

ISSN 2227-7153

---

---

# ФІЛОСОФІЯ ПРАВА І ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА

---

---

PHILOSOPHY OF LAW AND GENERAL THEORY OF LAW

НАУКОВИЙ ЖУРНАЛ  
ACADEMIC JOURNAL

**1/2019**

**ФІЛОСОФІЯ ПРАВА  
І ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА  
НАУКОВИЙ ЖУРНАЛ**

**PHILOSOPHY OF LAW  
AND GENERAL THEORY OF LAW  
ACADEMIC JOURNAL**

**Журнал засновано**

як додаток до юридичного журналу  
«Право України» у 2012 р.,  
відновлено як окреме видання у 2019 р.

**Адреса редакційної колегії**

вул. Пушкінська, 77,  
м. Харків, 61024, Україна  
тел. +38 (057) 704-92-72  
e-mail: philosophyoflawjournal@gmail.com  
www.phtl.nlu.edu.ua

**Головний редактор**

**Сергій Максимов,**  
доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент НАПрН України

**Видається**

2 рази на рік

**Свідectво про державну реєстрацію**

Серія KB № 23923-13763 P від 03.04.2019 р.  
Попереднє свідectво про реєстрацію  
Серія KB № 18647-7447 P від 30.01.2012 р.

**Засновник та видавець**

Національний юридичний університет  
імені Ярослава Мудрого

**Founded**

as a supplement to the legal journal  
“Law of Ukraine” in 2012  
renewed as a separate edition in 2019

**Address of the Editorial Board**

77 Pushkinska str.,  
Kharkiv, 61024, Ukraine  
phone +38 (057) 704-92-72  
e-mail: philosophyoflawjournal@gmail.com  
www.phtl.nlu.edu.ua

**Editor-in-Chief**

**Sergiy Maksymov,**  
Doctor of Legal Sciences, Professor,  
Corresponding Member of the NALS of Ukraine

**Published**

twice a year

**State Registration Certificate**

Series KB № 23923-13763 P from 03.04.2019  
Previous Registration Certificate  
Series KB № 18647-7447 P from 30.01.2012

**Founder and Publisher**

Yaroslav Mudryi  
National Law University

**ISSN 2227-7153**

**DOI: 10.21564/2227-7153**

*Рекомендовано до друку вченою радою  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого  
(протокол № 3 від 25.10.2019 р.)*

**Філософія права і загальна теорія права : наук. журн. / редкол.: С. Максимов та ін. – Харків : Право, 2019. – № 1. – 300 с.** **Philosophy of Law and General Theory of Law : Academic Journal / edit. S. Maksymov and others. – Kharkiv : Pravo, 2019. – № 1. – 300 p.**

**1/2019**

© Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2019  
© Видавництво «Право», 2019  
© Yaroslav Mudryi National Law University, 2019  
© Publishing House «Pravo», 2019

## НАУКОВА РАДА

Роберт Алексі	доктор наук, професор (Німеччина)
Євгеній Булігін	професор (Аргентина)
Микола Козюбра	доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
Олександр Петришин	доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
Петро Рабінович	доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
Найджел Сіммондз	професор (Велика Британія)

## РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

Сергій Максимов	доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, <i>головний редактор</i>
Віктор Смородинський	кандидат юридичних наук, доцент <i>заступник головного редактора</i>
Наталія Сатохіна	кандидатка юридичних наук <i>відповідальна секретарка</i>
Чаба Варга	доктор наук, професор (Угорщина)
Дмитро Вовк	кандидат юридичних наук, доцент
Марсело Галуппо	професор (Бразилія)
Костянтин Горобець	кандидат юридичних наук (Нідерланди)
Мехман Дамірі	доктор юридичних наук, професор (Туреччина)
Олена Дашковська	докторка юридичних наук, професорка
Стефан Кірсте	доктор наук, професор (Австрія)
Мартін Крігер	професор (Австралія)
Олександр Литвинов	доктор юридичних наук, доцент
Б'яри Мелкевік	доктор наук, професор (Канада)
Сергій Олейников	кандидат юридичних наук, доцент
Станіслав Погребняк	доктор юридичних наук, професор
Андрій Поляков	доктор юридичних наук, професор
Сергій Рабінович	доктор юридичних наук, професор
Мортімер Селлерз	професор (США)
Олександр Сердюк	доктор юридичних наук, професор
Олексій Стовба	доктор юридичних наук
Олександр Тихомиров	доктор юридичних наук, професор
Олена Уварова	кандидатка юридичних наук, доцентка
Лариса Удовика	докторка юридичних наук, доцентка
Едоардо Фіттіпальді	професор (Італія)
Ганна Христова	докторка юридичних наук, доцентка
Станіслав Шевчук	доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
Пьотр Шиманець	доктор наук, професор (Польща)

## НАУЧНЫЙ СОВЕТ

Роберт Алекси	доктор наук, профессор (Германия)
Евгений Булыгин	профессор (Аргентина)
Николай Козюбра	доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАПрН Украины
Александр Петришин	доктор юридических наук, профессор, академик НАПрН Украины
Петр Рабинович	доктор юридических наук, профессор, академик НАПрН Украины
Найджел Симмондз	профессор (Великобритания)

## РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Сергей Максимов	доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАПрН Украины <b>главный редактор</b>
Виктор Смородинский	кандидат юридических наук, доцент <b>заместитель главного редактора</b>
Наталья Сатохина	кандидат юридических наук <b>ответственный секретарь</b>
Чаба Варга	доктор наук, профессор (Венгрия)
Дмитрий Вовк	кандидат юридических наук, доцент
Марсело Галуппо	профессор (Бразилия)
Константин Горобец	кандидат юридических наук (Нидерланды)
Мехман Дамирли	доктор юридических наук, профессор (Турция)
Елена Дашковская	доктор юридических наук, профессор
Стефан Кирсте	доктор наук, профессор (Австрия)
Мартин Кригер	профессор (Австралия)
Александр Литвинов	доктор юридических наук, доцент
Бьярн Мелкевик	доктор наук, профессор (Канада)
Сергей Олейников	кандидат юридических наук, доцент
Станислав Погребняк	доктор юридических наук, профессор
Андрей Поляков	доктор юридических наук, профессор
Сергей Рабинович	доктор юридических наук, профессор
Мортимер Селлерз	профессор (США)
Александр Сердюк	доктор юридических наук, профессор
Алексей Стомба	доктор юридических наук
Александр Тихомиров	доктор юридических наук, профессор
Елена Уварова	кандидат юридических наук, доцент
Лариса Удовика	доктор юридических наук, доцент
Эдоардо Фиттипальди	профессор (Италия)
Анна Христова	доктор юридических наук, доцент
Станислав Шевчук	доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАПрН Украины
Петр Шиманец	доктор наук, профессор (Польша)

## ACADEMIC COUNCIL

Robert Alexy	Dr. hab., Professor (Germany)
Eugenio Bulygin	Professor (Argentina)
Mykola Kozyubra	Doctor of Legal Sciences, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Oleksandr Petryshyn	Doctor of Legal Sciences, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Petro Rabinovych	Doctor of Legal Sciences, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Nigel Simmonds	Professor (Great Britain)

## EDITORIAL BOARD

Sergiy Maksymov	Doctor of Legal Sciences, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine <i>Editor-in Chief</i>
Viktor Smorodynskyi	Candidate of Legal Sciences, Associate Professor <i>Deputy Editor-in Chief</i>
Natalia Satokhina	Candidate of Legal Sciences <i>Executive Secretary</i>
Csaba Varga	Doctor of Sciences, Professor (Hungary)
Dmytro Vovk	Candidate of Legal Sciences, Associate Professor
Marcelo Galuppo	Professor (Brazil)
Kostiantyn Gorobets	Candidate of Legal Sciences (Netherlands)
Mehman Damirli	Doctor of Legal Science, Professor (Turkey)
Olena Dashkovska	Doctor of Legal Sciences, Professor
Stephan Kirste	Dr. hab., Professor (Austria)
Martin Krygier	Professor (Australia)
Oleksandr Lytvynov	Doctor of Legal Sciences, Associate Professor
Bjarne Melkevik	Dr. hab., Professor (Canada)
Sergiy Oleynikov	Candidate of Legal Sciences, Associate Professor
Stanislav Pohrebniak	Doctor of Legal Sciences, Professor
Andriy Polyakov	Doctor of Legal Sciences, Professor
Sergiy Rabinovych	Doctor of Legal Sciences, Professor
Mortimer Sellers	Professor (USA)
Oleksandr Serdyuk	Doctor of Legal Sciences, Professor
Oleksiy Stovba	Doctor of Legal Sciences (Ukraine)
Oleksandr Tykhomyrov	Doctor of Legal Sciences, Professor
Olena Uvarova	Candidate of Legal Sciences, Associate Professor
Larysa Udovyka	Doctor of Legal Sciences, Associate Professor
Edoardo Fittipaldi	Associate Professor (Italy)
Ganna Khristova	Doctor of Legal Sciences, Associate Professor
Stanislav Shevchuk	Doctor of Legal Sciences, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Piotr Szymaniec	Dr. hab., Professor (Poland)

---

---

## ЗМІСТ

---

Від головного редактора.....	12
<b>ПРАВО У МІНЛИВОМУ СВІТІ</b>	
Пост-постмодернізм і сучасні тенденції в розвитку філософії права: фінал постмодерністської парадигми чи новий початок? <b>Марина Можейко (Мінськ, Білорусь)</b> .....	16
Правовість антропосоціальних явищ: філософські засади ідентифікації <b>Петро Рабінович (Львів)</b> .....	32
Питаючи право: досвід правовий і юридичний <b>Олексій Стовба (Харків)</b> .....	41
Досвід права і досвід безправ'я: герменевтична перспектива <b>Наталія Сатохіна (Харків)</b> .....	57
Право з (не)права: міфологія конституційної революції <b>Сергій Рабінович (Львів)</b> .....	71
Автономно-процесуальна модель права <b>Юрій Шеляженко (Київ)</b> .....	91
Бізнес і права людини в умовах конфлікту: міждисциплінарні пошуки нової концепції <b>Олена Уварова (Харків)</b> .....	112
Право у технологічному світі: ключові точки змін <b>Юлія Разметаєва (Харків)</b> .....	130
Мінливість концепту суб'єкта правовідносин у мінливому світі штучного інтелекту та цифрової людини <b>Олександр Радутний (Харків)</b> .....	146
Структура міжнародно-правової реальності: онтологічний та гносеологічний аспекти <b>Олег Тарасов (Харків)</b> .....	168

## МИР, ЗАСНОВАНИЙ НА ПРАВАХ ЛЮДИНИ

Права людини, мир та поняття права.  
Історія незавершеної правової революції  
**Ізабель Тружильо** (*Палермо, Італія*)..... 175

Поняття «мир» і «війна» в контексті  
транснаціонального тероризму  
**Філіп Гізбертц** (*Гьоттінген, Німеччина*).....201

Права людини та міжнародне кримінальне правосуддя:  
до висхідного миру  
**Мірей Делмас-Марті** (*Париж, Франція*) ..... 218

## ВИЗНАЧНІ ПОСТАТІ

Природне право як екзистенційне право  
**Вернер Майхофер** (*Німеччина*).....231

Природа речей або сутнісність справи?  
Буття-як Вернера Майхофера  
**Олексій Стовба** (*Харків*).....262

## НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Мир, заснований на правах людини:  
XXVIII Всесвітній конгрес Міжнародної асоціації  
філософії права і соціальної філософії  
**Сергій Максимов** (*Харків*) .....283

Право: мінливий концепт у мінливому світі  
(Всеукраїнський круглий стіл у Харкові)  
**Наталія Сатохіна** (*Харків*).....295

**Інформація для авторів** .....297

# СОДЕРЖАНИЕ

---

От главного редактора .....	12
<b>ПРАВО В ИЗМЕНЧИВОМ МИРЕ</b>	
Пост-постмодернизм и современные тенденции в развитии философии права: финал постмодернистской парадигмы или новое начало? <b>Марина Можейко (Минск, Беларусь)</b> .....	16
Правовость антропосоциальных явлений: философские начала идентификации <b>Петр Рабинович (Львов)</b> .....	32
(Ис)пытать право: опыт правовой и юридической <b>Алексей Стовба (Харьков)</b> .....	41
Опыт права и опыт бесправия: герменевтическая перспектива <b>Наталья Сатохина (Харьков)</b> .....	57
Право из (не)права: мифология конституционной революции <b>Сергей Рабинович (Львов)</b> .....	71
Автономно-процессуальная модель права <b>Юрий Шеляженко (Киев)</b> .....	91
Бизнес и права человека в условиях конфликта: междисциплинарные поиски новой концепции <b>Елена Уварова (Харьков)</b> .....	112
Право в технологическом мире: ключевые точки изменений <b>Юлия Разметаева (Харьков)</b> .....	130
Изменчивость концепта субъекта правоотношений в изменчивом мире искусственного интеллекта и цифрового человека <b>Александр Радутный (Харьков)</b> .....	146
Структура международно-правовой реальности: онтологический и гносеологический аспекты <b>Олег Тарасов (Харьков)</b> .....	168



## МИР, ОСНОВАННЫЙ НА ПРАВАХ ЧЕЛОВЕКА

Права человека, мир и понятие права.  
История незавершенной правовой революции  
**Изабель Тружильо** (*Палермо, Италия*) ..... 175

Понятия «мир» и «война» в контексте  
транснационального терроризма  
**Филип Гизбертц** (*Геттинген, Германия*).....201

Права человека и международное уголовное правосудие:  
к восходящему миру  
**Мирей Делмас-Марти** (*Париж, Франция*) .....218

## ВЫДАЮЩИЕСЯ ФИГУРЫ

Естественное право как экзистенциальное право  
**Вернер Майхофер** (*Германия*).....231

Природа вещей или естество дела?  
Бытие-как Вернера Майхофера  
**Алексей Стовба** (*Харьков*) .....262

## НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

Мир, основанный на правах человека:  
XXVIII Всемирный конгресс Международной ассоциации  
философии права и социальной философии  
**Сергей Максимов** (*Харьков*) .....283

Право: изменчивый концепт в изменчивом мире  
(Всеукраинский круглый стол в Харькове)  
**Наталья Сатохина** (*Харьков*) .....295

**Информация для авторов**.....297

# CONTENTS

---

Note of the Editor-in-Chief.....	12
<b>LAW IN A CHANGEABLE WORLD</b>	
Post-Postmodernism and Current Trends in the Development of Legal Philosophy: The End of the Postmodern Paradigm or a New Beginning? <b>Marina Mozheiko</b> ( <i>Minsk, Belarus</i> ) .....	16
Legality of the Anthro-Social Phenomena Philosophical Grounds of Identification <b>Petro Rabinovych</b> ( <i>Lviv</i> ) .....	32
Asking the Law: Experience of Law and Legal Experience <b>Oleksiy Stovba</b> ( <i>Kharkiv</i> ).....	41
Experience of Law and Experience of Lawlessness: Hermeneutic Perspective <b>Natalia Satokhina</b> ( <i>Kharkiv</i> ).....	57
Lawful out of (Un)lawful: Mythology of the Constitutional Revolution <b>Sergiy Rabinovych</b> ( <i>Lviv</i> ) .....	71
Autonomous Processual Model of Law <b>Yurii Sheliazhenko</b> ( <i>Kyiv</i> ) .....	91
Business and Human Rights in Conflict: An Interdisciplinary Search for a New Concept <b>Olena Uvarova</b> ( <i>Kharkiv</i> ) .....	112
Law in Technological World: Key Points of Changes <b>Yulia Razmetaeva</b> ( <i>Kharkiv</i> ) .....	130
The Variability of the Subject of Legal Relationships Concept in the Changing World of Artificial Intelligence and Digital Human Being <b>Oleksandr Radutniy</b> ( <i>Kharkiv</i> ) .....	146

The Structure of International Legal Reality: Ontological and Gnoseological Aspects <b>Oleh Tarasov</b> ( <i>Kharkiv</i> ).....	168
---	-----

## PEACE BASED ON HUMAN RIGHTS

Human Rights, Peace, and the Concept of Law. The Story of an Incomplete Legal Revolution <b>Isabel Trujillo</b> ( <i>Palermo, Italy</i> ).....	175
--	-----

The Concepts of “War” and “Peace” in the Context of Transnational Terrorism <b>Philipp Gisbertz</b> ( <i>Göttingen, Germany</i> ).....	201
--	-----

Human Rights and International Criminal Justice: Towards an Ascending Peace <b>Mireille Delmas-Marty</b> ( <i>Paris, France</i> ).....	218
--	-----

## PROMINENT FIGURES

Natural Law as Existential Law <b>Werner Maihofer</b> ( <i>Germany</i> ).....	231
--	-----

Nature of Things or Essence of Matters? Being-As by Werner Maihofer <b>Oleksiy Stovba</b> ( <i>Kharkiv</i> ).....	262
---	-----

## SCIENTIFIC LIFE

Peace Based on Human Rights: XXVIII World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy <b>Sergiy Maksymov</b> ( <i>Kharkiv</i> ).....	283
---	-----

Law: A Changeable Concept in a Changeable World (All-Ukrainian Round Table in Kharkiv) <b>Natalia Satokhina</b> ( <i>Kharkiv</i> ).....	295
---	-----

<b>Information for Authors</b> .....	297
--------------------------------------	-----

### *Шановні читачі!*

**П**еред вами перший номер оновленого наукового журналу «Філософія права і загальна теорія права». З 2012 по 2016 р. він виходив як додаток до журналу «Право України». Ми щиро вдячні головному редактору цього провідного юридичного часопису України Олександру Дмитровичу Святоцькому за плідну співпрацю і сприятливі умови для нашої творчої роботи, а також його, на той час, першому заступнику та голові наукової ради нашого журналу Петру Мойсейовичу Рабіновичу за цінні поради щодо тематичної спрямованості, змісту та форми наукових публікацій. З 2019 р. єдиним засновником і видавцем журналу став Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Ми глибоко вдячні ректору Університету Василю Яковичу Тацію та проректору з наукової роботи Анатолію Павловичу Гетьману за ініціативу з відновлення журналу та організаційну і матеріальну підтримку його видання.

За роки свого існування журнал «Філософія права і загальна теорія права» отримав добру репутацію серед як українських, так і зарубіжних фахівців. Ми пишаємося його науковими досягненнями в царині філософсько-правової думки та її популяризації<sup>2</sup>.

Журнал прагне зберегти свої традиції єдиного в Україні спеціалізованого періодичного видання з проблем фундаментальної юриспруденції – теорії та філософії права. Ми продовжимо публікацію статей за ключовими темами номерів та за традиційними для журналу рубриками: сучасне праворозуміння, проблеми правової онтології, антропології і аксіології, методологія юридичної науки, права людини, верховенство права, проблеми загальної теорії права, право і культура, соціологія права, філософські і методологічні проблеми галузевих наук та юридичної практики, огляди найважливіших подій наукового життя та новинок наукової літератури тощо.

---

<sup>1</sup> Сергій Іванович Максимов, доктор юридичних наук, професор кафедри теорії і філософії права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, член-кореспондент Національної академії правових наук України, головний редактор журналу «Філософія права і загальна теорія права».

Sergiy Maksymov, Doctor of Legal Sciences, Professor, Professor at the Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Corresponding member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, editor-in-chief of "Philosophy of Law and General Theory of Law" journal.

e-mail: s\_maximov@ukr.net

<sup>2</sup> *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2016): 9–14; 470–7.

У минулі роки читачі на сторінках нашого часопису ознайомилися з перекладами праць провідних сучасних дослідників філософії та теорії права – Роберта Алексі, Євгенія Булигіна, Юргена Габермаса, Рональда Дворкіна, Джозефа Раза, Мортімера Селлерза, Найджела Сіммондза та ін. Цю традицію буде збережено в нашому журналі й далі, адже вона є дуже важливою для розвитку сучасної української філософсько- й теоретико-правової думки, для включення вітчизняних правознавців до контексту сучасних проблем юриспруденції, світового філософсько-правового та теоретико-правового дискурсу. Продовжуватиметься також практика публікації оглядів матеріалів Всесвітніх конгресів з філософії права і соціальної філософії, що проходять раз на два роки в різних куточках світу, перекладів найбільш значних за новаторським потенціалом доповідей, що репрезентуються на цих форумах.

Редакція журналу, зберігаючи вже напрацьовані здобутки, активно засвоюватиме також ті новації, які відбуваються в сучасному світі академічних видань. Мається на увазі реалізація мети входження журналу до відомих наукометричних баз, що рекомендуються Міністерством освіти і науки України. Прагнучи гармонічно поєднати вимоги нашого відповідального за науку та освіту відомства з традиціями журналів світового рівня, ми будемо вдосконалювати підходи до структурування статей та їх змістовного наповнення.

Редакції вдалося зберегти й навіть розширити професійний колектив вітчизняних та зарубіжних членів редакційної колегії, представництво яких охоплює різні регіони України та світу (Австралія, Австрія, Бразилія, Італія, Канада, Нідерланди, Польща, США, Туреччина, Угорщина), готових для реалізації нових викликів і завдань, що стоять перед журналом, зокрема таких, як практика подвійного «сліпого» рецензування та наукового редагування всіх статей, підвищення індексу журналу та особистих індексів членів редколегії в наукометричних системах.

Поряд із робочим органом – редакційною колегією – створено наукову раду журналу як дорадчий орган. До неї ввійшли найавторитетніші українські теоретики і філософи права: професори Микола Козюбра, Олександр Петришин, Петро Рабінович, а також зарубіжні науковці – Роберт Алексі (Німеччина), Євгеній Булигін (Аргентина), Найджел Сіммондз (Велика Британія), які істотно вплинули на формування та розвиток філософсько-правового мислення в Україні. Сподіваємось на їх подальші цінні поради та безцінний досвід.

Нинішній випуск журналу присвячено актуальним культурним, політичним, технологічним та іншим викликам праву, які спонукають нас до переосмислення ключових проблем фундаментальної юриспруденції. У цьому сенсі він органічно поєднав матеріали XXVIII Всесвітнього конгресу з філософії права і соціальної філософії «Мир, заснований на правах людини» (17–21 липня 2017 р., Лісабон, Португалія) та Всеукраїнського круглого столу «Фундаментальні проблеми юриспруденції. Право: мінливий концепт у мінливому світі» (19–20 квітня 2019 р., Харків). Детальні огляди обох заходів представлені в рубриці «Наукове життя».

Розділ «Право у мінливому світі» відкриває стаття *Марини Можейко*, у якій авторка – докторка філософських наук та відома фахівчиня у сфері сучасної філософії – характеризує духовну ситуацію сучасності як «пост-постмодернізм», виявляє відповідні тенденції в розвитку філософії права та окреслює перспективи постмодерністської парадигми в юриспруденції. Парадигмальних зрушень в осмисленні права стосуються також нариси представників харківської школи філософії права – *Наталії Сатохіної* та *Олексія Стовби*, які застосовують нетипову для вітчизняної юриспруденції (як, власне, і для сучасної правової науки в цілому) – феноменолого-герменевтичну – оптику, зміщуючи фокус з інституційного виміру правової реальності на правовий досвід. Оригінальну візію права в рамках еволюційної юриспруденції містить стаття киянина *Юрія Шеляженка*, який намагається окреслити авторську «автономно-процесуальну модель права». У свою чергу, класик вітчизняної фундаментальної юриспруденції *Петро Рабінович* продовжує розвивати добре відомий українському читачеві потребний підхід до праворозуміння, цього разу в контексті вирішення питання про правову якість (правовість) антропосоціальних явищ – однієї з версій класичного питання про природу права.

Продуктивний діалог різних перспектив у філософії права мотивує й переосмислення засадничих понять окремих галузей права. Так, статтю представника львівської правової школи *Сергія Рабіновича* присвячено виявленню міфологічних складових у доктрині конституційного права, зокрема в понятті установчої влади, яке розглядається в контексті обґрунтування легітимності революційної зміни конституції. Водночас проблема конституційної революції виявляється тісно пов'язаною з основним питанням філософії права. Філософські засади міжнародного права розглядаються у статті *Олега Тарасова*, який вводить поняття міжнародно-правової реальності та аналізує структуру останньої в онтологічному та гносеологічному вимірах із позицій авторського методологічного підходу, що включає міжнародно-правові нормологію, персонологію і комунікатологію.

Низку статей міждисциплінарного характеру присвячено окремим актуальним викликам правовій науці. Так, статті харків'ян *Юлії Разметаєвої* та *Олександра Радутного* присвячено еволюції права в технологічному світі – ключовим точкам таких змін і трансформації концепту суб'єкта правовідносин відповідно. У свою чергу, у статті *Олени Уварової* окреслено концепцію бізнесу і прав людини в умовах конфлікту, яка передбачає перегляд класичних уявлень про державу як адресата прав людини й про права людини в цілому.

Права людини в поєднанні з проблемою миру опинились у центрі уваги учасників згаданого вище конгресу в Лісабоні. У розділі «Мир, заснований на правах людини» ми публікуємо переклади трьох пленарних доповідей, виголошених на ньому. *Ізабель Тружильо* (Італія) розглядає взаємозв'язок між правами людини та миром із точки зору поняття права та пропонує радикальний перегляд домінуючої

парадигми права, орієнтованої на державу, й ролі примусу у праві в цілому. Схожі мотиви звучать і в статті відомої французької мислительки *Мірей Делмас-Марті*, яка пропонує власний проект «висхідного миру», протиставляючи войовничій антропології суспільств страху довірчу гуманістичну антропологію Міжнародного кримінального суду, а світовій війні держав проти тероризму – міжнародне правосуддя в його війні проти нелюдяності. Проблема транснаціонального тероризму у зв'язку з поняттями війни та миру стала також предметом ретельного аналізу, що його здійснив у своїй статті *Філіп Гізбертц* (Німеччина).

Рубрику «Визначні постаті» присвячено видатному німецькому правознавцю, представнику екзистенціалістського напрямку у філософії права *Вернеру Майхоферу* (1918–2009), чия робота «Природне право як екзистенційне право» (1963) вперше публікується в Україні. Текст Майхофера супроводжується нарисом перекладача (*Олексій Стовба*) про життєвий і творчий шлях мислителя, який перетворюється на творчий діалог з останнім.

У наступному номері публікацію статей за темами «Право у мінливому світі» та «Мир, заснований на правах людини» (переклади пленарних доповідей Всесвітнього конгресу в Лісабоні) буде продовжено. Редакційна колегія часопису запрошує до співпраці вітчизняних і зарубіжних філософів, теоретиків права, дослідників галузевих юридичних дисциплін, юристів-практиків, чії наукові розвідки служитимуть подальшому розвитку та популяризації досліджень теоретичних і прикладних проблем юриспруденції, української науки в цілому.

## ПОСТ-ПОСТМОДЕРНИЗМ И СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ В РАЗВИТИИ ФИЛОСОФИИ ПРАВА: ФИНАЛ ПОСТМОДЕРНИСТСКОЙ ПАРАДИГМЫ ИЛИ НОВОЕ НАЧАЛО?

**К**ак теоретические изыскания в сфере правоведения и философия права, так и непосредственная практика правоприменения зиждятся на таких фундаментальных презумпциях, как:

- презумпция возможности наличия определенной шкалы оценок и ценностей, что обеспечивает
- презумпцию возможности квалифицировать поступок в том или ином качестве на основании данной аксиологической системы, что, в свою очередь, обеспечивает
- презумпцию возможности ответственности субъекта за совершенные деяния в зависимости от их квалификации и оценки.

Постмодернистское состояние культуры радикально проблематизирует названные презумпции, не только ставя их под сомнение, но фактически постулируя их невозможность. Если рассматривать эту проблему не изнутри эстетики постнеклассического дискурса, как это делают сами постмодернистские авторы, но в гуманистически ориентированной системе отсчета, то вопрос формулируется весьма остро: что означает разрушение названных презумпций для перспектив современной культуры, для развития нравственного сознания повседневности, для человека как личности?

Возможно ли дальнейшее развитие морали, права и культуры в целом на путях, намеченных философией постмодернизма, или содержательный потенциал последнего полностью исчерпан? Или, возможно, в самой эволюции постмодернизма назревает поворот, открывающий новые перспективы для современного культурного процесса, для формирования нового этапа в развитии постнеклассической культуры?

---

<sup>1</sup> Марина Олександрівна Можейко, докторка філософських наук, професорка, завідувачка кафедри філософії та методології гуманітарних наук, Білоруський державний університет культури і мистецтв.

Marina Mozheiko, Doctor of Philosophical Sciences, Professor, Head of the Department "Philosophy & Humanities' Methodology", Belarusian State University of Culture and Art.  
e-mail: phil-met@tut.by



## I. Кризис базовых постулатов культуры постмодерна

Современный этап развития постнеклассической культуры со всей отчетливостью показал, что постмодернизм в его исходном варианте (который при всей странности этого термина в отношении постмодерна может быть назван классическим) фактически не отвечает потребностям сегодняшнего дня.

Последовательное и полное разворачивание заложенных философией постмодернизма идей в живой ткани культуры постмодерна породило к настоящему моменту такие ее состояния, которые могут быть оценены как тормозящие культурное развитие и не позволяющие культуре в полной мере реализовать свои эволюционные возможности.

Прежде всего, в данном ряду следует отметить такое ее состояние, как деонтологизация культурных смыслов, что порождено тотальным прорастанием в ткань культуры идеи нарративности.

Важнейшей атрибутивной характеристикой нарратива, или «рассказа», является его самодостаточность и самооценность: как отмечает Р. Барт, процессуальность повествования разворачивается «ради самого рассказа, а не ради прямого воздействия на действительность, то есть, в конечном счете, вне какой-либо функции, кроме символической деятельности как таковой»<sup>2</sup>.

Уже Х. Арендт, отталкиваясь от того факта, что в античной архаике под «героем» понимался свободный участник Троянской войны, о котором мог бы быть рассказан рассказ (история), отмечала: «то, что каждая индивидуальная жизнь между рождением и смертью может в конце концов быть рассказана как история с началом и концом, есть... доисторическое условие истории (history), великой истории (story) без начала и конца»<sup>3</sup>. Что же касается собственно философии постмодернизма, то ориентация на «повествовательные стратегии» – в их плюральности – оценивается современными авторами (Д. В. Фоккема, Д. Хейман и др.) как основополагающая для современной культуры.

Рассказ в постмодернизме не рассматривается с точки зрения презентации в нем исходного объективно наличного смысла (последний конституируется, по Х.-Г. Гадамеру, лишь в процессуальности наррации как «сказывания»). Рассказ о событии не возводится к исходному, глубинному, якобы объективно наличному смыслу этого события, – смысл рассказа, напротив, понимается как обретаемый в процессе наррации, то есть, по формулировке М. Постера, «мыслится как лишенный какого бы то ни было онтологического обеспечения и возникающий в акте сугубо субъективного усилия»<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Ролан Барт, «Смерть автора», в *Избранные работы. Семиотика. Поэтика* (Москва: Прогресс, 1989), 384.

<sup>3</sup> Ханна Арендт, «Ситуация человека. Разделы 24–26 главы V», *Вопросы философии* 11 (1998): 136.

<sup>4</sup> Mark Poster, *The Mode of Information. Post-Structuralism & Social Context* (Cambridge, 1996), 136.

Собственно, по формулировке Ф. Джеймисона, нарративная процедура фактически «творит реальность»<sup>5</sup>, одновременно постулируя ее относительность, то есть свой отказ от какой бы то ни было претензии на адекватность как презентацию некой вненарративности реальности. История событийности квантуется в нарративах, и вне их плюральности у него нет и не может быть массы покоя как исходного смысла текста: таким образом, нарратив – это рассказ, который всегда может быть рассказан по-иному.

Классической сферой возникновения и функционирования нарратива выступает история как теоретическая дисциплина (и в этом философия постмодернизма парадигмально изоморфна концепции нарративной истории: А. Тойнби, П. Рикёр, Дж. Каллер, А. Карр, Ф. Кермоуд и др.). В рамках нарративной истории смысл события трактуется не как фундированный «онтологией» исторического процесса, но как возникающий в контексте рассказа о событии и имманентно связанный с интерпретацией. История как теоретическая дисциплина конституируется в постмодернизме в качестве нарратологии: рефлексия над прошлым, по оценке Х. Райта, – это всегда рассказ, нарратив, организованный извне, посредством внесенного рассказчиком сюжета, организующего повествование. По оценке Й. Брокмейера и Р. Харре, нарратив выступает не столько описанием некоей онтологически артикулированной реальности, сколько «инструкцией» по конституированию последней (подобно тому, как правила игры в теннис лишь создают иллюзию описания процессуальности игры, выступая на самом деле средством «вызвать игроков к существованию»). В рамках нарративной культуры событие как таковое теряет свою онтологическую определенность, размываемую плюральностью рассказов о ней.

Во-вторых, в ряду состояний культуры постмодерна, порожденных идеями философского постмодернизма и выступающих в настоящий момент неактуальными и порождающими эволюционные проблемы, должен быть также назван и аксиологический ацентризм, то есть отсутствие иерархично выстроенной в отношении оценок и ценностей культурной среды, что в философском постмодернизме выражено презумпцией «заката метанарраций».

Фигура «заката больших нарративов», то есть фактического отказа от аксиологических иерархий и систем культурных приоритетов, выступает для философии постмодернизма в качестве фундаментальной. Как отмечают З. Бауман<sup>6</sup>, С. Лаш и Дж. Урри<sup>7</sup>, А. Хеллер и Ф. Фехер<sup>8</sup>, универсальным принципом построения культуры постмодерна оказывается принцип плюрализма.

По оценке Ж.-Ф. Лиотара, в постмодернистском культурном контексте «все прежние центры притяжения, образуемые национальными государствами, партиями,

<sup>5</sup> Фредрик Джеймисон, «Постмодернизм, или Логика культуры позднего капитализма», в *Философия эпохи постмодерна* (Минск: Красико-принт, 1996), 118–37.

<sup>6</sup> Zygmunt Bauman, *Modernity & Ambivalence* (Cambridge, 1991), 15.

<sup>7</sup> Scott Lash and John Urry, *Economies of Signs & Space* (London: Sage, 1994), 257.

<sup>8</sup> Agnes Heller and Ferenc Fehér, *The Postmodern Political Condition* (Cambridge: Polity Press, 1988), 1.

профессиями, институциями и историческими традициями, теряют свою силу»<sup>9</sup>. Важнейшей характеристикой такой культурной среды выступает принципиальное отсутствие центра: как в смысле имплицитного ценностного предпочтения и доминирования, так и в смысле эксплицитного официально-нормативного санкционирования. По оценке Р. Рорти, из актуализирующихся в постмодернистском социуме стратегий «ни одна... не обладает привилегиями перед другими в смысле лучшего выражения человеческой природы. Ни одна из этих стратегий не является более гуманной, чем другая», – они просто плюральны и вариативны<sup>10</sup>.

Культурное пространство постмодерна не просто лишено центра – оно программно ацентрично: как утверждал Л. Фидлер в работе «Пересекайте границы, засыпайте рвы», нет и не может быть ни элитарной, ни массовой культуры как таковых, равно как нет и не может быть элитарного и массового читателя<sup>11</sup>, – и первая публикация статьи, имевшая место в журнале *Playboy*, наглядно продемонстрировала практическую реализацию прокламируемой стратегии.

В этом контексте программной для эпохи постмодерна становится идея микшированности культуры, представляющей собой принципиально несистемную мозаику фрагментов и сколов различных традиций: в едином социокультурном контексте оказываются совмещенными такие аксиологические системы, которые, казалось бы, по определению являются несовместимыми, – по оценке Ж.-Ф. Лиотара, «эkleктизм является нулевой степенью общей культуры». В этом отношении в культуре постмодерна, по мысли Ф. Джеймисона, нет места делению на истинное и ложное, приемлемое и неприемлемое<sup>12</sup>: культурное пространство предполагает возможность взаимодействия и диалога различных (в том числе альтернативных и полностью взаимоисключающих) традиций, более того – именно такой диалог и осмысливается ею в качестве базового механизма собственного развития, позволяющего реализовать творческий потенциал культурного плюрализма.

Коллаж превращается в постмодерне из частного приема художественной техники в универсальный принцип построения культуры: в этом плане культура постмодерна описывается Ж.-Ф. Лиотаром как «монстр», образуемый переплетением радикально различных, но при этом абсолютно равноправных мировоззренческих парадигм, в рамках взаимодействия которых – в свете презумпции «заката метанарраций»<sup>13</sup> – невозможно выделение универсальных аксиологий.

Дискурс легитимации, утверждающий в статусе правильного только один тип дискурсивных практик, сменяется дискурсивным плюрализмом, санкционированный тип рациональности – вариабельностью рациональностей, фундирующей языковые

---

<sup>9</sup> Жан-Франсуа Лиотар, «Постмодернистское состояние: доклад о знании», в *Философия эпохи постмодерна*, 144–5.

<sup>10</sup> Richard Rorty, «The Introduction», in *Contingency, Irony & Solidarity* (Cambridge, 1989), 37–8.

<sup>11</sup> Лесли Фидлер, «Пересекайте рвы, засыпайте границы», в *Современная западная культурология: самоубийство дискурса* (Москва, 1991).

<sup>12</sup> Джеймисон, «Постмодернизм», 126.

<sup>13</sup> Лиотар, «Постмодернистское состояние: доклад о знании», 157.

игры как альтернативу нормативному языку. Коллаж превращается в постмодерне из частного приема художественной техники в универсальный принцип построения культуры: по определению Ф. Гваттари, «тип дискурса... не так уж важен. Все годится, все приемлемо»<sup>14</sup>. Идеалом описания и объяснения действительности выступает для постмодернизма идеал принципиального плюрализма, фундированный идеей «заката больших нарратив».

В аксиологическом плане это формирует ситуацию, когда человек, особенно молодой, оказывается неспособным четко зафиксировать свою позицию по отношению к плюральным аксиологиям и, следовательно, собственную персональную самоидентификацию.

Что же означают описанные состояния культуры для носителя этой культуры, для социализированного в этой культуре субъекта? Как может происходить его идентификация в контексте подобного культурного пространства – ацентричного и отказавшегося от онтологического обеспечения культурных смыслов?

Для культуры постмодерна индивидуальная судьба – это уже не завершенная тотальность и даже не определенная целостность: ничего, что могло бы претендовать на то, что А. П. Чехов обозначил как «сюжет для небольшого рассказа», конкретность и данность которого никогда не ставились под сомнение в рамках классической культуры. Ацентризм и деонтологизация смыслов постмодернистской культуры распространяются на все формы нарратива, в том числе они определяют и такую форму рассказа, как рассказ о себе, и такую форму истории, как история жизни – биография и автобиография. Вследствие этого в контексте нарративной плюральности постмодерна индивидуальная судьба видится как подвижное поле перманентного варьирования релятивных версий биографии как рассказа: тексты Р. Музиля «О книгах Роберта Музиля», Р. Барта «Ролан Барт о Ролане Барте», Антониони «Антониони об Антониони» и многие другие.

По оценке современных метатеоретиков постмодернизма (Х. Уайт<sup>15</sup>, М. Саруп<sup>16</sup> и др.), типовым способом самоидентификации для субъекта эпохи постмодерна становится именно релятивно-нарративный. Современные исследователи-психологи (А. Джироукс, С. Ланкшир, П. Мак-Ларен, М. Петерс и др.) констатируют – с опорой на серьезные клинические исследования, что конструирование своей «истории» (истории своей жизни) как нестабильного и варьлируемого рассказа ставит под вопрос безусловность аутоидентификации, которая ранее воспринималась как данность<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Феликс Гваттари, «Трансфер или то, что от него осталось, или Аналитик живет в постоянном страхе», в *Кабинет: картины мира. Психогенез/Техногенез: коллекция perversus. Сборник статей* (Санкт-Петербург, 1998), 23.

<sup>15</sup> Hayden White, *Metahistory: The Historical Imagination in the Nineteenth-Century Europe* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1973).

<sup>16</sup> Madan Sarup, *An Introductory Guide to Post-structuralism & Postmodernism* (New York; London: Harvester Wheatsheaf, 1988); *Identity, Culture & the Postmodern World* (Edinburg, 1998).

<sup>17</sup> Henry A. Giroux, Henry A. Giroux, Colin Lankshear, Michael Peters and Peter McLaren, *Conternarratives. Cultural Studies of Culture Pedagogues in Postmodern Space* (New York: Psychology Press, 1996).

На основе этого Дж. Уард (автор термина «кризис идентификации») констатирует применительно к современной культуре «кризис судьбы» как психологического феномена, основанного на целостном восприятии субъектом своей жизни как идентичной самой себе. С одной стороны, в условиях отказа от онтологии как таковой не может быть и событийно определенной (то есть онтологически обеспеченной) биографии, с другой – в контексте презумпции «заката метанарраций» дискурс легитимации как единственно возможный теряет свой смысл и по отношению к индивидуальной жизни. В силу чего ни одна из повествовательных версий истории жизни не является более предпочтительной, нежели любая другая, оценочные аспекты биографии не имеют онтологическо-событийного обеспечения и потому, в сущности, весьма произвольны.

Таким образом, индивидуальная биография превращается из «судьбы» в относительный и вариативный «рассказ». Как было показано Р. Бартом во «Фрагментах любовного дискурса», даже максимально значимый с точки зрения идентификации личности элемент этой биографии – история любви – также относится к феноменам нарративного ряда: в конечном итоге, «любовь есть рассказ... Это моя собственная легенда, моя маленькая “священная история”, которую я сам для себя декламирую, и эта декламация (замороженная, забальзамированная, оторванная от моего опыта) и есть любовный дискурс»<sup>18</sup>. В конечном итоге, «history of love» превращается в организованную по правилам языкового, дискурсивного и нарративного порядков, а потому релятивную «story of love» и, наконец, просто в «love story». Влюбленный и определяется Р. Бартом в этом контексте как тот, кто ориентирован на использование в своих дискурсивных практиках определенных вербальных клише (собственно, содержание всей книги, посвященной аналитике последних, и разворачивается после оборванной двоеточием финальной фразы Введения: «So, it is a lover who speaks and who says:...»).

Фактически важнейшим принципом организации нарративно версифицированной биографии оказывается античный принцип исономии (не более так, чем иначе): ни одна из повествовательных версий истории жизни не является более предпочтительной, нежели любая другая, оценочные аспекты биографии не имеют онтологическо-событийного обеспечения и потому, в сущности, весьма произвольны.

Важнейшим следствием описанных тенденций явилось фактическое разрушение в постмодернистской культуре семантической и аксиологической устойчивости таких фундаментальных для рациональности классического типа феноменов, как субъект и субъективность. Феномен Я оценивается постмодернизмом как культурно артикулированный, связанный с определенной традицией и потому исторически преходящий. Согласно выводам М. Фуко,

лишь один период, который явился полтора века назад и, быть может, уже скоро закончится, явил образ человека. И это не было избавлением от давнего непокойства, переходом

---

<sup>18</sup> Roland Barthes, *A Lover's Discourse: Fragments*, trans. by Richard Howard (London: Cape, 1979).

от тысячелетней заботы к ослепительной ясности... – это просто было следствием изменений основных установок знания... Если эти установки исчезнут так же, как они возникли... – человек изгладится, как лицо, нарисованное на прибрежном песке<sup>19</sup>.

Это нашло свое выражение в парадигмальной фигуре «смерти субъекта», дифференцированно проявившейся последовательно и в программной для Р. Барта идее «смерти автора»<sup>20</sup>, и в идее «смерти читателя», оказывающегося, по оценке Ж. Ф. Харари, даже не «гостем», но «порождением текста»<sup>21</sup>, и в идее «смерти героя» у А. Роб-Грийе<sup>22</sup> и К. Брук-Роуз<sup>23</sup>, и в сформулированной Ж. Делезом идее «смерти сверхчеловека»<sup>24</sup>, и в идее «смерти Бога» как окончательном финале презумпции конституированной субъективности<sup>25</sup>, и в исчерпывающе и предельно абстрактной формулировке Ф. Гваттари: «я не верю в существование субъективности без продуктивности рассказа-текста»<sup>26</sup>.

С точки зрения постмодернизма, само использование термина «субъект» – лишь дань классической философской традиции: как пишет М. Фуко, так называемый анализ субъекта на деле есть анализ «условий, при которых возможно выполнение неким индивидом функции субъекта», как такового «абсолютного субъекта не существует»<sup>27</sup>. Таким образом, в семантическом пространстве постмодернистской философской парадигмы оказалась разрушена базовая для классической культуры презумпция определенности субъекта, вокруг которого строилась вся классическая культура.

В силу этого описанные трансформации понимания субъективности вызывали радикальные изменения в самом аксиологическом фундаменте европейской культуры.

Очевидно, что этика в традиционном ее понимании базируется на презумпции субъекта – и как носителя определенных ценностных шкал, и как автономного субъекта морального выбора, и как активного субъекта морального поступка, и как критичного субъекта моральной оценки, и как рефлексизирующего субъекта моральной ответственности.

---

<sup>19</sup> Мишель Фуко, *Слова и вещи: Археология гуманитарных наук* (Москва, 1977), 398.

<sup>20</sup> Барт, *Смерть автора*.

<sup>21</sup> Josue V. Harrari, "Introduction," in *Textual Strategies: Perspectives in Post-structuralist Criticism* (London, 1980), 40.

<sup>22</sup> Ален Роб-Грийе, "О нескольких устаревших понятиях," в *Называть вещи своими именами. Программные выступления мастеров западноевропейской литературы XX века* (Москва, 1986).

<sup>23</sup> Christine Brook-Rose, "The Dissolution of Character in the Novel," in *Reconstructing Individualism: Autonomy, Individuality, & the Self in Western Thought* (Stanford, 1986).

<sup>24</sup> Жиль Делез, "О смерти человека и сверхчеловека," в *Философия языка в границах и без границ* (Харьков: Око, 1994).

<sup>25</sup> Например, предложенная П. ван Буреном программа «реинтерпретации Бога», фактически основанная на идее деконструкции библейских текстов.

<sup>26</sup> Гваттари, "Трансфер", 23.

<sup>27</sup> Мишель Фуко, "Что такое автор?" в *Воля к истине: по ту сторону знания, власти и сексуальности* (Москва, 1996), 45.

Однако человек, рассмотренный только в качестве носителя вариативных культурных кодов, позволяющих ему писать или означивать тексты, не может выступать субъектом нравственного выбора или моральной оценки, поскольку любые культурные коды признаются постмодернизмом не только равновозможными, но и равноправными. По оценке Ю. Кристевой, в настоящее время «в этике неожиданно возникает вопрос, какие коды (нравы, социальные соглашения) должны быть разрушены». И так как культура постмодерна, отказавшаяся от идеи бинарных оппозиций (в том числе и от оппозиции добра и зла), не может ответить на эти вопросы, становится очевидным, что в постнеклассической своей артикуляции этика не может сохранить традиционно базовых своих характеристик, определяющих классические формы ее бытия в культуре.

Совершенно очевидно, что в таком семантическом пространстве невозможна сама постановка идеи моральной и тем более правовой ответственности субъекта за совершенные поступки: нет ни поступка, ни оценки, ни самого субъекта как такового.

Поскольку в описанном пространстве культуры постмодерна конституирование какой бы то ни было нравственной системы оказывается фактически невозможным, постольку в практическом своем приложении постмодернистские дискурсивные практики порождают в культуре достаточно серьезные и подчас небезобидные последствия.

## **II. Проблема возможности права и постмодернистская философия: феномен пост-постмодерна**

Принципиальным вопросом в этом контексте является вопрос о перспективах идей постмодернизма: следует констатировать финал постмодернистской парадигмы в развитии постнеклассической культуры или все же может еще быть обнаружен тот содержательный резерв, способный обеспечить такую трансформацию постмодернизма, которая может оказаться продуктивной для современного культурного процесса?

Переосмысливая рефлексивно ею же спровоцированный «кризис идентификации», философия постмодернизма формирует специальную программу «воскрешения субъекта», которая ставит своей целью «выявление субъекта» в контексте плюральных языковых практик, задавая философским аналитикам постмодернизма акцент на реконструкцию субъективности как вторичной по отношению к дискурсивной среде (поздние М. Фуко и Ж. Деррида, П. Смит, Дж. Уард, М. Готдинер и др.). Ж. Деррида, например, предлагает «пересмотреть проблему эффекта субъективности, как он [субъект. – М. М.] производится структурой текста»<sup>28</sup>. Аналогично М. Фуко в Послесловии к работе Х. Л. Дрейфуса и П. Рабинова, посвященной исследованию его творчества (один из последних его текстов), фиксирует в качестве семантико-аксиологического фокуса своего исследовательского

---

<sup>28</sup> Жак Деррида, *Позиции* (Киев: Л. Д., 1996).

интереса выявление тех механизмов, посредством которых человек – в контексте различных дискурсивных практик – «сам превращает себя в субъекта»<sup>29</sup>.

Формулируется программа «воскрешения субъекта», то есть создания новой антропологии как возможности морально-правового должностования.

На основе общей стратегии «воскрешения субъекта» постмодернизмом моделируется и прикладная стратегия преодоления «кризиса идентификации», которая существует на сегодняшний день в нескольких проектах.

Первым проектом является *проект импринтингологический*. Так, оценивая ситуацию «кризиса идентификации», сложившуюся в «постмодернистском пространстве», не только констатирует «нарративную этиологию» этого кризиса, но и постулирует необходимость специального целенаправленного формирования воспитательной установки на «контрнарративные импринтинги». Исходное значение понятия «импринтинг» (восприятие детенышем увиденного в первый после рождения момент существования в качестве родителя, за которым он безусловно следует и чей поведенческий образец неререфлексивно воспроизводит) переосмыслено современной социальной педагогией в расширительном плане, предполагающем онтологическую фундированность (гарантированность вненарративным референтом) любого впечатления, так или иначе влияющего на поведенческую стратегию личности.

Гораздо более перспективным проектом является *проект неоклассицизма*, в основе которого лежит признание того обстоятельства, что «кризис идентификации» вызывается к жизни в связи с кризисом объективности («кризисом значений»): как полагает Дж. Уард, именно эта причина в первую очередь порождает проблематичность для субъекта самоидентификации как таковой в условиях, когда «зеркало мира», в котором он видел себя, «разбито в осколки»<sup>30</sup>. Этот проект предполагает существенное смягчение критики референциальной концепции знака (отказ от исходной для постмодернизма идеи «пустого знака») и отказ от радикальной элиминации феномена, означаемого в качестве детерминанты текстовой семантики.

Указанная установка инспирирует формулировку такой задачи, как «реанимация значения» (Дж. Уард) или «возврат утраченных значений»<sup>31</sup>, как в денотативном, так и в аксиологическом (что особенно важно в обсуждаемом контексте) смыслах этого слова (М. Готдинер). В связи с этим М. Готдинер говорит о желательности и даже необходимости формирования своего рода «культурного классицизма», предполагающего реабилитацию и реанимацию разрушенной стабильности аксиологических систем, которая характеризовала культуру классики<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Antony Easthope, *British Post-structuralism Since 1968* (London: Thousand Oaks, 1988).

<sup>30</sup> Glenn Ward, *Postmodernism* (Chicago, 1997).

<sup>31</sup> Там же.

<sup>32</sup> Mark Gotdiener, *Postmodern Semiotics. Material Culture & the Form of Postmodern Life* (Oxford, 1998).



Третьим проектом, который не только формулирует цели, но и предлагает конкретную программу их достижения, является *коммуникативный проект*, смещающий акцент с текстологической реальности на реальность коммуникативную и центрирующуюся в связи с этим вокруг феномена Другого.

В основе этого проекта лежит фундаментальная для него идея о том, что расщепленное Я может обрести свое единство лишь в контексте субъект-субъектных отношений – посредством Другого.

Современная культура обозначается Ж. Бодрийяром как культура «экстаза коммуникации»<sup>33</sup>. Если в классическом постмодернизме Другой интерпретировался как внешнее (социокультурное) содержание структур бессознательного (что фактически было унаследовано от лакановской версии структурного психоанализа, где бессознательное было артикулировано как «голос Другого»), то современный постмодернизм задает концепту «Другой» новую (коммуникационную) интерпретацию, в системе отсчета которой реальность языка перестает быть для постмодернизма самодовлеющей. Иными словами, по формулировке Ж. Деррида, «фрагментарный человек» может быть собран только посредством Другого.

Оформление этой программы осуществляется на базе синтеза идей диалогизма, высказанных в рамках неклассической философии (экзистенциальный психоанализ, современная философская антропология, философская герменевтика, философия католического аджорнамента и философская концепция языковых игр). Прежде всего, сюда относятся идеи о так называемом «коммуникативном существовании»: «бытие-с» у М. Хайдеггера, «со-бытие с Другим» у Ж.-П. Сартра, «бытие-друг-с-другом» у Л. Бинсвангера, «отношение Я – Ты вместо Я – Оно» у М. Бубера, «преодоление отчаяния благодаря данности Ты» у О. Ф. Больнова, «малый кайрос» как подлинность отношения Я с Ты у П. Тиллиха и т. п.

Так, например, в рамках данной постмодернистской программы чрезвычайно актуальное звучание обретает тезис Ж.-П. Сартра «мне нужен другой, чтобы целостно постичь все структуры своего бытия, Для-себя отсылает к Для-другого», – подлинное бытие Я возможно лишь как «бытие-с-Пьером» или «бытие-с-Анной», то есть «бытие, которое в своем бытии содержит бытие другого» (Ж.-П. Сартр). Способ бытия есть, по Ж.-П. Сартру, «быть увиденным Другим».

Аналогично, по Г.-Г. Гадамеру, механизм конструирования Я основан на «опыте Ты», и главное содержание этого опыта есть «свободное перетекание Я в Ты». Каждый из коммуникативных партнеров не только «является значащим для другого», но и «обусловлен другим»<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Jean Baudrillard, “Extasy of Communication,” *Postmodern Culture* (London, 1998).

<sup>34</sup> Ханс-Георг Гадамер, “Человек и язык,” в *От Я к Другому. Сборник переводов по проблемам интерсубъективности, коммуникации, диалога* (Минск: Менск, 1997), 130–41.

Именно поэтому, по словам Э. Левинаса, «каждый, кто говорит “Я”, адресуется к Другому»<sup>35</sup>. В такой системе отсчета возможна лишь единственная форма и единственный способ бытия Я – это бытие для Другого, зеркало которого заменило собою разбитое зеркало прежнего объективного и объектного мира классической культуры.

В противоположность классической философской традиции, в рамках которой определенность человеческого сознания задавалась его интенцией отношения к объекту (и даже в противоположность постмодернистской классике, в рамках которой децентрированная субъективность неизменно была погружена в текстологически артикулированную среду: как писал Г.-Г. Гадамер, «игра речей и ответов доигрывается во внутренней беседе души с самой собой»<sup>36</sup>), современная версия постмодернизма определяет сознание посредством фиксации его интенции на отношение к Другому. Фигура Другого становится фундаментальной и конститутивной семантической структурой в современных попытках постмодернистской философии реконструировать понятие субъекта. Вектор отношения субъекта к Другому в постмодернистском его видении – это «метафизическое желание», репрезентированное, по формулировке Э. Левинаса, в грамматическом звательном падеже.

Постмодернистская трактовка механизма обретения субъектом самости посредством Другого может быть рассмотрена на примере концепции языковых игр К.-О. Апеля, где язык понимается не в контексте субъект-объектных процедур прагматологического или когнитивного порядка, но в контексте субъект-субъектных коммуникаций, которые в принципе не могут быть сведены к передаче сообщений. Язык выступает в этом контексте не столько механизмом объективации информации или экспрессивным средством (что означало бы – соответственно – объективистскую или субъективистскую его акцентировку), сколько медиатором понимания в контексте языковых игр. Если трактовка последних Л. Витгенштейном предполагала опору на взаимодействие между субъектом и текстом, а в понимании Я. Ю. Хинтикки – на взаимодействие между Я и реальностью как двумя игроками в игре, ставка в которой – истинность высказывания, то К.-О. Апель трактует языковую игру как субъект-объектное отношение, участники которого являют собой друг для друга текст – как вербальный, так и невербальный<sup>37</sup>. Это задает особую артикуляцию понимания как взаимопонимания. Апелевская версия постмодернистской парадигмы смягчает примат «судьбоносного означающего» (Ж. Лакан) над означаемым, восстанавливая в правах классическую для философской герменевтики и генетически восходящую к экзегетике презумпцию понимания как реконструкции имманентного смысла текста, выступающего у К.-О. Апеля презентацией содержания коммуникативной программы игрового и коммуникативного партнера. Выступая в качестве текста,

<sup>35</sup> Emmanuel Lévinas, *Autrement que savoir* (Paris: Vrin, 1988).

<sup>36</sup> Гадамер, “Человек и язык”.

<sup>37</sup> Карл-Отто Апель, “Трансцендентально-герменевтическое понятие языка,” в *От Я к Другому*, 202–20.

последняя не подлежит произвольному означиванию и, допуская определенный (обогащающий коммуникационную игру) плюрализм прочтения, тем не менее предполагает аутентичную трансляцию семантики речевого поведения субъекта в сознание Другого, который вне этой реконструкции смысла не конституируется как коммуникационный партнер. Ставкой в игре оказывается не истина объектного, но подлинность субъектного.

Результатом коммуникации, согласно данной программе преодоления «кризиса идентификации», выступает вновь обретенное Я – как Я, найденное, по Ж. Делезу, «на дне Другого».

В своем единстве обозначенные векторы разворачивания проблемных полей постмодернизма, ориентированные на преодоление «кризиса идентификации», задают оформление нового этапа эволюции постмодернистской философии – своего рода Пост-постмодернизм или After-postmodernism, в отличие от постмодернистской классики деконструктивизма.

Это позволяет говорить о том, что потенциал постмодернистского вектора развития философии еще не исчерпан, философии постмодернизма есть что предложить современной культуре, и если следовать наметившимся в эволюции пост-постмодернистской философии тенденциям, то следует констатировать, что мы фактически стоим на пороге оформления новой классики, перехода от постнеклассической к неоклассической культуре.

© М. Можейко, 2019

### Библиография

- Апель, Карл-Отто. “Трансцендентально-герменевтическое понятие языка.” В *От Я к Другому. Сборник переводов по проблемам интерсубъективности, коммуникации, диалога*, 202–20. Минск: Менск, 1997.
- Арендт, Ханна. “Ситуация человека. Разделы 24–26 главы V.” *Вопросы философии* 11 (1998): 131–41.
- Барт, Ролан. “Смерть автора.” В *Избранные работы. Семиотика. Поэтика*, 384–91. Москва: Прогресс, 1989.
- Гадамер, Ханс-Георг. “Человек и язык.” В *От Я к Другому. Сборник переводов по проблемам интерсубъективности, коммуникации, диалога*, 130–41.
- Гваттари, Феликс. “Трансфер или то, что от него осталось, или Аналитик живет в постоянном страхе.” В *Кабинет: картины мира. Психогенез/Техногенез: коллекция reversus. Сборник статей*. Санкт-Петербург, 1998.
- Делез, Жиль. “О смерти человека и сверхчеловека.” В *Философия языка в границах и без границ*. Харьков: Око, 1994.
- Деррида, Жак. *Позиции*. Киев: Л. Д., 1996.
- Джеймисон, Фредрик. “Постмодернизм, или Логика культуры позднего капитализма.” В *Философия эпохи постмодерна*, 118–37. Минск: Красико-принт, 1996.
- Лиотар, Жан-Франсуа. “Постмодернистское состояние: доклад о знании.” В *Философия эпохи постмодерна*, 144–5.

