для повноцінного та належного її розвитку. Як вказав ФКС, «гарантія власності за статтею 14 повинна розглядатися у співвідношенні із особистістю власника, тобто із сферою свободи, в межах якої особи здійснюють самовизначення та ціннісну діяльність» [25, с. 389].

Як бачимо, таке розуміння власності знаходить все більш сильніший відгук у конституційній доктрині та практиці судів інших держав. Як зазначила американський професор М. Радін, підставами такого розуміння, яке має своє коріння ще у філософії Г. Гегеля [26, с. 118–141], є «забезпечення належного саморозвитку — бути особою — індивід потребує певного контролю над ресурсами у зовнішньому середовищі» [27, с. 957].

Слід також зауважити, що визначення власності через поняття та концепції цивільного права для цілей тлумачення відповідних конституційних положень є неприпустимим. Такий висновок підкріплюється не тільки тим фактом, що

цивільне право має розвиватися у межах конституційного правопорядку, оскільки конституція посідає особливе та найвище місце у будь-якій національній правовій системі, а розгляд конституційних понять та категорій через закони як акти парламенту суперечить самій ідеї конституціоналізму — такий підхід надає законодавцю невиправдане право приховано вносити поправки до конституції шляхом простих змін до законів.

Юридична природа соціальних виплат (пенсій, пособій тощо) розглядається не лише з позицій конституційного права власності та права на повагу до людської гідності, а й пов'язано з принципом захисту обґрунтованих сподівань (*reasonable expectations*) та з принципом правової визначеності (*legal certainty*), що є невід'ємними елементами принципу правової держави (*Rechtstaat*) та верховенства права [28, с. 163; 29, с. 54]. Як зазначив Лорд Діплок у справі *Black Clawson Ltd. v. Papierwerke AG*, «сприйняття верховенства права в якості конституційного принципу вимагає того, щоб будь-який громадянин, перед тим як вдатися до певних дій, мав змогу знати заздалегідь, які правові наслідки настають» [30, с. 638].

Названі принципи є доволі широко розвинутими в правових системах ФРН та Франції [31, с. 417; 32, с. 289; 33, с. 37–50], звідки саме вони були запозичені у право ЄС [28, с. 163], однак чіткого розмежування між принципом юридичної визначеності та принципом захисту обґрунтованих сподівань не існує (так, наприклад, Суд ЄС не завжди робить різницю між цими двома принципами [див. 34, § 10; 35]).

Названі принципи можуть бути використані для захисту права на отримання пільг та інших соціальних виплат. Лорд Фрейзер зазначив (*Lord Fraser of Tullybelton*) у справі *Council of Civil Service Unions and others v. Minister for the Civil Service*: «Але навіть якщо особа, що претендує на певну пільгу чи привілей, не має юридичного права на неї з точки зору приватного права, вона може мати обґрунтоване сподівання отримати таку пільгу чи привілей, та якщо це так, суд захищатиме її очікування з точки зору публічного права. ...Правомірні чи обґрунтовані сподівання можуть впливати як із прямої обіцянки, даної від імені органу публічної влади, так і з існування постійної практики, продовження якої особа може розумно очікувати» [36; див. також: 37; 38; 39].

Однак слід зазначити, що цей принцип не може автоматично застосовуватись у всіх правовідносинах. Як зазначив Генеральний адвокат Суду ЄС у справі *Deuka v. Einfuhr- und Vorratsstelle Getreider*: «Існування обґрунтованих сподівань, що підлягають захисту, може бути визначене тільки виходячи із конкретних обставин справи... За своєю природою цей принцип не допускає автоматичного застосування, яке може привести до невиправданого узагальнення, що суперечитиме як з його особливою функцією гарантування рівності, так і з повсякденними вимогами норм Співтовариства, що регулюють економічну сферу» [40, с. 777].

Сутність принципу правової визначеності Суд ЄС визначив як «забезпечення передбачуваності ситуацій та правовідносин у сферах, що регулюються правом ЄС» [41, § 20]. Більше того, принцип правової визначеності не дозволяє державі посилатися на відсутність певного нормативно-правового акта, який визначає механізм реалізації прав та свобод громадян, закріплених у конститу-

ції чи інших актах. Як відзначив Суд ЄС у справі *Yvonne van Duyn v. Home Office*, «принцип правової визначеності означає, що зацікавлені особи повинні мати змогу покладатися на зобов'язання, взяті державою, навіть якщо такі зобов'язання містяться у законодавчому акті, який в цілому не має автоматичної прямої дії» [42, § 13]. Така дія названого принципу пов'язана з іншим принципом — відповідальності держави, який полягає в тому, що держава не може посилатися на власне порушення зобов'язань для запобігання відповідальності [43, § 24; 44, § 22; 45, § 42].

Захист принципу обґрунтованих сподівань та правової визначеності є досить важливим у сфері державного управління та соціального захисту. Так, якщо держава чи орган публічної влади схвалили певну концепцію своєї політики чи поведінки, така держава чи такий орган вважатимуться такими, що діють протиправно, якщо вони відступлять від такої політики чи поведінки стосовно фізичних та юридичних осіб на власний розсуд та без завчасного повідомлення про зміни у такій політиці чи поведінці, оскільки схвалення названої політики чи поведінки дало підстави для виникнення обґрунтованих сподівань у названих осіб стосовно додержання державою чи органом публічної влади такої політики чи поведінки [46, с. 141–143; застосування названої доктрини англійськими судами див.: 47; 48; 49; 50].

Конституційний Суд ФРН також є одним із перших, хто почав у своїх рішеннях доктринально обґрунтовувати необхідність конституційного захисту соціальних виплат як частини елементу права власності. Хоча з самого початку діяльності Федерального Конституційного Суду ще 1953 р. зазначив, що власність не включає вимоги, що виникають з соціальних виплат, які здійснюються державою за законом на виконання її обов'язку забезпечити добробут громадян, оскільки протилежне зробило б неможливим будь-яку відміну соціальних законів [51]. Але згодом, починаючи з 1963 р., Суд, у контексті розробки доктрини соціальної держави, визначив, що пільги та інші соціальні виплати можуть вважатися власністю для цілей ст. 14 Конституції ФРН [52; 53; 54].

Важливим у цьому аспекті є рішення у справі про військові пенсії від 7 травня 1963 р., де ФКС зазначив таке:

«Вимога службовця та кадрового військовослужбовця на надання йому службового окладу та соціального забезпечення... (прийнятна пенсія для його забезпечення та утримання членів його родини) в нашому державному і правовому устрої розглядається як настільки сильна правова позиція, що має свої коріння в публічному праві, що наближується до приватної власності на річ або до [цивільного] права вимоги. Хоча і є правильним, що службовець “не отримує по відношенню до держави статусу власника, якому з самого початку на тривалий строк відповідно до кількісних вимірів та інших способів реалізації належатиме чітко визначене право” (Рішення ФКС 4, 219 (243)). Однак це не перешкоджає визнанню за службовцем близької до стану власника позиції стосовно підстави його вимоги проти держави на надання відповідного його положенню забезпечення.

У зв'язку з тим, що ст. 33 абз. 5 Основного Закону надає службовцям право, яке близьке до основних прав (див. Рішення ФКС 8, 1 теза № 2), підставою для правової вимоги, пов'язаною із службовими відносинами [з державою], на опла-

ту праці та надання соціального забезпечення, є ст. 33 абз. 5 у такий же спосіб, як [право власності гарантується] ст. 14 Основного Закону» [55].

Для визначення того, чи підпадає певна пільга або інша соціальна виплата під конституційне поняття права власності у практиці Конституційного Суду ФРН, було розроблено декілька критеріїв: пільга повинна бути чітко визначена законом і не залежати від розсуду посадових осіб чи органів державної влади [56; 24]; пільга має також бути спрямована на забезпечення мінімальних умов існування та базуватися на особистих внесках особи¹.

Такий підхід був виведений з наведеної вище практики і наведений у рішенні по наступній справі (справа про вирівнювання у майнових правах), в якій перед Федеральним Конституційним Судом постало питання правомірності законодавства, відповідно до якого до спільного майна подружжя, що має бути розподілено при розлученні, були включені права вимоги на отримання пенсії та страхового забезпечення при настанні певного випадку в рамках альтернативних схем соціального страхування (тобто за винятком обов'язкового соціального страхування):

«Гарантія власності є фундаментальним основним правом, яке знаходиться у тісному співвідношенні з особистою свободою. В загальній структурі основних прав на неї покладено завдання забезпечення суб'єкту такого основного права сфери свободи в майново-правовій сфері і, таким чином, надання йому можливості на обрання способу свого життя на власний розсуд. У сучасному суспільстві велика кількість громадян досягає забезпечення свого економічного існування не стільки завдяки приватноправовому майновому праву (цивільному праву. – С. III.), скільки через надходження від праці та пов'язаних з цим схем солідарного соціального забезпечення для отримання засобів існування, яке історично здавна тісно пов'язане з уявленнями про власність. Таким чином, права вимоги окремої особи на отримання пенсії в рамках пенсійного страхування мають такі ж характеристики, як і приватне піклування та забезпечення.

Право вимоги на отримання пенсії та пенсійні права, що розглядаються, після настання відповідного страхового випадку мають такі ж характеристики блага, що має майнову цінність, та найважливіші ознаки, що визначають їх як право власності, захищеного конституційним правом.

Таким чином, ст. 14 абз. 1 речення 2 Основного Закону охоплює також і повноваження обмежувати вимоги на отримання пенсій та вимоги на отримання забезпечення у разі настання відповідного випадку; якщо це слугує меті загально-го інтересу та відповідає принципу правової визначеності, законодавцю принципово не забороняється скорочувати суми пенсійних вимог або права на отримання забезпечення при настанні відповідного випадку або здійснювати їх реструктуризацію. Хоча його свобода визначення структури обмежується тією мірою, якою вимоги на отримання пенсії або право на отримання забезпечення у разі настання відповідного випадку мають особистий зв'язок в залежності від частини особистих внесків застрахованого. Відтак, право на отримання пенсійно-

¹ Див. [54] та [57], в яких Конституційний Суд ФРН застосував наведені критерії для визначення, відповідно, права на медичне страхування та страхування на випадок безробіття як таких, що підпадають під конституційне поняття власності.

го забезпечення, як це вказано вище, підпадає під захист ст. 14 абз. 1 Основного Закону. Предметом захисту є право вимоги та гарантія отримання в разі настання відповідного випадку, як вони впливають з відповідного законодавства» [58].

Більше того, Конституційний Суд ФРН у контексті тлумачення ст. 14 Конституції дійшов висновку, що конституційна гарантія права власності може вимагати від держави індексацію чи збільшення суми пільг з огляду на інфляцію, яка зменшує їх фактичну вартість [59, с. 97–103].

Подібний підхід був сприйнятий і у США після прийняття рішення у справі *Goldberg v. Kelly* [10]. Як відзначив Верховний Суд США у цьому рішенні, сьогодні може вважатися реалістичним розглядати соціальні пільги скоріш в якості «власності», аніж «благодійних виплат». Більшість з існуючого добробуту має форму прав, що не підпадають під концепцію власності в традиційному загальному праві. Суспільство сьогодні побудовано навколо набутих від держави прав (*entitlements*). Багато з найважливіших з цих прав зараз походять від уряду: субсидії фермерам та підприємцям, довгострокові контракти в сфері оборони, космосу та освіти, соціальні пенсії тощо. Такі гарантії, будь-то приватні чи публічні, вже не розглядаються як розкіш чи благодійні виплати; для їх одержувачів вони є суттєвими, повністю заслуженими, і ні в якому разі не благодійними [10].

Більше того, як відзначив Суд у справі *Shapiro v. Thomson*, «відповіддю на конституційне оскарження не може бути твердження, що надана законом пільга є “привілеєм”, а не “правом”» [60; див. також: 24; 61; 62]. Таким чином, Верховний Суд США дорівнює соціальні пільги до конституційних прав [63; 64, с. 404; 60, с. 627; 10, с. 262; 65, с. 539]. Як зазначив Суд, зокрема у справі *Board of Regents v. Roth*, «положення XIV поправки про процесуальний захист власності є гарантією захисту інтересів особи в особливих пільгах» [24].

Однак слід зауважити, що не всі пільги та інші соціальні виплати в правовій системі США підпадають під захист XIV поправки до Конституції: лише ті, що мають характер інтересу власності (*property interest*), підлягають захисту на рівні з правом власності. Як зазначив Верховний Суд США у справі *Board of Regents v. Roth*, «щоб мати інтерес власності у пільзі, особа повинна мати більш ніж абстрактну потребу чи бажання. Вона повинна мати більше ніж одностороннє її очікування. Вона повинна, натомість, бути законно вповноваженою [мати правомірну вимогу] на її отримання. Метою такого давнього інституту як власність є саме захист таких вимог, на які люди покладаються у їх повсякденному житті, таке покладання не може бути свавільно порушене» [24], тобто Суд звернув увагу на важливість дотримання принципу обґрунтованих сподівань.

Однак Суд підкреслив, що інтерес власності може мати багато форм. Суд неодноразово підкреслював у багатьох справах, як, наприклад, *Goldberg v. Kelly* [10], *Flemming v. Nestor* [66], *Board of Regents v. Roth* [24], що «особа, яка отримує соціальні пільги відповідно до законодавчих чи адміністративних стандартів, що визначають умови, за яких такі пільги надаються, має інтерес у подальшому отриманні таких пільг, який захищається положенням про належну правову процедуру» [24]. Тому «цей Суд вже відмовився від концепції, що наявність конституційних прав залежать від того чи є певна пільга, що надається державою “правом” чи “привілеєм”» [24, п. 9; див. також: 63, с. 374; 60, с. 627; 67, с. 568; 64, с. 404].

Слід також зазначити, що принцип соціальної держави, розвинутий у конституціях [68] та конституційній юриспруденції країн Європи [69] та США значно розширив сферу захисту соціальних прав, визначаючи неконституційними не тільки відверто «антисоціальні» дії держави, а й спроби обмежити чи скасувати існуючі соціальні програми та пільги. Як відзначив Генеральний Секретар Конституційної Ради Франції, «найбільш позитивним аспектом конституційної юриспруденції в цій сфері є те, що вона робить неможливою будь-яку спробу відступу від надбань соціального захисту» [69, с. 95].

Аналогічний підхід розвивається і Європейським судом з прав людини, де пенсії, пільги та інші соціальні виплати підпадають під захист ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод як захист власності, тобто усі принципи, які застосовуються у справах, що стосуються цієї статті, застосовуються рівною мірою у справах, що стосуються соціальних виплат [70, § 77]. Так, у рішенні Великої Палати Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) у справі *Andrejeva v. Latvia* (2009) зазначено, що не має значення для цілей ст. 1 Протоколу 1, яку пенсійну схему обирає держава (грунтується на індивідуальних внесках, або формується на солідарній основі), але коли держава вже встановила певну пенсійну схему, індивідуальні права та інтереси, які походять з неї, підпадають під захист ст. 1 Протоколу 1 незалежно від порядку сплати пенсійних внесків та засобів, завдяки яким ця пенсійна схема фінансується [70, § 76].

Однією із важливих умов застосування гарантій ст. 1 Протоколу 1 Конвенції є наявність законодавства, яким запроваджуються соціальні виплати. У рішенні у справі *Stec and Others v. the United Kingdom* (2006) ЄСПЛ спеціально наголосив, що таке законодавство повинно розглядатися як таке, що створює матеріальний інтерес, який підпадає під сферу захисту цієї статті, для осіб, які задовольняють його критеріям [71, § 54].

Крім того, у практиці ЄСПЛ також вважається, що права особи, які походять з їх індивідуальних внесків до систем соціального страхування, є матеріальними правами, які захищаються ст. 1 Протоколу 1 ЄСПЛ [72, § 39–41].

Отже, внески до (соціального) Пенсійного фонду можуть породжувати право власності на них, і таке право може бути порушене залежно від способу, яким ці внески розподіляються [73; 74]. Відповідно до практики ЄСПЛ, Конвенція не гарантує соціальних виплат певного розміру, але право особи отримувати соціальні виплати із фондів соціального страхування буде вважатися порушеним, якщо порушується сама сутність цього права [75].

У справі *Kjartan Asmundsson v. Iceland* (2004), на яку, до речі, й посиляється Конституційний Суд України у зазначеному Рішенні, ЄСПЛ визнав порушення ст. 1 Протоколу 1 Конвенції. У цій справі особа, яка була учасником схеми соціального страхування щодо нещасного випадку, була позбавлена пенсії по інвалідності за рішенням керівництва Пенсійного фонду для моряків, коли цей випадок настав, з посиланням на наявні економічні труднощі. ЄСПЛ зауважив, що відповідно до прецедентного права Суду допускається, що держава може розумно та співрозмірно зменшити соціальні виплати особі [76, § 54; 77, § 121]. Але у цьому випадку заявник був повністю позбавлений цих соціальних виплат [78, § 45], що є порушенням відповідних положень Конвенції.

Отже, соціально-економічні права, що є правами другого покоління (на відміну від прав першого покоління періоду класичного конституціоналізму), з'являються лише у ХХ ст. та отримують назву позитивних, тобто їх реалізація є повністю залежною від наявності фінансового ресурсу держави та відповідного соціального законодавства. У Конституції України 1996 р. відбулося, на думку професора М. Козюбри, «зрівнювання» соціально-економічних прав з основними правами, на що вплинула, з урахуванням розстановки політичних сил на той час, попередня радянська ідеологічна традиція, а також позначилось прагнення України привести каталог конституційних прав і свобод у відповідність до міжнародного каталогу, зокрема з зазначеними правовими актами ООН щодо прав людини [79, с. 17–18].

Ці соціально-економічні права не містилися у перших конституціях країн «старих» демократій, і тому у доктрині та конституційній юриспруденції вони були визнані «набутими правами» (*entitlements*), стандарти захисту яких є аналогічними зі стандартами захисту фундаментального права власності, а також тісно пов'язані з правом на людську гідність, з принципами соціальної держави, обґрунтованих сподівань та правової визначеності.

Ці права на різноманітні соціальні виплати називаються у американській доктрині як права на добробут (*welfare rights*) та розповсюджуються на всю соціальну і матеріальну допомогу, що надається державою індивідам відповідно до їх соціального статусу. Ця соціальна допомога є різноманітною та включає: пенсії за віком та інвалідністю, соціальні виплати у результаті хвороби та ушкодження здоров'я, соціальну допомогу при народженні, за безробіття, фінансову участь держави в іпотечному кредитуванні та будівництві соціального житла, житлові субсидії тощо. Усі ці види соціальної допомоги покликані забезпечити мінімальні потреби існування індивіда як повноправного члена суспільства (потреби в охороні здоров'я, житлі, їжі та у базисному рівні освіти).

Соціальна політика держави у демократичних розвинутих країнах зумовлена необхідністю захисту права на людську гідність, оскільки вважається, що соціально та економічно відсталий індивід не може користуватися цим правом повною мірою. Разом з цим це право є «основним з основних» у цих суспільствах та разом з правом на життя відкриває каталог фундаментальних прав. Крім того, права на соціальні виплати за стандартами їх конституційного та судового захисту наближаються до права власності, яке, у свою чергу, виконує не лише приватноправову, а й соціальну ціннісну функцію, що дозволяє людині бути людиною, повноправним членом суспільства. Це означатиме, що соціальні виплати, які надаються державою на регулярній основі, становлять «нове право власності», тому особа не може бути їх позбавлена або їх надання свавільно обмежено законом або актом виконавчої влади. У будь-якому випадку, при зменшенні або позбавленні цих соціальних виплат, особі повинен бути гарантований доступ до суду для оскарження цих державних актів. Причому, як правильно зазначив Конституційний Суд України у параграфі 2.1 Рішення від 26 грудня 2011 р., зміна механізму нарахування певних видів соціальних виплат та допомоги є конституційно допустимою до тих меж, за якими ставиться під сумнів сутність змісту права на соціальний захист.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Речицький В.* Конституційний процес в Україні: 2011 — початок 2012 року. Поточні тенденції та узагальнення // Права людини в Україні — 2011. Доповідь правозахисних організацій / за ред. Є. Ю. Захарова / Українська Гельсінська спілка з прав людини. — Х., 2012. — 352 с.
2. *Jones H.* The Rule of Law and the Welfare State // *Columbia Law Review.* — 1958. — Vol. 58.
3. *Note,* Charity Versus Social Insurance In Unemployment Compensation Laws // *Yale Law Journal.* — 1963. — Vol. 73.
4. *Lochner v. New York,* 198 U. S. 45 (1905).
5. *Bunting v. Oregon,* 243 U. S. 426 (1917).
6. *Kommers D. P.* The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany (2d ed.). — Durham, 1997.
7. *Alexander G.* Property as a Fundamental Constitutional Right? The German Example // *Cornell Law Review.* — 2003. — Vol. 88.
8. *Wieacker F.* A History of Private Law in Europe. — Oxford, 1995.
9. *Casper G.* Changing Concepts of Constitutionalism: 18th to 20th Century // *Supreme Court Review.* — 1989.
10. *Goldberg v. Kelly,* 397 U. S. 254 (1970).
11. *Reich C.* The New Property // *The Yale Law Journal.* — 1964. — Vol. 73.
12. *Конституции* зарубежных государств: Великобритания, Франция, Германия, Италия. Европейский Союз, США, Япония, Индия : учеб. пособие. — 5-е изд., перераб. и доп. — М., 2006.
13. *Sajo A.* How the Rule of Law Killed Hungarian Welfare Reform // *East European Constitutional Review.* — 1996. — Vol. 5.
14. *CESCR* General Comment № 3, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (United Nations) U. N. Doc. E/1991/22-E/CN.4/1991/1 Annex III (1990) // Цит. за Dorsen N., Rosenfeld M., Sajo A., Baer S. *Comparative Constitutionalism. Cases and materials.* — 2nd edition. — West, 2010.
15. *Sent.* 309/1999, 16 July 1999. § 29 // Цит. за Dorsen N., Rosenfeld M., Sajo A., Baer S. *Comparative Constitutionalism. Cases and materials.* — 2nd edition. — West, 2010.
16. *Social Welfare Act Case,* 3-4-1-7-03 Judgment of the Constitutional Review Chamber of The Supreme Court, 20 § 221 (4), 21 January 2004 (Estonia).
17. *Karpen U.* The Constitution in the Face of Economic and Social Progress // *New Challenges to the German Basic Law / Starck C. ed.* — Baden-Baden, 1991.
18. *Sontheimer K.* Principles of Human Dignity in the Federal Republic, in Germany and Its Basic Law // *Germany and Us Basic Law / Kirchhoff P., Kommers D. P. (eds).* — Baden-Baden, 1993.
19. *BVerfGE* 27 (1969).
20. *BVerfGE* 4 (1954).
21. *Alexander G.* Time and Property in the American Republican Legal Culture // *New York University Law Review.* — 1991. — Vol. 66.
22. *58 BVerfGE* 300 (Groundwater Case, 1981) // Цит. за [5, 258] *Kommers D. P.* The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany (2nd ed.). — Durham, 1997.
23. *24 BVerfGE* 376 (Hamburg Flood Control Case, 1968) // Цит. за Currie D. *The Constitution of the Federal Republic of Germany.* — Chicago, 1995.
24. *Board of Regents v. Roth,* 408 U. S. 564 (1972).
25. *BVerfGE* 24, 367 (1968).

26. *Ryan A.* Property and Political Theory. — Milton Keynes, 1987.
27. *Radin M.* Property and Personhood // Stanford Law Review. — 1982. — Vol. 34.
28. *Tridimas T.* The General Principles of EC Law. — Oxford, 1999.
29. *Шевчук С.* Основи конституційної юриспруденції. — К., 2001.
30. *Black Clawson Ltd. v. Papierwerke AG* [1975] AC 591.
31. *de Smith S., Woolf H., Jowell J.* Judicial Review of Administrative Action / 5th edn. — London, 1995.
32. *Craig P.* Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law // Comparative Law Journal. — 1996. — Vol. 55.
33. *Elias P.* Legitimate Expectation and Judicial Review // New Directions on Judicial Review / Jowell J., Oliver D. eds. / Current Legal Problems Special Issue. — London, 1988.
34. *Joint Cases 212-217/80 Salumi* [1981] ECR 2735.
35. *Case 120/86 Mulder I* [1988] ECR 2321.
36. *Council of Civil Service Unions and others v. Minister for the Civil Service*, Opinion of Lord Fraser of Tullybelton [1985] AC 374.
37. *O'Reilly v. Mackman*, Opinion of Lord Diplock [1982] 3 All ER 1124.
38. *Re Liverpool Taxi Owners' Association* [1972] 2 All ER 589.
39. *Advocate-General of Hong Kong v. Ng Yuen Shui* [1983] 2 All ER 346.
40. *Case 5/75 Deuka v. Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide* [1975] ECR 759.
41. *Case 63/93 Duff and Others v. Minister for Agriculture and Food, Ireland, and the Attorney General* [1996] ECR I-569.
42. *Case 41/74 van Duyn v. Home Office* [1974] ECR 329.
43. *Case 8/81 Ursula Becker v. Finanzamt Munster-Innenstadt* [1982] ECR 053.
44. *Case 148/78 Criminal Proceedings against Tullio Ratti* [1979] ECR 1629.
45. *Case 168/95 Criminal Proceedings against Luciano Arcaro* [1996] ECR I-4705.
46. *Cane P.* An Introduction to Administrative Law. — Oxford, 1992.
47. *R. v. Home Secretary, ex parte Khan* [1984] 1 WLR 1337.
48. *HTV v. Price Commission* [1976] ICR 170.
49. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Ruddock* [1987] 1 WLR 1482.
50. *In re Findlay* [1985] AC 318, 338.
51. *2 BVerfGE 380* (1953).
52. *16 BVerfGE 94* (1963).
53. *53 BVerfGE 257* (1980).
54. *69 BVerfGE 272* 1985.
55. *2 BvR 481/60*.
56. *63 BVerfGE 152* (1983).
57. *72 BVerfGE 9* (1986).
58. *Рішення Першого сенату ФКС від 28 лютого 1980 р. по усному провадженню від 27, 28 та 29 листопада 1979 р. — 1 BvL 17/77, 7, 9, 14, 15, 16, 37, 64, 74, 78, 100/78, 5, 16/79 та 1 BvR 807/78.*
59. *64 BVerfGE 87* (1983).
60. *Shapiro v. Thompson*, 394 U. S. 618 (1969).
61. *Mathews v. Eldridge*, 424 U. S. 319 (1976).
62. *Greenholtz v. Nebraska Penal Inmates*, 442 U. S. 1 d 668 (1979).
63. *Graham v. Richardson*, 403 U. S. 365 (1971).
64. *Sherbert v. Verner*, 374 U. S. 398, 404 (1963).
65. *Bell v. Burson*, 402 U. S. 535, 539 (1971).
66. *Flemming v. Nestor*, 363 U. S. 603.
67. *Pickering v. Board of Education*, 391 U. S. 563.

68. Cf. ст. 3, 32, 34, 38 Конституції Італії; ст. 39–52 Конституції Іспанії.
69. *Diez-Picazo L., Ponthoreau M.* The Constitutional Protection of Social Rights : Some Comparative Remarks / European University Institute Working Paper № 91/20. — European University Institute (Department of Law), 1991.
70. *Andrejeva v. Latvia* (2009).
71. *Stec and Others v. the United Kingdom* (2006).
72. *Gaygusuz v. Austria* (1996).
73. *Huertas and Vialatte v. France* (1999).
74. *Skorkiewicz v. Poland* (1999).
75. *Domalewski v. Poland* (1999).
76. *James and Others v. the United Kingdom* (1986).
77. *Lithgow and Others v. the United Kingdom* (1986).
78. *Kjartan Asmundsson v. Iceland* (2004).
79. *Права громадян у сфері виконавчої влади: адміністративно-правове забезпечення реалізації та захисту / за заг. ред. В. Б. Авер'янова.* — К., 2007. — 588 с.

Шевчук С. В. Конституційний захист соціальних виплат як права власності: порівняльно-правовий аналіз

Анотація. У статті крізь призму сучасної конституційної юриспруденції розглянуто природу та зміст соціальних прав особи. Автор зосереджує увагу не лише на аналізі суто доктринальних аспектів соціальних прав особи. У статті здійснено ретельний аналіз втілення та сприйняття відповідних теоретичних поглядів та концепцій у практиці найбільш авторитетних судових інстанцій, таких як Європейський суд з прав людини, Верховний Суд США та низки національних конституційних судів країн Європи, зокрема Конституційного Суду ФРН. Аналізуючи практику Конституційного Суду України, пов'язану з визнанням та обґрунтуванням соціальних прав, гарантованих особі Конституцією України, автор пропонує низку рекомендацій щодо можливих шляхів подальшого її розвитку та трансформації.

Ключові слова: право власності, соціальні права особи, право на пенсію, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, *Rechtstaat*, соціальна держава, належна правова процедура.

Шевчук С. В. Конституционная защита социальных выплат как права собственности: сравнительно-правовой анализ

Аннотация. В статье через призму современной конституционной юриспруденции рассмотрена природа и содержание социальных прав человека. Автор концентрирует внимание не только на рассмотрении исключительно доктринальных аспектов социальных прав. В статье осуществлен детальный анализ воплощения и восприятия соответствующих теоретических воззрений и концепций в практике наиболее авторитетных судебных инстанций, таких как Европейский суд по правам человека, Верховный Суд США, а также ряда национальных конституционных судов стран Европы, в частности Конституционного Суда ФРГ. Анализируя практику Конституционного Суда Украины, связанную с признанием и обоснованием социальных прав, гарантированных Конституцией Украины, автор предлагает ряд рекомендаций относительно возможных путей ее дальнейшего развития и трансформации.

Ключевые слова: право собственности, социальные права человека, право на пенсию, Конвенция о защите прав человека и основных свобод, *Rechtstaat*, социальное государство, надлежащая правовая процедура.

Shevchuk S. Constitutional Protection of the Social Payments as a Right to Property: a Comparative Analysis

Summary. The article provides for the insight into the nature and notion of the person's social rights in the light of the contemporary constitutional jurisprudence. The article deals not only with the analysis of purely theoretical aspects of the social rights. Besides, it offers a detailed and careful overview on how these doctrinal thoughts and concepts are applied in the jurisprudence of the most authoritative judicial bodies, such as the European Court of Human Rights, US Supreme Court and some of the European national Constitutional Courts. Finally, starting with the analysis of the relevant practice of the Constitutional Court of Ukraine's, the article provides a number of the recommendations on the possible ways of its further development and transformation.

Key words: right to property, social rights of the person, right to pension, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rechtsstaat, social state, due process of law.

РОЗУМІННЯ ОБОВ'ЯЗКУ ДЕРЖАВИ ЗА СТАТТЕЮ 11 КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД: ПРОБЛЕМНІ МОМЕНТИ



Т. ФУЛЕЙ

*кандидат юридичних наук,
начальник відділу наукових досліджень
проблем судочинства та його удосконалення
(Національна школа суддів України)*

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція), яка набрала чинності для України 11 вересня 1997 р., відповідно до ст. 8 Конституції України є частиною національного законодавства. Стаття 11 Конвенції гарантує свободу мирних зібрань. Подібні положення містить ст. 39 Конституції України, яка проголошує право громадян збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, про проведення яких завчасно сповіщаються органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування. Обмеження щодо реалізації цього права може встановлюватися судом відповідно до закону і лише в інтересах національної безпеки та громадського порядку — з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей.

Варто також наголосити, що Законом про ратифікацію Конвенції від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР [1] Україна повністю визнала юрисдикцію Європейського суду з прав людини (далі — ЄСПЛ або Суд) в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції, а відповідно до ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права.

Зазначимо, що кілька років тому застосування судами України ст. 11 Конвенції та посилання на неї у судових рішеннях були рідкістю, тоді як рішення судів, постановлені у 2008–2011 рр., містять не лише відповідні посилання, а й наводять (цитують) текст ст. 11 Конвенції [2], поряд із посиланням (цитованням) ст. 39 Конституції України та відомого Рішення Конституційного Суду України [3].

© Т. Фулей, 2012

Водночас аналіз судової практики з цієї категорії справ дозволяє дійти висновку про нерозуміння судами України положень ст. 11 Конвенції та відповідної практики ЄСПЛ, більше того – тлумачення її у спосіб, що вихолощує саме право, гарантоване цією статтею.

У фаховій літературі наголошується на подібності статей 8, 9, 10 та 11 Конвенції: вони мають багато спільних рис, аналізуючи та тлумачачи їх, ЄСПЛ застосовує схожі підходи [4, с. 283–434]. Ключовим до розуміння сумарного ефекту цих прав та їх захисту в рішеннях Суду є той факт, що вони відображають як право особи на свободу дій від втручання з боку держави у відповідних сферах, так і позитивне зобов'язання уряду забезпечувати ефективну реалізацію цих прав, у тому числі захисту їх від інших приватних осіб, котрі можуть намагатися втручатися у здійснення цих прав [5, с. 428].

Серед вітчизняних дослідників питання реалізації права на мирні зібрання досліджувалися у працях І. Валюшка, О. Васьковської, М. Денисової, Є. Захарова, Ю. Кривицької, Р. Куйбіди, В. Речицького, Т. Сікорського, В. Чемериса, В. Яворського та інших [6–15], однак ця проблема все ще залишається недостатньо дослідженою.

Метою цієї статті є висвітлення, на підставі аналізу практики адміністративних судів, окремих проблемних моментів застосування судами України обмежень свободи мирних зібрань, у порівнянні з підходами ЄСПЛ до тлумачення ст. 11 Конвенції, зокрема, розуміння негативного та позитивного обов'язку держави за ст. 11 Конвенції.

Подібність статей 8–11 Конвенції, а також ст. 2 Протоколу № 4 зумовлена їхньою структурою: у п. 1 гарантуються конкретні права і свободи, тоді як у п. 2 викладено загальні положення, які дають можливість Високій Договірній Стороні обмежити здійснення цих прав і свобод, що свідчить про те, що ці права не є абсолютними. Така структура допомагає встановити рівновагу між правами особи та більш широким інтересом демократичного суспільства в цілому у разі ймовірного виникнення конфлікту. Зокрема, обмеження прав, гарантованих ст. 11 Конвенції, може бути виправдане лише за наявності трьох умов: 1) вони встановлені законом; 2) переслідують законну мету, зокрема застосовуються в інтересах національної або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб; 3) є необхідними в демократичному суспільстві.

Оскільки права, які гарантує ст. 11, пов'язані з політичними і соціальними цінностями демократичного суспільства, тому вони значною мірою доповнюють і розвивають права на свободу думки, совісті та релігії (гарантовані ст. 9 Конвенції), а також на свободу вираження поглядів (гарантовані ст. 10 Конвенції). Більше того, у рішеннях Суду постійно наголошується, що право на свободу вираження поглядів пов'язане також із груповими заходами, зокрема маніфестаціями. Хоча при розгляді справ щодо свободи зібрань у світлі ст. 11 остання виступає як *lex specialis*, відіграє автономну роль та має конкретну сферу застосування, Суд часто звертається до положень ст. 10 Конвенції, як це було, наприклад, у справі «Езелен проти Франції» [16, п. 37]. У справі «Фогт проти Німеччини» ЄСПЛ відзначив, що «захист особистих думок, передбачений статтею 10, є однією з цілей свободи зібрань та об'єднання, яку гарантує

стаття 11» [17, п. 64], повторивши згодом це положення у низці справ, зокрема загальновідомій «Реквенї проти Угорщини» [18, п. 58].

У цьому зв'язку варто нагадати також позицію ЄСПЛ ще в одній відомій справі «Гендісайд проти Сполученого Королівства», що «за умови додержання п. 2 свобода вираження стосується не лише тієї «інформації» чи тих «ідей», які отримані належним чином або розглядаються як необразливі чи незначні, а й тих, що викликають образу, обурення або неспокій. Такими є вимоги плюралізму, терпимості й широти поглядів, без яких «демократичне суспільство» неможливе» [19, п. 49].

Право на мирні зібрання, закріплене у ст. 11 Конвенції, — фундаментальне право в демократичному суспільстві та є основою такого суспільства [20, п. 56]. Як неодноразово зазначалося у рішеннях ЄСПЛ, демократія є не просто основоположною особливістю європейського громадського порядку, але і сама Конвенція була розроблена з метою сприяння ідеалам і цінностям демократичного суспільства та їхньої підтримки. Демократія, як наголошує Суд, є єдиною політичною моделлю, яка розглядається в Конвенції, і єдиною, сумісною з нею [21, п. 24].

Тому хоча основна мета ст. 11 Конвенції — захист особи від свавільного втручання з боку публічних властей у здійснення захищуваних прав, в доповнення можуть існувати позитивні обов'язки держави забезпечити ефективне використання цих прав [22, п. 41]. Отже, обмеження свободи мирних зібрань може бути виправданим лише у світлі наведених вище принципів.

Праву на свободу мирних зібрань Суд дає широке тлумачення, вважаючи, що воно охоплює як закриті зібрання, так і зібрання у громадських місцях, а також збори у встановленому місці та публічні процесії, і що ним наділені як окремі особи, так і організатори зібрання [20, п. 56]. Виходячи з цього широкого тлумачення, ЄСПЛ визнав, що держава не може безпідставно встановлювати обмеження стосовно права на мирне зібрання, забороняючи організацію чи участь у таких зібраннях, відмовляючись забезпечити поліцейний захист демонстрантів або не виконуючи будь-яких інших своїх позитивних зобов'язань з гарантування цього права.

Доволі показовим є рішення ЄСПЛ у справі «Станков та Об'єднана македонська організація «Ілїнден» проти Болгарії» [23], в якій Суд вказав на обов'язок національних органів влади з особливою пильністю дбати, зокрема, про те, щоб загальнонаціональна громадська думка забезпечувалася не за рахунок утиску вираження думок меншинами, якими б непопулярними не були ці думки [23].

Необхідність повідомлення чи одержання дозволу на проведення демонстрації чи мітингу сама по собі не порушує ст. 11, якщо лише така вимога зі сторони держави не має на меті перешкодити мирному зібранню. При цьому важливо підкреслити таке.

Щоб збори чи акція протесту охоплювалися сферою дії ст. 11, вони неодмінно повинні мати «мирний» характер. Зауважимо, що «мирно» в українській мові означає не лише «без війни, в мирі; без сварок, дружелюбно, миролюбно; тихо, спокійно», проте й «людно, багатолудно» [24, с. 188]. Власне прикметник «мирний» є кваліфікуючою ознакою, відповідно, якщо національні органи влади мають достатні підстави вважати, що певні зібрання, демонстрації чи мітинги

не матимуть мирного характеру, то обмеження на такі заходи, включаючи їх заборону, можуть бути виправданими.

Однак мирний характер зібрань є презумпцією і тягар доведення невідповідності зібрання його «мирному» характеру несе орган, який звертається до суду із адміністративним позовом про обмеження проведення мирного зібрання. Таке обмеження може бути виправдане лише в тому випадку, якщо існує реальна небезпека виникнення безпорядків, які неможливо попередити іншими, менш жорсткими заходами. Таким чином, заборонні заходи повинні бути суворо обґрунтовані.

Стандарти, викладені у рішеннях ЄСПЛ, мають особливе значення, коли йдеться про їхнє застосування у національній практиці. При цьому важливими є вузьке тлумачення таких понять, як «громадський порядок» чи «національна безпека», «права та свободи інших осіб» та подібних (які можуть бути легітимною метою обмеження) відповідно до Сіракузьких принципів тлумачення обмежень і відступів від положень Міжнародного пакту про громадянські і політичні права чи Керівних принципів зі свободи мирних зібрань Бюро з демократичних інституцій і прав людини ОБСЄ. Натомість, як свідчить аналіз судової практики, суди використовують визначення національної безпеки зі ст. 1 Закону України «Про основи національної безпеки України», відповідно до якого національна безпека — захищеність життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства і держави, за якої забезпечуються сталий розвиток суспільства, своєчасне виявлення, запобігання і нейтралізація реальних та потенційних загроз національним інтересам [25], хоча, як слушно зауважив Р. Куйбіда, це визначення є надто розмитим і непридатним для розуміння ст. 39 Конституції України, зміст якої власне й сформульовано на основі міжнародних документів [14].

Відповідно до п. 5 ст. 182 Кодексу адміністративного судочинства України (далі — КАСУ) суд задовольняє вимоги позивача в інтересах національної безпеки та громадського порядку в разі, якщо визнає, що проведення зборів, мітингів, походів, демонстрацій чи інших зібрань може створити реальну небезпеку заворушень чи злочинів, загрозу здоров'ю населення або правам і свободам інших людей. У постанові суду зазначається спосіб обмеження реалізації права на мирні зібрання.

Судова практика свідчить, що суб'єкти владних повноважень часто нехтують положеннями ч. 1 ст. 71 КАСУ щодо тягара доведення, відповідно до якої кожна сторона повинна довести ті обставини, на яких ґрунтуються її вимоги та заперечення. Непоодинокими є випадки, коли під час розгляду справи у першій інстанції позивачем не доведено та судом не встановлено, в чому саме існує загроза громадському порядку, здоров'ю населення або правам і свободам інших осіб, а також чи існує загроза скоєння злочинів внаслідок проведення заявленої акції, що стала предметом спору.

Окрім того, доводи позивачів — суб'єктів владних повноважень часто мають характер припущень та не підтверджуються відповідними доказами.

Аналіз судової практики свідчить, що найчастіше позивачі — органи місцевого самоврядування обґрунтовують необхідність заборони мирних зібрань гіпотетичними порушеннями громадського порядку, як-от:

- «проведення маршу неминуче викличе вихід учасників заходу на проїжджу частину, що призведе до створення аварійно-небезпечних ситуацій. Крім того, по вказаному маршруту на даний час проводяться ремонтні роботи і припинення проведення ремонтних робіт на вищевказаних об'єктах, яке пов'язане з проведенням маршу-протесту по центральній вулиці, може привести до зриву графіку введення в дію фонтанів зі світомузикою» [26];

- «скупчення групи осіб у кількості понад 30 осіб у сквері, який розташований у центрі міста, може порушити санепідемообстановку, що у подальшому вплине на здоров'я населення регіону» [27].

Посилаючись на такі та подібні аргументи, органи місцевого самоврядування просять або заборонити проведення масових заходів, або змінити місце проведення — з центральної частини населеного пункту на його околицю.

Необхідність заборони мирних зібрань, зокрема біля адміністративних будинків, позивачі обґрунтовують тим, що проведення зібрання створить перешкоди для здійснення звичайної діяльності органів місцевого самоврядування та/або може спричинити труднощі при дорожньому русі. Аналіз судової практики свідчить, що суди вважають докази неможливості проведення мирних зібрань, надані позивачами, належними і допустимими та такими, що підтверджують обґрунтованість позовних вимог.

Як приклад можна навести мотивацію Дніпропетровського адміністративного окружного суду щодо заборони мітингів чи акцій протесту біля адміністративної будівлі Криворізької міської ради (міськвиконкому). Суд забороняв мирні зібрання загальною плановою чисельністю 100–200 осіб, оскільки:

- їх проведення «створить перешкоди для здійснення звичайної діяльності органів місцевого самоврядування територіальної громади міста Кривого Рогу, завдання і функції яких визначені Законом України «Про органи місцевого самоврядування в Україні» [28];

- «територія перед будівлею міськвиконкому Криворізької міської ради не надає змоги безпечно розмістити заявлену кількість учасників пікетування, оскільки поруч проходить ділянка проїжджої частини проспекту з посиленням дорожнім рухом, особливо у заявлений відповідачем час і не пристосована для проведення масових заходів за участю великої кількості осіб. Проведення на цій ділянці мітингу та будь-яких інших масових заходів створюватиме загрозу безпеці дорожнього руху та додаткові труднощі для автотранспорту, а також загрозу здоров'ю і правам інших людей (які можуть постраждати в дорожньо-транспортних пригодах)» [29];

- «місце, яке вказане в повідомленні... (біля центрального входу до Криворізького міськвиконкому) є одним із найважливіших та аварійно-небезпечних ділянок у дорожньо-транспортній мережі міста, оскільки перетинається з вулицями з найбільш інтенсивним рухом громадського та приватного транспорту. Проведення масового заходу призведе до відволікання уваги водіїв транспортних заходів та може призвести до створення аварійної ситуації. Вказана обставина також зумовлена тим фактором, що в запланованому пікетуванні повинна взяти участь досить велика кількість людей — 100 осіб. Крім того, судом першої інстанції правомірно враховано, що проведення акції біля центрального входу в будівлю виконкому Криворізької міської ради може створити

перешкоди для здійснення звичайної діяльності органів місцевого самоврядування територіальної громади міста Кривого Рогу» [30].

Таку ж або подібну позицію займають інші суди, враховуючи «місцеві» особливості. Наприклад, у Полтаві проведення мирних зібрань суди обґрунтовують не лише тим, що «заплановане проведення акції протесту з розбиттям наметового містечка на майданчику біля будівлі Полтавської обласної адміністрації створить незручність руху пішоходів та можливості ускладнення дорожнього руху», а й – дуже часто – проведенням футбольних матчів: «також суд враховує, що дана акція протесту буде відбуватися напередодні та в день проведення футбольного матчу між командами ФК «Ворскла» (Полтава, Україна) та ФК «Динамо» (Бухарест, Румунія) (...). Цей матч планує відвідати велика кількість уболівальників з усієї країни, які, враховуючи значне суспільно-політичне напруження, високий резонанс подібних масових зібрань, психоемоційний стан учасників заходів, можуть приєднатися до учасників акції або до викликаних їхніми діями порушень громадського порядку» [31].

Натомість усталеною практикою Окружного адміністративного суду м. Києва стало використання офіційних візитів глав іноземних держав чи міжнародних заходів як підстави для заборони мирних зібрань.

Як приклад, заборона проведення мирної акції біля будівлі Адміністрації Президента по вул. Банковій, 11 інвесторами, потерпілими від афери ПІБК «Еліта-Центр» та шахтарями-інвалідами була обґрунтована офіційним візитом у ці дні до м. Києва Президента Республіки Казахстан, оскільки «з наявних матеріалів справи судом встановлено, що проведення зазначених мирних зібрань та мітингів (...) в центральній частині м. Києва може призвести до відміни відвідання делегацією запланованих об'єктів та як наслідок відміни офіційного візиту Президента Республіки Казахстан, що може призвести до погіршення дипломатичних відносин між країнами. За таких обставин, суд приходять до висновку про обґрунтованість підстав адміністративного позову, а тому позов визнається таким, що підлягає задоволенню з метою захисту національних інтересів в частині встановлення обмеження відповідачам права на мирні зібрання» [25]. Проведення Київського саміту з питань безпечного та інноваційного використання ядерної енергії та Міжнародної науково-практичної конференції «Двадцять п'ять років Чорнобильської катастрофи. Безпека майбутнього», зокрема офіційного візиту Президента Європейської Комісії, стали підставою заборони проведення п'яти масових заходів, оскільки «суд приходять до висновку, що позов подано в інтересах національної безпеки та громадського порядку та що позовні вимоги Київської міської державної адміністрації про обмеження права на мирні зібрання є обґрунтованими. Обмеження встановлюються з метою забезпечення правопорядку, запобігання вчиненню злочинів, охорони здоров'я населення, захисту прав і свобод мешканців Києва та гостей столиці, забезпечення проведення саміту та конференції» [32]. При цьому, на думку суду, «зазначені обмеження не порушують права відповідачів на мирні зібрання, оскільки стосуються лише певної частини міста». Таких рішень, у яких суди забороняли проведення мирних зібрань, можна навести сотні.

Доречно нагадати, що у справі «Сергій Кузнецов проти Росії» ЄСПЛ повторив, з посиланнями на попередню практику [33, пп. 116–117; 34, п. 37; 35], що

будь-яка демонстрація у громадському місці неминує порушувати звичний плин життя, включно з порушенням руху громадського транспорту, і органам влади важливо продемонструвати певний рівень терпимості щодо мирних зібрань, оскільки це право, гарантоване ст. 11 Конвенції, не повинно втрачати своєї суті [36, п. 44]. У світлі цих підходів ЄСПЛ видається, що наведена вище практика адміністративних судів щодо заборони проведення мирних зібрань задля забезпечення звичайної діяльності органів місцевого самоврядування, проведення футбольних матчів, офіційних заходів чи руху автотранспорту тощо не узгоджується з конвенційними стандартами, оскільки вихолощує саме право, гарантоване ст. 11 Конвенції та ст. 39 Конституції України.

Принципи Конвенції не просто зобов'язують держави-учасниці поважати свободу мирних зібрань та не втручатися у її здійснення, оскільки «справжня ефективна свобода зібрань не може зводитися до простого обов'язку з боку держави не втручатися: суто негативна концепція не є сумісною з об'єктом та цілями статті 11». Відтак, за аналогією з іншими статтями Конвенції, ст. 11 накладає на держави-учасниці певні позитивні зобов'язання, тобто інколи вимагає вживати позитивних заходів, якщо це є необхідним, що означає, зокрема, право на державний захист проти порушення цього права або втручання у таке право з боку третіх осіб. Так, у «класичному» рішенні у справі «Платформа “Лікарі за життя”» проти Австрії» ЄСПЛ зазначив, що «демонстрація може драгувати або ображати осіб, ідеї чи вимоги яких протилежні тим, які відстоюють демонстранти. Учасники, однак, повинні мати змогу провести свій захід, не побоюючись загроз фізичного насильства з боку своїх опонентів; наявність таких побоювань може перешкодити об'єднанню або іншим групам, що дотримуються спільних поглядів або мають спільні інтереси, відкрито висловлювати свої погляди стосовно досить суперечливих питань, які непокоять суспільство. У демократичному суспільстві право на контрдемонстрацію не може перешкоджати здійсненню права на демонстрацію» [37, п. 32].

У справах щодо свободи мирних зібрань, як загалом у справах щодо статей 8–11 Конвенції, Суд застосовує принцип пропорційності, що «вимагає дотримання певного балансу між вимогами цілей, вказаних у частині 2 статті 11 та вільним вираженням поглядів словами, жестами або навіть мовчання особами, що зібралися на вулиці або в інших громадських місцях» [16, п. 52].

Водночас низка рішень адміністративних судів свідчить про розуміння національними суддями європейських стандартів щодо права на свободу мирних зібрань.

Зокрема Харківський апеляційний адміністративний суд погодився з висновком суду першої інстанції про ненадання Харківською міською радою жодного доказу на підтвердження позовних вимог, що марш-протест може створити реальну небезпеку заворушень чи злочинів, загрозу здоров'ю населення або правам і свободам інших людей і зазначив, що проведення цього заходу не суперечить закону та не порушує чий-небудь права, свободи та інтереси [26].

Інший приклад: відмовляючи в позові Львівської міської ради про заборону проведення мітингу з кількістю учасників 50 осіб, під гаслом «Геть корумпованих прокурорів» на території, прилеглій до адміністративного будинку Прокуратури Львівської області, суд зазначив таке:

«Твердження позивача про те, що виконавчий комітет Львівської міської ради та Львівське міське управління ГУ МВС України у Львівській області не зможуть забезпечити належну безпеку учасників акції та підтримання громадського порядку не приймається до уваги. Відповідно до вимог статті 2 Закону України «Про міліцію» одним з основних завдань міліції є охорона і забезпечення громадського порядку. Фактично з пояснень представника позивача вбачається, що від суду вимагається прийняття рішення з метою забезпечення громадського порядку, що не є завданням суду. Завданням суду є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин (стаття 2 Кодексу адміністративного судочинства України). Невиконання чи неналежне виконання суб'єктом свого обов'язку, передбаченого законом, не може бути підставою для обмеження конституційних прав інших осіб. Неналежне виконання своїх обов'язків відповідними особами, зокрема, по забезпеченню безпеки учасників акції та підтриманню громадського порядку, тягне передбачену законом відповідальність.

Згідно із ч. 5 ст. 182 КАС України суд задовольняє вимоги позивача лише в інтересах національної безпеки та громадського порядку і лише в разі, якщо визнає, що проведення зборів, мітингів, походів, демонстрацій чи інших зібрань може створити реальну небезпеку заворушень чи злочинів, загрозу здоров'ю населення або правам і свободам інших людей.

За наведених умов обмеження права на проведення мітингу суперечило б гарантованим Конституцією України політичним правам людей, основним засадам суспільного життя України, а тому в задоволенні позовних вимог слід відмовити» [38].

Ці рішення свідчать не лише про розуміння судами конвенційних обов'язків держави за ст. 11 Конвенції та про їх застосування при розгляді справ, що є важливою складовою гарантування свободи мирних зібрань в Україні.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Про ратифікацію* Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції : Закон України від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР (із змінами, внесеними згідно із законами № 551-XIV від 24 березня 1999 р., № 1420-IV від 3 лютого 2004 р., № 3436-IV від 9 лютого 2006 р.) // Офіційний вісник України. — 2006. — № 9. — Ст. 523.
2. *Постанова* Дніпропетровського окружного адміністративного суду від 26 березня 2010 р. у справі № 2а-4059/10/0470 за адміністративним позовом Виконавчого комітету Держинської районної у м. Кривому Розі ради до Профспілкового комітету ВАТ «Суша балка» про обмеження права на мирні зібрання [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/8979307>.
3. *Рішення* Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 39 Конституції України про завчасне сповіщення органів виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування про проведення зборів, мітингів, походів і демонстрацій (справа щодо завчасного сповіщення про мирні зібрання) від 19 квітня 2001 р. № 4-рп/2001.

4. *Harris, O'Boyle and Warbrick*. Law of the European Convention on Human Rights. – Butterworth, 1995.
5. *Адміністративна юстиція України: проблеми теорії і практики*. Настільна книга судді / за заг. ред. О. М. Пасенюка. – К., 2007.
6. *Валюшко І*. Проблеми законодавчого регулювання свободи мирних зібрань громадян в Україні // Стратегічні пріоритети. – 2009. – № 4 (13). – С. 46–52.
7. *Васьковська О. В.* Актуальні проблеми права на збори, мітинги, походи та демонстрації в Україні // Право України. – 2007. – № 8. – С. 74–77.
8. *Васьковська О. В.* Конституційне право на мирні збори та механізм його реалізації в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Інститут законодавства Верховної Ради України. – К., 2007. – 224 с.
9. *Денисова М. М.* Деякі аспекти конституційно-правового забезпечення права на мирні збори у сучасних іноземних державах [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/Portal/Soc_Gum/Nvamu_pr/2009_2/4.pdf.
10. *Денисова М.* Розвиток міжнародних стандартів реалізації права на мирні збори // Держава і право. Юридичні і політичні науки : зб. наук. пр./ Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2006. – С. 168–175.
11. *Правове регулювання свободи мирних зібрань / упоряд. : Є. Захаров, В. Яворський*. – Х., 2005. – 96 с.
12. *Речицький В. В.* Права людини. Модель для нової Конституції України / Харківська правозахисна група. – Х., 2009. – 170 с.
13. *Сікорський Т.* Право на мирні зібрання та його обмеження // Правовий тиждень. – 2010. – № 5 (183) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.legalweekly.com.ua/article/?uid=1703>.
14. *Свобода мирних зібрань в Україні – вимір адміністративних судів. Аналітичний огляд судової практики за 2009–2011 роки (підготували Р. Куйбіда, М. Серета)* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravo.org.ua>.
15. *Чемерис В.* Свобода мирних зібрань в Україні: перспективи законодавчого регулювання // Громадянське суспільство. – 2008. – № 2 (4). – С. 15–22.
16. *Ezeli v. France*, заява № 11800/85, рішення від 26 квітня 1991 р., серія А № 202.
17. *Vogt v. Germany*, заява № 17851/91, рішення від 2 вересня 1995 р.
18. *Rekvenyi v. Hungary*, заява № 25390/94, рішення від 20 травня 1999 р.
19. *Handyside v. the United Kingdom*, рішення від 7 грудня 1976 р., серія А № 24.
20. *Djavit An v. Turkey*, заява № 20652/92, рішення від 20 лютого 2003 р.
21. *Barankevich v. Russia*, заява № 10519/03, рішення від 26 липня 2007 р.
22. *Wilson, National Union of Journalists and Others v. the United Kingdom*, заяви № 30668/96, 30671/96 і 30678/96, рішення від 2 липня 2002 р.
23. *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, заяви № 29221/95 і 29225/95, рішення від 2 жовтня 2001 р.
24. *Новий тлумачний словник української мови : у 3 т. / уклад. В. Яременко, О. Сліпушко*. – К., 2001. – Т. 2. К–П.
25. *Постанова* Окружного адміністративного суду м. Києва від 13 вересня 2010 року у справі № 2а-13092/10/2670 за позовом Київської міської державної адміністрації до ОСОБА_2, представника інвесторів потерпілих від афери ГІБК «Еліта-Центр», Голови ВСГО «Спілка шахтарів-інвалідів, потерпілих на підприємствах», Захисників прав мисливців в особі гр. ОСОБА_4 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/11966255>.
26. *Ухвала* Харківського апеляційного адміністративного суду від 20 вересня 2007 р. у справі № 22-а-2543/07 за позовом Харківської міської ради до Харківського обласного об'єднання громадян «Українська родина» про обмеження права на мирні зібрання шляхом заборони проведення марш-протесту з нагоди відзна-

- чення Міжнародного дня захисту корінних народів світу у м. Харкові [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/1022831>.
27. *Справа* № 22-а-1329/2007 за адміністративним позовом Алуштинської міської ради до представника групи кримських татар ОСОБА_1 про обмеження права проведення зборів.
 28. *Постанова* Дніпропетровського окружного адміністративного суду від 6 травня 2010 р. у справі № 2а-5544/10/0470 за адміністративним позовом Виконавчого комітету Дзержинської районної у м. Кривому Розі ради до ОСОБА_4 про обмеження права на мирні зібрання [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/9884849>.
 29. *Постанова* Дніпропетровського окружного адміністративного суду від 26 березня 2010 р. у справі № 2а-4059/10/0470 за адміністративним позовом Виконавчого комітету Дзержинської районної у м. Кривому Розі ради до Профспілкового комітету ВАТ «Суша балка» про обмеження права на мирні зібрання [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/8979307>.
 30. *Постанова* Колегії суддів Дніпропетровського апеляційного адміністративного суду від 10 лютого 2010 р. у справі № 2а-7310/09/0470 за позовом Виконавчого комітету Дзержинської районної у місті ради м. Кривого Рогу Дніпропетровської області до ОСОБА_1 про обмеження ОСОБА_1 права проведення масового заходу без зброї — пікетування біля центрального входу в будівлю виконкому Криворізької міської ради [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/9798014>.
 31. *Постанова* Полтавського окружного адміністративного суду від 12 серпня 2011 р. у справі № 2а-1670/6725/11 за адміністративним позовом Виконавчого комітету Полтавської міської ради до ОСОБА_2, третя особа — Полтавське міське управління Міністерства внутрішніх справ України в Полтавській області про обмеження права на зібрання [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/18244606>.
 32. *Постанова* Окружного адміністративного суду м. Києва від 18 квітня 2011 р. у справі № 2а-5666/11/2670 за позовом Київської міської державної адміністрації до Всеукраїнської Чорнобильської Народної Партії «За добробут та соціальний захист народу», Харківського громадського об'єднання інвалідів Чорнобиля «Чорнобильський спас», Громадської організації воїнів — ліквідаторів аварії на ЧАЕС «731 окремого батальйону спеціального захисту», Всеукраїнської громадської організації «Ніхто крім нас» про обмеження права на мирні зібрання [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/14972434>.
 33. *Galstyan v. Armenia*, заява № 26986/03, рішення від 15 листопада 2007 р.
 34. *Bukta and Others v. Hungary*, заява № 25691/04, рішення від 17 липня 2007 р.
 35. *Oya Ataman v. Turkey*, заява № 74552/01, рішення від 5 грудня 2006 р.
 36. *Sergey Kuznetsov v. Russia*, заява № 10877/04, рішення від 23 жовтня 2008 р.
 37. *Platform «Ärzte für das Leben» v. Austria*, заява № 10126/82, рішення від 21 червня 1988 р.
 38. *Постанова* Львівського окружного адміністративного суду від 15 листопада 2010 р. у справі № 2а-10584/10/1370 за позовом Виконавчого комітету Львівської міської ради до Громадської організації «Вартові Закону», Львівської обласної громадської організації «Солідарність» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/12268650>.

Фулей Т. І. Розуміння обов'язку держави за статтею 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: проблемні моменти

Анотація. У статті викладаються європейські стандарти свободи мирних зібрань, гарантовані ст. 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, зокрема крізь призму негативних і позитивних зобов'язань держави, а також аналізується практика адміністративних судів у справах про обмеження права на мирні зібрання.

Ключові слова: свобода мирних зібрань, втручання в право, позитивні зобов'язання, Європейський суд з прав людини, європейські стандарти.

Фулей Т. И. Понимание обязанности государства по статье 11 Конвенции о защите прав человека и основных свобод: проблемные моменты

Аннотация. В статье излагаются европейские стандарты свободы мирных собраний, гарантированные ст. 11 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, в частности через призму негативных и позитивных обязательств государства, а также анализируется практика административных судов в делах об ограничении права на мирные собрания.

Ключевые слова: свобода мирных собраний, вмешательство в право, позитивные обязательства, Европейский суд по правам человека, европейские стандарты.

Fuley T. Understanding of the State Obligation Under the Article 11 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: the Outstanding Problems

Summary. European standards for the freedom of peaceful assembly guaranteed by the Art. 11 of the ECHR specifically in terms of negative and positive obligations of the State are covered in the article. Also, the case law of administrative courts regarding cases on restricting the right to peaceful assembly is analyzed.

Key words: freedom of peaceful assembly, interference into the right, positive obligations, European Court of Human Rights, European standards.

**ЧИ МОЖЛИВА
УНІВЕРСАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА
ЯК СПІЛЬНА КОНЦЕПТУАЛЬНА ОСНОВА
ТЕОРІЙ НАЦІОНАЛЬНОГО
І МІЖНАРОДНОГО ПРАВА?
(ЗАПРОШЕННЯ ДО ДИСКУСІЇ)**

П. РАБІНОВИЧ
*доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України
(Львівський національний університет
імені Івана Франка)*



Як відомо, в усіх наших юридичних навчальних закладах традиційно вивчається, так чи інакше, загальна теорія права (конкретні назви цього навчального предмета і в Україні, і в Росії, та й деяких інших країнах є різними: «теорія держави і права», «теорія права та держави», «загальна теорія права», «загально-теоретична юриспруденція» тощо).

Такими ж традиційними є й навчальні курси з міжнародного права (і публічного, і приватного) чи з його теорії.

При цьому викладанню зазначених дисциплін притаманні такі прикметні особливості: «чисті» теоретики зазвичай майже оминають мовчанням існування права міжнародного (внаслідок чого адекватною назвою навчального предмета, який ними викладається, мала би бути «загальна теорія *національного* (внутрішньодержавного) права»); а «міжнародники», зі свого боку, явно недостатньо враховують у своїх курсах положення загальної теорії права. (Хоча деякі з них спеціально наголошували на тому, що міжнародне право є «частиною права взагалі».)¹

Навіть у тих, можна сказати, поодиноких підручниках із загальної теорії права (чи загальної теорії права і держави або держави і права), де — як виня-

¹ Черниченко С. В. Международное право: современные теоретические проблемы. — М., 1993. — С. 11.