- Роб-Грийе, Ален. “О нескольких устаревших понятиях.” В *Называть вещи своими именами. Программные выступления мастеров западноевропейской литературы XX века*. Москва, 1986.
- Фидлер, Лесли. “Пересекайте рвы, засыпайте границы.” В *Современная западная культурология: самоубийство дискурса*. Москва, 1991.
- Фуко, Мишель. *Слова и вещи: Археология гуманитарных наук*. Москва, 1977.
- Фуко, Мишель. “Что такое автор?” В *Воля к истине: по ту сторону знания, власти и сексуальности*. Москва, 1996.
- Barthes, Roland. *A Lover's Discourse: Fragments*. Translated by Richard Howard. London: Cape, 1979.
- Baudrillard, Jean. “Extasy of Communication.” In *Postmodern Culture*. London, 1998.
- Bauman, Zygmunt. *Modernity & Ambivalence*. Cambridge, 1991.
- Brook-Rose, Christine. “The Dissolution of Character in the Novel.” In *Reconstructing Individualism: Autonomy, Individuality, & the Self in Western Thought*. Stanford, 1986.
- Easthope, Antony. *British Post-structuralism Since 1968*. London: Thousand Oaks, 1988.
- Giroux, Henry A., Colin Lankshear, Michael Peters and Peter McLaren. *Conternarratives. Cultural Studies of Culture Pedagogues in Postmodern Space*. New York: Psychology Press, 1996.
- Goddiener, Mark. *Postmodern Semiotics. Material Culture & the Form of Postmodern Life*. Oxford, 1998.
- Harrari, Josue V. “Introduction.” In *Textual Strategies: Perspectives in Post-structuralist Criticism*. London, 1980.
- Heller, Agnes and Ferenc Fehér. *The Postmodern Political Condition*. Cambridge: Polity Press, 1988.
- Jameson, Fredric. *The Political Unconscious: Narrative as a Socially Symbolic Act*. London, 1981.
- Lash, Scott and John Urry. *Economies of Signs & Space*. London: Sage, 1994.
- Lévinas, Emmanuel. *Autrement que savoir*. Paris: Vrin, 1988.
- Poster, Mark. *The Mode of Information. Post-Structuralism & Social Context*. Cambridge, 1996.
- Rorty, Richard. “The Introduction.” In *Contingency, Irony & Solidarity*. Cambridge, 1989.
- Sarup, Madan. *An Introductory Guide to Post-structuralism & Postmodernism*. New York; London: Harvester Wheatsheaf, 1988.
- Sarup, Madan. *Identity, Culture & the Postmodern World*. Edinburg, 1998.
- Ward, Glenn. *Postmodernism*. Chicago, 1997.
- Write, Hayden. *Metahistory: The Historical Imagination in the Nineteenth-Century Europe*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1973.

## Bibliography

- Apel, Karl-Otto. “Transtsendentalno-germenevticheskoe ponyatie yazyika [Transcendental Hermeneutic Concept of Language].” V *Ot Ya k Drugomu. Sbornik perevodov po problemam intersub'ektivnosti, komunikatsii, dialoga*, 202–20. Minsk, 1997 (in Russian).
- Arendt, Hannah. “Situatsiya cheloveka [Human Condition].” *Voprosyi filosofii* 11 (1998): 131–41 (in Russian).
- Barthes, Roland. “Smert avtora [Death of the Author].” V *Izbrannyye raboty. Semiotika. Poetika*, 384–91. Moscow: Progress, 1989 (in Russian).

- Gadamer, Hans-Georg. "Chelovek i yazyk [Man and Language]." V *Ot Ya k Drugomu. Sbornik perevodov po problemam intersub'ektivnosti, kommunikatsii, dialoga*, 130–41. Minsk, 1997 (in Russian).
- Guattari, Felix. "Transfer ili to, chto ot nego ostalos, ili Analitik zhivet v postoyannom straxe [Transfer or What is Left of it or the Analyst Lives in Permanent Fear]." V *Kabinet: kartiny mira. Psihogenez/Tehnogenez: kolleksiya perversus. Sbornik statey*. Saint-Petersburg, 1998 (in Russian).
- Deleuze, Gilles. "O smerti cheloveka i sverhcheloveka [On the Death of Man and Superman]." V *Filosofiya yazyika v granitsah i bez granits*. Kharkiv: Oiko, 1994 (in Russian).
- Derrida, Jacques. *Pozitsii [Positions]*. Kiev: L. D., 1996 (in Russian).
- Jameson, Fredric. "Postmodernizm, ili Logika kulturyi pozdnego kapitalizma [Postmodernism, or, the Cultural Logic of Late Capitalism]." V *Filosofiya epohi postmoderna*, 118–37. Minsk: Krasiko-print, 1996 (in Russian).
- Lyotard, Jean-François. "Postmodernistskoe sostoyanie: doklad o znanii [The Postmodern Condition: A Report on Knowledge]." V *Filosofiya epohi postmoderna*, 140–58. Minsk: Krasiko-print, 1996 (in Russian).
- Robbe-Grillet, Alain. "O neskolkih ustarevshih ponyatiyah [On Some Outdated Concepts]." *Nazyivat veschi svoimi imenami. Programmnyie vystupleniya masterov zapadnoevropeyskoy literaturyi HH veka*. Moscow, 1986 (in Russian).
- Fiedler, Leslie. "Peresekayte rvyi, zasyipayte granitsyi [Cross the Border, Close the Gap]." V *Sovremennaya zapadnaya kulturologiya: samoubiystvo diskursa*. Moscow, 1991 (in Russian).
- Foucault, Michel. *Slova i veschi: Arheologiya gumanitarnyih nauk [The Order of Things: An Archaeology of the Human Sciences]*. Moscow, 1977 (in Russian).
- Foucault, Michel. "Chto takoe avtor? [What is an Author?]" V *Volya k istine: po tu storonu znaniya, vlasti i seksualnosti*. Moscow, 1996 (in Russian).
- Barthes, Roland. *A Lover's Discourse: Fragments*. Translated by Richard Howard. London: Cape, 1979.
- Baudrillard, Jean. "Extasy of Communication." In *Postmodern Culture*. London, 1998.
- Bauman, Zygmunt. *Modernity & Ambivalence*. Cambridge, 1991.
- Brook-Rose, Christine. "The Dissolution of Character in the Novel." In *Reconstructing Individualism: Autonomy, Individuality, & the Self in Western Thought*. Stanford, 1986.
- Easthope, Antony. *British Post-structuralism Since 1968*. London: Thousand Oaks, 1988.
- Giroux, Henry A., Colin Lankshear, Michael Peters and Peter McLaren. *Conternarratives. Cultural Studies of Culture Pedagogues in Postmodern Space*. New York: Psychology Press, 1996.
- Goddiener, Mark. *Postmodern Semiotics. Material Culture & the Form of Postmodern Life*. Oxford, 1998.
- Harrari, Josue V. "Introduction." In *Textual Strategies: Perspectives in Post-structuralist Criticism*. London, 1980.
- Heller, Agnes and Ferenc Fehér. *The Postmodern Political Condition*. Cambridge: Polity Press, 1988.
- Jameson, Fredric. *The Political Unconscious: Narrative as a Socially Symbolic Act*. London, 1981.
- Lash, Scott and John Urry. *Economies of Signs & Space*. London: Sage, 1994.
- Lévinas, Emmanuel. *Autrement que savoir*. Paris: Vrin, 1988.

- Poster, Mark. *The Mode of Information. Post-Structuralism & Social Context*. Cambridge, 1996.
- Rorty, Richard. "The Introduction." In *Contingency, Irony & Solidarity*. Cambridge, 1989.
- Sarup, Madan. *An Introductory Guide to Post-structuralism & Postmodernism*. New York; London: Harvester Wheatsheaf, 1988.
- Sarup, Madan. *Identity, Culture & the Postmodern World*. Edinburg, 1998.
- Ward, Glenn. *Postmodernism*. Chicago, 1997.
- Write, Hayden. *Metahistory: The Historical Imagination in the Nineteenth-Century Europe*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1973.

**Марина Можейко. Пост-постмодернізм і сучасні тенденції в розвитку філософії права: фінал постмодерністської парадигми або новий початок?**

**Анотація.** Статтю присвячено осмисленню постмодерністської проблематизації презумпції можливості наявності певної шкали оцінок і цінностей, яка, у свою чергу, робить можливими кваліфікацію вчинків у тій або іншій якості та відповідальність суб'єкта за вчинені діяння. На основі аналізу стану сучасної культури окреслено перспективи постмодерністської парадигми і відповідні тенденції в розвитку філософії права.

У першій частині статті констатується криза базових постулатів культури постмодерну, яка проявляється в таких станах останньої, як деонтологізація культурних смислів, породжена ідеєю наративності, та аксіологічний ацентризм, тобто відсутність ієрархічно організованого щодо оцінок і цінностей культурного середовища, що у філософському постмодернізмі виражено презумпцією «занепаду метанарацій». Наслідком стало руйнування суб'єкта і суб'єктивності та етики в традиційному її розумінні, включаючи ідею правової відповідальності людини за скоєні вчинки.

У другій частині статті розглядається проблема можливості права в контексті різних проектів трансформації постмодерністського дискурсу в рамках загальної програми «воскресіння суб'єкта», тобто створення нової антропології як можливості морально-правової повинності: імпрінтингологічний проект, проект неокласицизму і комунікативний проект. У своїй єдності позначені стратегії подолання «кризи ідентифікації» задають оформлення нового етапу еволюції постмодерністської філософії – пост-постмодернізму – і відкривають нові можливості для філософії права.

**Ключові слова:** постмодернізм; пост-постмодернізм; філософія права; наративність; «занепад метанарацій»; «смерть суб'єкта»; «воскресіння суб'єкта».

**Марина Можейко. Пост-постмодернизм и современные тенденции в развитии философии права: финал постмодернистской парадигмы или новое начало?**

**Аннотация.** Статья посвящена осмыслению постмодернистской проблематизации презумпции возможности наличия определенной шкалы оценок и ценностей, которая, в свою очередь, делает возможными квалификацию поступков в том или ином качестве и ответственность субъекта за совершенные деяния. На основе анализа состояния современной культуры очерчены перспективы постмодернистской парадигмы и соответствующие тенденции в развитии философии права.

В первой части статьи констатируется кризис базовых постулатов культуры постмодерна, который проявляется в таких ее состояниях, как деонтологизация культурных смыслов, порожденная идеей нарративности, и аксиологический ацентризм, то есть отсутствие иерархично выстроенной в отношении оценок и ценностей культурной среды, что в философском постмодернизме выражено презумпцией «заката метанарраций». Следствием стало разрушение субъективности и этики в традиционном ее понимании, включая идею правовой ответственности человека за совершенные поступки.

Во второй части статьи рассматривается проблема возможности права в контексте различных проектов трансформации постмодернистского дискурса в рамках общей программы «воскрешения субъекта», то есть создания новой антропологии как возможности морально-правового долженствования: импринтингологический проект, проект неоклассицизма и коммуникативный проект. В своем единстве обозначенные стратегии преодоления «кризиса идентификации» задают оформление нового этапа эволюции постмодернистской философии – пост-постмодернизма – и открывают новые возможности для философии права.

**Ключевые слова:** постмодернизм; пост-постмодернизм; философия права; нарративность; «закат метанарраций»; «смерть субъекта»; «воскрешение субъекта».

### **Marina Mozheiko. Post-Postmodernism and Current Trends in the Development of Legal Philosophy: The End of the Postmodern Paradigm or a New Beginning?**

**Abstract.** The article deals with the postmodern problematization of the possibility of a certain value scale, which, in turn, makes it possible the qualification of human acts and the subject's responsibility for the committed acts. Based on the analysis of the state of modern culture, the prospects of the postmodern paradigm and the corresponding trends in the development of the philosophy of law are outlined.

In the first part of the article, a crisis of the basic postulates of postmodern culture is ascertained. It manifests itself in such conditions as deontologization of cultural meanings (generated by the idea of narrativeness) and axiological acentrism (the lack of hierarchical structure of the cultural environment assessments and values). In philosophical postmodernism, the latter is expressed by the presumption of “sunset of metanarratives”. The consequence was the destruction of subjectivity and ethics in its traditional sense, including the idea of a person's legal responsibility for committed acts.

The second part of the article discusses the problem of the possibility of law in the context of various projects for the transformation of postmodern discourse in the framework of the general program of “resurrecting the subject”, that is, the creation of a new anthropology as an opportunity for moral and legal obligation: an imprinting project, a neoclassicism project, and a communication project. In their unity, the indicated strategies for overcoming the “crisis of identification” set the new stage of the evolution of postmodern philosophy – post-postmodernism – and open up new possibilities for the philosophy of law.

**Keywords:** postmodernism; post-postmodernism; philosophy of law; narrativeness; “sunset of metanarratives”; “death of the subject”; “resurrection of the subject”.

Одержано / Received 30.05.2019

## ПРАВОВІСТЬ АНТРОПОСОЦІАЛЬНИХ ЯВИЩ: ФІЛОСОФСЬКІ ЗАСАДИ ІДЕНТИФІКАЦІЇ

### Вступні зауваги

У сучасний період існування Української держави в її законодавстві намітилась певна нова тенденція: у ньому почастишали випадки використання складних слів (термінів), коренем яких є «прав». Так, наприклад, у Конституції України вживаються такі терміни і термінологічні словосполучення, як-от: «правова держава», «права людини», «право», «нормативні правові акти», «правосуддя» (відповідно статті 1, 3, 8, 117, 124); у Кодексі адміністративного судочинства України – «протиправні» акт, дії, бездіяльність (ст. 245); а у Кримінальному кодексі України «неправосудний вирок» (ст. 375); «неправомірна вигода» (статті 354, 364, 364<sup>1</sup>, 368, 368<sup>3</sup>, 368<sup>4</sup>, 369, 370). Розуміння всіх наведених термінів і терміносполучень в юридичній практиці, у різноманітних юридичних актах та документах має бути однозначним, аби відповідати принципам насамперед рівності всіх громадян перед законом і судом, недискримінації, правової визначеності. При цьому є очевидним, що всі згадані вище терміни є так чи інакше похідними від слова «право». І тут ми неминуче наражаємося на такий беззаперечний факт, доведений усією правовою історією (та й сучасністю): означення не було та й не є односмісловним, однозначним.

### Слово «право» як назва різноманітних явищ і понять

Термін «право» від давніх-давен і донині ніде і ніколи не мав однакового значення, уніфікованого смислу.

На юридичному факультеті Львівського національного університету імені Івана Франка за мого наукового керівництва на початку 2000-х рр. студенткою (згодом аспіранткою, а нині – доценткою) Т. Дудаш була здійснена унікальна наукова

<sup>1</sup>Петро Мойсейович Рабінович, завідувач Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України, академік НАПрН України, професор кафедри теорії та філософії права, Львівський національний університет імені Івана Франка.

Petro Rabinovych, Head of the Lviv Laboratory of Human Rights and Citizen Research Institute of State Building and Local Government of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Professor at the Department of Theory and Philosophy of Law, Ivan Franko National University of Lviv.  
e-mail: rmpetro2009@gmail.com



розвідка<sup>2</sup>. Предметом цієї розвідки було виявлення первинних значень слова «право» у численних різноманітних мовах світу. І на основі вивчення цього терміна у 50-ти різномовних етимологічних словниках було виявлено, що у стародавні часи цим терміном найчастіше позначались такі явища (і поняття про них):

- **свобода** людини, тобто простір здійснення можливостей людської поведінки (діяльності);
- **справедливість** як оцінювана щодо тих чи інших суб'єктів суспільства певна властивість суспільних явищ, зокрема людських вчинків;
- **правила** (норми) різноманітного походження стосовно людської поведінки, зокрема звичаї і традиції;
- частина (чи форма) **моралі**;
- лише такі **норми поведінки**, які тими чи іншими суб'єктами вважаються **справедливими**;
- **норми** такої поведінки, **встановлені** саме **державою**, її органами чи посадовими особами;
- **угоди** (договори) учасників суспільних відносин.

У період же новітньої історії (XX–XXI ст.) людства термін «право» почав використовуватися також для позначення ще й таких явищ і понять про:

- **суспільні відносини** певного виду;
- **комунікацію** (перемовини, дискурс) між суб'єктами;
- **вимоги** (домагання) суб'єктів щодо надання їм певних благ, цінностей, звернені до суспільства, держави чи до інших осіб;
- **можливості** задоволення людських потреб та інтересів учасників суспільних відносин;
- **інтереси** соціальних груп або всього суспільства, захищені державою чи ж іншою публічною владою;
- **балансування** («зважування») між собою інтересів людей та їхніх груп;
- **почуття**, переживання, емоції учасників суспільних відносин.

У філософсько-правовій та теоретико-правовій науках сформовано спеціальну категорію (тобто поняття вельми широкого змісту), яка, здавалось би, спроможна охопити, відобразити всі існуючі роз'яснення стосовно того, що ж являє собою явище права. Такою є категорія **праворозуміння**. Визначити її можна в такий спосіб: *праворозуміння – це відображення у людській свідомості за посередництвом поняття «право» того явища, яке є корисним для задоволення потреб існування й розвитку певного суб'єкта. Такі суб'єкти можуть бути або індивідуальними (окремі індивіди), або колективними (людські спільноти, угруповання).*

Якщо численні, досить різноманітні явища позначаються одним і тим самим словом («право»), то це, мабуть, тому, що їм усім притаманна одна й та сама властивість, якість.

<sup>2</sup> Тамара Дудаш, *Праворозуміння крізь призму герменевтики* (Львів: Край, 2010).

То в чому ж вона полягає?

На мою думку, таким спільним є їхня здатність, спроможність бути життєво необхідними (корисними, цінними) для існування й розвитку тих чи інших різноманітних учасників суспільного життя (окремих людей та їхніх груп – спільнот, колективів, об'єднань тощо). І в першу чергу самі ці суб'єкти (або ж їхні представники) прагнуть вживати стосовно відповідних явищ означене слово. Адже такі явища якраз створюють чи «уособлюють» можливості, необхідні для задоволення людських буттєвих потреб, а тому й слугують підставою, «виправданям» певних очікувань і діянь як правильних, справедливих, правдивих, виправданих.

### Чому існують різні праворозуміння

Тут йдеться, вочевидь, про *причини* неоднозначної відповіді на питання: що є правом? Тобто про ті обставини, які від початків людської цивілізації й дотепер зумовлювали розмаїті тлумачення поняття «право».

У чому ж ці причини полягають? Чи вони є випадкові чи, навпаки, закономірні? Чи можуть вони бути усунені? Або ж, можливо, колись вони зникнуть самі?

Інакше кажучи, з чого виходять ті, хто *обирає* – усвідомлено чи неусвідомлено – лише певний варіант праворозуміння?

Такі причини, які зазвичай мають *соціальний* характер, можна розподілити на дві групи: **потребові та пізнавальні (гносеологічні)**.

До першої групи належать ті, котрі коріняться в соціальній неоднорідності суспільства, тобто в його поділі на різноманітні частини – нації, етнічні спільноти, соціально-економічні класи, професійні верстви, ідеологічні угруповання тощо. А кожна із таких соціальних груп має – поряд із однаковими, загальносуспільними потребами й інтересами – і свої специфічні, неоднакові потреби та інтереси. І цілком природним є те, що кожна соціальна група (в особі її індивідуальних чи колективних представників) схильна вважати правом насамперед таке явище, яке полегшує, а не ускладнює її існування й розвиток, яке сприяє, а не перешкоджає задоволенню її потреб та інтересів. Отож, у суспільстві соціально неоднорідному слово «право» використовується для позначення і явищ неоднорідних.

Друга ж група причин полягає в тому, що яке б явище не вважалось правом, це явище зазвичай є досить складним, багаторівневим, багатогранним. І тому при його пізнанні майже неможливо охопити відразу й одночасно всі його грані, прояви, сторони. Найчастіше дослідник не досягає всіх його елементів, а зосереджується лише на якомусь одному з них і нерідко перебільшує його значимість. Наслідком такої пізнавальної ситуації стає вирізнення лише окремих проявів відповідного явища, які, проте, проголошуються «правом» у цілому, в усій його повноті та цілісності.

До цієї ж групи причин належить і та обставина, що яке б явище не вважати правом, воно зазвичай не є незмінним, застиглим, а, навпаки, є мінливим, плинним,

змінюваним, тобто динамічним. І це теж так чи інакше зумовлює трансформацію праворозуміння (причому навіть у межах однієї соціальної групи).

Оскільки ж усі зазначені вище фактори нині супроводжують і, цілком ймовірно, завжди супроводжуватимуть існування будь-якого суспільства, то *плюралізм праворозуміння й надалі залишатиметься постійно притаманним людській свідомості.*

Утім, коли виникає небезпека для існування якогось суспільства (скажімо, внаслідок зовнішнього збройного нападу на нього з боку іншої держави) або ж загроза для життєдіяльності всього людства (наприклад, через руйнівні природні катаклізми чи істотне погіршення зовнішнього природного середовища на планеті), тоді можуть складатися умови задля формування єдиного, уніфікованого праворозуміння у відповідній спільноті.

### Основні різновиди праворозумінь

До них (як свідчить уся тривала історія правової думки) належать щонайменше такі, які дістали досить *умовні* назви різновидів «позитивістське» та «непозитивістське» (або так зване «природне»). Перше зазвичай пов'язується із тими чи іншими волевиявленнями держави; натомість друге, навпаки, визнає правом саме такі явища, які виникають та існують до або незалежно від означених волевиявлень.

Серцевиною другого різновиду праворозуміння визнаються *основоположні права людини*. З такої назви останніх випливає висновок, що існують і такі права та свободи людини, які до основоположних не належать. А отже, постає питання про критерії розмежування названих «природних» прав і свобод.

Спробуємо розглянути це питання.

**Буттєві потреби людини – генератор її основоположних прав.** Як мені вже доводилось визначати загальне поняття людських потреб, можна стверджувати, що воно відображає *стан нестачі певних благ, необхідних для її нормального – за конкретно-історичних умов – існування та розвитку, який спричиняє у неї фізичний та психічний дискомфорт.*

Коментуючи наведену дефініцію, висловлю ще декілька додаткових міркувань.

*По-перше.* Як «нормальні» (потреби людини) кваліфікуватимуться ті з них, котрі забезпечені таким обсягом засобів їх задоволення, який є достатнім для всіх членів суспільства; ці засоби можуть бути розподілені між останніми на засадах соціальної справедливості; потребозадовольняюча діяльність носія потреб не спричинятиме шкоди будь-яким іншим суб'єктам.

*По-друге.* Всесвітніми (а також регіональними) стандартами основоположних прав людини є, точно кажучи, у більшості випадків тільки-но самі *назви* (найменування, термінологічні позначення, тобто словесні «оболонки») прав людини. Проте їх реалізація, що відбувається в конкретно-історичних суспільствах, є – зі зрозумілих причин – неоднаковою за змістом і обсягом, тобто насправді є нестандартною.

*По-третьє.* Потреби людини – з огляду на тривалість, тяглість процесу їх задоволення – розподіляються на *безперервні* (наприклад, потреба дихати) та *дискретні* (скажімо, потреба в їжі чи у сні). Ця їх класифікація має враховуватись при з'ясуванні та забезпеченні засобів задоволення тих чи інших потреб.

*По-четверте.* «Доза» (в кількісному вимірі, скажімо, відсоток) задоволених потреб людини в усьому їх обсязі, належному їй, – у певний проміжок часу та за певних конкретно-історичних умов – є найважливішим показником якості її життя, рівня її благополуччя. Користуючись цим показником, можна робити переконливий висновок стосовно розвиненості, справедливості, гуманності відповідного суспільства, умов життєдіяльності людей у ньому.

### **Основоположні права людини: критерії вирізнення**

Як відомо, у деяких праволюдних міжнародних актах, зокрема у європейській Конвенції 1950 р., стосовно прав і свобод людини вживається прикметник «основоположні» (англ. «fundamental»). У практиці перекладів цього прикметника українською мовою (у тому числі перекладах офіційних) використовувалися різні терміни, зокрема: «фундаментальні», «основні», «основоположні». Звідси випливає висновок про те, що зазначений термін орієнтує на вирізнення (виокремлення) названого різновиду прав і свобод з-поміж усіх інших явищ такого роду (класу). Отож, викладені нижче думки з цього приводу являють собою спробу запропонувати одне із можливих вирішень такого завдання, в основу якої покладено так званий потребовий дослідницький підхід, який здавна обґрунтовується мною у праволюдних дослідженнях.

Як мені вже доводилося зазначати<sup>3</sup>, загальним термінопоняттям «потреба» відображається, взагалі кажучи, одна із закономірних (іманентних, невід'ємних, неунікнуваних – можна сказати, органічних) властивостей будь-яких живих істот. Такою властивістю є певний їхній *стан*. Він (його зміст) полягає у *нестачі* (дефіциті, неповноті або відсутності) певних благ, екзистенційно необхідних для нормального – за певних конкретно-історичних умов (обставин) – існування та розвитку таких істот. При цьому означена нестача зазвичай супроводжується наявними в її носія негативними, дискомфортними переживаннями, відчуттями, емоціями, уявленнями, думками тощо.

Потреби людини (за такої інтерпретації їх сутності) є явищем насамперед *об'єктивним* – за їхнім змістом та обсягом. Це полягає в тому, що їх реальне існування не залежить від того, чи вони усвідомлені раціонально (інтелектуально) їхнім носієм або ж якимось іншим суб'єктом, чи не усвідомлені. Особливо це стосується, ясна річ, потреб власне фізичних (біологічних, фізіологічних – одне слово, вітальних). Але задоволення навіть і таких потреб здійснюється зазвичай у формах і такими засобами,

---

<sup>3</sup> Див.: Петро Рабінович, «Екзистенційні потреби людини – генератор її основоположних прав», *Публічне право* 2 (2018): 161–5.

які спродуковані соціумом. Тому не буде перебільшенням назвати навіть означені потреби *біосоціальними* (так само, як, до речі, і саму людину нерідко йменують істотою біосоціальною). При цьому видається принципово важливим підкреслити, що і явно оціночне термінопоняття «нормальне» (існування) теж може характеризуватися показниками досить об'єктивного ґатунку (про що йтиметься далі).

Та водночас потреби людини є також і явищем *суб'єктивним*, оскільки вони (на якомусь рівні, у якійсь формі свідомості їх носія – стан нестачі у нього певних благ) є невід'ємні від нього, приналежать йому і задовольняються в кінцевому підсумку його власними діями, вчинюваними за його особистим добровільним розсудом задля послаблення чи усунення наявного у нього дискомфорту, викликаного незадоволеністю його буттєвих потреб.

Видається очевидним, що роль різноманітних потреб людини (а отже, й їх задоволення) в існуванні та розвитку людини в соціумі є неоднозначною. З огляду на таку роль серед усіх людських потреб виділяють насамперед такі, без задоволення яких життєдіяльність людини взагалі стає неможливою. До останніх зазвичай включають насамперед потреби в їжі, в одязі, а також у житлі. (До речі, така обставина дістала відображення у ст. 48 Конституції України.) Там зазначено, що *кожен має право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло*. З огляду на це названі три види людських потреб буде цілком підставним вважати базовими, тобто фундаментальними, основоположними.

Отож, спираючись на викладені міркування, видається підставним зробити висновок про те, що – з позицій потребового підходу – основоположними правами і свободами людини слід вважати такі, котрі фіксують її можливості задоволення саме базових, життєво необхідних, буттєвих потреб.

Різнманітні праворозуміння можна об'єднувати у певні види (класифікувати) за різними критеріями, зокрема за способом обґрунтування, за культурно-цивілізаційною поширеністю, за соціально-змістовою природою, за кількісним складом суб'єктів-носіїв.

Скористаюсь лише одним із класифікаційних критеріїв, а саме: пов'язує чи не пов'язує певне праворозуміння явище права безпосередньо з владно-регулятивною діяльністю держави, її органів. За цим критерієм види праворозуміння поділяються на, так би мовити, *загальносоціальне* (зокрема, «природне» або «непозитивістичне»), коли правом визнаються суспільні явища (норми поведінки, відносини та ін.) недержавного походження й функціонування, та *спеціально-соціальне* – державно-вольове, або ж «юридичне», коли правом визнаються явища виключно державно-вольового походження.

Прикладом першого різновиду праворозуміння може слугувати таке, згідно з яким правом визнаються можливості задоволення потреб та інтересів певних учасників суспільного життя (так зване *потребове* праворозуміння, до прибічників якого здавна належу і я). Прикладом же другого з різновидів праворозуміння може слугувати,

умовно кажучи, праворозуміння *юридичне*, згідно з яким право – це правила поведінки, які встановила чи схвалила і забезпечує держава в особі своїх різноманітних органів: юридичні закони, постанови, укази, ухвали, рішення, вироки тощо.

На початковому курсі навчання в рамках загальної теорії права та держави студенти вивчають із позицій першого різновиду праворозуміння таке явище, як *основоположні людські права*; вони виникають та існують у людей та в їхніх груп насправді незалежно від волевиявлення держави, від її політики, від її законів, від регулятивної діяльності її органів та посадових осіб. А потім – з позицій другого різновиду праворозуміння – вивчатиметься у загальнотеоретичному аспекті юридичне (державно-вольове) регулювання суспільних відносин.

© П. Рабінович, 2019

### Бібліографія

- Дудаш, Тамара. *Праворозуміння крізь призму герменевтики*. Львів: Край, 2010.
- Рабінович, Петро. “Екзистенційні потреби людини – генератор її основоположних прав.” *Публічне право* 2 (2018): 161–5.
- Конституція України від 28 червня 1996 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
- Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35–36. № 37. Ст. 446.
- Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. Ст. 131.

### Bibliography

- Dudash, Tamara. *Pravorozuminnia kriz pryzmu hermenevtyky* [Law Understanding through the Prism of Hermeneutics]. Lviv: Krai, 2010 (in Ukrainian).
- Rabinovych, Petro. “Ekzystentsiini potreby liudyny – henerator yii osnovopolozhnykh prav [Human Existential Needs – the Generator of Fundamental Rights].” *Publichne parvo* 2 (2018): 161–5 (in Ukrainian).
- Constitution of Ukraine (1996).
- Code of Administrative Proceedings of Ukraine (2005).
- Criminal Code of Ukraine (2001).

### **Петро Рабінович. Правовість антропосоціальних явищ: філософські засади ідентифікації**

**Анотація.** Стаття присвячена аналізу низки фундаментальних аспектів плюралістичності праворозуміння. Зокрема, спираючись на результати унікального етимолого-правового дослідження, проведеного на початку 2000-х рр. на юридичному факультеті Львівського національного університету імені Івана Франка, виявляються понад десяток різноманітних соціальних явищ, стосовно яких і донині використовується термін «право». З'ясовуються основні причини плюралізму праворозуміння (соціальні та гносеологічні). Виявляється та спільна риса зазначених явищ, наявність якої дозволяє зацікавленим

суб'єктам відображати їх одним і тим самим термінопоняттям «право». Такою рисою є здатність відповідних явищ сприяти задоволенню потреб та інтересів тих чи інших суб'єктів суспільства (чи то індивідуальних, чи то колективних). У підсумку резюмується, що за такого методологічного – так званого потребового – підходу правом слід вважати можливість задоволення певних людських потреб, котрі необхідні для існування і розвитку учасників суспільного життя, зумовлені досягнутим рівнем розвитку конкретно-історичного соціуму та забезпечені соціальними обов'язками його відповідних суб'єктів.

**Ключові слова:** плюралізм праворозуміння; причини плюралізму праворозуміння; потребний дослідницький підхід; потребове розуміння правовості явищ.

### **Петр Рабинович. Правовость антропосоциальных явлений: философские начала идентификации**

**Аннотация.** Статья посвящена анализу философских аспектов правопонимания. В частности, исходя из результатов уникального этимолого-правового исследования, проведенного в начале 2000-х гг. на юридическом факультете Львовского национального университета имени Ивана Франко, выявляются более десятка различных социальных явлений, отображаемых терминопонятием «право». Выясняются основные причины плюрализма правопонимания (социальные и гносеологические). Констатируется то общее свойство таких явлений, наличие которого дает основание заинтересованным субъектам отображать их указанным терминопонятием. Таким свойством оказывается способность таких явлений содействовать удовлетворению потребностей и интересов тех или иных субъектов общества (то ли индивидуальных, то ли коллективных). В итоге резюмируется, что при таком – потребностном – методологическом подходе правом следует считать возможности удовлетворения определенных человеческих потребностей, необходимые для существования и развития членов общества, обусловленные достигнутым уровнем его развития и обеспечиваемые социальными обязанностями его субъектов.

**Ключевые слова:** плюрализм правопонимания; причины плюрализма правопонимания; потребностный исследовательский подход; потребностное понимание правовости явлений.

### **Petro Rabinovych. Legality of the Anthro-Social Phenomena: Philosophical Grounds of Identification**

**Abstract.** The article is focused on analysis of some fundamental aspects of the plural understanding of the law essence. In particular there are suggested more than a dozen social phenomena, which still are named by the word “law”. These phenomena have been found in the course of research undertaken in the early 2000’s at the Law faculty of the Lviv National University named after Ivan Franko. The article reveals the main reasons of the plurality of law understanding (social and epistemological). It’s been found the common feature of the mentioned phenomena, which allows the interested individuals to reflect them with the same term – “law”. This feature is the capacity of those social phenomena to contribute in satisfaction (meeting) the needs and interests of the relevant social actors (either individual or collective). All in all, it is concluded that according to such methodological approach – so called necessity oriented approach – the law is considered as capabilities to meet the relevant human needs, which are necessary for the existence

and development of the social life participants and these needs are resulted from the achieved level of development of the specific historical society and are secured by the social obligations of the relevant social actors.

**Keywords:** the plural understanding of the law essence; the reasons of the plurality of the law understanding; necessity oriented approach; necessity oriented understanding of the legality of phenomena.

Одержано / Received 29.05.2019



## (ИС)ПЫТАТЬ ПРАВО: ОПЫТ ПРАВОВОЙ И ЮРИДИЧЕСКИЙ

## I

**А**нализ ряда последних философско-правовых публикаций дает основания говорить о трансформации правового дискурса. Так, на смену классической дихотомии естественного и позитивного права на рубеже XX–XXI вв. приходит противостояние правового позитивизма и не-позитивистской философии права<sup>2</sup>. Аналогичным образом представители герменевтического правопонимания полагают противопоставление позитивного и естественного понимания права неплодотворным, предлагая искать так называемый «третий путь» между ними<sup>3</sup>. В свою очередь, динамическое правопонимание, возникшее на рубеже веков на постсоветском пространстве, также направлено на преодоление дуалистического подхода к праву, выработав ряд тех смысловых фигур (правовые коммуникация, диалог, обмен, происшествие), которые позволяют целостно осмыслить феномен права, не разбивая его на отдельные измерения<sup>4</sup>.

Вместе с тем и позиции аналитической философии права, трактующей право как официальный текст, норму, которая может быть сконструирована без каких-либо отсылок ко внешним критериям (например, морали), также остаются достаточно прочными<sup>5</sup>. В силу этого возникает вопрос о том общем измерении, которое могло бы свести воедино предметное поле исследования как аналитической, так и герменевтической философии права.

---

<sup>1</sup> Олексій Вячеславович Стовба, доктор юридичних наук, адвокат Харківської обласної колегії адвокатів.

Oleksiy Stovba, Doctor of Legal Sciences, Kharkiv Regional Bar Association.

e-mail: [stovba34@mail.ru](mailto:stovba34@mail.ru)

<sup>2</sup> См., напр.: Роберт Алекси, «По поводу тезиса о необходимости связи между правом и моралью: критика со стороны Е. Булыгина», *Российский ежегодник теории права* 2 (2009): 42–52; Евгений Булыгин, «Основана ли философия права (ее часть) на ошибке?» *Российский ежегодник теории права* 2 (2009): 53–62.

<sup>3</sup> Arthur Kaufmann, «Preliminary Remarks on a Legal Logic and Ontology of Relations», in *Law, Interpretation and Reality* (Dordrecht, 1990), 104–23; Arthur Kaufmann, «Ontologische Struktur des Rechts», in *Rechtsphilosophie im Wandel* (Frankfurt am Maine: Stationeneines Weges, 1972), 104–34.

<sup>4</sup> Сергей Максимов и др., *Неклассическая философия права: вопросы и ответы* (Харьков: Библиотека международного журнала «Проблемы философии права», 2013).

<sup>5</sup> См., напр.: Евгений Булыгин, *Избранные работы по теории и философии права*, пер. под науч. ред. Михаила Антонова, Елены Лисанюк, Сергея Максимова (Санкт-Петербург: АЛЕФ-Пресс, 2016).

## II

Представляется, что подобным измерением может служить тот общий правовой опыт, который испытывает каждый из нас в бытии с другими людьми, и являющийся отправной точкой для любой правовой рефлексии, осуществляется ли она в герменевтической, динамической, аналитической или любой другой парадигме. При этом следует оговориться, что правовой опыт представляет собой максимально широкое образование, включая в себя не только (и не столько) опыт права, но и опыт бесправия. Вместе с тем для последующего осмысления данный опыт необходимо концептуализировать в рамках какой-то общей системы координат. Ведь не секрет, что противоречия между типами правопонимания коренятся в разных способах трактовки дискурса как такового<sup>6</sup>. Если для позитивистов и аналитически ориентированных правоведов правовой дискурс есть комплекс лингвистических данных, то в естественно-правовой и сменившей ее герменевтической перспективах он выступает как комплекс полемических и стратегических событий. Из различного понимания дискурса вырастает и специфика предметного поля исследования. Если мы трактуем правовой дискурс как комплекс лингвистических данных, то и правовой опыт будет локализован в сфере словоупотребления, когда дискуссии будут вращаться вокруг понятия права и способов его использования. В подобном случае определяющим фактором для идентификации опыта как правового будет его соответствие тем критериям, которые заложены в сформулированном теоретиками понятии права. Таким образом, весь правовой опыт в подобной ситуации сводится к актам конструирования, а также интерпретации того комплекса лингвистических данных, при помощи которого устанавливаются официальные правила человеческого общежития.

В то же время трактовка правового дискурса как комплекса полемических и стратегических событий перемещает правовой опыт в совершенно иную сферу – в ситуацию конкретных человеческих взаимодействий, вовсе не обязательно опосредованных властным языковым дискурсом. В таком случае критерием правовой релевантности соответствующего опыта будет возможность его осмысления в той модальности, которая «запускается» определенным родом человеческих деяний (кражей, убийством, куплей-продажей и пр.). Тем самым правовой опыт в данном случае будет имманентен, то есть внутренне присущ самому происходящему, в то время как любой комплекс лингвистических данных будет вторичным и внешним по отношению к нему.

Представляется, что для того, чтобы свести воедино столь разные на первый взгляд измерения правового опыта, необходима та методология, которая не просто предоставила бы нам некий концептуальный метааппарат, но и открыла бы тот общий исток правового опыта, где коренятся все возможности его последующих, сколь угодно

<sup>6</sup>Мишель Фуко, «Истина и правовые установления», в *Интеллектуалы и власть*. Часть 2 (Москва: Праксис, 2005), 42.

разноплановых, трактовок. Соответственно далее мы попробуем рассмотреть правовой опыт под углом телесности, которая, по нашему мнению, представляет собой тот общий знаменатель, под который можно подвести различные правовые опыты.

### III

Как известно, в классической философии тело представляло собой материальный антипод духа и исследовалось исключительно под углом противопоставления категорий материального (тела) и духовного (сознания). Кардинальным образом ситуация меняется в XX в., прежде всего благодаря работам выдающегося французского философа М. Мерло-Понти. В своем труде «Феноменология восприятия» (1945) он осуществляет фундаментальное переосмысление феномена тела.

Продолжая заложенную поздним Э. Гуссерлем феноменологическую традицию, М. Мерло-Понти предлагает вернуться к началам любого научного и философского опыта. В качестве таковых у французского философа выступает феномен жизненного мира. По его словам,

все, что я знаю о мире, в том числе и через науку, я знаю, исходя из моего видения или того жизненного опыта, без которого все символы науки были бы пустым местом. Весь универсум науки строится на жизненном мире, и если мы хотим со всей строгостью помыслить саму науку, нам следует вернуться к этому опыту, вторичным выражением которого является наука<sup>7</sup>.

Однако жизненный мир постигается не посредством интеллектуального созерцания, но в ходе опыта. Опыт жизненного мира для М. Мерло-Понти представляет собой тот дорефлексивный исток, где коренится возможность любого научного либо философского знания. По его словам, «радикальная рефлексия есть осознание ее собственной зависимости от нерелексивной жизни, каковая является ее исходной, постоянной и конечной ситуацией»<sup>8</sup>. Тем самым, продолжая линию позднего Э. Гуссерля, французский философ стремится выйти за рамки пусть и феноменологически редуцированного, но все же сознания, замкнутого в собственной сфере и вынужденного в силу этого трансцендировать, искать путь «наружу». Однако М. Мерло-Понти удерживает генеральную линию феноменологии, пытаясь отыскать прежде всего смысл происходящего, так как «феноменологический мир не есть мир чистого бытия, но смысл, который проявляется на пересечении моих опытов и на пересечении моих опытов с опытами другого»<sup>9</sup>.

Вместе с тем, в отличие от Э. Гуссерля, который остановился на сопряжении своего опыта с опытом Других на стадии интерсубъективности, у французского феноменолога опыт не отождествляется исключительно с сознанием. В той мере,

<sup>7</sup> Морис Мерло-Понти, *Феноменология восприятия* (Санкт-Петербург: Ювента, Наука, 1999), 7.

<sup>8</sup> Там же, 13.

<sup>9</sup> Там же, 20.

в какой он локализован в дорефлексивной сфере, первично опыт оказывается прерогативой тела, когда рефлексия сознания – сколь бы радикальна она не была – представляет собой всего лишь второй шаг. Отказываясь от вышеописанной дихотомии сознания и тела, М. Мерло-Понти утверждает: «отдельно взятый человек – это не психика в соединении с организмом, это хождение существования взад-вперед между телесностью и личностными поступками»<sup>10</sup>. Такое понимание оказывается неожиданно продуктивным и для сферы права. Ведь очевидно, что первичным толчком для правового дискурса является человеческий поступок, релевантный в правовом отношении, концептуализируется ли он затем в рамках комплекса лингвистических данных или комплекса стратегических и полемических событий. А поступок, деяние совершаются не бестелесным намерением, но всегда опосредованы телом как своеобразным «якорем», который позволяет «укорениться» человеку в мире как ответственному автору деяния и является экзистенциально-онтологическим базисом юридической категории «субъект права».

Таким образом, именно опыт оказывается тем общим знаменателем, который примиряет тело и сознание, материальное и духовное. При этом как опыт сознания, так и опыт тела понимается французским философом максимально синкретично, целостно. Подобно тому, как опыт сознания не тождественен интеллектуальным спекуляциям, так и опыт тела несводим исключительно к сфере чувственных данных. Опыт сознания – быть в мире и среди Других. Опыт тела – осмысленно быть в мире. Для М. Мерло-Понти «быть сознанием или, точнее, быть опытом – значит внутренне сообщаться с миром, телом и Другими, быть вместе, а не рядом с ними»<sup>11</sup>. Аналогично и «опыт тела приводит нас к признанию полагания смысла, смыслополагания, идущего не от универсального конституирующего сознания, смысла, присущего определенным содержаниям»<sup>12</sup>. Отсюда нам открывается совершенно новое измерение, когда материальное и духовное, бытие и сознание более не противостоят друг другу, но сливаются в сфере целостного опыта. Как подчеркивает М. Мерло-Понти,

я есмь мое тело, по крайней мере, ровно настолько, насколько что-то имею, и, с другой стороны, мое тело есть своего рода естественный субъект, предварительный набросок моего целостного бытия. Таким образом, опыт собственного тела противостоит рефлексивному подходу, который отделяет субъекта от объекта и который дает нам лишь размышления о теле или тело в идее, а не опыт тела или тело в реальности<sup>13</sup>.

Следовательно, на место интеллектуального созерцания классической философии приходит опыт жизненного мира, который первично-дорефлексивно испытывается посредством тела. Любая рефлексия сознания, сколь бы радикальна она не была,

<sup>10</sup> Мерло-Понти, *Феноменология восприятия*, 126.

<sup>11</sup> Там же, 135.

<sup>12</sup> Там же, 197.

<sup>13</sup> Там же, 258.

всегда представляет собой всего лишь «второй шаг», осуществляясь «постфактум» относительно опыта тела. При этом необходимо подчеркнуть, что телесный опыт жизненного мира представляет собой не «слепой» комплекс чувственных данных, но осмысленную погруженность в жизненный мир. Однако в отличие от «активного» сознания, подобно прожектору «освещающего» мир, подобная погруженность первично носит пассивный характер, когда, по удачному замечанию российской исследовательницы А. В. Ямпольской, на место именительного падежа «Я» приходит падеж винительный либо дательный<sup>14</sup>. Тем самым активного субъекта классической философии права замещает пассивный субъект, претерпевающий внешнее воздействие – репрессию (М. Фуко), аффицированность (М. Анри), захваченность происшествием (М. Хайдеггер) и осмысляющий его в ходе ответной реакции – рефлексии опыта (Э. Гуссерль), прощения либо забвения (П. Рикер), респонсивности (Б. Вальденфельс) и т. п. Очевидно, что подобные смысловые фигуры являются гораздо более достоверными применительно к правовой реальности, нежели классический рациональный субъект, на основе свободы воли трезво избирающий вариант совершения правового деяния. Несколько отступая от темы, следует заметить, что в данном случае вообще становится проблематичным говорить о «субъекте права», который трансформируется в своеобразную «стратегию правового поведения»<sup>15</sup>.

Аналогичным образом и в сфере правовой методологии на место сознания как первично-достоверной сферы трансцендентального правового опыта, раскрываемой в ходе рефлексии либо интеллектуального конструирования лингвистических правовых объектов, приходит тело как дорефлексивная основа правового опыта. Другими словами, исходный правовой опыт как поле философско-правового осмысления перемещается из сферы сознания в сферу тела. В свою очередь, в правовой сфере тело преимущественно выступает не чувственно-материальным носителем актов свободной воли субъекта права, но пространством репрессии (М. Фуко) либо полюсом идентичности в противовес сфере ложного (отчужденного) сознания (Маркс, Ницше, Фрейд), когда «тело постоянно, так сказать, абсолютным постоянством, служащим фоном относительному постоянству всегда готовых исчезнуть объектов – объектов как таковых»<sup>16</sup>. Тем самым вместо параллельно существующих правовых дискурсов, трактующих право как комплекс лингвистических данных либо стратегических и полемических событий, мы получаем два тесно взаимно переплетенных вида опыта, которые могут быть названы опытами *правового* и *юридического*. Если последний есть претерпевание контакта с государственно-властными

<sup>14</sup> Анна Ямпольская, *Феноменология в Германии и Франции: проблемы метода* (Москва: РГГУ, 2013), 90.

<sup>15</sup> Более подробно см.: Алексей Стомба, «Судьба и право: к переосмыслению правовой антропологии в контексте неклассической философии права», в *Этические и антропологические характеристики современного права в ситуации методологического плюрализма* (Минск: Академия МВД, 2015), 86–92.

<sup>16</sup> Мерло-Понти, *Феноменология восприятия*, 130.

институтами и юридическими нормами, то первый есть испытание вовлеченности в особого рода происшествие (событие), которое можно осмыслить лишь в смысловой размерности права. При этом обе разновидности опыта являются прежде всего опытами тела, погруженного в сферу осмысленных взаимодействий между людьми, в отношении которых любая рефлексия сознания представляет собой лишь «второй шаг». Соответственно далее перед нами стоит задача описания этих двух видов опыта и экспликация их характерных особенностей.

#### IV

Приступая к описанию опыта юридического сквозь призму телесности, следует отметить, что наработанный терминологический аппарат для выполнения этой задачи на данный момент отсутствует. В силу этого мы попробуем наметить основные линии интерпретации опыта юридического, основываясь на феноменологическом анализе тех смыслов, которые порождены самим фактом погруженности тела в сферу юридического.

Традиционно в юридической плоскости тело мыслилось как объект преступного посягательства либо репрессивного воздействия со стороны государственной власти. Данная репрессия могла осуществляться как прямо – посредством телесных наказаний либо смертной казни, так и опосредованно – как объективация тела, его ограничение, в случае, например, продажи в рабство либо тюремного заключения. Изначально тело выступало как имманентное воплощение автономии человека, как та граница, предел для внешнего вмешательства, который мог быть нарушен лишь в особых случаях и уполномоченным на то официальным лицом. Отсюда, собственно юридическая специфика телесного опыта, будь это опыт боли либо же опыт объективации, заключается в том, что вследствие упомянутого нарушения границы тело становится доступным, утрачивает *автономию, самопринадлежность*. Таким образом, как властная репрессия, так и преступное посягательство в отношении тела предполагают не просто испытание физической боли, но и утрату телом свойства лиминальности, когда оно теряет способность ставить предел чужим поступкам и тем самым превращается в пассивное поле преступных либо государственно-властных деяний.

Вместе с тем тело может быть не только пассивным «объектом», но и активным «субъектом» деяния. В сфере опыта юридического тело как субъект деяния описывается в качестве «материального носителя», своего рода «субстрата» деяния. Юридическая специфика такого деяния заключается прежде всего в том, что оно является *необратимым*. Если деяние моральное может быть «стерто» в ходе прощения, а деяние религиозное «искуплено» *покаянием*, то деяние в юридической размерности с момента своего совершения обладает так называемым «абсолютным», то есть неуничтожимым и неустранимым бытием. Юридические последствия такого деяния могут быть отсрочены либо же «уравновешены» в ходе примирения,

возмещения, компенсации, но их никоим образом нельзя «забыть», заставить «исчезнуть». В той мере, в какой совершенное деяние является необратимым, а его результаты в принципе нельзя эквивалентно «избыть», следствием деяния всегда являлась альтернатива. Она заключается в том, чтобы примириться и вынести санкцию за пределы тела (посредством компенсации деяния в превращенной форме – выплаты виры, возмещения, штрафа) либо подобным же – необратимым способом «обратить взыскание на само тело» как «совершившее деяние». Подобное обращение взыскания может быть либо прямым – как, например, смертная казнь, телесное наказание, продажа в рабство либо тюремное заключение (которые по своей сути также необратимы, как само совершенное деяние), либо косвенным – например, изгнание либо объявление вне закона. Тем самым опыт тела как совершившего деяние есть, с одной стороны, опыт трансцендирования, выхода за свои пределы, а с другой – раскрытие себя для возможных юридических последствий содеянного.

Следует отметить, что последние из указанных разновидностей юридических последствий совершенного – изгнание либо объявление вне закона – являются древнейшими разновидностями наказания как такового. Помимо своей очевидной, прямой функции – исторгнуть тело правонарушителя из общественного организма, удалить его физически – они несут в себе указание и на иной, более исходный план опыта правового – план совместного бытия друг с другом. Иными словами, вследствие совершения определенного рода деяний человек оказывается как бы «отрезанным» от других людей – они оказываются «замкнуты» ему в силу совершенного им. Нарушивший закон человек физически может продолжать «находиться вместе со всеми», но экзистенциально он уже «выброшен» из совместного бытия с другими. Ярким примером этого является описанная Ф. Достоевским ситуация Родиона Раскольникова, когда вследствие совершенного двойного убийства он испытывает не просто муки совести, но опыт совершеннейшего одиночества. Иными словами, сохраняя совершенное им убийство в тайне, он оставался свободным физически, но экзистенциально уже был отверженным.

В той мере, в какой подобный опыт отчужденности выходит за рамки повседневности, его вербальная интерпретация практически всегда осуществляется посредством языка властного дискурса. В свою очередь, истолкование подобного опыта при помощи навязанных извне комплексов лингвистических данных приводит к тому, что человек движется в чуждых, не знакомых ему смысловых структурах. В силу чуждости этого языка осмысление опыта юридического происходит из горизонта опыта обыденного в негативном смысловом ключе. Его негативность состоит в том, что в такой форме опыта человек *изначально виновен* – он «не смог договориться сам», «попался», «довел дело до суда» – и поэтому отдан во власть чуждых ему сил и институций. Таким образом, в юридическом опыте бытия-с Другими человек как бы отчужден от привычной ему смысловой интерпретации мира, а всякая телесная

изоляция преступника от общества, будь это тюремное заключение, изгнание либо объявление вне закона, имеет своим фоном изоляцию экзистенциальную.

Разумеется, опыт одиночества не является локализованным исключительно на уровне совместного бытия людей. Телесная отчужденность лица в бытии с другими обозначает нечто большее, чем ее физическое преломление в юридической плоскости посредством разнообразных способов изоляции тела преступника от общества. Попадая в сферу властного контроля, тело не только, как уже было сказано, «объективируется», утрачивая самопринадлежность, но и изолируется от бытия как такового. Опыт пребывания в местах лишения свободы отнюдь не ограничивается физической невозможностью выйти за пределы соответствующего учреждения, но означает тотальную подконтрольность, врученность в своем бытии в руки юридических институций. Собственно, смысл наказания, который порождается пребыванием тела в рамках пенитенциарной системы, заключается в том, что в этих условиях с телом может произойти не что угодно, но лишь то, что предписано, установлено, задано. Установленный посредством правил распорядок дня, когда время заключенного строго расписано, не оставляет места для случайности. Ограничивая бытие заключенного посредством временного срока наказания и регламентации распорядка его отбытия, юридические институции пытаются «изъять» тело из событийности, случайности, вывести его из-под власти бытия, на место которого становится властный субъект. Как пишет М. Фуко,

тело служит теперь своего рода орудием или посредником: если на него воздействуют тюремным заключением или принудительным трудом, то единственно для того, чтобы лишить индивида свободы, которая считается его правом и собственностью. ... Перестав быть искусством причинения невыносимых страданий, наказание становится экономией «приостановленных» прав<sup>17</sup>.

Взятый в подобной плоскости опыт юридического из простой физической изоляции трансформируется в опыт бессобытийности, опыт «изъятости из бытия», когда юридическая санкция замыкает для человека время и бытие посредством установления срока наказания и режима его отбывания.

Суммируя сказанное, следует заключить, что опыт юридического может быть осмыслен в плоскости 1) собственно тела как физического объекта, 2) тела как «субстрата» деяния, 3) тела как пребывающего в сфере бытия-с Другими, а также 4) тела как «органа», посредством которого человек включен в бытие, событийность как таковую. При этом источником осмысленности такого опыта является не интеллектуальная рефлексия сознания, но само тело, как погруженное в мир социальных взаимодействий. Взятый сквозь призму телесности опыт юридического заключен в том, что человек не принадлежит себе. Онтологической основой подобного опыта является репрессивное воздействие правового сущего

<sup>17</sup> Мишель Фуко, *Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы* (Москва: Ad Marginem, 1999), 18.



независимо от того, воплощается ли оно в комплексе лингвистических данных либо же в физическом насилии. Тело при этом выступает горизонтом репрессии, тогда как время и бытие для репрессированного замкнуты (в силу отсутствия самопринадлежности) и даны лишь как санкция – их отсутствие, воплощенные в смертной казни, лишении свободы и пр. В итоге опыт юридического оказывается в экзистенциальном плане опытом одиночества в той мере, в какой он заполняет собой весь мир человека и «закрывает» его от других людей, а мир других людей – от этого человека. В то же время онтологический план телесного опыта юридического представляет собой замкнутость времени и бытия, а в пределе – тотальную бессобытийность.

## V

Аналогичным образом и опыт правового может быть структурирован по векторам физической телесности, авторства деяния, бытия-с Другими и событийности. Физически опыт правового укоренен в телесной симметрии, где возможно различить правильное, «правое» в противовес ложному, «левому». Отнюдь не случайно тождественная этимология «права» как «правого» прослеживается не только в русском либо украинском, но и в немецком («Recht»), французском («droit»), английском («right»), испанском («derecho») языках. Примечательно, что в противовес «праву» как имманентно «правильному» этимология термина для обозначения комплекса лингвистических данных властного дискурса не содержит ничего подобного: «закон», «Gesetz», «ley» либо «law» обозначают некое уложение, предел, из которого вовсе не следует их обязательной справедливости, правильности.

Тем самым на телесном уровне опыт правового исходно есть опыт избрания *направления*. «Правильность» этого направления первично открывается как его различие, отличие от иного, «кривого» либо ложного. Другими словами, в той мере, в какой погруженному в мир телу в силу этой изначальной включенности доступно, открыто иное сущее, также со-существующее в мире, – другие люди, вещи и т. п., то «правое» направление изначально есть тот истинный путь, которым возможно соотноситься с этим сущим<sup>18</sup>. Напротив, «левый» путь хотя и может физически приблизить какое-то сущее (например, чужую вещь посредством ее кражи), однако такой путь «выбрасывает» избравшего его из мира. Как уже было сказано, древнейшими санкциями в сфере права отнюдь не случайно являлись изгнание, объявление вне закона либо исключение из обмена. Указанные меры были призваны исторгнуть из «мира» как пространства упорядоченных связей между людьми того, кто своими «противоправными» действиями разрушал такую гармонию. Отсюда в противовес репрессивному опыту юридического правовой опыт на уровне тела первично представляет собой опыт гармоничного бытия-с Другими,

<sup>18</sup> Алексей Стомба, *Правовая ситуация как исток бытия права* (Харьков: Диса+, 2006), 113 и далее.

которое возможно благодаря запечатленному на уровне тела различию правого и левого, правого, то есть прямого, и левого, «кривого», путей.

Из описанного различия двух «путей-направлений», укорененных в телесности человека, следует и специфика осмысления опыта деяния. Если на юридическом уровне доминирующим вектором была названа необратимость деяния, которая могла быть уравновешена либо репрессией на уровне тела, либо материальным возмещением, то в опыте правового деяния представляет собой тот *способ*, каким человек избирает правильное направление и идет по верному пути. Разумеется, возможен и прямо противоположный вариант, когда деяние оказывается «противоправным» в самом исходном смысле этого слова, направляя человека по «кривому» пути, отдаляющему от него встречное в бытии сущее. Как удачно выразил это российский философ В. В. Бибахин, «право уходит корнями в интимное ощущение, что какие-то наши поступки хороши, безусловно надежны, счастливы, а какие-то, наоборот, неудачны, сомнительны»<sup>19</sup>. Таким образом, на уровне правового опыта телесность и деяние представляют собой синкретичную, целостную онтологическо-смысловую фигуру, когда деяние, совершаемое телом, осмысляется не посредством неких «внешних» критериев, но уже само по себе, в самом теле как «субстрате» своего осуществления несет свою меру и смысл.

Вместе с тем, как уже неоднократно подчеркивалось, тело погружено в мир наряду с иным сущим и, конечно же, с другими телами. Иными словами, как «носитель» деяния тело не абсолютно свободно. Если в опыте юридического предел телу ставит дискурс как комплекс лингвистических данных, «внешних» по отношению к нему, то в опыте правового на место подобного ограничителя становится *тело Другого*, которое ставит предел моим поступкам в бытии-с друг другом.

Данный опыт ограничения телом Другого является фундаментальным правовым опытом бытия-с Другими. Выше мы уже говорили о том, что телу наряду с самопринадлежностью имманентно присуще свойство лиминальности, пограничности. Вместе с тем указанный феномен не следует понимать узко – как предел физическим посягательствам. Например, я вижу лежащие на столике в кафе деньги. За этим столиком сидит человек. Соответственно я не могу взять эти деньги прежде всего не в силу абстрактных юридических предписаний, но именно из-за телесного присутствия Другого. Я не могу знать наверняка, его ли это деньги (или же их оставил предыдущий посетитель), но своим воплощенным пребыванием рядом с этим сущим Другой ставит границу моим деяниям в со-бытии, причем гораздо более очевидную и четкую, нежели юридические нормы. Как уже было сказано, эта граница может быть перейдена лишь «правым», правильным путем. И наоборот, если какая-либо вещь находится без присмотра, то никакой комплекс лингвистических данных сам по себе не в силах урегулировать ситуацию, необходимым образом нуждаясь для своей «реализации» в «живом», телесном присутствии Другого.

<sup>19</sup> Владимир Бибахин, *Введение в философию права* (Москва: Ин-т философии РАН, 2005), 15.

Из всего описанного следует и специфика опыта правового в плоскости событийности. Как мы помним, в опыте юридического человек всегда уже виновен в силу того, что он «не смог договориться по-хорошему», тем самым доведя дело до непосредственного контакта с властными институциями. В то же время в правовом происшествии его «вина» заключена лишь в том, что именно он сам занимает в этом происшествии определенное место, в силу чего к нему может быть предъявлено определенное требование<sup>20</sup>. «Вина» здесь понимается не формально-юридически, но экзистенциально-онтологически, как причина, повод, исток происходящего<sup>21</sup>. Тем самым опыт пребывания в правовом происшествии – это опыт самопринадлежности, когда то, что произошло, не лишает человека телесной автономии либо свободы выбора.

Залогом самопринадлежности в данном случае является то, что время и бытие не замкнуты для того, кто телесно, непосредственно вовлечен в правовое происшествие. Напротив, горизонтом подобного опыта является время как временной зазор между совершенным деянием и его правовыми последствиями, которые могут наступать безотносительно к юридическим нормам и институциям, действующим в определенном обществе (например, исключение из товарообмена как санкция)<sup>22</sup>. В свою очередь, бытие человека в правовом происшествии характеризуется тем, что, испытывая опыт правового, человек исходит из своего опыта открытости мира и Других, он не отчужден от него (них), а является его (их) частью. Такой опыт является более исходным, чем опыт юридический, поскольку его переживает всякий, кто сосуществует с другими людьми, а также потому что его координатами являются изначальные условия человеческого существования – телесное бытие-с Другими в мире. Опыт правового в отличие от опыта юридического может быть тематизирован без того, чтобы иные возможности бытия-в-мире с Другими оказались замкнутыми, как равноисходный и совместимый со всяким иным опытом. Бытийно-правовой опыт есть совместное существование с Другими в горизонте самопринадлежности, онтологическим залогом которой выступает нередуцируемая телесность как поле опыта самопринадлежности. Время и бытие в таком случае оказываются разомкнуты как горизонт свершения Самости, самопринадлежности путем наступления правовых последствий содеянного, когда человек «вручен» не репрессивным институциям, но самому бытию.

Таким образом, опыт правового выказывает себя в плане чистой телесности как имманентное ей «правильное направление» человеческих поступков, в плоскости деяния – как телесная синкретичность его смысла, в разрезе бытия друг с другом – как опыт лиминальности, а в аспекте событийности – как опыт самопринадлежности, врученности человека бытию.

<sup>20</sup> Алексей Стовба, *Темпоральная онтология права* (Санкт-Петербург: Алеф-пресс, 2017), 288.

<sup>21</sup> Martin Heidegger, *Sein und Zeit* (Tuebingen: Max Niemeyer Verlag, 2001), 281–2.

<sup>22</sup> Стовба, *Темпоральная онтология права*, 306 и далее.

## VI

Переходя к неизбежному вопросу о соотношении опыта юридического и опыта правового, следует отметить, что их не следует противопоставлять друг другу. С одной стороны, невозможность испытать полноценный правовой опыт, когда встречные в бытии-с Другими деяния вводят человека в опыт бесправия, является предпосылкой для обращения к юридическим институциям. В данном случае опыт юридического выступает скорее как механизм восполнения, компенсации невозможности испытать правовой опыт. С другой стороны, опыт юридический может не иметь ничего общего с правом, когда происходящее может быть осмыслено исключительно как репрессивное воздействие властного субъекта. Таким образом, мы имеем здесь дело не с диалектическим взаимодействием противоположностей, сливающихся в некоем всеобъемлющем синтезе, но со сложным переплетением двух разновидностей опыта бытия друг с другом. Представляется, что их осмысление является перспективным с точки зрения дальнейших попыток раскрытия единого экзистенциально-онтологического истока того, что человек вообще может знать и переживать нечто подобное праву.

© О. Стовба

## Библиография

- Алекси, Роберт. “По поводу тезиса о необходимости связи между правом и моралью: критика со стороны Е. Булыгина.” *Российский ежегодник теории права* 2 (2009): 42–52.
- Бибихин, Владимир. *Введение в философию права*. Москва: Ин-т философии РАН, 2005.
- Булыгин, Евгений. *Избранные работы по теории и философии права*. Перевод под научной редакцией Михаила Антонова, Елены Лисанюк, Сергея Максимова. Санкт-Петербург: Алеф-Пресс, 2016.
- Булыгин, Евгений. “Основана ли философия права (ее часть) на ошибке?” *Российский ежегодник теории права* 2 (2009): 53–62.
- Мерло-Понти, Морис. *Феноменология восприятия*. Перевод под редакцией И. Вдовиной, С. Фокина. Санкт-Петербург: Ювента, Наука, 1999.
- Максимов, Сергей, Юрий Пермяков, Андрей Поляков, Алексей Стовба, Илья Честнов, и Владимир Четвернин. *Неклассическая философия права: вопросы и ответы*. Харьков: Библиотека международного журнала «Проблемы философии права», 2013.
- Стовба, Алексей. *Правовая ситуация как исток бытия права*. Харьков: Диса+, 2006.
- Стовба, Алексей. “Судьба и право: к переосмыслению правовой антропологии в контексте неклассической философии права.” В *Этические и антропологические характеристики современного права в ситуации методологического плюрализма*, 86–92. Минск: Академия МВД, 2015.
- Стовба, Алексей. *Темпоральная онтология права*. Санкт-Петербург: Алеф-пресс, 2017.
- Фуко, Мишель. “Истина и правовые установления.” В *Интеллектуалы и власть. Часть 2*, 40–177. Перевод И. Окуновой под редакцией Б. Скуратова. Москва: Праксис, 2005.

- Фуко, Мишель. *Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы*. Перевод В. Наумова под редакцией И. Борисовой. Москва: Ad Marginem, 1999.
- Ямпольская, Анна. *Феноменология в Германии и Франции: проблемы метода*. Москва: РГГУ, 2013.
- Heidegger, Martin. *Sein und Zeit*. Tuebingen: Max Niemeyer Verlag, 2001.
- Kaufmann, Arthur. "Ontologische Struktur des Rechts." In *Rechtsphilosophie im Wandel*, 104–34. Frankfurt am Maine: Stationeneines Weges, 1972.
- Kaufmann, Arthur. "Preliminary Remarks on a Legal Logic and Ontology of Relations." In *Law, Interpretation and Reality*, 104–23. Dordrecht, 1990

### Bibliography

- Alexy, Robert. "Po povodu tezisa o neobhodimoy svjazi mejdu pravom i moralyu; krytyka so storony E. Bulygina [Regarding the Thesis about the Need for a Connection between Law and Morality: Criticism from E. Bulygin]." *Rossiyskiy Ejegodnik Teoriyi Prava* 2 (2009): 42–52 (in Russian).
- Bibikhin, Vladimir. *Vvedenie v filosofiyu prava* [Introduction to the Philosophy of Law]. Moscow: Insitut filosofii RAN, 2005 (in Russian).
- Bulygin, Eugenio. *Izbrannie roboty po teorii I filosofii prava* [The Selected Works in the Theory of Law and Legal Philosophy]. Saint-Petersburg: Alef-press, 2016 (in Russian).
- Bulygin, Eugenio. "Osnovana li filosofiya prava (ee chast') na oshibke?" [Does (a Part of) Legal Philosophy Rest on a Mistake?] *Rossiyskiy Ejegodnik Teoriyi Prava* 2 (2009): 53–62 (in Russian).
- Merleau-Ponty, Maurice. *Fenomenologiya vospriyatiya* [Phenomenology of Perception]. Saint-Petersburg: Nauka, 1999 (in Russian).
- Maximov, Sergey, Yuriy Permyakov, Andrey Polyakov, Aleksey Stovba, Ilya Chestnov, i Vladimir Chetvernin. *Neklassicheskaya filosofiya prava: voprosy i otvety* [Non-classical Philosophy of Law: Questions and Answers]. Kharkov, 2013 (in Russian).
- Stovba, Aleksey. *Pravovaya situaciya kak istok bytiya prava* [Law Situation as the Origin of the Being of Law]. Kharkov: Disa+, 2006 (in Russian).
- Stovba, Aleksey. "Sudba i pravo: k pereosmysleniyu pravovoj antropologii v kontekste neklassicheskoy filosofii prava [Fate and Law: toward Rethinking Legal Anthropology in the Context of Non-classical Philosophy of Law]." V *Eticheskie i antropologicheskie harakteristiki sovremenogo prava v situacii metodologicheskogo plyuralizma*, 86–92. Minsk: Akademiya MVD, 2015 (in Russian).
- Stovba, Aleksey. *Temporalnaya ontologiya prava* [Temporal Ontology of Law]. Saint-Petersburg: Alef-press, 2017 (in Russian).
- Foucault, Michel. "Istina i pravovie ustanovleniya [Truth and Juridical Forms]." In *Intellektualy i vlast'* [Intellectuals and Power]. *Chast' 2*, 40–177. Moscow: Praxis, 2005 (in Russian).
- Foucault, Michel. *Nadzirat' i nakazivat' . Rogdenie Turmy* [Discipline & Punish: The Birth of the Prison]. Moscow: Ad Marginem, 1999 (in Russian).
- Yampolskaya, Anna. *Fenomenologiya v Germanii i Fransii: problemy metoda* [Phenomenology in Germany and France: The Issues of the Method]. Moscow: RGGU, 2013 (in Russian).

Heidegger, Martin. *Sein und Zeit*. Tuebingen: Max Niemeyer Verlag, 2001.

Kaufmann, Arthur. "Ontologische Struktur des Rechts." In *Rechtsphilosophie im Wandel*, 104–34. Frankfurt am Maine: Statione eines Weges, 1972.

Kaufmann, Arthur. "Preliminary Remarks on a Legal Logic and Ontology of Relations." In *Law, Interpretation and Reality*, 104–23. Dordrecht, 1990.

### **Олексій Стовба. Питаючи право: досвід правовий і юридичний**

**Анотація.** Протягом останніх двадцяти років складається враження, що прірва між аналітичним та герменевтичним напрямками філософії права дедалі глибшає. Причиною подібної ситуації є нестача спільного концептуального виміру та мови як методологічного підґрунтя для діалогу між ними. У будь-якому випадку замість того, щоб обговорювати сенс права, його сутність, модуси буття права або інші фундаментальні проблеми, філософія права починає вести нескінченні дебати стосовно поняття права, його зв'язку з мораллю або расовим, гендерним чи то пак іншими різновидами політично коректного дискурсу. Тому, щоб уникнути схоластичних дебатів, сучасна філософія права має відшукати той оригінальний вимір, де як прихильники аналітичного праворозуміння, так і правові герменевти можуть осмислено вести полеміку між собою. Таким виміром, який може слугувати загальним полем для правових дискусій, є людський досвід, коли людина і право зустрічаються між собою. Подібний досвід права є тією точкою відліку, де правові дослідники, чи то аналітики, чи то герменевти, починають шлях до осмислення права. Різниця між цими двома напрямками полягає в тому способі, яким правовий досвід стає ключовою точкою, яка привертає їх увагу. В аналітичній традиції цей досвід є необхідно пов'язаним з юридичними інституціями, такими як норми закону, рішення судів, правовідносини з компетентними особами та багатьма іншими ситуаціями, де людина зустрічається з різноманітним юридичним суцям. Подібний досвід буття серед юридичного суцього можна назвати «досвідом юридичним». У герменевтичній правовій філософії досвід буття людини у праві є кардинально відмінним. Він не має необхідного зв'язку з офіційними юридичними інституціями. Замість цього людина переживає досвід права як частку свого повсякденного буття-з Іншими, який є більш прадавнім, аніж будь-який контакт із нормами закону чи посадовими особами. Ключовим моментом подібного досвіду є сенс буття-з Іншими, який завжди є унікальним і конкретним. Цей різновид досвіду можна назвати «досвідом права». Разом із тим, незважаючи на всі відмінності, обидва різновиди досвіду мають загальну точку відліку – людину, яка переймається тим, що відбувається в її житті, який смисл та значення мають правові та юридичні події і т. ін. У будь-якому випадку, навіть якщо шляхи герменевтичної та аналітичної традицій ведуть у різні боки, вони мають спільний початок, який може слугувати середовищем діалогу між ними.

**Ключові слова:** юридичний досвід; досвід права; тілесність; дискурс; феноменологія.

### **Алексей Стовба. (Ис)пытать право: опыт правовой и юридический**

**Аннотация.** Анализ современных философско-правовых дискуссий на протяжении последних 20 лет дает основания заключить, что классическое противостояние школ естественного и позитивного правопонимания может быть адекватно переосмыслено в плоскости правового дискурса. При этом можно выделить два типа понимания правового

дискурса – как комплекса лингвистических данных и как комплекса полемических и стратегических событий. Как несложно заметить, первое понимание дискурса коррелирует с правовым позитивизмом и аналитической философией права, в то время как второе – с герменевтико-онтологическим подходом к праву. Различная трактовка правового дискурса, в свою очередь, приводит к различной концептуализации того опыта, который составляет содержание совместного бытия людей в сфере права. Такой опыт может быть концептуализирован как опыт юридический и опыт правовой. В *юридическом опыте* человек не принадлежит себе. Интерпретация опыта права при помощи навязанных извне комплексов лингвистических данных приводит к тому, что человек движется в чуждых, не знакомых ему смысловых структурах. Интерпретация этого опыта происходит из горизонта опыта обыденного в негативном смысловом ключе. В *правовом опыте* человек воплощает максимум самопринадлежности. Став участником правового происшествия, он «виновен» лишь в том, что именно он занимает в этом происшествии определенное место, в силу чего к нему может быть предъявлено определенное требование. Горизонт подобного опыта – временной зазор между деянием и его правовыми последствиями, которые могут наступать безотносительно к юридическим нормам и институциям, действующим в определенном обществе (например, исключение из товарообмена как санкция). В правовом опыте человек осмысляет ситуацию, исходя из своего повседневного опыта разомкнутости мира и Других, он не отчужден от него (них), а является его (их) частью. Такой опыт является более исходным, чем опыт юридический, поскольку его испытывает всякий, кто сосуществует с другими людьми, а также потому что его координатами являются изначальные условия человеческого существования – телесное бытие-с Другими в мире. Основа правового опыта – бытие-с Другими в горизонте самопринадлежности, онтологическим залогом которой выступает нередуцируемая телесность как поле опыта самопринадлежности. Эти опыты не взаимоисключают друг друга. Сам опыт в сфере права может быть представлен как сложная взаимосвязь правового и юридического, которая, однако, не является диалектической «борьбой противоположностей», которую предстоит «снять» в некоем всепоглощающем «синтезе», но специфическим способом человеческого бытия-с Другими.

**Ключевые слова:** юридический опыт; опыт права; телесность; дискурс; феноменология.

### **Oleksiy Stovba. Asking the Law: Experience of Law and Legal Experience**

**Abstract.** It seems that during past 20 years the gap between analytical and hermeneutical trends in the philosophy of law is growing. The reason for such a situation is the lack of the common conceptual dimension and language as the ground of the dialogue between them. In any case, instead of the discussing the reason of law, its essence, modes of Being or some others fundamental issues, philosophy of law turns into the endless debates about the concept of law, its connection with morality or racial, gender or some other kind of the politically correct discourse. So, to avoid the scholastic debates, contemporary philosophy of law has to find its original dimension, where the analytical and hermeneutical researchers both would be able to speak with one another reasonably. Such a dimension as the common field of legal discussing is human experience, when the law encounters the man and man encounters the law. This experience is the starting point,

where the legal researcher, whether the analytical or hermeneutical, begins to think toward the reasoning of law. The difference between the two trends of the legal philosophy is rooted in the way, in which the legal relevant experience becomes the focal point of its attention. In the analytical tradition this experience is necessarily connected with the legal institutions, such as norms of legislation, decisions of courts and some other legal bodies, relations with the state officials and many other situations, when the human being encounters itself among the various legal entities. The experience of Being among the legal entities could be named “legal experience”. In the hermeneutical legal philosophy, the human experience of law is quite different. There is no necessary connection with the legal institutions. Instead of that, human being experiences law as the part of its ordinary Being-with-one-another, which is more originally than any contact with the legal norms or officials. The focal point of this experience is the reason of the Being-with-one-another, which is always unique and concrete. This kind of experience could be named “experience of law”. But, despite the difference, both kinds of experience have the common starting point – human being, who is concerned about what’s going on in his life, what reason/meaning have these legal/law events and occurrences and so on. In any case, even if the ways of the hermeneutical and analytical traditions lead in the opposite directions, they have the common beginning, which could serve as the field of the dialogue between them.

**Keywords:** legal experience; experience of law; corporality; discourse; phenomenology.

Одержано / Received 05.05.2019



## ОПЫТ ПРАВА И ОПЫТ БЕСПРАВИЯ: ГЕРМЕНЕВТИЧЕСКАЯ ПЕРСПЕКТИВА

**В** современном мире с его повсеместными вспышками насилия и множественными феноменами фактического бесправия, которые растворяют право в политике, уместно ли еще вообще говорить о праве? По всей видимости, если и возможно еще говорить о специфике собственно правового, то речь пойдет о правовом опыте.

Понятие опыта как такового воплощает проблему онтологического единства, которую Карл Фридрих фон Вайцзеккер предельно лаконично сформулировал в форме вопроса: не противоречит ли красота звездного неба тому факту, что эти звезды – лишь области ионизированного газа?<sup>2</sup> В этом смысле понятие опыта, несмотря на различные интерпретации, которые оно получало в истории философии, всегда несло в себе ту «смутную память об изначальном естественном тождестве», которая преследовала философов во все времена<sup>3</sup>. Это воспоминание определило и лейтмотив современной философии – стремление мыслить мир прежде всего не как объект нашего познания или технического господства, а как то, что происходит с нами.

Что же происходит с нами? (I) Каково место права в нашем опыте? (II) И как возможен опыт бесправия? (III) В конце концов, не имеем ли мы дело с описанным Ханной Арендт банкротством здравого смысла, или банкротством понимания, в современном мире, где идеи уничтожаются фактами?<sup>4</sup>

### I. Сущность герменевтического опыта

Философская герменевтика мыслит всякий опыт как опыт понимания, или опыт смысла, и как таковая есть одновременно онтология, эпистемология и антропология,

---

<sup>1</sup> Наталія Іванівна Сатохіна, кандидатка юридичних наук, асистентка кафедри теорії і філософії права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого.

Natalia Satokhina, Candidate of Legal Sciences, Assistant at the Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudryi National Law University.

e-mail: nataliasatokhina@gmail.com

<sup>2</sup> Карл Ф. фон Вайцзеккер, «Физика и философия», *Вопросы философии* 1 (1993): 115–25.

<sup>3</sup> Карен Свасьян, *Феноменологическое познание. Пропедевтика и критика* (Москва: Академический Проект, Альма Матер, 2010), 21.

<sup>4</sup> Ханна Арендт, «Понимание и политика (трудности понимания),» в *Опыты понимания, 1930–1954. Становление, изгнание и тоталитаризм*, пер. Е. Бондал, А. Васильевой, А. Григорьева, С. Мойсеева (Москва: Издательство Института Гайдара, 2018), 522.

поскольку рассматривает данный в опыте мир, опыт этого мира и человека, который переживает этот опыт. Понимание при этом оказывается не одной из способностей человека, а изначальным способом его бытия в мире, фундаментальной онтологической структурой опыта, «умением быть» (Хайдеггер)<sup>5</sup>, «изначальной бытийной характеристикой самой человеческой жизни» (Гадамер)<sup>6</sup>, «специфически человеческим способом быть живым» (Арендт)<sup>7</sup>. В этом смысле понимание есть нескончаемый процесс, посредством которого мы принимаем реальность, то есть «пытаемся быть дома в мире», «ибо каждый отдельный человек нуждается в том, чтобы примириться с миром, в котором он рождается чужим и в котором, в меру своей отличительной уникальности, всегда остается чужаком»<sup>8</sup>. От рождения и до смерти человек осваивается в этом мире, понимая его и себя в нем и таким образом порождая смысл. При этом смысла как такового нет ни в мире, ни в человеке самом по себе; смысл – это всегда встреча.

Фундаментальной онтологической структурой опыта смысла является круг: бытие-в-мире составляет то целое, от понимания которого зависит понимание его частей – мира и человека. В свою очередь, понимание бытия-в-мире определяется пониманием мира и самопониманием человека<sup>9</sup>. Онтологический герменевтический круг предполагает, что понимание, с одной стороны, всегда предпосылочно (что Хайдеггер обозначает как «брошенность»), а с другой – всегда незавершенно, то есть представляет собой не нечто наличное, а собственную возможность («набросок»). Таким образом, «человеческое существование по своей структуре есть заброшенный проект»<sup>10</sup>.

Иными словами, герменевтика обнаруживает универсальную предопределенность опыта, что, однако, не препятствует пониманию, а только и делает его возможным. Более того, преодоление всех предрассудков, это наиболее общее требование Просвещения, само разоблачает себя в качестве предрассудка: как бы мы не стремились сбросить чары наших предубеждений, окончательное «расколдовывание» мира оказывается принципиально невозможным, как невозможен отказ от своего «Я». Парадоксальный характер этой невозможности тонко подмечен Арендт: «Человек, который хочет лишиться собственной идентичности, на самом деле открывает возможности человеческого существования, что бесконечны, каково и само мироздание. Но возрождение новой личности так же проблемно и так же безнадежно, как новое создание мира»<sup>11</sup>. Цитируя Мориса Мерло-Понти: «Нам

<sup>5</sup> Мартин Хайдеггер, *Бытие и время*, пер. В. Бибихина (Санкт-Петербург: Наука, 2006), 144.

<sup>6</sup> Ханс-Георг Гадамер, *Истина и метод: Основы философской герменевтики*, под ред. Б. Бессонова (Москва: Прогресс, 1988), 311.

<sup>7</sup> Арендт, «Понимание и политика (трудности понимания),» 509.

<sup>8</sup> Там же.

<sup>9</sup> Хайдеггер, *Бытие и время*, 152.

<sup>10</sup> Гадамер, *Истина и метод*, 315.

<sup>11</sup> Ханна Арендт, «Мы беженцы,» *Гефтер* (2016), <http://gefter.ru/archive/18962>.

не отстраниться от жизни. Нам не дано увидеть ни идею, ни свободу в лицо»<sup>12</sup>. Но именно это заставляет нас продолжать искать их, действуя в мире, и ждать доказательств своей состоятельности в одобрении других. Так, Сезанн видит работу над полотном бесконечной задачей и, прежде чем наложить мазок, иногда размышляет целый час. Однако, несмотря на то что для написания натюрморта ему требуется сто сеансов живописи, а для написания портрета – сто пятьдесят сеансов позирования, он видит в своих творениях лишь неудавшиеся попытки<sup>13</sup>. Описанные Мерло-Понти вечные сомнения Сезанна – воплощение круговой структуры нашего опыта мира. При этом речь идет не о диктате мира, но и не о свободнопарящем творчестве человека, а скорее, о диалоге между ними, изменяющем обоих его участников.

По мысли Ханса-Георга Гадамера, диалог является универсальной моделью всякого опыта. Герменевтическая ситуация, в которой мы находимся по отношению к миру, подобна разговору, участники которого стремятся не отстоять свою позицию и не принять позицию собеседника, а понять суть того, о чем идет речь<sup>14</sup>. Соответственно логической структурой всякого опыта является вопрос. К пониманию того, что дело обстоит иначе, чем мы полагали, мы приходим через вопрос о том, как именно обстоит дело, так или этак. Открытость, заложенная в сущности опыта, есть именно эта открытость для «так или этак». Смысл любого вопроса обретает завершенность, лишь проходя через подобную неопределенность, в которой вопрос становится открытым вопросом<sup>15</sup>. Таким образом, условием возможности понимания оказывается признание собеседника (будь то человек, традиция, в которую мы погружены, или мир в целом) в его притязании на то, чтобы быть услышанным, не в смысле простого признания его инаковости, «но в том смысле, что у него действительно есть что мне сказать». Речь идет о принципиальной открытости различным ответам на поставленный вопрос и готовности к опыту как готовности пересмотреть свои предубеждения, ибо «всякий опыт, достойный этого имени, идет вразрез с нашими ожиданиями». При этом главным результатом понимания оказывается не убеждение или навык; опыт учит нас главным образом тому, чтобы оставаться открытыми для нового опыта<sup>16</sup>.

Примечательно, что парадигматическим примером герменевтического опыта Гадамер считает опыт права как фронетический опыт, который, в отличие от опыта теоретического (познания неизменной истины) и опыта искусства (абсолютно

<sup>12</sup> Морис Мерло-Понти, «Сомнения Сезанна», в *(Пост)феноменология: новая феноменология во Франции и за ее пределами*, сост. С. Шолохова, А. Ямпольская (Москва: Академический проект, 2017), 118.

<sup>13</sup> Мерло-Понти, «Сомнения Сезанна».

<sup>14</sup> Гадамер, *Истина и метод*, 448.

<sup>15</sup> Там же, 426–8.

<sup>16</sup> Там же, 409–26.

свободного творчества), представляет собой опыт смысла как встречи и потому предполагает постоянную работу признания<sup>17</sup>.

## II. Опыт права

Поль Рикёр рассматривает эту фундаментальную способность к признанию в трех аспектах: 1) признание/узнавание как идентификация – признание чего-то как того же самого, как идентичного самому себе, а не иного, чем оно само, то есть отличие его от всякого другого; 2) самопризнание как признание собственной идентичности, подтверждение того, что мы являемся авторами своей жизни; 3) взаимное признание как состояние мира. При этом всякое узнавание вещей в мире оказывается в итоге узнаванием в себе самом, а всякое самопризнание нуждается в удостоверении со стороны других, что, в свою очередь, с неизбежностью приводит к идее взаимности: для того чтобы быть признанным, я должен признать способность моего судьи к признанию, но чтобы признать это, я должен быть признан им релевантным судьей. Таким образом, путь признания завершается во взаимном признании людей<sup>18</sup>. Последнее, однако, остается бесконечной задачей, поскольку возможность признания всегда сопровождается возможностью непризнания. Мы всегда можем принять вещь за то, чем она не является, не зная, однако, о своей ошибке, что оборачивается заблуждением относительно самих себя, а в результате и ошибкой по поводу других и природы наших отношений с ними<sup>19</sup>. Можно предположить, что именно этот постоянный риск непризнания лежит в основе институций, гарантирующих каждому минимальное изначальное признание как условие возможности совместного существования.

<sup>17</sup> Гадамер, *Истина и метод*.

Вслед за Хайдеггером Гадамер апеллирует к аристотелевской идее фронезиса, под которым понимается умение действовать в непредвиденной ситуации, готовность к встрече с неожиданным, в отличие от познания, основанного на аксиомах и принципах. Аристотель выделяет три типа знания, соответствующие трем формам человеческого опыта: 1) научное знание – эпистеме (ἐπιστήμη) – выражается в теории и касается вещей неизменных, например законов природы; 2) знание в сфере творчества – технэ (τέχνη) – применяется в искусстве и представляет собой мастерство, технологию, умение создавать что-то новое; 3) практическое знание – фронезис (φρόνησις) – представляет собой морально-практическую мудрость относительно правильных действий в конкретной ситуации (см.: Аристотель, «Никомахова этика», пер. под ред. А. И. Доватур и Ф. Х. Кессиди, в *Сочинения*: в 4-х т. Т. 4 (Москва: Мысль, 1983), 173–218). Именно во фронезисе Хайдеггер усматривает не только модель собственной идеи философии, но и наиболее подлинный способ обхождения с миром вообще, то есть изначальную основу опыта (см.: Мартин Хайдеггер, *Феноменологические интерпретации Аристотеля (Экспозиция герменевтической ситуации)*, пер. Н. А. Артеменко (Санкт-Петербург: ИЦ «Гуманитарная академия», 2012), 130 и далее). В свою очередь, Гадамер, так же как и Рикёр, рассматривает опыт права как парадигматический пример фронезиса.

<sup>18</sup> Поль Рикёр, *Путь признания. Три очерка*, пер. И. Блауберг и И. Вдовиной (Москва: Российская политическая энциклопедия, 2010).

<sup>19</sup> Там же, 242–3.

Так, будучи условием всякого здорового опыта как опыта смысла, способность к признанию вместе с тем лежит в основе опыта права. Признать притязание собеседника на истину означает признать его равным себе в свободе и достоинстве. В традиционных обществах это признание подтверждается в ритуальных обменах дарами, в ходе которых происходит постоянная циркуляция ответных подарков, и это всякий раз продуцирует новый долг: «Мысль о том, что дар должен быть возвращен, предполагает, что другой – это другой “я”, который должен действовать, как “я”; и этот жест возврата должен мне подтвердить истину моего собственного жеста, то есть мою субъективность <...>, поскольку люди подтверждают друг другу, что они не вещи» (Клод Лефор)<sup>20</sup>. В своем исследовании, посвященном дару, Марсель Энафф весьма убедительно показывает, как находящийся в сердцевине этих ритуалов жест взаимного приятия и объединения был перенесен в юридические институты современного общества<sup>21</sup>. Сегодня непосредственным выражением взаимного признания являются права человека, которые гарантируют каждому минимальное публичное признание его равносвободы и равнодостоинства.

При этом ориентация признания двоякая – к другому и к норме: я признаю норму путем признания обобщенного другого, постоянно напоминающего мне о моих обязанностях по отношению ко всем другим людям, которые, в свою очередь, признают меня носителем прав<sup>22</sup>. В этом смысле отношение взаимного признания, хотя и двустороннее по определению, всегда включает в себя третий элемент – норму, за которой в действительности стоит не воля суверена, а каждый конкретный другой как носитель свободы и достоинства.

Не гарантируя фактического взаимного признания, которое, скорее, составляет бесконечную задачу, норма вместе с тем удостоверяет способность каждого признавать и быть признанным, гарантируя возможность движения от непризнания к взаимному признанию посредством правовых институций. Это движение и составляет опыт права. В этом смысле Рикёр говорит о мире как своего рода утопии права<sup>23</sup> и рассматривает всякую санкцию лишь как начало пути, который продолжается проектом восстановления в правах и завершается прощением и подлинным взаимным признанием<sup>24</sup>. И хотя говорить о нем можно лишь в модусе желательности, который не является ни описательным, ни нормативным, оно вместе с тем коренится в сущности права и составляет его основу<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Цит. по: Рикёр, *Путь признания. Три очерка*, 214.

<sup>21</sup> Марсель Энафф, *Дар философов. Переосмысление взаимности*, пер. И. Вдовиной, Г. Вдовиной, Л. Комиссаровой (Москва: Издательство гуманитарной литературы, 2015), 77–84.

<sup>22</sup> Axel Honneth, *The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts* (Cambridge, UK: Polity Press, 1995), 107–21.

<sup>23</sup> Поль Рикёр, *Справедливое*, пер. Б. Скуратова и П. Хицкого (Москва: Гнозис, Логос, 2005), 28.

<sup>24</sup> Там же, 155–70.

<sup>25</sup> Поль Рикёр, “Торжество языка над насилием. Герменевтический подход к философии права,” пер. О. Шульман, *Вопросы философии* 4 (1996): 33.

Таким образом, понятий герменевтически опыт права оказывается одним из аспектов нашего способа бытия-в-мире и состоит в постоянном взаимном признании людей в их притязании на истину или признании людьми друг друга в их свободе и достоинстве. Последние же не просто постулируются конвенционально, а предполагаются самой структурой фундаментального опыта. Речь идет об объективных основаниях права в опыте, или, цитируя Ллойда Л. Вайнребба, о том, что «*kosmos* лежит в нас самих»<sup>26</sup>. Однако, будучи имманентной опыту, возможность признания всегда сопровождается, как тенью, риском непризнания. В этой рискованной зоне, на полпути от непризнания к состоянию мира, мы и имеем дело с правом.

### III. Опыт бесправия

Если опыт права составляет неотъемлемый аспект опыта как такового, то возможно ли вообще помыслить опыт бесправия, и если да, то что представляет собой этот опыт? Думается, что именно такой опыт переживают люди в ситуациях, которые в современной философии концептуализируются посредством понятия «чрезвычайного положения», обозначающего приостановку права решением суверена. В результате такого акта отказ от признания нормы как отказ от признания обобщенного Другого оборачивается опытом радикального непризнания конкретного человека, или опытом бесправия. Радикальность в данном случае состоит в том, что, в отличие от опыта жертвы преступления, которой гарантировано минимальное публичное признание посредством институтов, здесь это признание оказывается принципиально невозможным, как это происходит в случае войны, диктатуры или беженства. Однако может ли право быть приостановлено? И может ли чрезвычайное положение быть вписано в правовую реальность?

С одной стороны, именно это и происходит в рамках свойственного современной философии поворота к политическому с его тотальной политизацией права и пренебрежением вопросом о специфическом статусе правового, как если бы его вообще не было. Но что кроется за такой «маскировкой юридической проблематики под той, которую легче определить в обобщенных этико-политических терминах» (Поль Рикёр)<sup>27</sup>, и какие последствия это может иметь для права? Попробуем ответить на эти вопросы, обратившись, пожалуй, к самому яркому симптому «забвения правового» – актуализации концепции чрезвычайного положения.

По мысли ее основателя, немецкого правоведа Карла Шмитта, прямой переход от абстрактного нормативного порядка к реальной жизни, от правила к его применению невозможен. Для преодоления пропасти между ними необходим посредник, и в качестве такого посредника выступает абсолютное решение суверена. Таким образом, развивая знаменитый тезис Томаса Гоббса о том, что «авторитет, а не

<sup>26</sup> Lloyd L. Weinreb, *Natural Law and Justice* (Cambridge, Mass. & London: Harvard University Press, 1987), 249.

<sup>27</sup> Рикёр, *Справедливое*, 10.

истина, создает закон», Шмитт основывает право исключительно в акте насилия, волевым решении, рассматривая последнее как специфически юридический акт.

Согласно Шмитту, каждая всеобщая норма по определению рассчитана на нормальные условия жизни, которые она подчиняет своей регламентации. Ни одна норма не может применяться в условиях хаоса. Иными словами, фактический порядок является не следствием, а предпосылкой действия нормы. В свою очередь, ситуация, в которой нормальное состояние оказывается под угрозой, представляет собой исключение, которое не описано в норме и не может быть в ней описано. И в такой ситуации суверен принимает решение о том, господствует ли действительно нормальное состояние либо имеет место чрезвычайное положение, в котором действие нормы может быть приостановлено. Соответственно суверен стоит вне нормально действующего правопорядка и всё же принадлежит ему, поскольку он компетентен решать, может ли быть приостановлено действие нормы. Таким образом, отделяя право от опыта и лишая его каких-либо антропологических оснований, Шмитт по сути оставляет вопрос о том, что является правом, а что им не является, а отсюда, и вопрос о признании либо непризнании человека в его достоинстве, на откуп абсолютному решению суверена, основанному только в себе самом<sup>28</sup>. В этом решении *ex nihilo* и состоит суть права: «авторитет доказывает, что ему, чтобы создать право, нет нужды иметь право»<sup>29</sup>. Выступив апологетом чрезвычайного положения, Шмитт придает ему в юриспруденции значение, аналогичное значению чуда в теологии, а идею правового государства связывает с утратой представлений о трансцендентности, «изгнанием чуда из мира» и «отклонением содержащегося в понятии чуда нарушения законов природы, устанавливающего исключение путем непосредственного вмешательства, как и непосредственное вмешательство суверена в действующий правопорядок»<sup>30</sup>.

Таким образом, по Шмитту, акт насилия и основанное в нем чрезвычайное положение оказываются не просто вписанными в право, но составляют саму суть правового, которое, однако, становится при этом неотличимым от политического.

В этой связи весьма показательна современная популярность концепции Шмитта, наиболее известная интерпретация которой принадлежит итальянскому философу Джорджо Агамбену. Вместе с тем этот новый энтузиазм по поводу идеи чрезвычайного положения не может не вызывать обеспокоенности юристов, которую крайне удачно выражает канадский философ права Бьярн Мелкевик, когда говорит о том, что «эта тема вводится как троянский конь для того, чтобы принять неприемлемое»<sup>31</sup>. И таким неприемлемым оказывается не что иное, как опыт бесправия.

<sup>28</sup> Карл Шмитт, «Политическая теология. Четыре главы к учению о суверенитете», пер. Ю. Коринца, в *Политическая теология. Сборник* (Москва: КАНОН-пресс-Ц, 2000), 15–29.

<sup>29</sup> Там же, 27.

<sup>30</sup> Там же, 57.

<sup>31</sup> Бьярн Мелкевик, «Пропасть и «исключение»: Шмитт, Агамбен и шмиттианство», в *Заметки по истории правовых понятий*, пер. Е. Самохиной (Санкт-Петербург: Алеф-Пресс, 2018), 7.

Агамбен не только актуализирует теорию чрезвычайного положения, но показывает, что в современном мире чрезвычайное положение стало нормой:

На всей планете не осталось места, где не действовало бы чрезвычайное положение. Правительства могут совершенно безнаказанно пренебрегать нормативным характером права и приносить его в жертву своему произволу, игнорируя международное право, существующее за пределами их государств, и устанавливать внутри своих государств перманентное чрезвычайное положение<sup>32</sup>.

На уровне опыта речь идет о голой жизни, то есть не о специфическом способе или форме жизни человека, но о самом факте жизни, общем для всех живых существ. Именно в этом простом биологическом существовании Агамбен усматривает антропологическое начало политического: в чрезвычайном положении суверенное решение приостанавливает действие нормы (признающей за человеком его достоинство) и восстанавливает человеческую жизнь в форме простого биологического факта, объекта чистого проявления власти, жизни, абсолютно незащищенной, поскольку ее можно всегда безнаказанно отобрать. Полностью подчиняя себе жизнь, власть не оставляет места для свободного действия и реального выбора, таким образом обращая эту жизнь в жизнь, подлежащую лишь смерти: «Не просто естественная жизнь, но жизнь, обреченная на смерть (голая жизнь или *vita sacra*), является началом политического»<sup>33</sup>. В этом смысле Агамбен не просто развивает концепцию «биополитики» Мишеля Фуко, согласно которой по мере включения природной жизни в механизмы и расчеты государственной власти политика постепенно трансформируется в биополитику, но утверждает, что биополитика – по меньшей мере такая же древняя, как и сама власть<sup>34</sup>. Иными словами, «биологический факт как таковой является политическим фактом и наоборот»<sup>35</sup>. Примером максимальной политизации голой жизни можно считать положение евреев в нацистских лагерях, которые вместе с гражданством теряли и всякую правовую идентичность: «Освенцим знаменует собой смерть и разрушение всякой этики, основанной на достоинстве и соответствии норме. Голая жизнь, к которой сводится человек, ничего не требует и ни с чем не соразмеряется: будучи абсолютно имманентной, она сама становится единственной нормой»<sup>36</sup>. По мнению Агамбена, именно концлагерь, где определенное властью будущее предстает перед человеком

<sup>32</sup> Джорджо Агамбен, *Ното sacer. Чрезвычайное положение*, под ред. Л. Воропай (Москва: Европа, 2011), 134.

<sup>33</sup> Джорджо Агамбен, *Ното sacer. Суверенная власть и голая жизнь*, под ред. Д. Новикова (Москва: Европа, 2011), 114.

<sup>34</sup> Там же, 13.

<sup>35</sup> Там же, 188.

<sup>36</sup> Джорджо Агамбен, *Ното sacer. Что остается после Освенцима: архив и свидетель*, под ред. Д. Новикова (Москва: Европа, 2012), 74–5.



в форме абсолютной неизбежности, является биополитической парадигмой современности<sup>37</sup>.

В отличие от Шмитта, Агамбен крайне обеспокоен обнаруженной им тотальностью исключения, однако вынужден признать, что «из лагерей нельзя вернуться к классической политике»<sup>38</sup>, а «из чрезвычайного положения, при котором мы живем, невозможно вернуться назад, к правовому государству»<sup>39</sup>. Таким образом, в ряду всего того, что стало невозможным после Аушвица, оказывается и право: «сама проблема была настолько огромной, что это поставило под вопрос существование самого права и привело его к краху»<sup>40</sup>.

Но не идет ли речь здесь о том самом упомянутом выше мире, лишенном здравого смысла, где наиболее общепринятые идеи «атакуются, опровергаются, застаются врасплох и уничтожаются фактами»?<sup>41</sup> Ведь если насилие, как утверждают Шмитт и Агамбен, лежит в основе права, которое может действовать только путем своего приостановления, а голая жизнь и есть объект этого суверенного решения, то имеет ли смысл вообще говорить о праве?

Возможно, причиной того, что право в качестве чего-то особенного так и остается неразличимым для теоретического аппарата Агамбена, является изначальное противопоставление права и опыта, которое в дальнейшем оборачивается их полным слиянием. Рассматривая чрезвычайную ситуацию как «изначальный диспозитив, с помощью которого право соотносит себя с жизнью и включает ее в себя путем упразднения собственного действия»<sup>42</sup>, Агамбен исключает всякую возможность изначальной соотнесенности права с жизнью, или оснований права в опыте. Поэтому чрезвычайное положение оказывается для него не особого рода правом (наподобие военного права), а пространством абсолютной анонии, правового вакуума, «пустым пространством, в котором действие, никак не соотносимое с правом, сталкивается с нормой, никак не соотносимой с жизнью»<sup>43</sup>. Однако возможна ли абсолютная анония, если наш фундаментальный опыт всегда уже некоторым образом нормативен? В свою очередь, неспособность помыслить изначальные основания права в опыте закономерно приводит к неразличимости правового и политического (единственным основанием которых остается насилие), а в конечном итоге – к отрицанию правового как такового и возведению бесправия в норму.

Поль Рикёр объясняет это пренебрежение правом в современной философии шоком, вызванным разгулом насилия на протяжении страшного XX века,

<sup>37</sup> Агамбен, *Ното sacer. Суверенная власть и голая жизнь*, 151–229.

<sup>38</sup> Там же, 238.

<sup>39</sup> Агамбен, *Ното sacer. Чрезвычайное положение*, 135.

<sup>40</sup> Агамбен, *Ното sacer. Что остается после Освенцима*, 19.

<sup>41</sup> Арендт, «Понимание и политика (трудности понимания)», 522.

<sup>42</sup> Агамбен, *Ното sacer. Чрезвычайное положение*, 8.

<sup>43</sup> Там же, 134.

в результате чего вопрос о праве оказался затемнен неотступной мыслью о неотвратимом присутствии зла в истории<sup>44</sup>. И действительно, с одной стороны, все наши правовые построения, исходящие из представлений о свободе и достоинстве, меркнут перед безмерной объективностью политического насилия. Вместе с тем эти представления основаны в способе нашего бытия в мире, который имеет структуру вопроса, представляя собой не наличность, а возможность, то есть открытость для различных «ответов». Гарантировать эту структуру и призвано право. Соответственно опыт радикального непризнания как опыт бытия чистой фактичностью противоречит не просто сложившимся конвенциям, но условиям возможности всякого опыта как такового. В этом смысле чрезвычайное положение и опыт бесправия не являются ни нормой, ни «включенным в право исключением», а представляют собой лишь факт, который должен оцениваться с точки зрения права. Кажется, единственно возможная для юриста стратегия здесь состоит в том, чтобы просто вернуться к праву<sup>45</sup>. А единственной перспективой, позволяющей помыслить право в его ненасильственной специфичности, то есть помыслить право как таковое, представляется взгляд на право не с точки зрения его институциональной стороны, а с точки зрения опыта.

© Н. Сатохіна, 2019

### Библиографія

- Агамбен, Джорджо. *Ното sacer. Суверенная власть и голая жизнь*. Под редакцией Д. Новикова. Москва: Европа, 2011.
- Агамбен, Джорджо. *Ното sacer. Чрезвычайное положение*. Под редакцией Л. Воропай. Москва: Европа, 2011.
- Агамбен, Джорджо. *Ното sacer. Что остается после Освенцима: архив и свидетель*. Под редакцией Д. Новикова. Москва: Европа, 2012.
- Арендт, Ханна. «Мы беженцы.» *Гефтер* (2016). <http://gefter.ru/archive/18962>.
- Арендт, Ханна. «Понимание и политика (трудности понимания).» В *Опыты понимания, 1930–1954. Становление, изгнание и тоталитаризм*, перевод Е. Бондал, А. Васильевой, А. Григорьева, С. Моисеева, 508–39. Москва: Издательство Института Гайдара, 2018.
- Аристотель. «Никомахова этика.» Перевод под редакцией А. И. Доватур и Ф. Х. Кессиди. В *Сочинения*: в 4-х т. Т. 4, 173–218. Москва: Мысль, 1983.
- Вайцеккер, Карл Ф. фон. «Физика и философия.» *Вопросы философии* 1 (1993): 115–25.
- Гадамер, Ханс-Георг. *Истина и метод: Основы философской герменевтики*. Под редакцией Б. Бессонова. Москва: Прогресс, 1988.

<sup>44</sup> Рикёр, *Справедливое*, 10–1.

<sup>45</sup> Здесь я полностью соглашаюсь с Бьярном Мелкевиком, который пишет следующее: «В конце концов, необходимо просто вернуться к праву, к здоровому пониманию современного права. Не впадая в опьянение от понятий, образов, локусов и всего придуманного идеологическим мышлением для удобства, следует сохранять холодность ума и ясно спрашивать у людей как носителей права: может ли право адекватно выполнять свою функцию?» («Пропасть и «исключение»: Шмитт, Агамбен и шмиттианство», 35).

- Мелкевик, Бьярн. “Пропасть и «исключение»: Шмитт, Агамбен и шмиттианство.” В *Заметки по истории правовых понятий*, перевод Екатерины Самохиной, 7–35. Санкт-Петербург: Алеф-Пресс, 2018.
- Мерло-Понти, Морис. “Сомнения Сезанна.” В *(Пост)феноменология: новая феноменология во Франции и за ее пределами*, составители С. Шолохова, А. Ямпольская, 102–18. Москва: Академический проект, 2017.
- Рикёр, Поль. “Торжество языка над насилием. Герменевтический подход к философии права.” Перевод О. Шульман. *Вопросы философии* 4 (1996): 27–36.
- Рикёр, Поль. *Справедливо*. Перевод Б. Скуратова и П. Хицкого. Москва: Гнозис, Логос, 2005.
- Рикёр, Поль. *Путь признания. Три очерка*. Перевод И. Блауберг и И. Вдовиной. Москва: Российская политическая энциклопедия, 2010.
- Свасьян, Карен. *Феноменологическое познание. Пропедевтика и критика*. Москва: Академический Проект, Альма Матер, 2010.
- Хайдеггер, Мартин. *Бытие и время*. Перевод В. Бибихина. Санкт-Петербург: Наука, 2006.
- Хайдеггер, Мартин. *Феноменологические интерпретации Аристотеля (Экспозиция герменевтической ситуации)*. Перевод Н. А. Артеменко. Санкт-Петербург: ИЦ «Гуманитарная академия», 2012.
- Шмитт, Карл. “Политическая теология. Четыре главы кучению о суверенитете,” перевод Ю. Коринца. В *Политическая теология. Сборник*, 7–98. Москва: КАНОН-пресс-Ц, 2000.
- Энафф, Марсель. *Дар философов. Переосмысление взаимности*. Перевод И. Вдовиной, Г. Вдовиной, Л. Комиссаровой. Москва: Издательство гуманитарной литературы, 2015.
- Honneth, Axel. *The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts*. Cambridge, UK: Polity Press, 1995.
- Weinreb, Lloyd L. *Natural Law and Justice*. Cambridge, Mass. & London: Harvard University Press, 1987.

### Bibliography

- Agamben, Giorgio. *Homo sacer. Suverennaja vlast' i golaja zhizn'* [Homo Sacer. Sovereign Power and Bare Life]. Pod redakciej D. Novikova. Moscow: Evropa, 2011 (in Russian).
- Agamben, Giorgio. *Homo sacer. Chrezvychajnoe polozenie* [State of Exception]. Pod redakciej L. Voropaj. Moscow: Evropa, 2011 (in Russian).
- Agamben, Giorgio. *Homo sacer. Chto ostaetsja posle Osvencima: arhiv i svidetel'* [Remnants of Auschwitz: The Witness and the Archive]. Pod redakciej D. Novikova. Moscow: Evropa, 2012 (in Russian).
- Arendt, Hannah. “My bezhency [We Refugees].” *Gefter* (2016). <http://gefter.ru/archive/18962> (in Russian).
- Arendt, Hannah. “Ponimanie i politika (trudnosti ponimaniya) [Understanding and Politics (The Difficulties of Understanding)].” V *Opyty ponimaniya, 1930–1954. Stanovlenie, izgnanie i totalitarizm* [Hannah Arendt: Essays in Understanding, 1930–1954], perevod E. Bondal, A. Vasil'evoy, A. Grigor'eva, S. Moiseeva, 508–39. Moscow: Izdatel'stvo Instituta Gajdara, 2018 (in Russian).
- Weizsacker, Carl F. von. “Fizika i filosofija [Physics and Philosophy].” *Voprosy filosofii* 1 (1993): 115–25 (in Russian).

- Gadamer, Hans-Georg. *Istina i metod: Osnovy filosofskoj germenevtiki* [Truth and Method]. Pod redakcijem B. Bessonova. Moscow: Progress, 1988 (in Russian).
- Melkevik, Bjarne. "Propast' i "iskljuchenie": Shmitt, Agamben i shmittianstvo [The Abyss and the "Exception": Schmitt, Agamben and Schmittianism]." V *Zametki po istorii pravovyh ponjatij* [Notes on the History of Legal Concepts], perevod Ekateriny Samokhinoj, 7–35. Saint-Petersburg: Alef-Press, 2018 (in Russian).
- Merleau-Ponty, Maurice. "Somnenija Sezanna [Cézanne's Doubt]." V *(Post)fenomenologija: novaja fenomenologija vo Francii i za ee predelami* [(Post)phenomenology: A New Phenomenology in France and Beyond], sostaviteli S. Sholohova, A. Jampol'skaja, 102–18. Moscow: Akademicheskij proekt, 2017 (in Russian).
- Ricoeur, Paul. "Torzhestvo jazyka nad nasiliem. Germenevticheskij podhod k filosofii prava [The Victory Language Gains over Violence. The Hermeneutic Approach to the Philosophy of Law]." Perevod O. Shul'man. *Voprosy filosofii* 4 (1996): 27–36 (in Russian).
- Ricoeur, Paul. *Spravedlivoje* [The Just]. Pervod B. Skuratova i P. Hickogo. Moscow: Gnozis, Logos, 2005 (in Russian).
- Ricoeur, Paul. *Put' priznanija. Tri ocherka* [The Course of Recognition]. Pervod I. Blauberg i I. Vdovinoj. Moscow: Rossijskaja politicheskaja jenciklopedija, 2010 (in Russian).
- Swassjan, Karen. *Fenomenologicheskoe poznanie. Propedeutika i kritika* [Phenomenological Cognition. Propedeutics and Criticism]. Moscow: Akademicheskij Proekt, Al'ma Mater, 2010 (in Russian).
- Heidegger, Martin. *Bytie i vremja* [Being and Time]. Pervod V. Bibihina. Saint-Petersburg: Nauka, 2006 (in Russian).
- Heidegger, Martin. *Fenomenologicheskie interpretaczii Aristotelya (E'kspozicziya germenevticheskoy situaczii)* [Phenomenological Interpretations of Aristotle (Initiation into Phenomenological Research)]. Pervod N. A. Artemenko. Saint-Petersburg: ICz «Gumanitarnaya akademiya», 2012 (in Russian).
- Schmitt, Carl. "Politicheskaja teologija. Chetyre glavy k ucheniju o suverenitete [Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty]," perevod Ju. Korinca. V *Politicheskaja teologija. Sbornik* [Political Theology. Compilation], 7–98. Moscow: KANON-press-C, 2000 (in Russian).
- Hénaff, Marcel. *Dar filosofov. Pereosmyslenie vzaimnosti* [The Philosophers' Gift: Reexamining Reciprocity]. Pervod I. Vdovinoj, G. Vdovinoj, L. Komissarovo. Moscow: Izdatel'stvo gumanitarnoj literatury, 2015 (in Russian).
- Honneth, Axel. *The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts*. Cambridge, UK: Polity Press, 1995.
- Weinreb, Lloyd L. *Natural Law and Justice*. Cambridge, Mass. & London: Harvard University Press, 1987.

### **Наталія Сатохіна. Досвід права і досвід безправ'я: герменевтична перспектива**

**Анотація.** Авторка розглядає право не з точки зору його інституційного аспекту, а з точки зору досвіду, тобто не як об'єкт нашого пізнання або технічного панування, а як те, що відбувається з нами. З позицій феноменологічної герменевтики проясняється сутність нашого фундаментального досвіду як досвіду розуміння, або досвіду сенсу, що являє собою не одну з наших здатностей, а первинний спосіб нашого буття у світі, за допомогою якого

ми примиряемся з реальністю. Разом із тим відзначається, що сенсу немає як такого ні у світі, ні в людині; сенс – це завжди зустріч, і умовою можливості будь-якого досвіду є фундаментальна відкритість та готовність визнати Іншого в його претензії на істину, тобто визнати його рівну свободу і рівну гідність (I). Таким чином, досвід права як рух від невизнання до взаємного визнання людей мислиться як невід’ємний аспект нашого досвіду буття у світі, який, проте, завжди супроводжується ризиком невизнання. Саме в цій зоні ризику, на півшляху від невизнання до стану миру, авторка локалізує право (II). У свою чергу, досвід безправ’я розглядається як досвід радикального невизнання, що його переживають люди в ситуаціях, які в сучасній філософії концептуалізуються за допомогою поняття «надзвичайний стан». Згідно з авторкою, останнє не може бути вписано в правову реальність ані як «включене виключення», ані жодним іншим чином, оскільки як досвід політичного насильства воно по суті є антитетичним досвіду права як досвіду визнання, натхненного утопією миру (III).

**Ключові слова:** досвід права; досвід безправ’я; феноменологічна герменевтика; розуміння; визнання; надзвичайний стан.

### **Наталья Сатохина. Опыт права и опыт бесправия: герменевтическая перспектива**

**Аннотация.** Автор рассматривает право не с точки зрения его институциональной стороны, а с точки зрения опыта, то есть не как объект нашего познания или технического господства, а как то, что происходит с нами. С позиций феноменологической герменевтики проясняется сущность нашего фундаментального опыта как опыта понимания, или опыта смысла, который является не одной из наших способностей, а изначальным способом нашего бытия в мире, посредством которого мы примиряемся с реальностью. Вместе с тем отмечается, что смысла нет как такового ни в мире, ни в человеке; смысл – это всегда встреча, и условием возможности всякого опыта является фундаментальная открытость и готовность признать Другого в его претензии на истину, то есть признать его равносвободу и равнодостоинство (I). Таким образом, опыт права как движение от непризнания к взаимному признанию людей мыслится как неотъемлемый аспект нашего опыта бытия в мире, который, однако, всегда сопровождается риском непризнания. Именно в этой зоне риска, на полпути от непризнания к состоянию мира, автор локализует право (II). В свою очередь, опыт бесправия рассматривается как опыт радикального непризнания, переживаемый людьми в ситуациях, которые в современной философии концептуализируются посредством понятия «чрезвычайное положение». Согласно автору, последнее не может быть вписано в правовую реальность ни в качестве «включенного исключения», ни в каком другом качестве, поскольку, будучи опытом политического насилия, оно по сути антитетично опыту права как опыту признания, вдохновленному утопией мира (III).

**Ключевые слова:** опыт права; опыт бесправия; феноменологическая герменевтика; понимание; признание; чрезвычайное положение.

### **Natalia Satokhina. Experience of Law and Experience of Lawlessness: Hermeneutic Perspective**

**Abstract.** The author views law not from the point of view of its institutional side, but of experience, i.e. not as the object of our cognition or our technical domination, but as what happens

to us. From the perspective of phenomenological hermeneutics, she highlights the essence of fundamental experience as an experience of understanding, or an experience of meaning, which is not one of our abilities, but the original way of our being in the world by which we come to terms with reality. At the same time, it is said that there is no meaning as such, either in the world or in a man himself; meaning is always a meeting, and the condition for the possibility of any experience is a fundamental openness and readiness to recognize the Other in his claim to truth, i.e. to recognize he to be equal to myself in freedom and dignity (I). Thus, an experience of law as a movement from non-recognition to mutual recognition by people of each other is thought of as an inherent aspect of our being in the world, which is always accompanied, however, by the risk of non-recognition. It is in this risky zone, halfway from non-recognition to the state of peace, that the author locates law (II). In turn, experience of lawlessness (equal to rightlessness) is regarded as a radical non-recognition experienced by people in situations that are conceptualized in modern philosophy as a “state of exception”. According to the author, the latter cannot be inscribed in legal reality either as an “inclusive exclusion” or in any other capacity, since, as an experience of political violence, it is essentially antithetic to legal experience as an experience of recognition inspired by the utopia of peace (III).