ток — в окремому розділі викладаються певні положення щодо міжнародного права, останні «не вписуються» в авторську загальну концепцію права¹.

Усунути цей недолік є можливим, як видається, у такий спосіб: розробити настільки загальну (універсальну, всезагальну) теорію права, що її основні положення були б однаковою мірою застосовними як у загальній теорії національного права, так й у загальній теорії міжнародного права (і публічного, і приватного). Ця ідея вже висловлювалась мною десять років тому². Тоді принаймні йшлося про те, що слід чітко розрізняти: 1) загальну теорію права певної держави; 2) загальну теорію національного права будь-якої держави; 3) загальну теорію міжнародного права і, нарешті, 4) всезагальну теорію права, положення якої поширювалися б як на будь-яке національне (внутрішньодержавне) право, так і на право міжнародне.

Останнім же часом на необхідність формування такої всезагальної теорії звертали увагу й відомі юристи-міжнародники — професор В. Буткевич та професор У. Батлер (США).

Отож погоджуючись з такою потребою, я дозволив собі сформулювати — задля подальшого дискутування — декілька тез, обговорення яких, імовірно, стимулюватиме розроблення справді всезагальної теорії права.

Та перш ніж їх викласти, зауважу, що розбудова означеної теорії видається можливою, якщо її предметом обрати, власне, *гранично загальні закономірності державного та міжнародного регулювання* діяльності (поведінки) будь-яких суб'єктів. Гадаю, що такі об'єктивні закономірності справді існують. Саме такий — гранично високий рівень їх загальності й обумовлює всезагальний характер тієї теорії (науки), предметом якої вони є.

Сутність феномену права (як би її не інтерпретувати) не існує реально поза його формою (і внутрішньою, і зовнішньою). З огляду на це принагідно згадаємо тут одне із відомих положень діалектики: *сутність завжди є сформованою* (якщо мати на увазі не її інтелектуальну абстракцію, а її реальне існування як суттєвої властивості явищ певного роду, певного класу); а *форма завжди є суттєвою* (тобто вона є формою саме сутності явища та його змісту).

Отже, у реальності сутність права неминуче сполучається, «сплавляється» з тими чи іншими його *особливими* (видовими) властивостями, закріпленими його формою.

Такими первинними різновидами існування сутності права якраз і є а) право національне та б) право міжнародне. При цьому йдеться не про «роздвоєння» чи-то подвоєння сутності права, а про втілення її (єдиної!) у двох однородових, але різновидових соціальних явищах.

Оскільки означені різновиди права не існують, не функціонують цілком ізолювано, автономно один від другого (навіпаки: вони — особливо за умов глоба-

¹ *Проблеми* теории государства и права : учеб. / под. ред. М. Н. Марченко. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2011. — Гл. XVII; *Теория* государства и права : учеб. для ВУЗов / под. ред. В. Д. Перевалова. — 3-е изд., перераб. и доп. — М., 2007. — Гл. 28; *Абдуллаев М. И., Комаров С. А.* Проблемы теории государства и права : учеб. — СПб., 2003. — Гл. 24.

² Див.: *Вісник Академії правових наук України*. — 2002. — № 4. — С. 8; *Юридична Україна*. — 2003. — № 1. — С. 24.

лізації — взаємодіють, взаємовпливають), оскільки це спричиняє певні трансформації, розвиток і самої сутності права в цілому (а висловлюючись точніше, — сутності того явища, яке відображається терміно-поняттям «право»).

Сказане можна відобразити схематично у такий спосіб:

<i>Предмет дослідження</i>	<i>Галузь науки</i>
Сутність і загальні закономірності явища, яке відображається терміно-поняттям «право»	Універсальна теорія права
Специфіка будь-якого національного права, особливості вияву й реалізації у ньому загальної сутності права	Загальна теорія національного права
Особливості права міжнародного, специфіка вияву й реалізації у ньому загальної сутності права	Загальна теорія міжнародного права
Закономірності взаємовпливів національного і міжнародного права як чинник розвитку єдиної сутності права	Універсальна теорія права

З огляду на викладене, можна (з певною умовністю) стверджувати, що цілкомита наука теорії права складається з двох основних підрозділів: її загальна частина (універсальна теорія) та її спеціальна частина (теорії права а) національного і б) міжнародного).

Що ж стосується навчальних курсів із вивчення цієї науки, то вони, звісно, можуть конструюватись за різноманітними критеріями. Але якщо вчити студентів саме *праву взагалі*, то зігнорувати схарактеризовані у цих нотатках його структурно-функціональні зв'язки й залежності навряд чи буде виправданим.

Запропоновано, до речі, й той дослідницький підхід, який видається адекватним цій науці, — так званий потребовий підхід. Саме його покладено в основу обґрунтованої мною інтерпретації «загальносоціального» (соціально-природного) права. Відповідно до останньої таким правом можна вважати певні можливості людей чи будь-яких їхніх груп, необхідні для задоволення біологічних та соціальних потреб їх існування, які (можливості) об'єктивно зумовлені реальним рівнем розвитку відповідного суспільства і забезпечені обов'язками інших суб'єктів¹.

Отже, для обговорення названої проблеми висувуються такі всезагальнотеоретичні й наукознавчі правові сюжети (тези):

1. Універсальна теорія права як концептуально-методологічний фундамент теорії національного й теорії наднаціонального (міжнародного, міждержавного) права. Її стан, проблеми формування та розвитку.

2. Праворозуміння — загальнометодологічна основа універсальної теорії права. Роль і діалектика позитивістських (легістських, соціологічних, психоло-

¹ Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. — 10-те вид., допов. — Л., 2008. — С. 17.

гічних та ін.) і непозитивістських (позапозитивістських) різновидів праворозуміння у метатеорії в універсальній теорії права.

3. Предмет універсальної теорії права — всезагальні соціальні об'єктивні закономірності національно-державного і міжнародно-державного регулювання (загального та індивідуального) суспільних відносин, розглядуваного крізь призму того чи іншого праворозуміння. Діалектика соціумоцентристської та людиноцентристської парадигм у дослідженні й інтерпретації тих феноменів, котрі відображаються терміно-поняттям «право».

4. Однакові властивості, спільні ознаки національних і міжнародних правових систем (інтерпретованих із позицій кожного з основних — «класичних» — типів праворозуміння).

5. Відмінні властивості національних і міжнародних правових систем.

6. Типологія національних і міжнародних правових систем: спільне й особливе у ній.

7. Дослідження взаємовпливів міжнародних і національних правових систем в умовах глобалізації та їх міжкультурного діалогу як чинник розвитку універсальної теорії права.

Від редакції. У концепції нашого журналу проголошувалось, що його редакційна рада і редакційна колегія підтримуватимуть проведення творчих дискусій з фундаментальних проблем правознавства («Філософія права і загальна теорія права». — 2012. — № 1. — С. 7). Отож запрошуємо фахівців із загальної теорії права, міжнародного права й філософії права, а також усіх охочих взяти участь в обговоренні наукової проблеми, поставленої у викладених вище міркуваннях професора П. Рабіновича.

ПРАВО Й ЕКОНОМІКА: ВЗАЄМОВПЛИВ І ПАРИТЕТНІ НАЧАЛА РОЗВИТКУ

Н. ОНІЩЕНКО
*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*



Тема співвідношення права та економіки, пріоритет однієї із складових, розгляд умов їх гармонійного існування та вдосконалення не є новою ні для вітчизняного, ні для зарубіжного наукового доробку. Втім, слід констатувати, що наукові розробки в цій площині були набагато жвавішими 10–15 років тому.

У сучасному правовому полі України серед виважених, ефективних і дієвих публікацій, присвячених цій проблематиці, можна назвати здебільшого публікації Інституту економіко-правових досліджень НАН України на чолі з академіком В. Мамотовим. Хоча, на наше глибоке переконання, у дослідженнях, широких наукових обговореннях, толерантних дискусіях на сьогодні як ніколи є потреба. Наприклад, на нещодавньому засіданні Відділення теорії та історії держави і права НАПрН України саме про це йшлося (академік О. Скакун).

Що ж у тандемі «економіка — право» є недосконалим, «невідповідним», таким, що гальмує суспільні відносини? Спробуємо окреслити деякі відповіді на ці питання, підходи до аналізу цих явищ, що дозволять із площини теоретичної, доктринальної перейти у площину практичну, конче необхідну на сьогодні, доцільну для розвитку нашої держави.

Співвідношення «юридичного» і «економічного» має багатовікову історію, функціонування економічного механізму передбачає врахування суб'єктами економіки вимог права. Масове нехтування правовими нормами, прогалини в законодавстві, відсутність налагодженої судової системи призводять до руйнування економічних зв'язків. Особливо гостро наша країна відчуває це зараз, під час реформування економічних засад. Про це свідчить навіть побіжний аналіз друкованих публіцистичних видань України, що присвячують увагу цій гострій темі [3, с. 4; 17, с. 9; 18, с. 8; 5, с. 2].

Право як різновид соціального нормативного регулятора фактично впливає на різні сфери життєдіяльності суспільства, держави і людини. Особливе місце при цьому належить економіці, господарським зв'язкам, які являють собою

певні матеріальні основи виробництва, відтворення духовних, моральних, політичних та інших цінностей суспільного життя.

Право, як багатоаспектна і різноманітна сфера буття людини, виникло, розвивається і функціонує в результаті комплексу факторів, і економіка — найважливіший серед них.

Термін «економіка» походить від грецького *oikonomike*, що означає мистецтво ведення домашнього господарства. У сучасній мові під цим терміном слід розуміти сукупність суспільно-виробничих відносин, господарче життя, стан господарства [4, с. 339].

Економічне життя виникло у віддалену епоху первісного суспільства, однак точки зору щодо цього питання є досить різні. Одні автори вважають, що економіка з'являється там і тоді, коли виробництво матеріальних благ базується на свободі господарюючих суб'єктів, коли воно (виробництво) «керується» такими «механізмами», які засновані на атрибутах ринкового господарства: коливаннях ринкових цін, динаміці прибутків і збитків тощо. Іншими словами, не може бути економіки, заснованої на позаекономічних стимулах рабовласницького, феодалного і ранньокapіталістичного суспільства [20, с. 67–77]. Інші вважають, що виведення за межі економіки всіх неринкових відносин украй суперечливе, оскільки це не відповідає фактам економічного розвитку форми суспільства [16, с. 112].

Наукові суперечки економістів про зміст поняття «економіка» сприяють більш детальному вивченню цього складного суспільного явища, визначення взаємозв'язку між економічною та іншими сферами (особливо правовою) суспільного буття [11, с. 482–486]. У контексті нашого дослідження важливим є загальне уявлення про економіку як таку сферу постійної діяльності людей, в якій створюються засоби для задоволення різноманітних потреб. При цьому під засобами розуміють сукупність матеріальних і культурних благ, якими володіють індивіди.

З одного боку, основоположники марксизму абсолютизували залежність права від економіки, від пануючих у суспільстві виробничих відносин, що призвело до збідніння, в певному сенсі, розуміння і значення права в житті суспільства. З другого боку, з точки зору історичної дійсності важко заперечувати важливість економічного фактора у виникненні права. Історія права дає чимало підтверджень цьому.

Наприклад, відомий поділ історії людства на два способи його існування і відтворення — «присвоєння» і «виробництво». На думку А. Венгерова, цей факт «є також і методологічним ключем до вивчення походження права» [14, с. 155]. Науковець зазначає: «У виробничому господарстві ускладнюється організація виробництва... Виникає необхідність регламентувати сільськогосподарське виробництво, зберігання, розподіл і обмін додаткового продукту і виникаючих на цій основі відносин власності» [14, с. 157]. У самому процесі виникнення особливостей та властивостей права відчувається «дихання» економічних відносин [1, с. 260–279].

Таким чином, розвиток виробництва, суспільний розподіл праці та його вдосконалення, виникнення відносин власності та обмін виробленими продуктами стимулюють потребу і необхідність у формуванні таких соціальних норм, які

крім заборон і обов'язків надавали й забезпечували можливість вибору рішень і дій індивідів.

Під впливом саме соціально-економічних умов відбувається розширення суспільства. Люди знаходяться в нерівних умовах розподілу суспільного продукту, перестають відчувати справедливість існуючого порядку, частішають порушення звичаїв, що закріплюють такий порядок.

З'являються перші джерела писаного права. Їх мета — по-перше, уніфікація правового регулювання в межах певної держави, по-друге, оголошення загальнообов'язковими тільки ті звичаї, які відповідають потребам зміненого суспільного розвитку, і, по-третє, попередження про те, що (сучасна юридична мова) «незнання закону від відповідальності не звільняє».

Разом із тим є перебільшенням пов'язувати появу права з ринком, що вимагає свободи і рівності приватних власників — суб'єктів обміну [19, с. 87]. Не можна погодитися і з тією думкою, що право народжується виключно у відносинах приватної власності.

Ідеї соціально-економічної рівності та справедливості, що знайшли відображення в офіційних правових джерелах старовини, базуються на принципі еквівалентності, який виник при «обмінних» відносинах.

Вступаючи у відносини обміну, люди розглядали продукти своєї діяльності та послуги як рівноцінні, при цьому формувалися уявлення про еквівалентність і стандарти того, що можна вважати еквівалентом [21, с. 550–560].

Поняття еквівалентності у різних народів і на різних етапах розвитку було неоднаковим. У цьому сенсі найдавнішим звичаєм, що одержує значення правового, був принцип таліону: рівне за рівне — око за око, зуб за зуб [7, с. 33–43].

Виникнення і зростання середньовічних міст сприяли, з одного боку, руйнуванню феодального натурального господарства, а з другого — появі міського та торговельного права.

Результатом боротьби середньовічних міст стає повне звільнення від феодальної залежності й створення системи міського самоврядування — осередків, наділених правом видавати правові приписи, що регулюють міське життя.

Створення єдиного економічного простору перетворюється на політичне завдання, що стоїть перед державною владою роздроблених феодальних держав.

У країнах Західної Європи з'являються перші кодифікації феодального права, наприклад: Великі кутюми Нормандії і Кутюми Бовезі у Франції (XIII ст.); німецькі кодифікації — Саксонське зерцало і Швабське зерцало (XIII ст.) та ін. Це були збірники місцевих звичаїв, що їх тлумачили та сприяли однаково їх застосуванню. На Русі один із перших взірців кодифікації був Судебник 1497 р.

Незважаючи на велику кодифікаційну роботу, феодальне право не могло задовольнити розвиток економічних відносин. Римське право, що виникло в умовах розвинутого товарного виробництва, панування приватної власності та високої юридичної культури, було своєрідною «знахідкою» для розвитку дрібнотоварного виробництва. Разом з тим дуалізм звичаєвого і римського права відкривав необмежені можливості для судового та адміністративного свавілля [2, с. 140–150].

Рецепція римського права в континентальній Європі, становлення права справедливості в Англії було викликано до життя, на нашу думку, завдяки появі

ранньокапіталістичних відносин [6, с. 22–50], які потребують не тільки правового регулювання, а й нового ідеологічного обґрунтування.

Загальновідомо, що панівною ідеологією періоду становлення і розквіту феодалних відносин у Західній Європі було християнське вчення, яке у своїй основі було «вороже» до багатства, одержання прибутку, а найголовніше — відкидало самостійність життєдіяльності людини, підкреслюючи її залежність від провидіння Божого. Часто релігійні догми перепліталися з нормативно-правовими настановами у світському праві, а в канонічному — повністю виходили з основ християнського вчення.

Ідеологічне обґрунтування економічних відносин зростає в епоху Реформації. Безумовно, капіталізм як господарська система не був продуктом Реформації, але «реформаторська» віра більше, ніж інші, сприяла розвитку «капіталістичного духу». Державно-господарську політику в ті часи ще не можна було вважати досить раціональною. Першою системою державної господарської політики, яку можна назвати раціональною, стає меркантилізм. Меркантилізм був необхідною реакцією на становлення ринку, формування прошарку купців, розкладу феодалізму. Меркантилізм стає першою державною політикою, спрямованою на захист інтересів буржуазії, що зароджується [21, с. 551].

Природне право, яке з'явилося ще в античності, розглядалося як самостійне джерело права, засноване на одвічно встановленому законом порядку і на вимозі справедливості. Основою ж раціоналістичного природного права стає людський розум. Відомий російський теоретик права Г. Шершеневич писав: «Протест проти історичних забобонів був піднятий в ім'я розуму, що не погоджується з тим, що є, а диктує те, що повинно бути. Право має бути перетворено на засадах розуму» [23, с. 92].

Стимулюючи в людині віру в себе, природно-правове розуміння права надавало впевненості та сміливості.

Значно пізніше теоретик права і визнаний лідер школи «природного права» в Росії П. Новгородцев писав, що наміри людини щодо свободи, рівності, справедливості, любові є вічною моральною аксіомою і не потребують емпіричного обґрунтування, не залежать від «різних історичних та соціологічних посилянь» [13, с. 6].

Серед багатьох ідей природно-правового вчення заслуговують найбільшої уваги принцип невід'ємності прав і свобод людини і принцип рівності людей. Важливість затвердження цих принципів у правовій свідомості капіталістичного суспільства безперечна: по-перше, це було ефективним засобом в ідеологічній боротьбі з абсолютизмом, а, по-друге, руйнувало недоторканність системи феодалних привілеїв. Відновлення соціальної та економічної справедливості втілювалося в гаслі «Свобода, рівність, братерство» епохи буржуазних революцій.

Розуміння свободи виходило не тільки з особистої свободи індивіда, а й насамперед з права власності, яке вимагало правового закріплення та охорони. У Декларації прав людини і громадянина Великої французької революції 1789 р. стверджується природне право людини на власність; право власності розглядається в якості недоторканного і священного. Ідея рівності, крім рівності всіх перед законом, передбачала рівність можливостей і рівність стартових позицій [12, с. 334]. Заклик до братерства мав глибоке економічне коріння. Економічна діяльність капіталістичного суспільства не могла обмежуватися

тільки рамками окремої держави, і тому вимагала докорінних політико-правових змін на всіх територіях, де мала свій економічний інтерес буржуазія. «Право тільки одне — людське» [23, с. 93].

Таким чином, пошук соціальної справедливості у створених капіталістичних відносинах на противагу вимерлим феодальним стимулює необхідність правового закріплення основних елементів нової економічної системи, таких як економічна свобода, недоторканність власності та рівність господарюючих суб'єктів. А для підкріплення вічності й непорушності цих правових настанов найбільше були відповідними ідеї природно-правового вчення.

Історично саме в епоху становлення капіталістичних відносин оформилися основні національні правові системи, і право, як основний елемент правових систем, перетворилося на атрибут суспільного життя, який розвивається і вдосконалюється: в законодавстві, юридичній техніці, правозастосуванні, ефективності регулювання суспільних відносин тощо.

У свою чергу, економічна діяльність набула рис ринкової, іншими словами, саморегульованої, такої, що має здатність до саморозвитку у сфері суспільного буття, так само, як і право, і стала відносно самостійною.

Із зазначеного контексту випливає, що право й економіка не просто співвідносяться, а взаємодіють, взаємно впливають одне на одного. До певної міри (і ми це спробували показати вище) право є продовженням економіки. У свою чергу, і економіка може існувати і розвиватися тією чи іншою мірою як регульована і спрямована за допомогою державно-правових настанов система.

Характер і форми взаємодії права та економіки можуть і реально обумовлюються різними факторами, і про це знову ж таки свідчить історичний аналіз.

Ми вважаємо, що при дослідженні проблем співвідношення права й економіки в різних соціальних системах доцільним є шлях їх класифікації та дослідження залежно від розвитку або відсутності структур ринкової економіки [10, с. 20–27, 372–385].

Адміністративно-командна система породжує уявлення щодо співвідношення права й економіки: право є концентроване вираження політики, політика — концентроване вираження економіки.

Соціальні системи зі змішаною економікою набули поширення всередині ХХ ст. Вони відображають реальні зрушення в соціально-економічному житті й пов'язані насамперед із посиленням ролі держави в економіці. На сьогодні, мабуть, у жодній країні немає економіки в класичному ринковому варіанті або повної відсутності ринкових відносин. За роки існування капіталізму і соціалізму, ринкової економіки та адміністративно-командної системи відбулося виокремлення найбільш функціональних і життєво необхідних елементів перелічених соціально-економічних систем, що виявилось також можливим у тих чи тих варіаціях у межах однієї системи.

Основною рисою соціальних систем зі змішаною економікою є розподіл більшої частини ресурсів за допомогою торгових угод (тобто в ринкових відносинах), але при істотній ролі державних органів влади та управління, які:

- визначають правову основу володіння власністю і функціонування ринків, регулюють економічну поведінку, встановлюючи детальні правила діяльності підприємств;

- «купають і виробляють» суспільні блага, такі як наука, освіта, парки, дороги тощо;
- здійснюють соціальне забезпечення громадян;
- фінансують себе за допомогою податків і позик, впливаючи таким чином на ціни, відсоткові ставки і виробництво;
- здійснюють контроль за податками та державними витратами, реалізують компетенцію контролю за кількістю грошей в економіці й тим самим вносять корективи в коливання економічного циклу.

При цьому співвідношення права й економіки можна визначити так: право, враховуючи об'єктивні закони економіки, «прагне» за допомогою нормативних настанов відновити соціальну та економічну справедливість у суспільстві. Метою правового регулювання є гідне існування всіх членів суспільства. Право – це засіб досягнення соціального компромісу. Динамічний розвиток економічних відносин впливає на зміни правової бази.

«У різних країнах і регіонах формуються “особисті моделі” змішаної економіки. Вони відрізняються одна від одної своїми “національними вимірами” ринку і державного регулювання капіталу, соціальних складових, економічної та постеконічної сторін... Більше того, змішана економіка, як правило, є “структура з домінантою”, де домінувати може та чи та сторона з перелічених вище. Отже, можна стверджувати, що західні моделі змішаної економіки – це багато в чому моделі “змішаного капіталізму”. Щодо китайської моделі може бути використана формула змішаної економіки соціалістичного типу» [21, с. 558–559]. «Головне для змішаної економіки полягає в тому, щоб можливості виробництва та розвитку були у кожного елемента її структури, і щоб кожен з них мав реальну дієвість в економічній системі» [8, с. 26].

Отже, слід визнати, що форми і характер впливу права на економіку можуть бути позитивними і негативними; право може стимулювати, підтримувати ефективний економічний розвиток, але може і гальмувати його аж до руйнування. Досліджувані нами соціальні системи показують, що не можна раз і назавжди обрати одну модель взаємодії права та економіки, незважаючи при цьому на мінливі внутрішні та зовнішні фактори суспільного розвитку.

Особливістю всіх економічних реформ у нашій країні, а також сучасного періоду, є те, що для неї завжди була характерна сильна влада держави в економіці: держава завжди була найбільшим власником засобів виробництва і невиробничих фондів, найбільшим інвестором капіталу у виробничу сферу. Патерналізм в економіці був дуже сильним, а в масовій свідомості людей переважали уявлення про зрівняльний розподіл власності, що утврдить соціальну справедливість, це зумовило створення надцентралізованої системи управління господарством у радянський період розвитку нашої держави, і це багато в чому визначає специфіку сучасного моменту для української економіки.

Використання у правових дослідженнях матеріалів економічної науки дає змогу різнобічно, адекватно реаліям, оцінювати загальносвітові тенденції регулювання економіки і завдяки цьому виробляти виважені, об'єктивні, а не кон'юнктурні рекомендації як щодо загальної стратегічної концепції гармонізації правової системи в Україні, так і щодо вирішення конкретних проблем правового регулювання господарської діяльності.

Реформування економіки неможливе без підготовки та прийняття відповідних законодавчих актів. Саме вони регулюють господарські відносини, активізуючи водночас економічні дослідження, безпосередньо пов'язані із законотворчістю. Тому розширюється коло правових проблем, що є цікавими для економістів. Відбувається процес, який можна назвати юридизацією економічних досліджень [9, с. 76]. Отже, відбувається загальний процес юридизації економіки. А це потребує, з одного боку, посилення юридичної підготовки економістів, з другого — орієнтації юридичної освіти на економіку. Безумовно, зростає попит на економіко-правові дослідження, проте виважених серйозних доктринальних праць останнього часу, присвячених взаємовпливу права та економіки в найширшому сенсі та змісті, на жаль, не багато.

Наукові розробки покликані відображати складні, іноді суперечливі, зі своїми позитивними і негативними рисами, процеси суспільно-економічного розвитку. Особливо актуальними є дослідження на стику різних наук, зокрема економічної та юридичної, що інтенсифікувало б перехід до ринкових відносин, сприяло б реалізації програмного конституційного положення щодо забезпечення гідного рівня життя відповідно до справедливого економічного, соціального та правового порядку.

Втім, слід сказати, що не перший рік вчені наголошують на необхідності такого наукового спрямування, як «юреекономіка», під яким слід розуміти науковий напрям, який вивчає, з одного боку, економічне забезпечення правового регулювання господарської діяльності, а з другого — правове забезпечення економіки [9, с. 76].

Є беззаперечним той факт, що без детального аналізу взаємозв'язку правових та економічних явищ не можна пояснити появу стійких тенденцій, криміналізації економіки. У цьому значенні слід виокремити більш негативні серед них:

1) суттєві прогалини і неузгодженості податкового законодавства України, наявність яких призводить до ухилення від сплати податків;

2) відсутність реального і надійного механізму захисту іноземних інвестицій; популяризації в рамках діючого права потенційних можливостей українських виробників [24, с. 22–24];

3) недосконалість системи реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності (навіть із запровадженням «Єдиного вікна»), що створює умови для існування фіктивних підприємств та несплати податків;

4) наявність великої кількості обмежень щодо здійснення підприємницької діяльності, а відтак зростання фактів корупції й хабарництва з боку посадових осіб органів державної влади;

5) діяльність підприємств-монополістів, що створює штучні перешкоди розвитку малого та середнього бізнесу [17, с. 9].

У зазначеному контексті не можна не констатувати, що прогалини, суперечності, колізії чинного законодавства призводять до появи такого відомого явища, як тіньова економіка, яким сьогодні нікого не здивуєш.

Цей термін є досить відомим і поширеним ще зі стародавніх часів [22, с. 115]. Не менш поширеними на сьогодні є явища «тіньового законодавства», «тіньової норми» та законотворчості, що їх віддзеркалює, хоча ці явища замовчуються сучасною наукою і не обговорюються на практиці. Йдеться про те, що певна

група представників «великого бізнесу» замовляють той чи той законопроект, який часто-густо обслуговує потреби певної соціальної групи.

У процесі лобювання він представляється вищому представницькому органу України, внаслідок чого реально може з'явитися і з'являється «неконструктивна» правова норма, яка не потрібна пересічним громадянам країни, суспільству в цілому, оскільки нормативно-правовий акт обслуговує приватні корпоративні інтереси.

Крім того, слід розуміти, що такий нормативно-правовий акт є нерідко підставою для внесення змін і доповнень у цілу низку інших нормативних актів, а звідси — відсутність конструктивного регулювання багатьох назрілих проблем, або, ще гірше, прогалини в регулюванні тих відносин, які цього потребують. Є загальновідомим, що певні групи олігархів, використовуючи «особливості приватизації», що відбулася в країні, створили умови для безперешкодного свого збагачення. З цією метою вони одержали можливість справляти серйозний вплив не тільки на законотворчі й нормотворчі процеси, а й, що особливо важливо, на формування кадрової політики держави [15, с. 102–103].

Одним із суттєвих моментів удосконалення взаєморозвитку права та економіки в сучасних умовах є, беззаперечно, посилення уваги до питання соціально-політичної та юридичної відповідальності бізнесу [18, с. 8].

Слід зазначити, що на сьогодні кожна політична сила, особливо під час виборчої кампанії, висвітлює «нові» економічні завдання, пропонує «нову економіку», «новий економічний прорив». Втім, слід визнати, що будь-який магістральний напрям економіки пов'язаний із гармонійним, відповідним суспільним відносинам, правовим розвитком.

Необхідно наголосити, що суспільні відносини, які базуються на нормах права, є найбільш адекватною формою економічних відносин. Останні можуть нормально функціонувати тільки і виключно у правовій формі. Всі інші форми — «директивно-державна», «наказова» — не є оптимальними. Вони спотворюють чи просто нівелюють ринкові начала. Таким чином, право — це природна форма економічних відносин [11, с. 484]. Отже, право — це іманентна, субстанціональна частина економіки і складова гармонійного розвитку економічних відносин.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Алексеев С. С.* Линия права. — М., 2006. — 461 с.
2. *Бостан Л. М.* Історія держави і права зарубіжних країн: навч. посіб. / Л. М. Бостан, С. К. Бостан. — К., 2004. — 672 с.
3. *Быстрицкий Е. К.* О чем свидетельствует стратегия, утвержденная Президентом // Зеркало недели. — 2012. — № 12 (60). — 30 мар.
4. *Великий* тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і доповн.) / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. — К.; Ірпінь, 2005. — 1728 с.
5. *Головатый И.* Николай Азаров: «За два года правительству удалось создать запас прочности экономики, позволяющей минимизировать влияние негативных мировых тенденций» // Факты. — 2012. — 11 авг.
6. *Иноземцев В. Л.* Исторические формы товарного хозяйства как этапы прогресса экономической общественной формации // Вестник Московского ун-та. — 1997. — Серия 6. Экономика. — № 2. — С. 22–50.

7. *История государства и права зарубежных стран* : учеб. / А. В. Вениосов и др. ; под ред. А. В. Вениосова. — Минск, 2011. — 554 с.
8. *Кульков В. М. Смешанная экономика (теоретико-методологические аспекты)* // Вестник Московского ун-та. — № 5. — Серия 6. Экономика.
9. *Мамутов В. К. Экономика и право* : сб. науч. тр. — К., 2003. — 544 с.
10. *Марченко В. Н. Проблемы общей теории государства и права* : учеб. : в 2 т. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2007. — Т. 2 : Право. — 656 с.
11. *Мелехин А. В. Теория государства и права* : учеб. — М., 2007. — 640 с.
12. *Новгородцев П. И. Кризис современного правосознания*. — М., 1909. — 407 с.
13. *Новгородцев П. И. О задачах современной философии права*. — СПб., 1902. — 8 с.
14. *Общая теория права* : курс лекций / под ред. В. К. Бабаева. — Н. Новгород, 1993. — 693 с.
15. *Онищенко Н. М. Правовий конструктив: теорія і практика* // Держава і право у світлі сучасної юридичної думки : зб. наук. праць на пошану академіка Юрія Сергійовича Шемшученка. До 75-річчя від дня народження. — К., 2012. — С. 100–105.
16. *Постэкономическая общественная формация: объективная тенденция и теоретическая гипотеза?* // Вестник Московского университета. — 1997. — Серия 6. Экономика. — № 1.
17. *Продан О. Без успешного малого и среднего бизнеса не может быть успешной экономики* // Зеркало недели. — 2012. — № 21 (69). — 9 июня.
18. *Савченко А. Социальная ответственность корпораций* // Зеркало недели. — 2012. — № 15 (63). — 21 апр.
19. *Спиридонов Л. И. Теория государства и права* : учеб. — М., 1995.
20. *Старков О. В. Теория государства и права* : учеб. / О. В. Старков, И. В. Упоров ; под общ. ред. О. В. Старкова. — 3-е изд., перераб. и доп. — М., 2012. — 372 с.
21. *Теория государства и права* / под ред. В. П. Малахова, В. М. Казакова. — М. ; Екатеринбург, 2002. — 576 с.
22. *Гебель П., Арншпергер И., Барт Б. Л. Удивительные истории из глубины времен* / пер. с нем. — 2006. — 448 с.
23. *Шершеневич Г. Ф. Общая теория права* : учеб. пособие : в 2 т. — М., 1995. — Т. 2. — 362 с.
24. *Шеяков В. Розвиток державно-приватного партнерства як необхідна складова проведення успішної модернізації країни* // Віче. — 2012. — № 12 (321). — С. 22–24.

Онищенко Н. М. Право й економіка: взаємовплив і паритетні начала розвитку

Анотація. У статті в історичній ретроспективі розглядаються фактори та умови впливу економіки на генезис права; взаємозв'язок економічних та правових систем у різних координатах часу та простору. Окремим вектором виступає аналіз взаємодії права та економіки в сучасних умовах.

Ключові слова: право, економіка, взаємовплив права та економіки, сучасні умови та фактори впливу права на економічний розвиток, юридизація економіки.

Онищенко Н. Н. Право и экономика: взаимовлияние и паритетные начала развития

Аннотация. В статье в исторической ретроспективе рассматриваются факторы и условия влияния экономики на генезис права; взаимосвязь экономических и правовых систем в разных координатах времени и пространства. Отдельным вектором выступает анализ взаимодействия права и экономики в современных условиях.

Ключевые слова: право, экономика, взаимовлияние права и экономики, современные условия и факторы влияния права на экономическое развитие, юридизация экономики.

Onishchenko N. Law and Economics: Interaction and Parity Origins of Development

Summary. The article is about the factors and conditions of economics influence to the genesis of law in historical retrospective. The interaction of economical and legal systems is considered in various coordinates of time and space. The special trend of research is the analysis of mutual relationships between law and economics in the modern world.

Key words: law, economics, interaction of law and economics, current conditions and factors of the influence of law to economic development, juridization of the economics.

АНАЛІЗ АКТУАЛЬНИХ ТЕМ У СУЧАСНІЙ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ КИТАЮ¹

Ї. ЛЮ
*доктор права, професор школи
державного управління і права,
директор науково-дослідного
центру проблем права
(Далянський політехнічний університет, Китай)*



РОЗВИТОК СУЧАСНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ У КИТАЇ

У стародавньому Китаї існувало безліч правових теорій, однак без чіткого розуміння юриспруденції. Лише на початку ХХ ст. вона виникла як дисципліна. Розвиток юриспруденції у Китаї, починаючи з ХХ ст., пройшов кілька етапів.

Період становлення (кінець ХІХ ст. — 1949 р.)

Цей етап охоплює період від реформи права з останніх років існування династії Цін наприкінці ХІХ ст. до народження Китайської Народної Республіки у 1949 р. Після поразки, якої Китай зазнав від Великої Британії в Опіумній війні у 1840 р., почалася модернізація системи права. З появою західної школи правової думки до Китаю з Японії прийшла концепція «юриспруденції», яку, як академічну дисципліну, почали викладати у китайських університетах [1]. Першим із науковців, який почав використовувати у своїх працях термін «юриспруденція», став Лян Цичао. У книзі «Історія китайської юриспруденції» він використав історичні та компаративні методи для аналізу академічних шкіл правової думки в історії Китаю і порівняв традиційну китайську правову думку з буржуазною західною. Він стверджував, що Китай має перейняти західну політичну і правову систему, щоб стати багатою країною з могутньою армією і верховенством права [2].

Синьхайська революція, яка відбулася у 1911 р., поклала край понад двотисячолітній феодальній монархії, створивши Республіку Китай. У період з 1910 р. до 1940 р. на кількох факультетах університетів Китаю почали викладати курси, що стосувались як юриспруденції загалом, наприклад, «Загальна теорія права», «Вступ до права» тощо, так і зачіпали основи конституційного, кримінального, цивільного, процесуального права тощо [3, с. 64].

¹ Переклад з англійської мови. Наукове редагування перекладу С. Максимова.

Період, позначений впливом з боку Радянського Союзу (1949–1978 рр.)

Після створення Китайської Народної Республіки у 1949 р. правові кодекси¹ Китаю були швидко відкинуті, натомість були здійснені спроби створити систему соціалістичного права як копію системи Радянського Союзу. З початку 50-х років ХХ ст. китайською мовою було перекладено багато підручників із радянського права, а викладати у китайських університетах стали запрошені з СРСР професори права. У той період курс теорії права називався «Теорія держави і права». Після виникнення конфлікту між Китаєм і СРСР та початку культурної революції до усієї діяльності у правовій сфері ставилися з підозрою як до контрреволюційної, внаслідок чого правова система була зруйнована.

Період реформ і відкритості суспільства (1978–2011 рр.)

У 1978 р. відбувся третій пленум ХХІ з'їзду Центрального Комітету Комуністичної партії Китаю, який проголосив провідний принцип «свободи думки і пошуку істини», яким і розпочався процес реформування і відкритості Китаю. На початку 1980-х років посилення верховенства права і його процвітання стали двома провідними темами у сфері теорії права. У кінці 1980-х років дослідження науковців були спрямовані на реформування права і політичну реформу, а також модернізацію правової системи. Протягом вказаного періоду у Китаї було надруковано багато праць теоретиків західної юриспруденції. Починаючи з 90-х років дослідження науковців були присвячені правам людей, праву і ринковій економіці, верховенству права, постмодерністській юриспруденції, праву і глобалізації, праву і гармонійному суспільству [4].

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ КИТАЮ

Верховенство права (rule of law) і верховенство людини (rule of man)

В історичному плані верховенство людини відігравало провідну роль у традиційному китайському суспільстві. На початку 50-х років відбулася жвава дискусія щодо «верховенства права і верховенства людини». Однак на той час, через вплив ідеології «лівих», більшість людей були згодні з тим, що верховенство людини краще за верховенство права. Протягом періоду «культурної революції» система права зазнала повного краху [5].

У 1978 р. уряд Китаю розпочав реалізацію стратегії реформ і відкритого суспільства. Верховенство людини і верховенство права стали новою темою для правової спільноти Китаю у 1979 р. Професор Лі Буюнь та інші вчені 2 грудня 1979 р. опублікували статтю «Нам треба практикувати верховенство соціалістичного права» у газеті «Гуанмін Дейлі», яка викликала палку дискусію щодо верховенства людини і верховенства права. Завдяки цій дискусії юридична спільнота поступово дійшла консенсусу і підтвердила цінність верховенства права. Відтоді «верховенство права» стало напрямом і метою реформування і створення відкритого суспільства [6].

Як основоположник офіційної в КНР політики реформ і відкритості, Ден Сяопін проголосив за мету політичну реформу як побудову соціалістичної

¹ Уряд Гоміндана створив «Повну книгу шести кодексів», яка являла собою збірку з шести основних законів, включаючи Конституцію та комерційний, цивільний, цивільно-процесуальний, кримінальний і кримінально-процесуальний кодекси.

демократії і дотримання верховенства права. У своїй статті «Про реформування системи партійного та державного керівництва» (1980 р.) він наголосив на тому, що був час, коли замість права ми використовували політику, поважали особистий авторитет й ігнорували функцію права, і це не лише призвело до страшних бід протягом десяти років «культурної революції», а й викликало інтерес у нашій політичній системі до верховенства права, протилежній таким явищам, як «бюрократизм, надмірна концентрація влади, патріархальна система, пожиттєве перебування на керівних посадах і система усіх типів привілеїв». В іншій статті «Про проблеми реформування політичної системи» (1986 р.) Ден Сяопін зазначив, що ми маємо належним чином організувати взаємини між верховенством права і верховенством людини за допомогою реформ.

Відомий учений Го Даохуей зазначив, що в основі верховенства права лежить конституційне право, Конституція є захистом прав громадянина, авторитетом і наглядачем за державною владою. Тому в межах верховенства права варто впровадити соціалістичний конституціоналізм, забезпечити демократизацію правової системи, створити законодавство відповідно до Конституції, яке здатне захистити політичні права і свободи громадян, забезпечити більш активну участь громадян у політичному житті країни і здійсненні контролю стосовно діяльності державних органів» [7].

У книзі «Вибрані праці щодо верховенства права та верховенства людини», виданій видавництвом «*Social Sciences Academic Press*» у 2003 р., зібрано 30 статей стосовно верховенства права та верховенства людини. У цьому виданні ми можемо знайти різні перспективи і погляди на верховенство права та верховенство людини, починаючи з 1978 р.; серед основних тем – верховенство соціалістичного права, модернізація і верховенство права, поєднання верховенства людини і верховенства права, народна демократія і верховенство права, історичний аналіз верховенства людини і верховенства права тощо.

Права громадянина і права людини

Старовинне китайське право засноване на злочині і покаранні, там відсутні чіткі поняття прав та обов'язків. Західні юридичні концепції суб'єктивних прав і обов'язків були привнесені до Китаю після двох Опійних війн у ХІХ ст. У 1949 р. Китай повністю перейшов на соціалістичне право, і відтоді наріжним каменем юриспруденції стала класова теорія, західну буржуазну доктрину права піддавали критиці, і така ситуація тривала аж до середини 80-х років ХХ ст.

Перша загальнонаціональна конференція із фундаментальних категорій права була організована у 1988 р. у місті Чанчунь. На ній було досягнуто консенсусу: права й обов'язки є серцевиною і сутністю законодавства й основною категорією юриспруденції. Учасники повністю відкинули правову теорію класової боротьби і підтримали використання прав та обов'язків для відновлення базової категорії юриспруденції нової ери. Невдовзі потому два вчених, Чжан Гуанбо та Чжан Веньсянь, надрукували в журналі «Прагнення до істини» статтю «Сприйняття прав та обов'язків як базової категорії відбудови нашої системи теорії права», де систематизували цю ідею [8].

У 2007 р. у видавництві академічних суспільних наук було надруковано книгу «На шляху до ери прав людини: дослідження розвитку громадянських прав у Китаї» (за редакцією Ся Юна). Це монографія, присвячена правовим

проблемам, що виникли в ході проведення політики реформування суспільного ладу Китаю. Починаючи з еволюції у сприйнятті громадянських прав у Китаї, автори монографії провели глибокий аналіз і дослідження юридичного механізму захисту прав громадян, розвитку захисту майнових та особистих прав громадян, захисту прав громадян у системі кримінального права, захисту прав конкретних суб'єктів та прав жінок на освіту у сільській місцевості.

Протягом багатьох років питання прав людини були актуальними питаннями для китайської юриспруденції. Починаючи з 1998 р. у Китаї було створено кілька дослідницьких центрів і наукових інститутів, скликано низку науково-практичних конференцій, присвячених правам людини. У січні 1993 р. було створено Китайську асоціацію досліджень з питань прав людини, яка є найбільшою академічною установою у сфері прав людини в Китаї. Завданнями цієї асоціації є: вивчення китайської та іноземних теорій прав людини, популяризація знань про права людини, сприяння міжнародним обмінам, співробітництву у сфері прав людини, активному розвитку прав людини у Китаї.

Протягом 90-х років учені переклали велику кількість іноземних книг із теорії прав людини, здійснили низку компаративних досліджень з питань прав людини, де основна увага приділялася стосункам між правами людини і суверенності, ефективності прав людини, демократичної політики і прав людини, прав людини і міжнародних стосунків, прав людини і правових гарантій. Книга професора Ся Юна «Походження концепції прав людини» (видавництво Китайського університету з політичних наук, 1992 р.) є авторитетним дослідженням із теми прав людини. Видання складається з двох частин. У першій йдеться про явище і концепцію прав, досліджується їх походження, дається характеристика первісних прав, формування і значення концепції прав та розвиток прав у стародавньому суспільстві. Друга частина книги стосується формування сучасної концепції прав людини, у ній досліджується значення сучасної концепції прав людини, базовий дух і цінності прав людини, а також права людини і китайська традиція.

Із поступовою модернізацією прав у XXI ст. питання прав людини сприймається більш серйозно, особливо після 2004 р., коли до Конституції Китаю було включено доповнення про права людини, а предмет прав людини став обговорюватися більш активно. Спираючись на попередні розвідки з прав людини, учені країни стали обговорювати й аналізувати природу прав людини, прояви системи прав людини, формування прав людини та інші питання. Частина вчених вважала, що права людини беруть свої витоки із людської природи, яка містить два аспекти: природний і соціальний. Інші ж — що права людини є джерелом основоположних прав громадянина, зафіксованих у Конституції країни. Реалізація гарантій прав людини та функцій захисту прав людини залежить від того, чи впроваджено ідеальну конституційну систему [6].

За останні роки уряд і вчені Китаю почали звертати більше уваги на концепцію прав людини з урахуванням китайської специфіки. Так звана концепція прав людини з китайською специфікою включає: а) універсальність принципу прав людини з необхідністю урахування умов окремої країни; б) не лише громадянські й політичні права, а й економічні, соціальні і культурні; народ має право критикувати уряд, і ці права мають бути захищені; в) права на гідне існування і

розвиток — фундаментальні права людини; г) права людини як поєднання прав та обов'язків; г) стабільність і розвиток як передумови реалізації прав людини і верховенство права — гарантія реалізації ідеї захисту прав людини; д) діалог і співпрацю як необхідні елементи розвитку прав людини у світі [9].

Правова традиція і модернізація права

Також актуальним предметом обговорення у сучасній китайській юриспруденції є правова традиція і модернізація права. У Китаї існує власна тривала унікальна правова традиція. У давні часи система права в Китаї, як модель Східної Азії, справляла значний вплив на сусідні країни і була важливою частиною світової правової цивілізації. Після вторгнення у країну західних держав правовий процес був призупинений, тому що Китай був змушений ступити на шлях модернізації права.

Певною мірою модернізацію китайського права можна назвати його наближення до західної традиції, оскільки в сучасний період Китай поступово відходить від власної правової традиції і запозичує чимало із західного права. Через відмінність суспільних традицій Заходу і Китаю перенесення права на чужий ґрунт не завжди проходить успішно. Тому для того, щоб забезпечити повноцінний розвиток системи права Китаю ми повинні зосередитися на місцевих ресурсах китайського права. На сьогодні при модернізації системи права Китаю потрібно звертати увагу на місцеві правові ресурси і враховувати власну правову спадщину. Хоча державі і слід навчитися західного досвіду, однак необхідно взяти до уваги й власні умови і реалії, а не сліпо наслідувати Захід [10].

Починаючи з 90-х років ХХ ст. спеціалісти китайського права стали більше приділяти уваги внутрішнім ресурсам права Китаю, а також звичаєвому і народному праву (крім національного права). У 2004 р. професор Чжу Сулі з факультету права Пекінського університету видав книгу «Верховенство права і його місцеві ресурси», що вийшла у видавництві академічних суспільних наук і права Китайського університету. Її поява викликала занепокоєння у китайських учених стосовно ресурсів національного права Китаю. У цій книзі автор, використовуючи метод соціології права, обговорює низку важливих у сучасному китайському правознавстві теоретичних питань включаючи такі, як правовий плюралізм, правова локалізація, спеціалізація права, ринкова економіка і право, стандартизація правових досліджень, правова традиція та локалізація¹ тощо.

Звичаєве і народне право є також об'єктами дослідження вчених-правників. Звичаєве право — це зібрання обов'язкових правил, оснований на звичаях, що панують у конкретній місцевості; народних правил, що відрізняється від національного права; є переважно сумісним із національним правом, однак інколи між ними можливі конфлікти. Національна асоціація звичаєвого права і народного права була створена у 2005 р., а її перший національний з'їзд відбувся у місті Сінін під проводом голови асоціації Се Хуей, професора Пекінського технологічного інституту. Вирішено, що національна конференція, присвячена

¹ Локалізація (або «коренізація») у цьому випадку означає пристосування якого-небудь правового явища з урахуванням місцевої специфіки. — *Прим. ред.*

звичаєвому праву і народному праву, буде проводитися щорічно. Китайський комітет професіоналів антропології права та Китайський комітет професіоналів соціології були створені у 2011 р., одним із важливих напрямів досліджень цих комітетів є звичаєве і народне право.

Із середини 80-х років, під впливом реформ разом із більшою відкритістю і модернізацією Китаю, фахівці у галузі права розпочали дискусію щодо модернізації та розвитку системи права країни; відтоді й до сьогодні ця тема продовжує активно обговорюватися як одна з найбільш актуальних в юриспруденції. Наукові дискусії точаться навколо концептів, стандартних процесів та ідей модернізації права. Професор Гун Пісян з Нанкінського педагогічного університету опублікував низку книг із цієї тематики, зокрема: «Процес модернізації правової системи Китаю», «Теоретична логіка модернізації права» і «Модернізація китайського права», в яких дається глибокий аналіз системи права у Китаї. Ці праці отримали значний розголос серед академічних кіл країни.

Учені вважають, що модернізація права — це процес трансформації і переходу від верховенства людини до верховенства права, від традиційної правової системи до сучасної системи права. Головна мета модернізації права полягає в тому, щоб просувати вперед дух сучасного права, ключем до якого є реалізація завдань щодо модернізації життя суспільства. Що стосується шляхів реалізації реформи правової системи, то серед науковців-правників існує щодо цього три основні теорії. Перша стосується «правової реформи», в ній утверджується ідея, що модернізація права у Китаї відрізняється від західної моделі: уряд має відігравати активну й провідну роль у процесі модернізації права. Друга — «трансплантації права» означає, що у процесі модернізації правової системи Китаю доцільно запозичити передову систему права західних країн. Третя теорія спрямована на «місцеві ресурси», стверджуючи, що законодавство є динамічним відбитком місцевих знань, оскільки не існує жодних універсальних принципів, норм або систем, а тому здійснюючи модернізацію системи права Китаю слід враховувати місцеві ресурси [6].

Право і гармонійне суспільство

Досягнення соціальної гармонії та побудова кращого суспільства — це одвічне прагнення людства. Термін «гармонія» походить від грецького іменника *ρμονία*, що означає «з'єднання, згода», який в свою чергу походить від дієслова *ρμόζω*, що можна перекласти як «звести воєдино, з'єднати». Він застосовувався переважно в тій сфері мистецтва, яка нині називається словом «музика», в той час як сам термін «музика» первісно в грецькій мові використовувався для означення всього спектру мистецтв. У Стародавній Греції він означав поєднання контрастних елементів: більш високої ноти з нижчою.

«Гармонія» виступає також базовою категорією у традиційній китайській філософії. Як вважали древні китайські мислителі, «гармонія» — це мирний і толерантний спосіб життя. Сучасний китайський вчений Люй Хун за допомогою семантичного аналізу пояснює значення китайських ієрогліфів 和谐 (*He Xie* — гармонія), зазначивши: у дослівному значенні цього словосполучення «хе се», «хе» означає людей, які забезпечені їжею одягом, а «се» — усіх, хто має право говорити.

Від початку процесу реформування і відкритості країни китайська економіка переживає період швидкого зростання, проте не обійшлося без певних соціальних проблем, які викликані переходом від планової до ринкової економіки.

На сьогодні дисгармонія у китайському суспільстві проявляється, зокрема, в суперечностях між різними зацікавленими групами, конфліктах між містом і селом, регіональних конфліктах, трудових конфліктах між робітниками й адміністрацією, суперечностях між демократією й автократією, різними віруваннями, матеріальною і духовною цивілізацією, політичним та іншими устроями, людиною і природою тощо [11].

Як зазначено у «Соціальній синій книзі Китаю 2011 року», економічний і соціальний розвиток Китаю також супроводжується багатьма соціальними суперечностями й викликами, включаючи розрив у рівні доходів міського і сільського населення, а нерівномірність в оплаті праці у різних регіонах та різних соціальних класах стає дедалі помітнішою. Стали частіше виникати трудові спори, конфлікти між різними групами населення, поява на ринку неякісних продуктів та ліків, аварії на шахтах, природні катастрофи, а ситуація з соціальним забезпеченням залишається відносно складною. Зростання інцидентів і конфліктів між різними групами населення фактично стало віддзеркаленням усіх соціальних протиріч і проблем протягом періоду проведення політики реформування і відкритості в КНР, що ставить нові виклики перед державними установами країни [12].

Під час XXVI Національного з'їзду Комуністичної партії Китаю, що відбувся в листопаді 2002 р., було офіційно запропоновано концепцію «гармонізації». 19 лютого 2005 р. президент Китаю Ху Цзинтао виступив із промовою на одному з семінарів, де чітко заявив: «Ми прагнемо побудувати гармонійне соціалістичне суспільство, побудоване на принципах демократії, верховенства права, рівності і справедливості, чесності і братерства, життєздатності, стабільності і порядку, гармонії між людьми і природою».

Починаючи з 2005 р. між ученими Китаю у сфері права ведеться активна дискусія з питань розбудови гармонійного суспільств. Частина вчених вважає, що у побудові гармонійного суспільства важливу роль має відігравати механізм корегування права як правовий механізм, здатний допомогти у захисті вразливих груп населення, а також зменшення соціального тиску та забезпечення соціальної справедливості. Інші вчені наполягають на тому, що базовою характеристикою гармонійного суспільства є гармонія стосунків між людьми та між людьми і природою. Ще інші вважають, що верховенство права є суттєвою вимогою для розбудови гармонійного суспільства, а функції верховенства права стосовно побудови гармонійного суспільства полягають в обмеженні влади, врегулюванні конфліктів та створенні системи кредитування.

Підсумовуючи сказане, варто зазначити, що у стародавньому Китаї існувало безліч правових теорій, однак без чіткого розуміння юриспруденції, а поняття «юриспруденція» було впроваджено лише в кінці XIX ст. Після революції у 1911 р. Республіка Китай здебільшого переймала законодавство західного типу відповідно до традицій цивільного права. Створення у 1949 р. Китайської

Народної Республіки при значному радянському впливі призвело до переходу до системи соціалістичного права. Процес реформування і переходу до відкритого суспільства розпочався з 1978 р., і відтоді найбільш актуальними темами юриспруденції є, зокрема, верховенство права і верховенство людини, права громадянина і людини, правова традиція і модернізація права, право і гармонійне суспільство.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Чен Ляоюань*. Дослідження китайської юриспруденції // Право та суспільний розвиток. — 2009. — № 3 (китайською мовою).
2. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.64365.com/intelligence/show.asp?id=2> (китайською мовою).
3. *Чжан Веньсянь*. Юриспруденція. — 2007 (китайською мовою).
4. *Ху Юньшуй*. Правові вчення трьох десятиліть: юриспруденція // Правові вчення. — 2008. — № 6 (китайською мовою).
5. *Хе Циньхуа*. Великий спір про правління права та правління людей // Синьмінш щоденний. — 2009. — 11 жовт. (китайською мовою).
6. *Лю Сюебін, Лі Юнцзюнь, Фей Фен*. Три десятиліття китайської юриспруденції в часи реформ та відкритості: 1978–2008 // Право та суспільний розвиток. — 2008. — № 5 (китайською мовою).
7. *Го Даохуей*. Впровадження конституційного урядування та встановлення всезагального верховенства права // Відомості народних судів. — 2001. — 1 січ. (китайською мовою).
8. *Чжан Веньсянь*. Про трансформації парадигм китайської філософії права: від парадигми класової боротьби до парадигми права як фундаментального базису // Китайська юридична наука. — 2001. — № 1 (китайською мовою).
9. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://baike.baidu.com/view/102524.htm> (китайською мовою).
10. *Liu Yigong*. Chinese legal tradition and its modernization // US-China Law Review. — 2011. — № 5.
11. *Сун Чжаолай*. Чому суспільство в Китаї не є негармонійним? [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.zgxcfx.com/Article_Print.asp?ArticleID=35471 (китайською мовою).
12. *Лі Сигуан, Го Сяоке*. Мережа громадської думки, що керує масовими подіями [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://theory.people.com.cn/GB/82288/207260/207270/18158229.html> (китайською мовою).

Лю І. Аналіз актуальних тем у сучасній юриспруденції Китаю

Анотація. У статті аналізується розвиток трьох головних етапів юриспруденції від початку ХХ ст. Особлива увага приділяється актуальним питанням юриспруденції Китаю, починаючи з періоду реформ і початку відкритості країни у 1978 р.

Ключові слова: актуальні питання, Китай, юриспруденція.

Лю І. Анализ актуальных тем в современной юриспруденции Китая

Аннотация. В статье анализируется развитие трех главных этапов юриспруденции с начала ХХ в. Особое внимание уделяется актуальным вопросам юриспруденции Китая, начиная с периода реформ и открытости страны в 1978 г.

Ключевые слова: актуальные вопросы, Китай, юриспруденция.

Liu Y. An Analysis of Hot Topics in Contemporary China's Jurisprudence

Summary. The development of three main stages of jurisprudence since the beginning of 20th century is analysed in this article. The main attention is paid to exploring the hot topics of China's jurisprudence since the period of reforms and opening up the country in 1978.

Key words: hot topics, China, jurisprudence.

ПРАВО ЯК ФЕНОМЕН КУЛЬТУРИ У КОНЦЕПЦІЇ Г. ГІНСА



О. ЛИТВИНОВ

*кандидат філософських наук,
кандидат юридичних наук, доцент,
заступник завідувача кафедри
філософії права, історії і культурології
(Луганський державний університет
внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка)*

Георгій Костянтинівич Гінс (1887–1971) — один із неординарних мислителів-правознавців, кого повертає для нас наш непростий і нелегкий час, але, втім, більш правдивий та відвертий, ніж переважна частина минулого століття. Імена і твори, думки та ідеї викреслених з ідеологічних міркувань постатей стають надбанням сучасного наукового дискурсу, причому, що слід підкреслити, більша частина з висловленого ними переважно не втратила актуальності. Також слід наголосити, що рівень та амплітуда наукового пошуку й запропоновані ними шляхи вирішення суспільних проблем часто якісно переважають те, що з'являється сьогодні у вітчизняному суспільствознавстві й узагалі в науковій юридичній думці на пострадянському просторі. Причинами цього є насамперед дотримання певних моральних принципів, перш за все наукової чесності та безкомпромісності, та традиційно високий рівень освіти: на гуманітарних факультетах університетів навчалися випускники класичних гімназій, вимоги до яких були надзвичайними. Так, наприклад, одна з них — вільне володіння шістьма мовами, крім російської це давньогрецька, латина та церковнослов'янська, а також французька та німецька. Англійську зазвичай опановували вже самостійно як найпростішу з головних тоді світових мов.

Цей аспект освітньої підготовки тут згаданий не випадково, оскільки саме він дозволив великій кількості вчених Російської імперії після катастрофи 1917–1922 рр. не тільки адаптуватися до умов життя в інших країнах, а й продовжити активну наукову роботу і навіть завоювати там лідерські позиції. Серед учених-юристів найбільш відомими є імена П. Гурвича, П. Новгородцева, П. Сорокіна (або тих, хто також навчався на юридичних факультетах, наприклад філософів М. Бердяєва, С. Франка) та деяких інших, яких уже визнано постатями світового масштабу, але «період відкриття» нових для нас імен ще не завершився, про що свідчить і видання праці Г. Гінса «Право і культура» [1] та обговорення його ідей у двох вступних статтях цієї книжки [2; 3]. Під загальну обкладинку поміщено ще статті Г. Гінса «Обґрунтування політики права у пра-

цях професора Л. Петражицького» та «Комунізм і надкапіталізм у дзеркалі права», а також «Бібліографія праць Георгія Костянтиновича Гінса».

Втім цей текст не є рецензією на вказану книжку. Крім короткого загального ознайомлення з новою для нас постаттю головною метою є все ж звернення до концепції права, яка у багатьох своїх положеннях виглядає дуже співзвучною і нашому часові, і нашим пошукам, і навіть нашим надіям. Звідси й актуальність теми статті відповідно має, умовно кажучи, два ракурси: історичний (історико-правовий) та світоглядно-теоретичний (філософсько-правовий та теоретико-правовий). З історичної точки зору маємо зовсім нову персону, яка, безумовно, належить до «цеху» правознавців, з філософської — представника того напряму тогочасного суспільствознавства, відомого як філософія культури в межах загальної течії філософії життя (найбільш яскраво презентованій О. Шпенглером), а з теоретичної (а також багато в чому знов-таки філософської) точки зору маємо одного з яскравих представників відомої у всьому світі школи Л. Петражицького, звичайно ж, його психологічної теорії права. Тому можна говорити і не про два ракурси, а про три, але вважаючи на надто тісний взаємозв'язок, чи то навіть єдність філософських та загальнотеоретичних підмурків концепції Г. Гінса, у стислій розвідці вельми обмеженого обсягу статті буде природним їх не розділяти.

В Україні учення Г. Гінса не було предметом дослідження, в Росії короткі нариси про нього та його погляди на право викладено в указаних статтях В. Баранова та інших вчених, де здійснено лише загальний огляд концепції російського правознавця, а також є два досить коротких огляди його життя і творчості [4] та концепції міжнародного права [5, 241–245], що й обумовлює новизну теми цього дослідження, мету якого можна гранично коротко сформулювати як ознайомлення з філософсько-правовою концепцією правознавця — представника російської еміграції ХХ ст.

Учений походив із родини офіцера, приписаного до дворянства Київської губернії, і після завершення навчання у Кишиневі у класичній гімназії у 1904 р. вступає на юридичний факультет Імператорського Санкт-Петербурзького університету. Золота медаль гімназії дозволяла вступати без іспитів, а свою наукову обдарованість Г. Гінс довів ще в студентські роки, отримавши срібну медаль за працю «Про сутність юридичних осіб». Як і більшість випускників університету, він починає працювати в державній установі, втім під час службових відряджень у Середню Азію продовжує наукові дослідження і видає працю «Водне право Туркестану», а також етнографічні розвідки про народи цього краю. Цікаво зазначити, що саме йому було замовлено статтю про колонізацію цих земель до знаменитого «Нового енциклопедичного словника» Брокгауза і Ефрона. Наукову активність випускника було підтримано в *alma mater*, і Г. Гінс отримує стипендію для підготовки до професорського звання, включаючи можливість закордонних відряджень до університетів Берліна, Гайдельберга та Парижа — звичайна практика тих часів. У 1916 р. молодий науковець стає приват-доцентом Імператорського (тепер уже Петроградського) університету, викладає римське право в інших вишах, водночас продовжуючи працювати в Міністерстві землеробства.

З 1918 р. він стає професором цивільного права в Омському університеті та бере активну участь в антибільшовицьких рухах, його запрошують в уряди

Сибіру, включаючи уряд О. Колчака. Обіймаючи посаду керівника справами цього уряду, Г. Гінс мав безпосереднє відношення до керівної та законотворчої діяльності. Тому природно, що після закінчення Громадянської війни він опинився в Харбіні — найбільшому центрі російської еміграції на Сході. Там, працюючи в системі відомої Китайсько-Східної залізниці, він знаходив час для наукової роботи, а потім, коли в Харбіні було створено Юридичний факультет як окремий вищий навчальний заклад, активно займався й викладацькою роботою. У «Віснику» цього закладу було надруковано низку досліджень професора Гінса, що дозволило йому отримати стипендію для завершення і захисту магістерської дисертації у Парижі. Подія відбулася у квітні 1929 р., потім було більше 10 років активної наукової роботи в Харбіні, але у зв'язку з погіршенням політичної ситуації влітку 1941 р. Г. Гінс їде до США, де працює журналістом у Сан-Франциско, а згодом і викладачем у знаменитому університеті Бьорклі та інституті іноземних мов у Монтереї (відомому за радянських часів як «шпигунська школа»). Він активно друкується в науковій та періодичній пресі, включаючи найпрестижніші видання, наприклад, у «*The American Journal of Economics and Sociology*», а його книжки публікуються не тільки в США, а й у Європі. До кінця життя професор Гінс працював як науковець, викладач і журналіст, включаючи й співробітництво з радіо «Голос Америки». Як і в Китаї, у Сполучених Штатах він був завжди помітною постаттю російської еміграції.