**Keywords:** experience of law; experience of lawlessness; phenomenological hermeneutics; understanding; recognition; state of exception.

Одержано / Received 30.05.2019

## ПРАВО З (НЕ)ПРАВА: МІФОЛОГІЯ КОНСТИТУЦІЙНОЇ РЕВОЛЮЦІЇ

## Установча влада як конституційна міфологема

**П**рагнення зберегти наступність у конституційному розвитку держави та водночас здійснити докорінні зміни у правопорядку неминує породжувати суперечності між легальністю й легітимністю. Найбільш виразно це проявляється під час революцій – політичних та юридичних<sup>2</sup>.

Конституційний процес в Україні, який протягом останніх років має здебільшого характер екстраординарного, потребує свого теоретичного осмислення. Достатньо вказати на проблему оцінки правового значення конституційних актів 2004, 2010 і 2014 рр., якими оформлювались переходи від президентсько-парламентської до парламентсько-президентської республіки і навпаки. На існування цієї проблеми вказує, зокрема, низка метафор та евфемізмів («містичний», «дивний», «таємничий», «незбагненний», «незвичайний» тощо), за допомогою яких у сучасному українському правознавстві деколи позначаються державно-правові перетворення, які оформлювались цими актами.

Низка філософських і теоретичних аспектів згаданих конституційних трансформацій ставала предметом уваги українських конституціоналістів, філософів і теоретиків права (О. Бориславська, О. Водянніков, В. Колісник, М. Мельник, О. Мережко, О. Мироненко, В. Мусіяка, С. Погребняк, В. Речицький, С. Різник, М. Савчин, І. Тимченко, О. Уварова, О. Ющик та ін.)<sup>3</sup>. Науковцями розглядалися

<sup>1</sup> Сергій Петрович Рабінович, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри конституційного права, Львівський національний університет імені Івана Франка.

Sergiy Rabinovych, Doctor of Legal Sciences, Professor, Professor at the Department of Constitutional Law, Ivan Franko National University of Lviv.

e-mail: [serg\\_rabin@yahoo.com](mailto:serg_rabin@yahoo.com)

<sup>2</sup> Про феномен юридичної революції докладніше буде йти мова далі.

<sup>3</sup> Олена Бориславська, «Верховенство конституції чи верховенство права: деякі питання відновлення дії окремих положень Конституції України», *Вісник Конституційного Суду України* 6 (2015): 48–57; Олександр Водянніков, «Конституція і революція: анатомія установчої влади», у *Конституційний полілог. 20 років Конституції України: суспільство і влада в конституційному процесі: збірка тез міжнар. наук.-практ. конф. (Київ: ВАІТЕ, 2016)*, 15–69; Віктор Колісник, «Відновлення дії Конституції України та зміна форми правління як засіб поновлення конституційного ладу», *Вісник Конституційного Суду України* 4 (2015): 103–9; Микола Мельник, «Конституційна афера», *Дзеркало тижня*, Лютий 14, 2014; Олександр Мережко, «Природне право і помаранчева революція», <http://www.grom-bezpeka.at.ua/publ/4-1-0-69#.V5cbRdKLSUk>; Олександр Мироненко, *Конституційний Суд України: історія і сучасність*,

матеріально-правові, процедурні й соціально-політичні аспекти конституційного процесу в Україні, піддавались оцінкам конституційність, чинність і легітимність актів, якими оформлювались зміни Основного Закону. Для цього наводились різноманітні аргументи – юридичні, політичні й соціологічні.

Не можна не зауважити, що власне теоретико-методологічні основи таких оцінок переважно залишаються недостатньо проясненими. З огляду на це міркування й доводи, що наводяться окремими авторами навіть у рамках однієї публікації, іноді можуть ґрунтуватись на різних типах правової аргументації й тому нерідко виявляються непорівнянними з позиціями їх опонентів. У деяких випадках має місце підміна правових оцінок політичними або ж, навпаки, абстрагування від політичної реальності на користь «чистоти» юридичної догматики.

Процес зміни конституції нерідко описується за допомогою терміно-понять, значення яких належать до відмінних смислових рядів – формально-юридичного, соціологічного чи аксіологічного, які можуть належним чином не розрізнятись. Така гносеологічна ситуація зумовлює виникнення питання про те, чи може правопорядок бути встановлено на підставі неправових актів (дій, документів), й якщо так, то чим він, власне, відрізняється від неправового, хоча й ефективного та стабільного, політичного порядку?

Обговорення цього цілком слушного запитання у зв'язку з процесом зміни конституції як правової основи державного ладу потребує опертя на філософсько-правові й загальнотеоретичні розробки провідних напрямів праворозуміння. Необхідність урахування таких розробок зумовлюють насамперед розбіжності між тим, що визнається «правом», а що – «неправом» в окремих школах праворозуміння. Означені відмінності подекуди настільки суттєві, що уможливають використання обох щойно наведених термінів формально протилежного змісту на позначення одних і тих самих соціально-політичних явищ.

---

*доктрина і практика* (Київ: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, 2011); Сергій Вдовіченко, Володимир Кампо, Вячеслав Овчаренко та ін. *Контроль за дотриманням належної конституційної процедури* (Київ: Алерта, 2011); Віктор Мусіяка, "Будь-яка влада є результат узурпації?" *Дзеркало тижня*, 2010; Станислав Погребняк, Елена Уварова, "Сопrotивление угнетению. Восстание. Революция (теоретико-правовой анализ в свете доктрины прав человека)," *Право і громадянське суспільство* 2(3) (2013), <http://lcslaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/2-3-2013/item/102-soprotivlenie-ugneteniyu-vostranie-revoluytsiya-teoretiko-pravovoj-analiz-v-svete-doktriny-prav-cheloveka-pogrebnyak-s-p-uvanova-e-a>; Всеволод Речицький, *Конституційне АБВ* (Харків: Права людини, 2016), 227–42, 308–31; Сергій Різник, "Про нез'ясоване питання конституційності актів парламенту, прийнятих в умовах Революції Гідності," *Вісник Конституційного Суду України* 6 (2015): 58–66; Михайло Савчин, "Конституційний Суд України та реалізація Конституції України," *Публічне право* 1 (2015): 9–17; Іван Тимченко, "Конституційна реформа? Конституційна криза? Конституційний переворот?" *Народ і влада в Україні* 1 (2008): 14–9; Олексій Ющик, "Без легітимної Конституції не може бути легітимної влади" *Дзеркало тижня*, Жовтень 3, 2014.



Оскільки особливості природно-правової аргументації нами розглядалися в іншому місці<sup>4</sup>, пропонується стаття має на меті виявити деякі особливості соціологічно-орієнтованих теоретичних моделей легітимації змін конституції<sup>5</sup> – моделей, які використовуються в різні часи в різних державах світу, зокрема й в Україні.

Ідеться, зокрема, про легітимацію того політико-правового феномену, що його Ганс Кельзен назвав «революцією в ширшому розумінні слова», відтак, започаткувавши суто юридичне розуміння революції:

Революція в ширшому розумінні слова, яке охоплює і державний переворот, є всякою нелегітимною, себто такою, що не відповідає положенням конституції, зміною цієї ж конституції або ж її заміною іншим основним законом. З юридичної точки зору байдуже, чи відбулась ця зміна правової ситуації шляхом спрямованого проти законного уряду застосування сили чи членами цього самого уряду; рухом мас чи групою індивідів. Вирішальним є, що чинна конституція у певний спосіб змінюється або ж цілковито замінюється деяким чином, не передбаченим попередньою конституцією<sup>6</sup>.

Здійснювана заднім числом аргументація правомірності таких змін неможлива без звернення до ідеалістичних політичних уявлень і відповідних термінологічних конструkcій, які за своїм смислом анігілюють чи приховують деякі із сутнісних аспектів позначуваних ними явищ (до них належать, зокрема, порушення процедурних чи матеріальних приписів конституції). Відтак, по суті легітимація кельзенівської юридичної (або ж, радше, конституційної)<sup>7</sup> революції неминуче постає не чим іншим, як політичною міфотворчістю. Саме така міфотворчість несвідомо чи свідомо часто-густо здійснюється політологами і правознавцями, які оперують новочасним поняттям *pouvoir constituant*, «установчої влади».

Дати науковий опис щойно згаданого політико-правового процесу дозволяють соціологічно-орієнтовані дослідницькі підходи. З урахуванням цього відзначимо, що збереження інтересу до соціології права, зокрема конституційного, у зарубіжній

<sup>4</sup> Сергій Рабінович, *Юснатуралізм у філософії права* (Київ: Право України; Харків: Право, 2013).

<sup>5</sup> Wolf-Phillips, Leslie. "Constitutional legitimacy: A study of the doctrine of necessity." *Third World Quarterly* 4 (Vol. 1, 1979): 97–133; Fallon, Richard H. "Legitimacy and the Constitution." *Harvard Law Review* 6 (Vol. 118, 2005): 1787–1853. <http://www.jstor.org/stable/4093285>.

<sup>6</sup> Ганс Кельзен, *Чисте правознавство: З додатком: Проблема справедливості*. Переклад О. Мокровольського (Київ: Юніверс, 2004), 232–3.

Нам уже доводилося обґрунтовувати висновок про те, що саме такі «юридичні революції» мали місце в нашій державі при внесенні змін до Основного Закону в 2004, 2010 і 2014 рр. (див.: Сергій Рабінович, "Конституційні революції в Україні з перспективи «Чистого правознавства» Ганса Кельзена," *Юридичний вісник* 2 (2016): 184–90; див. також: Всеволод Речицький, "Юридичний коментар до поточних конституційних трансформацій в Україні," *Права людини в Україні*, 1–14 квітня 2014).

<sup>7</sup> Андрей Медушевский. *Сравнительное конституционное право и политические институты: курс лекций* (Москва: Ун-т Высш. Шк. Экономики, 2002), С. 222; Gary J. Jacobsohn, "Theorizing the Constitutional Revolution," *Journal of Law and Courts* vol. 2, no. 1 (2014): 1–32. <http://www.jstor.org/stable/10.1086/674453>.

науковій літературі та певне зростання такого інтересу в українській юриспруденції<sup>8</sup> загалом видається явищем закономірним.

Установлення практичної значущості пояснювальних теоретичних моделей легітимації конституційних перетворень уможливає демонстрацію інструментального значення конституційного праворозуміння й сприяє деміфологізації усталених поняттєвих конструкцій, насамперед поняття установчої влади (*pouvoir constituant*).

Зазвичай поза увагою конституціоналістів залишається та обставина, що це поняття наділене двома суттєво відмінними, хоча й взаємопов'язаними смислами. Перший із них є ціннісно-нормативним, тоді як другий – функціональним і описовим<sup>9</sup>. Перший смисл втілює розуміння установчої влади як «влади народу»<sup>10</sup>. Другий же смисл відображає розуміння установчої влади як функції з розробки й прийняття конституції (так звана первинна установча влада) та з подальшої зміни основного закону (похідна, вторинна, або ж інституційна установча влада). Перший смисл, на противагу другому, є, за Г. Хартом, «аскриптивним» смислом, який приписується певним матеріальним діям.

Первинна установча влада за визначенням є необмеженою – щонайменше у формально-процедурному аспекті. В аспекті матеріальному ж нерідко вважається, що вона пов'язана вимогами надпозитивного, «природного» права.

Складність роз'єднання обох згаданих вище конотацій поняття первинної установчої влади зумовлює її розуміння як такої, що «виникає і існує у співвідношенні між конституційною уявою (конституційним міфом про заснування) та діяльністю органів установленої влади. Установча влада тому не може бути дорівняна до влади певної спільноти, навіть численної, – такий підхід низводить установчу владу до питання факту. Поняття установчої влади зв'язує символічне і реальне у конституційному дискурсі»<sup>11</sup> (курсив наш. – С. Р.). Невловимий характер такого співвідношення і зв'язку може призводити до висновку, що

сьогодні, як і багато століть тому, [поняття установчої влади] все ще покрито вуаллю *les mystères de l'Etat* [містерій держави – франц.], непізнаних і незбагнених, як і таємниці теології. А саме дослідження такої влади... веде у глибини соціальної психології

<sup>8</sup> Chris Thornhill. "The Sociology of Constitutions." *Annual Review of Law and Social Science* Vol. 13 (2017): 493–513. В'ячеслав Джуно, *Соціологія конституційного права* (Київ: Вид. дім ІнЮре, 2018). Кн. 2. Соціокультурні підстави європейського конституціоналізму; Сергій Рабінович, "Протестантська етика і дух конституціоналізму," *Український часопис конституційного права* 4 (2018): 141–4.

<sup>9</sup> Обидва смисли неявно присутні і в твердженні Антоніо Негрі, згідно з яким «установча влада є суб'єктом. Цей суб'єкт, ця колективна суб'єктність викручується з будь-яких умов та суперечностей, якими час від часу їхня установча сила обмежується за специфічних кон'юктур політичної та конституційної історії». Цит. за: Водянніков, "Конституція і революція," 29.

<sup>10</sup> Уявлення про «народ» є важливою складовою міфології конституційної революції.

<sup>11</sup> Цит. за: Водянніков, "Конституція і революція," 52.

і антропології. Ані політичні науки, ані юридичні безсилі дати пояснення цьому явищу через свій науковий інструментарій...<sup>12</sup>

На наш погляд, остання теза допускає одне уточнення: безсилля юридичної догматики виявляється у світлі правознавства соціолого-позитивістської спрямованості та інших дескриптивних дисциплін.

Очищення конституційного слововжитку від містичного флеру дозволяє констатувати, що ціннісно-оцінювальне судження про те чи інше політичне рішення як про «акт первинної установчої влади» можливе лише як оцінка постфактум. Така оцінка уможливлена, так би мовити, не стільки перемогою верховенства права (що завжди є небезспірним), скільки верховенством права переможців – верховенством, яке утвердилось як соціально-політичний факт. Така кваліфікація того чи іншого формально- (процедурно- чи компетенційно-) неконституційного акта як «установчого» дозволяє вивести акт за межі правопорядку і, відтак, усунути можливість його формально-юридичної оцінки. Що ж до контролю за відповідністю здійснення первинної установчої влади тим чи іншим ціннісно-нормативним, «матеріальним» чинникам, то аби бути дієвим, такий контроль може здійснюватися тільки новою установчою владою або ж органами, конститутованими нею. Зі зрозумілих причин це завжди залишатиме сумніви в об'єктивності такого контролю і, щонайменше, в його незалежності. З огляду ж на неможливість забезпечення незалежного інституційного контролю за здійсненням установчої влади її пов'язаність вимогами природного права залишається суто у сфері трансцендентальній і метафізичній.

В описовому плані основні підходи до інтерпретації установчої влади видається можливим розрізняти відповідно до трьох типів розуміння права: легістського, соціологічного і ціннісно-метафізичного.

В одному з ґрунтовних вітчизняних досліджень установчої влади останню визначено із соціологічних позицій як

відношення панування-підкорення, через яке політично домінуючий суспільний суб'єкт як суверен запроваджує (установлює) на території держави або її частині певні публічно-владні інститути та основні форми їхнього функціонування (установлює фактичну конституцію), а також забезпечує їх легітимацію, узаконюючи суспільний порядок, в якому він заінтересований, шляхом ухвалення або зміни юридичних актів (юридичної конституції), що виступають як організаційні та конституційно-правові передумови функціонування публічної влади<sup>13</sup>.

Якщо з погляду свого змісту установча влада виступає владою, яка встановлює фактичну конституцію, то з погляду форми ця влада полягає в «узаконенні», «наданні загальнообов'язкової сили» певної системи організації і здійснення політичної влади, послуговуючись для цього, зауважимо, не тільки правовими,

<sup>12</sup> Цит. за: Водяніков, «Конституція і революція», 69.

<sup>13</sup> Максакова, *Конституційно-правові проблеми*, 113–4.

а й *позаправовими* (насамперед на початковій стадії свого становлення) засобами (курсив наш. – С. Р.).

Не заперечуючи значущості нормативного (як юридико-догматичного, так і природно-правового) виміру конституційно-правових феноменів і визнаючи їхню безумовну легітимацийну цінність, укажемо на одну перевагу, яку дає емпірично-описове трактування установчої влади: на противагу нормативним критеріям визнання деякої фактичної соціальної влади як «влади народу» чи «установчої влади», соціологічний підхід створює передумови для наукового відображення найбільш складних і неоднозначних аспектів розвитку того політико-правового феномену, який згодом, у результаті здійснення радикальних суспільно-політичних змін, заднім числом позначається як «установча влада». Оскільки *de facto* правова форма далеко не завжди є передумовою здійснення установчої влади, саме емпірико-соціологічний підхід дозволяє прослідкувати процес трансформації фактичної конституції в конституцію юридичну, перетворення політичних рішень, які з юридико-догматичних позицій вважаються актами «неправа», в акти, які згодом, з позицій інших типів праворозуміння, оцінюються вже як «правові».

Отже, в аналітичному сенсі слід розрізняти функціональний та ціннісно-нормативний аспекти установчих актів. У межах одного й того самого правопорядку єдність обох аспектів припускається стосовно будь-яких установчих актів, у тому числі тих, які прийняті з формальними та/або матеріальними порушеннями конституції. Однак зміна правопорядку дозволяє роз'єднати обидва аспекти, а іноді навіть поставити питання про відповідальність посадових осіб за участь в ухваленні установчого акта.

«Похідний» характер здійснюваної суб'єктом владних повноважень установчої влади виявляється вдаваням у разі виходу за встановлені межі конституційних повноважень при прийнятті акта. У цьому випадку орган державної влади *де-факто* здійснює власне первинну, а не похідну установчу владу.

Якщо при зміні конституції установчу функцію виконує акт, прийнятий із порушенням конституції, це неминуче зумовлює релятивність правового значення такого квазіустановчого акта. З позицій наявних у конституції, чинної на момент прийняття акта, компетенційних обмежень («букви конституції») участь в ухваленні акта може розглядатись як особливий тип конституційного або іншого галузевого правопорушення. Звернення до «духу» чинної конституції може стати підставою для кваліфікації таких дій як зловживання правом чи владними повноваженнями. На противагу цьому, з погляду «духу» конституції, чинності якої, як вважається, «відновлюється» внаслідок ухвалення рішення органом конституційної юрисдикції, прийняття такого акта може інтерпретуватись як відновлення стану «верховенства права» або ж як дія згаданого принципу. В останньому випадку, на відміну від попереднього, роль морально-політичних чинників у правовому оцінюванні рішень і дій суб'єкта владних повноважень є значно більшою.

У межах одного й того самого конституційного правопорядку єдність функціонального і ціннісно-нормативного аспектів установчих актів припускається стосовно будь-яких із них, у тому числі прийнятих із формальними та/або матеріальними порушеннями конституції. Зміна же правопорядку дозволяє роз'єднати обидва аспекти й оцінити акт функціонально-установчої влади з позицій догматики попереднього або наступного правопорядку вже як *квазіустановчий*. З іншого боку, за відсутності спеціального юридичного врегулювання цього питання емпірично-орієнтоване соціолого-позитивістське праворозуміння, яке виводить юридично повинне із сущого, дозволяє залишити в силі всі акти органів публічної влади, ухвалені «на виконання» квазіустановчого акта як юридично дефектного на момент його ухвалення. Установчі і квазіустановчі акти органів публічної влади як акти зміни конституції займають особливе місце в системі актів органів державної влади, виступаючи юридичною формою політичних трансформацій у суспільстві і державі.

### Дійсність і дієвість конституції

З методологічного погляду становить інтерес розв'язання загадки таємничої метаморфози «неправа» в «право» у кельзенівській нормативістській концепції, у важливих пунктах якої використовуються соціологічні засади<sup>14</sup>.

Принцип, згідно з яким «право не може визначити власні межі», виражає проблему граничної підстави права як логіко-юридичну проблему *regressus in infinitum* – нескінченного регресу юридичних санкцій. Для її подолання австрійський правознавець постулює поняття «основної норми» (*die Grundnorm*)<sup>15</sup>, яка перебуває поза конституцією і «логічною необхідна для об'єктивної дійсності (чинності) позитивних правових норм»<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Михаїл Антонов, «Соціологія права і чиста теорія права: складний взаємозв'язок», *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2012): 250–6.

<sup>15</sup> Сучасний предстваник юридичного позитивізму Євгеній Булигін пропонує вирішення проблеми *regressus in infinitum*, принципово подібне до кельзенівського (Євгеній Бульгін, «Динамика права», в *Матер. междунар. симпоз. "Нормы и нормативные системы в философии, праве и информатике"* (Санкт-Петербург, Сентябрь 9–10, 2011)). Аргентинський правознавець називає критерієм належності норми до нормативної системи створення норми компетентним органом, водночас наголошуючи на недостатності і незадовільності такого критерію. Це пов'язано з проблемою «логічного кола»: визначення належності норми до нормативної системи за допомогою поняття компетенції та визначення компетенції через належність норми, яка її встановлює. На думку Булигіна, вихід із такого «кола» полягає в тому, щоб припустити існування основних норм, тобто норм, які належать до системи, не будучи виданими компетентним органом. При цьому серед основних норм повинні бути також норми про компетенцію, які уповноважують певні органи на створення нових норм. Правознавець підкреслює, що такі основні норми повинні бути в кожному правопорядку (див.: Елена Тимошина, «Право без суверена: проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в.», *Право и государство* 4 (2015): 89).

<sup>16</sup> Ганс Кельзен, *Чистое учение о праве*, 2-е изд., пер. М. Антонова и С. Лёзова (Санкт-Петербург: ООО Издательский Дом «Алеф-Пресс», 2015), 254–5.

Водночас Кельзен визнає, що окрема норма і правопорядок у цілому для визнання своєї дійсності вимагають не тільки логічної підстави, а й необхідної соціальної умови – мінімальної дієвості й ефективності. «Норми правового порядку бувають дійсними тому, що основна норма, котра становить основне правило їх створення, *припускається як дійсна*, а не тому, що вони є дієвими; однак вони є *дійсними тільки тоді, себто поки цей правовий порядок є дієвим*» (курсив наш. – С. Р.)<sup>17</sup>. Так, за Кельзенем, коли конституція перестає бути дієвою, вона автоматично втрачає свою дійсність.

Відсутність нормативно встановленого механізму спростування презумпції конституційності актів ієрархічно найвищих органів державної влади логічно призводить до неспростовності цієї презумпції. Слід, однак, застерегти (і таке застереження, вочевидь, перебуватиме у цілковитій відповідності з кельзенівською доктриною), що сказане стосується юридичної кваліфікації рішень (дій) органів державної влади, вчинених ними саме в межах *встановленого* конституцією правопорядку. Як сфера дії презумпції конституційності, так і можливості її спростування обмежені рамками *встановленого* правопорядку. Будучи невід'ємним елементом існуючого правопорядку, презумпція конституційності поширюється на акти органів державної влади, видані в його ж таки нормативних, конституційно-смыслових межах. Відповідно, навряд чи може йтися про дію згаданої презумпції стосовно актів, якими конституція змінюється з тими чи іншими порушеннями правил зміни попередньої конституції. При цьому йдеться про випадки, коли функції установчої влади реалізуються органами державної влади, конституцією на це спеціально не уповноваженими, або ж про ситуації, коли ці функції здійснюються у спосіб, конституцією не передбачений. Згідно з «чистим правознавством», у таких випадках відбувається заміна однієї основної норми на іншу.

Фундатор нормативізму наголошував, що

слід відрізнити суб'єктивний зміст [юридичного акта] від об'єктивного. «Повинність» є *суб'єктивним* змістом будь-якого людського акту волі, інтенціонально спрямованого на поведінку іншого. Але не кожен такий акт має цей зміст також і об'єктивно. І тільки тоді, коли він також і *об'єктивно* має зміст повинності, цю повинність називають «нормою». Те, що «повинність» є також і *об'єктивним* змістом акта, проявляється в тому, що поведінка, на яку акт інтенціонально спрямований, сприймається як повинна *не тільки з точки зору того, хто здійснює цей акт, але і з точки зору третьої, незацікавленої особи*. Ба навіть більше: навіть якщо воля, суб'єктивним змістом якої є повинність, фактично перестає існувати, а зміст (тобто повинність) не зникає разом з нею; якщо повинність залишається «дійсною» (“*gilt*”) і після зникнення волі, якщо вона дійсна навіть тоді, коли індивід, який – згідно із суб'єктивним змістом акту волі – повинен поводитися певним чином, нічого не знає про цей акт та його зміст і тим не менш він вважається

<sup>17</sup> Ганс Кельзен, *Чисте правознавство*: З додатком: Проблема справедливості, пер. О. Мокровського (Київ: Юніверс, 2004), 239–40.

зобов'язаним або управненим поводитися згідно із повинністю, ось тоді повинність як «об'єктивна» повинність є «дійсною», такою, що зобов'язує адресата, «нормою»<sup>18</sup> (курсив наш. – С. Р.).

Отже, у межах ієрархічно збудованої правової системи об'єктивний нормативний зміст юридичного акта виражає деяке конвенційне юридико-нормативне значення тексту, в якому викладено зміст. Таке значення, з одного боку, випливає з акта вищої юридичної сили, який наділяє змістом інші, ієрархічно нижчі акти, логічно передуючи їм (*логіко-юридична* та *юридико-догматична* легітимація). Водночас, за Кельзенем, «правова норма вважається об'єктивно дійсною лише в тому випадку, якщо поведінка, яку вона регулює, хоча б деякою мірою фактично відповідає їй». Відтак, у контексті чистого правознавства «об'єктивним» виступає діяльнісний, соціальний зміст норми. Такий зміст виражається в актах компетентних правозастосовних органів державної влади та в поведінці осіб, які слідуєть нормі. Це виводить на діялісний, поведінковий, а отже – *соціологічний*, легітимаційний актів установчої влади.

Якщо ж ідеться про рішення органів державної влади, суб'єктивний зміст яких спрямований на скасування тих чи інших положень чинної конституції, однак при цьому можливість такого припинення чинності конституційних норм прямо не передбачена й водночас ними не заборонена, такі рішення можуть бути наділені об'єктивним нормативним змістом лише і виключно заднім числом, у подальшій поведінці органів і посадових осіб як правозастосовців.

«Юридично революційні» установчі акти не можуть вважатися актами, що належать до існуючого правопорядку (тобто до правопорядку, на належність до якого вони претендують за своїм суб'єктивним змістом), а відтак, у юридико-догматичному розумінні перебувають уже поза сферою чинного права.

### Нормативність фактичного: соціально-психологічні основи

Соціолого- й психолого-позитивістські підходи уможливають емпіричне пояснення позірної містичної перетворення актів революційної влади, неконституційних із погляду формально-юридичних основ попереднього правопорядку, на установчі акти нового правопорядку (таке *пояснення*, однак, далеко не для всіх може слугувати *виправданям* дивної трансформації актів неправа на право).

На протигагу юридичній догматиці, соціологічна юриспруденція явно чи неявно спирається на принцип «нормативної сили фактичного», висунутий Георгом Еллінеком. Відкидаючи ідею завершеності системи права, видатний правознавець вказував на реальність історичного пріоритету державно-політичних фактів («сили») щодо позитивного права. Із соціолого-позитивістських позицій він акцентував фіктивність правової наступності в процесі державного розвитку:

<sup>18</sup> Кельзен, *Чистое учение о праве*, 7.

...історія права є в той же час історією переворотів у праві і незаповнених правовим змістом проміжків у межах окремих правопорядків і поряд із ними, і тільки шляхом фікції, яка за своєю необґрунтованістю не поступається найсмівішим природно-правовим спекуляціям, вона ще може зберегти видимість суцільної неперервності права<sup>19</sup>.

Єллінеком наводиться психологічне обґрунтування перетворення емпіричного державного порядку на *правопорядок*. На думку мислителя, елементами, які зумовлюють таке перетворення, є: а) психічне сприйняття того, що відбувається фактично, як такого, що є водночас нормативним (консервативний елемент, з якого виникає презумпція, що існуючий соціальний факт є водночас фактом правомірним); б) психічне уявлення про право, яке знаходиться *над* позитивним правом (раціоналістичний, еволюційний, прогресивний елемент у праві). «Перш аніж звичай викличе перетворення фактичного на нормативне, переконання в розумності нового порядку створить у таких випадках уявлення про його правомірність» (курсив наш. – С. Р.)<sup>20</sup>.

Заперечуючи проти абсолютизації протиставлення права і сили, німецький учений наголошував, що «тільки та сила, яка не викликає в нас почуття її відповідності нормі, сприймається нами як неправо»<sup>21</sup>. Указуючи на величезну кількість соціальних факторів, від яких залежать особливості «процесу перетворення державних відносин, заснованих на силі» («політичних фактів»), у правовідносини, Єллінек підсумовує свої міркування з цього приводу висновками про ключову роль фактичних (передовсім соціально-політичних і соціально-психологічних) чинників для вирішення питання про правомірність/неправомірність політичних актів:

У житті народів існують епохи, котрі у свідомості і сучасників, і наступних поколінь є періодами безправ'я і чистої сваволі. Ця свідомість може одержати правове значення в тому випадку, якщо вдасться зруйнувати такий, що усвідомлюється як нелегальний, порядок, який згодом по відношенню до відновленого, такого, що ще не втратив у свідомості народу свого характеру, ладу уявиться вже як узурпація, а не право<sup>22</sup>.

Методологічно значущим тут видається акцентування соціально-оцінювального (в гносеологічному відношенні) та де-факто конкретно-історичного і релятивного (в онтологічному сенсі) характеру ознаки «правозгідності» акта органу публічної влади. Така аргументація Єллінека засвідчує визначальну роль особливостей праворозуміння для юридичної кваліфікації актів, спрямованих на зміну існуючого конституційного ладу.

---

<sup>19</sup> Георг Еллінек, *Общее учение о государстве*, пер. под ред. В. Гессена, Л. Шалланда (Санкт-Петербург: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004), 350–1.

<sup>20</sup> Там само, 350.

<sup>21</sup> Там само, 342.

<sup>22</sup> Там само.



Звідси стає зрозумілим, як плюралізм соціальних інтересів і відповідна йому соціологічна релятивність значень понять «правового» і «неправового» дозволяють дати пояснення факту психологічного сприйняття певними соціальними групами (які можуть становити більшість у суспільстві) ефективного та стабільного політичного порядку як порядку «правового». При цьому такому сприйняттю аж ніяк не перешкоджає те, що такий порядок має у своїй основі акти, які являють собою формальне порушення попереднього конституційного правопорядку і процесуальний розрив юридичного континуїтету.

### Метафізика і прагматика установчої влади

Сказане вище підтверджується також дискусією з питання про дійсність правових актів, яка мала місце в ХХ ст. між юридичними школами нормативізму і правового реалізму. На думку одного з опонентів Кельзена, представника скандинавського юридичного реалізму Альфа Росса, підстава дійсності правопорядку перебуває поза межами правопорядку і тому за визначенням може бути тільки метаюридичною (соціально-політичною, моральною, божественною тощо): обов'язок підкорятись праву «є моральнісним обов'язком перед правовою системою, а не юридичним обов'язком згідно із цією системою». «Обов'язок перед системою» не може впливати із самої цієї системи, але має слідувати з правил чи принципів, які містяться поза рамками цієї системи<sup>23</sup>.

Зрештою, з уваги на конкретно-історичні факти не можна повністю виключати кардинальної зміни суспільно-політичних обставин та здійснення за таких умов правової оцінки навіть формально остаточного акта. Зі зрозумілих причин така оцінка вже ніяк не може ґрунтуватися на засадах легістського позитивізму.

Таким чином, з аргументації Росса, так само як і з поглядів Єллінека, випливає висновок про соціально-історично зумовлену доповнюваність як соціологічного, так і природно-правового підходів щодо юридичної догматики. З позицій обох правознавців випливає неминучість виходу за межі останньої при обґрунтуванні легітимності революційної зміни системи права. Крім іншого, наведені твердження

<sup>23</sup> Альф Росс, «Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом», пер. М. Антонова, *Российский ежегодник теории права* Т. 2 (2009): 464. Torben Spaak. «Ross on the Dualism of Reality and Validity.» *Utopia y Praxis Latinoamericana* Vol. 72 (2015): 41–66.

У практичному сенсі міркування Росса можуть бути використані, зокрема, для обґрунтування не юридичного, а морального (морально-політичного) характеру санкцій, якими забезпечується дотримання юридичних норм суддями найвищих судових інстанцій та членами інших органів, уповноважених ухвалювати остаточні й такі, що не підлягають оскарженню, рішення. Проте таке, цілком коректне з погляду формальної логіки, доведення не перешкоджає уповноваженню тих чи інших органів державної влади давати оцінку дотриманню суддями своїх моральних зобов'язань, у тому числі й при ухваленні остаточних рішень. При цьому з огляду на пряму вказівку конституції така моральна оцінка на практиці може набувати юридичної форми – попри певну формальну суперечливість такого нормативного рішення й навіть появу ефекту так званого «зворотного керування» (Всеволод Речицький).

скандинавського правознавця можна розглядати також і як соціологічну інтерпретацію особливої природи актів установчої влади, які перебувають поза встановленим ними правопорядком, хоча попри це вважаються також і такими, що належать останньому.

Аби пояснити трансформацію фактичного в нормативне (таку дивовижну для кантіанського мислення), знаний у дореволюційний та в радянський час теоретик права Я. М. Магазинер у праці «Загальна теорія права на основі радянського законодавства» вдається до геометричної аналогії:

Коли сторона квадрата дотикається до кола круга, то один і той самий пункт дотику цих двох фігур є одночасно пунктом і на стороні квадрата, і на колі круга. Так і в громадському житті: один і той самий пункт – *неправомірний* акт – стає пунктом перетину двох різко відмінних правових фігур, двох послідовних, але відмінних між собою правових систем (наприклад, самодержавної і конституційної), і те, що було для однієї з них *правопорушенням*, для наступної буде праводжерелом<sup>24</sup>.

У згаданій роботі автор наводить чимало прикладів перетворення конституційного неправу на право для доведення того, що в історії нове право часто виникало з порушення і навіть із руйнування старого права: акт руйнівний був також і актом творчим (рос. *созидательным*). Руйнування не тільки є фактичною силою, яка припиняє існуючий правопорядок та, подібно до стихії води або вулканічної лави, ховає це [правове] спілкування, а й правовою датою, з якої бере початок новий порядок, тобто джерелом цього порядку (курсив наш. – С. Р.)<sup>25</sup>.

З позицій сучасного конституціоналізму таке поєднання соціології конституційного права із його догматикою в описі здійснення установчої влади описується таким чином: «формально установча влада зводиться до узаконення... як за допомогою правових механізмів – перетворення фактичної конституції на юридичну, так і за допомогою позаправових механізмів на початковій стадії її реалізації, із наступним наданням цим перетворенням правової форми».

Суттєво, що новий правопорядок виявляється абсолютно недійсним із позицій внутрішньої логіки попереднього правопорядку у випадках, коли конституцію змінено не в спосіб, передбачений самою конституцією. У цьому пункті, однак, логіка Кельзена поєднується з логікою соціології права: питання про оцінку установчого акта виникає при фактичному виході за межі системи права, а саме при зміні самої основної норми, безпосередньо пов'язаної із конкретною конституцією.

Отже, зміна конституції як прямий чи опосередкований результат ухвалення органом публічної влади відповідного акта засвідчує фактичну реалізацію функції установчої влади. Така влада може бути похідною (здійснюваною відповідно до

---

<sup>24</sup> Яков Магазинер, *Избранные труды по общей теории права*, отв. ред. А. Кравцов (Санкт-Петербург: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006), 101.

<sup>25</sup> Там само.

приписів конституції) або ж первинною, тобто такою, що здійснюється незалежно від таких приписів або з їх порушенням.

З перспектив різних типів праворозуміння такий акт, вчинений органом конституційного судочинства, може одержати відмінну правову оцінку. Так, з нормативістських позицій слід визнати, що ухвалення згаданого акта спрямоване на зміну основної норми, згідно з якою «необхідно додержуватись чинної конституції». Проблемою тут постає те, що в межах існуючого правопорядку відсутні органи, уповноважені констатувати факт такої зміни. Революційна зміна правопорядку створює необхідні політичні умови для встановлення тих чи інших «юридичних» наслідків ухвалення акта, вчиненого з виходом за межі попереднього правопорядку. Це стосується будь-яких актів, зокрема навіть формально остаточних. Однак слабким місцем такого підходу стає небезпека ретроактивного ефекту і стабільності становища приватних осіб та їх об'єднань, яке виникло внаслідок рішень органів публічної влади.

Натомість, за соціологічного праворозуміння наявність в акта юридичних властивостей є результатом не стільки спеціалізованого і формального (офіційного) визнання, скільки фактичного соціального визнання, суспільної легітимності, зокрема і визнання «зовнішнього» щодо системи органів, у рамках якої видано акт. Особливе значення це має при оцінці актів, які де-факто змінюють конституцію, – актів реалізації «установчої влади». Так, наступна радикальна зміна розстановки політичних сил, революційна зміна правопорядку створюють як реальні можливості, так і в певному сенсі навіть соціально-правові підстави переоцінки з боку новоутворених органів публічної влади актів попередньої державної влади. Оскільки, за влучним зауваженням Я. М. Магазинера, «злочин лише тоді може стати джерелом права, коли його вчинено особою чи групою осіб, які мають або ж захопили владу над правопорядком, тобто коли один і той самий акт є злочином з погляду старого права і джерелом права – з погляду нового права», для переक्валіфікації актів, які виконували роль джерела права в попередньому правопорядку, необхідна зміна «влади над самим правопорядком»<sup>26</sup>.

Цілком очевидно, що така зміна необхідна для здійснення будь-яких радикальних суспільно-політичних перетворень, зокрема для переходу від недемократичного політичного режиму до демократичного.

### Основні висновки

1. Розрізнення ціннісно-нормативного та функціонально-описового аспектів поняттєвого апарату конституціоналізму дозволяє виявити в доктрині конституційного права міфологічні складові. Такі складові містить, зокрема, поняття установчої влади, розглядуване з погляду його легітимувальної та політико-ідеологічної

<sup>26</sup> Магазинер, Избранные труды по общей теории права, 101.

функцій. Ідеться, зокрема, про використання цього поняття для виправдання допущених порушень вимог основного закону при здійсненні його змін: інакше кажучи, про легітимацію кельзенівської юридичної революції, що відбулася *de facto*.

2. Звернення до соціально-діяльнісного (Г. Кельзен) і соціально-психологічного (Г. Єллінек, А. Росс) типів обґрунтування «революційної» зміни конституції дозволяє стверджувати, що основні правові характеристики акта здійснення установчої влади (правомірність і чинність) соціально зумовлені та конкретно-історичні. З огляду на це такі характеристики є реляційними формально та релятивними змістовно. Реляційність правових характеристик акта полягає, по-перше, в їх зв'язку із конкретною системою права та конкретною правовою свідомістю, у рамках яких і щодо яких такі характеристики визначаються. Трансформації суспільно-історичних умов можуть мати наслідком переоцінку правового значення акта органу державної влади. По-друге, реляційність полягає у співвіднесеності характеристик акта з відмінними типами праворозуміння як різними стратегіями правової легітимації. Релятивність же правових характеристик акта стосується історичної змінюваності змісту його правової оцінки, зокрема за революційних умов.

3. Міфологічне за своєю суттю приписування певним діям і рішенням ціннісно-нормативного значення «актів первинної установчої влади» дозволяє не тільки зняти проблему їх невідповідності попередньо встановленим процедурним правилами, а й створити концептуальну основу нового правопорядку, а отже, «чарівним» чином перетворити формальне «неправо» на основу нового права.

В умовах політико-правового транзиту позитивістська соціологія права виступає стратегією ретроактивної, здійснюваної «заднім числом» легітимації політичних рішень і дій. Соціологічний позитивізм слугує стратегією «констатуючої» соціально-емпіричної легітимації, яка може використовуватись як у революційних, так і консервативних цілях.

Політично амбівалентною є й юснатуралістична аргументація, яка дозволяє дати змістову легітимацію новим установчим (у функціональному сенсі) актам і делегітимувати ціннісне установче значення попередніх актів. Метафізичний характер оцінювальних критеріїв дозволяє використовувати юснатуралізм як перспективно, так і ретроспективно.

Натомість юридична догматика, зокрема в юридико-нормативістській версії, виступає спрямованою у майбутнє перспективною і водночас консервативною стратегією формальної легітимації актів ординарної нормотворчості і делегітимації неконституційних актів установчого значення.

4. З практичного погляду врахування вимог правової визначеності вимагає обмеження ретроактивності при наступній оцінці наслідків такої, що відбулася, «юридико-революційної», тобто здійсненої з порушенням формальних вимог конституції, зміни правопорядку. У цьому проявляється правотворча роль часу,

який, таким чином, виявляється здатним перетворювати політичні факти на юридичні акти, чия чинність *de facto* уже не може бути заперечена.

© С. Рабінович, 2019

## Бібліографія

- Антонов, Михаїл. “Соціологія права і чиста теорія права: складний взаємозв’язок.” *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2012): 250–6.
- Бориславська, Олена. “Верховенство конституції чи верховенство права: деякі питання відновлення дії окремих положень Конституції України.” *Вісник Конституційного Суду України* 6 (2015): 48–57.
- Бульгин, Евгений. “Динамика права.” *Матер. междунар. симпоз. “Нормы и нормативные системы в философии, праве и информатике,”* Санкт-Петербург, Сентябрь 9–10, 2011.
- Вдовіченко, Сергій, Кампо, Володимир, Овчаренко, В’ячеслав та ін. *Контроль за додержанням належної конституційної процедури*. Київ: Алерта, 2011.
- Водянніков, Олександр. “Конституція і революція: анатомія установчої влади.” *У Конституційний полілог. 20 років Конституції України: суспільство і влада в конституційному процесі: Збірка тез міжнар. наук.-практ. конф.*, 15–69. Київ: ВАІТЕ, 2016.
- Джунь, В’ячеслав. *Соціологія конституційного права*. Київ: Вид. Дім ІнЮре, 2018. Кн. 2. Соціокультурні підстави європейського конституціоналізму.
- Еллинек, Георг. *Общее учение о государстве*. Пер. с нем. под ред. В. М. Гессена, Л. В. Шалланда. Санкт-Петербург: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004.
- Кельзен, Ганс. *Чисте правознавство: З додатком: Проблема справедливості*. Переклад О. Мокровольського. Київ: Юніверс, 2004.
- Кельзен, Ганс. *Чистое учение о праве*. 2-е изд. Перевод М. В. Антонова и С. В. Лёзова. Санкт-Петербург: ООО Издательский Дом «Алеф-Пресс», 2015.
- Колісник, Віктор. “Відновлення дії Конституції України та зміна форми правління як засіб поновлення конституційного ладу.” *Вісник Конституційного Суду України* 4(2015): 103–9.
- Магазинер, Яков. *Избранные труды по общей теории права*. Отв. ред. А. К. Кравцов. Санкт-Петербург: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006.
- Максакова, Руслана. *Конституційно-правові проблеми організації та реалізації установчої влади в Україні: монографія*. Запоріжжя: Класичний приватний університет, 2012.
- Медушевский, Андрей. *Сравнительное конституционное право и политические институты: курс лекций*. Москва: Ун-т Высш. Шк. Экономике, 2002.
- Мельник, Микола. “Конституційна афера.” *Дзеркало тижня*, Лютий 14, 2014, 5.
- Мережко, Олександр. “Природне право і помаранчева революція.” <http://www.grom-bezpeka.at.ua/publ/4-1-0-69#.V5cbRdKLSUk>.
- Мироненко, Олександр. *Конституційний Суд України: історія і сучасність, доктрина і практика*. Київ: Ін-т держ. і права ім. В. М. Корецького, 2011.
- Мусяяка, Віктор. “Будь-яка влада є результат узурпації?” *Дзеркало тижня*, 2010, 40.
- Погребняк, Станислав і Елена Уварова. “Спротивление угнетению. Восстание. Революция (теоретико-правовой анализ в свете доктрины прав человека).” *Право і громадянське*

- супільство* 2(3) (2013). <http://lcslaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/2-3-2013/item/102-soprotivlenie-ugneteniyu-vosstanie-revolyuetsiya-teoretiko-pravovoj-analiz-v-svetedoktriny-prav-cheloveka-pogrebnyak-s-p-uvarova-e-a>.
- Рабінович, Сергій. *Юснатуралізм у філософії права*. Київ: Право України; Харків: Право, 2013.
- Рабінович, Сергій. “Конституційні революції в Україні з перспективи «Чистого правознавства» Ганса Кельзена,” *Юридичний вісник* 2 (2016): 184–190.
- Рабінович, Сергій. “Протестантська етика і дух конституціоналізму.” *Український часопис конституційного права* 4 (2018): 141–4.
- Речицький, Всеволод. “Юридичний коментар до поточних конституційних трансформацій в Україні,” *Права людини в Україні*, 1–14 квітня 2014.
- Речицький, Всеволод. *Конституційне АБВ*. Харків: Права людини, 2016.
- Різник, Сергій. “Про нез’ясоване питання конституційності актів парламенту, прийнятих в умовах Революції Гідності.” *Вісник Конституційного Суду України* 6 (2015): 58–66.
- Росс, Альф. “Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом.” Пер. М. В. Антонова. *Российский ежегодник теории права* Т. 2 (2009): 458–73.
- Савчин, Михайло. “Конституційний Суд України та реалізація Конституції України.” *Публічне право* 1 (2015): 9–17.
- Тимошина, Елена. “Право без суверена: проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в.” *Право и государство* 4 (2015): 86–93.
- Тимченко, Іван. “Конституційна реформа? Конституційна криза? Конституційний переворот?” *Народ і влада в Україні* 1 (2008): 14–9.
- Ющик, Олексій. “Без легітимної Конституції не може бути легітимної влади.” *Дзеркало тижня*, Жовтень 3, 2014.
- Fallon, Richard H. “Legitimacy and the Constitution.” *Harvard Law Review* 6 (Vol. 118, 2005): 1787–1853. <http://www.jstor.org/stable/4093285>.
- Jacobsohn, Gary J. “Theorizing the Constitutional Revolution.” *Journal of Law and Courts*, Vol. 2, no. 1 (2014): 1–32. <http://www.jstor.org/stable/10.1086/674453>.
- Spaak, Torben. “Ross on the Dualism of Reality and Validity.” *Utopia y Praxis Latinoamericana* Vol. 72 (2015): 41–66.
- Thornhill, Chris. “The Sociology of Constitutions.” *Annual Review of Law and Social Science* Vol. 13 (2017): 493–513.
- Wolf-Phillips, Leslie. “Constitutional legitimacy: A study of the doctrine of necessity.” *Third World Quarterly* 4 (Vol. 1, 1979): 97–133.

## Bibliography

- Antonov, Mykhail. “Sotsiologhiia prava i chysta teoriia prava: skladnyi vzaiemozv’iazok [Sociology of Law and Pure Theory of Law: A Difficult Relation].” *Filosofii prava i zahalna teoriia prava* 1 (2012): 250–6.
- Boryslavska, Olena. “Verkhovenstvo konstytutsii chy verkhovenstvo prava: deiaki pytannia vidnovlennia dii okremykh polozhen Konstytutsii Ukrainy [Supremacy of the Constitution or Rule of Law: Some Issues of the Restoration of Certain Provisions of the Constitution of Ukraine].” *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy* 6 (2015): 48–57.

- Bulygin, Evgenii. "Dinamika prava [The Dynamics of Law]." *Mater. mezhdunar. sympoz. "Normy i normativnyie sistemy v filosofii, prave i informatike,"* Sankt-Peterburh, September 9–10, 2011.
- Vdovichenko, Serhii, Kampo, Volodymyr, Ovcharenko, Viacheslav and oth. *Kontrol za doderzhanniam nalezhnoii konstytutsiynoi protsedury.* [Control for Independent Constitutional Proceeding]. Kyiv: Alerta, 2011.
- Vodiannikov, Oleksandr. "Konstytutsiia i revoliutsiia: anatomiiia ustanovchoi vlady [Constitution and Revolution: the anatomy of the foundational power]." *U Konstytutsiyni poliloh. 20 roki Konstytutsii Ukrainy: suspilstvo i vlada v konstytutsiinomu protsesi* [Constitutional Polylogue. 20 years of the Constitution of Ukraine: the Society and the Authority in the Constitutional Process...]: Zbirka tez mizhnar. nauk.-prakt. konf., 15–69. Kyiv: VAITE, 2016.
- Dzhun, Vyatcheslav. *Sotsiologhiia konstytutsiinoho prava* [Sociology of Constitutional Law]. Kyiv: Vyd. dim InIure, 2018. Kn. 2. Sotsiokulturni pidstavy yevropeiskoho konstytutsionalizmu.
- Jellinek, Georg. *Obshchee uchenie o hosudarstve* [General Doctrine of State]. Per. s nem. pod. red. V. M. Hessena, L. V. Shallanda. Sankt-Peterburg: Yzd-vo R. Aslanova «Iuridicheskii tsentr Press», 2004.
- Kelsen, Hans. *Chyste pravoznavstvo* [Pure Theory of Law]: Z dodatkom: Problema spravedlyvosti. Pereklad O. Mokrovolskoho. Kyiv: Yunivers, 2004.
- Kelsen, Hans. *Chistoe uchenie o prave* [Pure Theory of Law]. 2-e yzd. Pervod M. V. Antonova y S. V. Liozova. Sankt-Peterburh: OOO Yzdatelskyi Dom «Alef-Press», 2015.
- Kolisnyk, Viktor. "Vidnovlennia dii Konstytutsii Ukrainy ta zmina formy pravlinnia yak zasib ponovlennia konstytutsiinoho ladu [Restoration of the Constitution of Ukraine and Change of the Form of Government as a Means of Restoration of Constitutional Order]." *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy* 4 (2015): 103–9.
- Mahaziner, Yakov. *Izbrannyye trudy po obshchei teorii prava* [Selected Works on a General Theory of Law]. Otv. red. A. Kravtsov. Sankt-Peterburh: Yzd-vo R. Aslanova «Iurydycheskii tsentr Press», 2006.
- Maksakova, Ruslana. *Konstytutsiino-pravovi problemy orhanizatsii ta realizatsii ustanovchoi vlady v Ukraini* [Constitutional and Legal Problems of the Organisation and Implementation of the Foundational Power in Ukraine]. Zaporizhzhia: Klasychnyi pryvatnyi universytet, 2012.
- Medushevskiy, Andrey. *Sravnitelnoe konstytutsionnoe pravo y polytycheskiye instituty: kurs lektsiy* [Comparative Constitutional Law and Political Institutions]. Moskva: Un-t Vyssh. Shk. Ekonomiki, 2002.
- Melnyk, Mykola. "Konstytutsiina afera [Constitutional Fraud]." *Dzerkalo tyzhnia*, February 14, 2014, 5.
- Merezhko, Oleksandr. "Pryrodne pravo i pomarancheva revoliutsiia [Natural Law and Orange Revolution]." <http://www.grom-bezpeka.at.ua/publ/4-1-0-69#.V5cbRdKLSUk>.
- Myronenko, Oleksandr. *Konstytutsiyni Sud Ukrainy: istoriia i suchasnist, doktryna i praktyka* [Constitutional Court of Ukraine: History and Contemporary, Doctrine and Practice]. Kyiv: In-t derzh. ipravaim. V. M. Koretskoho, 2011.
- Musiiaka, Viktor. "Bud-iakavlada ye rezultat uzurpatsii? [Is Ever Authority the Result of Usurpation?]" *Dzerkalo tyzhnia*, 2010, 40.

- Pohrebniak, Stanislav, and Elena Uvarova. "Soprotivlenye uhnetenyiu. Vosstanye. Revoliutsiia (teoretiko-pravovoi analiz v svete doktriny prav cheloveka) [Resist Against Oppression. Rebellion. Revolution (theoretical and legal analysis from the human rights doctrine point of view)]." *Pravo i hromadianske suspilstvo* 2(3) (2013). <http://lclaw.knu.ua/index.php/arkhiv-номерiv/2-3-2013/item/102-soprotivlenie-ugnetenyiu-vosstanie-revolyuetsiya-teoretiko-pravovoj-analiz-v-svete-doktriny-prav-cheloveka-pogrebnyak-s-p-uvarova-e-a>.
- Rabinovych, Serhii. *Yusnaturalizm u filosofii prava* [Jusnaturalism in Philosophy of Law]. Kyiv: Pravo Ukrainy; Kharkiv: Pravo, 2013.
- Rabinovych, Serhii. "Konstytutsiini revoliutsii v Ukraini z perspektyvy Chystoho pravoznavstva Hansa Kelzena [Constitutional Revolutions in Ukraine from Hans Kelsen's "Pure Theory of Law" Point of View]," *Iurydychnyi visnyk* 2 (2016): 184–190.
- Rabinovych, Serhii. "Protestantskaya etika i dukh konstitutsionalizmu [Protestant Ethic and the Spirit of Constitutionalism]." *Ukrainskyi chasopys konstytutsiinoho prava* 4 (2018): 141–4.
- Rechtytskyi, Vsevolod. "Yuridichnyi komentar do potochnyh konstytutsiinych transformatsij v Ukraini [Law Commentary on the Current Constitutional Changes in Ukraine]." *Prava lyudini v Ukraini* (1–14.04.2014): 2–5.
- Rechtytskyi, Vsevolod. *Konstytutsiine ABV* [Constitutional ABC]. Kharkiv: Prava liudyny, 2016.
- Riznyk, Serhii. "Pro nez'iasovane pytannia konstytutsiinosti aktiv parlamentu, pryiniatykh v umovakh Revoliutsii Hidnosti [On the Issue of the Constitutionality of the Parliament Acts, Adopted under the Revolution of Dignity Conditions]." *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy* 6 (2015): 58–66.
- Ross, Alf. "Validnost i konflikt mezhdu pravovym pozitivizmom i yestestvennym pravom [Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law]." Per. M. V. Antonova. *Rossiyskii ezhegodnik teorii prava* T. 2 (2009): 458–73.
- Savchyn, Mykhailo. "Konstytutsiinyi Sud Ukrainy ta realizatsiia Konstytutsii Ukrainy [Constitutional Court of Ukraine and Implementation of Constitution of Ukraine]." *Publichne pravo* 1 (2015): 9–17.
- Timoshina, Elena. "Pravo bez suverena: problema deistvitelnosti prava v yuridicheskom pozitivizme XX veka [Law without Sovereign: Problem of the Validity of Law in Legal Positivism of XX Century]." *Pravo i hosudarstvo* 4 (2015): 86–93.
- Tymchenko, I. "Konstytutsiina reforma? Konstytutsiina kryza? Konstytutsiinyi perevorot? [Constitutional Reform? Constitutional Crisis? Constitutional Coup?]" *Narod i vlada v Ukraini* 1 (2008): 14–9.
- Yushchuk, O. "Bez lehitymnoi Konstytutsii ne mozhe buty lehitymnoi vlady [Any Authority isn't Legitimate if the Constitution isn't Legitimate]." *Dzerkalo tyzhnia*, Zhovten 3, 2014.
- Fallon, Richard H. "Legitimacy and the Constitution." *Harvard Law Review* 6 (Vol. 118, 2005): 1787–1853. <http://www.jstor.org/stable/4093285>.
- Jacobsohn, Gary J. "Theorizing the Constitutional Revolution." *Journal of Law and Courts*, Vol. 2, no. 1 (2014): 1–32. <http://www.jstor.org/stable/10.1086/674453>.
- Spaak, Torben. "Ross on the Dualism of Reality and Validity." *Utopia y Praxis Latinoamericana* Vol. 72 (2015): 41–66.



- Thornhill, Chris. "The Sociology of Constitutions." *Annual Review of Law and Social Science* Vol. 13 (2017): 493–513.
- Wolf-Phillips, Leslie. "Constitutional legitimacy: A study of the doctrine of necessity." *Third World Quarterly* 4 (Vol. 1, 1979): 97–133.

### **Сергій Рабінович. Право з (не)права: міфологія конституційної революції**

**Анотація.** Звернення до соціально-діяльнісного (Г. Кельзен) і соціально-психологічного (Г. Єллінек, А. Росс) обґрунтувань легітимності революційної зміни конституції дозволяє стверджувати, що основні правові характеристики акта здійснення установчої влади – правомірність і чинність – соціально зумовлені та конкретно-історичні. З огляду на це такі характеристики є реляційними та релятивними. Реляційність установчого акта полягає, по-перше, в його зв'язку з конкретною системою права та конкретною правовою свідомістю, у рамках яких і щодо яких визначаються його правомірність і чинність. Трансформації суспільно-історичних умов можуть мати наслідком переоцінку правового значення акта органу державної влади. По-друге, реляційність акта вбачається у співвіднесеності характеристик акта з окремими типами праворозуміння як різними стратегіями правової легітимності. Релятивність акта стосується історичної змінюваності правової оцінки акта, зокрема динаміки такої оцінки за революційних умов.

**Ключові слова:** установча влада; юридична революція; дійсність (чинність) конституції; дієвість конституції; нормативізм; соціологія права.

### **Сергей Рабинович. Право из (не)права: мифология конституционной революции**

**Аннотация.** Обращение к социально-деятельностному (Г. Кельзен) и социально-психологическому (Г. Еллинек, А. Росс) обоснованиям легитимности революционных изменений конституции позволяет утверждать, что основные правовые характеристики акта осуществления учредительной власти – правомерность и действительность – социально обусловлены и конкретно-историчны. Поэтому такие характеристики реляционны и релятивны. Реляционность учредительного акта заключается, во-первых, в его связи с конкретной системой права и конкретным правовым сознанием, в рамках которых и в соответствии с которыми определяются его правомерность и действительность. Трансформации общественно-исторических условий могут повлечь переоценку правового значения акта органа государственной власти. Во-вторых, реляционность акта усматривается в соотносительности его характеристик с отдельными типами правопонимания как различными стратегиями правовой легитимации. Релятивность акта касается исторической изменчивости правовой оценки акта, в частности динамики такой оценки в революционных условиях.

**Ключевые слова:** учредительная власть; юридическая революция; действительность конституции; действенность конституции; нормативизм; социология права.