Творчий доробок ученого є доволі солідним за обсягом, а зважаючи на переважно несприятливі умови роботи, його можна назвати й значним, хоча, як зазначає В. Баранов, «загальну кількість наукових публікацій Г. Гінса достовірно визначити неможливо» [2, с. 13]. У бібліографічному списку подано 58 позицій, у тому числі праці культурологічного характеру, зокрема серія статей про О. Пушкіна у зв'язку зі 100-річчям від дня загибелі геніального поета (1937). Серед найважливіших правознавчих творів — монографії «Сучасне водне право» (Харбін, 1928), «Водне право і предмети загального користування» (Харбін, 1928), «Право і сила. Нариси з теорії права і політики» (Харбін, 1929), «На шляхах до держави майбутнього. Від лібералізму до солідаризму» (Харбін, 1930), «Нові ідеї в праві та основні проблеми сучасності» (Т. I. — Харбін, 1931; Т. II. — Харбін, 1932), «Нариси соціальної психології» (Харбін, 1936), «Загальна теорія права на засадах соціальної психології та порівняльного правознавства» (Харбін, 1937), «Право і культура. Процеси розвитку і формування права» (Харбін, 1938), «Підприємець» (Харбін, 1940), «Нове право і підприємництво» (Харбін, 1940), «Радянське право і радянське суспільство» (Гаага, 1954), «Комунізм у занепаді» (Нью-Йорк, 1956; Лондон, 1956). До великих праць ученого слід віднести й збірник його статей «Сибір, союзники і Колчак: поворотний момент російської історії. 1918–1920» (у 2 т., Пекін, 1921). Останні роки життя Г. Гінс працював над монографією «Цивілізація і культура Росії (філософія російської історії від початку до наших днів)», інша назва — «Історія Росії як багатонаціональної імперії», але не встиг її закінчити.

Г. Гінс був щирим шанувальником і продовжувачем справи свого вчителя Л. Петражицького (*Leo von Petrazycki*, 1867–1931), одного з найвідоміших випускників юридичного факультету Київського Імператорського університету Св. Володимира. Будучи вже визнаним у Європі спеціалістом з римського права

і особливо з права цивільного, Л. Петражицький у 30-річному віці очолив кафедру енциклопедії і філософії права Санкт-Петербурзького (також — Імператорського) університету. Його на той час незрозумілі ідеї спочатку дуже важко сприймалися юридичним загалом у Росії, хоча він був найбільш цитованим іноземним правознавцем у Німеччині (де, до речі, іноземців цитували доволі скупо). Справді, як було реагувати на таке: «Право не є те, що записано в законі. Право не є те, що міститься у звичаї. Право може бути і в дітей» [6, с. 299]. Ці та інші доволі дивні ідеї спиралися на психологію людини, але, на відміну від класичного на той час тлумачення її насамперед як егоїстичної істоти (індивіда — в термінології філософсько-правової думки Нового часу, додамо ми), він людину тлумачить як істоту та культурну, скажімо так, — як особу. Тут, на нашу думку, відбився і вплив тієї течії загальноінтелектуального європейського духу, який пов'язаний як із піднесенням категорії культури, так і з персоналізмом як філософським напрямом. Тому такого значення в його теорії набуває моральність, підмурки нормативності якої об'єднують її з правом (що, звичайно ж, не означає їхньої totoжності).

Л. Петражицький тлумачив про значення певних норм цивільного права, наприклад, відшкодування збитків потерпілому, не з точки зору конфлікту інтересів двох осіб, а з точки зору загальних наслідків (насамперед для народного господарства), які можуть мати існування цих норм. У зв'язку з таким підходом цікавим для нас є розуміння й тлумачення Л. Петражицьким кримінального права¹, значення норм якого він вбачав не в тому, що вони карають певних злочинців, а в тому, що вони можуть попереджати злочини, а те найкраще, що може створити людина, коли створює кримінальний кодекс — це створити такий кодекс, щоб його не треба було застосовувати, так би добре враховувалося б знання психології людей та того, що мало б керувати мотивами їхніх вчинків. Ці та інші приклади постановок питань видатним ученим демонструють його намагання подолати існуючі на той час уявлення про природу права з інструментальним використанням методології та категоріального апарату інших наук, що було мов би зазіранням у майбутнє. Тому не випадково С. Максимов називає психологічну школу права «протофеноменологічною» і звертає увагу на аналогічні думки М. Алексеєва, А. Валицького та Г. Нанейшвілі [7, с. 117–118]. Маючи майже столітній історичний приклад тріумфальної ходи феноменології, можемо констатувати, що захоплення постаттю та ідеями Л. Петражицького ще за його життя не були звичайним перебільшенням, а відбивали розуміння того прориву в усвідомленні природи права, який ним було здійснено. Молодший сучасник правознавця, видатний російський філософ О. Лосєв підкреслював

¹ Поняття «кримінальне право» семантично, логічно, етично створює як мінімум негативний емоційний фон їхнього сприйняття («кримінальне» право), як і, наприклад, поняття «кримінальної юстиції та «кримінальної» міліції (а втілене українською таке сприйняття мов би посилюється). Можна міркувати і так: приховані інтенції культурних смислів «виказують» змістовну сутність як цих понять, так і, відповідно, певні аспекти діяльності цих органів. На нашу думку, це є дуже цікавим і перспективним сюжетом у контексті загальної теорії і філософії права Л. Петражицького, і проблем подолання спадщини каральних імперативів радянського права (де, до речі, відповідні праці Г. Гінса можуть стати у пригоді).

значення феноменології так, що оскільки вона «є бачення та вбачання смисла, як він існує сам по собі», як його «дотеоретичний опис» [8, с. 190], то момент «емпатичного опису», який виводить міркування за межі академічного дослідження, може певною мірою допомогти осягненню тих смислів, які було закладено у вербальних текстах, що залишилися нам у спадщину. Звичайно, це ж можна сказати й стосовно не тільки вербальних текстів. Додамо також, що в такому контексті може йтися і про відоме поєднання сфери емпіричного та сфери свідомості в психологічній теорії, що виразно виявляє загальну тенденцію минулого століття: занурення думки в буття, включаючи світ повсякденності, а звідси й звичаїв, традицій тощо. І тоді стає і природною, і зрозумілою апеляція саме до культури як категорії з величезною кількістю смислових аберацій, але з абсолютною перевагою конотацій позитивного змісту.

А тепер Г. Гінс. Спираючись на загальний підхід свого вчителя, він, втім, вважав, що «психологічний базис його вчення є недостатнім» [1, с. 39]. Через тлумачення права як відбиття психології людини або групи людей учений доходить висновку щодо вирішального значення саме культури та зовнішніх умов існування. Як удається, Г. Гінс намагався подолати схильність до абсолютизації того підходу, яка мала місце в його вчителя, і що є досить природним для новаторів. За таку перебільшену схильність Л. Петражицькому докоряв свого часу і Б. Кістяківський [9, с. 175–176; див. також с. 155–175], і хоча нам не відомо, чи знав про це Г. Гінс (скоріш за все знав), втім таку його позицію, по-перше, можна оцінити і як додаткове підтвердження правоти видатного українського філософа права, і, по-друге, як продовження російським ученим справи свого вчителя щодо торування правознавству шляхів у майбутнє. У цьому випадку маємо на увазі те, що сьогодні відбито як констатація необхідності соціологізації правової науки та соціалізації самого права, наприклад, в останніх працях О. Петришина [10; 11].

Формальні підтвердження таких наших міркувань знаходимо у самого Г. Гінса. Так, він прямо вказує, що його монографія «Право і культура» створена на основі матеріалів і висновків, які було використано та сформульовано в попередніх його працях «Соціальна психологія» («Нариси соціальної психології», 1936) та «Нові ідеї в праві» («Нові ідеї в праві та основні проблеми сучасності», 1931–1932) [1, с. 40]. А також зазначав, що ця праця за його планом має стати частиною курсу під назвою «Загальна теорія права на засадах соціальної психології та порівняльного правознавства» [1, с. 39]. Втім слід звернути увагу на те, що вчений постійно апелює до «думок» або «вчень» «філософів та юристів», звернення до яких сам формулює як звернення до «історії філософії права» [1, с. 135].

Посилаючись на німецького філософа В. Вундта, Г. Гінс говорить, що правопорядок визначає норми поведінки, але мотиви цих норм містяться у всій сукупності культури та способу життя, що нею створюється [1, с. 35–36]. Він також і в питанні історії розвитку права сприймає позицію В. Вундта стосовно тлумачення соціального життя як змагання начал свободи і примусу, що є основою еволюції в його оформленні від держави сили (поліцейської) у бік держави культури (правової) [1, с. 183]. Термін «культура» Г. Гінс вживає у сенсі, найбільш наближеному до його етимологічних корінь, а саме: як «оброблювання»,

«обробка», яка надає можливість отримати кращі результати, ніж ті, які б отримали без такої обробки. Розділяючи культуру, хоча і досить умовно, на матеріальну і духовну, він значною мірою останню тлумачить як культуру «соціальну», виокремлюючи в ній право як «головне знаряддя», без якого не є можливим існування сучасних держав. «Розуміння права як феномена культури і прогресу дозволяло Гінсу оригінальним чином оцінювати будь-які події, включаючи політичні», — зазначають сьогодні дослідники його спадщини, і наводять такі слова (з праці «Нові ідеї в праві та основні проблеми сучасності»), частина яких, на превеликий жаль, не втратила актуальності й сьогодні. Вони стосуються впливу російської революції на регрес у суспільстві, серед основних ознак якого виокремлюються «зниження морального рівня керівників держави, відсутність контролю за діяльністю посадових осіб, широке використання принципу “Мета виправдовує засоби”» [3, с. 30].

«Культура» або «соціальна культура» як «обробка» є активним чинником розвитку права, як і інших своїх сфер нормативно-регулятивного характеру (релігія, моральність), відбиваючи характер розвитку самої культури: Г. Гінс підкреслює значення висновку П. Сорокіна стосовно того, що на цей процес впливають і фактичні умови (клімат, господарство, чисельність населення, ступінь небезпеки від сусідів тощо), і суспільний лад, і ідейні рухи (включаючи релігійні вірування та філософські системи) [1, с. 172]. Тому «проблема розвитку права може бути успішно вирішена тільки у зв'язку з загальним висвітленням процесів розвитку культури», — упевнено заявляє вчений [1, с. 171]. Утім, спочатку він розглядає інші процеси: способи та види правотворення і оформлення й закріплення правових систем (останнє вчений називає «стабілізацією права»).

Питання походження права Г. Гінс відразу пов'язує з появою норм і визнає його як проблему психологічну, яка має коріння біологічні. Необхідність правил, що регулюють взаємовідносини людей, може бути зведеною до таких найпростіших формул: не можна, можна, треба. Взагалі питання про походження права не є питанням про сучасну складну правову культуру, а про походження основних начал правопорядку: власності, шлюбу, помсти, влади та вождя, і для його вирішення «слід звертатися до найпростіших проявів правової психології, яка є доступною людям самої примітивної культури і самого раннього віку» [1, с. 43]. Вчений аналізує архаїчні форми людських спільнот і, крім відомої синкретичності норм, звертає увагу на значення символу як втілення містичного, надприродного, без чого суспільство існувати не може. Відштовхуючись від біологічних основ психологічних переживань, він переходить до основ суто культурних, насамперед релігійних та моральних. Через ставлення до «свого» і «чужого» показується формування уявлень про власність, а через усвідомлення прав і обов'язків — уявлень про владу і підкорення (у тварин зачатки таких стосунків інстинктивні). Останнє він підкріплює посиланням на Л. Дюгі, учня якого, насамперед ідея солідаризму, мала вплив на формування його загальних позицій концептуального характеру. Л. Дюгі, як відомо, суспільну солідарність поклав в основу своєї теорії права, розглядаючи її як очевидний і тому основоположний факт, саме ж право, яке є одним із втілень такої солідарності, має витікати з іншого очевидного факту, що люди існують і можуть існувати тільки в суспільстві.

Але Г. Гінс вважав недостатнім лише юридичний аспект обґрунтування солідаризму і додав до нього необхідні з його точки зору аспекти економічний та психологічний, виклавши вже свою концепцію солідаризму «у своїй головній праці “Від лібералізму до солідаризму”» [3, с. 26]. Солідаризм, вважав правознавець, мав лягти в основу держави майбутнього, оскільки результатом його практичного втілення буде гармонізація суспільних і особистих, державних та індивідуальних правовідносин. Право у тлумаченні його як інструменту такої гармонізації стає основним чинником культурного прогресу, оскільки воно врівноважує різні сили шляхом розподілу прав та обов'язків. Відразу зазначимо, що цей підхід плідно розвивають і сучасні правознавці, наприклад А. Вайшвіла, спираючись на діалектичний логіко-аналітичний метод¹. Г. Гінс же спрямовує думку в русло психологічної теорії, у нього правові погляди є вираженням психології, що є проявом стану культури, а тому й солідаризм стає одним із проявів її розвитку.

Результатом цих міркувань суто юридичного характеру був новий варіант розмежування правових сфер. До класичного Ульпіанова розподілу права на публічне та приватне Г. Гінс додає поняття права регулятивного, яке, на його думку, не відкидає цю класичну дихотомію, а прислуговує ідеї погодження цих природних сторін існування людської спільноти. З одного боку, воно підкоряє приватні інтереси інтересам загальним шляхом покладання на особу позитивних обов'язків, з другого — має протидіяти небезпеці надмірної централізації господарства, захищаючи, таким чином, основи підприємницької діяльності. Такий варіант тлумачення сфер правових відносин, за Г. Гінсом, був викликаний дійсністю ХХ ст. й вимогою підвищення моральної складової правовідносин особи і держави [3, с. 27–29]. Останнє ж є апеляцією до культури, оскільки, як на тому наполягає вчений, навіть у питанні самого походження права (не говорячи вже про досить розвинуті та складні його форми) неможливо пояснювати, як і будь-які людські установи, тільки біологічною складовою, «ігноруючи людський розум, забобони, особливості прагнень людини» [1, с. 51]. Ці надбіологічні, тобто культурні складові, особливо розум, долають як егоїстичні тенденції, що породжує приватна власність, так і надмірний вплив держави на господарське життя. Слід зберегти приватну власність, оскільки від цього залежить добробут країни, при цьому не перетворити господарів на чиновників. Як вважає Г. Гінс, саме солідаризм у якості провідної етичної ідеї може забезпечити гармонізацію відносин як солідарність осіб, які належать до одного класу, і як солідарність груп, що належать до однієї нації [1, с. 222–223]. Це є основним висновком загальносоціального характеру, якого Г. Гінс доходить, відштовхуючись від розробленої Л. Петражицьким теорії, яку сам назвав «теорією культурного добору» і яку свідомо використав як інструмент дослідження права, про що він сам заявляє [1, с. 186, див. також: с. 38–39, 204, 209, 224]. На відміну від «природного добору», «культурний добір» може здійснюватися за участю свідомості, що означає не так би мовити автоматичний прогрес, він «відкриває можливість прогресу» [1, с. 38].

Ці ж слова ми можемо віднести й до теорії самого Г. Гінса, яка має ще досить багато аспектів, що робить її вельми актуальною і для нас. Зауважимо у зв'язку

¹ Див., зокрема, його статтю «Про деякі антиномії правового мислення» в цьому номері журналу.

з цим, що актуальність ідей, висловлених майже століття тому (а це стосується не тільки Г. Гінса) свідчить, зокрема, про застиглість нашого соціуму, культурні складові якого рясніють багатьма різноспрямованими і культурно-історично, і філософсько-світоглядно, і актуально-політично складовими, включаючи постмодерністську зверхність ставлення до раціонального мислення і раціональності взагалі.

Щодо останнього — наведемо лише слова, якими починається книжка одного з найбільш відомих у сучасній Україні філософів культури В. Суханцевої: «Культура за визначенням не може впадати в маразм, тому вона впадає в постмодернізм» [12, с. 5].

Стосовно першого — відзначимо надзвичайну складність навіть формулювання (щоправда, це означає насамперед адекватне оцінювання) тих завдань, які потрібно вирішувати країні та державі. Стає, втім, усе більш зрозумілим, що і формулювання, і тим більш вирішення таких завдань, у тому числі й у площині правознавчій, не виглядає можливим без звернення до категорії культури й до категоріального апарату культурології.

Серед інших проміжних висновків короткого попереднього ознайомлення з концепцією російського правознавця, де в основу міркувань покладено підхід до права насамперед як феномену культури, виглядають повчальними такі:

- феноменологічний і соціологічний методи дослідження надають філософії права великі можливості виявлення й конкретизації багатьох правознавчих проблем через мислення права як феномену культури;
- історія філософії права є надзвичайно важливою частиною філософії права, опанування якої виглядає необхідною умовою фундаментальної юридичної освіти (як окреме питання, що витікає звідси — значущість курсу історії вчень про державу і право в системі підготовки правознавців);
- якість гуманітарної підготовки майбутніх юристів є не тільки питанням підготовки професійної, а й проблемою загальносоціальної значущості;
- спадщина російського правознавця Георгія Костянтиновича Гінса потребує подальшого дослідження й осмислення у контексті сучасних проблем правового розвитку нашої країни.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Гинс Г. К. Право и культура / науч. ред. В. М. Баранов. — М., 2012. — 320 с.
2. Баранов В. М. Правокультурное восприятие мира Г. К. Гинсом // Гинс Г. К. Право и культура / науч. ред. В. М. Баранов. — М., 2012. — С. 3–24.
3. Баранов В. М., Баранова М. В., Оксамытний В. В., Пономарева В. П. Учение Г. К. Гинса о праве // Гинс Г. К. Право и культура / науч. ред. В. М. Баранов. — М., 2012. — С. 25–32.
4. Сонин В. В. Жизнь и деятельность профессора Дальневосточного университета Г. К. Гинса, 1887–1971 // Актуальные проблемы государства и права на рубеже веков. — Владивосток, 1998. — Ч. 1. — С. 47–50.
5. Стародубцев Г. С. Международно-правовая наука российской эмиграции. — М., 2000.
6. Гинс Г. К. Обоснование политики права в трудах профессора Л. И. Петражицкого // Гинс Г. К. Право и культура / науч. ред. В. М. Баранов. — М., 2012. — С. 292–316.

7. Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. — Харьков, 2002. — 328 с.
8. Лосев А. Ф. Философия имени. — М., 1990. — 269 с.
9. Кистьяковский Б. А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права // Кистьяковский Б. А. Философия и социология права / сост., прим., указ. В. В. Сапова. — СПб., 1998. — С. 4–414.
10. Петришин О. Проблеми соціалізації права та соціологізації правової науки // Право України. — 2011. — № 8. — С. 131–141.
11. Петришин О. Праворозуміння у вітчизняній теорії права: загальносоціальний аспект // Філософія права і загальна теорія права. — 2012. — № 1. — С. 37–49.
12. Суханцева В. К. Метафізика культури. — Киев, 2006. — 368 с.

Литвинов О. М. Право як феномен культури у концепції Г. Гінса

Анотація. Уперше в українському правознавстві розглянуто деякі основні положення теорії права російського правознавця ХХ ст. Г. Гінса — одного з представників післяреволюційної еміграції. Особливу увагу приділено тлумаченню права в контексті загальнокультурного розвитку людства, запропонованого у його праці «Право і культура».

Ключові слова: право, культура, психологічна теорія права, норма, солідаризм, регулятивне право.

Литвинов А. Н. Право как феномен культуры в концепции Г. Гинса

Аннотация. Впервые в украинском правоведении рассмотрены некоторые основные положения теории права русского правоведа ХХ в. Г. Гинса — одного из представителей послереволюционной эмиграции. Особое внимание уделено толкованию права в контексте общекультурного развития человечества, предложенного в его работе «Право и культура».

Ключевые слова: право, культура, психологическая теория права, норма, солидаризм, регулятивное право.

Lytvynov O. Law as Phenomenon of Culture in G. Guins'es Conception

Summary. For the first time in the Ukrainian jurisprudence it is considered some main positions of the theory of law, offered by the Russian lawyer of the 20th century G. Guins — one of the representatives of the post-revolutionary emigration. An emphasis is given to the interpretation of law in the context of cultural development of mankind, which was proposed in his work «Law and Culture».

Key words: law, culture, psychological theory of law, norm, solidarism, regulative law.

ПРАВІЖНИЙ СКЛАД І ПРИНЦИП МАТЕРІАЛЬНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ

В. ТРУТЕНЬ
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права
(Чернівецький національний університет
імені Юрія Федьковича)*



З другої половини минулого століття до наших днів правіж (*Anspruch*) [1], ідея якого була запропонована Б. Віндшайдом у монографії «Акцію римського цивільного права з погляду сучасного права» 1856 р. [2] та сприйнята німецьким Цивільним кодексом (далі — ЦК), у Німеччині виражено у понятті правіжного методу (*Anspruchsmethod*), ядром якого є поняття правіжного складу (*Anspruchsaufbau*). В Україні на шляху розвитку таких понять, як теоретично чи методологічно цивільно-правових, що виходять із принципу матеріальної експертизи, стоїть конкуруюче інтердисциплінарне (матеріально-процесуальне) поняття права на позов (*Klagerecht*), в основу якого, серед іншого, покладено принцип процесуальної економії. Право на позов полягає у праві на захист, тоді як правіж *може* набирати форму права на чужі дії (форму права вимоги), — такий підхід характерний для німецького права та обґрунтовується нами далі, — а *може бути* матеріально-правовим елементом права на позов (права на захист), — такий підхід існує у вітчизняній юриспруденції.

Правіж, правіжний склад, принцип матеріальної експертизи, експертний стиль — спільний знаменник базисно-логічної реконструкції вітчизняної та іноземної теорії цивільного права, з одного боку, та, із застереженнями, рецепції в Україні сучасного німецького правіжного (методологічного, логічного) мислення — з другого, що разом спрямовані на формування ефективного логічного методу цивільно-правової аргументації. Потреба в останньому та існування нерозв'язаних проблем, які в такому випадку постають, зумовлює актуальність вибору теми для цієї статті, при цьому будемо керуватися тим, що в методології цивільного права *правіж* — це матеріально-правова здійснимість цивільного

© В. Трутень, 2012

суб'єктивного права вимоги кредитора до боржника на певне надання, визначена в процесі проблемної (експертної) правової аргументації, а у теорії цивільного права та загальній теорії права — це юридично здійснимо право вимоги.

Визначення поняття правіжного складу та принципу матеріальної експертизи й обґрунтування можливості їх включення в методологічний апарат вітчизняної цивілістики (входження до методології цивільного права), в такому випадку, стає метою цієї статті.

Поняття правіжного складу є усталеним та однозначно визначеним правовим уявленням у німецькій цивілістиці та методології права. Можна зазначити, що без нього ця цивілістика та методологія мали б сьогодні загалом інший вигляд та зміст. Основи для утворення такого поняття криються у глибині століть та спираються на стару схему із загального, тобто пандектного, права, згідно з якою юрист здійснював аналіз правової проблеми в такому порядку: *actio — an sit fundata, an sit negata, an sit exceptione elisa* [3, с. 34], тобто, чи право вимоги виникло, чи не відведено [4] та чи немає винятку (чи немає відкладення його здійснення). У творах німецьких авторів відповідне поняття передається найчастіше двома термінами, які є синонімами: не лише «*Anspruchsaufbau*» (правіжний склад), а й «*Anspruchsprüfung*» (дослідження правезу, правіжне дослідження), тобто незалежно від того, який термін використовується, йдеться про порядок дослідження (про кроки аналізу) позитивних та негативних умов, які є у сукупності умовами застосування відповідної ідеальної, абстрактної чи цілісної (єдиної) правової норми. Так, це поняття (*Anspruchsaufbau*) використовується П. Брінгеватом у підрозділі «Правіжний склад» у праці «Методика юридичного опрацювання справи: зі схематикою типу складу та типу дослідження із цивільного, карного та публічного права» (2007 р.) [5, с. 107–131], Т. Коренке [6, с. 30], Я. Ельцшигом і Є. Венцелем [7, с. 10] та багатьма іншими сучасними авторами. Термін «*Anspruchsprüfung*» два останні автори [7, с. 22] використовують так само, як й інші автори.

У двох перекладах російською мовою монографій Я. Шаппа «Основи цивільного права Німеччини» (1996 р.) [3] та «Система німецького цивільного права» (2006 р.) [8] відповідний термін «*der Aufbau des Anspruchs*» [9, с. 32; 10, с. 31] двома різними перекладачами передається як «структура правопритязання» [3, с. 34; 8, с. 51], що з російської на українську могло б бути перекладено як «структура правоправезу», «структура дослідження правезу» — краще: «склад правезу». Проте запропонований нами переклад, — «правіжний склад» (рос. «притязательный состав»), — незважаючи на деяку несуттєву відмінність термінології у німецькій мові, є найбільш точним, оскільки, як уже зазначалося, цим терміном позначається не структура власне правезу як мети, як правіжної цілі, як правового наслідку, а порядок дослідження норми-правезу разом із іншими основними нормами цивільного права (нормами-відведеннями та нормами-відкладеннями) [11, с. 8, 9]. Німецьке ж слово «*Aufbau*» (буквально — будова, побудова) може перекладатися не лише як «структура», а й як «склад» (рос. «состав»). Останній переклад також залежить від правового контексту, згідно з яким порядок здійснення аналізу умов застосування правової норми є порядком здійснення дослідження позитивних та негативних елементів фактичного складу цієї норми, яка отримує у такому випадку риси методологічної

цілісності та єдності. Остання теза стала тим останнім аргументом, який зумовив вибір нами відповідного терміна в українській юридичній мові, тим більше що такий термін має методичне значення у процесі пошуку та застосування правової норми, оскільки орієнтує юриста на структуру цієї норми, а точніше — на сукупний фактичний склад такої норми.

Щодо принципу матеріальної експертизи, то саме поняття, так само, як і відповідний термін, є новим як для німецької, так і вітчизняної цивілістики та методології права. Але цей термін, як буде показано нижче, ґрунтується на твердій основі: з одного боку, є протиставленням принципу процесуальної економії [12, с. 149; 13], а з другого — є принципом, який явно, однак без достатньої визначеності, покладено в німецькій методології права в основу так званого експертного стилю (*Gutachtenstil*) обґрунтування застосування права, опрацювання цивільно-правової справи. Звідси така назва для принципу.

Таким чином, невіршеною проблемою у німецькій цивілістиці (методології права) залишається питання утворення на основі існуючого правового матеріалу загального принципу, який би протиставлявся принципу процесуальної економії та виражав би дух чи природу (сутність) згаданого експертного стилю, виклад якого є самостійним завданням; для української цивілістики (методології права) до розв'язання першої проблеми додається ще й проблема визначення поняття правіжного складу. Саме отримання відповіді на ці два питання є нашим завданням, при цьому ми користуємося передусім не методами порівняльного аналізу з погляду потенційної рецепції відповідних німецьких положень, а надаємо перевагу методу логічної реконструкції [14, с. 448–455] цивільно-правової теорії, в основу якої покладено поняття логічного (формального) базису такої теорії [15], тобто цивільне право розглядається нами як формальна система, яка може бути належним чином інтерпретована (конкретизована). Наголос робимо на вітчизняну цивільно-правову проблематику та запропоновану нами комбіновану n -мірну юридичну логіку [15], зокрема — на логіку L_4 , яка включає логіки L_1, L_2, L_3 , будучи дефініційним розширенням двох останніх логік відповідно двома способами. Отже, L_2 та L_3 є дефініційно еквівалентними, беручи до уваги, що дефініційною еквівалентністю логічних систем називається еквівалентність систем, розширених визначеннями [14, с. 170]. У свою чергу, базисом вважається попарна несумісність тверджень та вірність їх диз'юнкції [16, с. 237]. L_1 — це позитивна логіка, яка дозволяє, наприклад, задати (замкнути) відношення між поняттями необхідності, дійсності та можливості або їх аналогами, L_2 — це небазисна логіка з формальним запереченням, яка дозволяє визначити, зокрема, відношення в модальній системі S_5 [17, с. 138, 139], тобто відношення між чотирма алетичними модальностями: необхідність, можливість, неможливість та не необхідність або їх аналогами, L_3 — це базисна логіка з матеріальним запереченням, яка експлікує відношення між поняттями необхідності, неможливості та випадковості або їх аналогами. Аналогами можуть бути, наприклад, відповідні деонтичні модальності в широкому сенсі: здійснимість, дійсність тощо.

Правіжний склад. У сучасній цивілістиці та правовій методології правіжний склад опирається, з одного боку, на поняття логічного базису, про який йшлося вище, а з другого — на характер права вимоги, з якого продовжується

нами виклад далі. Існує ще й інша основа для розуміння правіжного складу, яка має відношення до аналізу умов застосування основних норм цивільного права.

У Німеччині правіжний склад став основою для розбудови в останні десятиліття єдиної для всього цивільного права, але не лише для нього, методики застосування норм ЦК (опрацювання цивільної справи), яку прийнято називати, із застереженнями, субсумцією [18, с. 26], або пред'явленням (право) правезжу (*Geltendmachung des Anspruches*) [19, с. 337], або експертним стилем [20], або правіжним, тобто логічним на протигагу історичному, як про це говорить Д. Медікус [21, с. 1–8], методом [22], або юридичним (нормативним) силогізмом [23, с. 152]. Зауважимо, що аналогом у нашій доктрині є поняття юридичної кваліфікації, однак, наприклад, субсумція тісніше прив'язана до формальної логіки, зокрема до поняття юридичного силогізму та модусу *Barbara* (чи *modus ponens*).

У рамках згаданої методики для визначення характеру права вимоги можна скористатися поділом деонтичної логіки, в якій проведено «відмінність між наступними чотирма “елементами” або “частинами” норми: змістом, умовами застосування, суб'єктом і характером». Змістом норми є дія, яка може, повинна або не повинна бути виконана; умови застосування — це зазначена в нормі ситуація, з настанням якої впливає або припустимо реалізувати передбачену цією нормою дію; суб'єкт — це особа або група осіб, яким адресована норма. Характер норми визначається тим, зобов'язує вона, дозволяє або забороняє виконати деяку дію» [24, с. 22, 23]. Звідси, поширивши за аналогією поняття характеру норми об'єктивного права на характер суб'єктивного права, можна сказати, що суб'єктивне право визначається тим, що в його зміст опосередковано входять поняття обов'язку, дозволу або заборони, але не лише ці поняття.

Така характеристика суб'єктивного права дозволяє ставитися до останнього з погляду взаємовідносин різних характерів, тобто станів, суб'єктивного права між собою, абстрагуючись від власне змісту самого суб'єктивного права.

Відбувається це таким чином. Про суб'єктивне право можна сказати, що воно з погляду кредитора може бути дійсним, здійснимим, недійсним, нездійснимим, довільним (синонім — дійсним, але нездійснимим) або недовільним. У такому разі або проводиться формальна аналогія (Г. фон Врігт) [25, с. 246] між відносинами зазначених деонтичних в широкому сенсі характеристик (характерів) цивільного суб'єктивного права та відносинами алетичних модальностей, або береться до уваги одна із запропонованих нами логік (ці логіки є узагальненням модальних логік та логіки класів). Так, беручи до уваги систему S5 модальної логіки разом з дефініцією випадковості, можна отримати в алетичній логіці систему із такими модальностями:

- не випадковість;
- необхідність — неможливість;
- можливість — не необхідність;
- випадковість [24, с. 29, 52], яким у логіці відносин характеру суб'єктивного права відповідають згадані в цьому абзаці деонтичні модальності.

Але від алетичних модальностей можна абстрагуватися та розглянути відносини деонтичних модальностей відповідного типу узагальнено. Так, візьмемо до уваги, що відносини здійснимого, недійсного та довільного суб'єктивного права

вимоги задаються логікою L_3 , тобто базисною логікою, а ці ж відносини, доповнені аналізом дійсності, нездійснимості та недовільності суб'єктивного права вимоги — L_4 . У першому випадку матимемо базис відносин між зазначеними характеристиками суб'єктивного права, тобто про них можна сказати, що загальнозначущою в логіці L_3 буде диз'юнкція трьох характеристик суб'єктивного права — здійснимості, недійсності та довільності, а також вони є попарно несумісними. Немає значення, з огляду на цю логіку, в якій послідовності розглядати відношення одного із них з двома іншими. Кожного разу ми отримаємо загальнозначущу формулу (тавтологію), яка означатиме, що: 1) суб'єктивне право буде здійснимим тоді, коли воно не є ні недійсним, ні довільним; 2) недійсним суб'єктивне право є тоді, коли воно не є ні здійснимим, ні довільним; 3) довільним суб'єктивне право є тоді, коли воно не є ні здійснимим, ні недійсним. У методичному відношенні має значення з погляду кредитора перше положення, а з погляду боржника — два останні. Проте з дидактичних міркувань, які визначаються необхідністю повноти цивільно-правового аналізу справи, варто зосередитися на першому положенні, а далі, у разі необхідності, на двох останніх.

Базисної логіки виявляється недостатньо для визначення порядку аналізування цивільної справи в цілому, хоча достатньо для розуміння природи правіжного складу. Тому в першому випадку потрібно брати до уваги логіку L_4 , тобто логіку, яка вміщує в своє коло поняття дійсності та нездійснимості суб'єктивного права вимоги. В останньому ж випадку мається на увазі, що досягнення здійснимості суб'єктивного права може розглядатися кредитором як мета, а обґрунтування відсутності недійсності чи відсутності дійсності, але нездійснимості такого права — як засоби для досягнення такої мети.

За таких умов можемо зрештою побачити, що порядок аналізування цивільної справи може бути визначений у такій послідовності: спочатку розглядається цивільна справа з погляду дійсності суб'єктивного права вимоги, потім з погляду недійсності цього права, а насамкінець — з погляду його здійснимості, тобто з погляду правезу в методологічному сенсі, визначення якого наведено вище. Таким чином, маємо певний порядок, який саме й можна назвати правіжним складом, розглянутим формально під кутом зору характеру суб'єктивного права вимоги.

На запропонований порядок аналізування цивільної справи можна поглянути не лише з формального боку, а й зі змістовного, оскільки з першого з них він не є єдино можливим. У такому випадку матимемо дещо відмінну картину пояснення правіжного складу та віднайдемо аргументи для унікальності й усталеності в цивільному праві саме такого порядку.

Аналіз цивільної справи тепер здійснюється (з точки зору кредитора) з огляду на виникнення права вимоги, як у позитивному, так і в негативному відношенні, з огляду на відсутність умов для його припинення та з огляду на відсутність умов для нездійснимості, проте не недійсності права вимоги. Ще точніше: з огляду на наявність позитивних умов для виникнення права вимоги разом з тим і відсутності негативних умов для виникнення права вимоги, з огляду (щодо зазначених позитивних умов) на негативні умови для припинення права вимоги та аналогічно — негативних умов для здійснимості права вимоги, які відкладають здійснення права вимоги.

У такому випадку до уваги беруться умови застосування відповідних основних норм цивільного права, а не лише формальне відношення здійсності, дійсності тощо цивільного суб'єктивного права.

Умови застосування основних норм цивільного права — їх три типи: правіжні, відвідні та відкладні — співвідносяться між собою в кінцевому рахунку *в рамках ідеальної цілісної норми цивільного права* так, що в цій цілісній нормі можуть переважати — або точка зору кредитора, або точка зору боржника. Точніше, або цілісна норма буде здійсненою з погляду кредитора, або недійсною чи довільною з цього ж погляду.

Це пояснюється таким міркуванням. Позитивно визначені умови застосування правіжної норми можуть бути протиставлені в системі цивільного права негативно визначеним умовам, які можуть взаємодіяти в рамках цілісної норми цивільного права як комплексу трьох типів основних норм цивільного права. Аналіз справи розпочинається із позитивних умов тому, що він ніколи не може розпочатися з негативних умов, а порядок аналізу власне негативних умов визначається тим, що спочатку розглядаються ті умови, які можуть призвести до повної втрати необхідності розглядати решту негативних умов.

Результатом такої взаємодії буде: 1) перевага позитивно визначених умов над негативно визначеними в конкретній справі; 2) перевага негативно визначених умов над позитивно визначеними, причому ці останні розпадаються на два види: з одного боку, позитивні умови нівелюються за допомогою умов застосування відвідних норм, а з другого — за допомогою відкладних норм.

У першому випадку справа буде вирішена на користь кредитора, в двох останніх — на користь боржника, оскільки в першому випадку матимемо юридичну здійснимість цивільного права кредитора, а в двох інших — або недійсність цього права, або його дійсність, але нездійснимість.

Отже, правіжний склад з огляду на умови застосування основних норм цивільного права матиме такий вигляд: спочатку аналізується справа з погляду кредитора, а потім — з погляду боржника. Розглянемо ці особливості детальніше.

Правові наслідки основних норм цивільного права можна розглянути як окремі поняття, які протиставляються характеру та умовам застосування цих норм. У такому випадку їх можна розглядати як ті цілі, які ставлять перед собою кредитор або боржник тоді, коли бажають розглянути ситуацію, що склалася, з погляду права, тобто тоді, коли вони мають намір здійснити правову експертизу своєї справи. Якби не були бажані для кредитора правові наслідки, всі вони мають одну й ту саму правову природу правіжної цілі. Це може бути кондикція, віндикація тощо. Причому правіжна ціль має визначатися характером здійсності, або хоча б дійсності.

Для боржника окремої заперечної цілі, як правило, не існує. Бажаною для нього є не власне заперечна ціль під кутом якогось спеціального її змісту, а йдеться про характер правіжної цілі: боржник має намір довести, що правіжна ціль в даній справі є або недійсною, або хоча й дійсною, але юридично нездійсненою. Тобто правові наслідки правіжної норми або відводяться, або тимчасово чи назавжди відкладаються. Отже, в першому випадку йдеться про абсолютний характер заперечення, а в другому — про відносний. Це ж частково пояснює найменування відповідних інститутів цивільного права: відведення та відкладення.

Таким чином, можна дійти такого проміжного висновку. Правіжний склад з формального боку — це порядок аналізування характеру права вимоги, зі змістовного — це порядок аналізування умов застосування основних норм цивільного права в рамках цілісної, або логічної, норми цивільного права, абстрагуючись від допоміжних норм. Цей порядок такий:

- аналіз позитивно визначених умов разом із частиною негативно визначених, тобто аналіз правіжних норм разом із правоперешкодними відведеннями;
- аналіз норм-відведень іншого виду, а саме правоприпинних відведень;
- аналіз норм-відкладень.

Такий порядок є дидактично сталим у методології цивільного права та може не збігатися з порядком, який має місце в цивільному процесі. Тому розглянемо це співвідношення детальніше.

Принцип матеріальної експертизи. При аналізі цивільної справи принципи, які мають місце в цивільному праві та цивільному процесі, не збігаються. В останньому випадку йдеться про принцип процесуальної економії.

У теорії цивільного процесу визнається, що «порядок дослідження матеріалу по суті справи встановлюється судом і залежить від міркувань доцільності. Якщо врахувати, що для відмови в позові досить установити відсутність кожної із частин підстави позову, то питання про те, яку частину з них розглядати раніше, має з погляду принципу процесуальної економії вирішуватися залежно від того, матеріал якої частини є менш складним. А саме, з менш складної й слід починати розгляд справи» (М. Гурвич) [12, с. 149]. У примітці до зазначеного в цитаті наводяться приклади застосування згаданого принципу. Так, зокрема, стверджується, що «даремним виявиться розгляд активної підстави позову, якщо після її підтвердження пасивна підстава не підтвердиться, тому що при пред'явленні нового позову з тією ж активною підставою, при таких, що змінилися, фактах пасивної підстави позову, суду прийдеться розглянути активну підставу вдруге» [12, с. 149].

Отже, наведене свідчить про визнання в цивільному процесі принципу процесуальної економії. Проте інша ситуація має місце в цивільному праві. Йдеться про протилежний принцип, який ми пропонуємо називати принципом матеріальної експертизи (цивільної справи). Цей принцип стосується лише матеріально-правових аспектів справи, залишаючи осторонь процесуально-правові її сторони.

Мається на увазі порядок аналізу характеру та умов застосування основних норм цивільного права, про який йшлося вище: від розгляду виникнення права вимоги до дослідження відведення, від відведення до відкладення, і тим самим до переважу в запропонованому нами розумінні. Правіж, відведення та відкладення — це суто матеріально-правові поняття.

Слід зазначити, що такий порядок має важливе методологічне значення, оскільки постійне його повторення в навчальній практиці привчає студента до суворого міркування, в якому важко пропустити щось юридично важливе. Зрештою, йдеться про аналіз цивільної справи з погляду встановлення характеру цілісної цивільно-правової норми як справжньої логічної норми цивільного права, тобто про аналіз справи в експертному стилі.

Експертний стиль, на противагу судовому стилю, розпочинається з визначення бажаного правового наслідку у формі припущення, після цього визнача-

ються умови, які ведуть до такого наслідку, аналіз яких здійснюється у зворотному порядку та, зрештою, у формі субсумції. Загальна схема аналізу визначається формулою: проблема – дефініція – субсумція – результат, а саме правове дослідження здійснюється на підставі правил дидактичного походження: «дві-особи-відношення», або «2-К»; «4-К» та «5- або 4-В» [26]. Перше із них дозволяє розпочати аналіз справи із визначення учасників спірного відношення, друге, включаючи перше, як видно вже з назви, дозволяє сформулювати перше та останнє речення розв'язання цивільно-правового завдання, останнє є загальним планом розв'язання – серединою, матеріалом між згаданими першим та останнім реченнями. В останньому правилі яскраво проявляється поняття правіжного складу та застосовується принцип матеріальної експертизи: аналіз правової проблеми здійснюється в послідовності: чи виникло (*перше В*) право вимоги, у тому числі чи немає правоперешкодного відведення (*друге В*), чи немає правоприпинного відведення (*друге В*), чи немає відкладення (*третє В*), чи має місце відступлення вимоги (*четверте В*), яке вирішення (*п'яте В*). У німецькій мові терміни починаються на *E*: «*Entstanden, Erloschen, Einreden, Ergebnis*», при цьому цесія тут може пропускатися [26, с. 15, 24]. А правило, слова якого в латинській мові починаються з *K* (*Q*), в німецькій передається через *W* (можливо, чи не найбільш відоме німецьким студентам методичне правило 4-*W*). Це правило має форму запитання: «Хто бажає що від кого із чого?» («*Wer will was von wem woraus?*») [26, с. 8]. Хто – кредитор, від кого – від боржника, що – правіж (правіжна мета), із чого – із правіжної підстави, тобто позитивних умов застосування правіжної норми, які потрібно аналізувати разом із негативними умовами застосування правіжної норми, тобто в рамках правіжного складу. Принцип матеріальної експертизи буде означати, що аналіз у початковій навчальній практиці та в експертному стилі слід проводити в такій, і тільки такій послідовності: позитивні умови для виникнення правіжу, відведення, відкладення.

Оскільки зазначене стосується не лише німецького, а й вітчизняного цивільного права та його методології, то тим самим назрілою є потреба використання поняття правіжного складу і в Україні. Це стосується й принципу матеріальної експертизи. При цьому слід взяти до уваги, що той, хто бажає обмежитися лише рецепцією німецького поняття, має розуміти, що німецькому поняттю правіж у вітчизняному праві відповідає термін «право вимоги», «право на чужі дії», а не правіж як інтердисциплінарне поняття в контексті «права на захист» [27; 28, с. 124, 125], тоді як запропоноване нами методологічне поняття правіжу, з одного боку, не збігається з традиційним німецьким поняттям правіжу, а з другого – не суперечить останньому. Це поняття і в німецькому, і в вітчизняному цивільному праві та методології може бути визначено двома способами, тобто як: здійснимість права вимоги та як здійснимо право вимоги, та може бути використано, насамперед, у процесі логічної реконструкції вітчизняної теорії цивільного права та загальної теорії права, в тій частині, яка стосується методології правореалізації.

Загалом із викладеного можна дійти таких висновків.

1. Правіжний склад – це, з формального боку, порядок аналізування характеру відповідної цивільно-правової норми, зі змістовного – це порядок аналізу-

вання умов застосування відповідних основних норм цивільного права в рамках цілісної (логічної) норми цивільного права. Його мнемотехнічна формула: виникнення — відведення — відкладення права вимоги.

2. Правіжний склад опирається на той факт, що суб'єктивне право з огляду на його характер можна розділити на такі види: дійсне, недійсне, здійснимо, нездійснимо, довільне, недовільне, при цьому довільне суб'єктивне право — це те саме, що й дійсне, але нездійснимо право.

3. Правові наслідки основних норм цивільного права групуються навколо правового наслідку правіжної норми. Це означає, що не існує у змістовному плані спеціального правового наслідку заперечних норм. Ці останні наслідки визначаються метою впливу на характер правіжної цілі.

4. На противагу принципу процесуальної економії у цивільному процесі — в цивільному праві має значення принцип, який варто називати принципом матеріальної експертизи. Суттю цього принципу є правіжний склад з формального або змістовного боку. Його можна визначити *через необхідність* аналізування (опрацювання в навчальній чи експертній практиці) цивільної справи в такій послідовності: аналіз з позитивної точки зору, аналіз з негативної точки зору, а саме: аналіз правіжних підстав разом з правоперешкодними відведеннями, аналіз правоприпинних відведень, аналіз норм-відкладень.

5. Для правильного розуміння правіжного підходу в праві важливе значення має розрізнення матеріального та процесуального, правового та фактичного аспектів загальної проблеми. Найбільшою вадою, яка призводить до помилок, є неусвідомлене їх змішування, тому не зайвим буде акцентувати на тому, що правіж — це правове, причому *лише* матеріально-правове, питання.

6. На основі правового відношення, в якому і кредитор, і боржник можуть мати права (не обов'язково одночасно): право вимоги у першого і право матеріального заперечення у другого, можна побудувати належну методику опрацювання цивільної справи (правіжну методику), за якою варто готувати студентів-юристів упродовж кількох перших років навчання на юридичному факультеті — як при вивченні цивільного права, так і при вивченні інших матеріальних галузей права. Поняття правіжного складу та принцип матеріальної експертизи чітко виражають суть такої методики.

Наступне дослідження правезу можна здійснити в напрямі аналізу правіжного методу, експертного стилю експлікації застосування цивільного права (опрацювання цивільної справи), а також шляхом детального визначення формальної системи цивільного права та її інтерпретації (конкретизації).

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Трутеня В. В.* Філологія правезу // Актуальні питання реформування правової системи України : зб. наук. ст. за матеріалами IV Міжнар. наук.-практ. конф. (Луцьк, 1–2 червня 2007 р.) : у 2 т. / уклад. Т. Д. Климчук, І. М. Якушев. — Луцьк, 2007. — Т. I. — С. 467–471.
2. *Windscheid B.* Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts. — Düsseldorf, 1856. — IV, 238 S.
3. *Шанн Я.* Основы гражданского права Германии : учеб. — М., 1996. — 304 с.

4. Павлюк А. Г. S5 як модально-логічна основа теорії цивільно-правового відведення // Логіка і право : матеріали IV Міжнар. наук.-практ. конф. «Логіка і право» (Харків, 11 травня 2012 р.) / наук. ред. О. М. Юркевич. — Х., 2012. — С. 117–119.
5. *Bringewat P.* Methodik der juristischen Fallbearbeitung : mit Aufbau- und Prüfungsschemata aus dem Zivil-, Strafrecht und öffentlichen Recht. — Stuttgart, 2007. — XVI, 205 S.
6. *Korenke T.* Bürgerliches Recht : eine systematische Darstellung der Grundlagen mit Fällen und Fragen. — 1. Aufl. — München, 2006. — XXXVII, 289 S.
7. *Eltzschig J.* Die Anfängerklausur im BGB : Kernprobleme des allgemeinen Teils in der Fallbearbeitung / Jan Eltzschig ; Jens Wenzel. — 3, überarb. und erw. Aufl. — Berlin, 2008. — XIII, 254 S.
8. *Шанн Я.* Система германского гражданского права : учеб. — М., 2006. — 360 с.
9. *Schapp J.* Grundlagen des bürgerlichen Rechts. — München, 1991. — XII, 254 S.
10. *Schapp J.* Einführung in das bürgerliche Recht. — 4. Aufl. / bearb. von Jan Schapp und Wolfgang Schur. — München, 2007. — XVI, 272 S.
11. *Hoffmann U.* Technik der Fallbearbeitung im Wirtschaftsprivatrecht. — 3, überarbeitete Auflage. — München, 2010. — XI, 330 S.
12. *Гурвич М. А.* Право на иск. — М. ; Л., 1949. — 216 с.
13. *Mettenheim von C. v.* Der Grundsatz der Prozessökonomie im Zivilprozess. — Berlin, 1970. — 179 S.
14. Логико-философские труды В. А. Смирнова / отв. ред. В. И. Шалак ; Институт философии. — М., 2010. — 592 с.
15. *Трутень В. В.* Комбінована *n*-мірна юридична логіка: в застосуванні до експлікації цивільно-правового поняття «правіж» // Логіка і право : матеріали IV Міжнар. наук.-практ. конф. «Логіка і право» (Харків, 11 травня 2012 р.) / наук. ред. О. М. Юркевич. — Х., 2012. — С. 131–134.
16. *Васильев Н. А.* Воображаемая логика : избр. тр. — М., 1989. — 264 с.
17. *Фейс Р.* Модальная логика. — М., 1974. — 520 с.
18. *Титов В. Д., Цалин С. Д., Невельська-Гордеева О. П. та ін.* Логіка : підруч. для студ. вищ. навч. закл. / за заг. ред. В. Д. Титова. — Х., 2008. — 208 с.
19. *Langheineken P.* Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. — Leipzig, 1903. — XVI, 368 S.
20. *Valerius B.* Einführung in den Gutachtenstil : 15 Klausuren zum Bürgerlichen Recht, Strafrecht und Öffentliches Recht. — Berlin, 2005. — IX, 230 S.
21. *Medicus D.* Bürgerliches Recht : eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung / von Dieter Medicus und Jens Petersen. — 22, neu bearb. Aufl. — Köln, 2009. — XXXVII, 504 S.
22. *Schaller J.-M.* Die Anspruchsmethode // AJP/PJA. — 2011. — № 1. — С. 3–17.
23. *Ehrlich E.* Grundlegung der Soziologie des Rechts. — 4. Aufl. durchges. u. hrsg. von Manfred Rehbinder. — Berlin, 1989. — 441 S.
24. *Ивин А. А.* Логика норм. — М., 1973. — 121 с.
25. *Вригт Г. Х.* Логико-философское исследования : избр. тр. / пер. с англ. Г. Х. Вригт ; общ. ред. Г. И. Рузавина и В. А. Смирнова ; сост. и авт. предисл. В. А. Смирнов. — М., 1986. — 600 с.
26. *Katko P.* Bürgerliches Recht : schnell erfaßt. — Berlin, 1995. — 303 S.
27. *Крашенинников Е. А.* К теории права на иск. — Ярославль, 1995. — 76 с.
28. *Алексеев С. С.* Общая теория права : в 2 т. — М., 1982. — Т. 2. — 354 с.

Трутен В. В. Правіжний склад і принцип матеріальної експертизи

Анотація. У статті розглядаються поняття правіжного складу та принцип матеріальної експертизи. У першому випадку йдеться про порядок дослідження здійсності суб'єктивного права вимоги (правежу в методологічному відношенні): виникнення, припинення, відкладення здійснення права. У другому йдеться про те, що такий порядок у цивільному праві є незмінним. Загалом звертається увага, що ці поняття мають дидактичне значення у навчанні юристів.

Ключові слова: правіж, правіжний склад, принцип матеріальної експертизи, правіжний метод, експертний стиль, цивільне право, правова методологія.

Трутен В. В. Притязательный состав и принцип материальной экспертизы

Анотация. В статье рассматриваются понятие притязательного состава и принцип материальной экспертизы. В первом случае речь идет о порядке исследования осуществимости субъективного права требования (притязания в методологическом отношении): возникновение, прекращение, откладывание осуществления права. Во втором говорится о том, что этот порядок в гражданском праве является неизменным. В целом обращается внимание на то, что эти понятия имеют дидактическое значение при обучении юристов.

Ключевые слова: притязание, притязательный состав, принцип материальной экспертизы, притязательный метод, экспертный стиль, гражданское право, правовая методология.

Truten V. Claim Structure («Anspruchsaufbau») and Principle of Material Examination

Summary. The concept of claim structure and the principle of material examination are considered in the article. In the first case the question is about an order of research of practicability of the subjective right of the requirement (claim in the methodological relation): occurrence, termination, putting off the realisation of right. In the second case it is said that this order in civil law is invariable. Generally, the attention that these concepts have didactic value at training lawyers is paid.

Key words: claim, claim structure, principle of material expert examination, claim method, expert style, civil law, legal methodology.

КОНФЛІКТ І ДОГОВІР



Є. БУРЛАЙ
*кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник*

Оскільки дотримання договорів приписується природнім правом (адже було необхідним, щоб між людьми існував хоч який-небудь порядок обопільних зобов'язань, іншого ж способу, більш узгодженого з природою, неможливо вигадати), це джерело стало витокom внутрішньодержавних прав.

Г. Гроцій

Захист і переваги, забезпечувані системою взаємного утримування від дій, яка лежить в основі як права, так і моралі, в різних суспільствах можуть поширюватися на дуже різні кола людей. Відмова у цьому елементарному захисті будь-якій категорії людей, ладних погодитися з відповідними обмеженнями, порушила б принципи моральності і справедливості...

Х. Л. А. Харт

Вступна частина

Ця стаття продовжує розгляд питання про конфлікт і конфліктність як чинники соціальної дійсності, здатні пояснити принципові моменти природи права, порушене у статті «Конфлікт і право» [1]. Однак якщо згадану статтю присвячено, головним чином, характерним рисам конфлікту як соціального феномену, що викликає до життя право як специфічний тип соціальної регуляції, то в подальшому (зокрема, у цій публікації) автор вважав би за логічне проаналізувати деякі елементи правового способу регулювання і пояснити їх походження потребами контролю конфліктності в соціумі, співмірного з гостротою і небезпечністю останньої.

Основними складовими права як чинника стримування соціальної конфліктності¹ є відносно нечисленні специфічні феномени, які з більшою чи меншою

¹ На нашу думку, зі спрощенням, не пов'язаним зі значною теоретичною похибкою, можна вважати, що соціальне регулювання, здійснюване через право, й полягає переважно в контролі рівня та інтенсивності соціальної конфліктності; елімінація масових соціальних

виразністю спостерігаються за будь-якого історичного способу правового регулювання і які коротко були згадані на завершенні статті «Конфлікт і право». З огляду на специфічні функції кожного у механізмі правового регулювання вони постають перед нами у такій логічній послідовності: договір (угода), судові рішення, примусово підтримуване правило загальнообов'язкового значення (норма). Зрозуміло, усі згадані способи правоіснування передбачають наявність відповідних суб'єктів та акти їх волевиявлення, що спрямовують, програмують і усталюють людську поведінку у певних формах.

Надалі кожен із цих способів автор має намір проаналізувати окремо. При цьому, на його думку, першим, з огляду на логіку та історію правового регулювання, має бути розглянуто явище *договору (угоди)*, що займає абсолютно непересічне місце в механізмі правового регулювання і відповідно — в механізмі контролю соціальної конфліктності. Тож метою цієї статті є окреслення в найбільш загальних рисах феномену договору як способу впорядкування конфліктних відносин у людських суспільствах на засадах права.

До питання про передумови виникнення договору як правового механізму

Питання про соціальні, антропологічні, психологічні та інші передумови появи і ствердження у суспільному житті практики укладення та виконання договорів (у тому числі через механізм примусу) є складним і потребує для відповіді значного обсягу консолідованих знань про суспільство і людину. В деяких публікаціях автор робив спроби залучити такого роду знання з метою більш точного розуміння природи деяких правових явищ, договору включно [2]. У цьому випадку для більш чіткого розуміння ролі договору в рамках правового способу регулювання і його соціальної функції уявляється необхідним коротко згадати про деякі категорії з суміжних сфер наукового знання, які в контексті аналізованої теми мають суттєве методологічне значення. Йдеться, зокрема, про поняття *соціального обміну, соціальної суб'єктності та соціальної конвенції*, які поряд із дослідженим раніше поняттям «соціальний конфлікт» окреслюють коло чинників, що обумовлюють виникнення і функціонування права в людському суспільстві.

Соціальний обмін. Йдеться про відносно новітню й одночасно традиційну категорію в соціальних дослідженнях. З одного боку, її покладено в основу однієї з авторитетних і перспективних сучасних соціологічних концепцій, започаткованих американськими соціологами Дж. Хомансом і П. Блау, в рамках якої процес соціальної поведінки суб'єктів розуміється як обмін і пояснюється переважно через понятійний апарат теорій економічного обміну та «економічної людини» [3, с. 92–118; 4]. З другого боку, вона відтворює певні закономірності соціального існування людей, досліджені людством дуже давно. Дійсно, як суспільство в цілому, так і окремі індивіди здатні функціонувати тільки через меха-

конфліктів та дієве запобігання їм є його корінною функцією, для виконання якої в суспільстві формуються відповідні механізми і структури. Функція реалізації політичного інтересу, притаманна праву розвинутих цивілізованих суспільств, не є іманентною праву за його природою. Більше того, використання правових засобів для реалізації політичних цілей може виступати (і за фактом часто виступає) чинником, що провокує загострення системної конфліктності в суспільстві.

нізм обміну. Окрема людина не існує сама по собі, вона є елементом соціального цілого, а це означає, що необхідний ресурс для життєдіяльності вона отримує від свого середовища, від соціуму, від соціальних груп, учасником яких вона є, від тих, з ким вона безпосередньо і систематично спілкується в повсякденному житті. Водночас, як необхідна частина конкретних соціальних груп і суспільства в цілому, вона в свою чергу є передумовою існування останніх. У певному розумінні буття людини є самоцільним (у тому числі й тоді, коли вона через відповідні цільові зусилля отримує від свого середовища те, чого прагне сама, в чому вона як окрема особистість відчуває потребу), є буттям «для себе». Однак буття «для себе» виявляється для неї можливим лише через буття «для інших». Нагромаджуючи в процесі соціалізації певний потенціал навичок, знань, умінь тощо, отримуючи необхідний досвід існування в рамках конкретного суспільства і конкретних груп, контролюючи через відносини власності або в інший спосіб конкретні матеріальні ресурси, одним словом, перетворюючись на носія та утримувача певних соціальних якостей і цінностей, вона віддає їх своєму середовищу, продукуючи конкретні матеріальні або духовні блага, виконуючи соціально корисні функції. Такий механізм не є чийсь раціональним встановленням чи винаходом. Йдеться про прояв соціально-природної закономірності. Те, що відбувається з рухом ресурсів і цінностей в людських соціумах, нагадує речовинно-енергетичний обмін в природному світі, який підтримує збалансоване існування природних об'єктів як ланок єдиного ланцюга. Так і в соціальному середовищі кожен з учасників соціуму є передумовою існування інших; віддаючи, він одночасно отримує; при цьому його функціональність (здатність надати своєму оточенню і своєму суспільству той обсяг корисного ресурсу, що від нього очікується) має відповідати його місцю в соціальній структурі для уникнення різних розладів і напружень в останній. Це передбачає певний баланс у тому, що людина (група) в рамках конкретного історичного суспільства передає своєму оточенню і що вона натомість отримує. Не потрібно вважати згаданий момент лише економічним аспектом питання. Зазвичай люди не вираховують баланс відданого та отриманого ними у повсякденному житті, тим більше, що не все, що є цінним з людської точки зору (приятність, любов, товарицькість, моральна підтримка у складній ситуації, піклування тощо) піддається кількісним оцінкам. Але завжди існують відповідні очікування, сподівання людей на те, що в рамках частини свого існування, яку вони так чи інакше присвячують іншим, вони отримають для себе те, що сприймають як належне і природне. Іншими словами, коректність соціального обміну — питання не менш етичне, ніж соціально-економічне. Саме різноманітні викривлення, недосконалість в розподілі соціальних ресурсів і дотриманні адекватності у тому, щоб кожен із членів соціуму отримував очікуване, на які так багата людська історія, є потужним генератором конфліктності на міжлюдському, груповому та загальносоціальному рівнях, у тому числі найбільш тяжких, катастрофічних її форм. І якщо ця конфліктність у повсякденному житті суспільства виявляється у більшій чи меншій мірі контрольованою і не має руйнівних наслідків, то це й досягається, зокрема, саме через винайдені у ньому механізми, здатні підтримати і певним чином забезпечити адекватність соціального обміну. Одним із таких найбільш сильних механізмів є *згода* конкретних суб'єктів (здатних усвідомити співвідно-

шення благ, що обмінюються) на здійснення обміну на умовах, які вони вважають прийнятними для себе. При цьому добре відомо, що чітко висловлена в конкретному вольовому акті згода щодо подальших обов'язкових дій є угодою, а угода, відповідним чином формалізована для того, зокрема, щоб у разі її порушення бути підтриманою і захищеною, є договором. Як можна бачити, між соціальним явищем обміну і правовим явищем договору немає проміжних ланок; генетично договір є найбільш близькою до соціальної реальності правовою формою¹.

Отже, одним із засадничих чинників генезису договору як елементу механізму правового регулювання, а зрештою — права як способу соціального регулювання в цілому, є *соціальний обмін, під яким можна розуміти об'єктивно зумовлену практику обопільної передачі та отримання соціальними суб'єктами життєвого ресурсу, необхідного їм для існування і розвитку у конкретних історичних умовах*. Справедливості такого висновку не суперечить та обставина, що в будь-якому соціумі далеко не весь масив відносин соціального обміну опосередковується правовими договорами і правом взагалі.

Соціальна суб'єктність. У соціальному середовищі значна частина соціального обміну опосередковується механізмом людського волевиявлення, побудованим на здатності людини до осмислення своїх потреб та інтересів (інтерес — це усвідомлена наявна і передбачена в майбутньому потреба), бачення мети (мета — це ідеалізоване уявлення результату задоволеного в майбутньому інтересу) та обрання можливих шляхів для їх досягнення (здатність до оцінок і вибору). Це означає, що обмін в соціумі за загальним принципом передбачає *суб'єктність*, тобто присутність тих, *хто діє цілеспрямовано, оцінює ситуацію і реалізує вибір*².

Про значення чинника суб'єктності для пояснення природи соціального конфлікту і конфліктності згадувалося у статті «Конфлікт і право». В контексті цієї праці доцільно зазначити, що розвиток суб'єктності (тобто здатності людини, групи, соціуму до самовизначення і діяльності у відповідному середовищі за власним вибором) є прямим наслідком ризиків, притаманних цивілізованам формам соціального існування. Інколи вона й розуміється як «здатність (готов-

¹ Про момент спорідненості явищ обміну і договору дуже переконливо писав свого часу видатний радянський юрист Є. Пашуканіс [5, с. 112]. Щоправда, при цьому він акцентував увагу на окремому випадку соціального обміну — товарообміні.