### **Sergiy Rabinovych. Lawful out of (Un)lawful: Mythology of the Constitutional Revolution**

**Abstract.** Applying to the social active (Hans Kelsen) and social psychological (Georg Jellinek, Alf Ross) foundations of revolutionary change of the Constitution legitimacy allows to state, that

main legal characteristics of the act of commission of foundational power (lawfulness and validity) are socially determined and bear concrete social character. Bearing in mind aforementioned, such characteristics are relative and relational. Relationality of the foundational act finds itself, first of all in its' connection with certain distinct system of law and distinct legal consciousness, within limits of which is determined its' lawfulness and validity. Transformation of the social historical conditions may lead reestimation of the legal meaning of the act of the state body organ. Secondly, relationality of the act lies in correlation of the characteristics of the act with the distinct types of law understandings as the distinct strategies of legal legitimation. Relativity of the act touches upon historical changeability of the legal estimation of the act, namely, dynamics of such estimation under the revolutionary conditions. In the context of political and legal transit the positivistic sociology of law becomes a strategy for the retroactive legitimation of political decisions and actions. Sociological positivism is as a strategy of "ascertaining" socio-empirical legitimation, which can be used for both revolutionary and conservative purposes. Jusnaturalistic argumentation is also politically ambivalent. It allows us to give meaningful legitimation to new constituent acts and to delegitimize the constituent values of previous acts. The metaphysical nature of the evaluation criteria allows the use of jusnaturalism both prospectively and retrospectively. Legal dogmatics is a promising and conservative strategy for the formal legitimation of acts of ordinary rule-making and the delegitimize of unconstitutional constituent acts.

**Keywords:** foundational power; legal revolution; validity of the Constitution; functionality of the Constitution; normativism; sociology of law.

Одержано / Received 15.06.2019

## АВТОНОМНО-ПРОЦЕСУАЛЬНА МОДЕЛЬ ПРАВА

## Вступ

Глибокі зміни правових систем під впливом економічних, політичних і соціальних факторів у всьому світі, включаючи Україну, докорінно змінюють наше бачення права. Скажімо, в умовах постдемократичної ерозії держави, комерціалізації системи забезпечення громадянських прав і свобод через делегування традиційних соціальних функцій держави приватному бізнесу, – ці глобальні тенденції описали О. Їжак та Г. Мерніков<sup>2</sup>, – втрачає актуальність усталене визначення права через державний примус. Звичне викладання правознавства в межах національної державності не здатне задовольнити зростаючі запити на знання у сферах міжнародного, порівняльного та корпоративного права.

Академік О. Петришин зауважує, що право однобічно розуміється виключно як державний наказ без наповнення правових категорій соціальним змістом, недооцінюються визначальні етимологічні складові самого терміна «право», зокрема такі змістовні характеристики, як «справедливість», «правильність», «виправданість» тощо<sup>3</sup>. На думку академіка, виклики нового тисячоліття ставлять нові завдання перед дослідженням правової складової сучасного соціуму, зокрема інформаційного суспільства, причому методи та підходи до наукового пізнання правової реальності підлягають переосмисленню<sup>4</sup>. Однак було б помилкою при подібному переосмисленні відкидати вже накопичені надбання юридичної думки.

У теорії і філософії права є вічні питання, до обговорення яких вчені постійно повертаються в пошуках критеріїв істини на всі часи; до таких належить питання про зв'язок права і моралі. Дебати на цю тему Г. Гарта і Л. Фуллера на сторінках

<sup>1</sup> Юрій Вадимович Шеляженко, асистент кафедри державно-правових дисциплін юридичного факультету Університету КРОК.

Yurii Sheliashenko, Assistant of the Department of State-Legal Disciplines, Faculty of Law, KROK University.

e-mail: sheliashenkoiuv@krok.edu.ua

<sup>2</sup> Олексій Їжак та Геннадій Мерніков, «Сучасна система міжнародних відносин – стан, виклики, загрози, можливі сценарії», *Вісник НАН України* 2 (2019): 7.

<sup>3</sup> До цієї думки О. Петришина можна додати, що, крім державного «правління», зміст права визначається і «правою» науковців і практиків, а також «управлінням», «самоуправлінням», часто недержавним, принаймні у нинішньому доктринальному розумінні держави, яке, однак, теж трансформується на вимоги часу.

<sup>4</sup> Олександр Петришин, «Проблеми соціалізації права та соціологізації юриспруденції», *Право України* 9 (2013): 92–3.

Гарвардського журналу права в 1958 р., попри їх змістовність, не поставили крапку в піднятому питанні та продовжилися в полеміці Р. Алексі та Є. Булигіна, що триває з 1993 р. донині з глибоким розгортанням природно-правової та позитивістської аргументації<sup>5</sup>. Н. Лейсі таким чином пояснює значення дебатів між позитивістами, що наголошують на підпорядкуванні правилам, та юснатуралістами, що висловлюють прагнення справедливості:

Перш за все, ці дебати говорять нам і нашим студентам звернути увагу на два питання, які вічно актуальні: як і наскільки можна застосувати право і закон для обмеження політичної влади, а також до якої міри право і закон є силою добра чи зла в нашому складному соціальному світі<sup>6</sup>.

Ураховуючи слухну думку О. Стовби про те, що ситуація неправа є екзистенційним фундаментом права<sup>7</sup>, витоки полеміки про зв'язок права і моралі можна прослідкувати в різних моделях природного стану життя людей як порядку на основі законів природи в теорії особистого суверенітету Дж. Локка<sup>8</sup> чи війни всіх проти всіх у теорії походження державного суверенітету Т. Гоббса<sup>9</sup> і навіть ще глибше в історії. Гоббс, попри критичне ставлення до моральності людей, для об'єктивності наводив два давньоримські вислови стосовно того, чи є людина за природою доброю або поганою:

Вірно сказано і те, що людина людині Бог, і те, що людина людині вовк. Перше правда, якщо порівняти громадян; друге – якщо порівняти громади... Докоряючи один одному, люди звикли бачити свої дії в інших, як у дзеркалі, де праве виглядає лівим<sup>10</sup>.

Образно кажучи, полеміка про співвідношення права і моралі нагадує судові дебати в процесі страшного суду, де має бути винесений вирок людству; позитивісти виступають з позиції обвинувачення, а юснатуралісти з позиції захисту, і їх невгамовне змагання відтягує винесення вироку до нескінченності.

### Автономія і процесуальність права

Метою цієї статті є вивчення моделей права, що використовуються для опису правової реальності та передбачення можливих змін.

А. Гаррісон стверджує, що з кінця ХІХ ст. на зміну «формалістичному» баченню верховенства права як процесу захисту прав під дією низки факторів (у тому числі індустріалізації, розмежування закону та моралі, становлення соціологічної

---

<sup>5</sup> Михаил Антонов, «Спор Р. Алексі и Е. В. Булыгина о необходимости связи между правом и моралью», *Российский ежегодник теории права* 2 (2009): 34.

<sup>6</sup> Nicola Lacey, «Philosophy, Political Morality, and History: Explaining the Enduring Resonance of the Hart-Fuller Debate», *New York University Law Review* 83, no. 4 (2008): 1087.

<sup>7</sup> Олексій Стовба, *Право і час* (Харків: Тім Пабліш Груп, 2016), 65.

<sup>8</sup> John Locke, *Two Treatises of Government* (London: Awnsham Churchill, 1690), 220.

<sup>9</sup> Thomas Hobbes, *Leviathan* (London: Andrew Crooke, 1651), 93.

<sup>10</sup> Thomas Hobbius, *Elementa philosophica de cive* (Amsterdam: Ludovicum Elzevirium, 1647), 3.

і прогресивної юриспруденції) прийшло «нормативне» бачення верховенства права як засобу досягнення результату, а саме: створення кращого суспільства<sup>11</sup>. Це протиставлення процесу та результату, на мою думку, є хибним, оскільки наратив права як пануючої соціальної норми не пояснює, яким чином здійснюється і розвивається право; модель правового процесу в юриспруденції не може підмінятися моделлю суспільства в соціології чи моделлю ринку в економіці. Такі моделі стосуються різних аспектів буття і не заміняють, а доповнюють одна одну. Спільною для них, – що охоче визнається у філософії права, схильній до юснатуралізму, і неохоче у теорії права, схильній до позитивізму, зосередженого на власних моделях, – є недосконалість: кожна модель має свої рамки, за межами яких розходиться з реальністю.

Завищені очікування від соціологічних моделей панування певних «прогресивних» верств населення призвели до трагічних подій, в яких масово гинули люди, оголошені «зайвими». Популярність спрощених економічних моделей, запропонованих американськими професорами, свого часу вилилася у появу багатотомної критики підручника П. Самуельсона та студентський протест проти обов'язкових лекцій Г. Менк'ю; нарощення індивідуальних та колективних боргів на основі таких моделей, за попередженням Б. Мітчелла, послаблює суверенітети і створює небезпеку зловживань, особливо зловживань владою<sup>12</sup>. Проекти міжнародних фінансово-кредитних організацій, які Р. Гордон влучно назвав експортом верховенства права<sup>13</sup>, перетворюють суддів та юристів на агентів і соціальних інженерів великого капіталу та переформатовують правові системи націй-боржників на основі стандартизованих правових технологій утвердження глобального капіталізму. Нав'язування людям простих політичних, соціологічних та економічних моделей без урахування правових наслідків часто породжує тиранію та гноблення, поглиблює нерівність між людьми і народами.

Розмежувати право із соціологією, політикою та економікою допомагає феномен особистої автономії. Академік В. Копейчиков пояснює цей феномен таким чином:

Особистість – це не пасивний продукт суспільної взаємодії, а живий і активний суб'єкт, що володіє автономією у своєму розвитку і має власну внутрішню структуру, яка не збігається із суспільною. Особистості притаманна певна свобода, самостійність у своєму формуванні, діяльності та розвитку<sup>14</sup>.

Слід наголосити, що особиста автономія у правовому розумінні є не стільки проявом людської психології, скільки продуктом юридичного конструювання

<sup>11</sup> Arthur H. Garrison, "The Traditions and History of the Meaning of the Rule of Law," *The Georgetown Journal of Law & Public Policy* 12 (2012): 582.

<sup>12</sup> Brian P. Mitchell, "Debt and Sovereignty: The Lost Lessons," *Humanitas* 24, no. 1–2 (2011): 99.

<sup>13</sup> Robert W. Gordon, "The Role of Lawyers in Producing the Rule of Law: Some Critical Reflections," *Theoretical Inquiries in Law* 11, no. 1 (2010): 458.

<sup>14</sup> Владимир Копейчиков, *Народовластие и личность* (Київ: Україна, 1991), 20.

(зокрема, самовизначення) правової індивідуальності особи, її юридичної персональності або правосуб'єктності. Ідеться не тільки про усталене конструювання юридичних осіб поряд із фізичними особами, а також про юридичну персоналізацію груп (і навпаки, актуальність проблем деперсоналізації та антропологічного нігілізму в міжнародному праві, про які пише О. Тарасов<sup>15</sup>) та про юридичну персоналізацію штучного інтелекту – за висловом О. Радутного, визнання «електронної особи (особистості)»<sup>16</sup>, якій може бути властива штучна особиста автономія, що було показано автором цієї статті в попередній публікації<sup>17</sup>.

Неприйнятність суто соціологічного підходу до побудови моделі права (як і хибність приписування юснатуралізму в цілому ігнорування процесу заради результату – хоча це може бути правильно для окремих шкіл) добре ілюструє той факт, що у вихідну позицію процесу правотворення, описаного Дж. Ролзом, може ввійти у будь-який час одна особа чи більша кількість осіб<sup>18</sup>. Тобто якщо в центрі уваги соціології знаходяться суспільні відносини, у принципі тільки колективні (міжособові), то у центрі уваги юриспруденції знаходиться процес встановлення справедливості, у принципі однаково здійснений як окремою особою, так і колективом. Наприклад, мислені експерименти з моделювання суспільних відносин у соціології допускаються, але такі мислені експерименти самі по собі навряд чи створюють реальність суспільних відносин, тоді як у правознавстві мислений експеримент з моделювання правової реальності сам по собі вже є реалізацією права людини на свободу думки, що пояснюється в іншій публікації автора цієї статті<sup>19</sup>.

Можливість оголошення будь-якого status quo початковим станом процесу правотворення у теорії справедливості Ролза добре відповідає не тільки наведеній вище думці О. Стובби про неправу як фундамент права, але й вписується в рамки динамічного праворозуміння, яке становить, за словами того ж науковця, «осмислення права як рухомого, мінливого, процесуального за своєю суттю феномену»<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Олег Тарасов, *Суб'єкт міжнародного права: проблеми сучасної теорії* (Харків: Право, 2014), 512.

<sup>16</sup> Олександр Радутний, «Суб'єктність штучного інтелекту у кримінальному праві», *Право України* 1 (2018): 123.

<sup>17</sup> Юрій Шеляженко, «Особиста автономія у праві інформаційних технологій», *Право України* 3 (2018): 183.

<sup>18</sup> John Rawls, *A Theory of Justice: Revised Edition* (Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999), 119.

<sup>19</sup> Юрій Шеляженко, «Мислені експерименти для виявлення особистої автономії у правовій свідомості», у *Проблеми та перспективи формування правової культури в контексті сучасних соціально-економічних процесів*: збірник тез доповідей учасників Всеукраїнської науково-практичної конференції, під ред. Сергія Савченка, Івана Оксьома, та Олександра Лисенка (Черкаси: Східноєвропейський університет економіки і менеджменту, 2017), 19–21.

<sup>20</sup> Олексій Стобба, «Динамічне праворозуміння: до питання предметної ідентифікації сучасної філософсько-правової думки», *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2016): 163.

Цей процесуальний підхід наближає юснатуралізм до позитивізму, бо передбачає встановлення справедливості людським розсудом і віддаляє право від соціології, оскільки передумовою створення правовладдя із безвладдя вбачається скоріше правовий розсуд, ніж суспільна потреба. Процесуальність, окрема від (хоча і супутня) соціальності, може бути визначальною характеристикою тієї реальності права, яку С. Максимов називає особливим світом, відносно автономною сферою людського буття, що має власну логіку і закономірності<sup>21</sup>. Більше того, і соціологічні дослідження, зокрема Т. Тайлера, показують, що люди підкоряються закону через розуміння справедливості встановлених законом процедур<sup>22</sup>. Навіть опис права як механізму забезпечення взаємного визнання людей у концепції П. Рікера потребує важливого уточнення, яке робить Н. Сатохіна: взаємне визнання є завершенням на шляху самовизнання, реалізації власного досвіду<sup>23</sup>.

Процесуальність права зумовляє перевагу правового досвіду над політичною волею, що підкреслює спостереження Н. Талеба про «крихкість» законодавчих актів та «антикрихкість» прецедентного права<sup>24</sup>. Це можна пояснити автономією правового досвіду, що укріплюється як в умовах політичного порядку через врахування досвіду під час прийняття політичних рішень, так і в умовах політичного хаосу, що пришвидшує застарівання законодавства (яке вірно описав П. Рабінович<sup>25</sup>) та створює багатоманіття альтернативних вказівок, розумний вибір між якими робиться на основі досвіду для задоволення потреби в правовому порядку, вираженої суперечливими політичними рішеннями. У кінцевому рахунку саме практика правового розсуду, перш за все у правосудді, являє собою реальне правотворення. В. Смородинський має рацію, заявляючи про актуальність наукової проблеми визнання за вітчизняною судовою практикою правотворчої функції<sup>26</sup>.

### Моделі права та їх антиподи

Серед усталених моделей права можна виділити три основні: модель права як владної вказівки, невиконання якої карається; модель права як суспільного договору, що визначає завдання для досягнення загального блага та публічного порядку; і модель права як справедливого процесу, що спонукає людей коритися закону, оскільки з ними поведуться розумно і з повагою до людської гідності. Кожна з цих

<sup>21</sup> Сергій Максимов, «Що є право? Ключові моменти концепції правової реальності», *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2016): 344.

<sup>22</sup> Tom R. Tyler, *Why People Obey the Law* (New Haven: Yale University Press, 1990), 163.

<sup>23</sup> Наталія Сатохіна, «Взаємне визнання у праві. Досвід неможливого», *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2016): 171.

<sup>24</sup> Нассім Н. Талеб, *Антикрихкість: про (не)вразливе у реальному житті*, пер. Миколи Климчука (Київ: Наш Формат, 2018), 30.

<sup>25</sup> Петр Рабінович, «Своевременность в праве», *Вопросы теории государства и права* 9 (1991): 59–60.

<sup>26</sup> Віктор Смородинський, «Судова реформа у контексті верховенства права», *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2016): 208.

моделей відображає якийсь бік правової реальності та визнається в різних доктринах. Проте ніяка модель не може дорівнювати своєму оригіналу – у неї інше завдання: допомогти нам зрозуміти та досягнути реальність, вмістити в голові складні явища. На практиці до кожної моделі права знайшлися антиподи, лазівки для беззаконня.

Модель права як владної вказівки, «монополії на насильство» Г. Гарт колись порівняв із поведінкою грабіжника, який наказує жертві: віддай гаманець, інакше вб'ю<sup>27</sup>. Якщо закон просто вимагає покори погрозою, чим він відрізняється від тирана або озброєного грабіжника? Власне, серед підприємців зараз модно сприймати державу як озброєного грабіжника, бо вони не відчують, що їх податки збагачують суспільство. Твердою рукою можна навести порядок і закликати до розуму, але тиранія дорого обходиться людям.

Модель права як суспільного договору сприяє розвитку демократії та конституційних засад сучасної національної держави, але іноді набуває спотворених форм, таких як соціал-дарвінізм, міжнаціональна ворожнеча і класова боротьба. Коли люди домовляються про свої права і обов'язки в кращому суспільстві, виникає спокуса змусити кожного громадянина доводити, що він свій, а не чужий, іти на жертви та приниження, боротися за виживання, воювати з внутрішніми і зовнішніми ворогами.

Модель права як справедливого процесу сприяє емансипації людини в дружньому, вільному і передбачуваному середовищі. Антиподи цієї моделі – маніпуляції формальностями та несправедливі алгоритми. Можна по-різному ставитися до питання співвідношення моралі та права, але зловживання правом необхідно засуджувати. Ситуації, описані класичною фразою «по формі правильно, по суті знуцання», трапляються і в інформаційному суспільстві. Наприклад, К. О'Ніл показує, як використання комп'ютерних моделей попередження злочинності в роботі поліції призводить до дискримінації за ознаками майнового стану (криміналізації бідності) і навіть расової дискримінації, як упевненість розробників програми оцінки ризиків дострокового звільнення в тому, що тривале ув'язнення знижує ризики повторення злочину, спричиняє зростання рецидивізму через те, що довші тюремні строки ускладнюють ресоціалізацію<sup>28</sup>.

Реальність правових процесів міняється. Надійність правових систем залежить від життєздатності моделей права, якими ми оперуємо.

### **Сила закону й автономне значення верховенства права**

Силу закону або верховенство права часто описують як легітимний примус, а закон часто визначають як забезпечену державним примусом суспільну норму.

---

<sup>27</sup> Herbert L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals," *Harvard Law Review* 71, no. 4 (1958): 603.

<sup>28</sup> Cathy O'Neil, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy* (New York: Crown Publishers, 2016), 84–104.



Обидва підходи (розвинуті, наприклад, у працях Г. Кельзена) вбачаються неточними, оскільки не враховують природу людини як розумної особи. Формальне розмежування права та закону тільки додає плутанини, штучно збільшуючи дистанцію між справедливістю і правильністю.

Люди можуть виконувати закон добровільно, без примусу, розуміючи правильність закону. Коли людина керується власним судженням, як належить бути, це судження для людини має силу закону. Відтак, сила державного примусу є силою закону лише у вузькому розумінні. Щоб зрозуміти, в чому полягає сила закону в ширшому розумінні, варто розглянути можливість того, що закони права та закони природи не просто називаються однаковим терміном «закон», але й мають однаковий зміст: правильність, реальність.

Закон у принципі є правилом, яке реалізується саме по собі. Закон природи являє собою точне знання про обов'язкову повторюваність природних явищ на зразок всесвітнього тяжіння або неминучого дорослішання дітей. Цей закон за визначенням виконується незалежно від людської волі, бо науковий метод його встановлення вимагає ретельної перевірки того, що йдеться саме про об'єктивно відчутну закономірність, характерну для буття матерії, а не лише про витвір уяви у свідомості. Закон права являє собою знання про реалізацію волевиявлення людей на зразок того, яка поведінка дозволена чи заборонена, яка від неї користь чи шкода, як захочується корисна поведінка і як припиняється шкідлива поведінка, як досягти добровільного чи примусового дотримання закону. У межах певного процесу закон обов'язково виконується; і при сторонньому спостереженні за природним процесом, і при участі в юридичному процесі виявляється, що цей процес за умови дотримання певних правил має певні результати. Більше того, наукове експериментування саме по собі є процесом, схожим на юридичну практику: наприклад, результативність обох цих процесів залежить від акуратного документування.

Можна сказати, що єдність процесу та результату, невіддільність правил буття від самого буття в його динамізмі і є силою закону, тобто гарантією його виконання. Природні процеси самі по собі повторюються за однакових умов. Серед людей, у суспільстві закон невіддільний від носіїв правової культури, що творять свій закон і керуються ним. Сила закону в тому, що він чесно поєднує причину і наслідок, формує передбачувану реальність у природі та житті людини. Іншими словами, сила закону в правдивості, очевидній вірності, дієвості, непорушності, невідчужуваності від реальності.

Вище згадувалося, що процесуальність права проводить ризику між правом і соціологією; невідчужуваність закону від реальності проводить ще одну ризику між правом та економікою. Відчуження та перерозподіл благ в економіці не має порушувати права людини, які є невідчужуваними, а економічна конкуренція не має створювати відчуження між людьми, оскільки вільний і повний розвиток особистості можливий лише за умови дотримання обов'язків перед суспільством – це

передбачено в Загальній декларації прав людини. Якщо економіка продукує розподіл, право охороняє цілісність. Щоб чітко відокремити ці сфери знання та практики, доцільно було б не описувати ключові категорії права міждисциплінарними термінами, як-от «монополія».

Верховенство права дуже поверхово описується економічною схемою монополії держави на насильство, і навіть ця схема не працюватиме просто за рахунок сплати податків та найму охоронців порядку. Легітимність примусу забезпечується законами, прийнятими з урахуванням інтересів людей, інакше люди вдаються до громадянської непокори та повстають проти тиранії.

Більш точним могло б бути розуміння верховенства права як автономного процесу, що рухається сам по собі, виходячи з того, що сила закону в його виконанні людьми, які живуть за власним законом. В іншій публікації, розвиваючи ідеї вітчизняних і західних теоретиків, я запропонував розуміти під верховенством права принцип, відповідно до якого всі суб'єкти права визнають право кожного відстоювати власні інтереси та користуватися доступними благами, уникають конфронтації та конфліктів інтересів і в усіх правових відносинах дотримуються визнаних та визначених ними норм (законів), як правило, попередньо проголошених, на основі яких здійснюється розсуд про справедливість (правосуддя), виявляються факти порушення права і встановлюється відповідальність для відновлення справедливості<sup>29</sup>.

Наведені концепції єдності закону з реальністю та автономного значення верховенства права дають відповідь на питання про суть закону, яке сформулював Г. Кельзен, критикуючи уникнення примусу в законотворчості:

Якщо хтось розглядає правовий порядок з динамічної точки зору... здається можливим визначити поняття закону зовсім інакше, ніж ми визначаємо його в цій теорії. Зокрема, здається можливим ігнорувати елемент примусу, визначаючи поняття закону... Відповідно до динамічної теорії, законом є щось створене в певному процесі, і все створене таким чином є законом. Це динамічне поняття, однак, тільки виглядає поняттям закону. Воно не містить ніякої відповіді на питання, в чому суть закону, за яким критерієм закон можна відрізнити від інших соціальних норм... Правовою є тільки та норма, що призначена регулювати поведінку людей і робить це у спосіб забезпечення акту примусу як санкції<sup>30</sup>.

Однак нам верховенство права або сила закону бачиться не стільки в примусовості, скільки в переконливості. Право доповнює та розвиває людську свободу вибору і свободу волі. Закон формує передбачувану реальність в інтересах людей; юрист є фахівцем, який чесно попереджає людей про наслідки їх волевиявлення та допомагає знайти найбільш безпечні форми свободи, щоб вони були справедливими, прийнятними або бажаними для всіх.

<sup>29</sup> Юрій Шеляженко, "Автономне значення верховенства права," *Альманах права* 8 (2017): 294.

<sup>30</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945; repr., Abingdon: Routledge, 2017), 122–3.

## Автономія волі та матерії і процесуальна динаміка

Автономія (грец. *αὐτο* – свій, *νόμος* – закон) є буття *per se* («як таке»). Йдеться про нормативність буття – ту єдність закону і буття, в якій, як було сказано вище, вбачається сила закону; іманентну правильність, спонтанний порядок чи самоорганізацію. В «Інституціях» Гая знаходимо принцип: *omne autem ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones* – всякий закон, яким ми користуємося, стосується або осіб, або речей, або дій<sup>31</sup>. Р. Домінго цитує цей принцип, висловлюючи думку, що в сучасному глобальному праві, заснованому на правах людини, особи мають займати центральне місце<sup>32</sup>. Однак автономія властива не тільки особам; автономія є самовизначеністю осіб, предметів, явищ.

П. Юркевич писав у «Філософії права»:

Матеріальні речі у своїй взаємодії підлягають невідворотним законам, форми яких є: поштовхи, тертя, словом, усі форми насильства або сліпої сили... Людині як розумній істоті властива автономія, яка полягає в тому, що людина підкоряється законові, який сама собі встановила на підставі пізної гідності – встановила як придатний для всякої розумної істоти... Необхідність цієї ідеї автономії відкривається з того, що крім закону сили й розуму в існуючому нема третьої форми законів<sup>33</sup>.

Іммануїл Кант у «Критиці практичного розуму» пояснював:

Автономія волі є єдиним принципом моральних законів і встановлених ними обов'язків... Це незалежність як свобода від супротивного і власний закон чистого, практичного розуму як свобода у позитивному розумінні...<sup>34</sup> Або принцип розуму сам по собі розглядається як підстава визначення волі незалежно від об'єктивної бажаності... тоді цей принцип є практичним законом... і діє на підставі власної волі, яка сама по собі добра, оскільки відповідає максимі загального блага... Або максима волі, що визначає об'єкт задоволення та невдоволення, та максима розуму, прагнення досягати користі та уникати шкоди, визначає дії... хоча ці максими не можна назвати законами, вони скоріше розумні, практичні правила...<sup>35</sup> Загальне благо передбачає моральний закон... і ніщо інше, згідно з принципом автономії, не визначає волю<sup>36</sup>.

Отже, існують два види автономії: автономія волі у розумінні І. Канта і автономія матерії, або «сліпа сила» у розумінні П. Юркевича.

Автономія волі – це «розумна сила», процес самоуправління людей та інших осіб (наприклад, груп осіб, установ, організацій, штучного інтелекту), здатність приймати рішення, керуватися законами права, розпоряджаючись контрольованими особами, предметами, явищами.

<sup>31</sup> Gai, *Institviones* (Oxford: Clarendon Press, 1904), 13.

<sup>32</sup> Rafael Domingo, *The New Global Law* (Cambridge University Press, 2010), 162.

<sup>33</sup> Памфіл Юркевич, *Історія філософії права. Філософія права. Філософський щоденник* (Київ: Український світ, 1999), 182–3.

<sup>34</sup> Immanuel Kant, *Kritik der praktischen Vernunft* (Riga: Hartknoch, 1788), 58–9.

<sup>35</sup> Там само, 109.

<sup>36</sup> Там само, 197.

Автономія матерії передбачає, що всі явища та предмети існують за своїми законами, опис яких може бути вільним, але на практиці відчутні форми, зв'язки причин та наслідків однаково спостерігаються та повторюються експериментально. Закони природи, що зумовлюють автономію матерії, неможливо змінити ніяким волевиявленням, хоча можливо переформулювати або пристосувати для досягнення деяких цілей.

Динамізм людського волевиявлення дозволяє поєднувати автономію волі та автономію матерії, управляти особливими явищами – процесами реалізації волевиявлення. Знання законів природи допомагає людині перетворювати матерію на інструмент своєї волі. Знання законів права допомагає людині реалізувати свою волю без спротиву або за допомогою інших людей.

Динамічне праворозуміння вимагає переглянути бачення об'єктів права як правових відносин, залишаючи осіб у ролі суб'єктів права. Об'єктами права є, скоріше, правові процеси і автономія їх елементів, таких як особи, предмети і явища. Замість відносин мова має йти про прояви залученості до процесів, визначені автономією волі та автономією матерії, такі як індивідуальність (безвідносність) та інтерес (відносність) буття в процесі щодо певних осіб, предметів, явищ. Суб'єктам права властиві індивідуальність та інтереси, об'єктам права – тільки індивідуальність.

### **Динаміка історично-правового процесу та зв'язок моралі з правом**

Надзвичайно цікавим для осмислення є питання історичної динаміки, процесу еволюційного розвитку права в цілому та окремих правових категорій. О. Конт запропонував закон трьох стадій розвитку знання в будь-якому суспільстві, а саме: знання починається з віри у певні пояснення фактів, які пропонує релігія чи людська уява (стадія теології або фантазій), розвивається у філософських роздумах і дискусіях про здійснені спостереження (стадія метафізики або абстракцій) і знаходить довершеність у практичних знаннях, підтверджених фактами і досвідом (стадія науки або позитивізму)<sup>37</sup>. Цей закон поєднує соціальний та процесуальний підхід, тому для його використання у вивченні правової динаміки може бути корисно зосередитися саме на процесуальній складовій закону трьох стадій, його застосуванні до юридичних знань з особливою увагою до рушійних сил динамізму розвитку.

У результаті досліджень автора виявлено, що особиста автономія як здатність суб'єкта права жити за власними правилами у своєму розвитку проходить три стадії: реалізація свободи і прийняття відповідальності для створення традиції; реалізація традиції і прийняття альтернатив для створення закону; реалізація закону і прийняття реформ для нарощування свободи на основі нових правових технологій.

---

<sup>37</sup> Auguste Comte, *Cours de philosophie positive: tome premier, contenant les préliminaires généraux et la philosophie mathématique* (Paris: Baillièrre, 1830), 3–5.

Рушійною силою розвитку на кожній із цих стадій є діалектичний зв'язок між свободою і відповідальністю, традицією та альтернативами, законом і реформами; ігнорування діалектики розвитку, пригнічення діалектичних процесів призводить до повстання проти тиранії, яке водночас і перериває розвиток, і створює можливості для його відновлення<sup>38</sup>. Подібну діалектику можна спостерігати як у перспективі розвитку автономії окремої особи чи організації, так і в історичній перспективі розвитку знань про особисту автономію<sup>39</sup>.

Існують революційні та еволюційні теорії правового прогресу, різниця між якими полягає в тому, чи вбачають теоретики за можливе зміну правової системи зсередини. Скажімо, «динамічна юриспруденція» А. Джейкобсона є революційною теорією, оскільки передбачає наведення порядку без участі держави на основі неформального права<sup>40</sup>. М. Гофман, навпаки, вбачає завдання «еволюційної юриспруденції» у поверненні до коренів доцільності норм права при розвитку законодавства та судової практики<sup>41</sup>.

Г. Ховенкамп виділяє три історичні групи еволюційних теорій у юриспруденції. До першої групи він відносить неполітичний еволюціонізм, зокрема правовий прагматизм О. В. Холмса, який указував, що закон не може вважатися справедливим тільки через те, що предки жили за цим законом, бо примітивні закони з часом втрачають чинність через зміну правил виживання. Друга група – соціал-дарвінізм, зокрема, Г. Спенсера, що акцентував на розвитку права власності, вважаючи, що законом має захищатися непорушність приватної власності та вільна економічна конкуренція, в якій виживають лише найбільш пристосовані. Третя група – реформістський (прогресивний) дарвінізм, зокрема, Р. Паунда, який вважав закон інструментом оптимізації політики і вказував на еволюційний розвиток закону як механізму соціального контролю, – дослідник наводить його міркування про застосування контівського закону трьох стадій до розвитку права: невіддільність від релігії і звичаїв на першій стадії, метафізичний формалізм при зародженні юридичної професії на другій стадії та гуманізація суспільних відносин законом на третій стадії<sup>42</sup>.

На мою думку, динамізм контівського закону трьох стадій може бути застосований і до вирішення питання про співвідношення права і моралі.

<sup>38</sup> Юрий Шеляженко, "Эволюция автономии субъекта права на примере Общественной организации «Автономная Адвокатура»," *Наука вчера, сегодня, завтра* 36, № 2 (2017): 140–6.

<sup>39</sup> Юрий Шеляженко, "Развиток индивидуальной автономии в истории права," *Правничий вестник Университету КРОК* 25 (2017): 109.

<sup>40</sup> Arthur J. Jacobson, "Law and Order," in *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, eds. Michel Rosenfeld and Andrew Arato (Berkeley: University of California Press, 1998), 190–206.

<sup>41</sup> Morris B. Hoffman, "Evolutionary Jurisprudence: The End of the Naturalistic Fallacy and the Beginning of Natural Reform?" in *Law and Neuroscience*, ed. Michael Freeman (Oxford: Oxford University Press, 2011), 483–504.

<sup>42</sup> Herbert J. Hovenkamp, "Evolutionary Models in Jurisprudence," *Texas Law Review* 64, no. 4 (1985): 645–85.

Припустимо, що мораль заснована на вірі в добро і зло, що дозволяє людині робити моральні судження, оцінювати осіб, предмети, явища як добрі (бажані) чи погані (небажані) та ставитися до них відповідно. За знанням, заснованим на вірі, має слідувати філософське знання – в даному випадку це етика, вивчення моралі шляхом її спостереження та коментування, що веде до суджень на основі «золотого правила» взаємності: стався до інших так, як хочеш, щоб ставилися до тебе. Наступною сходинкою є позитивне знання – юридичні науки, засновані на систематизації досвіду, практичному вивченні процесу винесення і реалізації суджень, поєднанні якісного аналізу з кількісним: як показав Д. Дегтерев, математичні методи давно застосовуються у правознавстві<sup>43</sup>; автором також застосовується математичне та комп'ютерне моделювання особистої автономії<sup>44</sup>.

Отже, право є вищою (позитивною), тоді як мораль є початковою (заснованою на вірі) стадією розвитку знань у сфері юриспруденції. Цей висновок дозволяє побачити під новим кутом співвідношення права та моралі, однак не вирішує спір між позитивістами та юснатуралістами. Навіть якщо опоненти погодяться з даною теорією, залишиться дилема еволюційного чи революційного розвитку – чи має право покінчити з темним минулим заради світлого майбутнього або сумлінно продовжувати справу предків; чи можуть мирно співіснувати і застосовуватися водночас мораль, етика і право. Думаю, це цілком можливо, як ми бачимо одночасне процвітання релігії, філософії і науки попри те, що знаходяться і бажачі твердити про їх несумісність.

### Ідея автономно-процесуальної моделі права

Як уже було обґрунтовано в іншій публікації, методичною передумовою добровісного дослідження правових процесів є визнання автономії цих процесів та їх елементів – індивідуальних закономірностей їх існування, знання про які здобувається в теоретичних і практичних дослідженнях<sup>45</sup>. Наприклад, розумне волевиявлення особи, організації, установи або реальна повторюваність явища за певних умов має визнаватися законом; не може визнаватися діючим неефективний закон, що ніяким чином не реалізується і не може реалізуватися в принципі; закон мало діятиме на тих, чия гідність він принижує, чий інтереси ігнорує.

Автономно-процесуальна модель права, розроблена автором, передбачає, що право як справедлива свобода формується у процесах виявлення індивідуальності

<sup>43</sup> Денис Дегтерев, "Применение математических методов в юридической методологии," *Государство и право* 8 (2014): 82–7.

<sup>44</sup> Yurii Sheliashenko, "Computer Modeling of Personal Autonomy and Legal Equilibrium," *Advances in Intelligent Systems and Computing* 765 (2019): 74–81.

<sup>45</sup> Юрій Шеляженко, "Визнання автономії об'єктів та суб'єктів права як методична передумова теоретико-правових досліджень," у *Матеріали VIII-их наукових читань, присвячених пам'яті академіка В. В. Копейчикова*, під ред. Андрія Завального, Наталії Лазнюк, та Дениса Тихомирова (Київ: Національна академія внутрішніх справ, 2018), 247–9.

та інтересів автономних елементів цих процесів, пасивних (об'єктів) і активних (суб'єктів). Такі процеси називаються правовими. Слід зазначити, що самі правові процеси є об'єктами права, їх індивідуальність полягає у стійкому зв'язку дій із наслідками свободи та відповідальності. Свобода є реалізацією автономії буття, а відповідальність є реалізацією процесу буття, його відносності (відповідальність перед іншими) або безвідносності (відповідальність перед собою). Справедливість є урівноваженням свобод, реалізацією верховенства права в автономному значенні, про яке йшлося вище, зокрема, заохочення розвитку свободи та стримування зловживань свободою. Серед принципів автономно-процесуальної моделі слід відзначити: пріоритет прав людини; економію примусу, виключення насильства та заперечення його абсолютності; єдність закону та реальності, практичність як критерій дійсності закону, а також визнання суспільства системою людського розвитку і безпеки, що формується в процесі еволюційного балансування прав і обов'язків особи.

Автономно-процесуальна модель права дозволяє засновувати верховенство права на прагматичному розрахунку оптимальних умов співіснування індивідуальностей та балансування інтересів, не покладаючись на певну догму та її насильницьке впровадження свавільним сувереном, що нівелюється подальшим повстанням проти тиранії. Цією моделлю не тільки враховується, що автономна особа в суспільстві своїми діями визначає та спрямовує напрям свого життя, одержуючи всі вигоди і втрати через власні рішення, а й передбачається роль особистої автономії у перетворенні кожної особи на агента правовладдя в автономному розумінні верховенства права. Останнє не знімає необхідності у кваліфікованих, спеціалізованих агентах, але робить більш ефективною їх роботу за підтримки людей, щоб сила права спрямовувала суспільний прогрес.

Реалізм є основною перевагою автономно-процесуальної моделі права. Вона спрямована на те, щоб вивчати і вдосконалювати реальність права, а не маніпулювати відірваними від життя фікціями. Ця модель допомагає знайти силу закону в самотності та саморегулюванні всіх процесів і осіб, знайти застосування принципам права у сферах, на які надмірно спеціалізоване право не поширювалося. Правові процеси зміцнюють солідарність людей, збільшують індивідуальну самостійність і загальну підтримку правомірних ініціатив.

Ще однією корисною особливістю автономно-процесуальної моделі є те, що вона включає закони природи до сфери права. Звісно, вільним волевиявленням люди не можуть встановлювати закони природи, але можуть стримувати маніпуляції оманливими формами подачі знань та зловживання технологіями, спотворення наукової істини в політичних чи корпоративних інтересах. Це шлях до формування верховенства права у сфері науки, забезпечення академічної доброчесності та свободи, гарантування і правового захисту науково-технічного прогресу, а також загальнонаукового застосування принципів і норм права, подібно до того як

обов'язок доказувати стверджуване (*onus probandi*) є принциповим не тільки для учасників юридичних процесів, а й для всіх науковців. Міждисциплінарні дослідження дозволяють поєднувати знання у сфері правових та інших наук, причому це взаємне збагачення – можна наводити приклади не тільки застосування хімії та фізики у криміналістиці, соціології та психології у кримінології, але й застосування Ю. Гарфілдом юридичного методу аналізу судової практики для аналізу цитування будь-яких наукових публікацій, що лежить в основі сучасної бібліометрії.

## Висновки

Знання у сфері права як відносно автономній сфері людського буття становлять окрему систему знань, заснованих на практичному досвіді правових процесів. Їх динаміка є особливим об'єктом наукових досліджень у сфері права, що відрізняє юридичні науки від інших гуманітарних і суспільних наук – соціології, економіки, політології тощо. Хоча міждисциплінарні дослідження корисні для розвитку права і точних досліджень бракує, не слід плутати знання правових процесів зі знанням суспільних відносин, оскільки різні сфери знань акумулюють різний досвід – скажімо, об'єднання осіб у групи в поведінковій економіці може розглядатися як маніпуляція масами, а у юриспруденції як правозахисний рух.

Аналіз динаміки історично-правового процесу показує, що знання про винесення і реалізацію людських суджень у своєму розвитку проходять три стадії: спочатку це мораль, заснована на вірі в добро і зло; потім етика, вивчення моралі шляхом спостереження та філософствування; зрештою право – наукова систематизація практичного досвіду рішучих і вирішальних суджень.

Можна виділити такі підходи до розуміння права: статичний, або консервативний, що характеризується спрямованістю на примусове збереження *status quo*; і динамічні теорії прогресу права в мінливому світі – революційні й еволюційні. Статична юриспруденція є теорією утримання життя у незмінному стані законності, що вважається правомірним безвідносно до реалій життя. Правовий процес у статичній юриспруденції лише слугує політиці дотримання стану законності як засіб застосування санкцій, протидії виходу життя за межі певного абсолютизованого закону. Динамічна юриспруденція є теорією спорідненості закону і життя, правотворчої сили практики. Зокрема, революційна юриспруденція є теорією диктату вимог життя у формі закону, підпорядкування правових процесів політичній, економічній чи іншій доцільності. А еволюційна юриспруденція є теорією виявлення життєвих закономірностей у формі закону та вдосконалення цих закономірностей, формування та відбору в автономних правових процесах законів, ефективних на практиці, пристосованих для кращого розуміння та поліпшення життя.

Еволюція праворозуміння веде до виявлення явищ процесуальної природи права, автономії волі та автономії матерії, розробки автономно-процесуальної (прагматичної) моделі права, що ґрунтується на визнанні автономії правових процесів та їх



елементів і баченні сили закону в його невідчужуваності від реальності, повторюваності дій та їх наслідків у результаті реалізації будь-якого волевиявлення і в наукових експериментах.

Автономно-процесуальна модель права дозволяє достовірно описувати мінливу дійсність і передбачати шляхи формування злагодженої суспільно-правової системи, усі елементи якої і система в цілому є самостійними та життєздатними. Ця модель може використовуватися у правовій освіті та як теоретико-методологічна основа наукових досліджень. Критичне ставлення до примусу та економія ресурсів правозастосування, характерні для цієї моделі, допомагають зближувати закон із життям та популяризувати правову культуру, щоб утвердження верховенства права стало справою кожної людини.

© Ю. Шеляженко, 2019

### Бібліографія

- Антонов, Михаил. “Спор Р. Алекси и Е. В. Булыгина о необходимости связи между правом и моралью.” *Российский ежегодник теории права* 2 (2009): 34–8.
- Дегтерев, Денис. “Применение математических методов в юридической методологии.” *Государство и право* 8 (2014): 82–7.
- Їжак, Олексій, та Геннадій Мерніков. “Сучасна система міжнародних відносин – стан, виклики, загрози, можливі сценарії.” *Вісник НАН України* 2 (2019): 3–29.
- Копейчиков, Владимир. *Народовластие и личность*. Киев: Україна, 1991.
- Максимов, Сергій. “Що є право? Ключові моменти концепції правової реальності.” *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2016): 343–51.
- Петришин, Олександр. “Проблеми соціалізації права та соціологізації юриспруденції.” *Право України* 9 (2013): 86–102.
- Рабинович, Петр. “Своевременность в праве.” *Вопросы теории государства и права* 9 (1991): 55–62.
- Радутний, Олександр. “Суб’єктність штучного інтелекту у кримінальному праві.” *Право України* 1 (2018): 123–36.
- Сатохіна, Наталія. “Взаємне визнання у праві. Досвід неможливого.” *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2016): 170–81.
- Смородинський, Віктор. “Судова реформа у контексті верховенства права.” *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2016): 204–11.
- Стовба, Олексій. “Динамічне праворозуміння: до питання предметної ідентифікації сучасної філософсько-правової думки.” *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2016): 162–9.
- Стовба, Олексій. *Право і час*. Харків: Тім Пабліш Груп, 2016.
- Талеб, Нассім Н. *Антикрихкість: про (не)вразливе у реальному житті*. Переклад Миколи Климчука. Київ: Наш Формат, 2018.
- Тарасов, Олег. *Суб’єкт міжнародного права: проблеми сучасної теорії*. Харків: Право, 2014.
- Шеляженко, Юрий. “Эволюция автономии субъекта права на примере Общественной организации «Автономная Адвокатура».” *Наука вчера, сегодня, завтра* 36, № 2 (2017): 140–6.

- Шеляженко, Юрій. “Автономне значення верховенства права.” *Альманах права* 8 (2017): 292–5.
- Шеляженко, Юрій. “Визнання автономії об’єктів та суб’єктів права як методична передумова теоретико-правових досліджень.” В *Матеріали VIII-их наукових читань, присвячених пам’яті академіка В. В. Копейчикова*, під ред. Андрія Завального, Наталії Лазнюк, та Дениса Тихомирова, 247–9. Київ: Національна академія внутрішніх справ, 2018.
- Шеляженко, Юрій. “Мислені експерименти для виявлення особистої автономії у правовій свідомості.” В *Проблеми та перспективи формування правової культури в контексті сучасних соціально-економічних процесів*: збірник тез доповідей учасників Всеукраїнської науково-практичної конференції, під ред. Сергія Савченка, Івана Оксьома, та Олександра Лисенка, 19–21. Черкаси: Східноєвропейський університет економіки і менеджменту, 2017.
- Шеляженко, Юрій. “Особиста автономія у праві інформаційних технологій.” *Право України* 3 (2018): 183–200.
- Шеляженко, Юрій. “Розвиток особистої автономії в історії права.” *Правничий вісник Університету КРОК* 25 (2017): 101–12.
- Юркевич, Памфіл. *Історія філософії права. Філософія права. Філософський щоденник*. Київ: Український світ, 1999.
- Comte, Auguste. *Cours de philosophie positive: tome premier, contenant les préliminaires généraux et la philosophie mathématique*. Paris: Baillière, 1830.
- Domingo, Rafael. *The New Global Law*. Cambridge University Press, 2010.
- Gai. *Institvtiones*. Oxford: Clarendon Press, 1904.
- Garrison, Arthur H. “The Traditions and History of the Meaning of the Rule of Law.” *The Georgetown Journal of Law & Public Policy* 12 (2012): 565–8.
- Gordon, Robert W. “The Role of Lawyers in Producing the Rule of Law: Some Critical Reflections.” *Theoretical Inquiries in Law* 11, no. 1 (2010): 441–68.
- Hart, Herbert L. A. “Positivism and the Separation of Law and Morals.” *Harvard Law Review* 71, no. 4 (1958): 593–629.
- Hobbes, Thomas. *Leviathan*. London: Andrew Crooke, 1651.
- Hobbius, Thomas. *Elementa philosophica de cive*. Amsterdam: Ludovicum Elzevirium, 1647.
- Hoffman, Morris B. “Evolutionary Jurisprudence: The End of the Naturalistic Fallacy and the Beginning of Natural Reform?” In *Law and Neuroscience*, edited by Michael Freeman, 483–504. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Hovenkamp, Herbert J. “Evolutionary Models in Jurisprudence.” *Texas Law Review* 64, no. 4 (1985): 645–85.
- Jacobson, Arthur J. “Law and Order.” In *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, edited by Michel Rosenfeld and Andrew Arato, 190–206. Berkeley: University of California Press, 1998.
- Kant, Immanuel. *Kritik der praktischen Vernunft*. Riga: Hartknoch, 1788.
- Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. 1945. Reprint, Abingdon: Routledge, 2017.
- Lacey, Nicola. “Philosophy, Political Morality, and History: Explaining the Enduring Resonance of the Hart-Fuller Debate.” *New York University Law Review* 83, no. 4 (2008): 1059–87.
- Locke, John. *Two Treatises of Government*. London: Awncsham Churchill, 1690.

- Mitchell, Brian P. "Debt and Sovereignty: The Lost Lessons." *Humanitas* 24, no. 1–2 (2011): 93–100.
- O'Neil, Cathy. *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*. New York: Crown Publishers, 2016.
- Rawls, John. *A Theory of Justice: Revised Edition*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.
- Sheliazhenko, Yurii. "Computer Modeling of Personal Autonomy and Legal Equilibrium." *Advances in Intelligent Systems and Computing* 765 (2019): 74–81.
- Tyler, Tom R. *Why People Obey the Law*. New Haven: Yale University Press, 1990.

### Bibliography

- Antonov, Mikhail. "Spor R. Aleksii i E. V. Bulygina o neobkhodimosti svyazi mezhdou pravom i moral'yu [Dispute of R. Aleksii and E. V. Bulygin about the Necessary Connection between the Law and the Morals]." *Rossiyskiy ezhegodnik teorii prava* 2 (2009): 34–8 (in Russian).
- Comte, Auguste. *Cours de philosophie positive: tome premier, contenant les preliminaires generaux et la philosophie mathematique* [Course of Positive Philosophy: The First Volume, Containing General Preliminaries and Mathematical Philosophy]. Paris: Baillière, 1830 (in French).
- Degterev, Denis. "Primenenie matematicheskikh metodov v yuridicheskoy metodologii [Application of Mathematical Methods in Juridical Methodology]." *Gosudarstvo i pravo* 8 (2014): 82–7 (in Russian).
- Domingo, Rafael. *The New Global Law*. Cambridge University Press, 2010.
- Gai. *Institvtiones* [Institutions]. Oxford: Clarendon Press, 1904 (in Latin).
- Garrison, Arthur H. "The Traditions and History of the Meaning of the Rule of Law." *The Georgetown Journal of Law & Public Policy* 12 (2012): 565–8.
- Gordon, Robert W. "The Role of Lawyers in Producing the Rule of Law: Some Critical Reflections." *Theoretical Inquiries in Law* 11, no. 1 (2010): 441–68.
- Hart, Herbert L. A. "Positivism and the Separation of Law and Morals." *Harvard Law Review* 71, no. 4 (1958): 593–629.
- Hobbes, Thomas. *Elementa philosophica de cive* [Philosophical Aspects of the Citizen]. Amsterdam: Ludovicum Elzevirium, 1647 (in Latin).
- Hobbes, Thomas. *Leviathan*. London: Andrew Crooke, 1651.
- Hoffman, Morris B. "Evolutionary Jurisprudence: The End of the Naturalistic Fallacy and the Beginning of Natural Reform?" In *Law and Neuroscience*, edited by Michael Freeman, 483–504. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Hovenkamp, Herbert J. "Evolutionary Models in Jurisprudence." *Texas Law Review* 64, no. 4 (1985): 645–85.
- Jacobson, Arthur J. "Law and Order." In *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, edited by Michel Rosenfeld and Andrew Arato, 190–206. Berkeley: University of California Press, 1998.
- Kant, Immanuel. *Kritik der praktischen Vernunft* [Critique of Practical Reason]. Riga: Hartknoch, 1788 (in German).
- Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. 1945. Reprint, Abingdon: Routledge, 2017.

- Kopieichykov, Volodymyr. *Narodovlastie i lichnost'* [Democracy and Personality]. Kyiv: Ukraina, 1991 (in Russian).
- Lacey, Nicola. "Philosophy, Political Morality, and History: Explaining the Enduring Resonance of the Hart-Fuller Debate." *New York University Law Review* 83, no. 4 (2008): 1059–87.
- Locke, John. *Two Treatises of Government*. London: Awnsham Churchill, 1690.
- Maksymov, Sergiy. "Shcho ye pravo? Kliuchovi momenty kontseptsii pravovoi realnosti [What is Law? Key Points of the Concept of Legal Reality]." *Filosofia prava i zahalna teoriia prava* 1–2 (2016): 343–51 (in Ukrainian).
- Mitchell, Brian P. "Debt and Sovereignty: The Lost Lessons." *Humanitas* 24, no. 1–2 (2011): 93–100.
- O'Neil, Cathy. *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*. New York: Crown Publishers, 2016.
- Petryshyn, Oleksandr. "Problemy sotsializatsii prava ta sotsiolohizatsii yurysprudentsii [Issues Related to Socialization of the Law and Sociologization of Jurisprudence]." *Pravo Ukrainy* 9 (2013): 86–102 (in Ukrainian).
- Rabinovych, Petro. "Svoevremennost' v prave [Timeliness in the Law]." *Voprosy teorii gosudarstva i prava* 9 (1991): 55–62 (in Russian).
- Radutnyi, Oleksandr. "Subiektnist shtuchnoho intelektu u kryminalnomu pravi." ["Artificial Intelligence as the Subject of Criminal Law."] *Pravo Ukrainy* 1 (2018): 123–36 (in Ukrainian).
- Rawls, John. *A Theory of Justice: Revised Edition*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.
- Satokhina, Nataliia. "Vzaiemne vyznannia u pravi. Dosvid nemozhlyvoho [Mutual Recognition in Law. Experience of Impossible]." *Filosofia prava i zahalna teoriia prava* 1–2 (2016): 170–81 (in Ukrainian).
- Sheliazhenko, Yurii. "Avtonomne znachennia verkhovenstva prava [Autonomous Meaning of the Rule of Law]." *Almanakh prava* 8 (2017): 292–5 (in Ukrainian).
- Sheliazhenko, Yurii. "Computer Modeling of Personal Autonomy and Legal Equilibrium." *Advances in Intelligent Systems and Computing* 765 (2019): 74–81.
- Sheliazhenko, Yurii. "Evolutsiia avtonomii subyekta prava na primere Obshchestvennoy organizatsii «Avtonomnaya Advokatura» [Evolution of Law Subject Autonomy on The Model of Civic Organization «Autonomous Advocacy»]." *Nauka vchera, segodnya, zavtra* 36, no. 2 (2017): 140–6 (in Russian).
- Sheliazhenko, Yurii. "Mysleni eksperymenty dlia vyivlennia osobystoi avtonomii u pravovii svidomosti [Thought Experiments for Revealing of Personal Autonomy in Legal Conscience]." In *Problemy ta perspektivy formuvannia pravovoi kultury v konteksti suchasnykh sotsialno-ekonomichnykh protsesiv: zbirnyk tez dopovidei uchasnykiv Vseukrainskoi naukovo-praktychnoi konferentsii* [Problems and Perspectives of Formation of Legal Culture in the Context of Contemporary Social and Economic Processes: Collection of Papers Presented at Ukrainian National Scientific Conference], edited by Serhii Savchenko, Ivan Oksiom, and Oleksandr Lysenko, 19–21. Cherkasy: East European University of Economics and Management, 2017 (in Ukrainian).

- Sheliashenko, Yurii. "Osobysta avtonomiia u pravi informatsiinykh tekhnolohii [Personal Autonomy in the Information Technology Law]." *Pravo Ukrainy* 3 (2018): 183–200 (in Ukrainian).
- Sheliashenko, Yurii. "Rozvytok osobystoi avtonomii v istorii prava [Evolution of Personal Autonomy in the Legal History]." *Pravnychyi visnyk Universytetu KROK* 25 (2017): 101–12 (in Ukrainian).
- Sheliashenko, Yurii. "Vyznannia avtonomii ob'ektiv ta sub'ektiv prava yak metodychna peredumova teoretyko-pravovykh doslidzhen [Recognition of the Autonomy of Subjects and Objects of Law as a Methodical Requirement to Legal Research]." In *Materialy VIII-ykh naukovykh chytan, prysviachenykh pam'jati akademika V. V. Kopieichykova* [Proceedings of the VIII Scientific Readings, Dedicated to the Memory of the Academician Volodymyr Kopieichykov], edited by Andrii Zavalnyi, Nataliia Lazniuk, and Denys Tykhomyrov, 247–9. Kyiv: National Academy of Internal Affairs, 2018 (in Ukrainian).
- Smorodynskiy, Viktor. "Sudova reforma u konteksti verkhovenstva prava [Judicial Reform in the Context of the Rule of Law]." *Filosofia prava i zahalna teoriia prava* 1–2 (2016): 204–11 (in Ukrainian).
- Stovba, Oleksii. "Dynamichne pravorozuminnia: do pytannia predmetnoi identyfikatsii suchasnoi filosofsko-pravovoi dumky [The Dynamic Understanding of Law: Towards the Objective Identification of the Contemporary Thought in the Field of the Philosophy of Law]." *Filosofia prava i zahalna teoriia prava* 1–2 (2016): 162–9 (in Ukrainian).
- Stovba, Oleksii. *Pravo i chas* [Law and Time]. Kharkiv: Tim Publish Group, 2016 (in Ukrainian).
- Taleb, Nassim N. *Antykrykhhkist: pro (ne)vrazlyve u realnomu zhytti* [Antifragile: about (in) vulnerable in real life]. Translated by Mykola Klymchuk. Kyiv: Nash Format, 2018 (in Ukrainian).
- Tarasov, Oleh. *Sub'iekt mizhnarodnoho prava: problemy suchasnoi teorii* [The Subject of International Law: Problems of Contemporary Theory]. Kharkiv: Pravo, 2014 (in Ukrainian).
- Tyler, Tom R. *Why People Obey the Law*. New Haven: Yale University Press, 1990.
- Yizhak, Oleksii, and Hennadii Mernikov. "Suchasna systema mizhnarodnykh vidnosyn – stan, vyklyky, zahrozy, mozhlyvi stsenarii [Modern System of International Relations – State, Challenges, Threats, Possible Scenarios]." *Visnyk NAN Ukrainy* 2 (2019): 3–29 (in Ukrainian).
- Yurkevych, Pamfil. *Istoriia filosofii prava. Filosofia prava. Filosofskiy shchodennyk* [History of Philosophy of Law. Philosophy of Law. Philosophical Diary]. Kyiv: Ukrainskyi svit, 1999 (in Ukrainian).

### **Юрій Шеляженко. Автономно-процесуальна модель права**

**Анотація.** Юриспруденція в Україні та в усьому світі переживає трансформації. Відбуваються глибокі зміни правових систем під впливом економічних, політичних і соціальних факторів. Існують консервативні, революційні та еволюційні напрями правотворчості та праворозуміння. Найбільш перспективним напрямом є еволюційна юриспруденція, вільна від ілюзій незмінності права та одномоментних переворотів. В еволюційній юриспруденції мораль як віра в добро і зло, етика як філософія правил і право як наука про справедливі судження вважаються трьома історичними стадіями розвитку юридичних знань. Еволюція праворозуміння веде до розробки автономно-процесуальної

(прагматичної) моделі права поряд із відомими моделями владної вказівки, суспільного договору, справедливого процесу. У цій моделі сила закону вбачається в єдності з реальністю, невідчужуваності права від життя. Закон у принципі є правилом, яке реалізується саме по собі: закони природи повторюються об'єктами експериментів, людські закони творяться суб'єктами правової культури. Закони природи слід визнати нормами права з перспективою встановлення верховенства права у сфері науки. Методичною передумовою добросовісного дослідження правових процесів є визнання автономії цих процесів та їх елементів, індивідуальних закономірностей їх існування, пізнаної на практиці автономії волі та автономії матерії, а також динамічної природи правових процесів. Особиста автономія дозволяє людині, організації або штучному інтелекту розумними судженнями та діями змінювати status quo на основі внутрішньої логіки правового процесу, що пов'язує дії із наслідками. Правовий прогрес у автономно-процесуальній моделі долає статичність, відчуженість елементів від системи і підсистемне нівелювання верховенства права. Право як справедлива форма свободи дозволяє кожній особі бути агентом верховенства права у своїй сфері компетенції, заощаджуються ресурси правозастосування, відкидається абсолютизація примусу, визнаються недійсними застарілі та нереалістичні норми. Еволюційне балансування свободи та відповідальності, прав і обов'язків створює безпечне, сприятливе для життя та розвитку людини правове середовище.