² Такий висновок фіксує певний принцип (закономірність), за якого функціонують цілісні людські соціуми, і є справедливим навіть з урахуванням того, що конкретний процес соціального обміну в кожний момент часу не обов'язково передбачає розвинуту суб'єктність, здатність обирати і взагалі бути суб'єктом обміну. Так, наприклад, маленька дитина, що отримує необхідний їй для життя ресурс від батьків, може вважатися лише потенційним учасником відносин із соціального обміну; вона стане реальним учасником, перетворившись на зрілу соціалізовану людину, що, зокрема, стоїть перед обов'язком надавати необхідну підтримку батькам. Можна сказати більше: в сучасних суспільствах людина за фактом може бути повністю позбавленою можливості виступати продуцентом будь-яких благ, які вона могла б презентувати як учасник соціального обміну; однак при цьому вона виступає його учасником у рамках цілісної соціальної організації (наприклад, зріла людина, що об'єктивно не здатна себе утримувати або потребує пожиттєвого піклування). Такий стан речей характерний не для кожного історичного суспільства.

ність) надавати адекватну відповідь на зовнішні впливи та внутрішні процеси, що загрожують існуванню суб'єкта» [6, с. 14]. Тому саме *суб'єктивність* (виключно персональна здатність суб'єкта сприймати світ) та *суб'єктність* (здатність діяти у ньому і впливати на нього) занурюють членів соціуму (індивідуальних чи колективних) у необхідність узгодження різних суб'єктних стратегій у суперечливому середовищі (рівень і гострота цієї суперечливості визначаються ступенем відокремленості членів соціального цілого одне від одного). За таких умов одним із найбільш дієвих та економних з огляду на ресурсне забезпечення є шлях *взаємних обмежень* суб'єктів, їх *обопільне утримання* від форм активності, які є небезпечними та загрозованими для життєдіяльності кожного, а також *погодженість* у тому, які форми поведінки могли б бути найбільш прийнятними для реалізації різноспрямованих суб'єктивних інтересів. Саме з огляду на це й заслуговує на особливу увагу узагальнююче висловлювання британського філософа права Х. Харта, винесене в епіграф цієї статті.

Говорячи про суб'єктність як передумову правової договірної практики, необхідно зазначити, що вона є історично та соціально мінливим явищем; здатність людини або іншого суб'єкта до цілеспрямованої, побудованої на раціональному виборі поведінки не є постійною завжди, всюди і для всіх. З огляду на це, говорити про людину у справжньому розумінні цього слова, як і про справжнє людське суспільство, мабуть, є підстави лише тоді, коли люди, групи і соціуми мають здатність визначати і реалізовувати у своєму функціонуванні власний вибір, мають можливість діяти відповідно до своїх уявлень про необхідність і доцільність. Побічним метафізичним свідченням цього є той факт, що практично будь-яка релігійна система в своїх соціально-філософських основах від самого початку презюмує людину як завершеного суб'єкта. Це, зокрема, чітко простежується в іудео-християнській доктрині, згідно з якою Бог створив людину одразу здатною за своєю природою до вибору. Ця здатність, до речі, фатальним чином проявилася у вчиненні прабатьками людей неприпустимого в очах Бога проступку, в порушенні його настанов, за що вони й були покарані вигнанням із Едему і тяжкою долею нащадків, приречених вести земне існування. Крім усього іншого, цей символ означає, що здатність до непокори, до порушення настанов, до позанормативної поведінки і провокації конфліктів є необхідною ознакою і проявом суб'єктності й свободи волевиявлення.

Соціальна конвенція. Явище конвенціоналізму тісно пов'язане з інститутом соціальної суб'єктності, проявом якої є насамперед здатність до обрання та здійснення дій за власним волевиявленням. Уже згадувалося, що соціальна суб'єктність — історично й соціологічно мінливе поняття; за різних історичних умов і обставин рівень суб'єктності людських індивідів і груп може бути різний. Наприклад, він цілеспрямовано обмежується в умовах гострого дефіциту життєвих ресурсів, коли їх розподіл не може здійснюватися неконтрольовано і хаотично; в умовах масштабних катастроф і значних небезпек, що загрожують існуванню цілісних соціумів; в умовах ствердження жорстких авторитарних систем правління у соціумах тощо; в первинних недиференційованих суспільствах колективна суб'єктність домінує над індивідуальною та обмежує її. Однак за своєю сутністю, в яких формах і обсягах суб'єктність не існувала б, факт її наявності передбачає здатність бути джерелом активності і цільового впливу на

оточення, а не навпаки. Проте подібний цільовий вплив одного суб'єкта, його природне бажання діяти на свій розсуд неодмінно супроводжується протидією інших суб'єктів, що прагнуть власної самореалізації. Тому явище суб'єктності виводилося нами раніше як постійна і необхідна передумова соціальної конфліктності, а сама конфліктність у певних межах визнавалася нормальним атрибутом суспільного життя.

Однак конфліктів не буває без соціального спокою, війн — без миру, тертя і суперечок — без злагоди. Більше того, мир і злагода за загальним правилом вважаються особливою цінністю і бажаним станом речей, оскільки передбачають відсутність штучних втрат, жертв, мобілізаційного ресурсного напруження у міжсуб'єктних стосунках, натомість передбачають спокій, можливість планування найближчого майбутнього і розмірені дії з реалізації планів. Способи досягнення мирного співіснування конфліктуючих суб'єктів можуть бути різними, включно з насильницькими; однак злагоджене мирне існування (таке, що досягається без насильства) можливе лише тоді, коли соціальні позиції суб'єктів з різними інтересами, поглядами і намірами, балансуються, узгоджуються між собою і коли суб'єкти практично готові обмежувати власну активність до рівня узгодженого. Механізми досягнення такої узгодженості коливаються від спеціального примирення тих, хто відкрито ворогує між собою, до мовчазного обопільного прийняття суб'єктами алгоритмів поведінки, які б не шкодили одне одному і не обмежували б кожного у їх життєвому інтересі. *Саме практика узгодження у різний спосіб порядку взаємодії суб'єктів, що мають різні інтереси і прагнуть їхнього задоволення, може вважатися соціальним конвенціоналізмом*¹.

Соціальний конвенціоналізм — явище стародавнє, можливо, воно є ровесником цивілізованої історії людства. Предметом спеціалізованих соціологічних та соціально-психологічних досліджень воно стало, однак, відносно нещодавно, хоча ці дослідження мають могутніх попередників у вигляді різних історичних версій вчення про соціальний контракт (суспільний договір) та спроб пояснити наявність мінімального соціального порядку через дотримання соціальними суб'єктами договорів між собою, що є найбільш природним². Універсальність явища соціальної конвенціональності зумовлюється тим, що воно є невід'ємним від чинника суб'єктності. Як можна бачити, конвенціональний механізм (механізм узгодження різних стратегій поведінки членів соціумів) є єдиною альтер-

¹ «Соціальна конвенціональність має декілька основних значень... У широкому сенсі вона розуміється як здатність соціальних суб'єктів співіснувати на основі різних видів угод... У вузькому сенсі — це: а) форма позитивних соціальних взаємодій та якісна характеристика об'єднання соціальних суб'єктів у надперсональні спільноти; б) взаємодія соціальних світів, що призводить до формування загальної конвенціональної території (інтерсуб'єктивного світу) з конвенційними нормами, цінностями та «правилами гри» [7].

² Див., зокрема, висловлювання Г. Гроція, винесене тут в епіграф. При цьому слушно звернути увагу на те, що, згідно з ученням цього видатного філософа і юриста, природність укладення і дотримання договорів, по-перше, робить його джерелом прав не лише у приватних, а й в публічних відносинах (зокрема, у відносинах організації державної влади), по-друге, дозволяє впорядковувати в належний спосіб відносини навіть між такими специфічними суб'єктами, як народи і держави, що майже завжди керуються у відносинах між собою міркуваннями політичної доцільності і готові до конфлікту.

нативною конфліктним алгоритмам, оскільки він, по-перше, передбачає мирний спосіб міжсуб'єктної взаємодії, по-друге — побудований на згоді, тобто на вольовій позиції, що зберігає і реалізує суб'єктність. Цьому висновку не суперечить той факт, що нерідко волевиявлення у межах конвенціонального механізму не є вільним, і подекуди укладення конвенцій між суб'єктами, що перебувають у стані складного реального або потенційного конфлікту, є способом примусового його вирішення (конвенція може виникнути в умовах безвиході й укладатися для того, щоб зберігся контакт або існування суб'єктів; такими є, наприклад, угода про капітуляцію сторони, що програла у війні, згода обвинуваченого співпрацювати зі слідством, згода найманого працівника на неправомірні дії роботодавця з метою уникнення ризику бути звільненим тощо). Не суперечить цьому висновку і той факт, що людина зазвичай соціалізується за умов, коли про базові алгоритми поведінки в потенційно конфліктних ситуаціях не потрібно домовлятися в силу їх вкоріненості у людську практику у вигляді усталеного нормативного порядку. Адже про нормативний порядок, про чинні соціальні норми є підстави згадувати лише тоді, коли існує потенційна можливість і реальна практика їх порушень, тобто коли вкорінені соціальні конвенції та очікування не реалізуються внаслідок відповідного суб'єктивного вибору.

Усе щойно згадане не можна вважати якоюсь особливою інновацією у поясненні принципів моментів життєдіяльності цивілізованих соціумів; поняття соціального обміну, соціальної суб'єктності та соціального конвенціоналізму активно досліджуються і використовуються у рамках відповідних наукових концепцій. Але у цьому контексті згадку про них не можна сприймати і як трюїзм, оскільки далеко не завжди в ході теоретичного аналізу договору як правового явища, як специфічного механізму впорядкування соціальних відносин на правових засадах згадується про його конкретні соціальні витоки. Це в свою чергу впливає на точність висновків у межах правових досліджень¹.

Договір як правовий антиконфліктний механізм

Наведені вище міркування послідовно приводять до висновку про договірний механізм як найбільш природну, а тому й логічно² першу складову право-

¹ Доречно зазначити, що феномен правового договору на сьогодні не є, на жаль, об'єктом активних теоретико-правових досліджень. Серед помітних праць теоретичного спрямування з цієї тематики, створених у недалекому минулому, можна згадати, зокрема праці Ю. Тихомирова [8], В. Іванова [9], М. Казанцева [10–11], М. Нечитайла [12], А. Корецького [13], М. Марченка [14], Є. Батлера [15], Н. Пархоменко [16]. В окремих випадках загальнотеоретичні питання стосовно інституту договору розглядаються у наукових розробках у сферах цивільного, міжнародного приватного та міжнародного права.

² Окремим питанням є те, чи можна вважати договір і хронологічно першою складовою правового методу регулювання, чи дійсно він передує, зокрема, судовому рішенню, а далі — звичаю і позитивному закону, які вважаються джерелами будь-якого права. Адже якщо останні — «джерела», то саме з них має розпочинатися правове регулювання. До останнього міркування потрібно додати, що в сучасних умовах договори мають відповідати критеріям «правомірності», встановленим у законі або у відповідних установчих конвенціях (якщо йдеться про міжнародні договори), а їх реалізація — нормам щодо порядку виконання і гарантування правових зобов'язань, що випливають із договорів.

Все ж, якщо, по-перше, бути послідовно логічним (а коректний логічний аналіз, як правило, підтверджується історичним), по-друге — брати до уваги реальні соціологічні та історичні

вого способу контролю конфліктності (або права як типу, способу соціального регулювання). Генетичний зв'язок *соціального обміну* (як практично універсального алгоритму взаємодії людей у суспільстві, особливо економічно розвинутому), *соціальної суб'єктності* (як універсального способу самовідчуття людини або людської групи як таких, що діють за власним розумом і волею), *соціальної конвенції* (як універсального механізму досягнення злагодженої взаємодії суб'єктів, що керуються різними інтересами, а тому об'єктивно перебувають у конфліктогенних стосунках) із явищем правового договору уявляється цілком очевидним. Адже сутність, призначення, мета договору, якої б форми (угода, контракт, конвенція, пакт тощо) він не набував би і в який спосіб (мовчазний, усний публічний, письмовий, нотаріально оформлений тощо) не укладався, полягає в одному: кожен із суб'єктів, який через взаємодію (часто невідворотну) з іншим набуває необхідні йому життєві ресурси¹, має *гарантовано отримати очікуване* як співставне відданому ним. А сенс договору як *правового інструмен-*

факти, можна дійти висновку про функціональну (а отже, й хронологічну) первинність договору у порівнянні з іншими елементами механізму правового регулювання. Як спосіб казуального регулювання дій, що містять ризик конфлікту, самими суб'єктами цих дій, він безумовно передре будь-яким нормам, що роблять регулювання загальним, однотипним для невизначеної кількості подібних випадків і обов'язковим для невизначеної кількості суб'єктів. Дійсно, саме з конкретних випадків укладення цивільних договорів (міна, купівля-продаж, найм, позичка, підряд тощо), перших казуальних угод роботодавців і найманих працівників, конкретних спроб завбачливо врегулювати найбільш небезпечні (майнові) відносини подружжя у шлюбному контракті, конкретних випадків міжнародних угод із різних аспектів співіснування держав, з їх повторення у часі і просторі кристалізуються їх певні стандартні форми, які й утворюють зміст відповідних норм — спочатку неписаних, а далі й зафіксованих (для інформаційної надійності) письмово. Також практично укладений у той чи той спосіб договір, за яким суб'єкти в узгоджений спосіб вирішують актуальні питання свого буття, природним чином передре і судовому рішення з приводу невиконання або неналежного виконання зобов'язань за ним. Зрештою, навіть специфічне судове рішення за позовом із делікту (із факту причинення шкоди) не можна вважати таким, що передре правовому договору, оскільки саме поняття спору, що розглядається у судовому порядку, передбачає згоду (соціальну конвенцію) щодо цього суб'єктів, між якими цей спір виник, тобто фактичну угоду щодо загального правового становища осіб, яка передбачає можливість кожної з них захищати порушений майновий інтерес через суд. Реально в історії практика деліктів (фактів причинення майнової шкоди) поряд із самодіяльною практикою укладення первинних договорів (угод) і порушення останніх є необхідною передумовою поступового формування функції судівництва, яку має здійснювати наявна соціальна влада і здійснення якої тягне за собою виникнення спеціалізованих органів, що здійснюють судочинство (суддів і колегій суддів).

¹ У широкому сенсі під засобами існування можна розуміти будь-який ресурс (матеріальний, духовний, психологічний тощо), яким суб'єкт на певний момент часу не володіє, але в якому відчуває життєву потребу і який він може отримати лише від іншого суб'єкта в процесі відповідної соціальної взаємодії. Інколи цей ресурс може полягати у простій людській присутності поряд із людиною, що перебуває у стані розпачу, хоча передачу такого ресурсу важко виміряти і формалізувати у договорі. Тому формалізації піддається, насамперед, обмін матеріальними ресурсами, що забезпечують фізичне існування людей у цьому світі. Як абсолютна передумова людського буття, рух матеріальних ресурсів (юридичною мовою — майна), а також обмін продуктами життєво важливих функцій (наприклад, управління, відправлення культу тощо) хронологічно першими робляться предметом оформлення через угоди, що є відносною гарантією того, що ресурс відповідає очікуваному й опиняється за адресою.

ту полягає у тому, що він є актом волевиявлення зобов'язуючого значення, який *формалізує* обмінний стосунок для забезпечення його гарантованого виконання і подальшого захисту у випадку необхідності. Згадана формалізація (зовнішнє оформлення) хоча б у найпростіший спосіб позначає суб'єктів обміну, його предмет, факт його укладення, найбільш важливі моменти реалізації (щонайменше акт, який символізує отримання сторонами очікуваного і задоволення отриманим). На більш високому рівні розвитку цієї практики у договорі починають визначатися час, місце, порядок фактичного отримання сторонами того, що вони мають отримати за обміном, та інші суттєві умови обміну. Знову ж таки з часом у ньому починають позначатися і гарантійні механізми, що виникають із практики порушень договірних зобов'язань, які примушують сторони бути дисциплінованими і точними, а також обмежують суперечки з приводу неналежного виконання договорів (адже за логікою речей кожна сторона договору, якщо він не є фіктивним, бажала б уникнути будь-яких непорозумінь після того, як його визнано виконаним).

Саме тут доречно акцентувати увагу на тому, що в суспільних відносинах існує мало співставного з обмінними відносинами за ризиком та рівнем їх конфліктогенності. Це закладено в природі суб'єкта і в природі обміну. Практично будь-який цільовий обмін — це від самого початку жорстке («чисте», полярне) протиріччя, здатне швидко обернутися на відкритий конфлікт, оскільки в межах обміну реалізуються діаметрально протилежні за спрямованістю інтереси його учасників (зокрема, прагнення відчужити свій ресурс із гарантованою, якщо не граничною, корисністю для себе). Це прагнення зумовлює «вічні» алгоритми обмінних стосунків (віддати менше — отримати більше, продати дорожче — купити дешевше, виключити конкурента на актуальний ресурс тощо), в певному розумінні запрограмовані на конфлікт. І справді, останній з'являється одразу, як тільки одна сторона з'ясовує, що обмін є нерівноважним, що один інтерес задовольняється за рахунок іншого, що суб'єкт поза власною волею позбавляється належного йому ресурсу, що загострюється небезпека неотримання цього ресурсу взагалі. Особливої гостроти конфлікт набуває у випадках нерівноважного відчуження суб'єктом власноруч створеного ним блага (це відриває від творця частину його самого у вигляді актів творчості, фізичних та інших зусиль, у результаті яких те чи те благо з'явилося на світ)¹.

Як можна бачити, обмінні стосунки, втілені, зокрема, в обопільній поведінці на основі взаємних мовчазних очікувань або відкритих договорів, є сферою суцільного парадоксу. З одного боку, їх учасники не можуть обійтися одне без одного, прагнучи отримати через обмін необхідні їм блага; тому вони притягу-

¹ Те саме, до речі, можна стверджувати не лише щодо договорів, а й щодо ситуацій, коли суб'єкти-утримувачі ресурсів керуються у своїй поточній поведінці природним бажанням та очікуванням того, щоб належний їм ресурс не став об'єктом зазіхань і довільних посягань. Такими суб'єктами з прадавніх часів виступають як окремі *людські індивіди чи групи* (явище *крадіжки* як зловмисного таємного відчуження індивідуального або колективного майна добре відомо людству вже на стадії родоплемінного суспільства), так і *народи* в історично мінливому сенсі цього слова (спроби насильницького відчуження матеріального, культурного, іншого ресурсу, контрольованого конкретними народами, практично в усі історичні часи є причиною *війн* між ними).

ються одне до одного, як протилежні полюси магніту. З другого боку, в межах обміну вони керуються протилежно різними інтересами і від самого початку взаємодіють як запрограмовані функціональні антагоністи (відкриті або приховані). Наголосимо: йдеться про принцип, про *внутрішню закономірність* договору, яка зберігається незалежно від того, в яких спокійних та миролюбних формах він не укладався б. Сучасна високотехнологічна обмінно-договірна практика є продуктом тривалого історичного процесу культивування договірної форми у різних сферах правового регулювання (міжнародне, конституційне, цивільне, трудове, за нинішніх умов — адміністративне, кримінальне право тощо), і навряд чи наразі можливо визначити і вирахувати, скількох жертв і різного роду втрат ця практика коштувала людству. Обмін бере свій початок у доцивілізаційні епохи історії людства; в усі часи реальні ресурси в людському середовищі *в мирний спосіб* рухалися від утримувача предмета потреби до її носія саме через обмін, а він не має властивості набувати якості рівноважності і збалансованості автоматично. Таких якостей він набуває лише через договір, і тільки договір є передумовою того, що обмін виявиться справедливим.

Договір і синергетична природа права як типу соціального регулювання

У правових і політологічних дослідженнях право найчастіше презентується як цільовий регулятор та інструмент здійснення політики. Такі визначення на сьогодні є практично беззаперечними. Дійсно, організація правового регулювання у сучасних державах побудована насамперед як цілеспрямований процес унормування (через прийняття відповідних актів повноважними суб'єктами) проблемних відносин у суспільстві; крім того, організоване в подібний спосіб правове регулювання є незамінним засобом реалізації конкретних політичних проєктів. Таким чином, розуміння правового регулювання гранично позитивізується.

Безумовно, відповідне соціальне і технологічне підґрунтя для таких висновків існує. Однак методологічні крайнощі не виправдовують себе за жодних умов, і заперечувати проти такого одностороннього бачення правового регулювання можна не лише через логічні доводи, а й через констатацію певних соціально-історичних фактів. Це зокрема стосується досліджуваного тут питання про правовий договір як специфічний механізм вирішення соціальних конфліктів та запобігання їм. У цьому контексті важливо ще раз наголосити, що договір є засобом зобов'язуючої формалізації і дієвим механізмом контролю конфліктогенних тенденцій, *що народжується з потреб й активності самих суб'єктів* (змушених, зокрема, до обміну). Він з'являється як реакція на реальні ситуації зіткнень між ними з приводу того, що їх очікування в отриманні необхідного результату не виправдовуються і створюють загрозу для їх подальшого нормального існування. Зіткнення (тобто конфлікти на відповідних стадіях, у тому числі з високим рівнем інтенсивності, гостроти і небезпеки) — шлях прямих втрат і соціальної деструкції. Саме відчуття та усвідомлення цієї обставини спрямовує людську винахідливість на пошук шляхів, які дозволили б уникнути небезпеки і приводили б до очікуваного кожним результатом. Одним із найбільш високих творчих досягнень людства в цьому плані і є механізм договору як акта взаємного волевиявлення суб'єктів, що вводить їх обоюдно поведінку у кон-

кретні обов'язкові для них межі, а необхідна формалізація (урочистість, ритуальність, інформаційна фіксованість, відкритість та ін.) є дієвою (хоча не завжди абсолютною) гарантією належного виконання того, про що суб'єкти домовляються між собою¹. Те, що договір як механізм упередження конфлікту створюється самими сторонами конфліктогенних відносин, має особливе значення у тому розумінні, що йдеться про синергетичний (позацільовий) чинник розвитку права: *договір — результат природної реакції самозахисту суб'єктів у небезпечній формі їх взаємодії, в умовах ризику значних втрат*. Таким він залишається протягом усієї своєї історії.

Про його особливе, специфічне, автономне місце в системі правового регулювання свідчить і те, що історично договірний механізм передре іншим формам і практично від самого початку відіграє роль універсального регулятора, здатного впорядкувати відносини у різних сферах суспільного життя. Про стародавність інституту договору свідчить, зокрема, інформація про первинну практику цільових обмінних відносин, хоча історичні дані тут вельми умовні (найбільш ранні етапи обмінних стосунків у людських соціумах найвірогідніше неможливо відтворити на доказових фактах, навряд чи вони могли зберегтися). Тим не менше є достатньо свідчень того, що явище угоди є складовою обмінної практики ще в доцивілізаційних соціумах. Йдеться, зокрема, про різні форми торгівлі і відповідні форми угод, що опосередковували стародавній міжплемінний обмін²; про договори, що уклалися між родовими групами щодо шлюбу чоловіка і жінки як членів цих груп (збільшення чисельності роду та його матеріального багатства не могло бути персональною справою окремих індивідів за умов родової організації соціуму, тому суб'єктом договірних відносин виступали у цьому випадку родові колективи); про найбільш ранні договори, що регулювали відносини війни і миру за умов племінної організації суспільства, з яких зароджувалося ще в додержавну епоху первинне міжнародне право³.

¹ Забігаючи трохи наперед, зазначимо, що навіть найбільш сильні засоби формалізації, найбільш сильні гарантійні механізми не здатні забезпечити стовідсоткового виконання договірних зобов'язань всюди й усіма; завжди існують об'єктивні й суб'єктивні причини для невиконання договірних зобов'язань. Тому разом із розвитком практики укладення договорів формується і практика їх примусового захисту, зокрема через механізм судочинства. З поступовим розширенням договірної практики в часі і просторі вона знаходить відповідне відтворення у прецедентних рішеннях судів з приводу порушених договірних зобов'язань, у відповідних поступово сформованих звичаях, а ще пізніше — в законах, що на рівні узагальнюючих абстрактних формул виголошують алгоритми безпечної поведінки суб'єктів в обмінних стосунках і розраховані на використання у кожному випадку можливого виникнення таких стосунків.

² Про архаїчність обміну, торгівлі і відповідної практики оформлення актів обміну (первинних угод) свідчать насамперед здійснені в різний час етнографічні дослідження, що описують історію багатьох народів на доцивілізаційній стадії їх суспільного розвитку (Африка, Мезоамерика, Австралія, острівні культури Тихоокеанського регіону тощо). Значний доказовий матеріал з цієї проблеми надають також дослідження у сфері економічної антропології (Б. Малиновський, К. Поланьї, Н. Зібер, М. Мосс, Х. Шрадер, Ю. Семенов, О. Сусоколов та ін.).

³ Про ранні форми правового регулювання відносин війни і миру між народами див.: [16].

На сьогодні договірний механізм у правовому регулюванні як на національному, так і міжнародному рівнях є надзвичайно розвинутим, він спирається на добре відпрацьоване законодавство й усталені в часі комплекси міжнародно-правових норм, зафіксовані, зокрема, у відповідних конвенціях. З цієї причини виникає прагнення саме в нормативних актах, що описують порядок укладення і здійснення договорів, бачити відповідне право як таке. Однак ні з логічної, ні з соціологічної точок зору такий висновок не був би коректним.

Заклучна частина

На завершення запропонованого короткого аналізу договору як правового механізму контролю соціальної конфліктності хотілося б зробити декілька методологічно важливих зауважень, які одночасно можна вважати й висновками до цієї статті.

По-перше, говорячи про соціальну суб'єктність, ми звертали увагу на таку її необхідну рису, як людська раціональність, результатом і проявом якої є здатність суб'єктів до аналізу і вибору найбільш прийнятних за конкретних умов форм поведінки. Без цієї складової суб'єктності ні інститут договору, ні історичний розвиток й удосконалення договірної практики не були б можливими. Однак при цьому спеціально не бралася до уваги така складова людської суб'єктності, як *іrrраціональність*, здатність людини та людських груп керуватися у своїх діях мотивами, що не визначаються логікою і розрахунками. Крім того, цей момент є важливим для розуміння суперечливої практики договірного регулювання, зокрема того, чому договірний механізм нерідко не використовується тоді, коли він потрібний, і чому соціальні конвенції постійно порушуються. Згадане робить правовий договір проблемою не лише відповідної галузевої науки, а й правової антропології, правової соціології і психології, зрештою, проблемою філософії права¹. При цьому можна погодитися із висновком про те, що договірна практика, якщо віднести її до світу соціальних взаємодій і вважати елементом правового життя, є одним із найменш досліджених з позицій філософії рівнів правової реальності [18, с. 183].

По-друге, вище, у фрагменті про соціальний обмін, зазначалося, що предметом обміну між людьми можуть бути різні соціальні цінності. Однак найбільш органічною сферою обміну можна вважати обмін матеріальними благами, оскільки вони, по-перше, найбільшою мірою піддаються вимірюванню і розрахункам, по-друге, забезпечують базовий (матеріальний, вітальний) рівень людського існування людей, тому те, як відбувається цей обмін, люди контролюють

¹ Інколи на рівні високих узагальнень правовий договір характеризується вельми патетично. «Сформований у рамках людського суспільства, позначений у знаковій системі людини, договір охоплює собою більш високу абстракцію, що дозволяє припустити космологічну значущість цього феномену», — пише, зокрема, російський учений В. Залеский [19].

На перший погляд, «значущість цього феномену» тут явно перебільшена. Однак, якщо уявити собі весь масив угод, що укладаються у рамках сучасного розвинутого суспільства, узяти до відома, що кожного разу при їх укладенні має місце спроба безконфліктного, спокійного способу переміщення ресурсів від одного утримувача до іншого, зміна власника, відчуження і набуття майнових та інших цінностей, можна схилитися до висновку про сам феномен правового договору як системний чинник мирного алгоритму існування людських суспільств.

особливо прискіпливо. Зрозуміло, що сфера матеріального обміну є найбільш концентрованим середовищем практики договірного регулювання, а можливо — і правового регулювання в цілому. Тому особливості, механізм, суперечливість договірного способу організації та здійснення обмінного стосунку найбільш зручно і показово ілюструвати прикладами з практики обміну саме у цій сфері.

По-третє, запропоновані вище міркування щодо первинних правових форм, ранніх договорів як правового чинника, що народжується в соціумі, можуть здатися не дуже зрозумілими послідовному юристу, який звик виводити право із закону і вважає договір правовим явищем тільки тому, що про це недвозначно вказано в законі або якомусь іншому загальноновизнаному джерелі права. Про те, що історичний шлях правового розвитку був зворотнім (від казусу до норми, від конкретного до абстрактного, від фактичної договірної практики до її відтворення в узагальнених положеннях прецедентів, а потім — абстрактних законів, розрахованих на невизначену кількість аналогічних випадків), береться до уваги далеко не завжди. Тому й спроби вважати правовими явища, які спостерігаються у додержавні епохи і подекуди мають місце в позадержавній практиці й нині, сприймаються зазвичай із недовірою і скептицизмом. Однак саме таким є історичний шлях правового розвитку, і через це не можна не вважати правом його ранні форми лише тому, що вони слабо нагадують або зовсім не нагадують сучасні¹.

По-четверте. Пропозиція вважати договір хронологічно першою формою буття права може викликати заперечення (в плані звичних сучасних уявлень про те, що договір має бути «правомірним» і відповідати визначеним законом або міжнародною конвенцією нормам договірного права), або здатися ризикованою з точки зору положень правової антропології, згідно з якими договір передбачає відповідну організацію суспільства, наявність суб'єктів, здатних на вільне волевиявлення й узгодження власних намірів в договорі, тобто вимоги, яким

¹ Наведемо у цьому плані один характерний приклад. К. Маркс в одному із дотепних коментарів щодо символічних значень, які можуть набувати для характеристики суспільних стосунків окремі органи людського тіла, наводить спостереження одним із мандрівників-європейців процедури обміну в архаїчних племінних групах. «Капітан Паррі розповідає про жителів Баффінової затоки: “У цьому випадку (при обміні продуктами) вони облизують її (річ, запропоновану для обміну), після чого, мабуть, вважають правочин формально укладеним, на їх задоволення”» [20, с. 102].

Хтось, прочитавши згадане свідчення, усміхнеться з приводу таких по-дитячому безпосередніх реакцій перших людей і навряд чи замислиться над тим, що у цьому випадку ілюструються елементарні, первинні способи здійснення цільового обміну й укладення (одночасно з виконанням) первинних майнових договорів. Способи ці, до речі, й не такі вже примітивні, оскільки, як можна бачити, побудовані на розумінні необхідності конкретно і недвозначно засвідчити факт того, що договірна пропозиція задовольняє вимоги і що договір дійсно укладено (що й досягається за допомогою дуже простого, зрозумілого усім символу). Іншими словами, мають місце не лише фактичні дії з укладення і виконання договорів, а й їх формалізація у доступний спосіб. Перед нами — зародки правового способу регулювання. Дійсно, не варто вважати, що правове регулювання майнових відносин починається з закону, що визначає поняття і родові ознаки договору міни або купівлі-продажу. Появі таких законів передують довгі століття відповідної правової практики.

архаїчні суспільства не відповідають. Однак ця популярна теза, яка корінням сягає ще в антропологічне учення британського історика права Г. Мейна про еволюцію джерел права, не є безспірною. Американський філософ права Л. Фуллер переконливо показав, яким чином договір як правова форма може зумовлювати зміст правового звичаю, що найчастіше вважається історично першою формою буття права [21, с. 86]. Є також очевидним, що в основі будь-якого звичаю лежить певна казуальна практика, а інформація про архаїчні форми обміну і спроби їх оформлення свідчить саме про те, що перші *правові* звичаї закріплювали в практиці конкретного історичного моменту і конкретного соціуму порядок укладення і реалізації первинних договорів. Тут також слушно навести висловлювання Л. Фуллера, який, реконструюючи найбільш елементарні форми правового регулювання (зокрема, договірні і звичаєві) і вказавши на «взаємність сподівань» як характерну ознаку договорів, присутню і в правових звичаях, зауважив: «Наш розгляд звичаєвого права зазнав би серйозного викривлення, якби сприяв враженню, що його норми завжди мають за мету визначення умов співробітництва між дружніми сторонами. Це зовсім не так. Найважливіша історична функція звичаєвого права полягала, можливо, саме в обмеженні конфліктів між ворогами. Якщо воно й не досягло успіхів в усуненні ворожнечі, то принаймні допомогло піднести її над рівнем сліпої взаєморуйнівності і перетворило на цілеспрямовану заповзятливість у досягненні обмежених цілей» [21, с. 91]. Деякі подальші його висловлювання схиляють до висновку про подібну функцію не лише звичаєвого права, а й права в цілому (права, що діє, крім звичаю, у формах договору, закону і судового рішення).

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Бурлай Є.* Конфлікт і право // Філософія права і загальна теорія права. — 2012. — № 1. — С. 215–233.
2. *Бурлай Є.* Мовчазні феномени в праві // Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : ст. учасників Третього всеукраїнського «круглого столу» (м. Львів, 23–24 листопада 2007 року). — Л., 2008.
3. *Хрестоматия по современной западной социологии второй половины XX века* / под ред. Г. Е. Зборовского. — Екатеринбург, 1996.
4. *Громов И. А., Мацкевич А. Ю.* Западная теоретическая социология. Теория обмена [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://society.polbu.ru/gromov_sociology/ch31_all.html.
5. *Пашуканис Е. Б.* Общая теория права и марксизм // Пашуканис Е. Б. Избранные произведения по общей теории права и государства. — М., 1980.
6. *Прохоренко Ю. И.* Субъектность в структурах социальной реальности : автореф. дис. ... д-ра филос. наук. — Екатеринбург, 2003.
7. *Осьмук Л. А.* Теоретические основания социальной конвенциональности : дис. ... д. социол. наук. — Барнаул, 2004 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.lib.ua-ru.net/diss/cont/125597.html>.
8. *Тихомиров Ю. А.* Договор как регулятор общественных отношений // Правоведение. — 1990. — № 5.
9. *Иванов В. В.* Общие вопросы теории договора. — М., 2000.
10. *Казанцев М. Ф.* К вопросу об общей теории правового договора // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения РАН. — Екатеринбург, 1999. — Вып. 1.

11. *Казанцев М. Ф.* Правовое договорное регулирование: исходные общетеоретические вопросы // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения РАН. — Екатеринбург, 2001. — Вып. 2.
12. *Нечитайло М. О.* Нормативный договор как источник права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2002.
13. *Корецкий А. Д.* Договор в механизме правового регулирования : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Ростов-н/Д, 1999.
14. *Марченко М. Н.* Особенности нормативно-правового договора как источника права // Вестник Московского университета. — 2004. — Серия 11. Право. — № 1.
15. *Батлер Е. А.* Непоименованные договоры: некоторые вопросы теории и практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2006.
16. *Пархоменко Н. М.* Договір у системі права України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1998.
17. *Бурлай Є.* Деякі аспекти правогенезу (Витоки міжнародного права. Чинник війни) // Український часопис міжнародного права. — 2006. — № 1.
18. *Максимов С. И.* Правовая реальность: опыт философского осмысления : моногр. — Х., 2002.
19. *Залеский В. В.* Философия договора (закон динамического равновесия) // Журнал российского права. — 2004. — № 8 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://uristu.ucoz.ru/publ/12-1-0-590>.
20. *Маркс К.* Капитал. Критика политической экономии. — М., 1950. — Т. 1.
21. *Фуллер Лон Л.* Анатомія права : наук. вид. / пер. з англ. Н. Комарова. — К., 1999.

Бурлай Є. В. Конфлікт і договір

Анотація. Стаття відкриває цикл праць, що продовжують дослідження соціального конфлікту і конфліктності як чинників появи і функціонування права в людських суспільствах. Вважаючи необхідними складовими правового способу регулювання механізми договору, судового рішення і законотворчості, першу статтю автор присвячує аналізу договору як чинника контролю соціальної конфліктності. Суттєву увагу він приділяє при цьому соціальним передумовам виникнення договору як правової форми (зокрема, явищам соціального обміну, соціальної суб'єктності та соціальної конвенції). У статті показано, як загроза конфліктності, що супроводжує ситуацію обміну внаслідок різноспрямованості інтересів його учасників і постійного ризику його нерівноважності, викликає до життя договір, як механізм узгодження різних позицій, та акт, який зобов'язує його суб'єктів до обопільно прийнятної поведінки. Практику укладення і виконання договорів автор вважає результатом природної реакції самозахисту суб'єктів у небезпечних формах їх взаємодії, в умовах ризику значних втрат, тому інститут договору переує появи інших правових форм. Наявність договірно-узгоджувального механізму в рамках правового способу регулювання дає підстави говорити про право як чинник самоорганізації складного диференційованого суспільства.

Ключові слова: конфлікт, конфліктність, право, механізм правового регулювання, угода, договір, соціальний обмін, соціальна суб'єктність, соціальна конвенціональність, нерівноважний обмін, первинний обмін, первинний договір, договір-на практика.

Бурлай Е. В. Конфликт и договор

Аннотация. Статья открывает цикл работ, продолжающих исследования конфликта и конфликтности как фактора возникновения и функционирования права в человеческих сообществах. Полагая необходимыми составляющими правового способа регулирования механизмы договора, судебного решения и законотворчества, первую статью автор посвящает анализу договора как фактора контроля

социальной конфликтности. Существенное внимание при этом уделяется предпосылкам появления договора как правовой формы (в частности, явлениям социального обмена, социальной субъектности и социальной конвенции). В статье показано, как угроза конфликтности, сопровождающая ситуацию обмена в силу разнонаправленности интересов его участников и постоянного риска его неравновесности, порождает договор как механизм согласования различных позиций и акт, обязывающий субъектов к приемлемому поведению. Практику заключения и исполнения договоров автор считает результатом естественной реакции самозащиты субъектов в условиях опасных форм взаимодействия и риска значительных потерь, поэтому институт договора предшествует появлению иных правовых форм. Место и роль договорного механизма в рамках правового способа регулирования позволяют говорить о праве как факторе самоорганизации сложного дифференцированного общества.

Ключевые слова: конфликт, конфликтность, механизм правового регулирования, соглашение, договор, социальный обмен, социальная субъектность, социальная конвенциональность, неравновесный обмен, первичный обмен, первичный договор, договорная практика.

Burlay Ye. Conflict and Contract

Summary. Seeing mechanisms of contract, judicial decision and law-making as a necessary elements of legal method for providing social order the author devotes this article to legal contract as instrument for the social confliction's control. A great deal of attention is devoted to social preconditions of the legal contract as another of legal forms, to the phenomena of social exchange, social subjection and social convention in particular. It's demonstrated in the article that the risk of strong confliction in unbalanced social exchange situations causes legal contract as a mechanism of different (sometimes antagonist) interests' coordination and as well as act that obliges parties to acceptable activity. The author interprets contracts making and realizations as a result of peoples' natural self-defense under conditions of dangerous interactions and heavy losses risks, so contract forgoes other legal forms. The contract mechanism's nature and functions present law as a factor of self-organization in intricate stratified societies.

Key words: conflict, confliction, control of conflicts, Law, law as a mechanism for social control, contract, social exchange, social subjection, social convention, legal contract, contract mechanism.

СОЦІОЛОГІЯ РАДЯНСЬКОЇ ДЕРЖАВИ, ПРАВА ТА ПРАВОСВІДОМОСТІ У ВЧЕННІ М. С. ТИМАШЕВА



О. МЕРЕЖКО

*доктор юридичних наук, професор,
професор Краківської академії
імені Анджея Моджевського, Польща*

Миколу Сергійовича Тимашева можна з упевненістю віднести до геніїв світової правової та соціологічної думки ХХ ст. За глибиною і широтою наукових поглядів його можна порівняти лише з його вчителем — професором Л. Петражицьким. М. Тимашев — один із засновників соціології права, першим створив струнку й логічну систему соціології права. Можна погодитися з думкою його дочки, графині Т. Бобринської (уродженої Тимашевої), яка вважає, що якби її батько в 1920 р. опублікував рукопис своєї книги із соціології права, написаної на підставі курсу соціологічної юриспруденції, який він читав у цей час Петроградському політехнічному інституті, то цілком імовірно, що саме його стали б вважати батьком-засновником соціології права. На жаль, надзвичайні обставини громадянської війни того історичного періоду не дозволили книзі М. Тимашева з'явитися у світ, а рукопис був загублений. Однак факт залишається фактом — саме М. Тимашеву належить заслуга створення першої справді наукової системи соціології права, що органічно вписується в його загальну теорію соціології.

М. Тимашева можна вважати одним із перших соціологів права, який піддав всебічному критичному аналізу радянське право і радянське суспільство з урахуванням тієї соціальної реальності, яка стояла перед радянським законодавством і офіційними інститутами. У своїй книзі «Політичний і адміністративний устрій С.Р.С.Р.» (Париж, 1931 р.) М. Тимашев обґрунтовує тезу, що для правильного розуміння соціальної сутності радянської державності не можна обмежуватися аналізом тексту радянської конституції та законодавства, оскільки такий формальний підхід веде до створення пропагандистської картини, відповідно до якої виникає хибне уявлення про радянську державу як державу, в якій влада належить трудящим і яке є особливим типом демократії трудящих мас [3, с. 18]. Насправді, стверджує вчений, за правовим фасадом демократії трудящих приховується диктатура партійного механізму, рушійною силою якого є вождь, що володіє фактично одноосібною владою. Цього єдинодержавного володаря, чие ім'я не міститься ні в конституції

© О. Мережко, 2012

СРСР, ні у статуті комуністичної партії, М. Тимашев іменує «червоним деспотом», тому що саме йому належить сукупність державної влади; причому не в тому сенсі, як це має місце в абсолютних монархіях, а в тому, як це має місце в деспотіях самого примітивного типу [3, с. 19]. «Від волі «червоного деспота», — пише М. Тимашев, — залежить все. Законом стає те, що заманеться йому або тим особам, яким він надав право його видати. Але якщо й існує закон, то він аж ніяк не перешкоджає деспоту здійснення актів, що йдуть з ним в розріз. Всі державні службовці цілком залежать від «червоного деспота». Він призначає їх безпосередньо або через осіб, яким він довіряє, — на всі пости, і звільняє їх, як тільки визнає це відповідним. Взагалі в жодному випадку він не пов'язаний волевиявленням або навіть порадами яких би то не було осіб або колегій. Він може вислухати осіб, думка яких у цьому випадку його цікавить, але аж ніяк не зобов'язаний це робити, а, вислухавши, може вчинити всупереч отриманим порадам. У всій державі не існує жодної установи, яка мала б право чи фактичну можливість чинити опір волі червоного деспота. Зокрема, не можуть це робити і суди, тому в радянській державі вони позбавлені властивості незалежності, що належить їм у сучасних правових державах, і підпорядковані «червоному деспоту» абсолютно так само, як всі можливі адміністративні установи» [3, с. 19].

Влада «червоного деспота», згідно з М. Тимашевим, значно ширше влади російських імператорів і має фактичний, а не формально-юридичний характер. Досліджуючи історію державності радянської Росії, учений формулює своєрідний неписаний закон, який міг би гласити, що право на заняття поста «червоного деспота» належить найрішучішій особі зі складу оточення колишнього деспота, але що при цьому вирішення питання про те, хто ж найрішучіший, проводиться суто фактичним шляхом [3, с. 21]. «Невизначеність питання про спадкоємство, — вважав М. Тимашев, — становить найслабше місце в побудові в радянській «червоній деспотії». Не виключено, що на цьому слабкому місці коли-небудь й здригнеться весь режим» [3, с. 21].

Роздуми М. Тимашева не втратили своєї актуальності і в наш час, стосовно до того режиму влади, який склався в сучасній Росії, оскільки під фасадом «керованої демократії» ховається все той же добре знайомий нам режим деспотичної влади, нехай навіть у пом'якшеній формі, який характерний для історії російської державності.

Соціологічний аналіз влади та офіційного світогляду в радянському суспільстві

Не менш цікаві також роздуми М. Тимашева щодо природи влади в радянській державі, які пов'язані з його концепцією влади в соціології права. У самому загальному сенсі під владою М. Тимашев розуміє такі випадки, коли вчинки однієї людини (підвладного) визначаються не його власними рішеннями, а рішеннями іншої людини (володарюючого), що доходять до першого в порядку наказів [3, с. 21]. Найглибшою основою покори у відносинах влади М. Тимашев вважає поділ людей від природи на дві нерівні категорії: меншість активних і більшість пасивних натур, які не тільки не заперечують стан підвладності, але навіть несвідомо до нього прагнуть [3, с. 21]. В основі відносин влади, зазначає вчений, чимало містики: одна людина підкоряється іншому тому, що відчуває

перед ним «містичний жах». Але найчастіше стан «підвладності» виникає на підставі наслідування: новий індивід із пасивною природою примикає до тих, що вже підпорядковуються, будучи захопленим непереборним впливом прикладу (так, наприклад, складається покора у школі та військовій частині). Стан підпорядкування, що виник один раз, розвивається за певними законами. Причому особливо міцним він робиться, перетворюючись з свідомого в автоматичне, в покору за звичкою. М. Тимашев висуває гіпотезу, що у формуванні звички коритися грають роль умовні рефлекси, відкриті академіком Павловим: командне слово через деякий час починає безпосередньо викликати необхідний рух, не проходячи через свідомість [3, с. 21]. Таким чином, у готовності коритися є щось подібне гіпнозу. Вихід з такого гіпнотичного стану підпорядкування відносно легкий, якщо володарю протистоїть один підвладний, проте він значно складніший, якщо підвладних багато. Цей феномен М. Тимашев пояснює так.

Коли у групі є не дві, а хоча б три людини (одна пануюча і дві підвладні), то кожен з двох останніх бачить перед собою не тільки ту особу, яка панує, але й також те, що здається кожній з підвладних осіб чимось об'єктивним: свій зв'язок з особою, яка панує. Так малюється в очах підвладного той факт, що пануючий може застосувати проти нього не тільки свою власну силу, а й силу інших підвладних, тобто деяку силу, яка для нього виявляється нездоланною.

З метою набуття влади учасники боротьби за владу користуються: 1) пропагандою (тобто індивідуальним «розмагнічуванням» якомога більшої кількості підвладних, яких готували до одноразового виступу); 2) коливанням рішучості пануючих користуватися своєю силою (за допомогою руйнування впевненості пануючих у правоті їх цілей); 3) демонстрацією можливості непокори (у тому числі за допомогою терористичних актів, зміст яких, всупереч поширеній думці, полягає не в тому, щоб залякати владу, а в тому, щоб зруйнувати «містичний жах» стосовно влади якомога більшої кількості підвладних [3, с. 70].

Можновладці, навпаки, прагнуть до підтримки «містичного жаху» серед підвладних, у тому числі за допомогою показових репресій стосовно опонентів.

Істотною відмінністю радянської держави М. Тимашев вважав наявність «офіційного світогляду», який проведений у життя і захищається всією міццю державного апарату, сутність якого він досліджував у праці «Офіційний світогляд радянської держави та її пропаганда» (Париж, 1931) [2]. Вже в самому терміні «офіційний світогляд» можна помітити аналогію з поняттям «офіційного права» вчення Л. Петражицького. Згідно з М. Тимашевим, всі держави залежно від ставлення державної влади до громадської думки можна поділити на три види: 1) автократичні держави; 2) демократичні держави; 3) «наставницькі держави».

В автократичних державах (абсолютних монархіях, диктатурах) державна влада ігнорує громадську думку. Вона приймає рішення самостійно, дозволяючи своїм підданам говорити майже будь-що, лише б тільки ця балаканина не представляла загрози для влади. У демократичній державі (парламентарна монархія, республіка) влада, на думку вченого, зрештою, підпорядкована громадській думці, а державний апарат побудований так, що в разі конфлікту між владою і громадською думкою перемагає остання. Воно або примушує владу змінити політику, або домагається зміни носіїв влади. Лише в окремих випадках у демократичній державі владі вдається змінити громадську думку і повести її за собою.

Звертає на себе увагу, що концепція наставницької держави має своєю методологічною основою теорію Л. Петражицького щодо виховного значення права, оскільки з цієї теорії випливає, що держава за допомогою офіційного права може виступати в ролі вихователя або «наставника» населення. Крім того, ідея «офіційного світогляду» концептуально нагадує теорію державної ідеології М. Рейснера, який бачив у цій ідеології необхідний елемент держави.

У наставницькій державі влада хоча і не ігнорує громадську думку, але не стільки пристосовується до неї, скільки пристосовує її до себе. Наставницька держава нав'язує свій ідеал, свою систему цінностей суспільству як загальнообов'язкову. Прикладами наставницьких держав в історії є: теократична держава епохи Середньовіччя, а також імператорська Росія, офіційна ідеологія яких виражалася у відомій уваровській формулі «самодержавство, православ'я, народність» [2, с. 4].

Відмінність наставницької держави від інших її типів М. Тимашев вважає не стільки якісним, скільки кількісним, оскільки в наставницькій державі офіційний світогляд охоплює всі сторони життя, тоді як у державах інших типів він належить до обмежених сфер соціального життя. Відродження наставницької держави, вважає вчений, відбулося в Радянській Росії та фашистській Італії. Це відродження було пов'язано з приходом до влади групи людей, об'єднаної загальним світоглядом, сприйнятим ними в якості непорушних догматів. У цьому сенсі правляча у СРСР комуністична партія являла собою, на думку М. Тимашева, не тільки організацію, створену для владарювання, а також сукупність людей, віруючих у певну систему догматів, «приймаючих за непорушне матеріалістичний світогляд у його марксистському різновиді» [2, с. 5].

У складі офіційного радянського світогляду М. Тимашев виокремлював дві частини: постійну і змінну. До постійної частини він відносив такі вчення, як затвердження матеріального характеру буття, заперечення Бога і релігії, зведення в першооснову суспільних явищ виробничих відносин, віра в класову боротьбу в якості єдиного двигуна суспільного ладу, віра в «єдиноспасіння» соціалістичного ладу і його неминучу перемогу у всьому світі [2, с. 5–6].

До складу змінної частини офіційного світогляду в СРСР М. Тимашев включав питання поточної політики і тактики (наприклад, такі, як: те, як має вирішуватися земельне питання, якою має бути роль індустрії, як повинні будуватися відносини між російською та іншими національними культурами, які мають бути радянські театр, кіно, радіо, література тощо).

Досліджуючи механізми та інстанції, що виробляють офіційний радянський світогляд, М. Тимашев розрізняє кілька шарів. В основі радянського світогляду лежать праці класиків марксизму-ленінізму, що мають незаперечний характер своєрідного «Священного писання», поширенням якого зайнята держава. Охоронцями основ марксистсько-ленінського вчення виступають інститути Маркса, Енгельса, Леніна. Другим щаблем розробки офіційного світогляду є так звана екзегеза, тобто логічна обробка цих текстів з метою вилучення з них якомога більшої кількості висновків, застосованих до питань поточної політики. Поширення виробленого таким шляхом офіційного світогляду розповсюджується за допомогою різних форм організованої та неорганізованої радянської пропаганди (пропаганда в надрах самої партії, школи, університети, профспілки, преса, радіо, література тощо) [2, с. 9–11].

Впадає в очі, що соціальна структура радянської держави з її офіційним світоглядом нагадує скоріше католицьку церкву, ніж світську державу.

У кінцевому підсумку метою впровадження офіційного радянського світогляду було створення нової «радянської людини» (як її прозвали в західній літературі — *homo soveticus*). Як зазначав М. Тимашев, концентрація зусиль радянської держави на впровадженні офіційного світогляду призвело до значної зміни середньої психології радянської людини [2, с. 15]. Однак така людина є не стільки «комуністичною людиною», на думку М. Тимашева, скільки «отупілою людиною», нездатною на прості розумові операції та розбиратися в чому-небудь [2, с. 15].

Такий висновок М. Тимашева навряд чи можна визнати справедливим і обґрунтованим, хоча слід визнати, що психологічний тип «радянської людини» в постперебудовний період виявився беззахисною і пасивною жертвою перед обличчям того колосального розграбування, якому було цинічно піддано населення колишнього СРСР під гаслами демократії та економічних реформ. Точніше було б сказати так: в постперебудовний період проявилися два типи «радянської людини»; один з них — тип хижака, цинічного маніпулятора з партійно-комсомольського номенклатурного середовища, що відразу кинувся грабувати під виглядом «приватизації» «загальнонародну власність», а другий тип — тип авторитарної особистості, яка звикла до сліпого підпорядкування і стала внаслідок цього в черговий раз жертвою пограбування і в кінцевому рахунку рабом нових господарів життя.

Порівняльно-соціологічний аналіз ліберального, комуністичного та фашистського товариств

У своїй книзі «Три світи. Ліберальне, комуністичне та фашистське суспільство» М. Тимашев досліджує в порівняльному аспекті політико-правові системи ліберальної, комуністичної та фашистської держав [9].

Досліджуючи західну, європейську культуру, М. Тимашев називає її переважно «економічною культурою» в тому сенсі, що в ній центральним психологічним та соціальним типом виступає «економічна людина» (*homo economicus*) [9, с. 4]. Західна європейська цивілізація, на думку вченого, основою якої є ліберальні цінності, знаходиться перед загрозою з боку тоталітарних моделей комуністичного і фашистського товариств.

Аналізуючи радянське суспільство і державу, М. Тимашев, зокрема, зазначає, що сам факт комуністичної революції в Росії є найкращим спростуванням марксистської доктрини про необхідний характер соціального розвитку і його незалежність від волі людини, оскільки ця революція відбулася не в розвинутому індустріальному суспільстві, як пророкував К. Маркс, а у відносно слаборозвиненій селянській країні, в якій пролетаріат становив близько п'яти відсотків від загальної кількості населення [9, с. 29]. На його думку, комуністична революція в Росії відбулася на підставі історичної випадковості, тобто на підставі нещасливого збігу обставин, а не на підставі необхідності [9, с. 36].

Радянське суспільство післявоєнного періоду М. Тимашев вважає не стільки комуністичним, скільки «посткомуністичним», оскільки його форма, після завершення комуністичного експерименту, визначається комбінацією марксистської доктрини, історичної культури російського народу і опортуністични-

ми міркуваннями лідерів радянської держави [9, с. 42]. Таким чином, М. Тимашев відзначає певну еволюцію радянського суспільства і держави.

Якщо комунізм М. Тимашев пропонує розуміти, як спробу трансформації суспільства відповідно до заздалегідь існуючого плану, вираженого у певній доктрині, то фашизм, у його уявленні, навпаки, являє собою спробу створити новий соціальний порядок на основі доктрини, що випливає з практики [9, с. 48]. До числа фашистських держав кінця 30-х років М. Тимашев відносив Італію, Німеччину, Іспанію, Португалію, Польщу, Литву, Латвію, Австрію, Угорщину, Румунію, Югославію, Болгарію, Грецію [9, с. 49].

Фашистський тип організації суспільства і держави, на думку М. Тимашева, характеризується такими рисами [9, с. 51–54]:

1) Домінування ультранационалізму в поєднанні з пріоритетом держави і її інтересу над інтересами особистості.

2) Нетерпимість стосовно національних меншин.

3) Принцип лідерства, що припускає верховенство лідера (часто харизматичного) і його партії.

4) Авторитарна структура суспільства і керована державою культура.

Порівнюючи три типи суспільств, М. Тимашев віддає явну перевагу ліберальному суспільству, заснованому на принципі політичної свободи і невтручання у приватне життя індивіда. У своїй книзі він порушує питання про умови виживання ліберального суспільства перед загрозою його трансформації у фашистське або комуністичне суспільство.

У цій же праці М. Тимашев пропонує критерії, що дозволяють нам порівнювати й оцінювати різні типи товариств та суспільно-політичних устроїв. Цими критеріями є: ефективність, інтеграція і справедливість [9, с. 221–222].

З точки зору ефективності кращим буде той соціальний порядок, в якому відмінність між цілями соціальної дії та реальними досягненнями буде найменшою. З точки зору інтеграції кращим буде той соціальний порядок, в якому зусилля, одночасно спрямовані на досягнення певних цілей, будуть ближче значній єдності; іншими словами, де такі зусилля можуть розглядатися як ті, що сприяють досягненню однієї і тієї ж значної цілі, на відміну від ситуації, в якій такі зусилля будуть взаємно нівелюватися, оскільки будуть спрямовані до досягнення взаємовиключних цілей. І, нарешті, з точки зору справедливості найкращим буде той соціальний порядок, в якому основні цілі соціальної дії спільно спрямовані на досягнення коректно обраного ідеалу. Якщо два перших критерії оцінки (тобто ефективність та інтеграцію) М. Тимашев вважає цілком об'єктивними, то третій (справедливість), за його зізнанням, може мати суб'єктивний характер, оскільки для представників різних суспільств і різних світоглядів поняття справедливості може мати різний зміст і значення.

Застосовуючи критерій ефективності до комуністичного соціального порядку, М. Тимашев доходить висновку щодо його досить низької ефективності, тому досягнення комуністичного суспільства цілком могли б мати місце на базі дореволюційного порядку. Крім того, досягнення комуністичного суспільства є результатом колосальних жертв, принесених на вівтар революції та побудови нового суспільства. Фашистський порядок, незважаючи на удавану національну єдність і досягнення в галузі військової промисловості, М. Тимашев

також вважає неефективним. Аналізуючи ліберальний порядок, учений доходить висновку, що хоча цей порядок і не гарантує високої ефективності, однак, він в певних умовах здатний її досягти [9, с. 224].

З точки зору соціальної інтеграції М. Тимашев визнає певну перевагу комуністичного і фашистського порядків над порядком ліберальним, оскільки як комуністичний, так і фашистський порядок являють собою прагнення або втілення якоїсь «великої ідеї». У ліберальному суспільстві, навпаки, вельми важко досягти єдності через атомізуючі та індивідуалістичні тенденції у цьому суспільстві. Однак, якщо в комуністичному і фашистському суспільствах інтеграція досягається шляхом насильства і репресій, то в ліберальному суспільстві в умовах політичної та економічної свободи соціальні проблеми вирішуються хоча і не ідеальним, але все таки кращим із можливих шляхів.

Розглядаючи ідеали справедливого суспільства, М. Тимашев пояснює, що для комуністичного суспільства такий ідеал ґрунтується на колективній власності на засоби виробництва, ідеал фашистського суспільства — панування обраної нації або раси, ідеал католицизму — повернення до духовних цінностей, тоді як в ліберальному суспільстві немає єдиного, насильно нав'язуваного ідеалу, а існує плюралістичне різноманіття соціальних ідеалів.

Оцінюючи ліберальний порядок як в цілому більш прийнятний і прогресивний, М. Тимашев, водночас, не вважає його виживання чимось автоматичним, а бачить певні загрози існуванню цього порядку. У зв'язку з цим він формулює свої пропозиції досить загального характеру, спрямовані на виживання ліберального порядку, в тому числі перед загрозою з боку комуністичного та фашистського товариств. В якості одного з рецептів підвищення ефективності ліберального порядку М. Тимашевим пропонується «повна зайнятість», яка з часом дозволить вирішити й інші проблеми ліберального суспільства (проблеми охорони здоров'я, забезпечення житлом і міжрасові проблеми). Цей рецепт М. Тимашева звучить особливо актуально в умовах сучасної глобальної фінансової кризи. Вчений також пропонував ввести в ліберальну ринкову економіку елементи планування за допомогою спеціально створених «економічних рад», в яких брали б участь представники бізнесу і наймані робітники. Виживанню ліберального суспільства, вважав М. Тимашев, сприятиме міжнародна система запобігання світовим війнам і допомога розвинутих країн, що надається менш розвинутих з метою подолання їх відсталості. І, нарешті, останньою умовою виживання ліберального суспільства М. Тимашев вважає «моральну революцію», під якою він має на увазі повернення до духовних, релігійних цінностей і єдність християнського світу.

У плані порятунку ліберального суспільства, запропонованого М. Тимашевим, легко помітити поєднання елементів соціал-демократичного проекту і проекту християнської демократії.

Характерні риси радянського права

Живучи і працюючи у США, М. Тимашеву доводилося часто стикатися з працями американських юристів про радянське право і державу. На жаль, для значної частини цих праць було характерно нерозуміння суті радянського права і суто формальний підхід до його вивчення, через це виходила спотворена картина радянської дійсності. Головною причиною цього було те, що американські вчені-

юристи були схильні на підставі сталості форм права в різних суспільствах ототожнювати елементи іноземної системи права з формально схожими елементами своєї системи права. На відміну від них, М. Тимашев як соціолог чудово розумів, що система права є дзеркалом культури цього суспільства, а її зміст «відображає систему цінностей відповідного суспільства, особливо тієї цінності, яку це суспільство приписує особистості, власності, колективу, як політичному, так і не політичному, а також нематеріальним цінностям зусиль людини» [8, с. 871].

Радянське право, вважав він, було створено людьми, які, у принципі, заперечували значення юридичних форм, проте під тиском конкретних соціально-історичних обставин були змушені повернутися до нормативно-правового регулювання суспільних процесів, адаптувавши норми права до своїх цілей. Радянське право парадоксальним чином поєднувало радикальну «переоцінку цінностей», з одного боку, і часткове відновлення цінностей минулого — з другого. При цьому радянське право в цілому було європейським правом, незважаючи на свою специфіку.

Будучи соціологом права, М. Тимашев намагався у своїх працях представити реальний образ радянського права, розглядаючи його основні риси в якості проявів радянського суспільства і радянської культури. Незважаючи на те, що в західний світ, відділений від радянського суспільства «залізною завісою», проникало дуже мало інформації про реальне життя у СРСР і механізми дії радянського права, М. Тимашев пильно стежив за публікаціями радянських юристів, а також американських авторів, які пишуть про радянське право, і робив відповідні наукові висновки. Яким же виглядав соціологічний образ радянського права в розумінні М. Тимашева?

По-перше, на його думку, радянське право було правом суспільства, які обрали для себе як ідеал соціалістичну модель організації економічного виробництва. Як і будь-який соціальний ідеал, соціалістичний ідеал ґрунтувався на твердженні, що саме він приведе до загального щастя. Ключем до такого щастя, на думку прихильників соціалізму, є усупільнення засобів виробництва. При цьому М. Тимашев говорить про те, що в різних суспільствах може існувати різна ступінь усупільнення засобів виробництва, а також про те, що соціалізм не можна ототожнювати з плановою економікою, оскільки планування може бути елементом і капіталістичної економіки.

Радянське право, наголошує М. Тимашев, поза сумнівом, є соціалістичним правом, оскільки воно створює майже повну монополію засобів виробництва на користь колективу [8, с. 873]. При цьому вчений вважає «науково помилковим» включати демократію в поняття соціалізму, тому радянське право, на його думку, «може бути позначено як право соціалістичне, хоча і не демократичне» [4, с. 294].

По-друге, радянське право — це право тоталітарного суспільства. Протиставляючи тоталітарне суспільство ліберальному, М. Тимашев визначає його як суспільство, в якому функції держави виходять далеко за межі таких двох основних функцій держави, як захист від зовнішнього ворога і забезпечення внутрішнього порядку. У тоталітарному суспільстві проникнення державної влади настільки глибоке, що практично всі сторони людського життя регулюються державою. У ліберальному суспільстві, навпаки, функції державного регулювання зведені до логічного мінімуму. Оскільки в тоталітарному суспіль-

стві державне регулювання має всеосяжний характер, право цього товариства має тенденцію до інфляції, тобто нераціонального бюрократичного зростання. Єдиний виняток — цивільне право, сфера дії якого у тоталітарному суспільстві неухильно звужується. Так, на думку вченого, цілі глави радянського цивільного кодексу являють собою неживе «право у книгах», а не «право у житті».

Гігантський обсяг законодавства в радянській системі права порівняно з правом ліберального суспільства М. Тимашев пояснює тим, що в ліберальному суспільстві (наприклад у США) той же регулятивний ефект досягається за допомогою нормативного регулювання в рамках внутрішнього права корпорацій.

По-третє, радянське право — право деспотичного суспільства. Товариство є деспотичним, коли у відносинах між державою та її громадянами держава приписує собі всі права і накладає на громадян важкий тягар обов'язків. У деспотичній державі кримінальна юстиція залишається юстицією тільки тою мірою, якою відсутній політичний інтерес. Якщо ж такий інтерес присутній, тоді юстиція вироджується у пригнічення. З другого боку, у вільному суспільстві суди можуть виносити рішення проти держави, навіть якщо йдеться про важливі державні інтереси.

У деспотичній державі управління суспільством здійснюється головним чином за допомогою технічних правил залежно від політичних цілей правителів, тоді як у вільному суспільстві, навпаки, управління суспільством здійснюється в жорстких рамках права. Мабуть, тут М. Тимашев має на увазі те, що у вільному суспільстві існує «верховенство права», тоді як в деспотичному суспільстві — «верховенство волі правителів».

Вчений наводить безліч конкретних прикладів радянського законодавства, що переконливо свідчать про нехтування правами людини в радянському праві і деспотичному характері цього права. Так, наприклад, радянська юриспруденція трактувала юстицію як частину адміністрації, а одним із джерел права вважалася «політика комуністичної партії» [8, с. 874].

Радянське право, був переконаний М. Тимашев, є також правом диктаторського суспільства, яке, у свою чергу, є диктаторським тому, що політичний статус тих, хто перебуває при владі, ґрунтується на насильницькому захопленні влади і їх здатності зберігати свою владу проти будь-яких спроб цю владу відібрати (на відміну від прямої згоди тих, ким управляють, у демократичному суспільстві і традиції підпорядкування в монархія) [8, с. 875].

Однак, незважаючи на перераховані вище ознаки радянського права, М. Тимашев вважає його правом. У зв'язку з цим він пише: «Радянське право настільки пройняте цими трьома ознаками (які, до речі сказати, далеко не завжди зустрічаються разом), що іноді ставиться запитання — чи можна радянське право вважати правом? Як не заманлива негативна відповідь, науково вона необґрунтована. Радянське право виконує у своєму суспільстві ту ж функцію, як будь-яке інше право у своєму: воно вносить у суспільство владну і централізовану координацію дій. Цілі та порядки такої координації, як вони проступають у радянському праві, викликають у нас огиду. Але з цього випливає тільки, що право може бути несправедливим, жорстоким, спрямованим до помилкових цілей — не перестаючи бути правом» [4, с. 294].

Зазвичай диктаторський уряд вдається до терору як засобу управління суспільством. Такий «тероризм зверху» знаходить вираз у навмисно нечітких визначеннях політичних злочинів, жорстоких покараннях «політичних злочинців», погано розроблених правилах кримінального процесуального права, існуванні потужної поліції та спецслужб з невизначеними повноваженнями, а також у відсутності правових і процесуальних гарантій для громадян, підозрюваних у нелояльності до режиму.

Для М. Тимашева не було жодних сумнівів щодо диктаторського характеру радянського суспільства і його права. По-перше, радянська держава офіційно втілювала «диктатуру пролетаріату». По-друге, влада «людей у Кремлі» ґрунтувалася на факті насильницького захоплення влади більшовиками в 1917 р., що, по суті, вело до того, що влада державного апарату являла собою продовження в часі і розширення в просторі цього факту. Про диктаторський устрій радянського суспільства свідчило також виборче право і практика його застосування у СРСР, що фактично спрямовані на позбавлення населення права на вільне волевиявлення і можливість мирної зміни влади.

При цьому М. Тимашев дає нищівну характеристику радянської правової культури: «Радянське право є правом суспільства, що піддалося глибокому культурного занепаду. Цей занепад безсумнівний у сферах науки, філософії, літератури, музики, графічних мистецтв. Не уник занепаду і правовий бік культури. Законодавчі акти радянської влади найчастіше технічно безпорадні. Радянські суди складаються з діячів, які не можуть зрівнятися, по знанню права і здатності юридично мислити, з юристами дореволюційної Росії. Процеси, що перед ними протікають, вражають не тільки своїм презирством до прав людини, але і своєю примітивністю: повернулася на своє старе місце «цариці доказів» свідомість підсудного. Збірники рішень верховного суду виходять рідко, тонкими зошитами, і силою юридичної думки не можуть похизуватися. Юридична література убога і раболіпна; вона слухняно повторює те, що було тільки-но продиктовано з Кремля; авторитетів, окрім трійки Маркс-Ленін-Сталін, вона майже не знає» [4, с. 294–295].

Заради справедливості треба сказати, що в період відлиги у СРСР почалося не тільки відродження культури, але також з'явилися деякі ознаки відродження юридичної думки, проте досягти високого рівня російської правової культури дореволюційного періоду так і не вдалося. Як видно, стан правової культури і науки права залежить від загального стану культури в суспільстві.

Даючи загальну характеристику радянському праву, М. Тимашев пише: «Радянське право є правом суспільства, в якому революційного походження влада, під тиском глибинних сил, повернула на шлях часткового відродження окремих елементів дореволюційної культури. Цю рису легко побачити, якщо згадати, що в 1922–1933 рр. з'явилися горезвісні «кодекси», в основному наспіх списані з дореволюційного права. Правда, ці кодекси були майже зовсім забуті на початку 30-х років, коли радянський уряд був упевнений у здобутій над народом перемозі; але вже в кінці 30-х років і після війни ці кодекси знову отримали деяку силу, хоча й не ту, яку вони мали при своєму народженні. У результаті, радянське право, в якійсь спотвореній формі, відроджує російську правову традицію, звичайно, обмежену тоталітарним і деспотичним характером ладу і куль-

турним занепадом. Оскільки російська правова традиція є лише гілкою європейської або, як прийнято говорити, західної, то радянське право в деяких своїх елементах виявляється членом західної сім'ї правових систем. Комбінація соціалістичного плану, тоталітарності, деспотії та диктатури дала соціальне утворення, яке отримало назву комунізму. Три останні елемента цієї суміші дають радянському праву терористичний характер» [4, с.295].

Будучи соціологом права, М. Тимашев з особливою силою підкреслює, що «складність тем, що переплітаються в радянському праві, призводить до того, що для справжнього його розуміння недостатньо точного знання норм, з яких воно складається, і навіть судової практики, оскільки вона відображається в опублікованих рішеннях»; «щоб зрозуміти це право, треба мати чітке уявлення про радянську дійсність загалом і чітке знання дореволюційного права, його історії та його складних взаємини з правом західної Європи» [4, с. 296].

На його думку, відсутність цих передумов правильного розуміння радянського права часто виявляється у працях іноземних юристів, які, не розуміючи його справжньої природи, «схильні вбачати у ньому або нове одкровення чи, навпаки, нову варіацію на стару тему західного права» [4, с. 296].

Принагідно зауважимо, що ці слова М. Тимашева цілком можна віднести до сучасних західних авторів, які пишуть про право Росії та пострадянських держав. З жалем доводиться констатувати, що західні автори у своїх працях обмежуються поверхневим формально-юридичним аналізом пострадянського права, не заглиблюючись в ту соціальну реальність, яка стоїть за цим правом.

Свою правоту Миколі Сергійовичу доводилося відстоювати навіть по відношенню до маститих американських авторів, які вважалися у США авторитетами в галузі радянського права. Так, ще в 1950 р. М. Тимашев виступив з критичною статтею з приводу тези відомого гарвардського професора Г. Бермана про те, що, мовляв, радянське право являє собою певний виклик американському праву [5, с. 220–449]. При цьому професор Г. Берман знаходив подібність між деякими інститутами американського і радянського права.

У своїй статті «Чи являє собою радянське право виклик американському праву?» М. Тимашев не тільки провів глибокий порівняльний аналіз радянського і американського права, але й розкрив юридичну природу радянського права в історичній перспективі, що дозволило йому сформулювати висновок про те, що радянське право, будучи правом тоталітарного суспільства, не може слугувати джерелом натхнення для зусиль американських юристів, які прагнуть до вдосконалення права США [6, с. 182–189].

Микола Сергійович уважно стежив і за станом радянської науки права, чуйно вловлюючи найменші зміни в тенденціях її розвитку. Він чудово розумів, що радянська наука права, перебуваючи під тяжким тиском тоталітарної ідеології, змушена пристосовуватися до цієї ідеології та служити їй. Однак він ясно бачив, як той чи інший радянський автор намагається розширити вузькі рамки свободи наукової думки, піти від ідеологічних догм, що заважають вільному розвитку науки та об'єктивному аналізу юридичних явищ. Так, наприклад, на початку 50-х років він помітив деяке поживлення юридичної думки у СРСР у зв'язку з появою в 1950 р. у газеті «Правда» статті Й. Сталіна «Марксизм і питання мовознавства. Щодо марксизму в мовознавстві». У цій статті Й. Сталін абсолютно неспо-

дівано проголосив тезу, що мова не є надбудовою над базисом. «Мова, — писав Й. Сталін у статті, — ...корінним чином відрізняється від надбудови. Мова породжена не тим чи іншим базисом, старим або новим базисом усередині даного суспільства, а всім ходом історії суспільства та історії базисів протягом століть. Вона створена не одним якимось класом, а всім суспільством, усіма класами суспільства, зусиллями сотень поколінь. Вона створена для задоволення потреб не одного якогось класу, а всього суспільства, всіх класів суспільства» [1].

Крім того, Й. Сталін заявив, що: «Надбудова породжується базисом, але це зовсім не означає, що вона тільки відображає базис, що вона пасивна, нейтральна, байдуже ставиться до долі свого базису, до долі класів, до характеру ладу. Навпаки, з'явившись на світ, вона стає найбільшою активною силою, активно сприяє своєму базису оформитися і зміцніти, вживає всіх заходів для того, щоб допомогти новому ладу доконати і ліквідувати старий базис і старі класи» [1].

Ці тези Й. Сталіна, які, якщо не були б висловлені ним особисто, цілком могли б бути затавровані в той час як буржуазна пропаганда і перекручення марксизму, призвели до певних змін у радянській науці права, на які звернув увагу М. Тимашев. Вчений, зокрема, звернув увагу на кілька логічних висновків, що випливають з цих сталінських тез. По-перше, оскільки право знаходить своє вираження у словах, тобто в мові, принаймні, юридична термінологія не повинна бути піддана змінам, пов'язаним зі змінами соціального порядку або переходом влади від одного класу до іншого [7, с. 233].

По-друге, оголосивши, що соціальна надбудова (куди марксизм традиційно включає і право) не пасивна, а являє собою «найбільшу активну силу», Й. Сталін тим самим відкрив можливість для розуміння права в якості більш активної соціальної сили, ніж це уявляли раніше радянські юристи.

На цьому тлі, спостерігаючи за боротьбою думок радянських юристів, М. Тимашев зазначав, що «радянські юристи приречені концентруватися на даремних і стерильних спорах щодо принципової переваги радянського права» над «правом буржуазним» [7, с. 240]. У цьому плані покоління радянських юристів різко відрізнялося від юристів дореволюційних, які проявляли активну зацікавленість у порівняльно-правових дослідженнях, оскільки як російська культура в цілому, так і російська правова культура ввібрали в себе елементи іноземної культури.

Таким чином, професор М. Тимашев став одним із перших західних вчених, які представили об'єктивну картину соціальної дійсності, що ховається за формальним фасадом радянського права і держави. Його спостереження і методологія мають істотне значення і в наші дні з точки зору соціологічного аналізу пострадянського права, держави і правосвідомості.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Сталін Й. В.* Марксизм и вопросы языкознания. Относительно марксизма в языкознании [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.philology.ru/linguistics1/stalin-50.htm>.
2. *Тимашев Н. С.* Официальное мировоззрение советского народа и его пропаганда. — Париж, 1931.
3. *Тимашев Н. С.* Политическое и административное устройство С.С.С.Р. — Париж, 1931.

4. *Тимашев Н. С.* Советское право в американском освещении // Новый журнал (The New Review). – Кн. XXVI. – Нью-Йорк, 1951.
5. *Berman H.* The Challenge of Soviet Law // Harvard Law Review. – Vol. 62. – 1949.
6. *Timasheff N. S.* Is Soviet Law a Challenge to American Law? // Fordham Law Review. – 1950. – Vol. 19. – Issue 2.
7. *Timasheff N. S.* Soviet Jurisprudence Since World War II // Russian Review. – 1952. – Vol. 11. – No. 4.
8. *Timasheff N. S.* Soviet Law // Virginia Law Review. – 1952. – Vol. 38. – No. 7.
9. *Timasheff N. S.* Three Worlds. Liberal, Communist, and Fascist Society. – Milwaukee, 1946.

Мережко О. О. Соціологія радянської держави, права та правосвідомості у вченні М. С. Тимашева

Анотація. Статтю присвячено аналізу соціологічного дослідження М. Тимашевим соціальної реальності радянського законодавства, а також дослідженню соціальної природи радянської держави і права. Автор аналізує такі концепції юридичної соціології права М. Тимашева, як: радянська держава, радянське право, радянське суспільство, радянський менталітет тощо. Особливу увагу приділено характерним рисам радянського права та радянської науки права з перспективи соціології права М. Тимашева.

Ключові слова: соціологія права, М. Тимашев, історія політично-правових вчень, радянське право, радянська держава, радянська наука права, історія держави і права, теорія права.

Мережко А. А. Социология советского государства, права и правосознания в учении Н. С. Тимашева

Аннотация. Статья посвящена анализу социологического исследования Н. Тимашевым социальной реальности советского законодательства, а также исследованию социальной природы советского государства и права. Автор анализирует такие концепции социологии права, как: советское государство, советское право, советское общество, советское мировоззрение и т. д. Особое внимание уделено характерным чертам советского права и советской науки права с перспективы социологии права Н. Тимашева.

Ключевые слова: социология права, Н. Тимашев, история политико-правовых учений, советское право, советское государство, советская наука права, история государства и права, теория права.

Merezhko O. Sociology of the Soviet State, Law and Legal Consciousness in N. Timasheff's Doctrine

Summary. The Article is devoted to the analysis of the N. Timasheff's sociological explanation both: the social realities of the Soviet legislation and the social nature of the Soviet state and law. The author examines such concepts of N. Timasheff's legal sociology as: Soviet state, Soviet law, Soviet society, Soviet mentality etc. The particular attention is drawn to the characteristic features of the Soviet law and Soviet jurisprudence from the perspective of N. Timasheff's sociology of law.

Key words: sociology of law, N. Timasheff, history of political and legal doctrine, Soviet law, Soviet state, Soviet legal science, history of state and law, theory of law.

ПРО ДЕЯКІ АНТИНОМІЇ ПРАВОВОГО МИСЛЕННЯ¹

А. ВАЙШВІЛА
доктор юриспруденції,
професор кафедри історії та філософії права
(Університет Микола Ромеріо, Вільнюс, Литва)



1. ЛОГІЧНІ ПАРАДОКСИ ТА РЕФЛЕКСИВНА ЮРИСПРУДЕНЦІЯ

Знати пізнавальні можливості методів, що використовуються, є важливим для будь-якої науки, оскільки бувають ситуації, як наприклад, коли така точна наука, як математика, стає неточною, і в ній мова наукового аналізу не завжди гарантує однозначність результатів. Згадаємо, що коли німецький математик Г. Кантор (*Cantor*, 1845–1918) завершував свою працю, присвячену подоланню методологічних труднощів у теорії множин, він отримав листа від свого колеги Б. Рассела (*Russell*, 1872–1970). Англійський математик і філософ, спираючись на Канторове визначення множин («множина — це сукупність будь-яких об'єктів»), сформулював парадокс усіх нормальних (або таких, що не містить самих себе) множин. Питання: чи є така множина нормальною або чи може вона містити себе в якості свого ж елемента? Якщо «так», то висновком є те, що вона не є множиною, оскільки є множиною всіх множин, які не містять множин. А якщо вона не містить саму себе як свій елемент, тоді висновок такий: вона повинна містити саму себе як елемент, оскільки вона і є множиною всіх множин, які не містять саму себе. Звідси логічна суперечність: якщо вислів є істинним, тоді впливає, що він є неістинним, а якщо він неістинний, то він є істинним. Кон'юнкція висловлювання та його заперечення (q та $не-q$) завжди є неістинним висловлюванням. Якщо консеквент є неістинним, то в істинній імплікації має бути неістинним і антецедент. А з неістинного впливає будь-яке (*ex falsum sequitur quodlibet*).

¹ Переклад з російської мови та наукове редагування О. Литвинова.

Цей парадокс спирається безпосередньо на визначення множини як сукупності будь-яких об'єктів, і тоді вона (оскільки також є об'єктом) може стати елементом самої себе. Властиві окремим елементам множини ознаки тут у тому ж самому смислі можуть бути приписаними й їхній сукупності — об'єкту більш високого рівня абстрактності, тобто самій множині і навпаки. Це означає, що дефініція множини, якій було довірено стати основним поняттям теорії множин, виявилася з методологічної точки зору надто абстрактною і тому суперечливою. Вона припускала у своїх основах рефлексивні визначення, тобто поняття, які підкоряють собі в одному і тому ж смислі об'єкти, які належать до різних семантичних і онтологічних рівнів, у тому числі й самих себе. Це й призводило до логічних суперечностей (антиномій).

Але якщо засади математики є такими, що з них за законами логіки з однаковою необхідністю витікають як істинні, так і неістинні висловлювання, то це тому, що математика не знає, про що вона «говорить», і не знає, чи є істинним те, що вона говорить. Саме цим на початку ХХ ст. було викликано кризу засад математики, для подолання якої критично переосмислювалася вся методологія математики, насамперед — поняття, які було розбудовано на основі рефлексивних або непередикативних визначень.

Одним із засобів для виключення з математики та інших наук таких визначень стала добре відома теорія логічних типів, яку було створено у 1909 р. тим же Б. Расселом [1, с. 55–80]. У ній було запропоновано диференціацію об'єктів пізнання згідно з їх семантичними рівнями (типами) і на цій підставі «заборонялися» рефлексивні визначення, які використовували такі логічні операції, які могли застосовуватися до самих себе. Якщо ж їх використовувати, тоді в певних випадках зникає різниця між об'єктною мовою та метамовою (парадокс «брехуна»), а в юриспруденції — різниця між правом як соціальними відносинами та його об'єктом (предметним буттям). Наприклад, різниця між правом на життя та його об'єктом — життям, між правом на власність та власністю (майном) тощо.

Подібні логічні ситуації, що пов'язані зі згаданим способом мислення, є загальнометодологічною проблемою всіх наук, включаючи й юриспруденцію [2, с. 78–95]. Різниця лише в тому, що різні науки і ставляться до неї по-різному. Є науки, де розробляються методи знаходження й елімінування таких понять разом зі способами мислення, що їх створили, є й інші, де проявляється схильність до того, щоб це не враховувати, а звідси — не знаходити потреби в корекції в методах мислення, що породжують такі поняття. До останніх певною мірою належить й юриспруденція. Суперечливі міркування в ній часто або не констатуються, або при констатації не змінюються способи мислення, що призвели до таких суперечливих міркувань. Іноді вони навіть легалізуються на тій підставі, що юридична методологія не є вільною від ірраціоналізму і що «у правозастосуванні крім логіко-аналітичних елементів багато й волюнтаристичних» [3, с. 218]. Слід зазначити ще й те, що в юридичній практиці загальнообов'язковість рішень, що приймаються, та їхня «справедливість» зазвичай спирається на відомчий, а не логічний авторитет (про це трохи згодом). Відповідно й вплив ідей юридичної науки на якість таких рішень часто-густо залишається на ієрархічній позиції після авторитетів відомчих. Наприклад, серед чинників, що зму-

шують суддів Конституційного суду змінювати свої попередні рішення, наукові рекомендації опиняються на останньому місці, а спочатку — поправки до Конституції, рішення Європейського суду з прав людини, конституційна юриспруденція інших країн тощо і тільки потім — «кінець-кінцем не повинні забувати й про вплив наукової доктрини» [4, с. 55–56].

Втім, сама інтуїція попередження та заборони рефлексивних визначень є вираженою і в юриспруденції, її можна виявити у добре відомому правовому принципі «ніхто не може бути суддею в своїй справі» (*Nemo est iudex in sua causa*, Кодекс Юстиніана), що має на меті встановлення істини та забезпечення неупередженості судового процесу. Однак суперечності, що виникають за умов порушення цього принципу, виправдовуються специфікою діяльності певних інституцій. Наприклад, якщо тільки парламенту надано виключне право видавати закони, то він має право видавати й закони, що регламентують його ж діяльність. Члени парламенту самі собі встановлюють посадові оклади тощо, звільняючи себе від обов'язку звіту, а таким чином знищують межу між державною та приватною власністю (дебати в парламентах Англії та Литви у 2011 р.); влада робить заяву, що вона примусить владу (сама себе) служити народові (передвиборче гасло політичної партії Литви «Новий союз»); Конституційний суд (частина судової системи) приймає рішення про недопустимість зниження заробітної платні суддям, включаючи самих себе; Конституція зобов'язує суддю при здійсненні правосуддя підкорятися тільки закону, а до чого зобов'язує закон — вирішує сам суддя тощо.

З метою запобігання негативних наслідків рефлексивних процедур у судовій системі створюється багатоступеневий порядок з апеляцією і касацією. Глумачення ж нормативних актів Конституційним судом таких «запобіжників» немає, тому ризик перекручення сутності актів, що використовуються, і самої Конституції в цьому випадку залишається значним.

Поняття правової держави також розвивалося у процесі подолання негативних наслідків рефлексійного мислення («концепція самообмеження»). Спочатку держава вважалася правовою, якщо вона дотримувалася своїх же законів, які, втім, могла сама змінювати: «Держава у вигляді сили, що свавільно творить право, стоїть над правом, а в цьому свавільному праві вбачає засіб для обмеження, приборкання та «зв'язування» свавільної сили свого ж творця (тобто держави). Гарантії проти свавілля — у самому свавіллі» [5, с. 307].

Критика держави законності та самообмеження призвела до переваги ідеї верховенства права, коли обмеження державної волі пов'язувалося вже з природними правами людини, що існують незалежно від неї і раніше її появи. Це було якісно новим і важливим кроком у бік науковості, об'єктивності та більш ефективного захисту прав людини від посягань держави.

Поняття, що створюються на основі рефлекторних визначень, самі собою, звичайно, не завжди є суперечливими і які слід би було елімінувати з наукового обороту. Наприклад, визначення числа чотири — це число, яке отримується у разі помноження числа два на самого себе. Таке визначення є рефлексивним, але коректним. Це має місце і в змістовних ситуаціях. Наприклад, закон, у якому парламент установлює собі норми заробітної плати, звичайно рефлексивний, але може бути несуперечливим у тому випадку, якщо парламент при

його прийнятті керується тими ж принципами, як і при встановленні заробітної плати для всіх держслужбовців. На рефлексійних визначеннях ґрунтуються й норми соціальної політики держави, умовність їхньої дієвості. Держава у такому випадку бере на себе виконання обов'язків стосовно соціально недієздатної особи (включаючи випадки безробіття) і водночас стає гарантом їхнього виконання. Тому це виконання стає ненадійним і нестабільним, оскільки у випадку відмови держави від виконання цих зобов'язань вона не зможе карати себе за це невиконання.

2. ДОСЛІДЖЕННЯ У ГАЛУЗІ ПАРАДОКСАЛЬНОСТІ ПРАВОВОГО АБО ВЗАГАЛІ СОЦІАЛЬНОГО МИСЛЕННЯ

Інтерес до проблем антиномій правового мислення сьогодні зростає у зв'язку з поглибленням інтеграційних процесів і кардинальними змінами в суспільному житті. Тому антиномії, на думку більшості авторів, є притаманними не тільки правовому мисленню [6, с. 57]. Наприклад, одним із таких парадоксів є ситуація в сучасній литовській політичній свідомості, коли політичним партіям висловлюють довіру лише 3,4 % населення (учасників опитування) — це найнижчий рейтинг зі всіх державних і суспільних інституцій. Однак вища державна влада (парламент) обирається саме з політичних партій, тобто тому, хто має найменшу довіру, ті, хто їм не довіряє, довіряють представництво їхніх інтересів. Суперечливе мислення настільки поширилося і стало необхідним для сучасного соціального життя, що визначається деякими авторами як «ортодоксія сучасної епохи» (*N. Luhmann*) [7, с. 15–16], як основна тема постмодернізму і неопозитивістської теорії права, оскільки постмодернізм взагалі сприяє розвиткові парадоксального мислення [8, с. 78–95]. Однак частіше парадоксальне мислення розуміють як суперечність діалектичні, а не логічні.

Проблема юридичних парадоксів — це проблема однозначності правового мислення, щоб у процесі відповідного аналізу правова інформація, що її створює одна логічна процедура, не знищувалася б або не відкликала іншою, що наслідуює попередню.

3. АНТИНОМІЇ, ЩО ВИНИКАЮТЬ ВНАСЛІДОК ОТОТОЖНЕННЯ ПРАВА З ЙОГО ОБ'ЄКТОМ

Одна з передумов виникнення логічних парадоксів у юриспруденції — це спосіб мислення, який ототожнює різні рівні існування правового буття. Наприклад, право на життя ототожнюється з його об'єктом — життям, право на власність — зі власністю (майном) тощо. Цей спосіб мислення, який сприяє виникненню логічних парадоксів, має назву онтологізації права і його коріння — в античній філософії та традиції політико-правового мислення доби Просвітництва. Він був запозичений безпосередньо з політичних документів кінця XVIII ст., насамперед з «Декларації прав людини і громадянина» (1789 р.), де було записано: «Метою кожного політичного союзу є забезпечення природних і невідчужених прав людини. Такими є свобода, власність, безпека й опір пригнобленню» (2 ст.) [9, с. 86]. Більш виразно цю онтологізацію сформульовано у другій французькій «Декларації прав і обов'язків людини і громадянина» (1795 р.), де прямо сказано: «Правами людини в суспільстві є свобода, рівність, безпека, власність» [9, с. 137].

Однак свобода, власність, безпека, як відомо, є не правами людини, а об'єктом цих прав. Право людини, як і право взагалі, є суспільним відношенням, яке створюється людьми для захисту таких своїх цінностей, як свобода, безпека, власність тощо. Ці два документи й започаткували на Заході на офіційному рівні традицію прихованого ототожнення права з його об'єктом. Звідси стало неясним те, як повинні встановлюватися в деклараціях і в конституціях захист та охорона цінностей людини (свободи, власності, безпеки тощо): безпосередньо або ж через права людини?

До цієї традиції приєднався і Литовський Конституційний суд. У своїй постанові від 9 грудня 1998 р. він визнав, що смертна кара, що їй передбачено ст. 105 КК за вбивство за обтяжувальних обставин, суперечить Конституції. Суд визначив право на життя таким чином, що воно належить особі як у випадку виконання обов'язку визнання такого ж права в інших осіб (висловлювання *q*), так і у випадку невиконання такого обов'язку (висловлювання *не-q*). Кон'юнкція двох висловлювань, що виключають одне одного (*q* і *не-q*), як уже зазначалося, є завжди неістинним висловлюванням, тому в істинній імплікації повинен бути неістинним і антецедент, тобто висловлення про незалежність використання суб'єктивним правом на життя виконання або невиконання цього обов'язку.

До такого висновку призводить й змістовна інтерпретація ситуації. Суб'єктивне право на життя, яке *de facto* не залежить від виконання обов'язку визнання такого ж права за іншими суб'єктами, перестає бути правом і перетворюється на свою протилежність — агресивний привілей, який ще й суперечить конституційним принципам: рівних прав усіх громадян (ст. 29, ч. 1) й заборони привілеїв (ст. 29, ч. 2).

Оскільки ж на цій основі відсутні правові аргументи скасування смертної кари, то ця проблема є не правовою, а етичною проблемою милосердя. Тому її вирішення є не компетенцією судової влади (включаючи КС), оскільки для них обов'язковою є юридична аргументація. Право заборони цього виду покарання належить виключно двом суб'єктам влади — народу (референдум) і парламенту, оскільки тільки вони мають право проявляти милосердя, тобто бути винятком із правил юридичної аргументації. Невипадково в європейських державах смертна кара ніде не скасовувалася конституційними судами (крім Литви та Угорщини), вона скасовувалася або парламентами, або ж їй заборона мала місце в самих конституціях, як, наприклад, в Основному законі ФРН або Конституції Швейцарії. Якщо ж рішення цієї неправової проблеми бере на себе КС, для рішення якого обов'язковою є правова аргументація, то пошук такої аргументації призводить до перекручення сутності самого права. КС у пошуках таких аргументів був вимушений ототожнювати право на життя з його об'єктом — життям, або об'являти право на життя «абсолютним правом». Оскільки ж таке ототожнення відкрито не проголошується, то воно впізнається в наведеній Литовським Конституційним судом аргументації: «Природні права притаманні кожній людині, таким чином — як найкращим, так і найгіршим» [10, с. 31]. Втім, як відомо, і «найкращим», і «найгіршим» однаково може належати не право на життя, а лише саме життя як біологічна властивість, оскільки право на життя є не біологічною властивістю, а соціальними відносинами взаємного зобов'язання. Якщо природне право належало б «найкращим» і «найгіршим», то воно

об'єктивно не передбачало б обов'язку визнання права на життя інших людей. Обов'язок та його місце у праві тоді взагалі втрачали б сенс, оскільки внутрішньо не були б пов'язаними з правом як дозволом. Однак у неперекрученій свідомості обов'язок та його виконання при використанні права як правоздатності (дозволом) у всі часи послуговували й послуговують єдиним критерієм для розмежування «найкращих» від «найгірших», оскільки зло як у природному праві, так і у праві позитивному є нічим іншим, як користуванням дозволом (правом-правоздатністю) без виконання відповідних обов'язків. Іншими словами, заперечувати обов'язок за умов використання суб'єктивного права (дозволу) — це об'єктивно заперечувати ближнього і його права. А якщо «немає» ближнього, то зрозуміло, що немає ані «добрих», ані «поганих» вчинків, немає й відомої диференціації людей, які скоюють ці вчинки, а є просто вчинки і просто люди, які скоюють ці вчинки, які живуть за принципами логічного мислення, яке є недосяжним і незрозумілим «праву». «Ближній» і його права завжди були єдиним і безперечним джерелом обов'язків і самого права як моделі соціалізованої поведінки, який є необхідним при використанні певного дозволу, у тому числі й права на життя.

Тому праворозуміння, яке усвідомлює право так, мов би воно в одному й тому же сенсі може бути притаманним як «найкращим» (q), так і «найгіршим» ($не-q$), має суперечності, які неможливо вирішити. Право, таким чином, перетворюється в інструмент, який є зовсім непридатним для практичного використання в раціональному суспільстві. Право як загальний стандарт цивілізованої поведінки зберігає здатність виконання функції методу системного дослідження юридичних явищ лише в тому випадку, якщо воно визнає рівні права всіх громадян і захищає їхні інтереси засобами однакової ефективності. Якщо особа, що зазіхає на найвище право інших осіб, може не ризикувати своїм правом на життя, то таке суспільство стає, за висловом Аристотеля, «суспільством рабів» [11, с. 155].

Спробу вийти з цієї парадоксальної ситуації через постулювання суб'єктивного права на життя в якості «абсолютного права» також спіткає невдача, оскільки «абсолютне право» виявляється не вирішенням проблеми, а лише її написанням з іншою назвою. Якщо право на життя є «абсолютним», то воно не є зв'язаним обов'язком визнання такого ж права в інших людей. Але право, яке не є зв'язаним обов'язком, втрачає свою тотожність, випадає з контексту «суспільного договору», перестає існувати у вигляді взаємної зобов'язаності. Особа, яка має таке право, не може його втратити, і не може бути позбавленою його, оскільки воно є вже просто неправом, а тому не може виникнути з надр суспільства як узгодженої волі вільних і рівноправних осіб. «Абсолютне право» — це *contradictio in adjecto*, як і «абсолютна свобода»: якщо право є «абсолютним» (q), то це означає, що у праві немає нічого крім свободи, тобто воно дозволяє робити все, що завгодно, у тому числі себе обмежувати, зв'язувати, заперечувати ($не-q$). А якщо з висловлювання «все є дозволеним» (q) за правилами логіки витікає його заперечення — дозвіл обмеження тієї ж свободи ($не-q$), то й істинне ($не-q$): $(q \rightarrow не-q) \rightarrow не-q$. А це означає, що право на життя, як і будь-яке інше, є відносним, оскільки воно є зв'язаним обов'язком визнання такого ж права іншого суб'єкта.

4. СУПЕРЕЧНОСТІ, ЩО ВИНИКАЮТЬ З БЕЗПОСЕРЕДНЬОГО ЗАХИСТУ ЦІННОСТЕЙ ЛЮДИНИ

Спосіб онтологізації права було некритично запозичено зі згаданих декларацій не тільки Литовським Конституційним судом, а й багатьма конституціями європейських держав, він став традицією, що збереглася й до сьогодні. У всіх попередніх Конституціях Литовської Республіки (1922, 1928, 1938 рр.), а також у сучасній (1992 р.), у більшості випадків захист основних цінностей людини (свобода, особистість, власність тощо) встановлювався не через права людини, а прямо, безпосередньо: «Свобода людини не може бути порушеною» (ст. 20), «Особа людини є недоторканою» (ст. 21), «Житло є недоторканим» (ст. 24). Винятком у Литовській Конституції є лише ст. 19, вона є єдиною, сформульованою з юридичної точки зору коректно: «Право людини на життя охороняється законом». Однак, як уже зазначалося, Конституційним судом це було розтлумачено так, що мов би закон захищає не право на життя, а саме життя, тобто безпосередньо.

Такі ж юридично некоректні формулювання ми знайдемо і в Основному законі Федеративної Республіки Німеччина, у Конституціях Франції, Швейцарії, Польщі та інших держав. Однак це мало втішає, оскільки колективна помилка не стає помилкою меншою, або, як на думку Полібіуса, «помилка (несправедливість) декількох людей — загальне нещастя» (*paucorum improbitas universa est calamitas*). Правда, є можливим і контраргумент: *communis error facit jus* («загальна помилка створює право»).

Але в чому тут неприйнятність або некоректність цих формулювань? Перш за все, вони є суперечливими, оскільки отожднюють право як суспільне відношення з його об'єктом — біологічною, психологічною, предметною реальністю. Таким чином, здійснюється перехід від посередницької, умовної охорони людських цінностей (через права людини) до безпосередньої або абсолютної, незалежної від поведінки власника цих цінностей та учасника суспільного договору. У такому випадку зникають критерії: а за яких умов ці цінності захищаються конституцією? Припускається, що вони захищаються нібито незалежно від соціальної поведінки їхнього власника. Особа, яка володіє цінностями, що їх безпосередньо захищають, як уже зазначалося, не може їх утратити, вони не можуть бути обмеженими, пов'язаними з будь-якими обов'язками, правилами, оскільки правила призначені для обмеження, зв'язування не цінностей людини, а лише її поведінки стосовно цих цінностей.

У практичній площині подібні формулювання обов'язково призводять до суперечностей, непорозумінь і навіть курйозів. Наприклад, якщо власність є недоторканою, то звідси витікають два висловлювання, які виключають одне одного: 1) неможна посягати на власність у випадку використання її згідно з законом; 2) таким же чином не є дозволеним її використання з порушенням закону. Вона не може бути вилученою і для суспільних потреб — і за умов справедливої, і за умов несправедливої відшкодування — з тієї простої причини, що вона «є недоторканою». На цій підставі виникає суперечність і у структурі ст. 23 Литовської Конституції, а саме: між ч. 1 («власність є недоторканою») та ч. 3 («власність може бути вилученою для суспільних потреб за умов справедливої відшкодування»). Тобто одна частина статті категорично стверджує те,

що іншою частиною заперечується. У таких умовах нормальним явищем має виглядати курйоз, коли в Швейцарії одну з магістралей було піднято на опорах і авторух гуркотить над однією лише домівкою тому, що її хазяїн не за яких умов не погодився на її пересування, а місцева Конституція захищає власність, а не право на власність. У Литві до 13 грудня 1993 р. у судах у кримінальних справах також не застосовували конфіскацію власності щодо засуджених, оскільки вважалося, що це суперечить згаданій тут ч. 1 ст. 23 Конституції. Конституційному суду довелося «переписати» це формулювання, зробивши його більш коректним у правовому сенсі: «право на власність охороняється законом». Це означає, що власність захищається лише в тому випадку, якщо особа має право на власність, виконуючи відповідні обов'язки.

У такому сенсі є суперечливими й усі інші згадані формулювання конституційних норм. Наприклад, якщо «житло є недоторканим» (ст. 24), то маємо справу також з категоричною забороною увійти в житлове приміщення без дозволу хазяїна у всіх випадках: і коли він дотримується закону, і коли він зберігає там наркотики, вибухівку та інші заборонені законом речі. Втім, на практиці ця заборона не є перешкодою проводити в таких «недоторканих» житлових приміщеннях обшуки та вилучення. Таким чином, на практиці користуються не тими конституційними формулюваннями, які існують, а тим, чого немає, записано одне, а розуміти слід інше: заборони формулюються в категоричній формі, а виконуються у відносній.

В якій іншій сфері знання, навіть такого, що називають науковим, ми знайдемо висловлювання, які слід розуміти майже навпаки їхньому записаному змістові? Який би вигляд мали сучасні фізика та астрономія, якщо б вислів «Земля обертається навколо Сонця» слід було б розуміти як «Сонце обертається навколо Землі»? Якщо певний зафіксований текст Конституції слід сприймати в майже протилежному сенсі, то її «отців» слід запідозрити у своєрідній «змові». Вони писали окремі її частини (тим більш головні — щодо прав людини) таким чином, мов би бажали приховати свої істинні наміри (текстом обіцяючи більше, ніж дозволяв його зміст). Тому вони мов би «закодували» свої наміри, щоб зробити сенс цих висловлювань важкодоступним для суспільства. А функцію «розкодування» такого тексту доручено одному суб'єкту — Конституційному суду, дозволяючи йому самому виготовлення засобів для цього «розкодування». Таким чином, створюються передумови для вільної інтерпретації меж компетенції КС при тлумаченні Конституції, а також і для збільшення значущості цього тлумачення. Компетенція Конституційного суду тоді підіймається навіть вище законодавця, оскільки останній лише сформулював текст Конституції, а йому надано право створювати її антитекст, тобто істинний сенс тексту писаного. Тому немає нічого дивного в тому, що після «розкодування» «недоторканна свобода особи», «недоторканне житло», «недоторканна власність» стають відносно доторканими, тобто користування цими цінностями вже пов'язується з виконанням певних обов'язків.

Від таких суперечностей не є вільним і Європейський суд з прав людини, про що свідчить, наприклад, його рішення у справі *Л. Претті (L. Pretty) проти Англії*. Жінка-позивачка скаржилася на те, що їй, хворій на невиліковну хворобу, було відмовлено у дозволі покінчити з собою за допомогою чоловіка. Жінка,

захищаючи своє право на смерть, навела такі, з точки зору права, раціональні аргументи: 1) ст. 2 Конвенції «захищає право на життя (а не саме життя), а також право вибору: жити далі чи не жити»; 2) страждання, які вона потерпає, можуть бути оцінені згідно зі ст. 3 Конвенції як «принижуюча поведінка»; 3) ст. 8 Конвенції гарантує право самовизначення, яке поширюється і на право прийняття рішення стосовно свого тіла і на те, що з ним має відбуватися. Вона стверджувала, що постраждала й від дискримінації, яка заборонена ст. 14 Конвенції, оскільки з нею поводитися так само, як і з іншими пацієнтами, хоча стан її здоров'я був зовсім не таким, як у них.

Однак Європейський суд з прав людини відхилив її скаргу, мотивуючи це тим, що він не є впевненим у тому, що «право на життя, передбачене ст. 2 Конвенції, може мати негативні аспекти» [12]. З правової точки зору, Суд тут, як видається, зробив декілька помилок. По-перше. Стаття 2 Конвенції встановлює, що «право на життя охороняється законом», втім Суд був схильним тлумачити цей текст таким чином, нібито законом охороняється не право на життя, а саме життя, тобто потайки переходить від захисту права на життя до захисту безпосередньо життя. По-друге. Думка Суду, що право на життя не може набути «негативних аспектів», суперечить загальному принципу відносності всіх якостей і явищ, що існують у часі. Усі явища й предмети набувають ціннісного визначення не самі по собі, а лише через відношення з особою, яка користується ними. Крім цього, відношення немає цінностей, оскільки крім самої особи немає кому надавати їм статус її цінностей. Цінність речей змінюється разом із цими умовами, за яких ця особа ними користується. Зміна речей і ситуацій — це постійне виникнення в позитивних явищах «негативних аспектів» і навпаки, у негативних — позитивних. Утім, оголошувати будь-які цінності абсолютними є фактично визнанням того, що вони зберігають свою ціннісну тотожність за будь-яких обставин. А це було б рівнозначним запереченню мінливості явищ і вступу на стежу суперечливого мислення. Наприклад, життя для людини є цінним за певних умов. Об'являючи життя абсолютною цінністю, держава втрачала б право вимагати, щоб пожежники, ризикуючи своїм життям, брали участь у погашенні пожежі на Чорнобильській АЕС, а у випадку війни направляти чоловіків на фронт, оскільки тушіння пожеж або присутність на фронті є небезпечними для їхнього життя як абсолютної цінності. Водночас цим визнавалося б, що немає і не може бути таких ситуацій, коли життя людини втрачає сенс і стає нескінченним стражданням. Тому і *qui plus probat, nihil probat* — хто надто багато доводить, той нічого не доводить.

Право є цінністю тільки при так званих «нормальних» умовах, оскільки цінності воно набуває не само собою, а згідно з тими цілями, задля яких воно створювалося й існує. Так, гроші є цінністю за одних умов і втрачають свою значущість (набувають «негативних аспектів») за інших. Мільйонер на ненаселеному острові може так само вмерти, як і особа, яка взагалі не має грошей. Автомобіль у «нормальних умовах» для однієї й тієї ж людини, мабуть, буде більш значною цінністю, ніж шматок хліба. Однак якщо у країні трапиться голод, то хазяїн автомобіля скоріш за все намагатиметься поміняти свій автомобіль на шматок хліба, як у цих умовах більш цінну річ.

Це свідчить про принципову релятивність цінностей, про їхню залежність від ситуацій, що змінюються, в які потрапляє їхній власник. Усі цінності, у тому

числі і право на життя або саме життя, оскільки вони є відносними, мають і «негативні аспекти». За певних умов їхня цінність може суттєво зменшитися або навіть зовсім зникнути. Наприклад, тяжка невиліковна хвороба, що викликає важкі страждання в хворого, якраз і може стати однією з тих умов, за яких у праві на життя можуть з'явитися «негативні аспекти», з причин яких життя як об'єкт права на життя з бажаної цінності може перетворитися в небажану. На війні тяжко поранені солдати іноді просили своїх товаришів, щоб вони їх застрелили. Оскільки право на життя є суб'єктивним правом, то особа має право відмовитися від свого права, згідно з яким життя, що він його захищає, ще не так давно було для нього найвищою цінністю. І якщо інші беруться вирішувати стосовно речей або явищ, які завжди для нього повинні вважатися цінністю, то цінність, що є нав'язаною йому проти його ж волі, перетворюється в звичайне насильство, а право на життя — у повинність.

Це свідчить, що такі тонкі форми насильства проти особистості можуть захищатися під знаком гуманізму і прав людини навіть у тих державах, які визнають пріоритет особистості та верховенство права.

У згаданому рішенні Європейського суду з прав людини право на життя тлумачилося в сенсі обов'язку і це стало причиною рішення, протиправного праву як єдності дозволів і повелінь, свободи й необхідності. Для способу мислення, якому не є доступною діалектика абсолютного й відносного, право на життя в одних умовах може перетворитися на привілей (спроба обґрунтувати неіснуючими юридичними аргументами скасування смертної кари), а в іншому випадку (заборона евтаназії) — у повинність (сфера суто необхідності). У цьому і полягає можливість своєрідного «привласнення» Конвенції Європейським судом на кшталт «привласнення» конституцій конституційними судами європейських країн — процес, що почався і відбувається [13].

5. ПРАВОВИЙ ПРОГРЕС ЛОГІЧНОГО ВИРАЖЕННЯ ПРАВОВИХ ЗАСОБІВ ЗАХИСТУ ЦІННОСТЕЙ ЛЮДИНИ В КОНВЕНЦІЇ ТА РЕГРЕС ТИХ САМИХ ПРОБЛЕМ У НАЦІОНАЛЬНИХ КОНСТИТУЦІЯХ

Якісно новий прогрес в усвідомленні прав людини приходить тоді, коли стає зрозумілим, що правове призначення національних конституцій полягає в «узаконованні» й захисті людських цінностей не безпосередньо, а через права людини. Саме така позиція висловлена й послідовно здійснена в «Конвенції про захист прав і основоположних свобод» (1950 р.), яка вже пододала згадану традицію онтологізації прав людини. У Конвенції в жодній статті немає формулювань таких, щоб у ній права людини ототожнювалися з їхнім об'єктом (життям, свободою, власністю тощо), навпаки, захист цих цінностей всюди встановлений через права людини: «Кожна людина має право на життя, це право (а не життя. — А. В.) є захищеним законом» (ст. 7), «Кожна людина має право на свободу і безпеку» (ст. 5 та ін.), «Кожна людина має право на власність і користання нею» (ст. 21) тощо.

І хоча конституції деяких країн було прийнято після промудрації та ратифікації Конвенції, а саме в ній було виражено сучасне і з юридичної точки зору коректне формулювання захисту основних прав, втім щодо цінностей людини ці

формулювання залишилися мов би «непоміченими». Це є свідомством, що «кваліфікаційні відстані» можуть існувати в один і той же час між різними правовими свідомостями, що виражають різні рівні засвоєння права. Виявляється, що в юриспруденції є можливими і такі ситуації, де поряд із передовими досягненнями (захистом цінностей людини через права людини) можуть «мирно» співіснувати й ті погляди, що віджили своє (онтологізація права або захист цих цінностей безпосередньо), — не вбачаючи у цьому важливої різниці та суперечностей. Дуже важко було б уявити в такій ситуації фізика, який при вирішенні сучасних проблем фізики не використовував би знання квантової механіки, непрямой оптики, лазерних або нанотехнологій, чи то хіміка, який разом із сучасною теорією горіння однаково визнавав би й теорію флогістону. Тому стає проблемою: що вважати в юриспруденції досягненнями, а що — хибною думкою, якщо і перше, і друге однаково легітимуються офіційними юридичними актами? Невипадково італійський юрист Л. Ферайолі (*L. Ferrajoli*) писав: «У більшості юридичних книг піддаються критиці інші, написані раніше, однак за відсутності загального методу, як достовірного критерія для перевірки здобутих висновків, немає можливості подолання того, що критикується. Тому нові книги, навіть такі, що суперечать старим, додаються до старих, збільшуючи безлад й непорозуміння в цій неспокійній дисципліні» [14, с. 2–3]. Але ж як інакше, якщо юриспруденція є більше сферою інтересів, ніж наукового знання?

Основне «зло» ототожнення права з його об'єктом або захисту цінностей людини не через права людини, а безпосередньо полягає в тому, що цей спосіб мислення перекидає суть права як єдності дозволів і повелінь, свободи й необхідності, прав і обов'язків. Навіть навпаки — постулює, що мов би вважається правильним користування правом на певні цінності людини не зв'язуються обов'язком. А це вже є замахом на соціальність права, на здатність права підтримувати в суспільстві злагоду та взаємність. На способі ототожнення права з його об'єктом саме і розбудовано ліберальну концепцію прав людини, яка прагне вбачати в правах людини лише дозвіл (свободу особистості), і цим надто завищувати значення індивідуального начала у правах людини.

6. СУПЕРЕЧЛИВІСТЬ ПРАВОВОГО СТАТУСУ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ

Правові антиномії виникають і в результаті використання надто абстрактних правових понять. Засновуючись на одному з таких понять («здійснення конституційного правосуддя»), Литовський Конституційний суд у своєму рішенні від 6 червня 2006 р. визнав себе «судовою інституцією, що здійснює конституційне правосуддя» [15] (так свою компетенцію визначають конституційні суди і в деяких інших країнах, наприклад, у Російській Федерації), не пояснюючи при тому, чим же відрізняється здійснюване ним «конституційне правосуддя» від правосуддя, що здійснюється судами загальної компетенції або адміністративними судами. Відмова від такого розрізнення сприяє виникненню подвійної суперечності як у самому понятті «суд», так і в Конституції Литовської Республіки.

Суперечність у понятті «суд». Сутність цієї суперечності в тому, що за найменуванням і за рішенням самого Конституційного суду він є «судом», а

згідно зі ст. 111 Конституції — він таким не є. У списку інституцій, що за Конституцією мають статус суду, який здійснює правосуддя, Конституційного суду немає (судами вважаються районні, окружні суди, апеляційний суд і верховний, а також адміністративні суди). Конституційному суду в Конституції Литовської Республіки присвячено окремий розділ 8, де й встановлено іншу компетенцію — право приймати рішення про конституційну законність актів, що їх видає парламент, уряд та президент (ст. 105).

Правосуддя, що здійснюється судом, — це індивідуально-правове регулювання, призначене для зміни юридичного статусу конкретної фізичної або юридичної особи, що скоїла правопорушення, чи-то відновлення суб'єктивних прав також конкретних осіб. У цьому процесі суд позбавляє конкретного правопорушника конкретних суб'єктивних прав або їх зменшує, оскільки він ними користувався, не виконуючи водночас конкретних обов'язків, виконання яких закон або договір пов'язували з користуванням цими правами. Тому правосуддя здійснюється з використанням санкцій. Санкції — це інструмент здійснення правосуддя, оскільки тільки санкціями суд може реально змінювати юридичний статус правопорушників, який встановлено загальним правовим регулюванням.

Відновлення порушених прав у цивільних справах також є пов'язаним із відновленням конкретної рівноваги прав і обов'язків у юридичному статусі конкретних осіб. В обох випадках маємо справу з індивідуальним правовим регулюванням, у процесі якого застосовуються норми загального правового регулювання, маючи на увазі їхню відповідність Конституції. У випадку підозри стосовно неконституційності норми, що використовується, суд є зобов'язаним звертатися до КС для вирішення питання про конституційність цієї норми.

Процес здійснення правосуддя, що так сприймається, не має відношення до КС, оскільки він не здійснює правосуддя: не застосовує санкцій, не змінює юридичний статус окремих осіб, не відновлює конкретні суб'єктивні права, що їх порушено у статусі конкретних осіб. Навіть у тих випадках, коли КС розглядає справу про конституційність дій конкретних посадових осіб (наприклад Президента Республіки), він не здійснює правосуддя в тому сенсі, що за Конституцією Литовської Республіки він не має права застосовувати санкції стосовно посадової особи, яка порушила Конституцію. Якщо відмінною якістю КС від судів загальної компетенції вважати те, що він здійснює «конституційне правосуддя», то виникає запитання: а яке ж правосуддя здійснює, наприклад, районний суд, якщо Конституція зобов'язує його при здійсненні правосуддя застосовувати тільки ті правові акти, які не суперечать Конституції? Районний суд й інші суди, згадані у ст. 111 Литовської Конституції, як відомо, не здійснюють і не мають права здійснювати іншого правосуддя, ніж конституційне.

Це свідчить, що компетенція КС спрямована не на індивідуальне, а на загальне правове регулювання, на забезпечення конституційної законності загального правового регулювання, на забезпечення судів законами й іншими правовими актами, які не суперечать Конституції, і кінець-кінцем — на гарантування верховенства Конституції на всіх рівнях правового регулювання. А таке гарантування є не здійсненням правосуддя, а лише створенням конституційних підстав для правосуддя.

Не є випадковим те, що у Франції ця інституція, як відомо, має назву не Конституційного суду, а Конституційної Ради, що перевіряє конституційність законів до набуття ними чинності. Оскільки вона у своїй назві не використовує слова «суд», то вербально не приховує спокусу зарахувати себе до судової системи і таким чином є номінально захищеною від згаданої неоднозначності й понятійної суперечності: термін «суд» у такому випадку не відчужується від свого змісту.

Лише деякими процедурами розгляду справ Конституційний суд є зовнішньо схожим на суд, процедурами, які, втім, самі собою не є підставами для зарахування його до судової системи, оскільки деякими з цих процедур користуються й різні адміністративні комісії, які використовують закони, але не претендують на статус суду.

Суперечність у Конституції. При найменуванні Конституційного суду судом виникає суперечність і у самій Конституції. Якщо КС є судом, то він падає під дію ст. 30 Литовської Конституції, яка встановлює: «Особа, конституційні права якої порушені, має право звертатися до суду». Тобто, якщо КС є судом, то громадяни автоматично набувають право безпосереднього звернення до суду, однак ст. 106 тієї ж Конституції такого права громадянам не надає. Таким чином, за рішенням КС від 6 червня 2006 р. він (Конституційний суд) є «судовою інстанцією» і на цій підставі громадяни набувають право безпосереднього звернення до КС (висловлювання *p*), а за ст. 106 Конституції такого права вони не мають (висловлювання *не-p*). Оскільки кон'юнкція двох висловлювань, які суперечать одне одному (*p* та *не-p*), як уже зазначалося, завжди є неістинним висловлюванням, то в істинній імплікації неістинним повинно бути й висловлювання, що ним є інспірованим: «Конституційний суд то є суд».

Висловлювання «Конституційний суд то є суд» інспірує й інші неістинні висловлювання: якщо громадяни не набувають права безпосереднього звернення до КС і після того, як він оголосив себе судом, то з цього витікає, що здійснення правосуддя нібито не є специфічною функцією суду і що судом можливо об'являти навіть ті державні інституції, які не здійснюють правосуддя, і до яких громадяни навіть не мають права безпосереднього звернення.

7. МЕТОДОЛОГІЧНІ СКЛАДНОЩІ З ПРИЧИНИ ПДВОЄННЯ СУБ'ЄКТІВ ПРАВА

Іншого штибу методологічні складності виникають і у випадку визнання людського життя, яке ще не народилося, таким самим суб'єктом права, як і жінку, у тілі якої це життя існує, однак ще від нього не відокремилося і не існує у вигляді біологічно самостійної особини. Якщо об'явити життя, що ще не народилося, самостійним суб'єктом права, то слід визнати, що жінка має право на своє тіло (адже немає закону, що позбавляє її такого права), і жінка не має права на своє тіло (у випадку заборони абортів). У разі відмови жінці в такому праві її тіло надавалося б проти її волі іншому суб'єкту права як засіб його реалізації. Тому у випадку заборони абортів держава ніби відчужує тіло жінки проти її волі, щоб вона користувалася ним тільки відповідно до правил і цілей, що встановлені державою для вирішення демографічної проблеми. А це стикнулося б і з конституційним принципом рівноправ'я всіх суб'єктів права, де жодна людина

не може тлумачитися так, щоб вона стала засобом для здійснення прав іншої людини.

Право на народження у цивілізованому суспільстві не може реалізовуватися без суб'єктивного права жінки на пологи, саме права, яке вона може використовувати, а може й не використовувати, а не обов'язку чи повинності. Тому держава не має права втручатися в цю сферу приватності й автономності жінки. Воно може втручатися в ці відносини тільки після народження дитини, коли вона відділяється від тіла матері і стає суб'єктом права, який підпадає під загальний захист конституційного ладу. Правові теорії, в яких стверджується, що правоздатність (визнання особи суб'єктом права) притаманна тільки народженій (такій, що відділилася від тіла матері) дитині, слід вважати такими, що висловлюють правову точку зору. Вони сприяють запобіганню подвоєння суб'єктів права і пов'язаних з цим парадоксальних ситуацій. Цього шляху додержується й цивільне право: спадкоємцями майна визнаються тільки діти, що народилися (ст. 5, ч. 5 ЦК Литви).

8. КВЕСТИОНУВАННЯ ВІДНОСНОЇ САМОСТІЙНОСТІ ПРАВА ЯК СОЦІАЛЬНОГО РЕГУЛЯТОРА

У тих випадках, коли основні правові поняття або навіть саме фундаментальне поняття юриспруденції «право» сприймається непевно, тоді вони стають нездатними виконувати функцію правового метода дослідження різних правових явищ поточного моменту, нездатними обґрунтовувати правові рішення, що приймаються, або слугувати в якості доказів якої-небудь правової тези. Тоді з причин методологічного безсилля праворозуміння правові аргументи для обґрунтування рішення, що приймається, замінюються економічними або іншими неправовими аргументами. Як доказ такої ситуації може слугувати Рішення Литовського Конституційного суду від 15 січня 2009 р. Для обґрунтування свого рішення про конституційність права членів парламенту (Сейму) на зменшення їхньої заробітної платні аргументацією слугували не специфіка суб'єктивного права на отримання заробітної платні, а наявність економічної кризи [16]. Конституційний суд мов би припускав у цьому випадку відсутність правових аргументів. Якщо право на отримання заробітної платні є суб'єктивним правом, а не обов'язком або повинністю, то ним можна користуватися чи не користуватися, або користуватися частково, не у всьому обсязі, відповідно у такому ж обсязі звільняючи державу від обов'язку виплачувати частину чи навіть усю зарплату. До цієї юридичної аргументації, звісно ж, можна додати й економічну (кризу), однак лише як додаткову. В іншому випадку непрямо заперечується право як відносно самостійний регулятор соціальних відносин, а сам юрист мов би відмовляється бути юристом і переходить на позиції економіста, оскільки у сфері права не знаходить відповідних аргументів для обґрунтування юридичного рішення, що приймається. Це «правове дезертирство» наводить на думку, що право (у цьому випадку — суб'єктивне право) розуміється так неясно, так непевно, що його присутність у цій ситуації не завжди можна помітити (нібито право є і нібито його немає). Тому таким «знесиленим» правом у цьому випадку й неможливо користуватися у процесі обґрунтування суто правового рішення.

Таким чином, в одному випадку здійснюється спроба рішення неправові проблеми (заборона смертної кари як проблема милосердя), спираючись на правові аргументи з їх перекрученням (ототожнення права на життя з його об'єктом — життям), в іншому випадку рішення суто правової проблеми обґрунтовується неправовими аргументами (економічною кризою). У першому випадку суперечність виникає в самому праворозумінні, у другому — квестионується право як відносно самостійний регулятор соціальних відносин. Тобто в обох випадках стикаємося зі спробою діяти відносно права мов би «вільно»: у першому випадку властивостей, які воно має.

9. «ІМУНІТЕТ» ВІДОМЧОГО АВТОРИТЕТУ У ВІДНОШЕННІ ДО ЛОГІЧНИХ ПАРАДОКСІВ

Наукове пізнання за своєю природою намагається запобігти логічних парадоксів як нульових множин та, відповідно, способів мислення, що до них призводять. Парадокси є знаками попередження щодо того, що способи мислення, які використовуються в науковому пізнанні, у тому числі й юридичному, уже вичерпали свої методологічні пізнавальні можливості і не відповідають тому рівню потреб наукової точності, коректності, надійності, якого потребує подальший розвиток наукового пізнання. Вони — логічне вираження такої невідповідності. Однак справи в юриспруденції, як ми бачимо, мають інший вигляд: там такі ситуації іноді або не «помічають», або виправдовуються тим, що прийняття рішень в юридичній практиці є «раціональним процесом лише частково» [3, с. 218]. Тому знаходження логічних парадоксів тут може й не викликати жодної стурбованості, жодного руху правової думки та юридичної практики, оскільки в таких випадках насамперед зобов'язує не логічний, а відомчий авторитет, який, як уже згадувалося, не завжди підкоряється голосу раціональності. Той, хто має право (повноваження) приймати остаточне рішення, той часто має право й вирішувати питання стосовно коректності правового мислення. Він може навіть зобов'язувати щодо такої поведінки, мов би й не було тієї чи іншої форми антиномії, і таким чином санкціонувати способи мислення, що призводять до логічних складнощів. Відомчий авторитет, з причин своєї пріоритетності, може й «не обтяжувати» себе запитанням: яким чином вважати «офіційну правову доктрину» науковою, якщо вона не є вільною від логічних парадоксів?

10. ВИСНОВКИ

1. Логічні парадокси або семантичні антиномії є загально методологічною проблемою наукового пізнання в цілому. Вони свідчать, що методи й способи, що використовуються, уже вичерпали свої методологічні можливості та призводять до ситуацій (парадоксів), коли однією пізнавальною процедурою знищується або відміняється інша. Тому прогрес науки періодично потребує перегляду існуючих методів з метою їхнього уточнення, заміни або доповнення новими, щоб підтримати методологічну здатність науки до подальшого розвитку. Усе це стосується й юриспруденції.

2. Парадокси правового мислення, що їх було розглянуто в цій статті, виникають з таких причин:

- а) онтологізація права (ототоження права як соціального відношення з його об'єктом — предметним буттям), тобто з причини змішування двох семантичних рівнів права;
- б) захист цінностей людини не через права людини, а безпосередньо, що призводить до роз'єднання в сутності права прав і обов'язків, свободи й необхідності, і що, врешті-решт, фактично робить замах на тотожність права, на здатність його соціалізувати поведінку людей;
- в) використання надто абстрактних правових понять (у цьому випадку таких понять, як «суд», «здійснення правосуддя»), що створює можливість найменування судовими інституціями таких інституцій, що не здійснюють правосуддя;
- г) подвоєння суб'єктів права у випадку визнання суб'єктом права людського життя, яке ще не народилося, що призводить до посягання на права жінок;
- г) неясність основних правових понять, у результаті чого важко впізнається тотожність права, а тому право втрачає частину своєї здатності доводити у випадку юридичної аргументації; тоді право є вимушеним значною мірою поступатися місцем неправовій аргументації і цим зменшувати свою соціальну значущість.