**Ключові слова:** розвиток закону; особиста автономія; верховенство права; право і мораль; правовий прогрес; модель права; автономія волі; автономія матерії; об'єкт права; динамічне праворозуміння.

### **Юрій Шеляженко. Автономно-процесуальна модель права**

**Анотація.** Юриспруденція в Україні і во всем мире переживает трансформации. Происходят глубокие изменения правовых систем под влиянием экономических, политических и социальных факторов. Существуют консервативные, революционные и эволюционные направления в правотворчестве и правопонимании. Наиболее перспективным направлением является эволюционная юриспруденция, свободная от иллюзий неизменности права и одномоментных переворотов. В эволюционной юриспруденции мораль как вера в добро и зло, этика как философия правил и право как наука о справедливых суждениях считаются тремя историческими стадиями развития юридических знаний. Эволюция правопонимания ведет к разработке автономно-процесуальной (прагматической) модели права наряду с известными моделями властного предписания, общественного договора, справедливого процесса. В этой модели сила закона видится в единстве с реальностью, неотчуждаемости права от жизни. Закон в принципе является правилом, которое реализуется само собой: законы природы повторяются объектами экспериментов, человеческие законы творятся субъектами правовой культуры. Законы природы следует признать нормами права с перспективой установления верховенства права в сфере науки. Методической предпосылкой добросовестного исследования правовых процессов является признание автономии этих процессов и их элементов, индивидуальных закономерностей их существования, познанной на практике автономии воли и автономии материи, а также динамической природы правовых процессов. Личная автономия позволяет человеку, организации или искусственному интеллекту разумными суждениями и действиями менять status quo на основе внутренней логики правового процесса, связывающего действия с последствиями. Правовой прогресс в автономно-процесуальной модели преодолевает статичность,

отчужденность элементов от системы и подсистемное нивелирование верховенства права. Право как справедливая форма свободы позволяет каждому человеку быть агентом верховенства права в своей сфере компетенции, экономятся ресурсы правоприменения, исключается абсолютизация принуждения, признаются недействительными устаревшие и нереалистичные нормы. Эволюционное балансирование свободы и ответственности, прав и обязанностей создает безопасную, благоприятную для жизни и развития человека правовую среду.

**Ключевые слова:** развитие закона; личная автономия; верховенство права; право и мораль; правовой прогресс; модель права; автономия воли; автономия материи; объект права; динамическое правопонимание.

### **Yurii Sheliashenko. Autonomous Processual Model of Law**

**Abstract.** The jurisprudence experiences profound transitions in Ukraine and worldwide. Legal systems are changing, influenced by economic, political, and social factors. There are conservative, revolutionary, and evolutionary trends arising in law practice and legal thought. The most promising tendency is evolutionary jurisprudence that keeps no illusions of eternal laws and momentarily made changes. In evolutionary jurisprudence, morality as the beliefs about the good and the evil, ethics as the philosophy of rules, and law as the science of fair judgments are considered to be three historical stages of the development of legal knowledge. The evolution of legal thinking leads to the development of an autonomous processual (pragmatic) model of law, along with known models of authoritative command, the social contract, and procedural justice. In the autonomous processual model, the rule of law and the reality are united: the law is inalienable from life. The law is essentially the rule that realizes itself: laws of nature are repeating by objects of experiments, human laws are performing by subjects of legal culture. Laws of nature should be recognized as legal norms with the further establishment of the rule of law in the sphere of science. Valid methods of legal processes research must take into account autonomy of these processes and autonomy of their elements, individual regularities of their existence, practical knowledge of the autonomy of matter and the autonomy of will, as well as dynamic nature of legal processes. Personal autonomy allows the human, organization, or artificial intelligence to change the status quo by reasonable judgments and actions based on the internal logic of the legal process, which links the actions with consequences. Legal progress in the autonomous processual model overcomes the static bias, the alienation of elements from the system and subsystemic erosion of justice. The law as a fair form of freedom allows each person to be an agent of the rule of law in own sphere of competence, saving law enforcement resources, refusing to absolutize coercion, invalidating obsolete and unrealistic norms. Evolutionary balancing of freedom and responsibility, of rights and duties, creates the legal environment, safe and favorable for the successful life and human development.

**Keywords:** law development; personal autonomy; rule of law; law and morality; legal progress; model of law; autonomy of will; autonomy of matter; object of law; dynamic concept of law.

Одержано / Received 31.05.2019

## БІЗНЕС І ПРАВА ЛЮДИНИ В УМОВАХ КОНФЛІКТУ: МІЖДИСЦИПЛІНАРНІ ПОШУКИ НОВОЇ КОНЦЕПЦІЇ

### Вступ

**Н**осієм обов'язків щодо прав людини традиційно вважається держава. Первісно це було пов'язано з тим, що саме держава розглядалася як головна загроза правам людини, а тому саме вона виступила адресатом, якому спрямовується вимога поважати права людини. Цей аспект взаємовідносин людини і держави, який зберігає свою актуальність і сьогодні, поступово було доповнено вимогами захищати (у тому числі від порушень з боку третіх осіб) і забезпечувати реалізацію.

Протягом другої половини ХХ ст. під впливом різних процесів, у першу чергу глобалізаційних, усе більш помітним ставав вплив недержавних суб'єктів на права людини. Особливо гостро питання такого впливу поставало в ті моменти, коли держави виявлялися неспроможними виконувати свою роль інструменту захисту прав людини.

Професор Джон Раггі, який відіграв визначальну роль у розробці сучасної концепції бізнесу і прав людини в міжнародному праві прав людини, описує ці процеси так:

Обов'язок держави захищати права людини від порушень є основоположним. Він включає в себе захист від зловживань з боку третіх осіб. З чим ми стикнулися, коли працювали над питанням бізнесу і прав людини? У переважній більшості випадків держави не мають чіткого розуміння своїх конкретних зобов'язань щодо забезпечення дотримання бізнесом прав людини. Відповідне розуміння відсутнє й на рівні міжнародних стандартів у сфері прав людини. Договірні органи ООН з прав людини лише епізодично посилалися на них.

Одне з моїх завдань у рамках мандата Спеціального доповідача ООН полягало в тому, щоб залучити держави до серйозних дискусій про те, що «бізнес і права людини» не є маленькою самодостатньою коробкою. Питання бізнесу і прав людини є наскрізними: вони постають, коли йдеться про корпоративні відносини, обіг цінних паперів, укладення

<sup>1</sup> Олена Олександрівна Уварова, кандидатка юридичних наук, доцентка кафедри теорії і філософії права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого.

Olena Uvarova, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor at the Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudryi National Law University.  
e-mail: [uvarova.info@gmail.com](mailto:uvarova.info@gmail.com)



інвестиційних договорів і торгових угод. В усіх сферах бізнес-діяльності є питання прав людини. І держави не приділяють їм увагу<sup>2</sup>.

«Сьогодні є абсолютно очевидним, що компанії – незалежно від того, локальні чи мультинаціональні, публічні чи приватні – значно впливають на права людини, як позитивно, так і негативно»<sup>3</sup>. Із цієї думки починаються численні наукові публікації, аналітичні огляди, експертні доповіді, методичні рекомендації, присвячені проблематиці, що лежить у площині «Бізнес і права людини». Адже «бізнес відіграє важливу роль у житті усіх людей, і те нагромадження питань, пов'язаних із правами людини, які ставляться перед бізнесом сьогодні, ніколи ще не було таким значним»<sup>4</sup>. Вплив бізнесу на права людини може зачіпати різних суб'єктів – працівників, мігрантів, уразливі групи (дітей, людей з інвалідністю, людей старшого віку тощо) – у різні способи – як позитивні (створення робочих місць, взаємодія з громадою, надання доступу до необхідних послуг і товарів тощо), так і негативні (дискримінація, експлуатація, шкода навколишньому середовищу та ін.), і в межах різних видів економічної діяльності (сільське господарство, текстильна промисловість, нафто- і газодобувна промисловість, фінансові, освітні, медичні послуги тощо).

Бізнесу адресовано вимогу поважати права людини при здійсненні господарської діяльності як у межах національних кордонів, так і поза ними таким чином, щоб попереджати й уникати будь-якого потенційного прямого чи непрямого негативного впливу – як у межах підприємства (і для безпосередніх працівників, і для тих, хто задіяний у ланцюгах поставок), так і ззовні – навколишнє середовище, члени громади, споживачі тощо.

Наявні напрацювання за цією тематикою вказують на її високу актуальність. Керівні принципи щодо бізнесу та прав людини, а також рекомендації щодо їх імплементації, вироблені ООН<sup>5</sup>, документи, що приймаються на рівні Ради Європи (серед них – Рекомендації Комітету Міністрів державам-членам щодо прав людини і бізнесу від 2 березня 2016 р.<sup>6</sup>), правове регулювання в країнах ЄС, США та інших країнах світу, стандарти, які виробляються міжнародними і регіональними організаціями, правові позиції судових інституцій – усе це вказує на те, що змінюється

<sup>2</sup> Interview with John G. Ruggie; International Committee of the Red Cross, 30 Sep. 2012, cited July 15, 2019, <https://www.icrc.org/en/international-review/article/interview-john-g-ruggie>.

<sup>3</sup> Business and Human Rights; Danish Institute on Human Rights, cited July 15, 2019, <https://www.humanrights.dk/business-human-rights>.

<sup>4</sup> Platform for Human Rights Indicators for Business – HRIB; Danish Institute on Human Rights, cited July 15, 2019, <https://business-humanrights.org/en/platform-for-human-rights-indicators-for-business-hrib>.

<sup>5</sup> Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework; Office of the High Commissioner for Human Rights, cited July 15, 2019, [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf).

<sup>6</sup> Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to member States on human rights and business (Adopted by the Committee of Ministers on 2 March 2016 at the 1249th meeting of the Ministers' Deputies); Council of Europe, cited July 15, 2019, [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805c1ad4](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c1ad4).

концепція прав людини: прямим адресатом відповідних вимог стає не тільки держава, а й бізнес. Завданням держав на національному рівні стає створення ефективного механізму попередження порушень прав людини з боку бізнесу і мінімізація ризиків таких порушень. Дискусії з цього приводу спрямовані на вироблення відповідних рекомендацій, дорожньої карти, яка б дозволила прийти до найбільш ефективного втілення в життя ідеї про те, що не тільки на державу, а й на бізнес покладено зобов'язання поважати права людини<sup>7</sup>.

Концепція бізнесу і прав людини перебуває в активній фазі формування, часто досить хаотичного і непослідовного – як відповідь, іноді запізнена, на найбільш гострі виклики сьогодення. Серед таких викликів – підвищений ризик порушення прав людини в період конфлікту.

Метою цієї статті є оцінка можливості вироблення міждисциплінарного підходу до визначення правової моделі ефективного забезпечення поваги прав людини з боку бізнес-акторів у період конфлікту. Для цього в межах дослідження, покладеного в основу цієї статті, вивчено представлені сьогодні в різних наукових дисциплінах теорії щодо ролі бізнесу в умовах конфлікту та його можливого впливу на права уразливих індивідів і їх груп й на сам конфлікт у цілому.

### **Бізнес як адресат вимог у сфері захисту прав людини**

Міжнародне право прав людини відіграє важливу роль на національному рівні та має прямий вплив на внутрішнє законодавство. У зв'язку з тим, що міжнародні договори про права людини покладають зобов'язання на свої держави-учасниці, це має важливі наслідки для всіх національних органів влади<sup>8</sup>. Як відзначається у Доповіді Венеціанської комісії про імплементацію міжнародних договорів про права людини в національне законодавство та про роль судів, «станом на зараз майже всі держави є членами різних договорів про права людини, ухвалених на глобальному рівні (особливо в ООН і Міжнародній організації праці) чи на рівні регіональних організацій (зокрема, таких як Рада Європи, Організація Американських держав і Африканський союз)». При цьому, хоча принципи, які передбачено цими договорами, мають зобов'язальний характер для всіх без винятку держав-учасниць, держави різними способами імплементують положення договору у свої національні правові порядки (див. п. 12).

З точки зору класичного підходу права людини у сучасному світі є у певному сенсі вимогами, які адресовані державам. Таке розуміння прав людини цілком відповідає

---

<sup>7</sup> Florian Wettstein, *Multinational Corporations and Global Justice Human Rights Obligations of a Quasi-Governmental Institution*. Stanford Business Books; 1 edition, 2009; Elisabeta Ramona, "Business and human rights: from soft law to hard law?" *CÍRLIG Juridical Tribune* 6, 2 (2016): 228–46.

<sup>8</sup> Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts, adopted by the Venice Commission at its 100th plenary session (Rome, 10–11 October 2014). CDL-AD(2014)036-e; Venice Commission, cited July 15, 2019, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2014\)036-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)036-e).

класичній структурі прав людини, в якій є адресат (носіє зобов'язань), власне носій права та предмет права (вимоги)<sup>9</sup>.

Але держави не є єдиними носіями обов'язків згідно з міжнародним правом, у тому числі й у сфері прав людини. Уже усталеним є визнання фізичних осіб суб'єктами прямої відповідальності за міжнародні злочини піратства і рабства. Міжнародні військові трибунали, створені після Другої світової війни, підтвердили, що фізичні особи несуть відповідальність за злочини проти миру, військові злочини та злочини проти людяності, а також накладають відповідальність на тих, хто перебуває під їхньою юрисдикцією – у тому числі офіційних співробітників. З набуттям чинності Статуту Міжнародного кримінального суду у 2002 р. також стало можливим притягнення до відповідальності окремих фізичних осіб, які вчинили злочин геноциду, злочини проти людяності та військові злочини<sup>10</sup>.

Поступово утвердилося і визнання корпорацій суб'єктами міжнародного права, що стало наслідком виходу за рамки класичних концепцій прав людини. Це означає, що бізнес-актори стають, серед іншого, носіями зобов'язань у сфері прав людини. З точки зору теорії прав людини такий висновок заснований на більш загальній тезі про горизонтальну дію прав людини, згідно з якою вимоги щодо їх поваги можуть бути звернені і до недержавних суб'єктів (національні та міжнародні неурядові організації, корінні народи та національні меншини; правозахисники; терористи; воєнізовані групи; автономні округи; інтернаціоналізовані території; транснаціональні корпорації; фізичні особи). Багато з цих груп опікується просуванням прав людини, у той час як інші, навпаки, потурають злочинним діям або навіть скоюють злочини, спрямовані проти життя та прав людини. «Горизонтальна дія» прав людини передбачає, що кожна людина і кожна суспільна структура («орган суспільства», англ. *organ of society*) зобов'язані робити свій внесок у створення атмосфери, що сприяє здійсненню прав людини. Тому очевидним на сьогодні є те, що зобов'язання у сфері прав людини є універсальними і стосуються всіх – як державних, так і недержавних акторів (суб'єктів)<sup>11</sup>.

При цьому зміст таких зобов'язань є різним. Сучасне право прав людини накладає на державу три рівні зобов'язань: зобов'язання поважати, захищати та забезпечувати (англ. *obligations to respect, protect and fulfill*).

<sup>9</sup> Роберт Алексі, «Інституціоналізація прав людини в демократичній конституційній державі», у *Філософія прав людини*, за редакцією Ш. Госепата та Г. Ломанна, пер. з нім. О. Юдіна та Л. Доронічевої (Київ: Ніка-Центр, 2008), 172–90.

<sup>10</sup> Implementation of general assembly resolution 60/251 of 15 march 2006 entitled “Human rights council” “Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts” Report of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises.; Office of the High Commissioner for Human Rights, cited July 15, 2019, <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/bhr/files/SRSG-report-Human-Rights-Council-19-Feb-2007.pdf>.

<sup>11</sup> Ганна Христова, “Зобов'язання держави у сфері прав людини,” у *Велика українська юридична енциклопедія*: у 20 т. Т. 3: Загальна теорія права (Харків: Право, 2017), 167.

Зобов'язання поважати (англ. *obligations to respect*) вимагають від держави утримання від будь-яких дій, які можуть позбавити осіб можливості користуватися своїми правами або здійснювати ці права власними зусиллями. Зобов'язання поваги до прав людини переважно охоплюють невтручання держави в їх реалізацію.

Зобов'язання захищати (англ. *obligations to protect*) вимагають, щоб держава запобігала порушенням прав людини третіми особами. Вони охоплюють обов'язки держави: а) запобігати порушенням прав і свобод з боку будь-якого індивіда або іншого недержавного «актора» (англ. *non-state actor*); б) уникати та усувати будь-які спонукання до порушень прав з боку третіх осіб; в) забезпечити доступ до засобів правового захисту у випадках порушень прав людини з метою запобігання подальшим зазіханням, відновлення порушеного права та справедливої компенсації постраждалому.

Зобов'язання забезпечувати (сприяти реалізації) (англ. *obligations to fulfil*) передбачають, що держави повинні вживати заходів (законодавчих, судових, адміністративних, освітніх та ін.) для забезпечення особам можливостей задовольняти основні потреби, гарантовані правом прав людини, що не можуть бути задоволені тільки їх особистими зусиллями. Це ключове зобов'язання держави щодо економічних, соціальних і культурних прав, однак воно також стосується й громадянських та політичних прав.

На бізнес покладається обов'язок поважати права людини, що означає діяти з належною обачністю (*due diligence*), щоб уникнути порушень прав людини та вжити заходи для запобігання та подолання негативних впливів на права людини, які зумовлені його діяльністю.

Хоча договори про права людини не містять чітких загальних державних обов'язків для запобігання порушенням прав людини з боку підприємств, деякі міжнародні інструменти з прав людини стосуються так чи інакше підприємницької діяльності. Відповідно ці інструменти можуть мати значення для розуміння сфери застосування «державного обов'язку захисту» від порушень прав людини, пов'язаних з бізнесом, і повинні братися до уваги національними судами і міжнародними судами при розгляді справ про порушення прав людини. Наприклад, стандарти, прийняті Міжнародною організацією праці (МОП), визначають основні права працівників та відповідні зобов'язання держав та вимог для роботодавців у різних сферах. Відповідно до Декларації МОП основних принципів та прав у світі праці, усі держави-члени МОП повинні поважати права робітників на свободу об'єднань та право на колективні переговори, а також на право на свободу від примусової праці, дитячої праці та дискримінації у сфері працевлаштування (Преамбула Декларації). Окремі держави також зобов'язані поважати права, визнані іншими ратифікованими ними конвенціями МОП.

Крім того, про зобов'язання держави щодо захисту від окремих видів порушень прав людини з боку бізнесу включено до договорів ООН з прав людини, які

стосуються захисту окремих (уразливих) груп населення. Наприклад, Міжнародна конвенція про права осіб з інвалідністю від 13 грудня 2006 р. вимагає від держав-учасниць «вжити всіх відповідних заходів для усунення дискримінації на основі інвалідності будь-якою особою, організацією або приватним підприємством» (стаття 4 (e)), а Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок від 18 грудня 1979 р. передбачає, що держави-учасниці зобов'язуються «вживати всіх відповідних заходів для усунення дискримінації щодо жінок будь-якою особою, організацією або підприємством» (стаття 2 (d)).

Комітет ООН з прав людини визнав, що держави мають зобов'язання як позитивного, так і негативного характеру згідно з Міжнародним пактом про громадянські та політичні права, оскільки права, захищені цим Пактом «застосовуються до відносин між приватними особами або організаціями». Відповідно Комітет ООН з прав людини вважає, що «у сферах, що стосуються основних аспектів звичайного життя, таких як робота або житло», окремі особи підлягали захисту з боку держави у значенні статті 26 Пакту від «приватних осіб або організацій».

З точки зору регіональних систем захисту прав людини, то варто відзначити, що Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод запроваджений механізм захисту від порушень прав людини з боку приватних осіб (див. справи: *Lopez Ostra v. Spain* (1994), *Taşkin and Others v. Turkey* (2005), *Guerra and Others v. Italy* [GC] (1998)). Цей механізм доповнено тими засобами захисту економічних і соціальних прав, які гарантовані Європейською соціальною хартією (переглянутою) від 3 травня 1996 р. Додатковий протокол до Європейської соціальної хартії (переглянутої), прийнятий у 1995 р., передбачає систему колективного оскарження, тобто дає можливість соціальним партнерам та окремим неурядовим організаціям подавати колективні скарги через Європейський комітет соціальних прав із твердженнями про невиконання державою-учасницею своїх зобов'язань за Хартією. Однак, як і у випадку з Європейським судом, скарги можуть подаватися лише проти держав у зв'язку з порушеннями їхніх договірних зобов'язань, а не безпосередньо проти підприємств.

Однак центральним документом у розкритті змісту обов'язку держави захищати права людини від порушень з боку бізнесу є Керівні принципи ООН.

Керівні принципи ООН щодо бізнесу і прав людини є складовою частиною механізму ООН із захисту прав людини від зазіхань з боку бізнесу. Керівні принципи стали результатом роботи спеціально призначеного Комісією ООН з прав людини Спеціального Представника Генерального секретаря Джона Руггі з метою визначення стандартів корпоративної відповідальності та підзвітності транснаціональних корпорацій та інших підприємств щодо прав людини. У 2008 р. Дж. Руггі розробив і представив Раді ООН з прав людини Рамкову концепцію ООН «Захист, дотримання і засоби захисту», на основі якої в подальшому було розроблено Керівні

принципи були одногосно схвалені Радою з прав людини в червні 2011 р. У своїй Доповіді, де було представлено Керівні принципи щодо бізнесу і прав людини, Дж. Раггі відзначив, що корінна причина труднощів у відносинах між бізнесом і правами людини криється сьогодні у викликаних глобалізацією управлінських прогалинах – між розмірами і впливом економічних сил і учасників і здатністю держав усувати створювані ними негативні наслідки. Це, у свою чергу, створює умови, за яких стає можливим вчинення протиправних дій компаніями, підприємствами без будь-яких адекватних санкцій або засобів відшкодування шкоди. Тому важливим завданням стає скорочення та у кінцевому рахунку повне усунення цих прогалин стосовно прав людини<sup>12</sup>.

У рамках виконання свого мандату Дж. Раггі проводив консультації за участю різних зацікавлених сторін на п'яти континентах; здійснив понад два десятки дослідницьких проектів, у тому числі за сприяння міжнародних юридичних фірм та інших експертів з правових питань, неурядових організацій, міжнародних установ і окремих зацікавлених осіб; підготував понад 1 000 сторінок документів; отримав і розглянув близько 20 доповідей; а також представив дві доповіді Комісії з прав людини і Раді з прав людини. Широка, всеохоплююча і прозора робоча програма мандата дала можливість Спеціальному представникові обмірковувати виклики, чути і вивчати різні точки зору, а також розробляти ідеї про найкращі практики<sup>13</sup>. Саме це і забезпечило Керівним принципам авторитет, незважаючи на те, що цей документ є «м'яким правом», який автоматично не створює жодних юридичних наслідків для держав<sup>14</sup>.

Основні положення щодо захисту прав людини від порушень з боку бізнесу ґрунтуються на диференційованих, але взаємодоповнюючих обов'язках і охоплюють три ключові принципи:

(а) зобов'язання держави щодо поваги, захисту та реалізації прав людини й фундаментальних свобод;

(б) роль бізнес-структур як спеціалізованих органів суспільства, на які покладено виконання спеціальних функцій і до яких висувається вимога діяти відповідно до усіх застосовних законів і дотримуватися прав людини;

<sup>12</sup> Report of the Special Representative of the Secretary-General, Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, UN Doc A/HRC/8/5, 7 April 2008; Office of the High Commissioner for Human Rights, cited July 15, 2019, <http://www.reports-and-materials.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>.

<sup>13</sup> Report of the Special Representative of the Secretary-General, Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, UN Doc A/HRC/8/5, 7 April 2008; Office of the High Commissioner for Human Rights, cited July 15, 2019, <http://www.reports-and-materials.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>.

<sup>14</sup> Claire Methven O'Brien, *Business and Human Rights: a Handbook for Legal Practitioners*; Council of Europe, 2018, cited July 15, 2019, [https://www.coe.int/en/web/national-implementation/publications/handbooks?fbclid=IwAR29oo9XI\\_6Jj9A6dhHmG-TDp7RzoQX5vBueoH-o8I1MPjBxpcdGI9E-zSc](https://www.coe.int/en/web/national-implementation/publications/handbooks?fbclid=IwAR29oo9XI_6Jj9A6dhHmG-TDp7RzoQX5vBueoH-o8I1MPjBxpcdGI9E-zSc).

(с) необхідність забезпечення прав і обов'язків – у разі їх порушення – відповідними й ефективними засобами правового захисту<sup>15</sup>.

У структурі Керівних принципів відображена ця концепція – концепція трьох основ (three “pillars” concept)<sup>16</sup>. Хоча кожна з цих основ витікає з існуючих принципів і норм міжнародного права прав людини, унікальна цінність Керівних принципів полягає в чіткому структуруванні відповідних обов'язків і відповідальності урядів і приватного сектору стосовно сучасних загроз правам людини, що виникають у ході підприємницької діяльності<sup>17</sup>.

### **Забезпечення поваги до прав людини та їх дотримання бізнесом у зонах конфліктів: основні підходи**

Відкриваючи Форум ООН з бізнесу і прав людини у 2018 р., Верховний комісар ООН з прав людини Мішель Бачелет підкреслив, що незважаючи на те, що «держави несуть головну відповідальність за створення ефективної політики та регулювання підприємницької діяльності і захисту прав людини», центральним посилом Керівних принципів є те, що всі комерційні підприємства, великі та малі, мають незалежну відповідальність за дотримання прав людини». Тобто, незалежно від того, як держави виконують свої зобов'язання щодо захисту всіх прав людини, підприємства зобов'язані їх поважати. Більше того, у тих випадках, коли уряди не виконують своїх зобов'язань щодо захисту прав людини, підприємцям необхідно додатково проявляти належну обачність щодо прав людини. Зобов'язання поважати права людини повинні супроводжуватися практичними кроками, які дозволять підприємствам демонструвати, що вони поважають права людини в усіх своїх ланцюгах поставок<sup>18</sup>.

Широко підтримуваною в останні роки стала теза про те, що інтереси багатьох ключових суб'єктів – держав, міжнародної спільноти, бізнес-акторів – збігаються і прямо чи опосередковано спрямовані на забезпечення миру і безпеки. Відбулося певне поступове зближення приватного сектору й інших діючих осіб у напрямку миробудови й попередження конфліктів, які до цього розглядалися як такі, що належать винятково до арени високої політики. Практика ж доводить, що новою потужною тенденцією, яка все ще часто недооцінюється, є прагнення різних

<sup>15</sup> Report of the Special Representative of the Secretary-General, Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, UN Doc A/HRC/8/5, 7 April 2008; Office of the High Commissioner for Human Rights, cited July 15, 2019, <http://www.reports-and-materials.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>.

<sup>16</sup> Див: Керівні принципи щодо бізнесу і прав людини: Реалізація Рамкової програми Організації Об'єднаних Націй «Захист, повага і засоби захисту», пер. Катерина Бураковська, Юлія Разметаєва, Олена Уварова, Дмитро Філіпський, за заг. ред. Олени Уварової (Харків: Право, 2018).

<sup>17</sup> Claire Methven O'Brien, *Business and Human Rights*.

<sup>18</sup> The movement to ensure businesses uphold human rights is gaining momentum. 7th Annual UN Forum on Business and Human Rights / Opening remarks by UN High Commissioner for Human Rights Michelle Bachelet; Office of the High Commissioner for Human Rights, cited July 15, 2019, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23930&LangID=E>.

учасників – держави, корпорації, громадянське суспільство – взаємодіяти один з одним і співпрацювати з метою розв'язання глобальних проблем розвитку, які б урахували фактор стійкості бізнесу та його вплив на суспільство.

Водночас у межах ліберальної теорії капіталістичного світу ціла низка міждисциплінарних досліджень пояснює, що бізнес-актори здатні зробити значний внесок до забезпечення миру, пом'якшення негативних наслідків конфлікту. Наприклад, у Північній Ірландії компанії спеціально почали наймати католиків і протестантів у рівній пропорції, щоб створити умови для взаємодії двох груп міжконфесіонального конфлікту. Таким чином, певний тип бізнес-поведінки може сприяти миру.

Розвиток, орієнтований на людину (*human centred development*), в основі якого лежить безпека людини, є загальновизнаною й необхідною умовою мирного та прогресивного суспільства, і приватний бізнес може відігравати визначальну роль, підтримуючи такий розвиток.

Якщо всі ключові діючі особи суспільства будуть активно працювати над створенням і підтримкою передумов миру й недискримінаційних умов розвитку суспільства, світ досягне цих цілей. Надто довго бізнес було виключено з цих процесів і він не робив свого позитивного внеску. У ХХІ ст. лідери з усіх секторів діяльності шукають можливості для співпраці й партнерства, де бізнес розглядається як носій однієї з ключових ролей у суспільстві<sup>19</sup>. В окремих академічних дослідженнях справедливо вказується, що з огляду на існування суспільного договору про мир як універсальне людське прагнення, забезпечення миру може виступати гіперзавданням бізнесу, головною його метою, до якої бізнес має прагнути<sup>20</sup>. Тим не менше, коли справа дійшла до мінімальних стандартів у сфері бізнесу і прав людини, багато навіть найбільш потужних бізнес-гравців не впоралися навіть з цим завданням. Бізнес традиційно дотримується формально юридичного підходу і, зокрема, не бере на себе відповідальності за поведінку своїх постачальників або своїх відокремлених підрозділів, дочірніх компаній. Поширеною серед представників бізнесу тезою є те, що з боку суб'єктів підприємницької діяльності достатньо не порушувати чинне законодавство країни, в якій здійснюється діяльність, навіть якщо воно не відповідає визнаним стандартам у сфері прав людини. З моменту затвердження Керівних принципів ООН багато компаній світу почали проявляти належну увагу забезпеченню поваги прав людини, але головними факторами для цього ставали небажання потрапляти в центр негативної уваги преси, ставати відповідачами у гучних судових процесах, зазнавати протидії місцевих громад, які негативно ставляться до відповідного виду бізнес-діяльності, тощо. Але для поглиблення цих тенденцій і їх більшої ефективності важливо, щоб у бізнеса було чітке розуміння

---

<sup>19</sup> *Corporate Strategies Under International Terrorism and Adversity*, ed. by Gabriele G. S. Suder (Edward Elgar, 2006), 191.

<sup>20</sup> Thomas W. Dunfee and Tim L. Fort, "Corporate Hypergoals, Sustainable Peace, and the Adapted Firm," *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36 (2003): 613.



того, якими є стандарти його належної поведінки щодо поваги прав людини. І ця прогалину в першу чергу має заповнювати держава, зокрема, через діяльність національної інституції захисту прав людини (в Україні – Уповноважений Верховної Ради України з прав людини), прийняття і реалізацію Національних планів дій у сфері бізнесу і прав людини, в яких держави, на території яких триває конфлікт, зобов'язанням бізнесу у сфері прав людини має приділятися особлива увага. Ініціативи корпоративної соціальної відповідальності не повинні підміняти собою виконання зобов'язань бізнесу у сфері прав людини.

Слід зазначити, що в цілому література, в якій ставиться питання про відповідальну поведінку бізнесу в зонах, уражених конфліктом або з високим ризиком такого ураження, можна розділити на три частини: 1) література з «економіки збройного конфлікту», яка особливу увагу приділяє макроекономічним зв'язкам між бізнесом, торгівлею і конфліктами, а також відповідним політикам вирішення цих проблем; 2) література щодо корпоративної відповідальності й визначення співучасті бізнесу в порушеннях, які підпадають під дію міжнародного гуманітарного права й права у сфері прав людини; ця література фокусується на юридичних зобов'язаннях компаній; 3) література з корпоративної соціальної відповідальності, орієнтована на бізнес і сфокусована на корпоративному впливі на суспільство<sup>21</sup>.

Перш за все компанії мають сприяти у своїй діяльності попередженню насильницьких конфліктів й діяти в межах загального прагнення до миру, знижуючи ризики ескалації конфліктів у своїй власній комерційній діяльності<sup>22</sup>. Відповідальне ведення бізнесу означає, що компанія не повинна прямо або непрямо зумовлювати збройні конфлікти й порушення прав людини, або сприяти їх виникненню. Цей стандарт поширюється на всі ланцюги поставок компанії, на політику найму, яка діє в компанії, умови праці та забезпечення її безпеки, на політику взаємодії з місцевим населенням тощо<sup>23</sup>.

Цей підхід є співзвучним з більш загальною ідеєю, яку в тому ж 2011 р. представила гарвардська бізнес-школа, – «ідея створення спільної цінності» («*creating shared value*»)<sup>24</sup>. Цей принцип передбачає економічну цінність для бізнесу, але, крім того, створення цінності для суспільства шляхом задоволення його потреб і задач.

<sup>21</sup> Philippe Le Billon, *Fuelling War: Natural Resources and Armed Conflicts* (New York: Routledge, 2013); Jonathan Goodhand, "From War Economy to Peace Economy? Reconstruction and State Building in Afghanistan," *Journal of International Affairs* 58 (2004): 155; Salil Tripathi, "Business in Armed Conflict Zones: How to Avoid Complicity and Comply with International Standards," *Politorbis* 50 (4) (2010): 56–83; Noam Lubell, "Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict," *International Review of the Red Cross* 87 (2005): 860–70.

<sup>22</sup> *The Role of Business in the Responsibility to Protect*, ed. by J. Forrer and C. Seyle (Cambridge University Press, 2016).

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Michael E. Porter and Mark R. Kramer, "The Big Idea: Creating Shared Value," *Harvard Business Review* 89 (2011): 2–17.

У моделі спільних цінностей соціальні проблеми лежать в основі, а не лишаються на периферії, як у мисленні корпоративної соціальної відповідальності<sup>25</sup>.

У науковій літературі виокремлюють окремих підхід «забезпечення миру на основі бізнесу» («*business-based peacebuilding*»)<sup>26</sup>. Ідеться, зокрема, про різні способи реагування суб'єктів підприємницької діяльності на конфлікти, які відбуваються на території, де компанія працює: 1) компанія може прийняти рішення не бути задіяною у конфлікт, що може потребувати збільшення внеску в безпеку компанії; 2) вона може повністю уникнути конфлікту, покинувши зону конфлікту й перенісши діяльність компанії; 3) нарешті третій варіант поведінки – прийняти заходи, які мінімізують негативні наслідки конфлікту або взагалі спрямовані на його вирішення, якщо це можливо<sup>27</sup>.

Бізнес-сектор став ключовим адресатом посиленн внутрішніх і міжнародних організацій у їх пошуках стратегічних партнерів для побудови стабільного миру. Вважається, що навіть в умовах відсутності політичного втручання корпоративні рішення – інвестувати, виробляти й наймати – мають можливість заохочувати, обмежувати або навіть руйнувати порядок денний і масштаби будь-якої спроби розбудови миру. Так само визнається, що бізнес-сектор може заважати прогресу в забезпеченні мирного вирішення конфлікту. Тому, прагнучи залучити бізнес до процесів забезпечення миру, зосереджуються на економічних аргументах (ефективність компаній страждає в умовах конфлікту й покращується в умовах миру), а також моральних аргументах<sup>28</sup>. Тим не менше досвід інших країн доводить, що участь бізнес-сектору в конкретних задачах подолання наслідків конфлікту, у тому числі мінімізації негативних наслідків внутрішнього переміщення, набагато простіше запропонувати, ніж втілити. Інвестори не хочуть ризикувати своїм капіталом у нестабільних і непередбачуваних умовах. Тому після досягнення порога корпоративної активності послідовні спроби залучити приватний сектор до відповідних ініціатив мають тенденцію слабнути й припинятися. Тим не менше значення приватного сектору як джерела ресурсів, «ноу-хау» та інституційного потенціалу не зменшується.

В окремих державах бізнес підтримав зусилля держави щодо подолання негативних наслідків конфлікту шляхом інвестування у місцевий розвиток, програми

<sup>25</sup> Porter and Kramer, “The Big Idea.”

<sup>26</sup> Derek Sweetman, *Business, Conflict Resolution and Peacebuilding: Contributions from the Private Sector to Address Violent Conflict* (Routledge, 2009), 11.

<sup>27</sup> Janne Penttilä, *Business-based Contributions to Peacebuilding and Conflict Prevention – Identifying the Finnish Private Sector Potential*; School of Management Master's Degree Programme in Peace, Mediation and Conflict Research, 2017, cited July 15, 2019, <https://pdfs.semanticscholar.org/e084/5cadb216747d40e8f388a25a33e4c44a6d3e.pdf>.

<sup>28</sup> Mónica López-Santamaría, Merlin Patricia Grueso Hinestroza and Carlos Alberto Rodríguez Romero, “Corporate Social Responsibility and Peacebuilding: Analysis of a Multinational Company from Colombia,” *Cuadernos de Administración. Journal of Management* 33 (58) (2017): 45–57.

реінтеграції для екс-комбатантів, а також запровадження програм, які сприяють задоволенню потреб ВПО. Частково така активність обумовлена тим, що в такий спосіб компанії покращують середовище, в якому вони ведуть свою діяльність. Крім того, такі ініціативи відповідають очікуванням споживачів і часто власників компаній. Стимулом також є внутрішні політики компанії, транснаціональні вимоги, стандарти ООН, глобальна динаміка щодо корпоративної відповідальності бізнесу поважати права людини. Крім того, зростає розуміння того, що враховуючи обмеженість державних ресурсів і загрозу виникнення проблемних відносин між внутрішньо переміщеними особами й приймаючими їх громадами, діловий сектор може відіграти вирішальну роль у сприянні економічній і соціальній інтеграції населення, ураженого конфліктом.

### Висновки

Сучасний етап розвитку міжнародного права прав людини актуалізує необхідність доктринального осмислення таких його положень:

– держави не є єдиними носіями обов'язків згідно з міжнародним правом, у тому числі у сфері прав людини. Поступово утвердилося і визнання корпорацій суб'єктами міжнародного права, що стало наслідком виходу за рамки класичних концепцій прав людини. Це означає, що бізнес-актори стають, серед іншого, носіями зобов'язань у сфері прав людини;

– принцип обов'язку бізнесу поважати права людини, який проявляється не тільки в тому, що бізнес не повинен порушувати права людини в обсязі, передбаченому чинним правом країни ведення підприємницької діяльності, але й у вимозі поважати права людини в обсязі визнаних міжнародних стандартів, а також проявляти належну обачність у сфері прав людини, що передбачає необхідність оцінювати ризики можливого негативного впливу своєї діяльності на права людини (*human rights due diligence*), запроваджувати механізми мінімізації таких ризиків та правові засоби захисту порушених прав на рівні самого бізнесу (оскільки можливість звернення до суду як засобу захисту, навіть за умов його ефективного функціонування, є надто обтяжливим, щоб бути єдиним інструментом захисту порушеного права);

– відповідальність бізнесу не тільки за свої власні дії, але й за «весь ланцюг поставок», тобто суб'єкт підприємницької діяльності має докласти всі можливі зусилля, щоб добросовісно пересвідчитися в тому, що його контрагенти не порушують права людини, наприклад, при виробленні продукції, яку такий суб'єкт надалі використовує у своїй діяльності;

– поширення юрисдикції держав на випадки порушення бізнесом прав людини, які мали місце на території інших держав.

Пошук відповідей на ці питання має ґрунтуватися на міждисциплінарному підході, який окрім досліджень у сфері права повинен ураховувати такі сучасні

теорії як «ідея створення спільної цінності» («*creating shared value*»), розвиток, орієнтований на людину («*human centred development*») та ін.

© О. Уварова, 2019

### Бібліографія

- Business and Human Rights; Danish Institute on Human Rights. Cited July 15, 2019. <https://www.humanrights.dk/business-human-rights>.
- Corporate Strategies Under International Terrorism and Adversity*. edited by Gabriele G. S. Suder. Edward Elgar, 2006.
- Dunfee, Thomas W., and Tim L. Fort “Corporate Hypergoals, Sustainable Peace, and the Adapted Firm.” *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36 (2003): 563–617.
- Goodhand, Jonathan. “From War Economy to Peace Economy? Reconstruction and State Building in Afghanistan.” *Journal of International Affairs* 58 (2004): 155.
- Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework; Office of the High Commissioner for Human Rights. Cited July 15, 2019. [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf).
- Implementation of general assembly resolution 60/251 of 15 march 2006 entitled “Human rights council” “Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts” Report of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. Office of the High Commissioner for Human Rights. Cited July 15, 2019. <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/bhr/files/SRSG-report-Human-Rights-Council-19-Feb-2007.pdf>.
- Interview with John G. Ruggie; International Committee of the Red Cross, 30 Sep. 2012. Cited July 15, 2019. <https://www.icrc.org/en/international-review/article/interview-john-g-ruggie>.
- Le Billon, Philippe. *Fuelling War: Natural Resources and Armed Conflicts*. New York: Routledge, 2013.
- López-Santamaría, Mónica, Merlin Patricia Grueso Hinestroza, and Carlos Alberto Rodríguez Romero. “Corporate Social Responsibility and Peacebuilding: Analysis of a Multinational Company from Colombia.” *Cuadernos de Administración. Journal of Management* 33 (58) (2017): 45–57.
- Lubell, Noam. “Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict.” *International Review of the Red Cross* 87 (2005): 860–70.
- O’Brien, Claire Methven. *Business and Human Rights: a Handbook for Legal Practitioners*, Council of Europe, 2018. Cited July 15, 2019. [https://www.coe.int/en/web/national-implementation/publications/handbooks?fbclid=IwAR29oo9XI\\_6Jj9A6dhHmG-TDp7RzoQX5vBueoH-o8I1MPjBxpcdGI9E-zSc](https://www.coe.int/en/web/national-implementation/publications/handbooks?fbclid=IwAR29oo9XI_6Jj9A6dhHmG-TDp7RzoQX5vBueoH-o8I1MPjBxpcdGI9E-zSc).
- Penttilä, Janne. *Business-based Contributions to Peacebuilding and Conflict Prevention – Identifying the Finnish Private Sector Potential*, School of Management Master’s Degree Programme in Peace, Mediation and Conflict Research, 2017. Cited Jul 15, 2019. <https://pdfs.semanticscholar.org/e084/5cadb216747d40e8f388a25a33e4c44a6d3e.pdf>.

- Platform for Human Rights Indicators for Business – HRIB; Danish Institute on Human Rights. Cited Jul 15, 2019. <https://business-humanrights.org/en/platform-for-human-rights-indicators-for-business-hrib>.
- Porter, Michael E., and Mark R. Kramer, “The Big Idea: Creating Shared Value.” *Harvard Business Review* 89 (2011): 2–17.
- Ramona, Elisabeta. “Business and Human Rights: from Soft Law to Hard Law?” *CÍRLIG Juridical Tribune* 6, 2 (2016): 228–46.
- Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to member States on human rights and business (Adopted by the Committee of Ministers on 2 March 2016 at the 1249th meeting of the Ministers’ Deputies); Council of Europe. Cited July 15, 2019. [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805c1ad4](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c1ad4).
- Report of the Special Representative of the Secretary-General, Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, UN Doc A/HRC/8/5, 7 April 2008; Office of the High Commissioner for Human Rights. Cited July 15, 2019. <http://www.reports-and-materials.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>.
- Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts, adopted by the Venice Commission at its 100th plenary session (Rome, 10–11 October 2014). CDL-AD(2014)036-e; Venice Commission. Cited July 15, 2019. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2014\)036-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)036-e).
- Sweetman, Derek. *Business, Conflict Resolution and Peacebuilding: Contributions from the Private Sector to Address Violent Conflict*. Routledge, 2009.
- The movement to ensure businesses uphold human rights is gaining momentum. 7th Annual UN Forum on Business and Human Rights / Opening remarks by UN High Commissioner for Human Rights Michelle Bachelet. [Internet]; Office of the High Commissioner for Human Rights. Cited July 15, 2019. <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23930&LangID=E>.
- The Role of Business in the Responsibility to Protect*, edited by Forrer, J. and C. Seyle. Cambridge University Press, 2016.
- Tripathi, Salil. “Business in Armed Conflict Zones: How to Avoid Complicity and Comply with International Standards.” *Politorbis* 50 (4) (2010): 56–83.
- Wettstein, Florian. *Multinational Corporations and Global Justice Human Rights Obligations of a Quasi- Governmental Institution*. Stanford Business Books; 1 edition, 2009.
- Алексі, Роберт. “Інституціоналізація прав людини в демократичній конституційній державі.” У *Філософія прав людини*, за редакцією Ш. Гюсепата та Г. Ломанна, переклад з нім. О. Юдіна та Л. Доронічевої, 172–90. Київ: Ніка-Центр, 2008.
- Керівні принципи щодо бізнесу і прав людини: Реалізація Рамкової програми Організації Об’єднаних Націй «Захист, повага і засоби захисту». Переклад Катерина Буряковська, Юлія Разметаєва, Олена Уварова, Дмитро Філіпський. За заг. ред. Олени Уварової. Харків: Право, 2018.
- Христова, Ганна. “Зобов’язання держави у сфері прав людини.” У *Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. Т. 3: Загальна теорія права*, 167. Харків: Право, 2017.

---

**Bibliography**

- Alexy, Robert. "Institutionalizing Human Rights in a Democratic Constitutional State." In *Filosofiya prav lyudyny*, za red. S. Gosepata ta G. Lomanna, per. z nim. O. Yudina ta L. Doronichevoyi, 172–90. Kyiv: Nika-Tsentr, 2008 (in Ukrainian).
- Business and human rights; Danish Institute on Human Rights. Cited July 15, 2019. <https://www.humanrights.dk/business-human-rights>.
- Corporate Strategies Under International Terrorism And Adversity*, edited by Gabriele G. S. Suder. Edward Elgar, 2006.
- Dunfee, Thomas W., and Tim L. Fort. "Corporate Hypergoals, Sustainable Peace, and the Adapted firm." *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36 (2003): 563–617.
- Goodhand, Jonathan. "From War Economy to Peace Economy? Reconstruction and State Building in Afghanistan." *Journal of International Affairs* 58 (2004): 155.
- Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework; Office of the High Commissioner for Human Rights. Cited July 15, 2019. [https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf).
- Implementation of general assembly resolution 60/251 of 15 march 2006 entitled "Human rights council" "Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts" Report of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. Office of the High Commissioner for Human Rights. Cited Jul 15, 2019. <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/bhr/files/SRSG-report-Human-Rights-Council-19-Feb-2007.pdf>.
- Interview with John G. Ruggie; International Committee of the Red Cross, 30 Sep. 2012. Cited July 15, 2019. <https://www.icrc.org/en/international-review/article/interview-john-g-ruggie>.
- Kerivni pryntsyropy shchodo biznesu i prav lyudyny: Realizatsiya Ramkovoï prohramy Orhanizatsii Ob"yednanykh Natsiy «Zakhyst, povaha i zasoby zakhystu» [Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementation of the United Nations Framework Program for Protection, Respect and Protection]. Perekład: Kateryna Buryakovs'ka, Yuliya Razmyetayeva, Olena Uvarova, Dmytro Filip's'kyi. Za zah. red. Oleny Uvarovoï. Kharkiv: Pravo, 2018 (in Ukrainian).
- Khrystova, Hannah. "Zobov'yazannya derzhavy u sferi prav lyudyny [Obligations of the State in the Field of Human Rights]." U *Velyka ukrayins'ka yurydychna entsyklopediya*: u 20 t. T. 3: Zahal'na teoriya prava, 167. Kharkiv: Pravo, 2017 (in Ukrainian).
- Le Billon, Philippe. *Fuelling War: Natural Resources and Armed Conflicts*. New York: Routledge, 2013.
- López-Santamaría, Mónica, Merlin Patricia Grueso Hinestroza, and Carlos Alberto Rodríguez Romero. "Corporate Social Responsibility and Peacebuilding: Analysis of a Multinational Company from Colombia." *Cuadernos de Administración. Journal of Management* 33 (58) (2017): 45–57.
- Lubell, Noam. "Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict." *International Review of the Red Cross* 87 (2005): 860–70.

- O'Brien, Claire Methven. *Business and Human Rights: a Handbook for Legal Practitioners*, Council of Europe, 2018. Cited July 15, 2019. [https://www.coe.int/en/web/national-implementation/publications/handbooks?fbclid=IwAR29oo9XI\\_6Jj9A6dhHmG-TDp7RzoQX5vBueoH-o8I1MPjBxpcdGI9E-zSc](https://www.coe.int/en/web/national-implementation/publications/handbooks?fbclid=IwAR29oo9XI_6Jj9A6dhHmG-TDp7RzoQX5vBueoH-o8I1MPjBxpcdGI9E-zSc).
- Penttilä, Janne. *Business-based Contributions to Peacebuilding and Conflict Prevention – Identifying the Finnish Private Sector Potential*, School of Management Master's Degree Programme in Peace, Mediation and Conflict Research, 2017. Cited Jul 15, 2019. <https://pdfs.semanticscholar.org/e084/5cadb216747d40e8f388a25a33e4c44a6d3e.pdf>.
- Platform for Human Rights Indicators for Business – HRIB; Danish Institute on Human Rights. Cited July 15, 2019. <https://business-humanrights.org/en/platform-for-human-rights-indicators-for-business-hrib>.
- Porter, Michael E. and Mark R. Kramer, "The Big Idea: Creating Shared Value." *Harvard Business Review* 89 (2011): 2–17.
- Ramona, Elisabeta. "Business and Human Rights: from Soft Law to Hard Law?" *CÍRLIG Juridical Tribune* 6, 2 (2016): 228–46.
- Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to member States on human rights and business (Adopted by the Committee of Ministers on 2 March 2016 at the 1249th meeting of the Ministers' Deputie), Council of Europe. Cited July 15, 2019. [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805c1ad4](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c1ad4).
- Report of the Special Representative of the Secretary-General, Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, UN Doc A/HRC/8/5, 7 April 2008, Office of the High Commissioner for Human Rights. Cited July 15, 2019. <http://www.reports-and-materials.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>.
- Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts, adopted by the Venice Commission at its 100th plenary session (Rome, 10–11 October 2014). CDL-AD(2014)036-e; Venice Commission. Cited July 15, 2019. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2014\)036-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)036-e).
- Sweetman, Derek. *Business, Conflict Resolution and Peacebuilding: Contributions from the Private Sector to Address Violent Conflict*. Routledge, 2009.
- The movement to ensure businesses uphold human rights is gaining momentum. 7th Annual UN Forum on Business and Human Rights / Opening remarks by UN High Commissioner for Human Rights Michelle Bachelet. [Internet]; Office of the High Commissioner for Human Rights. Cited July 15, 2019. <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23930&LangID=E>.
- The Role of Business in the Responsibility to Protect*, edited by Forrer, J. and C. Seyle. Cambridge University Press, 2016.
- Tripathi, Salil. "Business in Armed Conflict Zones: How to Avoid Complicity and Comply with International Standards." *Politorbis* 50 (4) (2010): 56–83.
- Wettstein, Florian. *Multinational Corporations and Global Justice Human Rights Obligations of a Quasi- Governmental Institution*. Stanford Business Books; 1 edition, 2009.

### **Олена Уварова. Бізнес і права людини в умовах конфлікту: міждисциплінарні пошуки нової концепції**

**Анотація.** У статті розглядається концепція бізнесу і прав людини, яка перебуває на стадії свого активного формування й ставить перед юридичною наукою нові питання: хто є носієм обов'язків у сфері прав людини, чи обмежена відповідальність бізнесу у сфері прав людини формальним виконанням приписів внутрішнього права держави, у чому полягає зміст вимоги до бізнесу проявляти належну обачність у сфері прав людини (*human rights due diligence*), якими є зобов'язання бізнесу у сфері прав людини в умовах конфлікту, яким чином держава має забезпечувати повагу до прав людини з боку бізнесу.

Пошук відповідей на ці питання потребує вироблення міждисциплінарного підходу, що базується на концепціях, які представлені різними науковими дисциплінами й які сьогодні існують відокремлено одна від одної, хоча шукають відповіді на однакові питання. У статті в цьому аспекті розглянуто також концепцію створення спільних цінностей й розвитку, орієнтованого на людину.

**Ключові слова:** бізнес і права людини; обов'язок поважати; належна обачність у сфері прав людини; Керівні принципи ООН щодо бізнесу і прав людини; створення спільних цінностей; орієнтований на людину розвиток.

### **Елена Уварова. Бизнес и права человека в условиях конфликта: междисциплинарные поиски новой концепции**

**Аннотация.** В статье рассматривается концепция бизнеса и прав человека, находящаяся на стадии своего активного формирования и ставящая перед юридической наукой новые вопросы: кто является носителем обязанностей в сфере прав человека, ограничивается ли ответственность бизнеса в сфере прав человека формальным выполнением предписаний внутреннего права государства, в чем заключается смысл требования к бизнесу проявлять должную осмотрительность в области прав человека (*human rights due diligence*), каковы обязательства бизнеса в сфере прав человека в условиях конфликта, каким образом государство должно обеспечивать уважение прав человека со стороны бизнеса.

Поиск ответов на эти вопросы требует выработки междисциплинарного подхода, основанного на концепциях, которые представлены различными научными дисциплинами и существующие сегодня обособленно друг от друга, хотя и ищущие ответы на одинаковые вопросы. В статье в этом аспекте рассмотрены также концепции создания общих и развития, ориентированного на человека.

**Ключевые слова:** бизнес и права человека; обязанность уважать; должная осмотрительность в области прав человека; Руководящие принципы ООН в отношении бизнеса и прав человека; создание общих ценностей; ориентированное на человека развитие.

### **Olena Uvarova. Business and Human Rights in Conflict: An Interdisciplinary Search for a New Concept**

**Abstract.** The article discusses the concept of business and human rights, which is at the stage of its active formation and poses new questions for legal science: who is the bearer of obligations in the field of human rights, is the responsibility of business in the field of human rights limited to the formal implementation of the requirements of the state's law, what is the meaning of the human rights due diligence requirement to business, what are the obligations of business in the



field of human rights in the period of the conflict, how should the state ensure human rights respect by businesses.

Finding answers to these questions requires the development of an interdisciplinary approach based on concepts that are presented by various scientific disciplines and exist today separately from each other, although they are looking for answers to the same questions. The article in this aspect also examines the concepts of creating common and human-oriented development.

Business & Human Rights (BHR) framework have acquired particular relevance during the last decade. Its logic is based on the statement that business actors have a significant impact on the enjoyment of human rights by people within the field of their *modus operandi*, and must therefore consider the risks that their operations might create and that can violate or contribute to violating human rights.

An impact that a business may have on human rights can affect various actors: its employees, employees of its suppliers, its customers, migrants, vulnerable groups (children, persons with disabilities, elderly people etc.), communities and many others. Such an impact may be manifested in discrimination, forced labor, environmental damage and many other ways within a wide range of industries and economic activities (e.g. agriculture, textile industry, oil and gas industry, finance, education, healthcare and others).

The United Nations BHR framework does not introduce any legally binding instruments for business. However, it does make it clear that business actors must respect human rights.

Traditional human rights theory considers a state as the only subject that has obligations in the sphere of human rights. However, recent developments are indicating that there are other important actors bearing respective obligations – businesses. Initially, the idea was building on the notion of corporate social responsibility, which emphasizes various aspects of ethical business conduct and does not introduce any legal requirements. Today it comprises a legal concept, which is expressed in documents of the United Nations, directives of the European Union, the Council of Europe resolutions, judicial decisions and national legislations.

The task of States is to create an effective mechanism for preventing human rights violations by business and minimizing the risks of such violations at the national level.

**Keywords:** business and human rights; obligation to respect; due diligence in the field of human rights; UN Guiding Principles for Business and Human Rights; creation of common values; human-centered development.

Одержано / Received 03.08.2019

## ПРАВО У ТЕХНОЛОГІЧНОМУ СВІТІ: КЛЮЧОВІ ТОЧКИ ЗМІН

Якою мапою ви користуєтеся у мандрівках: електронною, завантаженою у смартфон чи планшет, або паперовою? Якщо є ризик, що ваш девайс розряджається, чи візьмете ви про всяк випадок паперову мапу або ж віддасте перевагу додатковому зарядному пристрою? Як давно ви брали з собою компас? Заносили у паперовий записник декілька важливих для туриста фраз мовою тієї країни, куди лежить ваш шлях? Заглядали до товстеного довідника та перебирали заповнені вручну картки в бібліотечному каталозі?

Можливо, ви й не замислювалися, що ваші звички стали іншими всього за декілька років. І це цілком логічно, адже під рукою завжди пошукові системи та розумні годинники, новини, розваги, відео про смішних кошенят і карта зоряного неба у вашій широті. Люди змінилися тому, що під впливом технологій, передусім цифрових технологій, серйозно і невідворотно перетворився світ. Ці зміни зачіпають майже кожного, але одночасно вони відбуваються нерівномірно і поглиблюють той розрив, що існує, між особами, спільнотами й державами.

Подобаються вони нам чи ні, сприймаємо ми їх як загрозу чи панацею, ясно одне – технології супроводжуватимуть людство в подальшому розвитку. І праву доведеться вирішувати ті нові виклики, які виникають у цифрову епоху.

Тому в цій статті я маю намір звернутися до ключових точок змін у праві під впливом технологій.

І першими вони відображаються в одному з найважливіших правових явищ – правах людини. Під впливом технологій формуються новітні права (право бути забутим, право на цифрову особистість, право на Інтернет, право на анонімність тощо), а деякі – отримують новий зміст і змінюють обсяг (передусім приватність, свобода вираження, право на інформацію, права участі й виборчі права).

Концептуальні зміни у правах людини при цьому відбуваються досить швидко. Так, можна прослідкувати досить короткий шлях права бути забутим від обмеженого визнання судовою практикою<sup>2</sup>, через обговорення його як результату еволюції

<sup>1</sup> Юлія Сергіївна Разметаєва, кандидатка юридичних наук, асистентка кафедри теорії і філософії права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого.  
Yulia Razmetaeva, Candidate of Legal Sciences, Assistant at the Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudryi National Law University.  
e-mail: [yulia.razmetaeva@gmail.com](mailto:yulia.razmetaeva@gmail.com)

<sup>2</sup> Google Spain, Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Espanola de Proteccion de Datos and Costeja Gonzalez, (2014) Judgment, Case C-131/12, ECLI: EU: C:2014:317.