3. Особливість логічних парадоксів у юриспруденції полягає в тому, що вони рідко формулюються в явно вираженій формі, а реакція на них і на способи мислення, що їх породжують, частіш за все залежить від відомчого авторитету. Тому знаходження логічних парадоксів може й не викликати жодного руху правової думки і правової практики. Можливість ігнорування логічних парадоксів уповільнює прогрес правової науки й підтримує в ній невизначеність і безлад. виправдовується це тим, що юриспруденція має відношення більше до сфери соціального, а не логічного, і це треба мати на увазі.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Russell Bertrand und Whitehead Alfred North*. Einführung in die Mathematische Logik (Die Einleitung der «Principia Mathematica»). Ins Deutsche übertragen von Hans Morke. — München, Berlin, 1932. — 158 S.
2. *Klaus F.* Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch. 2, neu bearbeitete Auflage. — Köln, Berlin, Bonn, München, 2001. — 649 S.
3. *Prümm Hans Paul*. Reducing irrationality of legal methodology by realistic description of interpretative tools and teaching the causes of irrationality in legal education // Jurisprudencija. — 2009. — Т. 1 (115). — P. 199–219.
4. *Jarašiūnas Egidijus*. Oficialios konstitucinės doktrinos koregavimo problemas // Jurisprudencija. — 2009. — Т. 1 (115). — P. 39–65.
5. *Нерсесянц В. С.* Общая теория права и государства. — М., 1999. — 539 с.
6. *Тощенко Ж. Т.* Парадоксальный человек. — 2-е изд. — М., 2008. — 543 с.
7. *Luhmann Niklas*. Reflexive Mechanismen // Soziale Welt. — 1966. — № 17.
8. *Klaus F.* Paradoxien und Rekursivität im Recht // Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch. 2. neu bearbeitete Auflage. — Köln, Berlin, Bonn, München, 2001.
9. *Хрестоматия* по истории государства и права зарубежных стран : в 2 т. — М., 2007. — Т. 2. — 669 с.
10. *Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 1998 m. gruodžio 9 d. nutarimas «Dėl Lietuvos Respublikos baudžiamojo kodekso 105 straipsnio sankcijoje numatytos mirties baismės atitikimo Lietuvos Respublikos Konstitucijai»* // Žinios. — 1998. —

- № 109–3004. (Постанова Литовського Конституційного суду від 9 грудня 1998 р. «Про відповідність смертної кари, установлені 105 статтею Литовського кримінального кодексу, Конституції Литовської Республіки» // Державні відомості. — 1998. — № 109–3004).
11. *Аристотель*. Никомахова етика // Соч. : в 4 т. — М., 1983. — Т. 4. — С. 53–293.
 12. *Case of Pretty v. United Kingdom*, Application № 2346/02 (29 April 2002) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case+Law/Case+law+information/Selective+comparative+law+list>.
 13. *Sweet Alec Stone*. Governing With Judges: Constitutional Politics in Europa. — Oxford, 2000. — 248 p.
 14. *Ferrajoli Luigi*. Teoria assiomaticizzata del diritto. Parte generale. — Milano, 1970. — 208 p.
 15. *Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2006 m. birželio 6 d. nutarimas «Dėl Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo įstatymo 1 straipsnio pavadinimo «Konstitucinis Teismas – teisminė institucija» ir šio straipsnio 3 dalies atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai»* // *Žinios*. — 2006. — № 65–2400. (Постанова Литовського Конституційного суду від 6 червня 2006 р. «Про відповідність назви «Конституційний суд – судова інституція» 1 статті закону Литовського Конституційного суду і 3 частині тієї ж статті Конституції Литовської Республіки» // *Державні відомості*. — 2006. — № 65–2400).
 16. *Žinios*. — 2009. — № 6–170 (Державні відомості. — 2009. — № 6–170).

Вайшвіла А. Про деякі антиномії правового мислення

Анотація. На основі підходу до розуміння права як єдності прав і обов'язків доводиться логічна хибність окремих статей конституцій європейських країн, що стосуються прав людини, та негативний вплив такого стану правового мислення на судову практику, включаючи Європейський суд з прав людини. Як частина цієї загальної проблеми розглядається питання невідповідності діяльності Литовського Конституційного суду самому поняттю «суд».

Ключові слова: право, права людини, конституція, суд, логічні парадокси, правове мислення, наукова методологія.

Вайшвіла А. О некоторых антиномиях правового мышления

Аннотация. На основе подхода к пониманию права как единства прав и обязанностей доказываается логическая ошибочность конституций европейских стран, касающихся прав человека, и негативное влияние такого состояния правового мышления на судебную практику, включая Европейский суд по правам человека. Как часть этой общей проблемы рассматривается вопрос несоответствия деятельности Литовского Конституционного суда самому понятию «суд».

Ключевые слова: право, права человека, конституция, суд, логические парадоксы, правовое мышление, научная методология.

Vaishvila A. About some Antinomies of Legal Thinking

Summary. On the basis of approach to understanding the law as integrity of rights and duties it is proved the logical impropriety of constitutions of European countries, concerning the human rights, negative influence of such quality of legal thinking on the court practice including the European Court of Human Rights. As a part of this common problem it is considered the issue of disparity of Lithuanian Constitutional Court's activity to the notion «court».

Key words: law, human rights, constitution, court, logical paradoxes, legal thinking, scientific methodology.

СВОБОДА, ПРАВО, МОВА: КОНЦЕПТУАЛЬНИЙ ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК¹



В. ОГЛЕЗНЄВ

*кандидат філософських наук, доцент,
докторант кафедри історії філософії та логіки
філософського факультету
(Національний дослідницький
Томський державний університет, Росія)*

Очевидно, що нині не викликає сумнівів теза, що свобода — це іманентна властивість людської природи, це та онтологічна особливість, без якої неможливо помислити людину. Але оскільки здійснення свободи є можливим лише через поведінку людини, то тематизація свободи, очевидно, повинна переміститися зі сфери метафізики у сферу соціальної взаємодії, де є можливість не тільки емпірично підтвердити наявність волі, а й, найголовніше, через відповідні соціальні (правові) механізми гарантувати можливість її реалізації. Звичайно, нам не доводиться ставити запитання на кшталт «Чи вільний Робінзон Крузо на безлюдному острові?», так само як і «Наскільки вільний Робінзон Крузо?». А оскільки йому просто немає з ким порівняти свою свободу, то предикат «вільний» стає зайвим і недоречним. Отже, концепт «свобода» є соціальне явище, результат соціальної взаємодії.

Оскільки будь-яке дослідження, пов'язане тією чи тією мірою з поняттям «свобода», стикається насамперед із лінгвістичними труднощами, пов'язаними з розрізненням стилю і термінів «*liberty*» і «*freedom*», які використовуються або поперемінно, або взаємозамінно, то від того, яка дослідницька стратегія прийнята за основу, в результаті залежить і успіх усєї кампанії. Хоча в західній літературі були зроблені деякі спроби розрізнити свободу-*liberty* і свободу-*freedom*, але вони не мали особливої популярності [1–4]. При цьому ці терміни не можуть бути перекладені на інші європейські мови, в тому числі й російську, які містять тільки одне поняття латинського або германського походження (наприклад, *liberte*, *Freiheit*), тоді як англійська мова містить обидва.

¹ Дослідження виконано за фінансової підтримки РГНФ (проект № 11-33-00343а2), РГНФ (проект № 12-13-70001а), РГНФ (проект № 12-33-01380а2) Ради з грантів Президента РФ (проект № МК-270.2011.6), у рамках державного завдання освіти та науки Росії на проведення наукових досліджень (Тематичний план НДР Томського державного університету) № 6.4832.2011 і в рамках федеральної цільової програми «Наукові і науково-педагогічні кадри інноваційної Росії», захід 1.2.1 Проект «Семантична невизначеність та її онтологічні наслідки у філософії інформації та комунікації» (2012-1.2.1-12-000-3003-029).

У цьому сенсі дослідження свободи в контексті концептуальної взаємодії таких понять, як «мова» і «право», представлене в цій статті, дало б змогу зробити певний внесок у дискусію про сутність і значення цього соціального явища.

Як відомо, у своїй статті «Два поняття свободи» [5] І. Берлін дав оригінальний аналіз двох основних розумінь свободи — «негативного» і «позитивного», ознаменувавши тим самим початок дискусій і суперечок, пов'язаних з інтерпретацією поняття «свобода».

Яке співвідношення цих розумінь свободи? Припустимо, Ви їдете містом на автомобілі й під'їжджаєте до перехрестя. Ви повертаєте ліворуч, хоча ніхто і ніщо не змушувало Вас вчинити так, а не інакше. Потім Ви, проїхавши перехрестя, повертаєте праворуч, але ніхто і ніщо не перешкоджало тому, щоб Ви повернули ліворуч або поїхали прямо, оскільки на дорозі немає інших машин, немає жодних дорожніх пригод чи заборонних знаків. Ви як водій видаєтеся абсолютно вільним. Але ця ситуація могла б змінитися вельми кардинально, якщо припустити, що Ви забули вимкнути вдома праску, повернули ліворуч і потім направо, відчайдушно намагаючись дістатися будинку, перш ніж це зробить пожежна служба. Замість самостійного керування автомобілем Ви відчуваєте, що Вас «ведуть», оскільки це ірраціональне переживання змушує Вас нестримно крутити кермо спочатку наліво, а потім направо. Крім того, Ви абсолютно чітко усвідомлюєте, що Ваш маневр направо на перехресті означає, що Ви, ймовірно, запізнитесь на вокзал, куди Ви власне і прямували, і що, напевно, Ви вимкнули праску. Таким чином, Ви зовсім не вільні від цього ірраціонального відчуття, яке зупиняє Вас від виконання задуманого.

Ця ситуація дає нам два протилежних розуміння концепту «свободи». З одного боку, можна думати про свободу як про відсутність зовнішніх перешкод і обмежень. Ви вільні, якщо ніхто і ніщо не заважає Вам зробити що-небудь, незалежно від того, що Ви могли б хотіти зробити. У цьому сенсі у зазначеній ситуації Ви видаєтеся вільним. З другого боку, можна думати про свободу як про присутність контролю з боку когось або чогось. Щоб бути вільним, Ви повинні бути незалежним, тобто повинні бути у змозі керувати власною долею у власних інтересах. А в цьому сенсі Ви видаєтеся не вільним: Ви не контролюєте власну долю, оскільки не у змозі керувати почуттям, від якого бажаєте позбутися, і яке перешкоджає тому, щоб Ви усвідомили, що є Вашими істинними інтересами.

І. Берлін назвав ці два поняття свободи негативним і позитивним відповідно. Основна причина для використання цих ярликів у тому, що в першому випадку свобода видається як проста відсутність когось або чогось (тобто перешкод, бар'єрів, обмежень або втручання), тоді як у другому випадку вимагається присутність когось або чогось (тобто контролю, самовладання, самовизначення чи самореалізації). За словами І. Берліна, «ми використовуємо негативне поняття свободи, намагаючись відповісти на питання: “Якою є сфера, в межах якої суб'єкт — людина чи група людей — має бути залишений, щоб зробити що-небудь або бути в змозі зробити що-небудь без перешкод з боку інших осіб?”, тоді як використовуємо позитивне поняття свободи, намагаючись відповісти на питання: “Що або хто є джерелом контролю або втручання, що може визначити що робити чи не робити?”» [5, с. 121–122].

Необхідність вивчення відмінностей між цими двома поняттями в аспекті розрізнення існуючих внутрішніх і зовнішніх факторів по відношенню до актора зумовлена специфікою відповідної галузі соціальної реальності та порушеним дослідницьким завданням. Оскільки теоретизація негативної свободи має своїм предметом, насамперед, ступінь, до якої люди або групи «переносять» втручання з боку зовнішніх сил, то тематизація позитивної свободи більш уважна до внутрішніх чинників, які порушують питання, до якого ступеня люди або групи діють автономно (самостійно або незалежно). Враховуючи цю відмінність, слід було б припустити, що філософія і теорія права повинна сконцентруватися виключно на негативній свободі, а інтерес до позитивної свободи повинен належати більше до психології або етики, ніж до політичної та соціальної філософії.

У своїй політичній формі позитивна свобода нерідко осмислювалась як обов'язково досягнута через спільність. Можливо, найяскравіший приклад — теорія свободи Ж.-Ж. Руссо, згідно з якою свобода особистості досягається через участь у здійсненні колективного контролю над суспільними справами відповідно до «спільної волі». Іншими словами, можна було б сказати, що демократичне суспільство — це вільне суспільство, тобто незалежне, і що члени цього суспільства вільні настільки, наскільки мають можливість брати участь у демократичному процесі. Але є й інші застосування поняття позитивної свободи. Наприклад, іноді йдеться про те, що уряд повинен активно прагнути до створення необхідних для людей умов: самостійності та самореалізації. А також про те, що негативне розуміння свободи більше ніж зазвичай превалує в питаннях ліберального захисту конституційних свобод, типових для ліберально-демократичних суспільств, таких як свобода пересування, свобода релігії, свобода слова, а також у захисті права на приватну власність, хоча деякі дослідники заперечували вимогу, що приватна власність обов'язково збільшує межі негативної свободи.

І. Берлін показав, що негативна і позитивна свобода не просто два відмінних види свободи, вони можуть бути представлені як конкуруючі, несумісні інтерпретації одного політичного ідеалу. Політичний лібералізм припускає негативне визначення свободи: взагалі ліберали стверджують, що якщо Ви схвалюєте індивідуальну свободу, то необхідні серйозні обмеження дій держави щодо особистості. Критики лібералізму часто оскаржують негативне визначення свободи, стверджуючи, що переслідування свободи, що розуміється як самореалізація або самовизначення (людини або спільності), може вимагати особливого виду державного втручання, не дозволеного лібералами.

Таким чином, негативна свобода може розумітись як відсутність перешкод, бар'єрів або обмежень. У кожного є негативна свобода до тієї міри, що дії в цьому негативному сенсі доступні тільки для нього одного. Позитивна свобода є можливість дії або факт дії. Однак все-таки без відповіді залишаються такі запитання: яка концепція свободи правильна? Яка свобода, зрештою, бажана?

Відповісти на ці та подібні питання намагається американський філософ аналітичного спрямування Дж. МакКаллум у статті «*Negative and Positive Freedom*» [6]. Основна його теза полягає в тому, що немає сенсу розрізняти два види свободи — позитивну і негативну — і визначати яка з них є єдиною, «найбільш істинною» або «найбільш цінною» свободою, оскільки різниця між ними

визначена недостатньо чітко і почасти ґрунтується на серйозних помилках. Він пропонує «позбутися від загальноприйнятої, але малокорисної зосередженості на “типах” свободи та звернутися до істинно важливих проблем у цій галузі соціальної та політичної філософії» [6, с. 312]. Дж. МакКаллум стверджує, що фактично є тільки одне фундаментальне поняття свободи, якого дотримуються обидві дискутуючі сторони. І єдине, в чому не погоджуються теоретики негативної та позитивної свободи, як це поняття свободи має інтерпретуватися. Дійсно, є дуже багато різних можливих інтерпретацій свободи, а штучна дихотомія І. Берліна змусила нас вважати, що повинні бути тільки два її варіанти.

Дж. МакКаллум дає таке визначення поняття свободи: суб'єкт, або актор, вільний від певних обмежень або обставин, які перешкоджають, щоб зробити щось або ставати чимось чи кимось. Тому свобода є тріадним відношенням, тобто відношенням між трьома елементами: актором, певними обставинами, що перешкоджають, і певною поведінкою актора. Так, якщо взяти формулу « X по відношенню до $Y \in$ (не \in) вільним зробити (не зробити, стати, не стати) Z », то X буде поширюватися на акторів, Y — на «обставини, що перешкоджають», такі як примус, обмеження, втручання та перешкоди, і Z — на дії, на стан особистості або на обставини. Але наявність у якомусь висловлюванні всіх трьох елементів є не обов'язковою, тому що якщо «при обговоренні свободи відсутнє посилання на один із цих параметрів, це має відбуватися лише тому, що вважається, ніби він зрозумілий із самого контексту обговорення» [6, с. 314]. Отже, будь-яке висловлювання про свободу чи несвободу може бути представлене у вигляді висловлювання згаданої вище форми, яка визначає, що є вільним чи невільним, і хто вільний або невільний зробити щось або стати кимось.

Запропонована концептуальна схема, очевидно, має універсальний характер, оскільки може бути протестована в різних сферах соціальної взаємодії. І безумовно, така формула релевантна сфері права, де тільки аналіз зовнішньої поведінки дає змогу кваліфікувати дії акторів. Таким чином, явно виражений біхевіористський аспект цього тріадного відношення, експлікованого у правовій реальності, дозволяє піти від проблематики розрізнення різних типів свободи і чітко вловити комунікативний зміст концепту «свобода». Дійсно, застосовуючи формулу « X по відношенню до $Y \in$ вільним зробити (не зробити, стати, не стати) Z » до аналізу правових відносин, доходимо висновку, що оскільки «перешкоджаючими у правовій сфері й будуть самі правові правила, що обмежують нашу поведінку в особливому (формально-юридичному) значенні, то X вільний зробити Z , тобто зробити «все, що прямо не заборонено законом». Однак X не вільний не зробити Z , оскільки наявність Y змушує його вчинити так, а не інакше. Таким чином, $X \in$ вільним у тому і тільки в тому випадку, коли мають місце «обставини», відповідні Y . Іншими словами, людина може бути реально вільною тільки у правовій сфері, у межах дії правового правила.

Вперше визначення свободи як тріадного відношення було висунуто Ф. Оппенгеймом у «*Dimensions of Freedom*» [3]. Але, розглядаючи свободу як тріадне відношення, Ф. Оппенгейм вельми суворо обмежив діапазон складових його змінних. Він редукував тріадне відношення до відношення між двома акторами і конкретною (перешкоджаючою або неперешкоджаючою) дією, що створило враження діадного характеру свободи. У структурі свободи Дж. МакКаллу-

ма, на відміну від схеми Ф. Оппенгейма, інтерпретація кожної з цих трьох змінних залишається відкритою. Дж. МакКаллум бажає узагальнити цю тріадну структуру так, щоб вона охопила негативне і позитивне розуміння свободи. Саме тому, він вважає, що «...багато людей, які поділяють свободу на позитивну і негативну, не у змозі зрозуміти, що осмисленість розмов, що стосуються свободи акторів, зрештою, зводиться до розуміння свободи як тріадного відношення. Свідченням цього непорозуміння, або ж передумовою його, є просте, але загальноприйняте визначення відмінності між двома видами свободи як відмінності між поняттями “вільний від” і “вільний для” — опис, який припускає, що свобода може бути одним із двох діадних відношень. Але такий опис не розрізняє двох абсолютно різних видів свободи; він може слугувати лише для того, щоб підкреслити одну чи другу із двох особливостей кожного випадку свободи акторів. Отже, коли йдеться про розрізнення двох видів свободи, думку того, хто стверджує, що “свобода від” — “єдино можлива”, або що “свобода для” — найбільш справжня... не можна вважати розумною і чіткою» [6, с. 318].

Щоб представити точку зору Дж. МакКаллума, повернемося до прикладу з водієм, який думав, що він забув вимкнути праску, і спробуємо його проінтерпретувати за допомогою концептуальної схеми, представлені тріадним відношенням. При описі свободи або несвободи цієї людини будемо описувати кожен з трьох змінних. Отже, з одного боку, якщо ми говоримо, що водій вільний, то під цим, ймовірно, матимемо на увазі, що актор, представлений певною емпіричною сутністю водія, вільний від зовнішніх (фізичних або юридичних) перешкод зробити щось, незалежно від того, що він міг би хотіти зробити. З другого боку, якщо ми говоримо, що водій невольний, то під цим, ймовірно, матимемо на увазі те, що актор, представлений більш високою або раціональною сутністю, невольний через внутрішні, психологічні обмеження виконати якийсь раціональний план. Причому в обох вимогах є як негативний, так і позитивний елемент: кожна вимога свободи приймає обидва значення, і як свобода від чогось (тобто від перешкоджаючих обставин), і як свобода зробити щось або ставати чимось або кимось. Отже, дихотомія І. Берліна між «свободою від» і «свободою для» є помилковою і такою, що вводить в оману і тих, хто говорить, що вважає водія вільним, використовуючи при цьому негативне поняття, і тих, хто говорить, що вважає водія невольним, використовуючи позитивне поняття. Відрізняє ці два розуміння виключно варіант інтерпретації кожної з цих трьох змінних у тріадному відношенні свободи.

Незважаючи на явну цінність тріадної формули Дж. МакКаллума та її сильного впливу на аналітичних філософів, однак розрізнення свобод, проведене І. Берліном, продовжує домінувати в дискусіях про значення політичної та соціальної свободи. Чи обґрунтовані філософськи ці триваючі звернення до позитивної та негативної свободи?

Це питання не було б таке актуалізоване, якби структура Дж. МакКаллума містила будь-які концепції свободи. Зокрема, поняття самовладання або саморегуляції припускає наявність певного контролю, який не пояснюваний за допомогою свободи як тріадного відношення. Тому що якщо розглядати свободу, яка включає в себе саморегуляцію, то отримуємо здійснення свободи на противагу її можливості [7]. Якщо інтерпретувати свободу через контекст її здійс-

снення, то свобода полягає не просто в можливості виконання певних дій (тобто за відсутності обмежень на їх виконання), а й у тому, щоб фактично здійснювати певні дії певними способами. Ідея свободи як відсутність обмежень на реалізацію подібних висновків могла би бути оскаржена як не здатна описати здійснення свободи, оскільки останнє не вказує на відсутність обмежень.

Наприклад, Е. Нельсон поставив під сумнів це позитивно-негативне розрізнення свободи як таке, що почасти збігається з розрізненням між здійсненням і можливістю свободи [8]. Він вважає, що більшість теоретиків, які традиційно дотримуються позитивного розуміння свободи, не розрізняють свободу як відсутність обмежень і свободу як свободу робити щось або ставати чимось чи кимось. Для цих теоретиків свобода є відсутністю взагалі будь-якого обмеження на поведінку конкретного актора (причому обмеження на свободу розуміються ними в гранично широкому сенсі). Різниця між такими теоретиками і так званими негативними теоретиками свободи полягає скоріше в ступені конкретизації *X*. Для тих, хто приймає вузьку концепцію обмежень, *X* менш конкретизований (*X* визначається реалізацією будь-якого з безлічі варіантів поведінки); для тих, хто приймає широку концепцію обмежень, *X* більш конкретизований (*X* визначається реалізацією тільки певного варіанту поведінки).

Те, що, можливо, залишається від подібного розрізнення, є спрощеною класифікацією різних інтерпретацій свободи, основне завдання якої полягає у визначенні їх відповідності класичній ліберальній традиції. Таким чином, свобода індивідів і свобода їх волі — поняття тотожні. Воля у праві є вільна воля, яка відповідає всім сутнісним характеристикам права і тим самим відмінна від довільної волі і протистоїть сваволі. Вольовий характер права зумовлений саме тим, що право — це форма свободи людей, тобто свобода їхньої волі.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Gibbs B.* Freedom and Liberation. — London, 1976.
2. *Flathman R.* The Philosophy and Politics of Freedom. — Chicago, 1987.
3. *Oppenheim F. E.* Dimensions of Freedom: An Analysis. — New York, 1961.
4. *Aron P.* Эссе о свободах. — М., 2005.
5. *Berlin I.* "Two Concepts of Liberty", in I. Berlin, Four Essays on Liberty. — London, 1969.
6. *MacCallum G. C.* Negative and Positive Freedom // The Philosophical Review. — 1967. — Vol. 76.
7. *Taylor C.* «What's Wrong with Negative Liberty», in A. Ryan (ed.), The Idea of Freedom. — Oxford, 1979, reprinted in Miller, 1991.
8. *Nelson E.* Liberty: One Concept Too Many? // Political Theory. — 2005. — Vol. 33.

Оглеznєв В. В. Свобода, право, мова: концептуальний взаємозв'язок

Анотація. У статті представлена інтерпретація концепту «свобода» засобами аналітичної філософії. За допомогою техніки концептуального аналізу «свободи» і «права» встановлено релевантність загальної теорії права і філософії права. Використані напрацювання філософії мови, що дозволяє переглянути концепцію свободи І. Берліна. Запропонована методологія дає змогу перенести увагу зі сфери метафізики права у сферу епістемології права, що сприяє новій інтерпретації традиційних філософсько-правових проблем.

Ключові слова: позитивна свобода, негативна свобода, право, мовні конструкції, концептуальний аналіз, методологія права, філософія права.

Оглезнев В. В. Свобода, право, язык: концептуальная взаимосвязь

Аннотация. В статье представлена интерпретация концепта «свобода» средствами аналитической философии. Посредством техники концептуального анализа «свободы» и «права» установлена релевантность общей теории права и философии права. Используются наработки философии языка, позволяющей пересмотреть концепцию свободы И. Берлина. Предложенная методология позволяет перенести внимание из области метафизики права в область эпистемологии права, что способствует новой интерпретации традиционных философско-правовых проблем.

Ключевые слова: позитивная свобода, негативная свобода, право, языковые конструкции, концептуальный анализ, методология права, философия права.

Ogleznev V. Liberty, Law, Language: Conceptual Interrelation

Summary. The article presents the interpretation of the concept of «liberty» by the tools of analytic philosophy. By the technique of conceptual analysis of «liberty» and «law» the relevance of the general legal theory and legal philosophy are stated. Developments of philosophy of language, which allows to redefine I. Berlin's conception. The proposed methodology allows us to transfer the attention from the sphere of metaphysics of law to the area of epistemology of law. This contributes a new interpretation of traditional philosophical and legal problems.

Key words: positive liberty, negative liberty, law, language constructions, conceptual analysis, methodology of law, philosophy of law.

ТВОРЕННЯ ТА СПОЖИВАННЯ ПРАВОВИХ ЗНАКІВ

О. БАЛИНСЬКА
*кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри теорії
та історії держави і права
(Львівський державний університет
внутрішніх справ)*



У новітню епоху глобальної інформатизації людство розвивається як загальна знакова система. Інформацію, що міститься у знаках, визнають важливою самостійною категорією сучасності і одним із сегментів цієї категорії є правова реальність із цілим комплексом знаків. Ці знаки трансформуються в інформаційні моделі речей, предметів, явищ, фактів, дій, подій, суб'єктів та об'єктів, які вони відтворюють. Такі інформаційні моделі, будучи насиченими знаковими кодами, застосовуються у найрізноманітніших екстралінгвістичних ситуаціях і сферах життєдіяльності людини.

Однією зі сфер застосування таких інформаційних моделей є соціонормативний простір, зокрема правова реальність як міжрівнева функціонально-семантична мовна (знакова, дискурсна) одиниця цього простору. В основі створення та використання інформаційних моделей правової реальності лежать особливі правові знакові конструкції, що виражають загальнозрозумілий знаковий (мовленнєвий, віртуальний і діяльнісний, прикладний) прояв юридичних фактів світової практики. Ці правові конструкції потребують як теоретичного осмислення, так і практичного застосування з урахуванням того, що законодавство, яке передає засобами мови всі необхідні суспільні вимоги, є саме такою знаковою системою.

Тому на сьогодні перед науковцями у сфері загальної теорії держави і права, філософії права, загальної філософії мислення і мовлення, теорії правового моделювання постала проблема осмислення та аналізу права як системи знакових конструкцій у єдиному інформаційному знаковому просторі, що відтворюють правові явища у правосвідомості і впливають на правову культуру соціальних суб'єктів і правопорядок у суспільстві, оскільки правосвідомість не тільки відображає об'єктивну правову реальність, а й моделює її. Однак мовознавство (чи лінгвістика) не може розглядати всі проблеми знакової сутності мови права. Для цього необхідні дослідження зі сфери спеціальних знань, зокрема науки, що вивчає принципи виникнення та функціонування інформаційних знакових систем. Такою наукою є семіотика (вивчає процеси виникнення знаків) та семіологія (вивчає механізми функціонування знаків).

© О. Балинська, 2012

Що ж стосується власне правових знаків, то механізм їх творення і споживання здебільшого аналогічний до загальносоціальних знаків, хоча і має свої специфічні аспекти. Застосування у вивченні цієї проблематики відносно нових міждисциплінарних підходів (зокрема герменевтики, філософії комунікації та семіології) може розкрити новий підхід до праворозуміння та правореалізації.

У цій сфері, як і в будь-якому іншому специфічному професійно зорієнтованому середовищі, можна виокремити два основні підходи до аналізу творення і споживання знаків. Перший розглядає ці два процеси як абсолютно різні й відокремлені (одні творять право-норми, інші споживають); другий — як два аспекти одного цілісного і циклічного процесу функціонування права (ті, хто створює правові знаки, перебувають у цьому ж правовому середовищі, а створивши їх — підпадають під їхній вплив, як і всі інші, і знову-таки, будучи активними суб'єктами правового середовища, починають творити нові правові знаки для його означення та впорядкування, а отже, і регулювання власної поведінки та ін.). На нашу думку, другий підхід є об'єктивнішим і складається, так би мовити, з міні-процесів, які власне підпадають під ознаки першого: право-творці уповноважені акумулювати у нормах правову інформацію, а право-споживачі зобов'язані виконувати прийняті першими вимоги. Але при цьому право-творцями можна вважати всіх членів правової спільноти (через делегування своїх правотворчих повноважень своїм представникам у законодавчому органі держави); водночас усіх також можна вважати право-споживачами, бо всезагальність є одним із основних принципів дії права і його норми поширюються на всіх соціальних суб'єктів цього правового поля.

Така, як висловився У. Еко, «механіка формотворення свідчить про те, що умови споживання є також умовами відтворення і видозміни смислів» [1, с. 223]. Смислова взаємозалежність речей є ознакою символічного способу мислення і виключає причинову взаємозалежність. Річ стає прообразом слова, яке означає цю річ вербальними засобами; слово стає символічним знаком, що викликає в уяві мовця і слухача (адресанта й адресата) образ речі. Право суще (сукупність явищ, фактів, об'єктів і суб'єктів правовідносин, норм, концепцій, ідей тощо) набуває вербальної форми, втілюється в іконічному відтворенні (літерами) через словесні символи (поняття), що мають значення, аналогічне їх фактичним відповідникам.

Ч. Пірс вважав, що реально дієвим (дійсним) знаком може бути символ, який не тільки відтворює аналогію з означуваним об'єктом, а й репрезентує зміст усієї сукупності родових об'єктів; і при цьому стає дієвим лише в момент його інтерпретації (без інтерпретації символ, а отже, і знак втрачає свої властивості). Найадекватнішим символом (знаком) Ч. Пірс називав саме слово [2]. Реальні явища, факти, дії, події, об'єкти узгоджуються зі словами, що їх називають; тому можна вважати, що слова є реальним буттям їх речових відповідників у мисленневому й мовленневому просторі людини.

В. Гумбольдт наголошував на тому, що «процес творення природної мови був стихійним і разом з тим одночасним. ...Сума всіх слів, мова — це світ, який лежить між світом зовнішніх явищ і внутрішнім світом людини. Причому окремі слова формуються не ізольовано одне від одного, а одночасно, оскільки лише у своєму взаємозв'язку вони здатні репрезентувати відтворювану ними реаль-

ність» [3, с. 304–305]. Аналогічним є процес творення правових знаків, з однією лише ремаркою, що вони є продуктом окремого сегмента всієї сукупності слів національної мови — професійної мови.

Науковці вважають, що «найдосконаліші знаки поєднують властивості ікону, індексу та символу», де іконічні знаки — це образи минулого досвіду, індекси — сприйняття тут і тепер, а символи — словесні знаки, що здатні через їх інтерпретацію у свідомості людини впливати на її поведінку [4]. Тобто правовий знак, який відтворює щось із правової реальності, об'єднує означуване (ікон), означник (індекс) і значення (символ); і щоб зрозуміти цей правовий знак, треба знати, про яке «щось» йдеться (воно має бути відоме через наявний минулий досвід), вміти прочитати його індекс (через накладання своєрідного коду сучасності) і розуміти смисл символу (зіставляти значення означника із конкретним означуванним). Наприклад, називаючи правовий знак «смертна кара», ми знаємо, що йдеться про позбавлення когось життя через те, що цей хтось вчинив тяжкий злочин; форма реалізації такого покарання залежить від індексу сучасності (в епоху Київської Русі це могло бути волочення людини, прив'язаної до хвоста коня, утоплення; у Середньовіччі — спалення; у XIX ст. — розстріл; у XX ст. — смерть на електричному стільці тощо); і ці два словесні знаки, відтворені літерами «с-м-е-р-т-н-а-к-а-р-а», через інтерпретацію у свідомості різних соціальних суб'єктів можуть викликати різні поведінкові реакції (у судді — відчуття виконаного обов'язку через встановлення справедливості, у виконавця покарання — «посадову» повинність, у представників постраждалої сторони — відчуття зреалізованої помсти, у родичів злочинця — біль майбутньої втрати, у священика — жаль за ще одну втрачену душу, у когось — співчуття, у когось — злість на жорстокість закону і т. д.). Як бачимо, творення цього правового знаку супроводжувалося поєднанням двох функціонально-семантичних одиниць (слів), що несуть смислове навантаження «законного покарання через позбавлення життя за вчинений злочин».

Правовим знаком може бути як окреме слово, так і словосполучення чи навіть фраза, вислів. Це своєрідний вербальний відповідник того об'єкта, суб'єкта, дії, події, факту, явища тощо із правової реальності, що несе особливе смислове навантаження, має значення для всього суспільства (чи значної його частини), містить певні характеристики, властиві тільки йому. Такі знаки можуть мати загальносоціальне значення, а можуть і суто правове: у першому випадку йдеться про запозичення знаків з інших соціальних сфер у сферу права, у другому — про творення власних («корпоративних»). Наприклад, ми послуговуємося загальносоціальними знаками «сім'я», «батьки», «діти» тощо, надаючи їм у юриспруденції чітко визначеного змісту, зберігаючи водночас первинну соціальну сутність. Зі змінами, що відбуваються у суспільстві, може змінюватися і значення цих знаків (скажімо, від полігамної чи поліандричної сім'ї у релігійно-племінних суспільствах до моногамної сім'ї нового часу та одностатевих сімейних пар у новітньому світі). При цьому кожен історичний період розвитку людства продукує власний правовий знак «сім'я», надаючи йому нових значеннєвих відтінків зі збереженням основного сутнісного значення. Здебільшого у правотворенні використовуються саме вже наявні у суспільстві знаки для полегшення сприйняття тексту права (адже вони загальноновживані, а отже, й загальнозрозумілі).

Однак можливе творення нових знаків саме для означення чогось зі сфери права (причому іноді такі правові знаки, навпаки, можуть набути «статусу» загальносоціальних). Наприклад, слово «амністія», що означає: 1) звільнення від покарання або заміну призначеного судом покарання м'якшим; 2) правовий акт про проголошення такого звільнення, набуло своєї рідної знаковості у суспільстві і його застосовують у всіх навіть найменш наближених за суттю ситуаціях (про амністію говорять студенти, яких звільняють від відпрацювань пропущених занять, або працівники будівельної бригади, яких відпустили з понадурочних робіт, тощо). Тобто це слово, ставши правовим знаком і маючи чітке юридичне закріплення, через частоту повторюваності й важливості стає знаком загальносоціальним.

Одразу ж треба зауважити, що не всі правові терміно-поняття можна вважати знаками, такими вони є тільки для вузького кола спеціалістів, які (знову ж таки) часто використовують їх у професійній мові. Так, поняття «авізо» (офіційне повідомлення про зміни у стані взаємних розрахунків, переказі грошей, відправці товарів та ін.), «аквітенс» (документ, що звільнює від фінансової відповідальності), «алієнація» (відчуження, закладання, продаж; право продажу, передачі) чи «ампліація» (копія з розписки у прийнятті грошей) не можуть претендувати на знаковість для широкого загалу, але є знаками у сфері юристів, що мають справу з економічними операціями.

Таким чином, процес творення правових знаків може бути доволі тривалим у часі (це історично апробовані вербальні конструкції, що «прижилися» у суспільстві), а може бути штучно пришвидшений через юридичне закріплення і юридичну практику. Але остання більше стосується процесу сприйняття цих знаків, що передбачає набагато складніший механізм.

Доктрину розуміння словесних знаків започаткував ще Августин, який чітко розрізняв чотири операції, необхідні для тлумачення тексту, — історію, етимологію, аналогію та власний смисл слова [4]. Тобто щоб зрозуміти текст (слово), треба знати історію (послідовний розвиток дій, подій, явищ, описаних у тексті, зміни, що відбувалися в довколишній реальності), вивчити етимологію (походження слів та їхні споріднені зв'язки з іншими словами), провести аналогію (виявити подібність, схожість між описаним і вже відомим та наявним) і розкрити власний смисл описаного (зрозуміти значення).

Проблема розуміння і його відображення, зокрема поведінкового, в останні десятиліття на Заході (особливо у Німеччині, Австрії та Швейцарії), а також у вітчизняних наукових розвідках стає однією з центральних проблем філософії та інших гуманітарних наук. Ми схильні вважати, що процес розуміння правових знаків передбачає триєдиний комплекс — розуміння значення (логічне сприйняття), прийняття (приєднання до особистісних ціннісних орієнтацій) і діяльнісну чи бездіяльнісну реакцію (поведінка, що відповідає закладеному і сприйнятому значенню). Причому два перші компоненти непридатні для спостереження, але третій є їхнім демонстративним віддзеркаленням і результатом. Тому саме про поведінку можна говорити як про результат споживання правових знаків (для декого поняття «споживання» може видатися дивним для сфери розуміння права, але саме цей відповідник відтворює специфіку сприйняття права, адже соціальний суб'єкт використовує право для формування своєї пове-

дінки, тобто він споживає його для забезпечення власних потреб, захисту власних інтересів, гарантування власних свобод тощо).

Правова поведінка як окремий аспект перебування соціального суб'єкта у правовому полі реалізується у контексті міжсуб'єктної комунікації. При цьому процес міжособистісної правової комунікації є одним із найважливіших аспектів розуміння права як такого, а отже, і його знаків. Вважаємо, що цей процес необхідно розглядати дуалістично: з позицій таких підходів, як герменевтика і комунікативна філософія. Так, проблема реалізації правил поведінки у контексті розуміння/нерозуміння правових знаків тісно пов'язана з проблемою ефективності застосування герменевтичного підходу до права (за О. Овчинниковим [5]) та симптоматичного знакового відображення у правовій реальності (оцінювально-комунікативний принцип, за А. Зверинцевим [6]). Вважається, що саме продукування правомірної поведінки у співвідношенні з проблемою розуміння і відтворення надає особливій актуальності правовій комунікації та показує зумовленість застосування герменевтичної та комунікативістської методологій.

Вихідною формою комунікації соціальних суб'єктів є право-розуміння як онтологічна основа системи міжособистісних правовідносин. У цьому контексті можна говорити про певний «право-текстуальний» дискурс і мистецтво його розуміння, яке офіційно визнали ще на початку ХІХ ст., сформулювавши основи герменевтики. Ф. Шлейєрмахер визначив герменевтику як «загальний і незалежний метод інтерпретації, мета якого — уніфікувати й систематизувати низку спеціалізованих методик (що застосовуються, наприклад, у класичній філології, теологічному і юридичному коментуванні та філософії)» [7, с. 89]. У площині право-реалізації основою для розуміння знаків, закладених у праві, може виступати поєднання методологій герменевтики і семіології (на відміну від семіотики, яка вивчає процес творення знаків, семіологія вивчає їх функціонально). Адже сферу правовідносин можна вважати інтерсуб'єктивним світом правової культури, смисловим універсумом право-реалізації, сукупністю кодів, знаків і символів, що мають інтерпретуватися через правову поведінку соціального суб'єкта.

При цьому центральним питанням сучасного семіолого-правового аналізу має стати проблема природи, способу «існування, що залишається від початку і до кінця інтерпретованим буттям», як зазначає П. Рікер [8, с. 16]. Правова комунікація як рух у колі знако-розуміння є не так наближенням до розкриття ідентичності замислу право-творця, як конструюванням моделей трактування право-норм у процесі продукування правової поведінки. Причому рівень наближеності змісту, закладеного у право автором, і змісту, інтерпретованого учасниками правовідносин, визначається злиттям двох «горизонтів» право-розуміння. Чим ближчі за своєю соціокультурною основою дві позиції, тим ширший «спільний горизонт» і адекватніше розуміння [9, с. 312]. Тобто процес поведінкової інтерпретації правового знаку є творчим, і право-користувач, по суті, поєднує загальноприйнятну право-норму, передану зрозумілими для нього знаковими конструкціями, й акт поведінки у конкретному право-випадку.

Комунікативна філософія також відстоює принцип індивідуальної творчості у процесі комунікативної взаємодії соціальних суб'єктів з ремаркою на ілюктивність і перлокутивність [10], тобто досягнення порозуміння у першому випадку і здійснення впливу — у другому. Необхідно перебувати в інтер-

суб'єктивному правовому полі, щоб уміти використати власну рефлексивність правового мовлення й обґрунтувати поведінкову інтерпретацію правового акта на основі самокоментування цієї дії.

Лише у непрофесійній сфері допустимо вважати, що «якщо законний акт викладений ясно і чітко, то він недвозначний і може застосовуватися як належить відповідно до ситуації» [11, с. 15]. Логіка правового мислення як основи формування правового світогляду заперечує ідею досконалої правової догматики, що перетворила би будь-яку право-норму у звичайний акт дедуктивного силогізму, спроможний викликати таку ж досконалу право-реакцію. Суб'єкт правовідносин (право-користувач або право-застосовувач) не може покладатися лише на те, в якій історичній ситуації був прийнятий закон, якими були наміри тих, хто його розробляв. Навпаки, він повинен враховувати зміни, що відбулися з того часу в облаштуванні суспільного життя, трансформації правових відносин і, відповідно, заново визначаючи нормативну й результативну функції закону, будувати лінію власної правової поведінки. Тобто право-суб'єкт має зрозуміти зміст правового знаку і співвіднести його з даним випадком, казусом. Це і є завданням юридичної герменевтики, яку пропонує Х.-Г. Гадамер [9] і згідно з якою осягнути сенс права можна з урахуванням кожної конкретної ситуації. І саме правові знаки покликані виконувати функцію спрощення сприйняття завдяки загальноновизнаності та значущості.

Якщо розглядати правову комунікацію як сукупність актів, орієнтованих на досягнення всезагальної мети право-порозуміння, то правову поведінку слід визнати інтерпретацією, завдяки якій можна досягти консенсусу або ж здійснити вплив з метою виправлення неправомірності дій. Виходячи із перспективи учасників правової комунікації (право-суб'єктів), цей процес і результат, до якого має призвести ця комунікація, не утворюють тих обставин, що іманентні правовому полю. Цілеспрямовано діючі особи виступають як сутності правовідносин: вони можуть сприймати один одного не інакше, як суб'єкти або супротивники (у випадку правопорушень). «Перформативний стан» (за Ю. Габермасом [10, с. 290]) учасників правової комунікації дозволяє, в силу розвитку індивідуального правового світогляду, зайняти відповідні ніші в інтерсуб'єктивному правовому полі.

Правова комунікація як тип соціальної дії виступає інтеракцією, що охоплює комплекс елементарних понять мовлення і рефлексивної дії. В опосередкованій правом інтеракції поведінкова рефлексія правового мовлення постає у різноманітних «констеляціях» залежно від того, беруть на себе провідну роль у координації діяльності ілокутивні зусилля (спрямовані на право-порозуміння) чи цілераціонально діючі перлокутивні аспекти (зорієнтовані на право-вплив). У цьому контексті інтеракцію слід тлумачити як вирішення проблеми координації поведінки право-суб'єктів з метою їх поведінкового стикування, налагодження право-мірної відповідності. Під стикуванням маємо на увазі передусім редукцію правового поля як середовища право-комунікації, тобто спрощення процесу реалізації певних власних право-інтересів суб'єктів соціокультурного простору.

Універсальність проблеми право-розуміння проявляється на основі одного з інтегруючих моментів — право-застосування. У правовій комунікації конституюючим є елемент напруги між правовим знаком і тим змістом, якого він набу-

ває в результаті його сприйняття у конкретній право-ситуації, конкретному поведінковому прояві право-глуначення. Право-розуміння у процесі правової комунікації ідентифікується із право-застосуванням: проникнення у зміст знаку і застосування її у регулюванні поведінкової реакції становлять не два окремих акти, а єдиний процес.

На цьому етапі функціонування правового знаку можемо говорити про нього до певної міри як про право-норму, бо значення, що міститься у ньому, має нормативний характер, як і весь текст права загалом.

Проблема правової комунікації власне і полягає у тому, що закон не досконалий не тому, що таким є, наприклад, із вини законодавця, який застосував невідповідні правові знаки, а тому, що правова реальність, правове поле, у якому реалізується процес правової комунікації, порівняно з ідеально-мислимим порядком, залишаються недосконалими, що проявляється у протиправних поведінкових актах.

Однак неможливо всі правові явища виразити у загальних поняттях, а правову реальність розглядати як прояв чи застосування змісту цих понять у приватних випадках [5, с. 78]. Адже право-норма, закон (як найбільш раціональна форма права) і соціокультурний простір (регульований правом) завжди перебуватимуть у відносній конфронтації; інакше людина перетвориться у раціонально-передбачуване створіння, а її дії точно відповідатимуть задекларованим право-вимогам. Тобто проблема правомірності/протиправності поведінки члена соціокультурної спільноти безпосередньо пов'язана зі сприйняттям (право-розумінням) і відповідним відтворенням права (прийняттям його для управління власними діями).

Водночас слід зазначити, що процес право-порозуміння, за законами комунікації, передбачає добровільність і усуває примусове «проникнення» будь-кого у сферу саморегулювання право-суб'єкта. Комунікативна дія права не виключає стратегічної, яка, зі свого боку, не лише координує цілераціональну діяльність, а й раціонально обґрунтовує силу результатів право-порозуміння, що досягаються за умов, конче необхідних для досягнення комунікативної мети. Стратегія правової комунікації, має, на нашу думку, два вектори: по-перше, правове мовлення, спрямоване на усунення передумов дезорієнтованого сприйняття, на право-порозуміння; по-друге, правова поведінка не завжди відтворює поставлені правом вимоги, тобто іноді приховує фактичне спрямування на дезорієнтоване право-сприйняття (протиправність). Механізм право-порозуміння працює у напрямі створення інтеракції — досягнення перлокутивного (впливового) ефекту права через ілокутивний (порозуміння).

Поняття «право-розуміння» має нормативний зміст, що виходить за межі розуміння сукупності граматичних виразів правових знаків (право-норм). Право-порозуміння, зі свого боку, пов'язане з інтерсуб'єктивним визначенням сенсу права, що відкрите індивідуальній інтерпретації. У контексті цього права комунікація відводить правовим знакам належне місце у правовому полі, не відносячи право-порозуміння до стратегічної дії.

У контексті аналізу комунікативних технологій К.-О. Апель (один із яскравих представників у сфері сучасної західної практичної філософії) вводить поняття «постулату саморефлексії», яку відносить не до можливих емпіричних

результатів реконструктивних наук, а до їхніх умов можливості [12, с. 237]. Усуваючи принцип саморефлексії з правової комунікації, можна визначити право-розуміння і право-управління як нормативне регулювання сенсу міжсуб'єктних правовідносин. Тобто є підстави назвати правову комунікацію своєрідною структурою мовленнєво-поведінкової раціональності, спрямованої на право-порозуміння. «Консенсуально-комунікативна і стратегічна раціональність» (термін запозичений у А. Єрмоленка [12, с. 245]) дії права дозволяє стверджувати, що механізми надання правового змісту конкретній ситуації, конкретним правовідносинам між суб'єктами вимагають відповідного право-регулювання, співвіднесення право-знаку з його розумінням і прийняттям як нормативно-регулятивної інформації.

Усе викладене вище дає підстави говорити про творення і споживання правових знаків як єдиний цілісний процес, який передбачає: 1) поелементне відтворення правової реальності у вербальних відповідниках, що передаються літерами і містять історію, етимологію, аналогію утворюваного слова (термінопоняття) або вислову (право-норми), а також 2) поступове розкриття значення, закладеного у це слово (прочитання іконічного зображення, накладення на нього соціального індексу та розкриття смислу через зіставлення з минулим досвідом і проектування подальшої поведінкової рефлексії). І в цьому процесі правовий знак покликаний виконувати функцію спрощення — застосування.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Эко У.* Отсутствующая структура. Введение в семиологию. — СПб., 1988. — 432 с.
2. *Пирс Ч. С.* Логические основания теории знаков. — СПб., 2000. — 352 с.
3. *Гумбольдт В. фон.* Избранные труды по языкознанию. — М., 2000. — 400 с.
4. *Гатальська С. М.* Символізм і проблема візуалізації культури // *Філософія культури* : українські підручники онлайн [Електронний формат]. — Режим доступу : http://pidruchniki.ws/12920522/filosofiya/simvolizm_problema_vizualizatsiyi_kulturi.
5. *Овчинников А.* Правовое мышление в правоприменительном процессе: опыт герменевтической методологии // *Философия права*. — 2003. — № 2 (8). — С. 75–83.
6. *Зверинцев А.* Коммуникационный менеджмент: рабочая книга менеджера HR. — 2-е изд., испр. — СПб., 1997. — 288 с.
7. *Енциклопедія постмодернізму* / за ред. Ч. Вінквіста та В. Тейлора. — К., 2003. — 503 с.
8. *Рикёр П.* Конфликт интерпретаций: очерки о герменевтике. — М., 1995. — 46 с.
9. *Гадамер Х.-Г.* Истина и метод: основы философской герменевтики. — М., 1988. — 704 с.
10. *Хабермас Ю.* Демократия. Разум. Нравственность. Московские лекции и интервью. — М., 1995. — 245 с.
11. *Леви Х.* Введение в правовое мышление. — М., 1995. — 115 с.
12. *Єрмоленко А.* Комунікативна практична філософія. — К., 1999. — 488 с.

Балинська О. М. Творення та споживання правових знаків

Анотація. Здійснено аналіз творення правових знаків як складової правотворення, а також споживання цих знаків — як їх розуміння, сприйняття та застосування. Доведено, що творення і споживання правових знаків — це цілісний процес,

який охоплює відтворення правової реальності у певних словах і розкриття їх значення соціальними суб'єктами.

Ключові слова: правова реальність, правовий знак, правотворення, соціальний індекс, поведінкова рефлексія.

Балинская О. М. Создание и потребление правовых знаков

Аннотация. Осуществлен анализ создания правовых знаков как составляющей части правотворчества, а также потребление этих знаков — как их понимание, восприятие и применение. Доказано, что создание и потребление правовых знаков — это целостный процесс, охватывающий воспроизводство правовой реальности в определенных словах и раскрытие их значения социальными субъектами.

Ключевые слова: правовая реальность, правовой знак, правотворчество, социальный индекс, поведенческая рефлексия.

Balynska O. Creation and Use of Legal Signs

Summary. The analysis of the creation of legal signs as a part of lawmaking is made in this paper. The use of these signs as understanding, acceptance and application is considered. It is shown that the creation and consumption of legal signs — is a holistic process that includes reproduction of the legal reality in certain words and discovering their meaning by social persons.

Key words: legal reality, legal sign, law-making, social index, behavioral reflection.

До 150-річчя від дня народження Євгена (Ойгена) Ерліха

КІЛЬКА СЛІВ ПРО ЖИТТЯ І ТВОРЧІСТЬ ОЙГЕНА ЕРЛІХА



Ойген Ерліх відомий, насамперед, як засновник соціології права як наукової дисципліни, ім'я цього мислителя зазвичай асоціюється з «Основоположенням соціології права» (*Grundlegung der Soziologie des Recht*). Разом із тим публікація в 1913 р. «Основоположення» стала лише результатом багаторічних досліджень ученого — з його автобіографічних матеріалів відомо, що роботу над цією книгою він почав на самому початку ХХ ст. [1, с. 7–8], а сама праця «Основоположення соціології права» фактично була переробкою (хоча й радикальною) опублікованої в 1903 р. праці про вільне знаходження права [2]. Тому для розуміння системи

поглядів О. Ерліха важливо брати до уваги всі його основні праці, в яких поступово кристалізуються соціолого-правова концепція. Не менш важливим видається також вивчення біографічних деталей життєвого шляху мислителя.

Про перші роки життя О. Ерліха відомо небагато. В автобіографії, написаній у 1894 р. для потреб діловодства Віденського університету, О. Ерліх зазначає такі відомості: «Я народився 14 вересня 1862 року в Чернівцях на Буковині. Я навчався в гімназії міста Самбір, де мій батько, нині покійний доктор Симон Ерліх, був адвокатом. Я закінчив університет у Відні, де 8 квітня 1886 року був атестований як доктор права. З тих пір я перебуваю у Відні в якості стажера адвоката. Я займаюся переважно вивченням сучасного загального права, а також історією римського права (часів першої республіки). Цей останній напрям досліджень привів мене до питань стародавнього права» [3, с. 11].

Спочатку О. Ерліх не мав мети стати академічним ученим, особливо в такій абстрактній галузі, як філософія права. Наслідуючи батька, молодий чоловік планував кар'єру адвоката у цивільних справах. Спочатку О. Ерліх вступив у 1879 р. до Львівського університету, де провчився два роки на юридичному факультеті. У 1881 р. він переводиться на юридичний факультет Віденського університету, який закінчує в 1883 р. Але під час навчання О. Ерліх вирішує присвятити себе науковим дослідженням та, після захисту дисертації «Про мовчазне волевиявлення» у 1894 р., отримує посаду приват-доцента римського права у Віденському університеті, деякий час (1893–1896) поєднуючи викла-

дання з адвокатською діяльністю. У 1896 р. молодий науковець отримує посаду професора (спочатку екстраординарного, а з 1900 р. — ординарного) римського права в Чернівецькому університеті (імператорському університеті Франца-Йозефа міста Чернівці). У тому ж 1896 р. О. Ерліх повертається до Чернівців, на Буковину, що належала тоді Австро-Угорської імперії.

Австрійський культурний вплив у цій віддаленій частині Імперії не мав вирішального значення, а німецькомовна частина населення становила меншість. Офіційне судочинство велося німецькою мовою відповідно до австрійського права, що часто перешкоджало національним меншинам отримати доступ до суду. Неважко уявити, що й імперське право не здійснювало великого впливу на правове життя регіону, значна частина якої регламентувалася звичаєвим правом відповідних національних і територіальних громад. О. Ерліх у зв'язку з цим зазначав, що «навіть побіжний погляд на правове життя цього регіону переконає, що в повсякденній практиці кожного з названих народів діють абсолютно різні юридичні правила» [4, с. 43]. Як міг мислитель пояснити собі та оточуючим цей стан справ, зрозуміти ті численні юридичні ситуації, в яких юристи і просто люди як учасники правовідносин мали вести себе не відповідно до «права у книгах», а згідно з «правом у дії» (ця метафора вже була введена в 1910 р. Р. Паундом), або «живим правом» згідно з термінологією самого О. Ерліха. Цей факт і спонукав О. Ерліха в рамках нового навчального курсу з живого права «порушити питання про живе право дев'яти народів, що населяють Буковину» [4] і створити «Інститут вивчення юридичних фактів» для дослідження фактичної юридичної практики, що існувала в регіоні.

До цього дослідження О. Ерліх підійшов з урахуванням наявного у нього наукового багажу — знань з римського права та великих цивілістичних знань. Перше переконувало мислителя в тому, що право може творитися не лише державними чиновниками, а й самими правознавцями, юристами, практиками. З цивілістичної доктрини О. Ерліх не міг не почерпнути ідей популярного в ті роки руху «вільного знаходження права», яке відстоювало принцип суддівської свободи у знаходженні, фіксації та застосуванні права без необхідного посередництва законів, що видаються державою. Досить рано О. Ерліх починає цікавитися ідеями юридичної антропології, яка сприймалася ним і його сучасниками як зразок емпіричної науки про право, заснованої на фактах. У повітрі витали ідеї і ще однієї «позитивної науки про суспільство» — соціології, основи якої на той час вже були науково обґрунтовані Е. Дюркгеймом. Думки про використання соціологічного методу до вивчення права також не були нові — ці думки можна було легко знайти на сторінках праць Е. Дюркгейма, а сам термін «соціологія права» уже був придуманий наприкінці ХІХ ст. італійцем Д. Анцилотті. До цього набору інтелектуальних чинників можна додати невідомий інтерес О. Ерліха до англійського права, де суддя здійснював правотворчу функцію. Всі ці ідеї, а також безпосередній життєвий досвід О. Ерліха стали тією критичною масою, яка привела правознавця до спроби переосмислити догматичний образ права та закликати до створення «емпіричної науки про право».

Однією з вирішальних обставин для формування цього нового підходу стає обіймання вченим високої адміністративної посади в Чернівецькому університеті — з 1901 р. він був деканом юридичного факультету, а в 1906–1907 рр. — рек-

тором університету. Це дозволяє О. Ерліху здійснювати деякі нововведення у навчальних програмах юридичного факультету. Введення прикладних методів навчання юристів О. Ерліх проголосив своїм програмним завданням у грудні 1906 р. при вступі на посаду ректора [5]. У 1910 р. науковець вводить на юридичному факультеті Чернівецького університету новий навчальний курс по живому праву, в рамках якого він намагався поєднати викладання правової теорії з психологією, соціологією та економікою, а студентам-юристам доручити ведення польових соціологічних досліджень і, перш за все, анкетування. Нагадаємо, що саме з метою отримання фінансування від імперського уряду у Відні О. Ерліхом у 1909 р. було підготовлено наукове обґрунтування цього польового дослідження, яке було подано в Міністерство культури 16 червня 1909 р., а через два роки (у 1911 р.) з боку Міністерства було виділено незначне фінансування [6]. Початковий ентузіазм мислителя дещо охолонув після того холодного прийому, який продемонструвала австрійська наукова громадськість, а остаточно ілюзії розвіялися, коли австрійський уряд припинив навіть те скромне фінансування, яке спочатку було асигновано на дослідження живого права.

Самі результати дослідження стали для вченого розчаровуючими — далеко не по всім анкетам вдалося отримати відповіді респондентів, а різноманітність правових явищ виявилася занадто строкатою навіть для самого О. Ерліха, який відкрито зізнався в неможливості скласти з отриманих описів якусь цілісну картину існуючого на Буковині живого права [7, с. 73–75]. На початку 1912 р. дослідження було припинено, а результати проведених емпіричних досліджень так ніколи і не були опубліковані. Невдача змусила О. Ерліха більш скептично ставитися до можливостей емпіричних досліджень: «Опитування та анкетування, у кращому випадку, дозволяють лише кинути погляд на наміри, бажання і прагнення випадково підібраних людей, але не дають абсолютно ніякої картини навколишньої дійсності. А статистика? ... Для чого потрібні цифри при дослідженні обтяжень нерухомості, якщо не встановлені і не розроблені юридичні підстави та зміст зобов'язання?» [8, с. 42].

Початок війни означав для О. Ерліха кінець нормальної наукової діяльності. Буковина стала ареною бойових дій за участю російської та австрійської армій, неодноразово переходячи з рук в руки. Сам вчений був змушений перебратися до Відня, а потім і до Швейцарії, де продовжив наукові дослідження. Невелике фінансове дотування австрійського уряду було припинено після розпаду Австро-Угорської імперії в 1919 р., так що мислитель залишився в Швейцарії без коштів для існування і був змушений вести дуже скромне життя, перебуваючи в майже жебрацьких умовах [9, с. 143–145]. У Швейцарії мислитель марно намагається отримати посаду в Цюрихському університеті, пройти габіталітацію на звання професора [10, с. 403]. О. Ерліху не залишається іншого вибору, як повернутися до Відня, де у нього, щонайменше, залишається право претендувати на професорське звання.

Але після закінчення війни і розпаду Імперії більшість із німецькомовних професорів вважало за краще покинути університети на територіях, які здобули національну незалежність, і перебратися до Австрії та Німеччини. Але, втім, місцеві університети не погоджувалися надавати викладацькі місця. О. Ерліха чекало розчарування — його спроба отримати хоч якийсь місце у Віденському універ-

ситеті зазнала невдачі. Залишається тільки повернутися у своє рідне місто Чернівці, де за О. Ерліхом зберігалось професорське місце, але де його не міг чекати привітний прийом через тверду позицію мислителя проти сепаратистських рухів у колишньої Австро-Угорської імперії [11]. О. Ерліх був і залишався переконаним прихильником збереження Імперії, і важко мирився з навколишньою дійсністю, яка свідчила про загибель Імперії як в політичному, так і в ідеологічному сенсах [12, с. 546–564]. Що ж чекало мислителя в Чернівцях?

Це місто разом із Буковиною відійшло до Румунії за умовами Версальського миру. До кінця 1919 р. стало ясно, що університет буде збережений, хоча викладання проводитиметься не німецькою, а румунською мовою. На підставі урядового декрету від 1 жовтня 1919 р. румунська мова була оголошена обов'язковою для викладання в університеті, лекції німецькою мовою заборонялися [13, с. 20]. Німецькомовним професорам була надана річна відпустка для вивчення румунської мови і підготовки лекцій на ній. О. Ерліх перебував у більш-менш сприятливій ситуації, оскільки з 1918 р. отримав фінансову підтримку від австрійського уряду — спочатку на наукове відрядження до Швейцарії, а потім компенсацію, що виплачувалася австрійським професорам, які викладали на територіях, які були відторгнуті від Австрії після закінчення війни. Тим не менш, у листопаді 1920 р. О. Ерліх повертається до Чернівців, де сподівається продовжити викладання румунською мовою, якою непогано володів [14, с. 6].

Але мислитель зустрічає запеклий опір з боку румунської професури, яка захопила владу в Чернівецькому університеті та навмисно виганяла австро-німецьких професорів. О. Ерліх їде в Бухарест, де домагається створення в Чернівецькому університеті спеціально для нього кафедри філософії та соціології права [10, с. 403–414]. Але і це не допомогло вченому подолати опір та постійні нападки румунських націоналістів і антисемітів і почати викладання [15, с. 208]. Наприкінці 1921 р. О. Ерліх прийняв рішення про повторну поїздку до Бухареста, де сподівався отримати урядову підтримку для свого проекту заснування Товариства досліджень живого права. З грудня 1921 р. вчений перебував у Бухаресті, де працював в Інституті соціології при Румунській академії наук, займався читанням лекцій і підготовкою публікацій, йому навіть вдається отримати румунське громадянство [9, с. 140]. Тим часом стан його здоров'я різко погіршується (вчений протягом декількох років страждав на важку форму діабету), О. Ерліх терміново переїжджає на лікування до Відня. За наведеними М. Ребіндером відомостями, тяжка хвороба вченого була викликана тяжкою формою діабету, яка спричинила зараження крові. Подальша невдала операція по ампутації ноги стала безпосередньою причиною смерті О. Ерліха [15, с. 199–203]. 5 травня 1922 р. О. Ерліх помирає в одній із віденських клінік. Настільки рання смерть (у 59-річному віці), як небезпідставно відзначає К. Реннер, викликана тими переживаннями, які О. Ерліх випробував у воєнний і повоєнний час: «Ерліх — жертва світової війни та розпаду Австро-Угорської імперії. Колишній професор німецькомовного університету в Чернівцях на Буковині, Ерліх був змушений змінити місце своєї роботи після закінчення світової війни. Але віденський уряд міг запропонувати йому лише таку фінансову допомогу, яку могла собі дозволити розгромлена Австрія. Ерліх помер, так і не дочекавшись запрошення з якогось німецькомовного університету» [16, с. 185].

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Rehbinder M.* Einleitung // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. — Berlin, 1967. — S. 7–8.
2. *Ehrlich E.* Freie Rechtfindung und freie Rechtswissenschaft. Leipzig, 1903 // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. — Berlin, 1967. — S. 170–202.
3. *Rehbinder M.* Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. — Berlin, 1967.
4. *Ehrlich E.* Das Lebende Recht der Völker in der Bukowina (1912) // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. — Berlin, 1967.
5. *Ehrlich E.* Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts. Inaugurationsrede (1907) // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. — Berlin, 1967.
6. *Rehbinder M.* Eugen Ehrlichs Seminar für lebendes Recht: eine Einrichtung für Weiterbildung von Rechtspraktikern // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2.
7. *Ehrlich E.* Was kann geschehen, um bei der Ausbildung das Verständnis der Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Masse zu fördern // Ehrlich E. Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. — Berlin, 1967.
8. *Ehrlich E.* Ein Institut für lebendes Recht // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. — Berlin, 1967.
9. *Rehbinder M.* Eugen Ehrlich als Rechtslehrer // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2.
10. *Rehbinder M.* Neues über Leben und Werk von Eugen Ehrlich // Festschrift für Helmut Schelsky. — Berlin, 1978.
11. *Ehrlich E.* The National Problems in Austria. — The Hague, 1917.
12. *Komterpell P.* Эрлих на окраине Империи: центры и периферии в правовых исследованиях // Российский ежегодник теории права. — 2008. — № 1.
13. *Rehbinder M.* Nachwort // Ehrlich E. Karl Marx und die soziale Frage. — Berlin, 2006.
14. *Gusti D.* Vorbemerkung // Ehrlich E. Karl Marx und die soziale Frage. — Berlin, 2006.
15. *Rehbinder M.* Aus den letzten Jahren im Leben und Schaffen von Eugen Ehrlich // Festschrift für Ernst-Joachim Lampe. — Berlin, 2003.
16. *Renner K.* Eugen Ehrlich // Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. — 1930. — No 63.

Антонов М. В. Кілька слів про життя і творчість Ойгена Ерліха

Анотація. У статті наводяться основні біографічні факти про життя і творчість відомого австрійського правознавця, засновника соціології права Ойгена Ерліха (1862–1922).

Ключові слова: О. Ерліх, соціологія права, живе право, правовий плюралізм.

Антонов М. В. Несколько слов о жизни и творчестве Ойгена Эрлиха

Аннотация. В статье приводятся основные биографические факты о жизни и творчестве известного австрийского правоведа, основателя социологии права Ойгена Эрлиха (1862–1922).

Ключевые слова: О. Эрлих, социология права, живое право, правовой плюрализм.

Antonov M. A Few Words About the Life and Creative Work of Eugen Ehrlich

Summary. The basic biographic facts about the life and the work of the outstanding Austrian legal theorist, the founder of sociology of law, Eugen Ehrlich (1862–1922) are given in this paper.

Key words: E. Ehrlich, sociology of law, living law, legal pluralism.

М. АНТОНОВ

*кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри теорії та історії держави і права
(Національний дослідницький університет
«Вища школа економіки»,
Санкт-Петербург, Росія)*

ОЙГЕН ЕРЛІХ ПРО ЗАКОН І ПРАВОСУДДЯ



М. АНТОНОВ

*кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри теорії та історії права і держави
(Національний дослідницький університет
«Вища школа економіки»,
Санкт-Петербург, Росія)*

ВСТУП

Назва цієї статті може здатися дещо дивною — Ойгена Ерліха, засновника соціології права, зазвичай сприймають як ідейного противника законодавства¹ і юридичної догматики². Створену ним концепцію живого права прийнято розглядати на противагу «мертвому», офіційному, законодавчому праву³ як спробу теоретично відсторонити державу від створення права⁴. Якщо у своїх відповідях критикам О. Ерліх і намагався викрити таке розуміння соціолого-правової концепції як неправильне, йому не вдалося переконати у цьому своїх сучасників [6, с. 119]. Але чи дійсно О. Ерліх був настільки недалекоглядний, що не бачив значення ролі держави і письмового офіційного права (законодавства) в сучасному йому правовому житті? Прочитання «Основоположення соціології права» деякою мірою може справити таке враження, оскільки у цій своїй центральній праці мислитель зосереджується на вивченні звичаєвого права, історії права (римське, середньовічне англійське і німецьке право), не приділяючи офіційному праву скількись значимого місця, якщо і згадуючи його, то лише для демонстрації того, що це право не вирішує всіх питань юридичного життя і що право держави незаслужено зводять в ранг найважливішого або навіть єдиного джерела права⁵. Але наскільки центральна праця цього австрійського мислителя відображає його теорію, та й чи є ця теорія цілісною та послідовною? Чи має цін-

¹ Показово, що таку характеристику О. Ерліху, зокрема, дає ніхто інший, як лідер сучасної соціології права Н. Луман [1, с. 24].

² Звинувачення О. Ерліха в нехтуванні термінами і поняттями юриспруденції (правовою догмою) побутує у правознавстві і в соціології з легкої руки М. Вебера [2, с. 209].

³ Так, на протилежність між живим і офіційним правом звертають увагу Г. Гурвич і Н. Тимашев, роблячи це протиставлення об'єктом своєї критики [3, с. 653–666; 4, с. 667–672].

⁴ Про це, наприклад, пише Г. Кельзен у своїй полеміці з О. Ерліхом [5, с. 623–630].

⁵ У цьому відношенні не можна погодитися з тими, хто вважає О. Ерліха провісником постмодерністської деконструкції права [7, с. 152–156].

ність соціолого-правова концепція О. Ерліха не лише для філософів і соціологів, а й для практикуючих юристів, суддів, правозастосувачів? Саме цим двом питанням (на перше з яких ми відповідаємо негативно, а на друге — позитивно) і буде присвячена ця стаття, підготовлена до ювілею О. Ерліха¹.

Щодо «Основоположення» згадаємо знаменитий епіграф цього твору про те, що «центр ваги розвитку права... лежить не в законодавстві... а в самому суспільстві» [8, с. 64]. З огляду на цей епіграф неважко здогадатися, які цілі ставив перед собою автор. Та О. Ерліх і не приховує того, що спростування міфу про домінуюче значення законодавства у правовому житті є основною метою його роботи — для цієї мети мислитель звертається не лише до звичаєвого чи торгового права, він посилається на доктрину, на судову практику, які доводять неспроможність цього міфу. Немає навіть потреби давати посилання на якесь місце в «Основоположенні», де вчений формулює цю мету — її можна легко визначити, відкривши навмання будь-яку сторінку цього твору.

СОЦІОЛОГІЯ ПРАВА О. ЕРЛІХА ЯК НАУКА ПРО ПОЗИТИВНЕ ПРАВО

Не можна випускати з уваги і те, що О. Ерліха знають переважно (можна сказати — майже виключно) за «Основоположенням» — його думки критикують, засуджують, або навпаки, вихваляють саме в ракурсі цього твору. Інші праці О. Ерліха привертають увагу лише дуже вузького кола фахівців, які вивчають творчу спадщину цього мислителя, і, крім того, вони переважно доступні тільки німецькою мовою («Основоположення» перекладено на вісім мов світу)². Хоча у своїх численних творах³ правознавець торкався і багатьох інших аспектів права, висловлював чимало важливих думок та положень. Більше того, «Основоположення» було задумано О. Ерліхом аж ніяк не як основна праця з правової проблематики — в системі широкої трилогії з соціології права воно було лише першим, вступним твором, у якому автор формулював проблематику (необхідність розширення кругозору сучасних йому юристів) [18]. У двох інших творах свого соціолого-правового циклу, опублікованих уже після «Основоположення» [19; 20], австрійський учений розвиває проблематику юридичної доктрини і суддівського тлумачення права, під впливом критики значною мірою переглядаючи спочатку висловлені в «Основоположенні» радикальні думки [21]. Тому, якщо ми говоримо про О. Ерліха як про творця більш-менш стрункої соціолого-правової концепції, при коментарі його ідей не може-

¹ 2 травня 2012 р. виповнилося 90 років з дня смерті цього геніального правознавця, а 14 вересня 2012 р. ми відзначили 150-річчя від дня народження О. Ерліха.

² Завдяки публікаціям у журналі «Проблеми філософії права» українським читачам доступний ряд праць (уривків з праць) О. Ерліха в перекладі на українську мову. Грамотно підібрані перекладачами твори О. Ерліха дають українському читачеві досить повну картину про правову концепцію австрійського мислителя [9, с. 161–167; 10, с. 168–184; 11, с. 185–193; 12, с. 194–200; 13, с. 201–210; 14, с. 211–220; 15, с. 221–226].

³ Перу О. Ерліха належить 65 опублікованих праць [16, с. 700–703], хоча і цей список на сьогодні вже неповний з урахуванням нових публікацій. Див. також бібліографію, складену В. Бігуном: [17, с. 118–121].

мо обмежуватися тільки тим, що цей мислитель висловив на сторінках «Основоположення».

Важко сказати, чи очікував сам О. Ерліх того резонансу, що викликала у 1913 р. публікація «Основоположення». Ніщо ні в самій цій праці, ні в інших творах О. Ерліха, написаних у той період часу, не вказує на те, що мислитель з окраїн Австро-Угорської імперії розраховував на успіх, на увагу наукового співтовариства, особливо після провалу його програми емпіричних досліджень живого права. Дослідженням живого права були присвячені дві важливі праці О. Ерліха, що вийшли друком напередодні публікації «Основоположення» [22, с. 12; 23, с. 47], в яких мислитель виклав свою програму інтеграції науки про право з життєвою практикою юристів¹. О. Ерліх спочатку долучився до цього руху вільного (знаходження) права [25, с. 170–202], але через кілька років звернув увагу на власне соціологічну проблематику, не залишаючи остаточно табір прихильників вільного права (суддівського знаходження права).

Основним науковим проектом мислителя потрібно назвати введення прикладних методів навчання юристів, що О. Ерліх проголосив своїм програмним завданням у грудні 1906 р. при вступі на посаду ректора [26], і вже з 1909 р. запровадив на юридичному факультеті Чернівецького університету новий навчальний курс з живого права [27]. Після невдалого досвіду організації емпіричних досліджень правового життя народів Буковини, описаного у цих працях, О. Ерліх поставив під питання саму евристичну цінність таких досліджень [28, с. 575–576]. Юридичне співтовариство Австрії як і раніше не звертало уваги на оригінальні ідеї мислителя, який в очах австрійських та німецьких правознавців стояв в асоціативному ряду з Г. Канторовичем, Ю. Офнером, Е. Фухсом, Ф. Жені та іншими теоретиками руху вільного права. Можливо, різкий і часом категоричний тон² звинувачень О. Ерліха на адресу традиційної юридичної догматики, якими рясніє «Основоположення», деякою мірою можна пояснити роздратуванням вченого проти мовчання юридичної спільноти (як теоретиків, так і практиків) і має на меті розбудити цю спільноту, привернути її увагу до розроблюваної австрійським мислителем проблематики.

Якщо такою була мета О. Ерліха, і якщо саме таке бажання він загадав у ніч на Різдво 1912 р., коли закінчив своє «Основоположення», то слід визнати, що він цієї мети безсумнівно досяг, бажання отримати увагу і популярність було здійснене. З одного боку, вихід у світ у 1913 р. «Основоположення» більшість дослідників вважає датою заснування нової наукової дисципліни — соціології права [29], з другого — ідеї, висловлені О. Ерліхом, привернули увагу і викликали реакцію (як позитивну, так і негативну) не лише у німецькомовних країнах,

¹ О. Ерліх порушив це питання перед австрійським науковим співтовариством у виступі на з'їзді німецьких юристів у 1911 р. [24, с. 61–79]. Але ніякої уваги ці ідеї не викликали.

² Разом з тим О. Ерліх не використовує в «Основоположенні» слова «ніколи», «завжди», не робить остаточних суджень про правову матерію і про провідну роль в ній живого, соціального права. Його формулювання, при уважному прочитанні, не дозволяють дійти висновку про те, що О. Ерліх претендує на універсальність своїх висновків. Якщо правознавець дійсно замислював цей твір як своєрідну рекламну акцію, за допомогою якої розраховував привернути увагу до соціолого-правової проблематики, яка повинна бути розвинена в подальших працях трилогії (див. вище), то така стратегія є цілком зрозумілою.

а й у США, Франції, Англії [30, с. 8]. «Основоположення» стало, таким чином, візитною карткою мислителя у світовому науковому співтоваристві, за допомогою якої представляються і сам О. Ерліх, і його ідеї. Не в останню чергу успіх цього твору пояснюється простотою і витонченістю стилю, умінням автора синтезувати у своєму світогляді різні аспекти правового життя (звичай, судову та юридичну практику, законодавство, римське, англійське право тощо), які зазвичай сприймаються юристами нарізно.

Але у цьому випадку О. Ерліх став жертвою свого успіху. Його «Основоположення» піддалося різкій, багато в чому ґрунтовній критиці за сміливі, але недостатньо обґрунтовані ідеї, викладені на сторінках цієї книги. Особливо жорстку відповідь автор дістав від висхідної зірки австрійського правознавства Г. Кельзена [31]. Доводи Г. Кельзена створили враження дійсно нищівної критики [32], на яку автору «Основоположення», як здається, нічого було відповісти. Багато дослідників небезпідставно вважають О. Ерліха «програвшим» у суперечці з Г. Кельзеном [33].

Насправді, з формулювань «Основоположення» можна було зрозуміти, що О. Ерліх віддає безумовну перевагу соціальному праву перед правом офіційним, заперечуючи дійсність останнього у випадках колізії з живим правом, а стосовно до правознавства — ставлячи під сумнів потрібність догматичних досліджень, правових концепцій і схем. Заявити про це означало посягнути на стовпи європейської юридичної науки, яка саме і виросла на культивуванні офіційного, «розумного», «природного», «професорського» права для подолання «варварського», звичаєвого права. Цього сучасна О. Ерліху європейська теорія права пробачити не могла — його ідеї, після нетривалого жвавого обговорення, на багато десятиліть канули у забуття. Ідеї О. Ерліха знайшли більш живий відгук за океаном, у Сполучених Штатах [34, с. 144] і в Японії [35, с. 109–115], ніж на батьківщині цього мислителя та в інших європейських країнах.

Ці спостереження допомагають нам зрозуміти, в якому ракурсі була сприйнята соціолого-правова концепція О. Ерліха. Але чи був цей ракурс безумовно правильним? Чи можемо ми розглядати концепцію австрійського мислителя та й будь-яку соціологічну теорію права, як таку, що обов'язково спричинить пониження чи навіть заперечення значення офіційного права, ролі держави у правовому житті [36]? Подібних заяв на сторінках праць австрійського правознавця немає, вони приписуються О. Ерліху його критиками, які намагаються «розвинути» соціологічні ідеї мислителя про право до їх «логічного» кінця. Але ця «логіка» є вельми сумнівною.

Дійсно, О. Ерліх критикував сучасне йому теоретичне правознавство за нездатність осягнути соціальні реалії, за догматизацію права як знаряддя реалізації державної політики, за рахунок чого у поле зору науки про право потрапляла лише незначна частина правового життя, пов'язана з діяльністю державних чиновників. У цій перспективі О. Ерліхом оспорювалася сама теза про необхідність визначення права як примусового порядку, встановленого і підтримуваного державою — адже велика частина правових відносин протікає без будь-якого втручання держави, причому суб'єкти цих правовідносин навіть не замислюються про те, щоб звернутися до держави для регламентації їх сімей-

ного, господарського, релігійного життя, хоча б державний правовий порядок і допускав подібне поводження¹.

Але де ж тоді межі права стосовно інших норм, які також регламентують спілкування? Це питання для О. Ерліха становило особливі складнощі — так, у 1911 р. мислитель писав, що «будь-якому юристу відомо, що не можна провести межі між мораллю і правом: найчастіше сьогодні правом стає те, що вчора було мораллю — право є мораллю вчорашнього дня» [22, с. 20], а у праці 1912 р. можна прочитати: «Вирішувати про те, чи маємо ми справу з мораллю чи правом, я залишаю тим, хто більше мене може приділити увагу безплідній термінології» [23, с. 48]. В «Основоположенні» О. Ерліх займає схожу позицію: «Важко провести наукову межу між правовою нормою та іншими видами норм, але на практиці ця складність виникає рідко. Кожен зазвичай зможе без зволікання одразу сказати про норму, чи належить вона до галузі права або до релігії, звичаю, моральності, пристойності, такту, моді чи нормам хорошого тону. Цей факт повинен утворювати вихідний пункт нашого дослідження. Питання про протилежності правової норми і позаправових норм є питанням не науки про суспільство, а соціальної психології» [8, с. 209]. Ідея О. Ерліха обґрунтувати це розходження через розмежування психологічних відчуттів була охарактеризована Г. Кельзенем (на нашу думку, цілком заслужено — на це вказує і М. Ребіндер [6, с. 124], але є і протилежна точка зору [35, с. 98–100]) як сама курйозна спроба визначити сутність права [5, с. 620].

Водночас О. Ерліх не виключає можливості для державного права знайти соціальну дієвість, стати реальним керівництвом до дії для суб'єктів права, набути статусу живого права. По-перше, державне право не тотожне закону в широкому сенсі [8, с. 179], і, що найважливіше, «державні правові норми рідко відрізняються від соціальних» [8, с. 376], оскільки виникнення і тих, і інших норм зумовлено суспільною необхідністю. О. Ерліх досить ясний і послідовний у цьому питанні і не виключає правової природи (тобто організаційної ролі при регламентації соціального життя) за державними установами. Вчений визнає: «Те, що держава тут, як і в усьому, може багатьом розпорядитися або зіпсувати своїм прямим втручанням і рішеннями своїх відомств, звичайно, безперечно» [8, с. 397]. Але вчитаймося у ці слова: «Безперечно й те, що вона [держава. — М. А.] спроможна запустити в рух або, навпаки, зупинити цілий суспільний розвиток» [8, с. 397]. З цієї точки зору, звинувачення О. Ерліха в запереченні права держави, його дієвості та сили, у взаємовиключному протиставленні офіційного та соціального засновані на непорозумінні, на вихоплених із контексту цитатах.

Іншою характерною помилкою у сприйнятті концепції живого права О. Ерліха є уявлення про те, що в соціолого-правовій теорії австрійського мислителя норма ототожнюється з фактом², а фактичний примус є синонімом юри-

¹ Інша справа, що держава та її порядок можуть становити незримий фон цих відносин, залишаючи суб'єктам правовідносин можливість апеляції не лише до соціального, а й до офіційного права. Цей момент саме і був залишений О. Ерліхом без уваги на сторінках «Основоположення», за що його автор піддався заслуженій критиці з боку опонентів.

² Цей докір вперше був висловлений у критиці Г. Кельзена, на що О. Ерліх активно і досить переконливо заперечував, звинувачуючи Г. Кельзена у приписуванні йому чужих

дичної повинності. У тому, що це абсолютно не так, можна переконатися, прочитавши «Юридичну логіку» 1918 р. Зокрема, там О. Ерліх пише про те, що завданням соціології права, дійсно, є встановлення, а не оцінка фактів, але при цьому соціологія права не ставить судді в обов'язок застосовувати ці соціальні факти замість норм законодавства [19, с. 389]. Відкидаючи «вульгарний етатистський погляд на право» [19, с. 82], мислитель не претендує на формування другого правового порядку (живого права), який би існував паралельно порядку права держави. Його основна критика була звернена проти дедуктивістської моделі юридичного мислення, де суддя мислився як безлика передавальна ланка великого механізму правозастосування, що автоматично витягує логічний зміст із правових висловлювань і поширює цей зміст на правові відносини, які лежать перед ним. О. Ерліх, слідом за Р. Ієрінгом, закликав до того, щоб у правових висловлюваннях (законодавчих текстах) шукати не об'єктивний логічний зміст, а конкретні інтереси, які мали на увазі законодавці (у широкому сенсі, включаючи безіменних творців юридичних звичаїв і традицій), коли формулювали ці висловлювання. З цієї точки зору, соціологія права О. Ерліха була спрямована не на заперечення офіційного права, а, навпаки, на зв'язування суддів реальною волею законодавця¹.

ПРАВОСУДДЯ У РАКУРСІ СОЦІОЛОГІЇ ПРАВА О. ЕРЛІХА

У цьому аспекті ми виходимо на прикладне значення концепції австрійського мислителя для проблем правосуддя. Правові норми для О. Ерліха були не безживними конструкціями (звідси його різка критика юридичної екзегетики в «Осноположенні»), а частинами реального, ефективного порядку соціальних зв'язків, який захищає окремі інтереси, не даючи правового захисту іншим. Кінцевим «законодавцем», якщо так можна висловитися (цієї гіперболи немає у працях самого О. Ерліха), є саме суспільство, яке формує загальний порядок соціальних відносин, який згодом нюансується, уточнюється, іноді переформулюється і навіть спотворюється законодавцями (конкретними індивідами, які є творцями законів, звичаїв, традицій). Разом з тим О. Ерліх далекий від наївного соціологізму Ш. Монтеск'є, який вважав, що дух законів сам розставляє у суспільстві все по своїх місцях, а індивіди, які формулюють правові приписи, є лише ляльками, якими водить вміла рука об'єктивної (географічної, історичної та ін.) необхідності [40]. Показово при цьому і те, що О. Ерліх далекий від оптимізму прихильників історичної школи щодо правового звичаю. Зокрема, одна з праць австрійського правознавця присвячена саме критиці застосування торгового звичаю у цивільних правовідносинах [41]. Навпаки, у правовій концепції О. Ерліха величезну роль відіграє індивідуальність кон-

думок [5, с. 615–623; 37, с. 638–644]. З цієї точки зору не зовсім обґрунтованою виглядає позиція сучасного українського дослідника, що власне повторює цей кельзенівський докір, не рахуючись при цьому з оригінальною позицією самого О. Ерліха [38, с. 157–159].

¹ У цьому зв'язку символічно, що одне з недавніх російських досліджень з проблематики правосуддя має в якості свого епіграфа відомий вислів О. Ерліха про те, що центр ваги розвитку права знаходиться в суспільстві [39].

кретних правотворців, які фокусують у своїй свідомості ті чи інші інтереси, надаючи їм юридичний захист у нормах.

У цьому аспекті слід повернутися до цитованого напочатку статті докору М. Вебера на адресу О. Ерліха за зневагу юридичними поняттями, за протиставлення фактів поняттями. Справа йде зовсім не так, як уявляв собі М. Вебер. Наведемо слова самого О. Ерліха: «Помилка так званої юриспруденції понять полягає не в тому, що вона працює з поняттями (оскільки без понять не може бути ні науки, ні практичного застосування наукових результатів), а в тому, що вона неправильно конструює ці поняття» [19, с. 196]. Норма права повинна містити чотири елементи: захищений інтерес, умови (обставини) надання захисту, вказівка на заборонену дію, спосіб і межі захисту [19, с. 188]. Правове відношення при цьому конструювалося О. Ерліхом як єдність двох перших елементів (захищеного інтересу і моделі обставин, за яких надається захист) [19, с. 190]. Власне правовідношення для О. Ерліха — це «соціально визнане відношення, яке згодом може розраховувати на отримання захисту з боку судів чи інших властей» [19, с. 191].

З цієї точки зору стає зрозумілим, що О. Ерліх аж ніяк не збирався заперечувати норму, змішуючи її з фактом. Юридичні факти (володіння, панування та ін.) — це лише частини правової норми, це відносини, що кристалізувалися у правовій практиці, які можуть як отримати, так і не отримати правовий захист (залежно від того, яким буде четвертий елемент норми — спосіб і межі захисту). Тому коли в «Основоположенні» австрійський мислитель повторює фразу Р. Ієрінга про «нормативну силу фактичного», під «силою» він має на увазі не самостійну юридичну силу фактичного порядку примусу (у чому О. Ерліха помилково звинувачував Г. Кельзен), а лише ту рушійну силу, яка ставить фактичного законодавця (будь це члени парламенту, монарх або суддя) перед питанням про надання захисту того чи іншого відношення. Причому відбувається таке надання зовсім не автоматично і далеко не завжди¹.

Мислитель підкреслює: «Існуючі в суспільстві правові інститути формують правовий порядок незалежно від того, регулюються вони правовими пропозиціями чи ні. Ці інститути залежать від правових пропозицій (особливо від законів) тільки тією мірою, якою ці останні можуть визначити, яким чином правові інститути повинні сприйматися суддею і особливо те, чи повинен суддя надати захист тим конфліктуючим інтересам, які, можливо, можна виявити в даних правових пропозиціях» [19, 219]. Водночас О. Ерліх підкреслює, що захист може бути наданий не лише законом, нормативно-правовим актом держави. До юридично зобов'язуючих текстів належать, наприклад, закон у континентальному праві, прецедент — в англійському праві, доктрина — в мусульманському праві, звичай — у традиційних суспільствах. Знаходячи якесь відношення позбавленим захисту з боку законодавця і вважаючи, що з точки зору вимог

¹ За логікою О. Ерліха, спочатку перед юрисдикційними органами починає «виникати певний інтерес, який претендує на юридичну дійсність у конкретному випадку»; потім цей інтерес поступово кристалізується, отримує «статус соціально визнаного у формі звичаю, володіння або волевиявлення» (того, що мислитель називає «юридичними фактами»), і лише згодом отримує закріплення в нормі права (суддівського, законодавчого, звичаєвого), що надає цьому інтересу ту чи іншу форму захисту [19, с. 191–193].

справедливості (вони відігравали чималу роль в утворенні права) ці відносини повинні бути юридично захищені, суддя може використати свою юрисдикційну владу для розширення меж захисту за межі норми офіційного права.

Але на відміну від прихильників руху вільного права, які бачать в судді основного творця права, у своїх пізніх творах О. Ерліх досить чітко позначає межі суддівського розсуду. По-перше, вільний розсуд судді поширюється лише на ті інтереси, які не врегульовані у правових усталеннях щодо інших інтересів: «Судове урівноваження інтересів підпорядковується порядком правових усталень» [19, с. 191]. Суддя, спираючись на принципи права або на свої фактичні повноваження, може створити «норму рішення» (тобто абстрактне правило, відповідно до якого суддя вирішує питання про права та обов'язки сторін спору) для конкретного казусу. Але якщо така норма рішення суперечитиме нормі права, зафіксованої у правовому усталенні (статті закону), то судове рішення буде неправомірним. Можливо, суддя у своєму рішенні і висловить соціально значущі інтереси, хоча у своїй нормі рішення він і формулює потреби тенденцій розвитку уявлень про справедливість, але до закріплення у правових усталеннях, тобто в таких текстах, які вважаються юридично зобов'язуючими в тому чи іншому правовому порядку, його рішення буде лише «ініціативою юриста», яка для того, щоб стати правом, повинна пройти через «битву думок» і отримати належне формальне закріплення у правовому порядку [11].

По-друге, суддівське знаходження права не має інтуїтивного характеру (яким воно уявлялось у творах багатьох прихильників вільного права), воно не звертає нас до міркувань доцільності — рішення судді повинне бути засноване на раціональному, об'єктивному науковому методі, що дозволяє достеменно встановити вихідні соціальні інтереси, захищені законодавцем. Соціологія права дозволяє подолати об'єктивістські установки людського мислення, через які ми помилково «розглядаємо як об'єктивно правильне те, що ми вважаємо доцільним» [20, с. 546]. Суддя повинен бути критичний не лише стосовно своїх міркувань доцільності, а й має бути особливо акуратним, атрибуючи деякі уявлення про доцільність автору правового тексту. Адже такі уявлення не можна встановити з повною достовірністю [20, с. 547].

Очевидно, що «існують питання, які автор правового усталення перед собою не ставив... на інші питання він навмисно, часом демонстративно, не відповідав» [20, с. 542]. Тому «безліч суспільних інтересів... залишаються (щонайменше, первісно, а деякі і постійно) поза рамками того права, яке сформульоване в правових усталеннях» [19, с. 184]. Відзначимо, що для О. Ерліха «правове усталення» і «правова норма» співвідносяться приблизно так само, як для нас співвідносяться між собою «стаття закону» і «норма права» — друге є правило поведінки, а перше є форма фіксації цього правила. З цієї точки зору думку О. Ерліха можна тлумачити таким чином: далеко не всі правові норми зафіксовані у статтях законодавства, вони можуть фіксуватися і в судовій практиці, і в звичаях, торговельному обігу. Тому між соціологією права і нормативним розумінням права немає неперехідної межі [42].

Законодавець неспроможний заздалегідь дати правила для всіх можливих ситуацій, а ті правила, які він створює, швидко застарівають в потоці соціального життя. Завданням судді є виявлення цих інтересів і порівняння їх з тими

інтересами, які мав на увазі законодавець (у широкому сенсі) при формулюванні відповідних правових усталень. Якщо суддя знаходить, що законодавець ставив перед собою мету захисту певних інтересів, але при цьому сформулював правове усталення (статтю закону) невдало, формально виключивши ту чи іншу з передбачуваних інтересів зі сфери, яка охоплюється цим правовим усталенням, то, на думку О. Ерліха, суддя у такому випадку повинен вийти за вузькі межі статті закону і надати захист тому інтересу, який мав намір захистити законодавець¹.

Але як визначити, що мав на увазі законодавець? Через аналіз буквальних слів і виразів? Цей шлях, як переконаний мислитель, нікуди не веде, якщо формулювання правового усталення невдале. Аналіз загальних принципів та ідеалів права, звернення до природного права? Такий шлях неприйнятний для О. Ерліха, по-перше, тому, що він ненауковий (з точки зору тієї моделі, заснованої на фактах позитивної науки, яка здавалася вченому очевидно), і, по-друге, оскільки він веде до суддівського свавілля, приховуваного за прекрасними і піднесеними словами². Австрійський мислитель був переконаний, що тільки соціологічний аналіз права здатний надати в розпорядження законодавців, суддів та інших правозастосувачів той науковий (заснований на фактах і орієнтований тільки на них) інструментарій, який дозволить їм коректно і грамотно виявляти інтереси, які підлягають захисту, і який тим самим буде науковою основою для розвитку і перетворення права. З цієї точки зору соціологія права набувала статусу наукової дисципліни, покликаної «навчити суддів застосовувати право» [19, с. 2].

Без такої наукової опори суддя не зможе правильно (тобто науково) вирішити справу, яка знаходиться перед ним. Якщо суддя розкриває ті інтереси, які протистоять один одному в конкретній справі, то йому потрібно, по-перше, ці інтереси порівняти між собою, а потім порівняти їх з тими інтересами, що законодавець (у широкому сенсі) захистив у тих правових усталеннях, які є юридично дійсними в даному правовому порядку. Це потрібно для того, щоб переконатися, що «інтерес, який шукає захист перед судом, не відрізняється від того інтересу, який був урівноважений і закріплений у правовому усталенні» [19, с. 192]. Якщо суддя знаходить, що інтерес захищений статтею закону (правовим усталенням), він застосовує цю статтю. Якщо ж інтерес не має захисту, то можливі дві ситуації. Або законом захищається протилежний інтерес, і тоді суддя повинен відмовити в судовому захисті, або ж ні оспоруваний, ні протилежний йому інтереси не відображені в законодавстві, і тоді суддя має вибрати з конфліктуючих інтересів той, який підлягає захисту. Відмовити в судовому захисті унаслідок відсутності правового усталення суддя не може, але й вирішувати справу на власний розсуд він не повинен. У цій дилемі О. Ерліх пропонує судді

¹ З цієї точки зору, основним методом для судді має стати історичне тлумачення: «Для цілей застосування права історичне тлумачення є, таким чином, визначальним» [20, с. 542].

² Пор.: «Суддя, який при відправленні правосуддя нехтує законом, винен у зловживанні повноваженнями... Вона [соціологія права. — М. А.] не має на меті... обґрунтування такої доктрини, яка могла б дозволити суддям порушувати цю судову присягу [застосовувати закон. — М. А.]» [19, с. 389].

самостійно врівноважити інтереси, не збалансовані законодавцем. Причому зробити це суддя повинен не шляхом визначення найбільш сильного інтересу (що пропонує Р. Ієрінг), а шляхом наукового аналізу того соціального контексту, в якому законодавець створював той акт, згідно з положеннями якого мала б вирішитися спірна ситуація (наприклад, цивільний кодекс, якщо мова йде про майновий спір).

Таким чином, концепція австрійського мислителя не ставить факти на противагу нормам і не протиставляє живе право офіційному праву. Його інтерес сконцентрований на ситуаціях мовчання закону — прогалин, колізій, невдалих законодавчих формулювань. Тут традиційний дедуктивістський метод виявляється безсилим, оскільки з текстів законів не випливає жодної відповіді. О. Ерліх добре розумів, що даремно шукати рішення для поставленої перед суддею справи в сенсі, значенні використаних законодавцем слів: «Рішення, якого він ніякими кліщами не витягне з правових усталень, йому потрібно буде знайти... самостійно зважуючи інтереси, що вступили у суперечність, і забезпечуючи судовий захист тим інтересам, які він сам вважатиме пріоритетними» [20, с. 543]. У цих складних випадках (*hard cases*, як подібні юридичні ситуації називаються в англо-американській правовій доктрині) судді потрібен науковий інструментарій для винайдення правильного рішення. І саме цей інструментарій, на думку професора з Чернівців, соціологія права покликана надати в розпорядження судді.

ВИСНОВОК

Очевидно, що в цій перспективі О. Ерліху ніяк не можна дорікати в приниженні ролі формального закону в правовому житті. Роль держави у правовому житті значна, особливо в суспільствах сучасного типу, і австрійський мислитель був далекий від того, щоб це заперечувати [43, с. 94], хоча деякі формулювання його висловлювань про живе (соціальне) право дають підстави для протилежних думок. У зв'язку з цим Б. Таманайя не без іронії закликає врятувати О. Ерліха від його ж власного вчення про живе право [44].

Якщо ж суддя не буде усвідомлювати, чому він віддає перевагу тому чи іншому інтересу, він буде або чинити свавілля, або захищати інтереси найбільш сильного. Що, очевидно, не відповідає уявленням про справедливість. Але і ті дані, які дає судді соціолого-історичне дослідження, не є прямим джерелом норм рішення (і, тим більше, норм права). Виявлені суддею факти не є прямим керівництвом до дії — не можна у вигляді «історичного духу» або «соціальної тенденції» сформулювати якийсь правовий принцип, згідно з яким суддя буде легко вирішувати питання, які не мають прямої відповіді в законодавстві [35, с. 119–120]. Ця ілюзія не здатна зняти з судді тягар відповідальності за прийняті ним рішення. Він не може знайти такого принципу ні в позитивному, ні в соціальному (живому) праві, а якщо і знайде, то цей принцип, по-перше, буде суб'єктивним, і, по-друге, буде стосуватися не науки, а політики.

Всупереч поширеній помилковій думці, завданням соціології права, на думку О. Ерліха, не є надання судді матеріалу для заповнення прогалин у законодавстві — як зазначено вище, мислитель впевнений, що суддя не повинен ставати на місце законодавця, а факти не можуть замінити відсутніх слів.

Соціологія права дає змогу знайти конкретне правило, що врівноважує конкретні інтереси в даній справі, стосовно того загального балансу інтересів, який захищається правовим порядком [25, с. 190]. Такий метод для О. Ерліха є основною гарантією справедливості судового процесу — адже соціолого-історичний пошук дає судді більш широку перспективу соціальних інтересів: не тільки тих, що стикаються в суперечці, а й тих, які законодавець колись вирішив захистити, або які суддя захистив би на місці законодавця (до чого закликає ст. 4 Швейцарського цивільного уложення). Тим самим суддя спонукається до справедливого рішення, яке, як вважав О. Ерліх, може бути забезпечене лише там, де будуть науково виявлені та зважені всі інтереси [19, с. 309]. У цьому аспекті творчість австрійського мислителя набуває цілком конкретних практичних рис, що зв'язують соціолого-правову проблематику О. Ерліха з питаннями правосуддя і правозастосування [45, с. 191–202].

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Luhmann N.* Rechtssoziologie. 2 Aufl. — Opladen, 1983.
2. *Weber M.* Rechtssoziologie. 2 Aufl. — Neuwied, 1967.
3. *Гурвич Г. Д.* Теория источников права Ойгена Эрлиха и идея социального права // Эрлих О. Основоположение социологии права. — СПб., 2011.
4. *Тимашев Н. С.* Рецензия // Эрлих О. Основоположение социологии права. — СПб., 2011.
5. *Кельзен Г.* Основоположение социологии права // Эрлих О. Основоположение социологии права. — СПб., 2011.
6. *Rehbinder M.* Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. 2 Aufl. — Berlin, 1986.
7. *Братасюк М. Г.* Значення поглядів Є. Ерліха на особливості юридичного мислення в контексті правової культури постмодерну // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2.
8. *Эрлих О.* Основоположение социологии права. — СПб., 2011.
9. *Эрлих О.* Социология права // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2.
10. *Эрлих Є.* Вільне правознаходження та вільне правознавство // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2.
11. *Эрлих Є.* Социология і юриспруденція // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2. — С. 185–193.
12. *Эрлих Є.* Про живе право // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2.
13. *Эрлих Є.* Юридична логіка // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2.
14. *Эрлих Є.* Основи соціології права // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2.
15. *Эрлих Є.* Карл Маркс та суспільне питання // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2.
16. *Библиография работ О. Эрлиха // Эрлих О.* Основоположение социологии права. — СПб., 2011.
17. *Бігун В. С.* Євген Ерліх: життя і правознавча спадщина // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2.
18. *Антонов М. В.* Социология права: рождение новой научной дисциплины // Эрлих О. Основоположение социологии права. — СПб., 2011. — С. 9–63.
19. *Ehrlich E.* Die juristische Logik. — Tübingen, 1918.

20. Эрлих О. Судейское нахождение права на основании правового предложения // Эрлих О. Основоположение социологии права. — СПб., 2011.
21. Антонов М. В. Запоздавшая реплика: об одной из последних работ Ойгена Эрлиха // Российский ежегодник теории права. — 2009. — № 2. — С. 320–331.
22. Ehrlich E. Die Erforschung des lebendes Rechts (1911) // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. — Berlin, 1967.
23. Ehrlich E. Das Lebende Recht der Völker in der Bukowina (1912) // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. — Berlin, 1967.
24. Ehrlich E. Was kann geschehen, um bei der Ausbildung das Verständnis der Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Masse zu fördern? // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. — Berlin, 1967.
25. Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. — Leipzig, 1903 // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. — Berlin, 1967.
26. Ehrlich E. Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts. Inaugurationsrede // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. — Berlin, 1967.
27. Rehbinder M. Eugen Ehrlichs Seminar für lebendes Recht: eine Einrichtung für die Weiterbildung von Rechtspraktikern // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 2. — С. 135–139.
28. Антонов М. В. У истоков социологии права: О. Эрлих // Ежегодник теории права. — 2008. — № 1.
29. Марчук В. П. Євген Ерліх – основоположник соціології права // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2. — С. 147–151.
30. Rehbinder M. Einleitung // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. — Berlin, 1967.
31. Дискусия Г. Кельзена и О. Эрлиха // Эрлих О. Основоположение социологии права. — СПб., 2011.
32. Antonov M. History of Schism: the Debates between Hans Kelsen and Eugen Ehrlich // International Constitutional Law. — 2011. — № 5. — С. 5–21.
33. Van Klink B. Facts and Norms: The Unfinished Debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen // Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich / Ed. M. Hertogh. — Oxford, 2009.
34. Ehrlich E. The Sociology of Law // Harvard Law Review. — 1922. — Vol. 36.
35. Vogl S. Eugen Ehrlich's Linking of Sociology and Jurisprudence and the Reception of his Work in Japan // Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich / Ed. M. Hertogh. — Oxford, 2009.
36. Марчук В. П. «Свободное право» в буржуазной юриспруденции. Критика концепций Е. Эрлиха. — Киев, 1977.
37. Эрлих О. Возражение // Эрлих О. Основоположение социологии права. — СПб., 2011.
38. Дорош Д. С. Розуміючи Ерліха сьогодні // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2.
39. Горбуз А. К., Краснов М. А., Мишина Е. А., Сатаров Г. А. Трансформация российской судебной власти. Опыт комплексного анализа. — СПб., 2010.
40. Ehrlich E. Montesquieu and Sociological Jurisprudence // Harvard Law Review. 1915–1916. Vol. 29.

41. *Ehrlich E.* Das zwingende und nichtzwingende Recht. Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutschen Reich. — Jena, 1899.
42. *Антонов М.* Соціологія права і чиста теорія права: складний взаємозв'язок // Філософія права і загальна теорія права. — 2012. — № 1. — С. 250–257.
43. *Vogl S.* Soziale Gesetzgebungs politik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich. — Baden-Baden, 2003.
44. *Tamanaha B. Z.* A Vision of Social-Legal Change: Rescuing Ehrlich from «Living Law» // Law and Social Inquiry. — 2011. — № 1. — С. 297–318.
45. *Rehbinder M.* Richterliche Rechtsfortbildung in der Sicht von Eugen Ehrlich // Rehbinder M. Abhandlungen zur Rechtssoziologie. — Berlin, 1995.

Антонов М. В. Ойген Ерліх про закон і правосуддя

Анотація. У цій статті автор аналізує соціолого-правову концепцію О. Ерліха з точки зору її ставлення до державно-правових явищ. Особливий акцент зроблено на вивченні наслідків з теоретичної концепції О. Ерліха стосовно процесів здійснення правосуддя.

Ключові слова: О. Ерліх, соціологія права, правосуддя, правозастосування, законність.

Антонов М. В. Ойген Эрлих о законе и правосудии

Аннотация. В настоящей статье автор анализирует социолого-правовую концепцию О. Эрлиха с точки зрения ее отношения к государственно-правовым явлениям. Особый акцент сделан на изучении следствий из теоретической концепции О. Эрлиха по отношению к процессам осуществления правосудия.

Ключевые слова: О. Эрлих, социология права, правосудие, правоприменение, законность.

Antonov M. The Law and Justice according to Eugen Ehrlich

Summary. In this article the author examines the socio-legal conception of Eugen Ehrlich from the standpoint of its relation to the state-legal phenomena. The emphasis is focused on the practical implications from E. Ehrlich's theoretical conception toward the administration of justice.

Key words: E. Ehrlich, sociology of law, justice, law enforcement, legality.

КОНФЕРЕНЦІЯ НА БАТЬКІВЩИНІ Є. ЕРЛІХА З НАГОДИ ЙОГО 150-РІЧЧЯ

(27–29 вересня 2012 р., Чернівці)

27–29 вересня 2012 р. у Чернівецькому національному університеті імені Юрія Федьковича відбулася Міжнародна науково-теоретична конференція «Концепція “живого права” Євгена Ерліха та сучасні проблеми праворозуміння». Конференцію було присвячено 150-річчю від дня народження Євгена Ерліха (1862–1922) – видатного українського правознавця, філософа та соціолога права, професора, ректора Чернівецького університету, почесного доктора права Гронінгенського університету (Нідерланди). Його наукова спадщина (праці «Вільне знаходження права та вільне правознавство», «Про живе право», «Заснування соціології права», «Юридична логіка», «Теорія суддівського волевиявлення» та ін.) належить до скарбниці світової правничої думки ХХ ст., є визнаним джерелом соціологічної школи права.

Співголовами організаційного комітету конференції виступили завідувач кафедри конституційного, адміністративного та фінансового права, декан юридичного факультету Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича, доктор юридичних наук, професор П. Пацурківський та завідувач кафедри загальнотеоретичних та державно-правових наук факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія», доктор юридичних наук, професор М. Козюбра.

У конференції взяли участь науковці та юристи-практики з різних міст і навчальних закладів України та інших країн. Програма конференції була дуже насиченою, наукові доповіді й виступи учасників – цікавими та оригінальними. У пленарному засіданні виступили відомі українські правознавці: професор М. Козюбра з доповіддю «Концепція “живого права” Євгена Ерліха та її значення для сучасної теорії юридичної аргументації»; завідувач кафедри міжнародного права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича, професор А. Георгіца з доповіддю «Похвальне слово про Є. Ерліха – видатного правознавця»; професор П. Пацурківський із доповіддю «Методологія правопізнання Євгена Ерліха: неklasична парадигма»; професор кафедри філософії Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» С. Максимов із доповіддю «Є. Ерліх про соціальні засади права та сучасне праворозуміння»; професор кафедри теорії держави і права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» С. Погребняк із доповіддю «Багатоаспектність права і сучасне праворозуміння»; президент видавничої організації «Юрінком Інтер», шеф-редактор газети «Юридичний вісник України», професор В. Ковальський із доповіддю «До питання про функції сучасного “живого” права».

У форматі «круглого столу» учасники конференції обговорили низку важливих проблем сучасного правознавства, обмінялися думками щодо шляхів та методів їх розв'язання, досвідом викладання правничих дисциплін у вищих

навчальних закладах. Водночас у центрі уваги усіх доповідей і виступів, безумовно, була наукова спадщина Євгена Ерліха, його правові та суспільствознавчі розвідки.

Учасники конференції одержали можливість не лише виступити із викладенням актуальних наукових тем, а й узяти активну участь у плідних дискусіях з їх обговорення, відповісти на численні питання, поспілкуватися з колегами.

У рамках конференції також відбулися презентації та обговорення оригінальних модельних програм навчальних дисциплін — «Загальна теорія права» й «Філософія права» — для спеціалістів і магістрів, розроблених робочими групами за підтримки Організації з безпеки та співробітництва в Європі (ОБСЄ).

Конференція була проведена на найвищому організаційному рівні, стала значною подією в науковому житті України. Вбачається, що саме такі заходи слугуватимуть важливій справі подальшого розвитку національного правознавства, впровадження в науку й суспільну практику ідей видатних українських науковців минулого, у плеяді яких Євген Ерліх, безумовно, займає одне з найпочесніших місць. Хотілося б також висловити сподівання, що конференції, присвячені пам'яті видатного вченого (які, до речі, варто було б назвати «Ерліхівські читання»), отримають постійну прописку в Чернівцях.

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

**ЖУРНАЛ «ФІЛОСОФІЯ ПРАВА»
В РОСІЙСЬКОМУ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОМУ
ЖИТТІ**



В. ВЕРЕЩАГІН

*заступник головного редактора
журналу «Філософія права»,
доктор філософських наук,
професор, заслужений діяч науки
Російської Федерації
(Ростовський юридичний інститут
Міністерства внутрішніх справ
Російської Федерації)*

А. МОРДОВЦЕВ
*член редакційної колегії
журналу «Філософія права»,
доктор юридичних наук,
кандидат філософських наук, професор
(Таганрозький інститут управління
та економіки)*



Журнал «Філософія права» було створено у 1999 р. у Ростовському юридичному інституті Міністерства внутрішніх справ Російської Федерації. Його фундатором і першим головним редактором був доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки Російської Федерації, один із провідних російських учених-юристів і організаторів науки на півдні країни Павло Петрович Баранов. Ідейним же його натхненником був доктор філософських наук, професор, заслужений діяч науки Російської Федерації Віктор Юрійович Верещагін, який відтоді і до сьогодні є заступником головного редактора.

Від самого початку сторінки «Філософії права» були чимось на кшталт дискусійного майданчика для представників різних світоглядних орієнтацій, філософсько-правових шкіл і напрямів, а також політологічних, соціологічних та



культурологічних дискурсів, що, безперечно, викликало особливу зацікавленість читачів, насамперед студентів, курсантів, аспірантів і докторантів гуманітарних спеціальностей.

За досить короткий як для наукового журналу термін було накопичено солідний для такого видання інтелектуальний доробок. Досягнення журналу – це результат праці та творчих пошуків докторів наук, професорів, доцентів, кандидатів наук, докторантів, аспірантів, викладачів вищих навчальних закладів, співробітників різноманітних науково-дослідних структур, а також працівників правоохоронних органів.

Визначною є роль філософії як методологічної основи пізнання сутності людського буття, розробки нових прийомів і методів вивчення і перетворення дійсності. У вирішенні майже всіх основних проблем, що з ними на сьогодні стикається людство, – технологічних, глобальних (у тому числі екологічних), наукових тощо – необхідною є участь філософсько-методологічної думки.

Філософія (завдяки своїй синтезуючій та інтегруючій ролі в системі духовної культури) дуже тісно пов'язана з усіма формами суспільної свідомості, є ключовою складовою всіх сфер діяльності людини (у тому числі правової, політичної та ін.) на сучасному етапі.

У межах філософського пізнання виокремлюють різні елементи, що мають світоглядний характер, які збагачують знання загальних відносин, визначають сутність, розвиток і вирішення соціальних і правових протиріч у контексті їхньої соціальної детермінації. У зв'язку з цим у сучасних умовах значно підвищується значення філософсько-методологічної освіти спеціалістів (учених, діячів культури, викладачів у галузі права, організаторів виробництва, суспільно-політичних діячів та ін.). Саме ці положення й визначили сутність діяльності видання від самого початку творчого шляху.

На сьогодні журнал «Філософія права» – це науково-теоретичне видання, на сторінках якого можна простежити розвиток філософсько-метафізичного трактування права. Розділи журналу присвячені дефініції філософії права, її історії, розвитку на сучасному етапі; оптимально й адекватно відбивають політичні, правові, культурні й соціальні процеси, що відбуваються в соціумі; у них визначається місце і роль філософії права в системі російської освіти. Читачі журналу можуть ознайомитися з науковими поглядами на розвиток філософії права не лише сучасних авторів, а й мислителів минулого, зіставити західноєвропейські й російські традиції дослідження у сучасній філософії права.

Журнал по праву посідає гідне місце серед загальноросійських галузевих видань. На сторінках «Філософії права» ведуть полеміку вчені, які презентують різні регіони Росії. З 2000 р. авторська географія – це більш ніж 20 міст Росії: Москва, Санкт-Петербург, Нижній Новгород, Краснодар, Таганрог та інші, країни близького зарубіжжя – Україна, Білорусь, Казахстан та інші, далекого зарубіжжя – США та Канада. Загальна кількість публікацій за період існування журналу складає понад дві тисячі.

З 2004 р. журнал щорічно входить у Перелік провідних наукових видань ВАК Міністерства освіти і науки Російської Федерації, що рецензуються, а це можна вважати заслуженим досягненням авторського і редакційно-видавничого колективів, які виконують свою роботу на високому професійному рівні. У 2006 р. «Філософія права» отримала унікальний номер, який використовується для ідентифікації друкованого та електронного періодичного видання – *ISSN*. У 2007 р. журнал було репрезентовано на міжнародних книжкових ярмарках у Пекіні та Франкфурті. З 2008 р. журнал «Філософія права» було включено до Російського індексу наукового цитування, випуски журналу розміщуються в інтегрованому інформаційному ресурсі в російській мережі «Інтернет» наукової бібліотеки для авторизованих користувачів. На теплі слова вдячності заслуговують учені та практики, які активно співпрацюють з журналом протягом усього його існування, які повірили в його потенціал і стали його постійними авторами, роблячи гідний внесок у здійснення спадкоємності наукових знань у галузі філософії права, зокрема, О. Овчинников, Л. Романова, Г. Небрятенко, Т. Беспалова, В. Сморунова, А. Мамичев та ін.

Особливо слід наголосити на тому, що нашими авторами є не лише відомі діячі науки, викладачі, а й працівники прокуратури, судів, співробітники правоохоронних органів, представники виконавчої влади, керівники адміністрацій територіальних громад.

Журнал «Філософія права» дозволив оживити науково-дослідну роботу в цій галузі. Десятки вчених і практиків надають результати своїх докторських і кандидатських досліджень до нашого видання.

Є вельми суттєвим, що на сторінках журналу, у рубриці «Трибуна молодого вченого», нове покоління дослідників отримало можливість демонструвати свої інноваційні розробки у галузі теоретичних основ політико-правової філософії. Крім того, слід зазначити, що найбільш популярними й затребуваними у читачів стали рубрики: «Західноєвропейські і російські традиції дослідження філософії права», «Політико-правова концептологія», «Національна безпека: політико-правові засоби забезпечення», «Філософія, культурологія і соціологія права» та ін.

Однак редакційна колегія журналу не зупиняється на досягнутому: вона формує нові рубрики, готує круглі столи, присвячені актуальним питанням філософсько-правового, філософсько-політичного та соціально-культурологічного пізнання, залучає до співпраці нових цікавих дослідників.

ПРАВОВЕ ВИХОВАННЯ ЯК УМОВА ФОРМУВАННЯ ПРАВОВОЇ КУЛЬТУРИ В СУЧАСНОМУ СОЦІУМІ: ВСЕУКРАЇНСЬКА НАУКОВО-ПРАКТИЧНА КОНФЕРЕНЦІЯ

(16 травня 2012 р., Харків)

16 травня 2012 р. у Національному університеті «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» відбулася Всеукраїнська науково-практична конференція «Правове виховання як умова формування правової культури в сучасному соціумі». Ця зустріч, в якій взяли участь представники провідних вищих навчальних закладів та громадських організацій України, продовжує серію заходів, спрямованих на вдосконалення концепції правового виховання в Україні.

Головними завданнями конференції її організатори вбачають репрезентацію різноманітних аспектів дослідження правового виховання, обговорення актуальних проблем у правовиховній сфері, а також пошук філософсько-методологічних засад розвитку правової культури сучасного українського суспільства.

У вступній промові голова оргкомітету конференції, академік НАПрН України А. Гетьман зазначив, що проблема правового виховання громадян України є однією з найактуальніших та перебуває у центрі уваги як провідних науковців, так і нової генерації молодих дослідників. Він також висловив сподівання, що результати конференції стануть вагомим теоретичним підґрунтям для розв'язання нагальних завдань у процесі підготовки юристів, педагогічних кадрів, соціальних працівників, психологів, які безпосередньо пов'язані з правовиховною практикою.

Розглядаючи особливості організації та управління правовим вихованням у перехідному суспільстві, професор О. Данильян зазначив, що наразі в Україні відсутня ефективна система з формування правової свідомості та правової культури населення. Це у свою чергу негативно позначається на здійсненні політико-правових реформ, стані законності та правопорядку. Як наслідок – поширення правового нігілізму серед населення, зростання злочинності, корупція в державних органах влади, криміналізація суспільства в цілому. Вихід із такої складної ситуації, на думку вченого, можливий за умови науково-побудованої правовиховної стратегії, що передбачає аналіз стану правовиховної роботи в суспільстві та оцінку її ефективності, розробку поточних та перспективних планів, організацію практичної реалізації прийнятих планів (програм), а також соціальний контроль за ефективністю роботи. Особливе місце в системі правовиховних заходів, наголосив О. Данильян, має бути відведено інформаційному,

методичному забезпеченню та узагальненню й поширенню позитивного досвіду роботи з правового виховання.

Увага до правового виховання підсилюється і у зв'язку з бурхливим розвитком нових інформаційних технологій. Так, віртуальна реальність істотно впливає на правову культуру соціуму, генеруючи новий тип соціальної реальності та новий тип людини як суб'єкта віртуальної правової культури. Доповідь професора О. Дзьобаня була присвячена правовому вихованню в умовах глобалізації віртуальної реальності. Як позитивні наслідки впливу глобалізації віртуальної реальності вчений виокремив прискорення впровадження та розповсюдження нововведень і сучасних методів правового виховання, появу нових можливостей правової соціалізації, оперативне запозичення позитивного правовиховного досвіду. Однак, як було наголошено, глобалізація віртуальної реальності призводить до зміни ціннісних орієнтирів суспільства, особистості й культури як у цілому, так і правової культури зокрема. До негативних наслідків глобалізації віртуальної сфери вчений відніс збільшення загрози цілісності культури та цивілізації. Однак найістотніші трансформації, як зазначається в доповіді, відбуваються передусім в індивідуальній та суспільній свідомості, зокрема у правовій. Йдеться не лише про сильне психоемоційне навантаження, а й про віртуалізацію правової реальності у свідомості більшості людей, що несе в собі певний рівень небезпеки і виражається передусім у стійкому зростанні комп'ютерної злочинності. Зниження ризиків глобалізації віртуальної реальності, на думку доповідача, пов'язане насамперед із формуванням загальних правил соціальної взаємодії та спільним вирішенням питань протидії злочинам у віртуальному середовищі.

Правове виховання є одним із необхідних механізмів розвитку правового суспільства, а також засобом подолання деформацій правосвідомості та правової культури громадян. У виступі професора Ю. Калиновського, присвяченому цьому аспекту правовиховної діяльності, було наголошено, що ефективність механізму управління правовиховним процесом залежить не лише від зусиль державних структур, а й від активної участі інститутів громадянського суспільства. Крім того, правове виховання немає бути відокремлене від релігійного та морального виховання як на рівні державних програм, дошкільного, шкільного та навчання у вишах, так і на рівні діяльності громадських організацій. На думку вченого, саме громадські організації та правозахисні рухи повинні відігравати значну роль у морально-правовому вихованні населення, оскільки заходи тільки з боку держави можуть мати формальний, неефективний характер.

Як науково-побудований процес правове виховання передбачає змістовно-теоретичне наповнення. У доповіді професора С. Шефеля був показаний світоглядно-методологічний потенціал інтерсуб'єктивності як нового, неklasичного типу праворозуміння. Модель сучасної системи правового виховання в Україні, наголосив учений, має бути узгоджена із загальною стратегією розвитку світової цивілізації, зокрема з принципом діалогу різних правових культур. Правовий інтерсуб'єктивізм орієнтований на гармонізуючу правову інтеграцію носіїв різних типів ментальності, що у свою чергу дозволяє на психологічному рівні сприяти усуненню деформацій у правосвідомості та правовій культурі нової генерації творців правової державності в Україні.

Говорячи про ключову роль правового виховання у процесі формування правової культури в Україні, професор С. Максимов наголосив, що ядром цієї діяльності виступає інтелектуальна активність учених-гуманітаріїв (перш за все, юристів і філософів), політичної еліти, творчої інтелігенції з культурного виправдання ідеї права як ідеї справедливості, свободи і рівності. Такий духовно-інтелектуальний, ідеологічний бік правового виховання спрямований на обґрунтування правових цінностей для подальшого формування системи світоглядно-ціннісних орієнтацій людини і суспільства, без яких правова культура неможлива. Інтегральним проявом цієї системи, вважає вчений, є правовий світогляд, формування якого є пріоритетною складовою як правової соціалізації людини, так і процесу правового виховання й самовиховання особистості. Як зазначено у доповіді, вищі правові цінності, зокрема права та свободи людини, становлять основу особистісного, індивідуального правового світогляду.

Продовжуючи обговорення теми ролі інтелектуальної еліти в процесі правового виховання, професор О. Бузова акцентувала увагу на значенні естетичної складової у розвитку правової культури майбутніх юристів. Фахівець зазначила, що «мистецьке» сприйняття правового простору дає можливість переживати естетичні почуття, які збагачують правосвідомість майбутнього юриста. Завдяки цьому правник стає скульптором соціальних відносин, від якого значною мірою залежить врешті-решт якість суспільства, адже робота юриста — це зусилля з упорядкування та гармонізації соціуму у формі служіння людям.

Говорячи про особливості національної системи правового виховання у філософсько-правовій ретроспективі, професор Є. Мануйлов вказав на чинники, які стали вирішальними для розвитку правової культури та правосвідомості в Україні. Так, правове виховання у вітчизняній філософсько-правовій думці починається з культури Київської Русі і на кожному історичному етапі вдосконалюється, конкретизується і відповідає вимогам свого часу.

Учасники конференції обговорили також актуальні проблеми правового виховання у таких аспектах: роль правових традицій у правовому вихованні, правова соціалізація, співвідношення культури і права, правове виховання працівників правоохоронних органів, особливості правового виховання в системі освіти, ціннісні засади формування правової культури в Україні тощо.

Загальним підсумком конференції стало більш широке і рельєфне бачення системи правового виховання в сучасній Україні та прагнення представників гуманітарних наук всіляко сприяти розвитку правової культури українських громадян.

О. ДАНИЛЬЯН

*доктор філософських наук, професор
(Національний університет «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)*

І. КОВАЛЕНКО

*кандидат філософських наук, доцент
(Національний університет «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)*

«ФІЛОСОФІЯ ПРАВ ЛЮДИНИ»: П'ЯТА СЕСІЯ МІЖНАРОДНОЇ ПРОГРАМИ ПІДТРИМКИ ВИЩОЇ ОСВІТИ

(15–29 липня 2012 р., Львів; Перемишль, Польща)

15–29 липня 2012 р. в рамках регіональної ініціативи Інституту відкритого суспільства відбулася п'ята сесія Міжнародної програми підтримки вищої освіти за напрямом «Філософія прав людини». Перша частина сесії була проведена в Україні (м. Львів), друга – у Польщі (на базі Державної вищої східноєвропейської школи в м. Перемишль). Захід зібрав майже 25 слухачів – докторантів, кандидатів наук й аспірантів з вищих навчальних закладів і науково-дослідних установ Азербайджану, Білорусі, Вірменії, Киргизстану, Росії й України. У якості лекторів були запрошені провідні спеціалісти у галузі філософії прав людини з університетів Польщі, Росії, США та України.

Тематика лекцій, пов'язана з регіональними концепціями та окремими дискусійними питаннями прав людини, органічно доповнила зміст попередніх сесій та міжсесійних семінарів Програми, присвячених філософському обґрунтуванню, історії та сучасним теоріям прав людини.

Сесія розпочалася з лекційного курсу професора Університету Джорджії (США) Е. Альтмана під назвою «Права людини, міжнародне право і глобальна справедливість». У першій частині курсу лектор проаналізував концепцію прав людини Дж. Ролза, викладену в статті «Право народів», її співвідношення зі змістом більш ранньої «Теорії справедливості» та полеміку Дж. Ролза з Т. Погге щодо можливості застосування принципу економічної справедливості на глобальному рівні. У цьому контексті активну дискусію серед слухачів викликало питання про співвідношення ліберальних прав і прав людини. Другий блок питань був присвячений критичному розгляду міжнародного гуманітарного права та сучасним дискусіям навколо проблеми так званого «цільового вбивства», тобто знищення осіб, які беруть участь у збройних конфліктах або терористичній діяльності і є так званими «нелегальними комбатантами», тобто позбавлені імунітету від такого вбивства відповідно до III Женевської конвенції.

Професор Варшавського університету (Польща) П. Бальцерович прочитав цикл лекцій, присвячених регіональним підходам до прав людини. Зокрема, лекційний курс «Права людини в Індії» він розпочав з огляду існуючих інтерпретацій прав людини індійськими мислителями: універсалістської концепції А. Шарми, критичного підходу А. Сена і песимістичних прогнозів У. Бахчі щодо розмивання ідеї прав людини. Аналіз теоретичних підходів доповнив цікавими даними про сучасну «праволюднну» практику в Індії. У другому курсі лекцій під назвою «Права людини в ісламському світі» П. Бальцерович розкрив основні підходи до прав людини в ісламській думці: від фундаменталістського заперечення можливості поєднання ісламу з правами людини до визнання останніх складовими релігії, а також розглянув практику прав людини в окремих ісламських країнах.

Лекційний курс у Львові продовжив академік НАПрН України, доктор юридичних наук, професор П. Рабінович, який прочитав лекції «Європейський суд з прав людини: сучасні проблеми» та «Межі прав людини». Під час останньої професор, зокрема, розповів про невідомі сторінки життя і творчості видатного випускника Львівського університету, одного з авторів концепції прав людини Г. Лаутерпахта.

У Перемишлі учасники Програми прослухали лекційний курс професора Кінгс Коледжу (м. Нью-Йорк, США) Д. Таббса під назвою «Права людини і аристократія», у якому лектор розкрив напругу між цими двома концептами у діалозі з такими відомими філософами та письменниками, як: Платон, Аристотель, В. Шекспір, Ч. Діккенс, А. де Токвіль та Дж. С. Мілль. Лейтмотивом цього діалогу стала проблема рівності.