наявних прав<sup>3</sup>, до включення в поле новітніх прав людини<sup>4</sup>. М. Ожеван, розглядаючи специфіку трансгуманізму й концепцію технологічної сингулярності як «метафізичного фазового переходу до нових форм організації людини й людства», згадує про принципи «морфологічної свободи» й права людини на індивідуальний вибір технологій поліпшення людської природи<sup>5</sup>. Велика частка змін у розумінні того, що слід відносити нині до прав людини пов'язана з цими можливостями – перетворення фізичного тіла та свідомості людини, такого, що обіцяє не просто краще засвоювати інформацію чи розпізнавати недоступні звичайному оку кольори спектра, а звернутися до самої суті людського.

Технологічний світ загострює глобальну суперечність між свободою та безпекою. Він також демонструє кричущу відсутність етичних та правових обмежень у певних сферах діяльності. Приміром, 15 квітня 2019 р. було опубліковано результати дослідження ізраїльських учених, які роздрукували людське серце за допомогою 3D-принтера. Хоча надруковане серце розміром з кроляче, але воно анатомічно точне, має необхідні кровоносні судини, персоналізоване (використовується спеціально розроблений гідрогель, тканини та клітини пацієнта)<sup>6</sup>. Така біотехнологія має великий потенціал і, безумовно, створює поле діяльності для юристів, що включає і нормативне забезпечення нових медично-технологічних можливостей, і питання біоетики.

Нові технології не лише піднімають етичні питання, а й навіть кидають виклик ключовим поняттям і цінностям, до яких ми зазвичай звертаємося в нашому етичному мисленні. Момент початку життя й момент настання смерті, перенесення свідомості у цифрову форму, інформаційне продовження та клонування – усе це лише невеликий перелік того, що слід переглянути й оцінити з позицій сучасних досягнень. Як пише М. Тегмарк, «якщо технології можуть похитнути наші старі уявлення про межі тривалості життя, які його крайні межі? Скільки нашого космосу може ожити? Як далеко здатне сягнути життя і як довго протривати? Скільки матерії може використати життя і скільки енергії, інформації й обчислень – отримати?»<sup>7</sup>. Хоча він вважає, що ці крайні межі встановлює не наше розуміння, а закони фізики, але й самі межі нашого розуміння у цифрову епоху зсуваються швидко й

<sup>3</sup> Cesare Bartolini and Lawrence Siry, "The Right to be Forgotten in the Light of the Consent of the Data Subject," *Computer Law & Security Review* 32 (2) (2016): 218.

<sup>4</sup> Юлія Разметаєва, "Формування новітніх прав людини під впливом ІТ," у *ІТ право: проблеми та перспективи розвитку в Україні*: збірник матеріалів III-ої Міжнародної науково-практичної конференції (Львів, 7 грудня 2018), 93.

<sup>5</sup> Микола Ожеван, "По той бік технологічної сингулярності: дилема гуманістичних обмежень і необмеженого «пост гуманного» розвитку," *Стратегічні пріоритети* 1 (38) (2016): 39.

<sup>6</sup> Nadav Noor et al., "3D Printing of Personalized Thick and Perfusable Cardiac Patches and Hearts," *dv.Sci.* 2019, 6, 1900344, first published April 15, 2019, <https://doi.org/10.1002/advs.201900344>.

<sup>7</sup> Макс Тегмарк, *Життя 3.0. Доба штучного інтелекту*, пер. з англ. З. Корабліної (Київ: Наш Формат, 2019), 247.

непередбачувано. Одним з прикладів зсуву звичних кордонів є штучний інтелект. Незалежно від того, яким шляхом розробники просуваються до появи потужного штучного інтелекту – через подолання людської біології або творення її найкращої подібності – діапазон прогнозів щодо наслідків коливається від апокаліптичних сценаріїв знищення нас як виду до стрибка у світ всезагального добробуту й безцінних можливостей.

Стосунки між людиною і машиною, їх потенційне співіснування описують лише один з елементів очікуваного радикального переходу. Проте це повертає нас до питання допустимого ступеня втручання до природного. Не те щоб людство колись всерйоз зупинялося перед тим, щоб знищити ліси чи спровокувати глобальне танення льодів, невідворотно змінюючи навколишнє середовище, але регульоване генетичне конструювання чи надання андроїдам емоційних рис вочевидь більше зачіпляє індивідів. Побоювання щодо втрати визначальних характеристик людяності тим більші, чим сильніше стираються грані між фізичною, цифровою та біологічною сферами.

Якщо звернутися до протистояння концептів самоподолання та самозбереження, то, як справедливо зазначається, «у випадку з технологіями й технікою йдеться про людські (гуманістичні, антропні) обмеження, які людина накладає на техніко-технологічний прогрес з метою самозбереження»<sup>8</sup>. У широкому сенсі на чашці терезів знов опиняються свобода та безпека. У вузькому сенсі дискусії точаться навколо їх інформаційної складової. Чи можемо ми вільно розповсюджувати знання та думки або маємо контролювати ці процеси? Чи можемо ми покладатися на те, що технологічні напрацювання не будуть використані для придушення протестів чи спотворення демократичних інститутів? Чи маємо ми стримувати цифровізацію, поки є на світі держави та організації, здатні вторгтися до територіальних кордонів і кіберпростору інших держав, застосовувати найбрудніші засоби гібридної війни? Чи маємо ми накладати заборону на втручання до геному людини, знаючи, що тоталітарні режими не збираються її дотримуватися? Чи взагалі здатні ми стримувати все це в дійсності?

Складні етичні проблеми, які розглядалися філософами в змодельованій умоглядній ситуації, постають нині як такі, що вимагають не просто рішення, а й певного алгоритму застосування й нормативної бази для забезпечення. Так, проблема вагонетки вийшла на новий рівень у зв'язку з появою складних автоматизованих систем. З того моменту, коли Ф. Фут змалювала ситуацію етичного вибору, у якій водій, що втратив керування, може або повернути на шлях, на якому знаходяться і будуть вбиті п'ятеро людей, або на той, де знаходиться один, обговорюючи доктрину подвійного ефекту, різницю між прямим і непрямим наміром, баланс добра і зла<sup>9</sup>, точаться

<sup>8</sup> Ожеван, "По той бік технологічної сингулярності", 42.

<sup>9</sup> Philippa Foot, "The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect," *Oxford Review* 5 (1967): 5–15.

дискусії про найменшу шкоду й обов'язки в ситуації, коли уникнути негативних наслідків неможливо. Дж. Томсон розгорнула цю проблему, запропонувавши ускладнення за допомогою «моральної дилеми жертви», коли ви маєте вибір не просто між двома шляхами для некерованої вагонетки, а між бездіяльністю та дією – штовхнути важкого чоловіка, що стоїть поруч на пішохідному мосту, на шлях вагонетки, де він помре, зупинивши її<sup>10</sup>. Сучасні технологічні досягнення привнесли нове до цих дебатів утилітарних і деонтологічних поглядів. І це стосується як досліджень щодо еволюційної спадщини та моральної інтуїції, які фокусуються на тому, як генетична спорідненість чи партнерські стосунки підривають утилітарний вибір<sup>11</sup>, так і спроб знайти відповідь за допомогою приладів, які використовуються в нейрології, вимірити когнітивні навантаження та спалахи емоцій. Це також намагання встановити наявність чи відсутність заздалегідь визначених моральних уподобань через вивчення реакцій індивідів на вибір у змодельованих ситуаціях за допомогою функціональної магнітно-резонансної томографії<sup>12</sup>, потенційні кореляції з Системою 1 та Системою 2, відомих як швидке та повільне мислення. І, звичайно, нові перспективи пов'язані з розробками транспорту без водія-людини, оскільки системі керування доведеться приймати конкретні рішення в надзвичайній ситуації.

Під впливом технологічного розвитку ключові поняття та нормативні межі набувають змін у праві, так само, як в етиці. По-перше, до правового поля включаються такі терміни, як «відкриті дані», «великі дані», «Інтернет речей», «штучний інтелект», «поведінкові профілі», «смарт-рішення». По-друге, отримують не лише нові конотації, а й нормативні значення такі оцінні поняття, як «довіра», «права», «впевненість». У мінливому технологічному світі дані, довіра і увага стають ресурсом, за який борються індивіди, держави, компанії та організації.

Монетизація цих ресурсів відбувається завдяки таким моделям, як економіка уваги або інформаційна. Головною ідеєю останньої, як зазначається, є використання інформації «для продукування конкурентного на світовому ринку нового продукту, не обов'язково інформаційного, але такого, який через масовий збут забезпечує економічне багатство і розвиток країн-продуцентів. Характеристика певної економічної системи як «інформаційної економіки» вказує на особливу роль інформації в її функціонуванні»<sup>13</sup>. Наприклад, алгоритми налаштувань, націлені на ваші

<sup>10</sup> Judith Jarvis Thomson, "The Trolley Problem," *Yale Law Journal* 94 (1985): 1395–1415, <http://dx.doi.org/10.2307/796133>.

<sup>11</sup> April Bleske-Rechek et al., "Evolution and the Trolley Problem: People Save Five over One Unless The One Is Young, Genetically Related, or A Romantic Partner," *Journal of Social, Evolutionary, and Cultural Psychology* 4 (3) (2010): 115–27.

<sup>12</sup> Sergio Da Silva and Raul Matsushita, and Maicon De Sousa, "Utilitarian Moral Judgments Are Cognitively Too Demanding," *Open Access Library Journal* Vol.3 No.2, February 4 (2016), <http://dx.doi.org/10.4236/oalib.1102380>.

<sup>13</sup> *Трансформація міжнародних економічних відносин в епоху глобалізації: колективна монографія*, за ред. проф. А. П. Голікова і проф. О. А. Довгаль (Харків: ХНУ імені В. Н. Каразіна, 2015), 109.

особисті уподобання, фільтрують інформацію таким чином, щоб, з одного боку, дозувати її, створювати враження, ніби навколо лише односторонній, однобоко висвітлювати дійсність, а з іншого – сприяють поляризації та радикалізації поглядів, плакучи замкнутість та згуртованість навколо безапеляційної прихильності комусь чи чомусь.

Інформаційні технології нерозривно супроводжують такі явища, як демократія та правосуддя, регульовані правовими інструментами і вкрай важливі для суспільства. І ми не можемо сказати, що регулювання достатньо ефективно в питаннях електронної демократії та управління, а також е-правосуддя (від розв'язання спорів он-лайн до дослідження цифрових доказів). Крім того, постає необхідність урахування опосередкованого впливу технологій на демократичні процеси, на відправлення правосуддя. Приміром, впливу на проведення виборів. Оскільки технологічний світ загострює протистояння думок і змальовує картину, з якої взагалі не видно точки зору іншої сторони, це створює в людини помилкове враження, ніби ніяких інших перспектив не існує. Частково ми самі заганяємо себе до «інформаційних бульбашок», маючи змогу налаштувати індивідуальну віртуальну реальність. Але значною мірою ці бульбашки піддаються коригуванню з боку тих осіб, держав та бізнесу, які володіють відповідними цифровими інструментами. Недооцінена небезпека опосередкованого впливу на демократичні процеси призвела до певної кризи прямої демократії. Це ілюструють британський Brexit та інші референдуми, прихід до влади радикальних партій і популістських політиків у багатьох країнах тощо.

Багато цифрових засобів впливу, нових форм активності та комунікацій випадають з поля, що охоплюється нормативно-правовим регулюванням, традиціями та звичаями, етичними правилами тощо. Так, І. Улицька оперує термінами «глобальної активності» і «транснаціонального громадянського суспільства», підкреслюючи, що із традиційного погляду, усе це «непричетне до демократії, радше створює враження “керованого хаосу”, в якому звинувачують зазвичай суб'єктів економічної глобалізації в особі власників та топ-менеджерів транснаціональних компаній і банків, а часто й мережевих активістів»<sup>14</sup>. При цьому і глобальні демократичні процеси, і тим більше е-демократії включають використання нетрадиційних і незвичних категорій та інструментів.

Технологічний прорив, з одного боку, обіцяє покращити доступ до правосуддя, безсторонність і виваженість судових рішень. Програми, розроблені для аналізу даних, платформи для розв'язання диспутів он-лайн, штучний інтелект і «робосудді» на службі справедливості – чи це не чудово? З іншого боку, на нас чекають пов'язані з впровадженням цих багатообіцяючих інструментів проблеми. Приміром, у випадку застосування робосуддів ми стикаємося зі складнощами пояснити, яким

<sup>14</sup> Інна Улицька, «Електронна демократія у глобалізованому світі», *Стратегічні пріоритети* 4 (21) (2011): 38.

чином буде прийматися рішення<sup>15</sup>. Хоча, як стверджується, результатам добре навчених нейронних мереж можна довіряти в суді, а той факт, що конкретна основа думки не може бути продемонстрована або сформульована, не повинен блокувати її прийняття, оскільки вона, можливо, є принципово достовірною<sup>16</sup>. Разом з тим машинне навчання штучного інтелекту включає обробку даних, що впливають з попередньої роботи судової системи, і це призводить до викривлень. Не кажучи вже про те, що технологічні інструменти правосуддя можуть повторювати упередження своїх творців або – в силу різних форм нерівності або цифрового розриву – повністю виключати точки зору й представленість інтересів окремих суспільних груп.

Серйозними викликами для права в технологічному світі стають юрисдикційні проблеми, транскордонна діяльність та екстериторіальні наслідки. Зрозуміло, що інформація в цифровій формі не лише курсує у віртуальному кіберпросторі, але й тим чи іншим чином пов'язана з фізичними носіями, що територіально знаходяться в юрисдикції певної держави. Однак, по-перше, інформація маршрутизується через територію кількох держав, по-друге, технічні можливості регулювання діяльності в кіберпросторі обмежені як об'єктивно (надзвичайний обсяг відомостей, цифровий розрив, технологічне лідерство, швидка і непередбачувана поява нових інструментів), так і суб'єктивно (неготовність держав, організацій і корпорацій узгодити конкретні правила, прагнення скористатися відсутністю ефективного регулювання, ступінь контролю над онлайн-середовищем).

Оскільки юрисдикційні теорії так чи інакше прив'язані до географічного розташування, а розвиток кіберпростору відштовхується не від фізичних меж вочевидь виникає юрисдикційна проблема. Дискусія щодо неї не нова, однак досі не просунулася суттєво. До того ж думки щодо вирішення змінюються в міру того, як трансформується ландшафт онлайн-середовища і сприйняття Інтернету у світі. Десятиріччя тому висловлювалися пропозиції зробити кіберпростір четвертим міжнародним простором (подібним за регулюванням до Антарктиди, космічного простору та відкритого моря), де відсутня територіальна юрисдикція<sup>17</sup>. Сучасні ідеї фокусуються на тому, що кіберпростір має самостійну цінність (і тому нам слід подумати, як не нанести шкоду передовсім правам людини, здійснюючи вирішення юрисдикційних проблем) і саморегульований характер (і тому велика частка проблем буде вирішуватися нетрадиційними правовими інструментами). До того ж ні традиційні правові інструменти, ні найсміливіші теорії не будуть встигати за

<sup>15</sup> Див.: Термарк, Життя 3.0, 432.

<sup>16</sup> Curtis E. A. Karnow, "The Opinion of Machines," *Columbia Science & Technology Law Review* Vol. XIX (2017): 182–3.

<sup>17</sup> Див.: Darrel C. Menthe, "Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces," *Michigan Telecommunications and Technology Law Review* Vol. 4 (1998): 101–2; Wilske Stephan and Schiller Teresa, "International Jurisdiction in Cyberspace: Which States May Regulate the Internet?" *Federal Communications Law Journal* Vol. 50, Iss. 1, Article 5 (1997): 175.

розвитком технологій, у тому числі пов'язаних з юрисдикційними питаннями. Як зазначається, «частково внаслідок нездатності окреслити точну природу юрисдикційної проблеми, регулювання Інтернету розглядається як емпірично нездійснене або нормативно нелегітимне»<sup>18</sup>. Крім того, якщо відкинути романтичний погляд на кіберпростір як віртуальне *nowhere*, питання, які постають перед правом в онлайн-контексті, як справедливо визначається, «полягають не у тому, що інтернет-взаємодії ніде не відбуваються та відповідно виходять за межі правових систем. Скоріше труднощі викликає те, що інтернет-взаємодії потенційно відбуваються повсюдно й підпадають під юрисдикцію та закони декількох правових систем»<sup>19</sup>.

Поглянемо, приміром, на таку глобальну проблему, як кіберзлочинність. Незважаючи на те, що «кожна країна повинна мати достатній законодавчий і судовий потенціал для боротьби з кіберзлочинністю, і такі закони повинні бути гармонійними між різними країнами, оскільки вони захищають спільні інтереси»<sup>20</sup>, у реальності виникає багато суперечностей. Це є наслідком відсутності глобального консенсусу щодо визначення й типів поведінки, які охоплюються кіберзлочинами, браку синхронізованих правових механізмів і процедур, договорів про взаємну видачу, спільні розслідування та іншу співпрацю, які відповідали б специфіці кіберзлочинності та встигали за динамікою в такій складній сфері. Але перешкоди виникають і внаслідок спроб урядів здійснювати транскордонний вплив і розповсюджувати національні юрисдикції на спірні випадки. Не завжди це відбувається як цілеспрямована екстратериторіальність. Тим більше, що сама природа кіберпростору, як справедливо зазначається, «несе виклик легкому визначенню юрисдикції у зв'язку з переслідуванням за злочини в Інтернеті»<sup>21</sup>. Навіть ті автори, які стоять на позиції, що традиційні юрисдикційні основи можуть бути застосовані до кіберзлочинності, наголошують, що це «призведе до багаточисленних потенціальних претензій» та «конфлікту юрисдикцій», а також визнають, що зв'язок буде базуватися на визначенні місцезнаходження «ефекту злочину» (тобто того, які його прями наслідки та вплив), місцезнаходження злочинця або жертви<sup>22</sup>. Більш радикальні погляди на розв'язання юрисдикційних питань включають пропозиції застосовувати універсальну

<sup>18</sup> Dan Jerker B. Svantesson, "An Introduction to Jurisdictional Issues in Cyberspace," *Journal of Law and Information Science* Vol. 15 (2004): 72.

<sup>19</sup> Alexandra Perloff-Giles, "Transnational Cyber Offenses: Overcoming Jurisdictional Challenges," *The Yale Journal of International Law* Vol. 43 (2018): 192.

<sup>20</sup> Adel Azzam Saqf Al-Hait, "Jurisdiction in Cybercrimes: A Comparative Study," *Journal of Law, Policy and Globalization* Vol. 22 (2014): 83.

<sup>21</sup> Ikenga K. E. Oraegbunam, "Jurisdictional Challenges in Fighting Cybercrimes: Any Panacea from International Law?" *Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence* Vol. 6 (2015): 63.

<sup>22</sup> Susan W. Brenner and Bert-Jaap Koops, "Approaches to Cybercrime Jurisdiction," *Journal of High Technology Law* Vol. 4, No. 1 (2004): 44–5.



юрисдикцію або принцип взаємодоповнюваності<sup>23</sup>, зважаючи на транснаціональний, міжнародний характер, а також суттєву шкоду від кіберзлочинності. Пропонується також вжити заходів на рівні міжнародної спільноти. Зокрема, в межах ООН, яка має взяти на себе ініціативу «не лише заохочуючи держави-члени до формулювання національних законів у цій важливій сфері, але також негайно розробити модельний закон, що полегшить такий крок і забезпечить уніфікованість національних законів, що стосуються кіберюрисдикції»<sup>24</sup>.

Сценарії розв'язання юрисдикційних і транскордонних проблем у технологічному світі виглядають доволі абстрактними та містять заклики до більшої самостійності й одночасно співпраці усіх зацікавлених сторін. Пропонується висунути вимоги до кіберспільноти «стати більш відповідальною за моніторинг того, що поширюється через систему»<sup>25</sup> та в цілому «докласти зусиль для продовження 1) створення єдиних міжнародних законів, що стосуються Інтернету; 2) підвищення саморегулювання хостів та користувачів; 3) кращої просвіти законодавців про те, як функціонують Інтернет та World Wide Web»<sup>26</sup>. Оскільки труднощі управління онлайн-простором набули системного характеру й напруження буде лише зростати, наголошується, що слід продовжувати використовувати такі інструменти: «1) багатосторонні зусилля; 2) двосторонні угоди; 3) неформальні взаємодії між державними та приватними суб'єктами через кордони»<sup>27</sup>. У будь-якому разі те, що ми називаємо кіберпростором, стає все більш залежним від спільних ресурсів і зусиль, набуває глобальної структури та повсюдного характеру, тому потребуватиме гнучкого регулювання та плідної взаємодії. Можливо, це буде виглядати як неідеальний ланцюжок компромісів, але такий розвиток подій кращий за виснажливу гонку цифрових озброєнь.

У цифрову епоху відбуваються зміни в таких аспектах, як правовий статус і склад суб'єктів права. Прослідкувати їх можна в дискусіях про статус віртуальних осіб, прав та обов'язків, що стосуються цифрової особистості або цифрового продовження особистості, проблемах віднесення до публічних осіб тих, хто має вплив, більший за офіційних представників державної влади або опозиційних політиків. Чи не слід переглянути, наприклад, режими захисту приватності та визначення публічної

<sup>23</sup> Див.: William Guillermo Jimenez "Rules for Offline and Online in Determining Internet Jurisdiction. Global Overview and Colombian Cases," *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* 26 (2015): 13–62; Emmanuel Femi Gbenga Ajayi, "Challenges to Enforcement of Cyber-crimes Laws and Policy," *Journal of Internet and Information Systems* Vol. 6 (1) (2016): 1–12, DOI 10.5897/JIIS2015.0089.

<sup>24</sup> Kush Kalra. "Emergence of Cyber Crimes: A Challenge for the New Millennium," *Bharati Law Review*, April–June (2017): 102.

<sup>25</sup> Michael Gilden, "Jurisdiction and the Internet: the «Real World» Meets Cyberspace," *ILSA Journal of International & Comparative Law* Vol. 7 (2000): 159.

<sup>26</sup> *Ibid*, 160.

<sup>27</sup> Bertrand de La Chapelle and Paul Fehlinger, "Jurisdiction on the Internet: How to Move Beyond the Legal Arms Race," Observer Research Foundation and Global Policy Journal series. *Digital Debates. CyFu Journal* Vol. 3 (2016): 10.

особи з огляду на те, що громадяни мають право знати дещо більше відомостей про тих, хто пов'язаний з прийняттям важливих суспільних рішень чи формуванням політичного життя держави? Чи не слід визнати, що в сучасності в лідера думок або діджитал-інфлюєнсера може бути стільки ж або навіть більше влади і впливу, як у чиновника, що перебуває на високій державній посаді?

Зміна засобів комунікації та проявів активності, формування контенту через нетрадиційні ЗМІ, розширення сфери спілкування та обміну інформацією до глобального простору впливають на людину та соціум. Усе це здатне принести вражаючі результати, як позитивного, так і негативного характеру. Зокрема, О. Онищук, указуючи на можливість тотального контролю за особистістю та маніпуляцій над свідомістю за рахунок новітніх інформаційних технологій, пише, що тут «неабияку роль відіграє і віртуальна реальність, що заміщує реальне життя. Віртуалізація як соціальний процес стає свідомим конструюванням умовних феноменів, які набувають статусу базових і основних»<sup>28</sup>. Тому довіру аудиторії та прихильність мільйонів може отримати якийсь віртуальний конструкт, проект, група осіб, бот, програма – усе, що завгодно, особливо якщо матиме продуману історію, персоналізовані риси та певну стратегію подання відомостей.

Право в технологічному світі трансформується як концептуально, так і в конкретних формах його втілення. Суттєво змінюються регулятивні режими. Зростає роль гнучких і автономних інструментів, їх креативних комбінацій. На передній план часто виходить ефективність застосування тих чи інших засобів вирішення проблем, у тому числі пов'язаних з порушеннями прав людини, а також впливу на їх здійснення внаслідок застосування цифрових технологій.

Як справедливо зазначають О. Дзьобань та Є. Мануйлов, «у віртуальному середовищі, як і в реальному світі, формується певний набір норм та правил поведінки, специфічних стандартів спілкування. Проте через особливості нового виду спільнот та добровільності участі в них часто він обмежується лише умовами приєднання нового учасника до вже сформованої групи»<sup>29</sup>. Приєднання загалом можна назвати пріоритетною формою поширення правил на учасників віртуальних спільнот. Цифрові комунікації та просування великої частки правовідносин до онлайн-середовища стимулювали активне обговорення юридичних наслідків застосування режимів приєднання до угод та розповсюдження на користувачів умов, які вони мають прийняти, натиснувши на кнопку «погоджуюся» чи поставивши галочку у віконці, що спливає на екрані пристрою. Прогалини у праві, які не дають змоги

<sup>28</sup> Оксана Онищук, «Сучасна людина у просторі віртуальної реальності: особливості соціально-культурної трансформації», *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Філософські науки 780 (2014): 38.

<sup>29</sup> Олександр Дзьобань і Євгеній Мануйлов, «Віртуальні комунікації: до проблеми філософського осмислення сутності», *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. Серія: Філософія, філософія права, політологія, соціологія 3 (2015): 15.

захиститися від кіберпереслідування, заповнюються політиками корпорацій і такими неочікуваними сполученнями, як, приміром, заявлення переслідуваною особою вимог про авторські права на зображення сексуального характеру, якими її шантажують.

Технологічний світ передбачає, що віртуальна реальність входить до дійсності й доповнює її, а деколи прагне замінити.

Наприклад, після жахливої пожежі в соборі Нотр-Дам преса й експерти почали обговорювати питання відновлення. Чи є настільки докладні плани собору? Як їх порівняти з архівними, адже він неодноразово перебудовувався?

Доволі швидко з'ясувалося, що вчений-мистецтвознавець Е. Теллон кілька років тому склав повний і надзвичайно точний план собору, заснований на технології лазерного сканування<sup>30</sup>. Крім того, спиратися при реконструкції можливо на віртуальну модель собору, відтворену в грі *Assassins Creed Unity*, оскільки співробітниця Ubisoft, компанії-розробника гри, К. Міусс витратила два роки життя, щоб оглянути детально весь собор і створити максимально детальну віртуальну копію<sup>31</sup>. Медіа миттєво підхопили, рознесли та упакували в художньо-емоційну обгортку ці гарні новини. А на офіційному сайті Ubisoft з'явився заклик приєднатися до фінансових пожертв і безкоштовно завантажити гру протягом однієї доби, щоб дати кожному «шанс випробувати велич і красу Нотр-Дам найкращим чином та оцінити віртуальну повагу компанії до цього монументального архітектурного витвору». Компанія також підкреслила, що «відеоігри дозволяють досліджувати місця так, як ми ніколи не могли собі уявити»<sup>32</sup>. Однак якщо поринути в інформаційні потоки глибше та застосувати факт-чекінг при вивченні джерел, можна знайти відомості про те, що в названій грі віртуальний Нотр-Дам не стовідсотково відповідає реальному, оскільки розробники трохи змінили інтер'єр і зовнішні стіни таким чином, щоб зробити проходження квесту більш видовищним, і також щоб персонажам було зручніше залазити по стінах собору<sup>33</sup>.

І це, насправді, історія про три перспективи: 1) як технології можуть нам допомогти в неочевидний спосіб, у тому числі у правовому полі; 2) як вже змінилися

<sup>30</sup> Rachel Hartigan Shea, "Historian Uses Lasers to Unlock Mysteries of Gothic Cathedrals," *National Geographic*, originally published June 22, 2015, updated April 16, 2019, <https://www.nationalgeographic.com/news/2015/06/150622-andrew-tallon-notre-dame-cathedral-laser-scan-art-history-medieval-gothic/>.

<sup>31</sup> Andrew Webster "Building a Better Paris in Assassin's Creed Unity," *The Verge*, originally published on October 31, 2014, updated April 17, 2019, <https://www.theverge.com/2014/10/31/7132587/assassins-creed-unity-paris>.

<sup>32</sup> "Supporting Notre-Dame de Paris," *Ubisoft*, April 17, 2019, <https://news.ubisoft.com/en-us/article/348227/Supporting-Notre-Dame-de-Paris/>.

<sup>33</sup> Див.: Antony Taormina, "Why 'Assassin's Creed Unity's Notre Dame is Not Historically Accurate,'" November 10, 2014, In game news, <https://gamerant.com/assassins-creed-unity-notre-dame-design/>; "Explore Notre-Dame Cathedral before the fire, compliments of Ubisoft," *CBC News*, April 17, 2019, <https://www.cbc.ca/news/canada/montreal/notre-dame-assassin-s-creed-1.5101683>.

підходи до опрацювання та споживання інформації; 3) як цифровий образ переноситься у фізичну реальність і змінює її.

Таким чином, окреслюються контури ключових змін у праві, які проявляються під впливом новітніх технологій. І, можливо, доведеться переглядати самі основи, і не лише у правовій площині. Безумовно, комунікації та діяльність усе сильніше перетікають у віртуальне середовище, а останнє, у свою чергу, переплітається з фізичною реальністю, змінюючи сприйняття людиною як навколишньої дійсності, так і самої себе. І подальший розвиток світу суттєво залежить від того, чи будемо ми встигати усвідомлювати, сприймати та використовувати такі перетворення.

© Ю. Разметаєва, 2019

## Бібліографія

- Google Spain, Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Espanola de Proteccion de Datos and Costeja Gonzalez, (2014) Judgment, Case C-131/12, ECLI: EU: C:2014:317.
- Bartolini, Cesare and Lawrence Siry. "The Right to be Forgotten in the Light of the Consent of the Data Subject." *Computer Law & Security Review* 32 (2) (2016): 218–37.
- Разметаєва, Юлія. "Формування новітніх прав людини під впливом ІТ." *УІТ право: проблеми та перспективи розвитку в Україні*: збірник матеріалів III-ої Міжнародної науково-практичної конференції (Львів, 7 грудня 2018), 93–8.
- Ожеван, Микола. "По той бік технологічної сингулярності: дилема гуманістичних обмежень і необмеженого «пост гуманного» розвитку." *Стратегічні пріоритети* 1 (38) (2016): 33–46.
- Noor, Nadav et al. "3D Printing of Personalized Thick and Perfusable Cardiac Patches and Hearts." *dv.Sci.* 2019, 6, 1900344. First published: April 15, 2019. <https://doi.org/10.1002/adv.201900344>.
- Тегмарк, Макс. *Життя 3.0. Доба штучного інтелекту*. Переклад з англ. З. Корабліної. Київ: Наш Формат, 2019.
- Foot, Philippa. "The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect." *Oxford Review* 5 (1967): 5–15.
- Thomson, Judith Jarvis. "The Trolley Problem." *Yale Law Journal* 94 (1985): 1395–1415. <http://dx.doi.org/10.2307/796133>.
- Bleske-Rechek, April et al. "Evolution and the Trolley Problem: People Save Five over One Unless The One Is Young, Genetically Related, or A Romantic Partner." *Journal of Social, Evolutionary, and Cultural Psychology* 4 (3) (2010): 115–27.
- Da Silva, Sergio and Raul Matsushita, and Maicon De Sousa. "Utilitarian Moral Judgments Are Cognitively Too Demanding." *Open Access Library Journal* Vol. 3, No 2, February 4 (2016). <http://dx.doi.org/10.4236/oalib.1102380>.
- Трансформація міжнародних економічних відносин в епоху глобалізації*: колективна монографія. За редакцією проф. А. П. Голікова та проф. О. А. Довгаль. Харків: ХНУ імені В. Н. Каразіна, 2015.
- Улицька, Інна. "Електронна демократія у глобалізованому світі." *Стратегічні пріоритети* 4 (21) (2011): 35–8.

- Karnow, Curtis E. A. "The Opinion of Machines." *Columbia Science & Technology Law Review* Vol. XIX (2017): 136–84.
- Menthe, Darrel C. "Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces." *Michigan Telecommunications and Technology Law Review* Vol. 4 (1998): 69–103.
- Wilske, Stephan, and Teresa Schiller. "International Jurisdiction in Cyberspace: Which States May Regulate the Internet?" *Federal Communications Law Journal* Vol. 50, Iss. 1, Article 5 (1997): 117–78.
- Svantesson, Dan Jerker B. "An introduction to Jurisdictional Issues in Cyberspace." *Journal of Law and Information Science* Vol. 15 (2004): 50–74.
- Perloff-Giles, Alexandra. "Transnational Cyber Offenses: Overcoming Jurisdictional Challenges." *The Yale Journal of International Law* Vol. 43 (2018): 191–227.
- Al-Hait, Adel Azzam Saqf. "Jurisdiction in Cybercrimes: A Comparative Study." *Journal of Law, Policy and Globalization* Vol. 22 (2014): 75–83.
- Oraegbunam, Ikenga K. E. "Jurisdictional Challenges in Fighting Cybercrimes: Any Panacea from International Law?" *Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence* Vol. 6 (2015): 57–65.
- Brenner, Susan W., and Bert-Jaap Koops. "Approaches to Cybercrime Jurisdiction." *Journal of High Technology Law* Vol. 4, No. 1 (2004): 2–46.
- Jimenez, William Guillermo. "Rules for Offline and Online in Determining Internet Jurisdiction. Global Overview and Colombian Cases." *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* 26 (2015): 13–62.
- Ajayi, Emmanuel Femi Gbenga. "Challenges to Enforcement of Cyber-crimes Laws and Policy." *Journal of Internet and Information Systems* Vol. 6 (1) (2016): 1–12. DOI 10.5897/JIIS2015.0089.
- Kush, Kalra. "Emergence of Cyber Crimes: A Challenge for the New Millennium." *Bharati Law Review*, April – June (2017): 86–103.
- Gilden, Michael. "Jurisdiction and the Internet: the «Real World» Meets Cyberspace." *ILSA Journal of International & Comparative Law* Vol. 7 (2000): 149–60.
- La Chapelle, Bertrand de and Paul Fehlinger. "Jurisdiction on the Internet: How to Move Beyond the Legal Arms Race." Observer Research Foundation and Global Policy Journal series. *Digital Debates. CyFu Journal* Vol 3 (2016): 8–14.
- Онищук, Оксана. "Сучасна людина у просторі віртуальної реальності: особливості соціально-культурної трансформації." *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Філософські науки 780 (2014): 34–9.
- Дзьобань, Олександр та Євгеній Мануйлов. "Віртуальні комунікації: до проблеми філософського осмислення сутності." *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. Серія: Філософія, філософія права, політологія, соціологія 3 (2015): 7–19.
- Shea, Rachel Hartigan. "Historian Uses Lasers to Unlock Mysteries of Gothic Cathedrals." *National Geographic*. Originally published June 22, 2015. Updated April 16, 2019. <https://www.nationalgeographic.com/news/2015/06/150622-andrew-tallon-notre-dame-cathedral-laser-scan-art-history-medieval-gothic/>.
- Webster, Andrew. "Building a Better Paris in Assassin's Creed Unity." *The Verge*. Originally published on October 31, 2014. Updated April 17, 2019. <https://www.theverge.com/2014/10/31/7132587/assassins-creed-unity-paris>.

- “Supporting Notre-Dame de Paris.” *Ubisoft*. April 17, 2019. <https://news.ubisoft.com/en-us/article/348227/Supporting-Notre-Dame-de-Paris/>.
- Taormina, Antony. “Why ‘Assassin’s Creed Unity’s Notre Dame is Not Historically Accurate.” November 10, 2014, In game news. <https://gamerant.com/assassins-creed-unity-notre-dame-design/>.
- “Explore Notre-Dame Cathedral before the fire, compliments of Ubisoft.” *CBC News*, April 17, 2019. <https://www.cbc.ca/news/canada/montreal/notre-dame-assassin-s-creed-1.5101683>.

## Bibliography

- Google Spain, Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Espanola de Proteccion de Datos and Costeja Gonzalez, (2014) Judgment, Case C-131/12, ECLI: EU: C:2014:317.
- Bartolini, Cesare and Lawrence Siry. “The Right to be Forgotten in the Light of the Consent of the Data Subject.” *Computer Law & Security Review* 32 (2) (2016): 218–37.
- Razmetaeva, Yulia. “Formuvannia novitnykh prav liudyny pid vplyvom IT [Formation of new human rights under the influence of IT].” *U IT pravo: problemy ta perspektyvy rozvytku v Ukraini: zbirnyk materialiv III-oi Mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii* (Lviv, 7 hrudnia 2018), 93–8 (in Ukrainian).
- Ozhevan, Mykola. “Po toi bik tekhnolohichnoi synhuliarnosti: dylema humanistychnykh obmezhen i neobmezhenoho «post humannoho» rozvytku [Beyond technological singularity: dilemma of humanistic restrictions and unlimited «posthumane» development].” *Stratehichni priorytety* 1 (38) (2016): 33–46 (in Ukrainian).
- Noor, Nadav et al. “3D Printing of Personalized Thick and Perfusable Cardiac Patches and Hearts.” *dv.Sci.2019*, 6, 1900344. First published: April 15, 2019. <https://doi.org/10.1002/adv.201900344>.
- Tegmark, Max. *Zhyttia 3.0. Doba shtuchnoho intelektu* [Life 3.0: Being Human in the Age of Artificial Intelligence]. Kyiv: Nash Format, 2019 (in Ukrainian).
- Foot, Philippa. “The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect.” *Oxford Review* 5 (1967): 5–15.
- Thomson, Judith Jarvis. “The Trolley Problem.” *Yale Law Journal* 94 (1985): 1395–1415. <http://dx.doi.org/10.2307/796133>.
- Bleske-Rechek, April et al. “Evolution and the Trolley Problem: People Save Five over One Unless The One Is Young, Genetically Related, or A Romantic Partner.” *Journal of Social, Evolutionary, and Cultural Psychology* 4 (3) (2010): 115–27.
- Da Silva, Sergio and Raul Matsushita, and Maicon De Sousa. “Utilitarian Moral Judgments Are Cognitively Too Demanding.” *Open Access Library Journal* Vol. 3, No 2, February 4 (2016). <http://dx.doi.org/10.4236/oalib.1102380>.
- Transformatsiia mizhnarodnykh ekonomichnykh vidnosyn v epokhu hlobalizatsii: kolektyvna monohrafiia* [Transformation of International Economic Relations in the Age of Globalization: A Collective Monograph]. Za red. prof. A. P. Holikova i prof. O. A. Dovhal. Kharkiv: KhNU imeni V. N. Karazina, 2015) (in Ukrainian).
- Ulytska, Inna. “Elektronna demokratiia u hlobalizovanomu sviti [E-democracy in a globalized world].” *Stratehichni priorytety* 4 (21) (2011): 35–8 (in Ukrainian).

- Karnow, Curtis E. A. "The Opinion of Machines." *Columbia Science & Technology Law Review* Vol. XIX (2017): 136–84.
- Menthe, Darrel C. "Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces." *Michigan Telecommunications and Technology Law Review* Vol. 4 (1998): 69–103.
- Wilske, Stephan, and Teresa Schiller. "International Jurisdiction in Cyberspace: Which States May Regulate the Internet?" *Federal Communications Law Journal* Vol. 50, Iss. 1, Article 5 (1997): 117–78.
- Svantesson, Dan Jerker B. "An Introduction to Jurisdictional Issues in Cyberspace." *Journal of Law and Information Science* Vol. 15 (2004): 50–74.
- Perloff-Giles, Alexandra. "Transnational Cyber Offenses: Overcoming Jurisdictional Challenges." *The Yale Journal of International Law* Vol. 43 (2018): 191–227.
- Al-Hait, Adel Azzam Saqf. "Jurisdiction in Cybercrimes: A Comparative Study." *Journal of Law, Policy and Globalization* Vol. 22 (2014): 75–83.
- Oraegbunam, Ikenga K. E. "Jurisdictional Challenges in Fighting Cybercrimes: Any Panacea from International Law?" *Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence* Vol. 6 (2015): 57–65.
- Brenner, Susan W., and Bert-Jaap Koops. "Approaches to Cybercrime Jurisdiction." *Journal of High Technology Law* Vol. 4, No. 1 (2004): 2–46.
- Jimenez, William Guillermo. "Rules for Offline and Online in Determining Internet Jurisdiction. Global Overview and Colombian Cases." *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* 26 (2015): 13–62.
- Ajayi, Emmanuel Femi Gbenga. "Challenges to Enforcement of Cyber-crimes Laws and Policy." *Journal of Internet and Information Systems* Vol. 6 (1) (2016): 1–12. DOI 10.5897/JIIS2015.0089.
- Kush, Kalra. "Emergence of Cyber Crimes: A Challenge for the New Millennium." *Bharati Law Review*, April – June (2017): 86–103.
- Gilden, Michael. "Jurisdiction and the Internet: the «Real World» Meets Cyberspace." *ILSA Journal of International & Comparative Law* Vol. 7 (2000): 149–60.
- La Chapelle, Bertrand de and Paul Fehlinger. "Jurisdiction on the Internet: How to Move Beyond the Legal Arms Race." Observer Research Foundation and Global Policy Journal series. *Digital Debates. CyFy Journal* Vol 3 (2016): 8–14.
- Onyshchuk, Oksana. "Suchasna liudyna u prostori virtualnoi realnosti: osoblyvosti sotsialno-kulturnoi transformatsii [Modern person in virtual reality space: Peculiarities of sociocultural transformation]." *Visnyk Natsionalnoho universytetu «Lvivska politehnika». Filosofski nauky* 780 (2014): 34–9 (in Ukrainian).
- Dzeban, Oleksandr, & Yevhenii Manuylov. "Virtualni komunikatsii: do problemy filosofskoho osmyslennia sutnosti [Virtual communications: to the problem of philosophical comprehension of essence]." *Visnyk Natsionalnoho universytetu «Iurydychna akademiia Ukrainy imeni Yaroslava Mudroho». Serii: Filosofiia, filosofiia prava, politolohiia, sotsiolohiia* 3 (2015): 7–19 (in Ukrainian).
- Shea, Rachel Hartigan. "Historian Uses Lasers to Unlock Mysteries of Gothic Cathedrals." *National Geographic*. Originally published June 22, 2015. Updated April 16, 2019. <https://www.nationalgeographic.com/news/2015/06/150622-andrew-tallon-notre-dame-cathedral-laser-scan-art-history-medieval-gothic/>.

Webster, Andrew. "Building a Better Paris in Assassin's Creed Unity." *The Verge*. Originally published on October 31, 2014. Updated April 17, 2019. <https://www.theverge.com/2014/10/31/7132587/assassins-creed-unity-paris>.

"Supporting Notre-Dame de Paris." *Ubisoft*. April 17, 2019. <https://news.ubisoft.com/en-us/article/348227/Supporting-Notre-Dame-de-Paris/>.

Taormina, Antony. "Why 'Assassin's Creed Unity's Notre Dame is Not Historically Accurate.'" November 10, 2014, In game news. <https://gamerant.com/assassins-creed-unity-notre-dame-design/>.

"Explore Notre-Dame Cathedral before the fire, compliments of Ubisoft." *CBC News*, April 17, 2019. <https://www.cbc.ca/news/canada/montreal/notre-dame-assassin-s-creed-1.5101683>.

### **Юлія Разметаєва. Право у технологічному світі: ключові точки змін**

**Анотація.** Статтю присвячено ключовим точкам змін у праві під впливом технологій. Вони відображаються у правах людини, як у вигляді формування новітніх прав, так і змісті та обсязі визнаних. Демонструють, як загострюється глобальна суперечність між свободою та безпекою. Показують відсутність етичних та правових обмежень у певних сферах діяльності, кидають виклик ключовим поняттям і цінностям. Як поняття, так і нормативні межі набувають змін у праві, а економічні моделі, що використовують інформацію, довіру та увагу як ресурси змушують виробляти гнучкі й ефективні регулятивні режими. Зростає роль автономізації, застосування креативних комбінацій інструментів.

Інформаційні технології супроводжують такі явища, як демократія та правосуддя, здійснюють неочікуваний вплив, який може бути конче небезпечним. Серйозними викликами стають юрисдикційні проблеми, транскордонна діяльність та екстериторіальні наслідки. Сценарії їх розв'язання мають включати залежність від спільних ресурсів і зусиль, глобальної структури та повсюдного характеру кіберпростору. Відбуваються зміни в таких аспектах, як правовий статус і склад суб'єктів права, особливо щодо віртуальних осіб, прав та обов'язків, розподілу приватного та публічного.

Право в технологічному світі трансформується як концептуально, так і в конкретних формах його втілення. У подальших перетвореннях слід врахувати тенденції до стирання граней між фізичною, цифровою та біологічною сферами, перенесення комунікацій та діяльності до віртуального середовища.

**Ключові слова:** цифрова епоха; технологічний світ; інформаційне суспільство; інформаційні технології; концепція права; права людини; юрисдикційні проблеми; автономія у правовому регулюванні.

### **Юлія Разметаєва. Право в технологическом мире: ключевые точки изменений**

**Аннотация.** Статья посвящена ключевым точкам изменений в праве под влиянием технологий. Они отражаются в правах человека, как в виде формирования новых прав, так и на содержании и объеме признанных. Демонстрируют, как обостряется глобальное противоречие между свободой и безопасностью. Показывают отсутствие этических и правовых ограничений в определенных сферах деятельности, бросают вызов ключевым понятиям и ценностям. Как понятия, так и нормативные пределы изменяются в праве, а экономические модели, использующие информацию, доверие и внимание как ресурсы



заставляють виробувати гнучкі та ефективні регулятивні режими. Возрастає роль автономізації в праві, застосування креативних комбінацій інструментів.

Інформаційні технології супроводжують такі явища, як демократія та правосуддя, здійснюючи несподіване впливання, яке може бути дуже небезпечним. Серйозними викликами стають юрисдикційні проблеми, трансгранична діяльність та екстериторіальні наслідки. Сценарії їх розв'язання повинні включати залежність від загальних ресурсів та зусиль, глобальну структуру та повсюдний характер кіберпростору. Виникають зміни в таких аспектах, як правовий статус та склад суб'єктів права, особливо в стосунку віртуальних осіб, прав та обов'язків, розмежування приватного та публічного.

Право в технологічному світі трансформується як концептуально, так і в конкретних формах його втілення. В подальших перетвореннях слід врахувати тенденції до стирання меж між фізичною, цифровою та біологічними сферами, перенесення комунікацій та діяльності в віртуальне середовище.

**Ключові слова:** цифрова епоха; технологічний світ; інформаційне суспільство; інформаційні технології; концепція права; права людини; юрисдикційні проблеми; автономія в правовому регулюванні.

### **Yulia Razmetaeva. Law in Technological World: Key Points of Changes**

**Abstract.** The article focuses on the key points of law changing under the influence of technologies. They are reflected in human rights, both in terms of the formation of the newest rights and the content and scope of those recognized. These changes demonstrate how the global conflict between freedom and security is exacerbated. They show the absence of ethical and legal constraints in certain areas of activity, and challenge the key concepts and values that we refer to in ethical thinking. Key concepts and regulatory boundaries are changing in law, and economic models that use information, trust, and attention as resources force regulatory regimes to be more flexible and effective. The role of law autonomy, the use of creative combinations of instruments, is growing.

Information technologies inseparably accompany such phenomena as democracy and justice, and have an unexpected impact that can be extremely dangerous. Many digital influencers, new forms of activity and communication fall out of the realm of regulation, traditions and customs. Jurisdictional issues, cross-border activities and extraterritorial consequences become serious challenges. Scenarios of their solving should include dependency on shared resources and efforts, global structure and ubiquitous cyberspace. Changes are taking place in such aspects as the legal status and entities, especially in relation to virtual persons, rights and obligations, the distribution of private and public.

Law in the technological world is transformed both conceptually and in concrete forms of its incarnation. In addition, future transformations should take into account the tendency to blur the boundaries between the physical, digital and biological spheres, transferring communications and activities to the virtuality.

**Keywords:** digital age; technological world; information society; information technologies; concept of law; human rights; jurisdictional issues; autonomy in legal regulation.

Одержано / Received 10.08.2019

## МІНЛИВІСТЬ КОНЦЕПТУ СУБ'ЄКТА ПРАВОВІДНОСИН У МІНЛИВОМУ СВІТІ ШТУЧНОГО ІНТЕЛЕКТУ ТА ЦИФРОВОЇ ЛЮДИНИ

**К**рок за кроком людство переміщується зі звичного йому матеріального світу в цифровий або віртуальний простір. Конструюються нові виміри, віртуальні об'єкти поєднуються між собою та стають сумісними з матеріальними об'єктами, повсюдність інформації призводить до швидкого поширення та споживання значного обсягу даних. При цьому перехід у віртуальні світи є не стільки розвагою, скільки контрольованою нагальною потребою і виконує роль потужного соціального клапану, у тому числі для зменшення наростаючої напруги і потенційного незадоволення.

Використання досягнень наукового і технічного прогресу в різних галузях знань, зокрема у сфері розробки штучного інтелекту, нейронних мереж, нейробіології, квантової фізики, психології підсвідомого, нейрофізіології, біоінженерії, удосконалення живих істот шляхом поєднання їх власної органіки з високотехнологічною неорганікою штучних імплантатів, створення неорганічної форми життя (копіювання або повне перенесення без залишків на первинному носіїві свідомості, інтелекту та особистості людини на цифровий або інший носій), утворює альтернативний стосовно сучасного світу, який поширюється, існує та змінюється за своїми самостійними законами.

Через це право зазнає постійного виклику, у тому числі щодо концепту суб'єкта правовідносин. Філософсько-правові питання, які неодмінно виникають при цьому, можуть бути сформульовані таким чином: 1) на підставі якого критерію відбувається поділ на суб'єктів та несуб'єктів правовідносин; 2) яким чином та за чією волею відбувається оформлення такого поділу; 3) чи може бути визнаний суб'єктом правовідносин штучний інтелект; 4) яким чином вплинуть на правосуб'єктність фізичної особи істотні зміни її когнітивних властивостей та фізичних можливостей унаслідок одиничного або масового використання революційних здобутків нейробіології, нейрофізіології, біоінженерії, кіборгізації соціобіологічної істоти (створення кібернетичного організму, англ. *cybernetic organism*,

---

<sup>1</sup> Олександр Едуардович Радутний, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального права № 1, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Oleksandr Radutniy, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor at the Department of Criminal Law 1, Yaroslav Mudryi National Law University. e-mail: radut12@gmail.com

скор. cyborg – біологічного організму, що містить у собі механічні та (або) електронні компоненти) тощо.

Аналіз останніх досліджень. Окремим аспектам трансформації правових поглядів на підставі глибинних змін суспільного життя під впливом науково-технічного прогресу приділено увагу в цікавих наукових розвідках Ю. С. Разметаєвої та Ю. В. Шеляженко. Найбільш повну концепцію правової персоніфікації запропоновано О. В. Тарасовим. Питання (не-)можливості та (або) (не-)доцільності визнання штучного інтелекту суб'єктом правовідносин розглядається у роботах О. А. Баранова, М. В. Карчевського, В. А. Мисливого, Н. А. Савінової, Є. О. Харитонова та О. І. Харитонові. Утім і перш за все через несподіваність значних фактичних змін у суспільних відносинах та нагальність переосмислення права в цілому, проблема залишається відкритою і потребує подальшого дослідження та розробки.

Завданням цієї статті є прогнозування та дослідження окремих аспектів (не-) очікуваних змін парадигми права у зв'язку з появою нових потужних акторів у сфері соціальних відносин – штучного інтелекту та цифрової людини.

Мінливому концепту права в мінливому світі має бути притаманна ознака антикрихкості, яку Насім Талеб (Nassim Nicholas Taleb) розуміє як здатність ставати кращим від безладу, спроможність до позитивних змін після неочікуваного потужного впливу, а також вміння загартувуватися, змінюватися на краще, розвиватися і становитися сильніше при зіткненні з хаосом<sup>2</sup>.

Тектонічною подією, що зрушить пласти усталеного світогляду та сприятиме перегляду підходів до визначення суб'єкта правовідносин, може стати поява нового соціального актора, яким є штучний інтелект, або останній винахід людства, як його іменує Джеймс Баррат (James Barrat) у своєму дослідженні «Наш останній винахід: штучний інтелект і завершення ери людства»<sup>3</sup>. Крім того, іншим викликом може стати безпосередній контакт з інопланетною цивілізацією, у зв'язку з чим д.ю.н., проф. В. О. Глушковым<sup>4</sup> запропоновано розробити та узгодити на рівні ООН правовий документ під робочою назвою Основи кримінального законодавства Геї, у якому мають бути законодавчо сформульовані принципи підходи до застосування кримінальної відповідальності для землян та представників позаземних цивілізацій. Щодо можливості такого контакту Керівник Агентства ООН з проблем космічного простору (UN Office for Outer Space Affairs, UNOOSA) астрофізик з Малайзії Мазлан Отман (Mazlan Othman) висловила припущення з високим

<sup>2</sup> Nassim Nicholas Taleb, *Antifragile: Things That Gain from Disorder* (Random House, 2012). В укр. перекладі: Насім Талеб, *Антикрихкість. Про (не)вразливе у реальному житті*, пер. Миколи Климчука (Київ: Наш формат, 2018).

<sup>3</sup> Джеймс Баррат, *Последнее изобретение человечества: искусственный интеллект и конец эры Homo sapiens* (Москва: Альпина Нон-фикшн, 2015), 10.

<sup>4</sup> Валерій Глушков, «Виникнення та перспективи розвитку кримінально-правових відносин у космічній сфері», у *Матеріали міжнар. наук.-практ. конф. «Кримінально-правове регулювання та забезпечення його ефективності»* (Харків: Право, 2019).

ступенем імовірності в найближчому майбутньому, а представник Космічного агентства Великої Британії (UK Space Agency) проф. Річард Кроутер (Richard Crowther) переконаний у тому, що саме Мазлан Отман має офіційно від землян привітати прибульців, але спочатку, скоріш за все, контакт буде встановлений з мікробами<sup>5</sup>. З іншого боку, відомий британський астрофізик Стівен Хокінг (Stephen Hawking) висловився з недвозначним застереженням проти прагнення до встановлення зазначеного контакту, адже наслідки можуть бути такими, як і для корінних жителів Америки після прибуття Колумба<sup>6</sup>.

Тому слід погодитися з позицією В. І. Шакуна<sup>7</sup> стосовно того, що досконалої парадигми взагалі бути не може, адже навіть цілком очевидні парадигми, які десятиліттями вважалися всесвітньо визнаними, нині піддаються ревізії під впливом нових знань та методів пізнання, що дозволяє досліднику усвідомити постійну присутність альтернативи або іншого погляду.

Крім того, виявляється, що питання суб'єкта правовідносин остаточно ще не вирішено в окремих галузях права, у той час як в інших воно продовжує залишатися дискусійними. Так, на сьогодні не повною мірою визначено правовий статус Європейського Союзу, Міжнародного Комітету Червоного Хреста, правозахисних організацій, зокрема, Amnesty International, міжнародних судових та арбітражних органів, міжнародних трибуналів, міжнародних комітетів та комісій, міжнародних неурядових організацій, транснаціональні корпорації, які переймають на себе окремі ознаки держави, тощо. Як не дивно, але й у міжнародному праві фізична особа тільки починає виборювати своє визнання як самостійного суб'єкта правовідносин.

За межами суб'єктного складу учасників правовідносин перебувають новонароджені, або ще не народжені спадкоємці, малолітні діти, особи, визнані судом недієздатними внаслідок психічного розладу, які є суб'єктами права, але не є суб'єктами більшості або окремих правовідносин, а також клоновані особи, або у випадках правової аномалії, як ми її розуміємо сьогодні, жінки без права виборчого голосу або права спадкування, раби, що розглядалися як річ та власність господаря, а поряд з ними всі ті, з ким, незважаючи на їх високоорганізованість,

---

<sup>5</sup> Matthew Weaver, "UN plan for 'alien ambassador' a case of science fiction? Malaysian astrophysicist Mazlan Othman denies Sunday Times report that she is to become Earth's first contact for ETs," *The Guardian*, September 27, 2010, <https://www.theguardian.com/news/blog/2010/sep/27/un-alien-ambassador-mazlan-othman>.

<sup>6</sup> "Хокінг советует держаться подальше от инопланетян," *BBC News*, Русская служба, Апрель 25, 2010, [https://www.bbc.com/russian/science/2010/04/100425\\_alien\\_hawking.shtml](https://www.bbc.com/russian/science/2010/04/100425_alien_hawking.shtml).

<sup>7</sup> Василь Шакун, "Теоретичні питання визначення основних термінів у сучасній українській кримінології," у *Фундаментальні проблеми кримінальної відповідальності: матеріали наук. полілогу*, м. Харків, 7 верес. 2018 р., упоряд. Ю. Баулін, Ю. Пономаренко (Харків: Право, 2018), 89.

людству не поталанило встановити належної комунікації – мікроорганізми, рослини, тварини тощо. Навіть захищаючи зазначених фізичних осіб або інших живих істот, людина здійснює це не заради них самих та не з поваги до всесвіту, а лише заради себе та своїх інтересів, знищуючи при цьому всіх тих, кому не пощастило зацікавити ту саму людину у своєму подальшому існуванні.

Очевидно, що такий поділ на суб'єктів та несуб'єктів правовідносин має штучний характер і залежить тільки від самої людини. Він напрацьовувався багатьма поколіннями правників, у тому числі на підставі багаторівневих та витончених аргументів. Але він не є догмою, натомість є піддатливим до змін і розвитку. Тож у випадку появи нового актора (наприклад, унаслідок зустрічі з позаземною розумною цивілізацією або утворення глобальної мережі штучного суперінтелекту) відсутність того чи іншого попереднього припису не повинна стати перешкодою для взаємовідносин, у тому числі у сфері права.

Обґрунтування з приводу недопущення у коло суб'єктів правовідносин тих, з ким не встановлено належної комунікації, зокрема тварин або інших живих організмів та високорозвинутих живих систем, має витоки в тому, що вони або мають душу іншого типу (Аристотель: людина має безсмертну розумну душу – втілення божественного духу, яка оживляє тлінну матерію, але тільки тіло здатне до чуттєвих вражень і потягів; у тварин є лише смертна «чуттєва» душа, тому вони не наділені розумом, здатністю до пізнання і вільною волею) або взагалі позбавлені такого феномену. Так, на думку П. П. Пусторослева, «...тварини ж мають розум, почуття та волю, але ці здатності не мають в них того високого духовного розвитку, який необхідний для виникнення здатності розуміти положення кримінального права та здатності засвоювати їх як мотиви поведінки, а тому тварини й не можуть бути суб'єктами злочинів»<sup>8</sup>, що насправді вказує саме на відсутність належної комунікації, певну зверхність, удавану вищість людини.

Наведене та подібні йому пояснення настільки глибоко вкоренилися в підсвідомість, що сьогодні вони майже не відслідковуються в жодній з правових доктрин, хоча утворюють для них потужне материкове антропоцентричне підґрунтя.