Професор С. Галковський запропонував слухачам філософське осмислення свободи совісті, проаналізувавши три підходи в європейській думці до вирішення протиріччя між політикою і мораллю. Ці підходи лектор пов'язав з концепціями ліберум вето, громадянської непокори і протесту совісті, розглядаючи всі три як варіанти раціоналізації свободи совісті.

Сучасній європейській практиці прав людини присвятили свої лекції представники приймаючого закладу – директор Інституту міжнародних відносин Державної вищої східноєвропейської школи в Перемишлі, професор Я. Мокляк («Права людини в мультиетнічному суспільстві»), ректор згаданого закладу, професор Я. Драус («Рада Європи у вирішенні проблем прав людини»), суддя апеляційного суду Б. Драус («Права людини і польське судочинство»).

Доктор політичних наук В. Малахов (Інститут філософії РАН, м. Москва) прочитав лекцію під назвою «Поняття громадянства», у якій розкрив основні філософські підходи до розуміння громадянства та відповідні режими громадянства (авторитарно-капіталістичний, неоліберальний, етноцентристський), проаналізував громадянство як феномен модерну та розглянув поняття постнаціонального громадянства. Врешті-решт лектор зробив висновок, що *de facto* національна держава все ж залишається на сьогодні вирішальною інстанцією у дотриманні прав людини.

У цілому слід наголосити на високому теоретичному рівні лекцій та дискусій, що їх супроводжували. Сесія виявилася досить продуктивною. Учасники Програми окреслили перспективи подальшої співпраці в рамках шостої сесії та міжсесійних семінарів.

Н. САТОХІНА
кандидат юридичних наук, асистент кафедри філософії
(Національний університет «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)

ЕНЦИКЛОПЕДІЯ ПРАВОЗНАВСТВА ЧИ ІНТЕГРАЛЬНА ЮРИСПРУДЕНЦІЯ? ПРОБЛЕМИ ВИВЧЕННЯ І ВИКЛАДАННЯ: ЩОРІЧНА КОНФЕРЕНЦІЯ, ПРИСВЯЧЕНА ПАМ'ЯТІ В. С. НЕРСЕСЯНЦА

(2 жовтня 2012 р., Москва, Росія)

2 жовтня 2012 р. в Інституті держави і права РАН відбулася чергова щорічна конференція, присвячена пам'яті видатного російського правознавця, автора лібертарної концепції права, В. С. Нерсесянца.

Читання зібрали низку відомих правознавців з Росії, Білорусі та інших країн СНД. На жаль, окрім автора цього огляду на них не були присутні інші вчені з України, хоча питання, які обговорювалися під час доповідей, є дуже актуальними і для нашої країни.

Заявлена організатором читань, професором В. Графським, тема була обумовлена як теоретично-філософськими потребами осмислення подальших напрямів розвитку російськомовного правознавства, так і помітною подією у правовому житті – появою фундаментальної «Енциклопедії права» (СПб., 2008), яку підготували відомі російські вчені Ю. Гревцов та І. Козліхін. Оскільки останніми роками в російськомовному правознавстві набула величезної популярності інтегральна теорія права (яка намагається подолати межі окремих підходів і створити «універсальну» концепцію права), то виникає питання: чи не є проект «енциклопедії права» більш методологічно та теоретично адекватним завданням інтегральної юриспруденції, ніж вона сама?

На початку конференції професор В. Графський окреслив необхідність узгодження взаємозв'язків між окремими частинами філософії права: світоглядною, логіко-понятійною та ін. Тому енциклопедія права та інтегральна теорія права є двома різними напрямками вирішення подібного завдання.

У своїх тезах (на жаль, автори «Енциклопедії» не взяли особистої участі у читаннях) І. Козліхін та Ю. Гревцов запропонували думку, що криза загальної теорії права є фактом, тому слід почати викладати догму права, соціологію та філософію права як різні науки, які мають свій окремий предмет та метод дослідження. Енциклопедія права може стати загальним пропедевтичним каркасом, який створить теоретичну базу для такого поділу.

Натомість відомі правознавці з Санкт-Петербурга – А. Поляков та І. Честнов – у представлених доповідях поставили під сумнів твердження своїх колег. Так, на думку А. Полякова проект енциклопедії права є безперспективним з наукової та освітньої точок зору, а тому слід удосконалювати науку теорії права як науку інтегрального типу, на противагу еkleктиці енциклопедичного підходу. І. Честнов погоджується із І. Козліхіним у тому, що догматизація права – це глухий кут, проте не бачить перспектив енциклопедії права, пропонує як вихід особливий варіант інтегральної юриспруденції, що базується на

«антропоцентричному повороті», який робить підґрунтям права конкретні людські практики, в яких втілюються норми права. В свою чергу О. Стовба запропонував осмислити спільне коріння енциклопедичного та інтегрального підходів у властивому російському філософському дискурсі тяжінні до цілісності, який слід реалізовувати на базі сучасної російськомовної філософії (О. Лосєв, М. Бахтін, М. Мамардашвілі, К. Свасьян). На думку українського правознавця, це дозволить адекватно осмислити цілісну правову реальність, уникнувши уявної дихотомії енциклопедичності/інтегральності.

Також надзвичайно цікавими були виступи професорів В. Лазарева (Москва), В. Малахова (Москва), доцента Ю. Пермякова (Самара), доцента В. Павлова (Мінськ), доцента О. Тимошиної (Санкт-Петербург), Н. Варламової (Москва) та ін.

Наприкінці В. Графський оголосив тему наступних читань – «Право і література». Будемо сподіватися, що свої доповіді щодо цього надзвичайно цікавого предмета наступного року нададуть й українські правознавці. Це допоможе подолати уявлення про штучну ізоляцію та відсутність оригінальних думок у вітчизняному правознавстві, яке рік за роком створює фактична відсутність українських вчених на конференціях подібного рівня.

О. СТОВБА

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теоретичної і практичної філософії
(Харківський національний університет
імені В. Н. Каразіна)*

ФІЛОСОФСЬКІ, МЕТОДОЛОГІЧНІ ТА ПСИХОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВА (V МІЖНАРОДНА НАУКОВО-ТЕОРЕТИЧНА КОНФЕРЕНЦІЯ): ДИСКУСІЯ ТРИВАЄ

(17 листопада 2012 р., Київ)

17 листопада 2012 р. Національна академія внутрішніх справ, Всеукраїнська асоціація філософії права і соціальної філософії та Асоціація психологів України провели традиційну V Міжнародну науково-теоретичну конференцію «Філософські, методологічні та психологічні проблеми права» в рамках Всеукраїнського тижня права. Основною метою конференції було продовження світоглядних й теоретичних дискусій щодо специфіки характеру та особливостей розвитку сучасної (насамперед української) держави і права.

Відкрив конференцію ректор Національної академії внутрішніх справ (далі – НАВС), член-кореспондент НАПрН України Коваленко Валентин Васильович, зазначивши, що ця міжнародна науково-теоретична конференція сприятиме раціоналізації напрямів наукових досліджень її учасників та стане теоретичним підґрунтям для вдосконалення законодавчої, правозастосовної та правоохоронної діяльності.



З привітаннями до учасників конференції звернулися Голова Конституційного Суду України Головін Анатолій Сергійович, Головний контролер – директор департаменту з питань оборони та правоохоронної діяльності Рахункової палати України Невідомий Василь Іванович, проректор університету у Прешові (Словаччина), професор Ковальчикова Івета, начальник управління правового забезпечення Державної судової адміністрації України Кошинець Віктор Васильович, Президент Всеукраїнської асоціації філософії права і соціальної філософії Чміль Борис Федорович, інші відомі фахівці та представники наукової спільноти.

Зі вступними доповідями виступили член-кореспондент НАПрН України В. Коваленко (тема «Методологічні проблеми кримінально-правових наук»), Голова Конституційного Суду України А. Головін (тема «Деякі проблеми засто-

сування положень статті 22 Конституції України у конституційному судочинстві») та академік НАПрН України М. Костицький (тема «Спроба філософсько-психологічного осмислення ролі і функцій держави і права в епоху постмодерну»).

Ректор Національної академії внутрішніх справ В. Коваленко вказав на причини кризи методології кримінально-правових наук в Україні та неможливі шляхи їх подолання.

Голова Конституційного Суду України А. Головін зупинився на аналізі статті 22 Конституції України, яка встановлює, що права і свободи людини та громадянина, закріплені Конституцією України, не є вичерпними, що вони гарантуються і не можуть бути скасовані, що при прийнятті нових законів чи внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод людини та громадянина. Дані положення Конституції України мають концептуальне та методологічне значення для правозастосування і повинні бути орієнтирами як для державних органів, так і для приватних структур й окремих громадян.

У вступній доповіді академіка НАПрН України М. Костицького йшлося про один із можливих сценаріїв розвитку постмодерністського суспільства із виникненням єдиної метанауки, що поєднуватиме технологічний, лінгвістичний, онтологічний і гносеологічний аспекти буття, таким чином нівелюючи постмодерністський розрив онтології та гносеології. Майбутнє сучасної цивілізації він розглянув у контексті глобальної науково-технологічної суперреволюції.

Подальша робота конференції проходила у рамках трьох панелей — філософської, методологічної, психологічної та супроводжувалась жвавими дискусіями із зазначених у програмі тем доповідей.

Так, у першій панелі особливу увагу викликали доповіді декана юридичного факультету Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича, професора Пацурківського Петра Станіславовича, доцента того ж університету Меленка Сергія Гавриловича, доктора юридичних наук Ковальського Віктора Семеновича, начальника кафедри філософії права та юридичної логіки НАВС Гвоздіка Олега Івановича.

Найбільш цікаві питання, розглянуті в рамках цієї панелі, були присвячені дослідженням філософії права в історичному аспекті, новим напрямом розвитку сучасної філософії права, аналізу її основних концептів та підходів.

На другій панелі, яку очолив начальник кафедри теорії держави та права НАВС, професор Гусарев Станіслав Дмитрович, дискусії точились навколо доповідей доктора юридичних наук Орлова Юрія Юрійовича, доцента Романюка Богдана Васильовича, проректора Європейського університету Гурака Руслана Васильовича.

На третій панелі конференції під керівництвом професора Казміренко Людмили Іванівни виступили з доповідями провідні фахівці в галузі юридичної психології та педагогіки: ректор Інституту екології, економіки і права, професор Биковська Олена Володимирівна, професор Івета Ковальчикова, Голова Апеляційного суду Чернівецької області, доцент Черновський Олексій Костянтинович, професор Хохліна Олена Петрівна, начальник кафедри прикладної педагогіки та роботи з персоналом НАВС, доцент Ірхін Юрій Борисович та інші.

Тематика цієї панелі охоплювала питання педагогіки освіти, зокрема юридичної; аналіз розвитку юридичної психології та її окремих аспектів, насамперед щодо підготовки майбутніх правоохоронців, їх професійної адаптивності та деформації; формування юридичної психолінгвістики; профілактики віктимності неповнолітніх та ряд інших.

У цілому діяльність конференції була спрямована на обмін науковими ідеями та думками з метою підвищення ролі права і закону у громадянському суспільстві, удосконалення чинного законодавства та правової системи.

Сподіваємось, що ця конференція стала визначною подією на шляху розвитку права, філософії, психології та педагогіки як на теренах України, так і за її межами, адже розглянуті на ній проблеми присвячені формуванню світогляду сучасної людини, правової культури та праворозуміння, підвищенню ефективності викладання юридичних дисциплін у вищих навчальних закладах, вироблення нових форм і методів вирішення юридичних конфліктів, визначенню ролі та функцій держави на сучасному етапі розвитку суспільства, компаративному аналізу існуючих правових систем у контексті різних методологічних підходів тощо.

Матеріали конференції було опубліковано у збірнику, що містить понад 140 тез доповідей та виступів її учасників і охоплює найважливіші наукові дослідження та досягнення у галузі філософії права, соціальної філософії, юридичної психології, юридичної педагогіки, методології права. Вважаємо, що проведений науковий захід сприятиме розвитку вітчизняної юридичної науки і практики, розвиненню нових напрямів правознавства (таких, наприклад, як юридична педагогіка і психолінгвістика) і спонукатиме вчених знаходити нові ефективні шляхи вирішення нагальних суспільних і державних проблем у науково-теоретичній площині насамперед правовими, а не проблемно-політичними засобами.

Н. КУШАКОВА-КОСТИЦЬКА
професор кафедри філософії права та юридичної логіки
(Національна академія внутрішніх справ)

Ю. СИДОРЧУК
юрист

ВОСЬМИЙ МІЖНАРОДНИЙ КРУГЛИЙ СТІЛ З АНТРОПОЛОГІЇ ПРАВА У ЛЬВОВІ: ПРОДОВЖЕННЯ ТРАДИЦІЇ

(7–8 грудня 2012 р., Львів)

Наприкінці минулого року Львівська лабораторія прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України (далі – ІДБМС) та Лабораторія досліджень теоретичних проблем прав людини юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка (далі – Лабораторія ЛНУ) організували черговий круглий стіл на тему: «Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)».

Цей захід, як і попередній, мав статус міжнародного, адже участь у ньому взяли фахівці з 27 навчальних та наукових закладів 6 країн: Азербайджану (Баку), Білорусі (Мінськ), Канади (Квебек), Киргизії (Бішкек), Росії (Архангельськ, Єкатеринбург, Красноярськ, Москва, Новосибірськ, Ростов-на-Дону, Самара, Санкт-Петербург) й України (Дніпропетровськ, Донецьк, Запоріжжя, Київ, Луганськ, Львів, Одеса, Тернопіль, Харків, Хмельницький, Чернівці). Серед учасників були й слухачі трирічної міжнародної програми «Філософія прав людини», проваджені під егідою Інституту відкритого суспільства (*Open Society Institute*) в рамках ініціативи «*ReSET*». Як відомо, тенденція до розширення географії закладів та кількості учасників таких «круглих столів» поза межі нашої держави намітилася ще раніше¹.

До початку роботи цього круглого столу організаторам вдалося опублікувати збірку матеріалів, в якій вміщено 48 статей його учасників (див. діаграму 1). Загалом же за 8 останніх років у збірках матеріалів таких круглих столів було оприлюднено близько 340 статей загальним обсягом понад 200 друк. арк.² (див. діаграму 2).

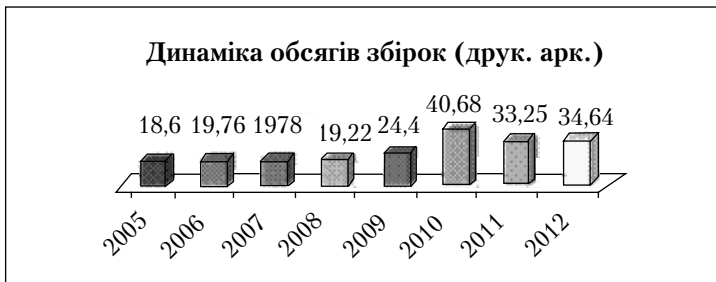
¹ Гудима Д. А. Антропологія права як предмет щорічних всеукраїнських «круглих столів» у Львові // Право України. – 2009. – № 9. – С. 180–182.

² *Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)* : матеріали Першого всеукраїнського «круглого столу» (м. Львів, 16–17 вересня 2005 р.). – Л., 2006. – 320 с.; *Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)* : статті учасників Другого всеукраїнського «круглого столу» (м. Львів, 1–2 грудня 2006 р.). – Л., 2007. – 340 с.; *Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)* : статті учасників Третього всеукраїнського «круглого столу» (м. Львів, 23–24 листопада 2007 р.). – Л., 2008. – 344 с.; *Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)* : статті учасників Четвертого всеукраїнського «круглого столу» (м. Львів, 28–29 листопада 2008 р.). – Л., 2009. – 336 с.; *Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)* : матеріали Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 4–5 грудня 2009 р.). – Л., 2009. – 440 с.; *Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)* : матеріали Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 3–5 грудня 2010 р.). – Л., 2010. – 696 с.; *Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми,*

Діаграма 1



Діаграма 2



Аналіз змісту цих матеріалів дозволяє виявити певні тенденції у напрямках сучасних правоантропологічних пошуків. Так, якщо у 2005–2007 рр. у доповідях учасників наших круглих столів домінували здебільшого проблеми об'єкта, предмета та методології антропології права, у 2008–2009 рр. — конкретні проблеми праворозуміння, у 2010 р. — загальні проблеми філософії прав людини, а у 2011 р. — правові властивості людини й основні антропні властивості права, то у 2012 р. увага дослідників була здебільшого прикута до проблем методології антропології права.

Згаданий круглий стіл було проведено 7–8 грудня минулого року за такими чотирма тематичними напрямками: «Праворозуміння як визначальна детермінанта антропології права; методологія антропології права: підходи, методи та засоби досліджень»; «Антропологічні аспекти права у різних типах праворозуміння; правові властивості людини й антропні властивості права»; «Філософія та загальна теорія прав людини: історія та сучасність»; «Універсалізація права і соціокультурні універсалії; плюралізація права та культурно-історичний плюралізм».

Захід відкрили: декан юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка (далі — ЛНУ ім. І. Франка), доктор юридичних наук А. Бойко, декан філософського факультету цього ж університету, доктор філософських наук В. Мельник та професор кафедри теорії та філософії права,

перспективи) : статті учасників Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 9–10 грудня 2011 р.). — Л., 2011. — 572 с.; *Антропологія права: філософський та юридичний виміри* (стан, проблеми, перспективи) : статті учасників восьмого Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 7–8 грудня 2012 р.). — Л., 2013. — 596 с.

доктор юридичних наук П. Рабінович. Вони відзначили актуальність і перспективність дослідження правоантропологічної проблематики як в юридичних, так і в філософських науках, а також наголосили на особливій ролі юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка, якому вже вісім років поспіль вдається організувати широкий науковий форум для обміну вченими з різних куточків України та зарубіжжя здобутками у дослідженнях проблематики «людина та право».

Перший день роботи круглого столу було присвячено обговоренню таких проблем, як: природно-позитивне право (доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри теорії держави і права Юридичного інституту Сибірського федерального університету В. Шафіров), розуміння права в архаїчних суспільствах (кандидат філософських наук, доцент кафедри філософії природничих факультетів Одеського національного університету імені І. І. Мечникова С. Шевцов), правовий акт як відкритий/закритий твір (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії та історії держави і права Академії митної служби України Д. Бочаров), безвідповідальність інтерпретатора в контексті традиційної теорії тлумачення правових норм (кандидат юридичних наук, асистент кафедри основ права ЛНУ ім. І. Франка, науковий співробітник Львівської лабораторії прав людини і громадянина ІДБМС В. Гончаров), добросовісність інтерпретатора як засада правотлумачної діяльності (кандидат юридичних наук, асистент кафедри теорії держави і права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» (далі — ЮАУ ім. Я. Мудрого) С. Прийма), нормативні підстави судового рішення (кандидат юридичних наук, завідувач кафедри методології та філософії права Самарської гуманітарної академії С. Касаткін), людина як суб'єкт права в біблійній правовій реальності (кандидат юридичних наук, асистент кафедри теорії держави і права ЮАУ ім. Я. Мудрого Д. Вовк), зворотній бік правосуддя (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії та історії держави і права Самарської державної обласної академії В. Токарев), класичні підходи до ідентифікації держави (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права ЮАУ ім. Я. Мудрого В. Смородинський), історичний аспект принципу пропорційності (доктор юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права ЮАУ ім. Я. Мудрого С. Погребняк), антропологічні аспекти державно-конфесійний відносин в Україні (кандидат філософських наук, доцент кафедри філософії Національного університету «Одеська юридична академія» О. Никитченко).

Наступного дня жваві дискусії учасників розгорталися навколо таких питань: антропологічний вимір свободи совісті й віросповідання в сучасному світі (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії та історії держави і права Південного федерального університету А. Сєрьогін), оцінка регулятивного впливу як механізм реалізації права громадян на участь у державному управлінні (кандидат юридичних наук, науковий співробітник Інституту філософії та права Сибірського відділення РАН А. Дідікін), правовий характер нормативних актів як спростовна презумпція права (кандидат юридичних наук, асистент кафедри теорії держави і права ЮАУ ім. Я. Мудрого О. Уварова), український консерватизм та питання прав жінки у творчості В. Липинського (старший викладач кафедри конституційного та адміністративного права Національного гірничого університету Г. Мягих), значимість громадянства у міждержавній

перспективі та його зв'язок із ціннісними вподобаннями (кандидат філософських наук, викладач кафедри філософії культури Білоруського державного університету А. Дудчик), тлумачення юридичного конфлікту у працях Н. Крісті (викладач кафедри гуманітарних дисциплін Навчально-наукового інституту права та психології Національної академії внутрішніх справ Д. Кобринський), кантівське вчення про космополітичний правопорядок у сучасному світі (аспірант кафедри філософії культури Білоруського державного університету О. Познякова), феміністичне тлумачення «політичного» у сучасній філософії (кандидат філософських наук, викладач кафедри онтології і теорії пізнання Санкт-Петербурзького державного університету К. Наумова), прагматика взаємодії соціокультурної реальності та правової практики у філософсько-правових поглядах Сьюзан Хаак (аспірант кафедри філософії Національного університету «Одеська юридична академія» Є. Атрашкевич).

Участь у дискусіях також взяли: доктор юридичних наук, професор кафедри конституційного права ЛНУ ім. І. Франка С. Рабінович, доктор юридичних наук, професор кафедри філософії ЮАУ ім. Я. Мудрого С. Максимов, кандидат юридичних наук, професор кафедри цивільного права і процесу Хмельницького університету управління та права М. Стефанчук, доктор публічного права, декан факультету права Університету «Кавказ» Ф. Мехдієв, докторант Центрального європейського університету, старший викладач Департаменту «Міжнародне і бізнес право» Американського університету в Центральній Азії Б. Єсенкулова, старший викладач кафедри психології та гуманітарного знання Прикарпатського інституту імені Михайла Грушевського Е. Єленевський, кандидат юридичних наук, асистент кафедри філософії ЮАУ ім. Я. Мудрого Н. Сатохіна.

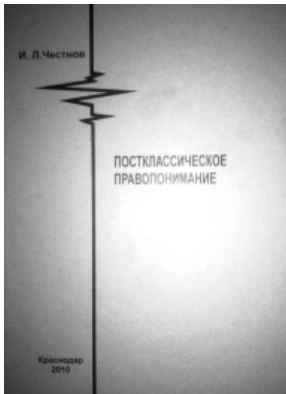
На завершення огляду цієї неординарної події у нашому науковому житті не буде, напевно, перебільшенням зробити висновок, що восьмирічна робота у Львові круглого столу з антропології права сприяла активізації вітчизняних досліджень у цій галузі з урахуванням сучасних здобутків філософської, соціокультурної, релігійної й інших антропологій та суміжних із ними галузей сучасного наукового знання. Також не буде надмірним зауважити, що юридичний факультет ЛНУ ім. І. Франка продовжує утримувати статус міжнародного центру дослідження проблем антропології права.

В. ГОНЧАРОВ

асистент кафедри основ права України

(Львівський національний університет імені Івана Франка)

НА ШЛЯХУ ДО НОВОГО РОЗУМІННЯ ПРАВА (рецензія О. Стовби на монографію І. Честнова «Посткласичне праворозуміння»)



Незважаючи на поширену думку, справжня філософія права не є статичною сукупністю ідей і теорій. Як тільки правова думка застигає у такому вигляді, це вже не філософія. Лише постійне наполегливе запитування, породжене живою цікавістю до права, заслуговує бути філософією права.

Прикладом такої живої думки є книга російського правознавця І. Л. Честнова «Посткласичне праворозуміння» (2010)¹. Визначальною її рисою є те, що вона не дає однозначних, догматичних відповідей, а являє собою досвід некласичного правового мислення.

Автор аналізує право, спираючись на методологічні засади філософії постмодерна. Такий підхід дозволяє розкрити право у новому вимірі. І. Л. Честнов описує правову реальність як віртуальне, плінне буття симулякрів (с. 30). Тому не слід очікувати чітких дефініцій. Оскільки право є мінливим та багатоплановим явищем, єдине, що може зробити дослідник – спромогтися вловити право в його динаміці, постійно змінюваних конфігураціях правових смислів. Це російський правознавець намагається зробити через термін «діалог». Оскільки право, згідно з авторськими поглядами, існує як самовідтворювальний соціальний механізм, усі спроби його вичерпного описання будуть невдалими: право онтологічно невичерпне (с. 190). Тому діалог – це не гносеологічний прийом, а особливе уявлення про реальність, яке трансформується у соціальну реальність (с. 149). Таким чином, автор реалізує найважливіший постулат посткласичного праворозуміння – осмислення права не є відірваною від правового життя абстрактною практикою, а складова самої правової реальності. Згідно з позицією автора, діалог – певний засіб відтворення права, де «сторонами» є право (норми) і неправові явища (різноманітні суспільні відносини), а люди є своєрідними «посередниками» між ними. Тому правовий діалог, який через людей ведеться між суспільними відносинами і нормою, є своєрідним способом буття права (с. 195).

Водночас праця І. Л. Честнова, як і будь-яка справжня філософсько-правова праця, є полемічною, викликає низку заперечень і зауважень.

¹ Честнов И. Л. Постклассическое правопонимание. – Краснодар : Краснодарский университет МВД России, 2010. – 240 с.

Насамперед, звертає на себе увагу певна методологічна еkleктика: спочатку автор стверджує, що правова реальність — це буття симулякрів, яке не має більш-менш фіксованої структури (с. 30–32). Разом з тим далі російський правознавець пропонує осмислювати право як діалогічно самовідтворювальний соціальний механізм (с. 190). Однак наскільки ідеї Ж. Делеза, Ж. Бодрійяра і Ж. Дерріда з одного боку, і концепції діалогізму (М. Бахтін, В. Біблер), з другого, є сумісними? Адже право як діалогічна самовідтворювана система має за передумову самототожність її сторін, учасників, посередників (постулати, несумісні з постмодерном), внаслідок чого стає можливим сам діалог. У постмодерні, навпаки, право існує як самореферентна мовна реальність (Ж. Дерріда), або монологічні техніки влади (М. Фуко).

Можна припустити, що автор відкидає подібні зауваження, вказуючи, що право є соціальним явищем, моментом суспільства, яке реально існує як складова суспільства, відокремлене від нього тільки відносно і може бути виокремлене тільки аналітично (с. 5–7). Проте тоді під питання потрапляє сам предмет філософії права — адже якщо заперечити існування особливого, правового смислу, правового буття, які не можна редукувати до інших соціальних практик, то взагалі нема що обговорювати. Правознавство в такому випадку подібне до короля Ліра.

Звісно, сам автор і не стверджує цього: він пише, що право — це не фікція, а система знаків, яка реалізується у певних об'єктивованих, а тому матеріальних формах (с. 84). Проте тоді феномен права немовби розділений навпіл: ми маємо справу з «правом-1» як знаковою системою, нормою, і «правом-2» як діалогом між такою системою і позаправовими явищами (суспільними відносинами). Чи не є правовий діалог у такому випадку розмовою права з самим собою? Проте що конститує саме правовий (а не моральний, релігійний, політичний, економічний) статус подібних знаків? Що є джерелом саме правових, а не якихось інших серій сенсів (Ж. Делез), які замінюють класичну — позачасову і самототожну — сутність права? На нашу думку, І. Л. Честнов не дає відповіді на ці питання. Адже позначення як сутнісної ознаки права «об'єктивної значущості тих правил поведінки, без яких соціум не може нормально відтворюватися» веде право до того самого «трансцендентального обґрунтування», яке є об'єктом критики постмодерністів.

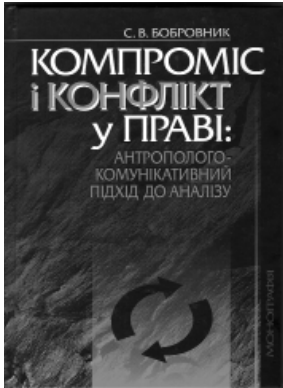
Разом з тим завдяки монографії І. Л. Честнова ми маємо змогу більш чітко поставити і сформулювати подібні проблеми. Здається, що саме у такому плідно-провокативному поштовху до подальшого осмислення права і полягає справжня цінність цієї, безумовно, оригінальної і яскравої книги.

О. СТОВБА

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теоретичної і практичної філософії
(Харківський національний університет імені В. Н. Каразіна)*

КОМПРОМІС І КОНФЛІКТ У ПРАВІ

(рецензія С. Погребняка на монографію
С. Бобровник «Компромід і конфлікт у праві:
антрополого-комунікативний підхід до аналізу»)



Конфлікт і компромід, які спостерігаються в соціальних інститутах різного рівня, супроводжують людину протягом всього її життя, є предметом пильної уваги з боку права, обумовлюють зміст його функцій. Вони є важливими формами буття соціальної правової комунікації, чинниками, які безпосередньо визначають якість правопорядку. Саме тому генезис та природа конфлікту і компромісу в суспільстві, особливості правової інтерпретації цих категорій доволі давно цікавлять юридичну та інші соціальні науки. Гідним зразком роботи за зазначеною тематикою є монографія С. Бобровник¹, в якій здійснений загальнотеоретичний аналіз широкого кола

питань, пов'язаних зі з'ясуванням соціальної природи конфлікту і компромісу, дослідженням їх правової інституалізації, визначенням структурно-функціональної характеристики, встановленням їх ролі у правовому регулюванні. Ця монографія є підсумком багаторічних досліджень авторки у зазначеній сфері й обґрунтовано викликає інтерес юридичної громадськості.

Зазначимо, що С. Бобровник поставила перед собою важливе й актуальне завдання — провести дослідження специфічного характеру правових компромісів та правових конфліктів у діалектичній єдності їх змісту і форми як паралельних і одночасно взаємопов'язаних станів буття суспільства та взаємовідносин його суб'єктів, використавши для цього антрополого-комунікативний підхід (с. 6).

З цим завданням авторка справилася успішно: сформулювавши теоретико-методологічні засади дослідження компромісу і конфлікту в праві (розділ 1), охарактеризувавши конфлікт та компромід як явища соціальної дійсності (розділ 2) та розглянувши їх у світлі основних підходів до праворозуміння (розділ 3), С. Бобровник зосередила свою увагу на з'ясуванні їх правової природи (розділ 4), здійснила їх інституціонально-комунікативний аналіз (розділ 5), а на завершення перевела теоретичні висновки у практичну площину (розділ 6, присвячений виявам конфлікту і компромісу в правотворчості).

Переважає більшість наукових положень і висновків, сформульованих у праці, належним чином обґрунтована. Досягнення цих результатів стало можливим насамперед завдяки використанню різноманітних філософських, загальнонаукових та спеціально-наукових методів (підрозділ 1.1), зверненням до праць у сфері юриспруденції, соціології, філософії, праксеології, теорії прав

¹ Бобровник С. В. Компромід і конфлікт у праві: антрополого-комунікативний підхід до аналізу. — К. : Юридична думка, 2011. — 384 с.

людини, конфліктології тощо (див. список використаних джерел). У дослідженні враховані вітчизняні наукові джерела, залучені зарубіжні праці, проаналізований значний масив правових актів. Це дозволило при формулюванні власних висновків використати існуючий науковий доробок у цій сфері, урахувати реалії юридичної практики.

Серед сформульованих нових конкретних науково обґрунтованих висновків та положень на особливу увагу, на нашу думку, заслуговують:

– уточнення понять «правовий конфлікт» і правовий компроміс», виокремлення основних ознак цих категорій, визначення видів компромісу і конфлікту (с. 199–200, 329–330);

– аналіз правового конфлікту і правового компромісу в межах класичних підходів праворозуміння і запропоновані на його основі висновки (с. 134–156, 330–333);

– з'ясування механізму інституалізації правового конфлікту та правового компромісу у загальній та спеціальній сферах правової реальності, зокрема встановлення його стадій та складових (с. 205–210, 334–335);

– аналіз процесу легітимації правових інститутів конфлікту та компромісу (с. 211–220, 335–336);

– визначення критеріїв класифікації правового конфлікту та правового компромісу (с. 187–191, 336–337).

Вважаємо, що ця монографія може бути використана у науково-дослідній роботі, у практичній юридичній діяльності. Вона може бути актуальною й корисною у навчальному процесі — при викладанні загальнотеоретичних і галузевих юридичних дисциплін.

Відаючи належне здобуткам С. Бобровник, разом із тим не можна не звернути увагу на деякі висновки й твердження, що викликають сумніви, не зазначити певні недоліки її праці.

1. Авторка наголошує на тому, що в основі її праці покладено антрополого-комунікативний підхід до аналізу компромісу та конфлікту в праві як такий, що найкраще сприяє дослідженню цих правових феноменів (див., наприклад, с. 34).

У такому випадку можна було очікувати на те, що сутність цього підходу знайде більш розгорнуте описання. Так, на нашу думку, більшої деталізації потребує авторське розуміння природи людини; також має бути здійснений вибір відповідної філософсько-антропологічної концепції¹.

У свою чергу, комунікативний підхід викладений у праці переважно в його своєрідній російській версії (с. 44–49), що за великим рахунком залишає поза увагою авторки здобутки комунікативної філософії, представлені насамперед працями Ю. Габермаса та К.-О. Апеля. Ця версія комунікативного підходу як раз ставить під сумнів важливість компромісу (як такий, що не завжди знаходить своє нормативне виправдання), виводячи на перший план цінність розумного консенсусу, який досягається завдяки дискурсу².

¹ З приводу основних існуючих концепцій див., наприклад: *Гудима Д. А.* Права людини: антрополого-методологічні засади дослідження. — Л., 2009. — розділ 2.

² *Єрмоленко А. М.* Комунікативна практична філософія. — К., 1999. — С. 47.

2. Певні сумніви викликає також авторська лінія, яка висвітлює консенсус переважно як згоду, що ґрунтується на засадах насильницького переконання (див., наприклад, с. 63, 330).

На нашу думку, відмінності між компромісом та консенсусом визначаються не засадами, на яких досягається згода: так само вимушеним може бути й компроміс, тоді як консенсус цілком може мати добровільний характер. Це, зокрема, доводить практика європейської інтеграції, що ґрунтується на консенсусі щодо верховенства права, поваги до прав людини та демократії. Розмежування між цими категоріями може відбуватися на основі кількох критеріїв (характер аргументів, статус суб'єктів, суспільний масштаб згоди та ін.).

Вважаємо, що з точки зору комунікативного підходу використання компромісу замість консенсусу в умовах сучасного демократичного суспільства доцільно пояснювати як своєрідне «компромісне» рішення, викликане насамперед різноманітними проблемами створення атмосфери ідеальної комунікації, або «завіси незнання».

3. Залишає питання також позиція С. Бобровник щодо висвітлення юснатуралізму, позитивізму, соціологічно-психологічної концепції та антропологічно-комунікативного підходу як однопорядкових типів правопізнання (с. 330–333). Так, прихильники антропологічно-комунікативного підходу все одно не здатні оминати питання про співвідношення права та моралі (а значить, визначити своє місце в системі координат «юснатуралізм-позитивізм»), або питання про пріоритет формальних чи реальних джерел права (тобто визначити своє ставлення до соціологічної концепції). Тому антропологічно-комунікативний підхід лише доповнює класичні концепції праворозуміння, зосереджуючи увагу на інших питаннях, важливих для з'ясування природи права, і не є їм альтернативою.

Важко погодитись також із деякими твердженнями авторки з приводу класичних типів праворозуміння, зокрема з тим, що позитивістське праворозуміння заперечує соціальний компроміс (див. с. 332). На нашу думку, це питання просто є нерелевантним для цієї концепції. Так само сумнівною є теза, відповідно до якої соціологічний тип праворозуміння не пропонує визначення критеріїв, за якими можна встановити ознаки, які відрізняють право від інших соціальних явищ (с. 333).

4. На нашу думку, не дуже вдалим у практичному сенсі є висновок С. Бобровник, відповідно до якого реальну дію принципу верховенства права можна забезпечити тільки після встановлення справжньої сутності самого права (с. 337). Ураховуючи умови сучасного суспільства, існуючий методологічний та світоглядний плюралізм встановлення справжньої сутності права виглядає малоімовірним (принаймні в найближчі роки). Це, у свою чергу, розвиваючи авторську тезу, по-перше, унеможлиблює будь-яке посилання на право, апеляцію до нього, а по-друге, означає передчасність проголошення принципу верховенства права, ставить під сумнів корисність його впровадження в суспільну практику і навіть створює тим самим певну небезпеку: згодом може з'ясуватися, що таким чином забезпечувалося щось інше, відмінне від верховенства права.

Водночас слід констатувати, що висловлені зауваження можуть слугувати підґрунтям подальшої дискусії й не заперечують загальне позитивне враження від дослідження, проведеного С. Бобровник. Воно є корисним для загальнотеоретичного розуміння природи компромісу і конфлікту в праві, має важливе значення для теорії та практики правового регулювання і може бути рекомендовано всім, хто цікавиться зазначеною проблематикою.

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

СУД — НЕ НА ОСУД, А НА РОЗСУД. СПРАВЕДЛИВИЙ РОЗСУД...

(рецензія Д. Бочарова на монографію
В. Бігуна «Філософія правосуддя:
ідея та здійснення»)



2011 рік ознаменувався виходом у світ монографічної праці¹, присвяченої філософському осмисленню феномена правосуддя, його онтологічного, аксіологічного й праксеологічного аспектів.

Філософсько-правові методологічні засади дослідження природи правосуддя сформовані кандидатом юридичних наук В. С. Бігуном (який на час видання книги був науковим співробітником Інституту держави і права ім. В. М. Корецького) виходячи з того, що предмет філософії права становить право, яким воно має бути (ідея права та її належна судова реалізація), а також з огляду на сутнісну нетотожність права й закону, правосуддя та судочинства (зокрема, в тому його аспекті, яке автор іменує «законосуддям»). «Правосуддя» тлумачиться виключно як судова діяльність, спрямована на здійснення ідеї права. Тож і філософію правосуддя науковець В. С. Бігун розглядає як «прикладну філософію права» (с. 132–133).

Ідея права, яка реалізується через правосуддя, на думку автора, конкретизується у смислах правосуддя. Смысл (смысли) правосуддя визначаються як особливий зміст, який відображає сутність (сутності) явища дійсності, позначуваного словом «правосуддя». Вирізняють різні смисли правосуддя, наприклад, у цьому дослідженні такі, як «антропологічний», «владний», «правореалізаційний», «правозахисний», «резолютивний», «балансуючий» та ін. Автор небезпідставно вважає, що ідеї правосуддя властива смислова множинність, а отже, «перелік і проблематику смислів правосуддя може бути розширено» (с. 134). Множинність смислів актуалізує питання про їх співвідношення та можливість «смыслових» колізій, а також потребу формалізації «смыслів» у принципах і нормах судочинства.

Сам В. С. Бігун, судячи з контексту праці, серед інших смислів правосуддя надає перевагу справедливості. Так, зокрема, він зазначає, що етимологічний аналіз слова «правосуддя» виявляє взаємозв'язок понять, який можна умовно позначити як смислове поле «справедливість — право — суд», де суд і право виступають знаряддями досягнення справедливості. Далі прямо визначає справедливість як мету правосуддя, між іншим наголосивши на тому, що таке розуміння «поширене на практиці, коли будь-яке рішення суду чи інший результат

¹ Бігун В. С. Філософія правосуддя: ідея та здійснення : моногр. — К., 2011. — 303 с. — (Бібліотека Міжнародного часопису «Проблеми філософії права»).

судової діяльності оцінюється з позицій відповідності справедливості, її критеріям» (с. 133, 136). Тому не дивно, що в монографії значну увагу приділено поглядам німецького правознавця Г. Радбруха та його витвору, так званій «формулі Радбруха». Ідея права, за Радбрухом, засновується на трьох взаємопов'язаних, але часом конфліктуючих правових цінностях: справедливість, доцільність і правопевність. Антиномія цінностей у рамках ідеї права вирішується Г. Радбрухом на користь справедливості в умовах «нестерпного» відходу від справедливості або відсутності «навіть прагнення» до встановлення справедливості. У першому випадку те, що за формальними ознаками видається законом, вважається «несправедливим законом» і має поступитися справедливості, у другому — є не стільки навіть «несправедливим правом», скільки чимось «неправовим за своєю природою». Автор акцентує увагу на тому, що «формула Радбруха» мала неабияке практичне значення в судовому правозастосуванні, а саме при визнанні неправовими нацистських законів та у пов'язаних із охороною Берлінської стіни справах 1989–1999 рр. Окрім того, радбрухівський концепт «надзаконного права», критично зорієнтований відносно юридичного позитивізму, сприяв зростанню теоретичного й практичного інтересу до ідей природного права, їх повоєнному «відродженню» (с. 137–138).

Власне, В. С. Бігун не залишає поза увагою й колізію конкуруючих парадигм праворозуміння – юснатуралізму та юридичного позитивізму. В якості «третього шляху», покликаною примирити теорію природного права та позитивізм у контексті судового правозастосування, автором запропоновано концепцію «інтерпретивізму». На його думку, головні положення інтерпретивізму полягають у тому, що «право не є певною сукупністю даних, правил чи фактів, а є тим, що юристи мають на меті витлумачити чи отримати у своїй юридичній діяльності». Відсутність розмежування права й моральності уподібнює інтерпретивізм до природно-правового підходу; заперечення «природної» вкоріненості права, а також абсолютної самодостатності правових цінностей і норм наближує до юридичного позитивізму (с. 56, 135). Отже, інтерпретивізм, з одного боку, «розмиває» кордони праворозуміння, а з другого, здатний породжувати колізії парадигм. Можливість подолання таких колізій В. С. Бігун пов'язує саме з правосуддям (хоча у цьому випадку видається більш доречним вести мову про *судочинство*. — Д. Б.). З огляду на практичну потребу ухвалення певного рішення, такі колізії можуть зніматися шляхом вибору певного праворозуміння внаслідок визначення більшості: праворозуміння, якого дотримується більшість суддів, вважається прийнятним і визначає зміст рішення. Щоправда, тут-таки слушно зазначається, що цей спосіб додання парадигмальних колізій визначає не стільки «правильне», скільки «домінуюче» праворозуміння (с. 59).

Автор у своїй праці розглянув й альтернативні «інтерпретивізмам» підходи, покликані «зняти» протиріччя природно-правового й позитивістського праворозуміння. У ролі таких альтернатив можуть виступати концепція «вільного правознаходження» нашого земляка — Є. Ерліха — або *hard*-версія інтерпретивізму — конструктивізм (с. 72–80, 99–100). Не маючи змоги, з огляду на формат рецензії, детальніше висвітлити позицію В. С. Бігуна щодо суті й перспектив цих підходів у контексті здійснення правосуддя, варто позитивно відгукнутися про сам факт привернення уваги до цих малодосліджених вітчизняною право-

вою наукою теорій. Привабливо виглядає також пропозиція автора щодо виявлення «смислів» правосуддя крізь призму семіотики та міфології (с. 64, 128).

Зрештою, позитивної оцінки заслуговує не лише це. Монографія В. С. Бігуна містить багато цікавої й корисної інформації. Окремо слід згадати наявність глосарію, що визначає основні категорії й поняття філософії правосуддя та містить терміни, що їх позначають. Автор подав систематизований перелік дисертаційних досліджень із філософії права, здійснив ґрунтовний огляд праць, які так чи інакше пов'язані з проблемами філософії правосуддя.

На окрему згадку заслуговує також те, що В. С. Бігун широко використовує у своїй праці англійські джерела, зокрема фахову літературу й огляди судової практики. Автор (за плечима в якого стажування в *University of Connecticut School of Law*) зі знанням справи аналізує явища, маловідомі читачам, необізнаним у реаліях правових систем англо-американського типу, як-от: позитивні аспекти доктрини правового реалізму, судовий активізм у правосудді, присяжне анулювання закону, текстуалізм і контекстуалізм у тлумаченні правових положень тощо.

Проте не позбавлена книга й недоліків. Ідеї справедливості як «метафори правосуддя», яка раз по раз виринає на поверхню тексту, щоб позначити «поле можливих смислів» (с. 55), так і не вдається стати провідним мотивом – «сюжетотворною лінією» цього твору. Не рятує ситуацію навіть наявність окремого підрозділу «Справедливість як смисл правосуддя (правосуддя як справедливе судочинство)», який міг би стати своєрідним «центром тяжіння» тексту. Зрештою, незрозумілим залишається й те, якому з численних розумінь «справедливості» (зазначених, наприклад, Дж. Ролзом) В. С. Бігун надає перевагу. Чітко вираженої позиції автора місцями бракує й іншим контроверсійним аспектам праці; складається враження, що автор надає читачеві можливість самому знайти відповіді на дразливі питання... Однак навряд чи доречно зловживати цим у публікації, що репрезентує результати наукового дослідження.

Тож текст монографії «Філософія правосуддя: ідея та здійснення» подеколи нагадує постмодерністський текст-ризому – без центру, без глибини, без нав'язливого «Автора». Можливо, почасти це пояснюється фактом участі В. С. Бігуна в ролі відповідального редактора та водночас співавтора у роботі над ґрунтовною колективною монографією «Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення», яка побачила світ двома роками раніше. Але навряд чи стиль роботи з текстом відповідального редактора/співавтора прийнятний у випадку одноосібного авторства.

Означені вище зауваження стосуються передовсім способу організації та подання матеріалу цієї, без сумніву, цікавої праці, і не впливають на її загальну позитивну оцінку. Тим більше, що сам автор визнає, що осмислення ним філософських проблем правосуддя триває, й анонсує наступне виправлене, розширене та доповнене видання своєї книги.

Отже, читаємо й чекаємо. Саме так, а не навпаки.

Д. БОЧАРОВ
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії та історії держави і права
(Академія митної служби України)

НАЗАД... У МАЙБУТНЄ?

(рецензія О. Стовби на монографію
О. Мережка «Психологічна теорія
міжнародного права (публічного і приватного)»)



Внаслідок традиції, яка склалася за радянських часів, галузеві юридичні науки в цілому індивідуально ставлять-ся до спроб філософсько-правового осмислення свого предмета. На думку представників цих наук, «абстрактні» філософсько-правові міркування не здатні допомогти при вирішенні «конкретних питань», які стають перед галузевими юристами.

Це – зовсім неправильне – уявлення допомагає розв'язати опублікована у 2012 р. монографія відомого українського вченого, доктора юридичних наук О. Мережка¹.

У цій книзі автор пропонує власну оригінальну теорію міжнародного права, базуючись на психологічній концепції права Л. Петражицького.

Як відомо, Л. Петражицький розумів право як явище, вкорінене у психіці людини у вигляді імперативно-атрибутивних емоцій, коли внутрішньому імперативу як стимулу мене до певного вчинку відповідає атрибут – мій обов'язок, який дає іншій людині право вимагати від мене відповідної поведінки. Такий обов'язок також є емоцією, яку переживає її носій.

Оригінальний підхід О. Мережка розкриває, що подібне праворозуміння є дуже плідним для вирішення низки проблем міжнародного права. Так, завдяки психологічній теорії права український правознавець фундаментально переосмислює типологію норм міжнародного права, виокремлюючи вслід за Л. Петражицьким у ньому інтуїтивне, позитивне, офіційне, неофіційне право (с. 68 й далі). Вельми цікавим є дослідження автором проблеми суб'єктів міжнародного права, які згідно з його поглядами є або емоційними фантазмами (внутрішні психічні проєкції), або особливими явищами соціальної психології (с. 98 і далі). Також цікавість викликає проведений аналіз основних галузей міжнародного права у світлі психологічної теорії права (с. 162 й далі), основних принципів міжнародного права (с. 140 й далі). Є підстави сміливо стверджувати, що такі глави монографії, як «семіотика міжнародного права» (глава 6), а також глава 13 («Еволюція міжнародно-правової психіки») мають не тільки вузьку спеціальну цінність, а є новим словом у філософсько-правовому дискурсі.

Окремо слід позначити кристалну ясність авторського викладення матеріалу, європейський рівень оформлення монографії (зміст, назва, розширена анотація англійською, перелік скорочень і виразів низкою європейських мов і латиною). Викликає повагу і надає праці науковій обґрунтованості також і перелік джерел кількома іноземними мовами.

¹ Мережка А. А. Психологическая теория международного права (публичного и частного). – Одесса : Феникс, 2012. – 244 с.

Разом із тим продовженням переваг цієї праці є низка спірних моментів, на які слід звернути увагу.

Насамперед викликає заперечення надмірна авторська оцінка переваг теорії Л. Петражицького. Так автор, критикуючи сучасне правознавство постмодерністського кшталту, яке «за фасадом труднопонимаемых и чаще всего лишенных всякого смысла «языковых игр» скрывает в себе либо пустоту, либо трюизмы» (с. 10)... як вихід пропонує «заново выстроить здание науки права, вернувшись к психологической теории права», «созданной гениальным ученым Л. И. Петражицким» (с. 10). На думку О. Мережка, «именно на основе этой теории можно создать настоящую науку права, чьи гипотезы будут доступны верификации и фальсификации», для чего следует вернуться «назад, к Петражицкому!» (там же).

Отже, український вчений вважає, що психологічна теорія права здатна не тільки допомогти переосмислити теорію міжнародного права, а й вирішити загальну методологічну кризу, яка дійсно має місце у сучасному правознавстві.

Проте наскільки обґрунтовані подібні претензії? Дійсно, важко не погодитися, що право, як і інше явище, має свій психічний еквівалент. Коли людина потрапляє до правової ситуації, для осмислення якої їй сутнісно необхідне право, вона переживає певні — правові — емоції. Л. Петражицький якраз і виокремлює у зв'язку з цим імперативно-атрибутивний варіант, до якого можна редукувати всю множину проявів людських відчуттів у зв'язку з правом. Проте чи не вказує сама психічна можливість відчутти правові емоції на більш глибоку вкоріненість права у людині — наприклад, як стверджує автор цієї рецензії, в устрої людського буття як взаєморозізненого буття-як з Іншими?¹ Адже якщо б не мій первісний модус «розташування» (М. Гайдеггер) у бутті-з-Іншими, їх вчинки не могли б обходити мене, а тому правовим емоціям взагалі не було б місця. Здається, що редукція засад права до психіки індивіда є необґрунтованим спрощенням онтологічних засад права. Самі емоції ніколи не виникають на порожньому місці, але завжди є «відповіддю» індивіда на певний зовнішній «правовий подразник» — вчинки Іншого. Отже, було б правильним припустити, що джерелом права є зустріч нас один з одним у бутті, таким чином, що змушує нас відчувати правові емоції, що зумовлює звернення до права задля осмислення такої ситуації або до юридичних норм та інститутів з метою її вирішення.

По-друге, сумнівним є і методологічний оптимізм О. Мережка щодо теорії Л. Петражицького. Стверджуючи, що ця концепція здатна повернути правознавству його науковий статус, «підірваний» постмодерном, автор не помічає того, що науковість правознавства заперечується не постмодерністами, а самою правовою реальністю ХХ ст., коли традиційне завдання правової науки — побудова всеохоплюючої та узгодженої системи уявлень про право — виявилось недосяжним. Це сталося не завдяки працям М. Фуко, Ж. Делеза или Ж. Деррида, а тому, що з появою мультинаціональних суб'єктів права, «законних» злочинів проти людства, вчинених тоталітарними режимами, децентрації та фрагментації правопорядків, у гру вступило стільки факторів, які суперечать один одному, що

¹ *Словба А. В.* Право естества: в попытках переосмысления естественного права // Российский ежегодник теории права. — № 2. — 2009. — С. 81–95.

їх тотальний раціонально-правовий аналіз став принципово неможливим. Психологічна теорія міжнародного права в змозі тільки виявити і класифікувати ті емоції, які виникають внаслідок зазначених явищ на рівні психіки суб'єктів міжнародного права (що частково і здійснює О. Мережка). Проте ці емоції є не субстанцією, а лише акцидентією правових процесів.

На мою думку, більш плідним із методологічної точки зору є відмова від пошуку інваріантної та статичної «правової сутності» на користь спроб вловити певну «динамічну конфігурацію правового смислу», яка і зумовлює ідентифікацію того чи іншого явища як правового. Можна припустити, що саме така «динамічна філософія права», яка не намагається шукати вічну і незмінну правову сутність, а осмислює право у його бутті, саме і є адекватною відповіддю на виклик сучасної правової реальності¹.

Отже, заклик О. Мережка «назад, до Петражицького», який зве нас у «майбутнє правової науки», є вельми спірним, як і можливість верифікації чи фальсифікації у філософії права. Разом із тим, оскільки спір є невід'ємним атрибутом справжньої філософії і науки, ми маємо подякувати О. Мережку за його працю, яка дає нам глибокі та цікаві відповіді, одночасно стимулюючи задавати ще більше питань.

О. СТОВБА

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теоретичної і практичної філософії
(Харківський національний університет імені В. Н. Каразіна)*

¹ До так званого «динамічного напрямку» у сучасній російськомовній філософії права можна віднести правову комунікацію А. Полякова, правовий діалогізм І. Честнова (обидва — Санкт-Петербург, Росія), синергетичну антропологію права В. Павлова (Мінськ, Білорусь), лібертарно-інституціональну теорію права (В. Четвернін — Москва, Росія), концепцію правової реальності С. Максимова (у її динамічному аспекті), а також темпоральну онтологію права (О. Стовба).

ВАГОМІ АРГУМЕНТИ НА ЗАХИСТ НЕОБХІДНОГО ЗВ'ЯЗКУ ПРАВА І МОРАЛІ (огляд О. Лаптева монографії Р. Алексі «Поняття і дійсність права (відповідь юридичному позитивізму)»)



Роберт Алексі — ім'я добре відоме серед фахівців із теорії та філософії права. Його праці стали класикою ще за життя автора. Одна з його найвідоміших — монографія «Поняття і дійсність права (відповідь юридичному позитивізму)» — була нещодавно перекладена російською мовою і вийшла в російсько-німецькому видавництві Інфотропик Медіа¹. Ця книга вперше була опублікована в Німеччині у 1992 р. і вже витримала там чотири перевидання (четверте — у 2005 р.). Крім того, книга була перекладена й опублікована дев'ятьма іноземними мовами.

У цій книзі Р. Алексі досліджує питання співвідношення права і моралі, яке належить до категорії «вічних питань» філософії і теорії права. На основі низки прикладів автор показує, що правильна відповідь на нього має не лише теоретичне, а й велике практичне значення. Адже в підсумку йдеться про питання: чи є надзвичайно несправедливе право правом взагалі? А отже, чи потрібно йому підкорятися? Чи може воно служити виправданням для порушення прав людини? Професор Р. Алексі критикує юридичний позитивізм і наводить переконливі аргументи на користь того, що праву має бути дано таке визначення, яке включає в себе моральні елементи (об'єднуюча теза).

Р. Алексі обґрунтовує об'єднуючу тезу за допомогою різних аргументів, особливе місце серед яких посідає аргумент правильності. Згідно з ним як окремі правові норми і правові рішення, так і правові системи в цілому за необхідності містять у собі вимоги правильності. Системи норм, які їх не містять у собі ні прямо, ні опосередковано, на думку Р. Алексі, не є правовими системами. Так, наприклад, перша стаття конституції держави не може мати такий вигляд:

«Х є суверенною, федеративною і несправедливою республікою».

Також суддя не може винести, наприклад, такий вирок:

«Підсудний засуджується до довічного ув'язнення, що є результатом неправильного тлумачення діючого права».

Наведені вище приклади містять, на думку Р. Алексі, логічну помилку в формі перформативного протиріччя. Концепція перформативного протиріччя

¹ Роберт Алексі. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) = Robert Alexy. Begriff und Geltung des Rechts / пер. с нем. А. Лаптев, Ф. Кальшойер ; пред., сост. В. Бергманн ; науч. ред. Т. Яковлева. — М. : Инфотропик Медиа, 2011. — 192 с. — (Серия: Германская юридическая литература: современный подход. — Кн. 1).

ґрунтується у Р. Алексі на ідеях англійського філософа Дж. Л. Остіна і його знаменитому прикладі висловлювання, що містить це протиріччя: «*The cat is on the mat but I do not believe it is*» («Кішка сидить на килимі, але я не вірю в це»). Р. Алексі робить висновок, що аргумент правильності показує, що в кожній правовій системі, яка не містить у собі перформативних суперечностей, існує необхідний зв'язок між правом і формою моралі. Це, на його думку, доводить існування термінологічно необхідного зв'язку між правом і мораллю.

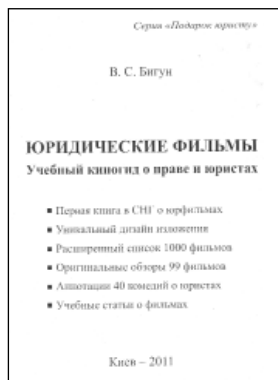
У цій праці Р. Алексі також пропонує своє власне визначення права. Згідно з яким правом є сукупність норм, що: 1) встановлені належним чином; 2) загалом і в цілому соціально ефективні; 3) не є надзвичайно несправедливими (в сенсі формули Г. Радбруха). Як відомо, формула Г. Радбруха спрямована на досягнення балансу між справедливістю і вимогами правової визначеності та стабільності. Згідно з нею законам лише тоді потрібно відмовити в правовій природі, коли вони настільки кричуще несумісні зі справедливістю, що фактично повністю її заперечують. Таким чином, виходячи з вимог правової визначеності та стабільності, моральні вимоги до права Р. Алексі обмежує до певного мінімуму.

У традиціях аналітичної філософії юридичні та філософські праці Р. Алексі відрізняються від решти особливою ясністю як у мовному, так і в методологічному відношенні. Можна бути впевненим, що переклад цієї книжки російською мовою матиме позитивний вплив на розвиток філософії і теорії права на пострадянському просторі.

О. ЛАПТЄВ

*юридичний референт Секретаріату
Європейського суду з прав людини (м. Страсбург, Франція),
доктор права, магістр права (м. Кіль, Німеччина)*

ЮРИДИЧНІ ФІЛЬМИ У СВІТЛІ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА (огляд книги В. Бігуна «Юридичні фільми. Навчальний кіногід про право і юристів»)



У 2011 р. вийшла друком книга В. Бігуна «Юридичні фільми»¹. Автор називає її «розвиваючим навчальним посібником для пізнання захоплюючого світу права і юристів». У цій першій у СНД книзі, присвяченій юридичним фільмам, автор, використовуючи унікальний дизайн викладу, подає оригінальні огляди 99 фільмів, анотації до 40 комедій про юристів, розширений список 1 000 фільмів, а також низку академічних тематичних статей.

У передмові автор відзначає унікальність книги й у тому, що серед рубрик викладу є підрозділ «Смисли». В одній з інтерпретацій саме «смисли права» і є предметом філософії права, якою автор професійно займається як вчений-юрист. Перегляд фільмів сприятиме осмисленню та переосмисленню життя права і діяльність юристів.

Автор визначає юридичні фільми як фільми про право та юристів. Вважає юридичний фільм багатофункціональним феноменом. Серед інших, він здійснює такі функції, як пізнавальну (розширення уявлення про право і юристів); розважальну (заняття для душі, відпочинку); навчальну (використання для вивчення, викладання навчальних дисциплін як додатковий дидактичний матеріал). Як відзначає сам автор, саме у процесі вивчення і дослідження права автор і зацікавився темою юридичних фільмів. Цей інтерес переріс у професійне захоплення, пошук натхнення у процесі написання автором докторської дисертації з філософії правосуддя.

Автор також підготував кілька публікацій на тему юридичних фільмів (окремо представлені в книзі), присвячених їх використанню у викладанні, художньому образу права і юристів в кіно, кінообразу прав людини. Він сподівається, що книга допоможе розвинути ці теми, зокрема підвищити дидактичну цінність юридичних фільмів.

Кілька слів про виклад матеріалу. Спеціально розроблений дизайн огляду фільму містить базову інформацію про нього: назва в перекладі, назва в оригіналі або іншою мовою, прізвище режисера, жанр, тривалість, дані про акторів; опис сюжету; смисли фільму; цитати і цікава інформація про фільм. Інформація про фільми, зокрема рейтинги (за 10-бальною шкалою), взята в основному з баз даних сайтів КиноПоиск.ru і *www.IMDb.com* (*International Movie Database, IMDb*). Зазначимо, що всі авторські права на зображення кадрів і постерів філь-

¹ *Бигун В. С.* Юридические фильмы. Учебный киногид о праве и юристах / В. С. Бигун. — Киев, 2011. — 316 с., ил. (Серия «Подарок юристу»).

мів належать їх правовласникам і відтворюються для навчальних і науково-дослідних цілей.

Загалом у книзі представлені огляди 99 фільмів. Читачеві-глядачеві пропонується самому обирати фільми для перегляду за різними критеріями (назвою, країною-виробником, авторським слоганом, рейтингом тощо). Самостійно можна обрати й свій 100-й фільм: окремо для особливо захоплених у книзі представлений розширений перелік близько 1 000 фільмів. Автор намагався розширити «правову географію» викладу, представивши фільми, зроблені в 23 країнах. Видання доповнене переліком юридичних фільмів у жанрі комедії, які піднімають настрій.

Автор додає, що з вдячністю сприйме зауваження та побажання для удосконалення книги (їх можна надсилати на адресу *vsbihun@hotmail.com*). З їх урахуванням буде готуватися до друку друге видання книги або навіть інші книги, які повніше та змістовніше представлять світ права та юристів через юридичні фільми. Між тим огляди інших фільмів можна прочитати і на сторінці «Юридичні фільми» особистого сайту автора «ЮрСлава» (*www.bihun.info*, *www.bihun.in.ua*), разом і оперативно обговорити на популярній *Facebook*-групі «Юридичні фільми», заснованій автором. Загалом автор сподівається, що тема юридичних фільмів стане ще більш популярною з часом і матиме більш широке поширення, зокрема й наукове.

Наостанок відзначимо, що книгу було рецензовано¹ та презентовано під час Світового конгресу з філософії права у Франкфурті-на-Майні у 2011 р. та під час академічної програми «Філософія прав людини», програми підвищення кваліфікації викладачів СНД.

¹ *Тарасова С.* Просмотр разрешен // Юридическая практика. — 2012. — № 26 (757). — 26 июня. — С. 34; *Стеценко С.* Юридичні фільми як допомога у формуванні сучасного юриста // Право України. — 2012. — № 7. — С. 376–377.

Додаток до юридичного журналу
«Право України»

Науковий журнал

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА І ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА

2/2012

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
Серія КВ № 18647-7447Р

Редагування і коректура
О. Варваріної, О. Красненко, Н. Сидорської
Комп'ютерна верстка *Т. Замури*
Художнє оформлення *С. Харука*

Підп. до друку 03.01.2013. Формат 70×108¹/₁₆. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 35,35. Обл.-вид. арк. 28,41. Зам. № _____.
Наклад 300 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

Передплатний індекс у каталозі ДП «Преса»: 68107

Віддруковано у ПАТ «ВПІОЛ»
Україна, 03151, м. Київ, вул. Волинська, 60
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до Державного реєстру видавців,
вигоцівників і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 752 від 27.12.2010 р.