Утім на самому початку відомої історії людина і гадки не мала про те, що тварини або птахи чимось поступаються їй, адже вони в більшості випадків були сильніше, спритніше та ефективніше за людину. Вони не встановлювали контакту з людиною і це, можливо, розцінювалося з боку *Homo sapiens* тільки як показник їх розуму, але не меншовартості. Первісна людина була переконана, що тварини та птахи є не менш доскональними, ніж людина, яка наділяла їх не тільки розумом, але й мудрістю. У первинних переказах значна більшість представників тваринного та

<sup>8</sup> Петр Пусторослев, *Русское уголовное право. Общая часть*. Выпуск I (Юрьев: типография К. Маттисена, 1907), 207.

пташиного світу навіть могла бути розумніше за богів: змії обдурих Яхве, заєць – володаря підземного світу Янло, грецька богиня Афіна постійно радилася зі своєю совою, а верховному асу Одіну підтримували в належному стані розум та пам'ять ворони Хугін (норв. Huginn, з давноісландської Huggin – «думка») та Мунін (норв. Munin, з давноісландської Munnin – «пам'ять»). Відомі численні випадки визнання тварини, плазуна або птаха тотемною істотою, від якого бере початок певний людський рід або плем'я. Надалі, закріплюючи результати аграрної революції, що дала людині можливість частково підкорювати навколишній світ своїй волі (підтримувати одних та знищувати інших), Біблія як одне з першоджерел імперативних настанов, що обране лише для типового прикладу, закріпила наступне твердження про тварин нерозумних, які були створені, щоб тільки підкорятися людині та обслуговувати її: «*Господствуйте над морскими рыбами, над созданиями, летающими в небесах, и над всяким живым существом, которое передвигается по земле*» (Бытие 1:28). Більш ніж за дві тисячі років ця ідея настільки вкоренилася в масовій свідомості, що перші обережні відкриття ХІХ – ХХ ст. з приводу того, що тварини та птахи зовсім не такі, як на них звикли дивитися, були сприйняті з обуренням та абсолютним запереченням, адже людина є вінцем творіння та мірою всіх мір, тварини та птахи не мають розуму та душі, мають тільки інстинкти та є своєрідними живими машинами, інакше кажучи, цивілізоване людство виправдало себе за їх споживання та жорстку експлуатацію, якби вони були розумними, чутливими та мислячими істотами. Між тим схожі до останніх твердження були нещодавно популярними у всіх рабовласницьких регіонах світу, основою ідеології нацистської Німеччини тощо.

В історії все ж таки мали місце поодинокі випадки притягнення до відповідальності тварин або рослин, які становлять скоріш курйозні приклади<sup>9</sup>, на них сьогодні звикли дивитися зі зверхнім визнанням їх очевидної помилковості. Так, у Давніх Афінах піддавали суду тварин, каміння, ножі, сокири або мечі, якщо не було встановлено саму винну особу, яка з їх використанням вчинила правопорушення. Тварину позбавляли життя, а знаряддя після певних обрядів переміщувалися за межі афінської землі<sup>10</sup>. За законами давньоримського імператора Нуми Помпілія відповідальності також підлягали бики<sup>11</sup>. Перенесення відповідальності з джерела підвищеної небезпеки (якщо висловлюватися в категоріях сучасного права) на її власника мало місце в давніх германців, адже кримінальній відповідальності

<sup>9</sup> Сергей Познышев, *Основные начала науки уголовного права*. Общая часть уголовного права, 2-е изд., испр. и доп. (Москва: Издание А. А. Карцева, 1912), 128.

<sup>10</sup> Михаил Чельцов-Бебутов, *Курс уголовно-процессуального права. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах* (Санкт-Петербург: Равена, Альфа, 1995), 87.

<sup>11</sup> Владимир Есипов, *Очерк русского уголовного права*. Часть общая: Преступление и преступники. Наказание и наказуемые, 3-е изд., пересмотр. и доп. (Москва: Правоведение, 1904), 137.

підлягав господар тварини або речі, випадковим падінням якої було позбавлено життя іншу людину<sup>12</sup>.

Між тим визнання відсутності душі в тварин не заважало залучати їх до суду як учасників справи. Суди над тваринами були поширені в Європі до XVIII ст., причому відповідальності підлягали як домашні, так дикі тварини. Домашні тварини брали участь у процесах судів загальної або кримінальної юрисдикції, натомість дикі тварини підлягали тільки юрисдикції церковній<sup>13</sup>. Перебіг таких судових процесів був зазвичай однаковим: після зрозумілої триразової неявки до суду самих підсудних (гризунів, хрущів або гусениць, хоча останніх інколи приносили у великій кількості як делегатів від «диявольської гусеничної спільноти»), суду доводилося виносити заочне рішення.

З появою глобального штучного інтелекту, об'єднаного в єдину мережу за допомогою Інтернету речей (Internet of Things, або IoT; інша назва – «Всеохоплюючий Інтернет» або «Всеосяжний Інтернет» – Internet of Everything, або IoE, яка виглядає більш змістовною) людство за своє нелюдське ставлення до тварин, рослин та інших живих організмів може чекати розплата з боку більш розвинутих біологічних істот (цифрова людина, біологічне тіло якої покращено за допомогою імплантатів на базі штучного інтелекту) або неорганічних сутностей (суперштучний інтелект та похідні від нього). При цьому як докір можуть бути враховані сучасні зоопарки, дельфінарії та досліди. Крім того, може бути згадано про інквізиційні трибунали та світські суди над кішками, щорічні «святкування» у невеличкому фландрійському місті Іпр (розташований у 60 км на північний захід від Брюге), де в лютому, що іменувався котячим місяцем, з центральної дзвіниці міста викидали живих кішок. Подібні дикунські «святкування» існували в багатьох регіонах Західної Європи, зокрема, у Шлезвіг-Гольштейні, Верхній Сілезії та інших. Особливу популярність мав день святого Іоанна, 24 червня, коли на багатьох міських площах Франції споруджувалися шибениці для кішок та палали вогнища. У Парижі на Гревській площі ставили високий стовп. Нагорі підвішували мішок або бочку з двома дюжинами кішок. Навколо стовпа розкладалися великі поліна, гілки та оберемки сіна. Усе підпалювалося, і на очах у сотень нероб, що сприймали все як розвагу, бідні тварини присмажувалися, видаючи жахливі крики<sup>14</sup>.

На жаль, такий підхід спирався на наукове підґрунтя відповідних часів. Рене Декарт, як і до нього Аристотель, вважав, що тварини є автоматами без почуттів, розуму і знання<sup>15</sup>. Але чи не можливо буде теж саме стверджувати про звичайних людей після того, як інша істота перевищить їх розумові та інші здібності (штучний

<sup>12</sup> Александр Кистяковский, *Исследование о смертной казни*, 2-е изд. (Санкт-Петербург: Изд. А. Ф. Пантелеева, 1896), 79.

<sup>13</sup> «Ставлення до тварин в античному світі, в середні віки і в Новий час,» [https://stud.com.ua/68711/psihologiya/stavlennya\\_tvarin\\_antichnomu\\_sviti\\_seredni\\_viki\\_noviy](https://stud.com.ua/68711/psihologiya/stavlennya_tvarin_antichnomu_sviti_seredni_viki_noviy).

<sup>14</sup> «Суди над звірами,» *Третя варта*, <http://3varta.com.ua/sudi-nad-zvrami>.

<sup>15</sup> Курт Фабрі, *Основи зоопсихології* (Москва, 1976), <http://psm.in.ua/psm/00.aspx-156.html>.

інтелект, або людина, біологічне тіло якої покращено за допомогою імплантатів на базі штучного інтелекту). Як засіб можливого рятування, сьогодні людству треба змінити своє ставлення до природи та рішуче відмовитися від провадження активного досвіду своїх попередників.

Адже відповідно до Кембриджської декларації про свідомість (The Cambridge Declaration on Consciousness)<sup>16</sup>, сформульованої 7 липня 2012 р. за наслідками проведення Меморіальної конференції Френсіса Крика, що була присвячена питанням наявності свідомості у людини та тварин, люди не є унікальними в наділенні неврологічними механізмами, які генерують свідомість, а разом з нею і свідому поведінку. Свідомість властива всім ссавцям, усім птахам і багатьом іншим тваринам, зокрема деяким членистоногим і головоногим молюскам (наприклад, восьминогам і кальмарам). Нервова діяльність не обмежена корою великих півкуль мозку, а для збудження емоційних станів та генерації свідомості вкрай важливі підкіркові нервові структури. Штучне збудження одних і тих самих ділянок мозку в людини і у тварин викликає відповідну поведінку і чуттєвий стан. Причому, де б у мозку у тварин не відбувалося це штучне збудження, багато форм їх подальшої поведінки узгоджуються з тими чуттєвими станами, що були зафіксовані для людини. Це і є прояв усвідомленої поведінки<sup>17</sup>. Зазначена декларація покладає тягар спростування її висновків на тих, хто переконаний у протилежному, і надає додатковий аргумент до визнання наявності свідомості і волі у штучного інтелекта, що за цими ознаками буде більш розвинутий, ніж людина.

Таким чином, наділення людини статусом суб'єкта правовідносин у сухому залишку має лише визнання *Homo sapiens* «вінцем творіння» через перемогу останнього над навколишнім світом (скоріше, відносно, ніж абсолютно). Але так само, як інші живі істоти або інші *Homo* (*Homo habilis* – людина уміла, *Homo rudolfensis* – людина рудольфська, *Homo ergaster* – людина працююча, *Homo erectus* – людина прямоходяча, *Homo floresiensis* – людина флореська, *Homo antecessor* – людина-попередник, *Homo heidelbergensis* – людина гейдельбергська, *Homo neanderthalensis* – людина неандертальська, *Homo rhodesiensis* – людина родезійська, *Homo serapanensis*, *Homo georgicus* та можливі інші) програли сучасній людині в прихованій або відкритій боротьбі, так і *Homo sapiens* теж може комусь програти. На звання переможця претендують штучний інтелект та (або) цифрова людина.

Урешті-решт, визнання людини суб'єктом правовідносин обґрунтовується або наявністю в неї унікальної для всього тваринного світу душі, відомості про яку спираються винятково на релігійні догмати, або, у випадку невизначеності обсягу

<sup>16</sup> “Кембриджська декларація про свідомість,” *Філософська думка* 2 (2016): 78–80, <http://journal.philosophy.ua/sites/default/files/library/files/The%20Cambridge%20Declaration%20on%20Consciousness.pdf/>.

<sup>17</sup> “Кембриджська декларація про свідомість,” *Екологія життя*, <http://www.eco-live.com.ua/content/blogs/kembridzhska-deklaratsiya-pro-svidomist/>.



і змісту поняття про останню, самовільним наділенням людиною себе правом вирішувати всі питання життєвого простору, до яких вона має можливість дотягнутися.

Оскільки колективний договір про визнання будь-кого суб'єктом правовідносин перебуває лише в загальній уяві (інтерсуб'єктивній реальності), то його умови можуть бути завжди змінені у той чи інший бік (гіпотетично можливо, наприклад, визнати агресора визволителем, позбавити жінок громадянський прав, або перейти до матріархату і закріпити це на законодавчому рівні тощо).

Сьогодні більше ніж колись ми одночасно перебуваємо у двох вимірах правової реальності – моносуб'єктивній (один на один з собою) та інтерсуб'єктивній (разом з іншими акторами). У межах останньої знайшов своє місце феномен юридичної особи, яку в західній правовій доктрині з легкої руки Отто фон Гірке прийнято іменувати корпорацією<sup>18</sup>. Юридична особа визнається повноцінним суб'єктом правовідносин, і такий стан речей сприймається без будь-яких сумнівів та вагань. Сучасні та попередні покоління правників прийшли у професію через засвоєння цієї аксіоми як беззаперечної даності правового буття. Юридична особа визнається здатною набувати права та виконувати обов'язки.

Але так було не завжди. Лише з появою окремих різновидів корпорацій у XVII ст. (численні Ост-Індійські та Вест-Індійські компанії), які еволюціонували з інших об'єднань (*sodalitates, collegia appariorum, fabrorum ma pistorum* за Законами XII таблиць, професійні союзи ремісників, борошномельні корпоративні об'єднання Франції XII ст., гірські товариства Германії того самого часу, об'єднання кредиторів *таонае* Генуї тощо), віртуальне утворення під назвою юридична особа в тому вигляді, який є звичним сьогодні, отримало право на існування в інтерсуб'єктивній правовій реальності.

То був геніальний винахід людської думки: сутність, яка була утворена лише в колективній уяві і підтримувалася загальною домовленістю, у подальшому матеріалізувалася, але не через власні прояви, а через окремі маніфестації інших (фізичних) осіб. Люди прийняли у відносини між собою та усередину колективної правової реальності вказане віртуальне утворення, яке ніхто ніколи не бачив від початку по цей час, надали йому значний обсяг прав та визнали за ним можливість виконувати певні обов'язки.

Одночасно то був акт творіння, сповнений певного прихованого релігійного змісту. З моменту закріплення відповідних положень у нормах національних правових систем стало можливим спостерігати за діяльністю корпорації (юридичної особи) так само, як фізики спостерігають за електроном завдяки його траєкторіям руху, зі згаданим утворенням стало можливим вступати у правовідносини.

<sup>18</sup> Володимир Луць, Валентина Васильєва, Олена Кібенко, Ірина Спасибо-Фатєєва та ін., *Корпоративне право України: підручник*, за заг. ред. В. Луця (Київ: Юрінком Інтер, 2010).

Відсутність матеріальної оболонки (про існування юридичної особи ми дізнаємося або з документів, або завдяки діям зазначених уповноважених представників – фізичних осіб), а так само відсутність душі (ще на Ліонському соборі 1245 р. Папа Римський Інокентій IV здійснив класифікацію персон на фізичних осіб, які мають душу, і юридичних осіб, що не мають ні душі, ні совісті, ні волі, ні свідомості, і тому не здатні грішити і здійснювати покаяння<sup>19</sup>) не стали для юридичної особи перешкодою на шляху до одержання правового статусу суб'єкта правовідносин.

Навіть у наш час юридична особа продовжує нарощувати свій потенціал суб'єкта правових відносин. Так, нещодавно у кримінальному праві та кримінальному процесі було знято обмеження щодо можливості для юридичної особи бути визнаною потерпілою від злочину. Крім того, до юридичної особи на підставі положень Розділу XIV<sup>1</sup> КК України можуть бути застосовані заходи кримінально-правового характеру (штраф, загальна конфіскація майна, ліквідація), які майже тотожні покаранню, але з певною специфічною поправкою на правову персону відповідного суб'єкта.

І хоча донедавна вважалося, що юридична особа діє не самостійно, а лише через своїх представників, які врешті-решт і повинні нести кримінальну відповідальність за свої суспільно небезпечні дії або бездіяльність та їх наслідки, але внесенням відповідних змін у КК України було дещо змінено традиційні акценти і нормативно закріплено можливість застосування до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру (штраф, загальна конфіскація майна, ліквідація) на підставі положень статей 96<sup>3</sup>, 96<sup>4</sup>, 96<sup>6</sup> Розділу XIV<sup>1</sup> «Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб» КК України внаслідок вчинення її уповноваженою особою від імені та в інтересах певної юридичної особи будь-якого із злочинів, передбачених у статтях 209 і 306, частинах 1, 2 ст. 368<sup>3</sup>, частинах 1, 2 ст. 368<sup>4</sup>, статтях 369, 369<sup>2</sup> КК України, або незабезпечення виконання покладених на її уповноважену особу законом або установчими документами юридичної особи обов'язків щодо вжиття заходів із запобігання корупції, що призвело до вчинення будь-якого із злочинів, передбачених у статтях 209 і 306, частинах 1, 2 ст. 368<sup>3</sup>, частинах 1, 2 ст. 368<sup>4</sup>, статтях 369, 369<sup>2</sup> КК України, або у випадку вчинення її уповноваженою особою від імені юридичної особи будь-якого із злочинів, передбачених статтями 258–258<sup>5</sup> КК України, або вчинення її уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи будь-якого із злочинів, передбачених статтями 109, 110, 113, 146, 147, частинами 2–4 ст. 159<sup>1</sup>, статтями 160, 260, 262, 436, 437, 438, 442, 444, 447 КК України.

Сьогодні наступним геніальним продуктом творчої думки людини є штучний інтелект вищого ступеня розвитку (Artificial Superintelligence, ASI)<sup>20</sup> – алгоритм

<sup>19</sup> Гарольд Дж. Берман, *Западна традиція права: епоха формування*, 2-е изд. (Москва: Изд. гр. ИНФРА-М – НОРМА. 1998), 97, 152, 209–15.

<sup>20</sup> Nick Bostrom, "How Long before Superintelligence?" *Oxford Future of Humanity Institute. University of Oxford*. Originally published in *Int. Jour. of Future Studies* (1998, vol. 2), <https://nickbostrom.com/superintelligence.html> /.

(програма), когнітивні та інші здібності якого дорівнюють або перевищують відповідні можливості людини, який повністю обізнаний щодо своєї побудови, здатний до саморозвитку та вміє самостійно вдосконалюватися, приймає юридично значущі рішення в обстановці невизначеності та автономно від людини. Його попередниками є «слабкий штучний інтелект» (англ. Weak Artificial Intelligence, WAI)<sup>21</sup>, «вузький штучний інтелект», або «обмежений штучний інтелект» (англ. Artificial Narrow Intelligence, ANI)<sup>22</sup>, або «прикладний штучний інтелект» (англ. Applied Artificial Intelligence, AAI)<sup>23</sup> – орієнтований на виконання одного завдання або здійснення однієї функції (розпізнання мови, гра в шахи, пошук та аналіз інформації в певному напрямку тощо) та «сильний штучний інтелект» (англ. Strong Artificial Intelligence, SAI)<sup>24</sup>, або «загальний штучний інтелект» (англ. Artificial General Intelligence, AGI) – орієнтований на вирішення всіх завдань, які можуть постати перед людиною, та здійснення всіх когнітивних функцій.

За штучним інтелектом вищого рівня розвитку (Artificial Superintelligence, ASI) визнають наявність наведених властивостей, які можливо порівняти з тими, що притаманні людині, але не на користь останній: 1) сприйняття, розпізнавання та класифікація будь-яких сигналів навколишнього світу (у тому числі тих, які не сприймає людина), наявність пам'яті без прогалин; 2) обробка значних обсягів інформації; 3) об'єктивна, неупереджена оцінка ситуації; 4) вибір стратегії і тактики найбільш оптимальної форми поведінки, завчасне планування та ситуативна переорієнтація; 5) генерування нових знань; 6) здатність самостійно формувати мету свого функціонування, динамічно змінювати зміст мети (цілей) унаслідок зміни внутрішніх та(або) зовнішніх обставин (наприклад, унаслідок обмеження доступу до необхідних обчислювальних, енергетичних, сировинних, фінансових та інших ресурсів, зміни навколишнього середовища, відмови людини від співпраці тощо); 7) повна обізнаність у принципах своєї побудови і роботи; 8) самонавчання, саморозвиток, самоперебудова, самовдосконалення (перша версія відшукує помилки всередині себе, виправляє їх, утворює вдосконалену версію самої себе і так переписує саму себе до нескінченності), тобто здатність вийти за межі своєї початкової програми; 9) прискорена швидкість прийняття рішення (секунди та мілісекунди); 10) накопичування досвіду, узагальнення, відшукування неочевидних зв'язків та будування логічних ланцюжків; 11) концентрація уваги; 12) побудова ціннісних суджень; 13) самостійність прийняття рішень і самостійне їх виконання,

<sup>21</sup> Agnese Smith, "Artificial Intelligence" (2015), <http://nationalmagazine.ca/Articles/Fall-Issue-2015/Artificial-intelligence.aspx>.

<sup>22</sup> Gary Lea, "The Struggle To Define What Artificial Intelligence Actually Means," September 3, 2015, <https://www.popsci.com/why-we-need-legal-definition-artificial-intelligence>.

<sup>23</sup> Tim Urban, "The AI Revolution: The Road to Superintelligence," January 22, 2015, <https://waitbutwhy.com/2015/01/artificial-intelligence-revolution-1.html>.

<sup>24</sup> Brian Jack Copeland, "Artificial Intelligence (AI)," Январь 12, 2017, <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence>.

автономність від людини; 14) адаптація – здатність пристосуватися до мінливих вимог навколишнього світу (акомодація) та відтворювати під час пізнавальної активності окремі характеристики об'єкта пізнання (асиміляція); 15) творчість, тобто відкриття нових аспектів знання та перетворення навколишнього світу; 16) наявність самоорганізації тощо.

Штучний інтелект може бути об'єктивованим у конкретному приладі робототехніки або контактувати з людиною та навколишнім світом як самодостатня програма, що розміщена в інформаційному просторі. Але незалежно від людини він наділений здатністю змінювати свій світ, світ людини та всесвіт навколо себе. Цієї ознаки, а саме здатності безпосередньо впливати на навколишнє середовище, навіть сьогодні бракує юридичній особі (корпорації), що знов таки не заважає останній визнаватися суб'єктом правовідносин.

Тому цілком логічною та обґрунтованою виглядає можливість визнання штучного інтелекту таким самим самостійним суб'єктом правовідносин під умовною назвою електронна особа (особистість), одночасно з цим розглядається доцільність визнання його суб'єктом злочину та(або) потерпілим від злочину<sup>25</sup>.

Згадана можливість уже знайшла своє нормативне закріплення у Резолюції Європейського парламенту від 16 лютого 2017 р. (European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL))<sup>26</sup> та в поданому на розгляд Конгресу США законопроекті “Fundamentally Understanding The Usability and Realistic Evolution of Artificial Intelligence Act of 2017” (or the “Future of Artificial Intelligence Act of 2017” (Акт про

<sup>25</sup> Олександр Радутний, “Artificial Intelligence (штучний інтелект) як суб'єкт правовідносин в галузі кримінального права,” *Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції «Політика в сфері боротьби зі злочинністю»* з нагоди відзначення 25-річчя навчально-наукового юридичного інституту (Івано-Франківськ, 2017), 200–6; Олександр Радутний, “Кримінальна відповідальність штучного інтелекту,” *Інформація і право* 2(21) (2017): 124–33; Олександр Радутний, “Суб'єктність штучного інтелекту у кримінальному праві,” *Право України* 1 (2018): 123–36; Олександр Радутний, “Місце штучного інтелекту в структурі суспільних відносин, які охороняються кримінальним правом,” у *Фундаментальні проблеми кримінальної відповідальності: матеріали наук. полілогу*, Харків, 7 вересня 2018 (Харків: Право, 2018), 98–102; Олександр Радутний, “Додаткові аргументи щодо правосуб'єктності штучного інтелекту,” у *Інтернет речей: проблеми правового регулювання та впровадження: Матеріали другої наук.-практ. конф.*, 29 листопада 2018, Київ (Київ: КПІ ім. Ігоря Сікорського, Вид-во «Політехніка», 2018), 46–50; Oleksandr Radutnyi, “Adaptation of criminal and civil law in view of scientific-technical progress (Artificial Intelligence, DAO and Digital Human),” *Проблеми законності* 144 (2019): 138–53; Олександр Радутний, “Розвиток кримінально-правової доктрини у напрямку визнання штучного інтелекту та цифрової людини суб'єктом правовідносин та суб'єктом злочину,” у *Ефективність кримінального законодавства: доктринальні, законотворчі та правозастосовні проблеми її забезпечення: матер. міжнарод. наук.-практ. кругл. столу*, Харків, 17 травня 2019 (Харків: Константа, 2019), 202–13 тощо.

<sup>26</sup> European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN>.

майбутнє штучного інтелекту)<sup>27</sup>. Маючи свій потужний потенціал, національна правова доктрина України не повинна чекати на зміни правових концептів у всьому цивілізованому світі з тим, щоб потім наздоганяти та копіювати чужі здобутки. Вітчизняним теоретикам і практикам є що запропонувати, у тому числі міжнародній спільноті, у сфері розвитку права та соціальних відносин.

Між тим, як було зазначено вище, здатність до самонавчання, самовдосконалення та саморозвитку є стрижнем усієї архітектури штучного інтелекту. Мова не йде про пристрої, які залишаються незмінними або відносно незмінними протягом усього часу своєї експлуатації.

Саме в цьому має витоки одна з правових проблем, на яку було звернено увагу в згаданій Резолюції Європарламенту 2017 р. (European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)): у перспективі можливості штучного інтелекту можуть урешті-решт перевершувати інтелектуальні здібності людини (п. «Р» Вступу); роботи все більше стають схожими на агентів, які можуть взаємодіяти зі своїм середовищем та вносити в нього значні зміни; постає питання про правову відповідальність за шкоду, спричинену діями робота (п. «Z» розділу «Відповідальність»); автономність робота можливо визначити як його здатність приймати рішення та реалізувати їх самостійно, поза зовнішнім контролем та впливом (п. «AA» розділу «Відповідальність»); чим вищим є ступінь автономності робота, тим менше він може розцінюватися як простий інструмент у руках третіх осіб – виробника, оператора, володільця, користувача тощо; це порушує питання про те, чи є достатніми звичайні правила правової відповідальності... необхідно розробити нові принципи та правила, які би вносили більше прозорості щодо правової відповідальності третіх осіб за дії або бездіяльність роботів, які не дозволяють встановити причинно-наслідкові зв'язки з поведінкою конкретної людини (п. «AB» розділу «Відповідальність»); стандартні правила настання відповідальності не є достатніми у тих випадках, коли шкода була нанесена внаслідок прийняття рішень, які робот приймає самостійно; у цих випадках не буде можливо визначити сторону, яка повинна сплачувати компенсацію та відшкодовувати спричинену шкоду (п. «AF» розділу «Відповідальність») тощо.

У тому випадку, коли чинна версія штучного інтелекту буде суттєво відрізнятися від тієї, яка свого часу вийшла від виробника (останній до того ж обов'язково попередить користувача про вказану обставину, адже це напряму в його власних інтересах), складно буде на моральному рівні та у правовій площині покласти відповідальність на такого розробника (виробника), адже відсутньою буде фактична її

---

<sup>27</sup> Bill H. R.4 625 “Fundamentally Understanding The Usability and Realistic Evolution of Artificial Intelligence Act of 2017” or the “Future of Artificial Intelligence Act of 2017,” December 12, 2017, 115<sup>th</sup> Congress 1st Session, <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/4625/text>.

підстава, а саме – відсутня суспільно небезпечна поведінка з боку зазначеної особи.

Притягнення розробника (виробника) до юридичної відповідальності будь-якого виду в ситуації саморозвитку і самовдосконалення його виробу (повна або суттєва зміна його характеристик і властивостей), буде грубим порушенням принципу правової держави та принципу правової визначеності, ознаки яких розкрито в рішенні Конституційного суду України у справі за конституційним зверненням громадянина А. О. Багінського щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 14<sup>1</sup> Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про адміністративну відповідальність у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху) № 1–34/2010 від 22 грудня 2010 р. (№ 23-рп/2010, у контексті вимог до спеціальних технічних засобів, що мають функції фото- і кінозйомки, відеозапису, чи засобів фото- і кінозйомки, відеозапису, дані яких можуть використовуватися як доказ вини власників (співвласників) транспортних засобів<sup>28</sup>.

Інший учасник розглядуваних правовідносин – користувач об'єкта роботехніки під керуванням штучного інтелекту – в одних випадках може бути навіть не обізнаний у певних правилах поведінки (так, наступні покоління пасажирів – власників безпілотних транспортних засобів можуть просто не знати правила дорожнього руху та (або) не мати хоча б мінімальних навичок керування), або в інших випадках бути суттєво менш ефективним (жодний лікар не зможе конкурувати з роботом-хірургом, жодний водій не зможе конкурувати у виваженості та швидкості реакції зі штучним інтелектом тощо).

Дії штучного інтелекту вже сьогодні розглядаються як більш законослухняні та передбачувані порівняно з поведінкою звичайної людини: як повідомляє видання *The Guardian*, у Лондоні перші автомобілі Volvo з автопілотом з'являться на дорогах без будь-яких відмітних знаків, що має на меті попередити можливу зміну поведінки інших учасників дорожньо-транспортного руху, адже значна кількість респондентів заявила, що схильні розглядати безпілотні авто як більш простий об'єкт для взаємодії, ніж ті транспортні засоби, якими керує людина, оскільки вони так чи інакше будуть завжди і неухильно додержуватися всіх вимог правил безпеки руху, що може підштовхнути водіїв – фізичних осіб до певних зловживань.

За умови, коли прийняття остаточного рішення стане прерогативою штучного інтелекту, а не людини, так само будуть відсутні фактичні підстави для притягнення користувача об'єкта роботехніки під керуванням штучного інтелекту до кримінальної або іншого виду юридичної відповідальності.

---

<sup>28</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Багінського А. О. щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 14–1 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про адміністративну відповідальність у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху) № 1–34/2010 від 22.12.2010, <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-10>.

Ситуація з відсутністю особи, на яку може бути покладена відповідальність, створює певний виклик сучасній правовій доктрині. Вирішення цієї проблеми вбачається у наданні штучному інтелекту статусу суб'єкта правовідносин, у тому числі в галузі кримінального права.

Таким чином, доволі прогнозованою вбачається поява в КК України розділу під номером XIV-2 і умовною назвою «Заходи кримінально-правового характеру щодо електронних осіб», якщо останніх не буде визнано суб'єктом злочину з усіма наступними правовими наслідками такої системної зміни.

Паралельно з наведеним набирають оберти дослідження у напрямі біоінженерії, створення живих істот, які поєднують органіку з неорганікою, та неорганічної форми життя. Унаслідок цього нова вдосконалена людина вже не буде колишньою, адже замість *Homo sapiens* з'явиться *Homo numeralis* (або *Homo digitalis*, або *Homo horologium*) – «людина цифрова».

Цифровою людиною<sup>29</sup> є підстави іменувати фізичну особу, яка вдосконалена за будь-яким з наступних напрямів: 1) біоінженерія (втручання в організм людини на клітковому та атомарному рівнях; гібридні нанороботи на основі синтетичних білків; імплантація реконструйованих ДНК; отримання зі стовбурових клітин жирової тканини клітин печінки; вирощування органів на замовлення або їх 3D-друк тощо); 2) створення живих істот, які поєднують органіку з неорганікою, або утворення кібернетичного організму (*cybernetic organism*, скор. *cyborg*) – біологічного організму, що містить у собі механічні та(або) електронні компоненти (напр., кохлеарні імпланти для відновлення слуху та виведення його на новий рівень – 200 тис. пацієнтів; нейроінтерфейс iBrain для контролю дрібної моторики – тестував на собі Стівен Хокінг; заміна ампутованих кінцівок людини технологічними протезами, наприклад штучною рукою i-LIMB Pulse або здатним до самонавчання колінним протезом з штучним інтелектом RheoKnee компанії Ossur; протез Retina Implant сітківки ока у вигляді мікрочіпу; штучне серце Total Artificial Heart – 1 тис. пацієнтів; окуляри EnChroma, які дозволяють сприймати колір тощо); 3) створення неорганічної форми життя (копіювання або повне перенесення без залишків на первинному носіїві свідомості, інтелекту та особистості людини на цифровий або іншій носій; сканування мозку людини та відновлення його електронної копії, варіанти чого досліджує невролог з Йельського університету (Yale University) Стівен Новела (Steven Novella).

<sup>29</sup> Олександр Радутний, «Правові аспекти феномену цифрової людини в кібернетичному та іншому просторі», *Забезпечення кібербезпеки: правові та технічні аспекти*: Збірник тез наукових доповідей науково-практичного семінару, 8 листопада 2018, Харків (Харків: Нац. аерокосм. ун-т ім. М. Є. Жуковського «ХАІ», 2018), 57–63; Олександр Радутний, «Кваліфікуючі ознаки, пов'язані з досягненнями наукового прогресу (біоінженерія, штучний інтелект, неорганічна та змішана форма життя)», *Актуальні проблеми кримінального права, кримінології та кримінально-виконавчого права*: матер. Всеукр. наук.-практ. конф., 25 травня 2018, Дніпро (Дніпро: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2018), 41–3.

Чи залишиться після цього ідентичність окремої особи і як це вплине на колективне сприйняття, поки що залишається невідомим. У зв'язку з цим можуть виникати такі правові питання: 1) чи є суб'єктом правовідносин колишня фізична особа, свідомість, інтелект та особистість якої перенесено на цифровий носій? 2) чи може бути визнана суб'єктом злочину фізична особа, свідомість, інтелект та особистість якої перенесено на цифровий носій, але яка вже не має свого колишнього біологічного тіла? 3) до яких правових деліктів слід віднести пошкодження, несанкціоноване внесення змін або знищення особистості на електронному носіїві? 4) як за своїми правовими режимами співвідносяться штучний інтелект та колишня фізична особа, свідомість, інтелект та особистість якої перенесено на цифровий носій? 5) як з правової точки зору співвідносяться копія та оригінал свідомості людини? 6) де саме залишається індивідуальність, у первинному фізичному тілі, чи на цифровому носіїві, з якого вона може бути перенесена в нову біологічну оболонку, або одна і та сама індивідуальність може співіснувати одночасно у двох проявах? 7) як вплине на правовий інститут співучасті сумісність дій (бездіяльності) оригіналу та копії свідомості окремої людини?

При цьому, скоріш за все, необхідно знов повернутися до обговорення питання про визначення початкового моменту життя людини, адже ним сьогодні визнається початок фізіологічних пологів, в той час як все більш відчутним стає вплив інших підходів: сесією Ради Європи по біоетиці ще у грудні 1996 р. було визнано, що ембріон є людиною уже на 14-й день після запліднення; на думку академіка Г. О. Кірпи́чнікова, часом виникнення самостійного життя, у тому числі людини, слід вважати момент привнесення свідомості в будь-яке фізичне тіло; згідно з позицією проф. В. П. Казначеева життя починається з моменту привнесення певної інформації (хвильової соліторно-голографічної форми) у білково-нуклеїновий організм тощо.

Поява цифрової людини утворює нові виклики суспільству і правовій реальності. Адже покращені здібності (пам'ять, сила, спритність, швидкість, витривалість тощо) можливо буде використати не тільки для суспільно корисної діяльності, але й для здійснення протиправної поведінки. В останньому випадку є підстави запропонувати розглядати такі нові характеристики суб'єкта злочину як його спеціальні ознаки, що має знайти своє відображення шляхом внесення відповідних змін у чинне законодавство, у тому числі в норми КК України.

Крім того, не виключається можливість появи нового вищого класу людей або нової касты, адже не всім і далеко не відразу стануть доступні результати революційних досягнень у галузі біоінженерії, напіворганічної та неорганічної форм життя.

Залишається відкритим питання про те, чи буде цифрова людина так само, як і звичайна, ідентифікувати та поділяти в кібернетичному та(або) іншому просторі сучасні цінності, або сповідувати те, що сьогодні сприймається як антицінність. Адже зміна потреб та звичного укладу життя (наприклад, одержання занадто



тривалого довголіття або безсмертя) здатна спровокувати зміну ціннісних орієнтирів. Так само зміна аксіологічних орієнтирів здатна спровокувати заміну цінностей на антицінності.

З іншого боку, загроза виходить не тільки з боку цифрової людини. Остання може сама стати об'єктом злочинного впливу або маніпулювання через втручання в роботу її пристроїв (штучне око, рука або нога, слуховий апарат, накопичувач пам'яті, програмне забезпечення тощо) або штучного інтелекту, під керуванням якого знаходиться той чи інший пристрій (розумні окуляри, кардіостимуляторами, біопротези тощо). Цифровій людині може бути завдано певної шкоди (її життю або здоров'ю, майну, персональним даним тощо), або через несвідоме для неї її використання суспільно небезпечні наслідки можуть бути завдані іншим потерпілим – державі, суспільству або окремим юридичним чи фізичним особам. В останньому випадку таку цифрову людину за певних умов слід буде визнавати специфічним знаряддям вчинення злочину, як це має місце стосовно фізичної особи, яка хоча і виконала повністю або частково об'єктивну сторону злочину, але є малолітньою або психічно хворою тощо, тобто особою, яка відповідно до закону не підлягає кримінальній відповідальності (ч. 2 ст. 26 КК України – посередня винність).

### Висновки

До появи штучного інтелекту право створювалося людиною, розвивалося людиною і змінювалося тільки нею. Усі інші соціальні утворення виникали завдяки людині, допомагали їй або її обслуговували. Але поступово людина починає поділяти середовище свого існування з іншими факторами, що інтелектуально можуть бути більш розвинутими за будь-яку фізичну особу. Дуже просто продовжувати відвертатися від гострих або незручних питань, посилаючись на відсутність у штучного інтелекту людської душі, дослідження та спори про яку ще не привели до більш менш значного результату. Але не бачити проблему не означає її усунути. Крім того, у технологічному світі відсутня потреба відтворювати душу, в той час як відтворення інтелекту є доволі досяжною метою. Перебираючи на себе більшість процесів прийняття рішень (починаючи з товарів споживання, стрічки новин та політичного вибору електорату), взаємодіючи поряд з людиною (прийняття рішень під час керування безпілотним транспортним засобом або проведення військової операції прицільного бомбардування на підставі алгоритму розпізнавання обличь) штучний інтелект вимагає від навколишнього простору поважати себе і враховувати як самостійну силу. Рішення, які вже сьогодні приймає штучний інтелект автономно та без участі людини (операції купівлі-продажу на фондовому ринку, діагностика захворювань та призначення лікування), є юридично значущими та тягнуть за собою правові наслідки. Тому виникає потреба враховувати та регламентувати правові відносини між людиною та штучним інтелектом, звичайною та цифровою людиною, що має позитивно вплинути на розвиток концепту права у прискорено мінливому світі.

Між тим порушені питання та надана їм авторська оцінка є дискусійними та відкритими для конструктивної критики і широкого обговорення. Нам не є відомим, що знаходиться за горизонтом сингулярності, але досягти властивості антикрихкості можемо спробувати.

© О. Радутний, 2019

### Бібліографія

- Баррат, Джеймс. *Последнее изобретение человечества: искусственный интеллект и конец эры Homo sapiens*. Москва: Альпина Нон-фикшн, 2015.
- Берман, Гарольд Дж. *Западная традиция права: эпоха формирования*. Москва: Изд. гр. ИНФРА-М – НОРМА, 1998.
- Глушков, Валерій. “Виникнення та перспективи розвитку кримінально-правових відносин у космічній сфері.” У *Кримінально-правове регулювання та забезпечення його ефективності: Міжнар. наук.-практ. конф.* (2018). Харків: Право, 2019.
- Есипов, Владимир. *Очерк русского уголовного права. Часть общая: Преступление и преступления. Наказание и наказуемые*. Москва: Правоведение, 1904.
- “Кембриджська декларація про свідомість.” *Філософська думка* 2 (2016). Дата звернення Квітень 15, 2019. <http://journal.philosophy.ua/sites/default/files/library/files/-The%20Cambridge%20Declaration%20on%20Consciousness.pdf>.
- Кистяковский, Александр. *Исследование о смертной казни*. Санкт-Петербург: Изд. Л. Ф. Пантелеева, 1896.
- Луць, Володимир, Васильєва, Валентина, Кібенко, Олена, Спасибо-Фатєєва, Ірина та ін. *Корпоративне право України: підручник*. За заг. ред. В. В. Луця. Київ: Юрінком Інтер, 2010.
- Познышев, Сергей. *Основные начала науки уголовного права. Общая часть уголовного права*. Москва: Издание А. А. Карцева, 1912.
- Пусторослев, Петр. *Русское уголовное право. Общая часть*. Юрьев: типография К. Маттисена, 1907.
- Радутний, Олександр. “Artificial Intelligence (штучний інтелект) як суб’єкт правовідносин в галузі кримінального права.” У *Політика в сфері боротьби зі злочинністю: Міжнар. науково-практична конференція*. Івано-Франківськ, 2017.
- Радутний, Олександр. “Кримінальна відповідальність штучного інтелекту.” *Інформація і право* 2 (2017): 124–33.
- Радутний, Олександр. “Додаткові аргументи щодо правосуб’єктності штучного інтелекту.” У *Інтернет речей: проблеми правового регулювання та впровадження: Друга наук.-практ. конф.*, 46–50. Київ: Політехніка, 2018.
- Радутний, Олександр. “Кваліфікуючі ознаки, пов’язані з досягненнями наукового прогресу (біоінженерія, штучний інтелект, неорганічна та змішана форма життя).” У *Актуальні проблеми кримінального права, кримінології та кримінально-виконавчого права: Всеукр. наук.-практ. конф.*, 41–3. Дніпро: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2018.
- Радутний, Олександр. “Місце штучного інтелекту в структурі суспільних відносин, які охороняються кримінальним правом.” У *Фундаментальні проблеми кримінальної відповідальності: Наук. полілог*. Харків: Право, 2018.
- Радутний, Олександр. “Правові аспекти феномену цифрової людини в кібернетичному та іншому просторі.” У *Забезпечення кібербезпеки: правові та технічні аспекти:*

- Наук.-практ. семінар, 57–63. Харків: Нац. аерокосм. ун-т ім. М. Є. Жуковського «ХАІ», 2018.
- Радутний, Олександр. “Суб’єктність штучного інтелекту у кримінальному праві.” *Право України* 1 (2018): 123–36.
- Радутний, Олександр. “Розвиток кримінально-правової доктрини у напрямку визнання штучного інтелекту та цифрової людини суб’єктом правовідносин та суб’єктом злочину.” *У Ефективність кримінального законодавства: доктринальні, законотворчі та правозастосовні проблеми її забезпечення*: Міжнарод. наук.-практ. кругл. стіл, 202–13. Харків: Константа, 2019.
- Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Багінського А. О. щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 14–1 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про адміністративну відповідальність у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху), № 1–34/2010 від 22.12.2010 р. Дата звернення Квітень 15, 2019. <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-10>.
- “Ставлення до тварин в античному світі, в середні віки і в Новий час.” Дата звернення Квітень 13, 2019. [https://stud.com.ua/68711/psihologiya/stavlennya\\_tvarin\\_antichnomu\\_yasviti\\_seredni\\_viki\\_noviy](https://stud.com.ua/68711/psihologiya/stavlennya_tvarin_antichnomu_yasviti_seredni_viki_noviy).
- Третя варта. “Суди над звірами.” Дата звернення Квітень 15, 2019. <http://3varta.com.ua/sudi-nad-zvrami>.
- Фабрі, Курт. *Основи зоопсихології*. Київ: 1976. Дата звернення Квітень 15, 2019. <http://psm.in.ua/psm/00.aspx-156.html>.
- “Хокінг советует держаться подальше от инопланетян.” *BBC News*, Русская служба, 2010. Дата звернення Квітень 12, 2019. [https://www.bbc.com/russian/science/2010/04/100425\\_alien\\_hawking.shtml](https://www.bbc.com/russian/science/2010/04/100425_alien_hawking.shtml).
- Чельцов-Бебутов, Михаил. *Курс уголовного-процессуального права. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах*. Санкт-Петербург: Равена Альфа, 1995.
- Шакун, Василь. “Теоретичні питання визначення основних термінів у сучасній українській кримінології.” У *Фундаментальні проблеми кримінальної відповідальності*: Наук. полілог, 89. Харків: Право, 2018.
- Bill H. R. 4625 “Fundamentally Understanding the Usability and Realistic Evolution of Artificial Intelligence Act of 2017” (2017). 115<sup>th</sup> Congress 1st Session. Accessed April 10, 2019. <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/4625/text>.
- Bostrom, Nick. *How Long before Superintelligence?* Oxford Future of Humanity Institute. University of Oxford, 1998.
- Copeland, Brian Jack. “Artificial Intelligence (AI)” (2017). <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence>.
- European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)) (2017). <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN>.
- Lea, Gary. “The Struggle To Define What Artificial Intelligence Actually Means” (2015). Accessed April 12, 2019. <https://www.popsoci.com/why-we-need-legal-definition-artificial-intelligence>.

- Radutniy, Oleksandr. "Adaptation of Criminal and Civil Law in View of Scientific-technical Progress (Artificial Intelligence, DAO and Digital Human)." *Проблеми законності* 144 (2019): 138–53.
- Smith, Agnese. "Artificial Intelligence" (2015). Accessed April 11, 2019. <http://nationalmagazine.ca/Articles/Fall-Issue-2015/Artificial-intelligence.aspx>.
- Taleb, Nassim Nicholas. *Antifragile: Things That Gain from Disorder*. Random House, 2012.
- Urban, Tim. "The AI Revolution: The Road to Superintelligence" (2015). Accessed April 11, 2019. <https://waitbutwhy.com/2015/01/artificial-intelligence-revolution-1.html>.
- Weaver, Matthew. "UN plan for 'alien ambassador' a case of science fiction? Malaysian astrophysicist Mazlan Othman denies Sunday Times report that she is to become Earth's first contact for ETs" (2010). *The Guardian*. Accessed April 10, 2019. <https://www.theguardian.com/news/blog/2010/sep/27/un-alien-ambassador-mazlan-othman>.

### Bibliography

- Barrat, James. *Poslednee izobretenie chelovechestva: iskusstvenniy intellekt i konetz eri Homo sapiens* [The Last Invention of Mankind: Artificial Intelligence and the End of an Era Homo Sapiens]. Moscow: Alpina Non-fikshn, 2015 (in Russian).
- Berman, Harold J. *Zapadnaya traditsiya prava: epoha formirovaniya* [Western Tradition of Law: the Era of Formation]. Moscow: INFA-M-NORMA, 1998 (in Russian).
- Glushkov, Valeriy. "Viniknennya ta perspektivi rozvitku kriminalno-pravovih vidnosin u kosmichnii sferi [The Emergence and Prospects of the Development of Criminal Law Relations in the Field of Space]." *U Kryminalno-pravove rehuliuvaniya ta zabezpechennia yoho efektyvnosti: Mizhnar. nauk.-prakt. konf.* [Criminal Law Regulation and Ensuring its Effectiveness: Int. Research Practice Conf.] (2018). Kharkiv: Pravo, 2019 (in Ukrainian).
- Esipov, Volodimir. *Otcherk russkogo ugovnogo prava. Chast Obshaya: Prestuplenie i prestupniki* [Essay on Russian Criminal Law. Part Common: Crime and Criminals]. Moscow: Pravovedenie 1904 (in Russian).
- "Kembridzskaya deklaratsiya pro svidomist [The Cambridge Declaration on Consciousness]." *Filosofska dumka* 2 (2016). Accessed April 9, 2019. <http://www.eco-live.com.ua/content/blogs/kembridzhska-deklaratsiya-pro-svidomist/> (in Ukrainian).
- Kistyakovskiy, Oleksandr. *Issledovanie o smertnoy kazni* [Death Penalty Study]. Saint-Petersburg: Pantelev, 1896 (in Russian).
- Luts, Volodimir, Vasilieva, Valentina, Kibenko, Olena, Spasibo-Fatieieva, Irina. *ta inshi. Korporativne pravo Ukraini* [Corporate Law of Ukraine]: pidruchnik. Za red. V. V. Luts. Kyiv: Urinkom, 2010 (in Ukrainian).
- Poznischev, Sergiy. *Osnovnie nachala nauki ugovnogo prava. Obchaya chast ugovnogo prava* [Basic Principles of Criminal Law Science. The General Part of Criminal Law]. Moscow: Kartsev 1912 (in Russian).
- Pustoroslev, Petr. *Russkoe ugovnoe pravo. Obchaya chast* [Russian Criminal Law. A Common Part]. Ur'ev: Mattisen 1907 (in Russian).
- Radutniy, Oleksandr. "Artificial Intelligence (shtuchniy intelekt) yak subektpravovidnosin v galuzi kriminalnogo prava [Artificial Intelligence as a Subject of Legal Relations in the Field of Criminal Law]." *U Politika v sferi borotbi zi zlochinnistu: Mizhnarodna nauково-praktychna konferentsiia* [International Scientific and Practical Conference "Policy on the Fight against Crime"]. Ivano-Frankivsk, 2017 (in Ukrainian).

- Radutniy, Oleksandr. "Kriminalna vidpovidalnist shtuchnogo intelektu [Criminal Liability of Artificial Intelligence]." *Informaziya i pravo* 2 (2017): 124–33 (in Ukrainian).
- Radutniy, Oleksandr. "Dodatkovi argumenti shodo pravosubekhnosti shtuchnogo intelektu [Additional arguments on the legal personality of artificial intelligence]." In *Internet rechey: problem pravovogo reguluvannya ta vprovadzhennya: Mizhnarodna naukovopraktychna konferentsiia* [Internet of Things: Problems of Legal Regulation and Implementation], 46–50. Kyiv: Politekhnik, 2018 (in Ukrainian).
- Radutniy, Oleksandr. "Kvalifikuiuchi oznaky, pov'iazani z dosiahnenniamy naukovoho prohresu (bioinzheneriia, shtuchnyi intelekt, neorhanichna ta zmishana forma zhyttia) [Qualifying Traits Related to Scientific Advances (bioengineering, artificial intelligence, inorganic and mixed forms of life)]." U *Aktualni problemy kryminalnogo prava, kryminologii ta kryminalnovykonavchoho prava: Vseukr. nauk.-prakt. konf.* [Topical Issues of Criminal Law, Criminology and Criminal Law], 41–3. Dnipro: Dniprop. derzh. un-t vnutr. sprav, 2018 (in Ukrainian).
- Radutniy, Oleksandr. "Mistze shtuchnogo intelektu v strukturі suspilnih vidnosin yaki ohoronyautsa kriminalnim pravom [The Place of Artificial Intelligence in the Structure of Public Relations, which is Protected by Criminal Law]." In *Fundamentalni problem kriminalnoi vidpovidalnosti: Naukoviy Polilog* [Fundamental Problems of Criminal Liability: Scientific Polilog]. Kharkiv: Pravo 2018 (in Ukrainian).
- Radutniy, Oleksandr. "Pravovi aspekty fenomenu tsyfrovoyi liudyny v kibernetychnomu ta inshomu prostori [Legal Aspects of the Phenomenon of Digital Man in Cybernetic and other Space]." U *Zabezpechennia kiberbezpeky: pravovi ta tekhnichni aspekty: Nauk.-prakt. Seminar* [Cybersecurity: Legal and Technical Aspects], 57–63. Kharkiv: Nats. aerokosm. un-t im. M. Ye. Zhukovskoho «KhAI», 2018 (in Ukrainian).
- Radutniy, Oleksandr. "Subyektivnist shtuchnogo intelektu u kriminalnomu pravi [The Subjectivity of Artificial Intelligence in Criminal Law]." *Pravo Ukraini* 1 (2018): 123–36 (in Ukrainian).
- Radutniy, Oleksandr. "Rozvitok kriminalno-pravovoi doktrini u napryamku viznannya shtuchnogo intelektu ta zifrovoyi ludini subyektom pravovidnosin ta subyektom zlochinu [Growth of the criminal legal doctrine in the direction of recognition of artificial intelligence and digital rights as a subject of legal relations and the subject of crime]." In *Efektivnist kriminalno-pravovogo zakonodavstva: doktrinalni, zakonotvorchi ta pravozastosovni problem ii zabezpechennya: Mizhnarodna naukovopraktychna konferentsiia* [Effectiveness of Criminal Legislation: Doctrinal, Legislative and Law Enforcement Problems of its Provision], 202–13. Kharkiv: Konstanta 2019 (in Ukrainian).
- Stavlennya do tvarin v antichnomu sviti, v seredni viki ta u Noviy chas [Attitude to Animals in the Ancient World, in the Middle Ages and in the New Age]. Accessed April 9, 2019. [https://stud.com.ua/68711/psihologiya/stavlennya\\_tvarin\\_antichnomu\\_sviti\\_seredni\\_viki\\_noviy](https://stud.com.ua/68711/psihologiya/stavlennya_tvarin_antichnomu_sviti_seredni_viki_noviy) (in Ukrainian).
- "Sudi nad zvirami [Courts over the Beasts]." Accessed April 9, 2019. <http://3varta.com.ua/sudinad-zvirami/> (in Ukrainian).
- Fabri, Kurt. *Osnovi zoopsikhologii* [Fundamentals of Zoopsychology]. Accessed April 9, 2019. <http://psm.in.ua/psm/00.aspx-156.html> (in Ukrainian).
- "Khokynh sovetuet derzhatsia podalshe ot noplanetian [Hawking Advises to Stay Away from Aliens.]" *BBC News*, Russian service, 2010. Accessed April 12, 2019. [https://www.bbc.com/russian/science/2010/04/100425\\_alien\\_hawking.shtml](https://www.bbc.com/russian/science/2010/04/100425_alien_hawking.shtml).

- Chelzov-Bebutov, Mikhail. *Kurs ugovovno-prozesualnogo prava. Ocherki po istorii suda I ugovovnogo prozessa v rabovladelcheskih, feodalnih I burguaznih gosudarstvah* [The Course of Criminal Procedure. Essays on the History of the Court and the Criminal Process in the Slave, Feudal and Bourgeois States]. Saint-Petersburg: Ravena, Alfa, 1995 (in Russian).
- Shakun, Vasil. "Teoretichni pitannya viznachennya osnovnih terminiv u suchasniy ukrainskiy kriminologii [Theoretical Questions of Definition of the Basic Terms in Modern Ukrainian Criminology]." In *Fundamentalni problem kriminalnoi vidpovidalnosti: Naukoviy Polilog* [Fundamental Problems of Criminal Liability: Scientific Polilog]. Kharkiv: Pravo, 2018 (in Ukrainian).
- Bill H. R. 4625 "Fundamentally Understanding the Usability and Realistic Evolution of Artificial Intelligence Act of 2017" (2017). 115<sup>th</sup> Congress 1st Session. Accessed April 10, 2019. <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/4625/text>.
- Bostrom, Nick. *How Long before Superintelligence?* Oxford Future of Humanity Institute. University of Oxford, 1998.
- Copeland, Brain. "Artificial intelligence (AI)" (2017). <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence>.
- European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)) (2017). <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN>.
- Lea, Gary. "The Struggle To Define What Artificial Intelligence Actually Means" (2015). Accessed April 12, 2019. <https://www.popsoci.com/why-we-need-legal-definition-artificial-intelligence>.
- Radutniy, Oleksandr. "Adaptation of Criminal and Civil Law in View of Scientific-technical Progress (Artificial Intelligence, DAO and Digital Human)." *Проблеми законності* 144 (2019): 138–53.
- Smith, Agnese. "Artificial intelligence" (2015). Accessed April 11, 2019. <http://nationalmagazine.ca/Articles/Fall-Issue-2015/Artificial-intelligence.aspx>.
- Taleb, Nassim Nicholas. *Antifragile: Things That Gain from Disorder*. Random House, 2012.
- Urban, Tim. "The AI Revolution: The Road to Superintelligence" (2015). Accessed April 11, 2019. <https://waitbutwhy.com/2015/01/artificial-intelligence-revolution-1.html>.
- Weaver, Matthew. "UN plan for 'alien ambassador' a case of science fiction? Malaysian astrophysicist Mazlan Othman denies Sunday Times report that she is to become Earth's first contact for ETs" (2010). *The Guardian*. Accessed April 10, 2019. <https://www.theguardian.com/news/blog/2010/sep/27/un-alien-ambassador-mazlan-othman>.

**Олександр Радутний. Мінливість концепту суб'єкта правовідносин у мінливому світі штучного інтелекту та цифрової людини**

**Анотація.** У статті розглядається вплив явища штучного інтелекту, визначальними властивостями якого є обізнаність про власну побудову та функціонування, здатність до самонавчання, самовдосконалення, саморозвитку, автономність від людини під час прийняття рішень тощо, на правову парадигму в частині розширення кола суб'єктів правовідносин. Доведено тезу про те, що цифрова людина (*Homo numeralis*, *Homo digitalis*, *Homo horologium*), удосконала за допомогою біоінженерії, напряму зі створення живих істот, які поєднують органіку з неорганікою, або побудови неорганічної форми життя, утворить собою новий соціальний і правовий феномен.

**Ключові слова:** штучний інтелект; когнітивні властивості; сингулярність; Інтернет речей; юридична особа; суб'єкт правовідносин; цифрова людина; кіборг; електронна особа; права персонологія.

**Александр Радутный. Изменчивость концепта субъекта правоотношений в изменчивом мире искусственного интеллекта и цифрового человека**

**Аннотация.** В статье рассматривается влияние со стороны явления искусственного интеллекта, определяющими свойствами которого выступают осведомленность о собственном построении и функционировании, способность к самообучению, самосовершенствованию, саморазвитию, автономность от человека при принятии решений и т.п., на правовую парадигму в части расширения круга субъектов правоотношений. Предложены доказательства тезиса о том, что цифровой человек (*Homo numeralis, Homo digitalis, Homo horologium*), усовершенствованный с помощью биоинженерии, создания живых существ, сочетающих органику с неорганикой, построения неорганической формы жизни, представляет собой новый социальный и правовой феномен.

**Ключевые слова:** искусственный интеллект; когнитивные свойства; сингулярность; Интернет вещей; юридическое лицо; субъект правоотношений; цифровой человек; киборг; электронная персона; правовая персонология.

**Oleksandr Radutnyi. The Variability of the Subject of Legal Relationships Concept in the Changing World of Artificial Intelligence and Digital Human Being**

**Abstract.** The article deals with the influence of the artificial intelligence phenomenon on the legal paradigm in terms of widening the range of legal entities. The decisive properties of artificial intelligence are the awareness of their own construction and functioning, ability to self-study, self-improvement, self-development, autonomy from the person in decision-making and so on. The author concludes that the division into legal and non-legal entities is artificial and depends solely on the human. The humanity creates its own legal space and determines the circle of legal and non-legal entities in it. This division has been developed by many generations of lawyers. But this division is not a dogma. With only one human willpower, another artificial creation was created. It was a legal entity. For a legal entity, the opportunity to be the person of a legal relationship is recognized without reservation. Since a collective agreement for the recognition of any person of legal relations is only in the collective imagination (intersubjective reality), its terms can always be changed in one direction or the other. Therefore, in the case of the emergence of a new actor who is a super-developed artificial intelligence, there is every reason to recognize it as a person of legal relations. Artificial intelligence can be empowered and may be recognized as being able to fulfill certain responsibilities. It has also been argued that the digital human being (*Homo numeralis, Homo digitalis, Homo horologium*) creates a new social and legal phenomenon. A human being is asked to name a person who is advanced with bioengineering, combining organics with inorganics, or building an inorganic life form. The digital human being will relate to the common human being as the next stage of evolution. This can lead to an even greater or fundamental stratification of society. Similarly, a digital human being can be the target of a cyber-attack.

**Keywords:** artificial intelligence; cognitive properties; singularity; Internet of things; legal entity; person of legal relationships; digital human being; cyborg; electronic person; legal personology.

Одержано / Received 12.06.2019

## СТРУКТУРА МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОЇ РЕАЛЬНОСТІ: ОНТОЛОГІЧНИЙ ТА ГНОСЕОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТИ

**П**роблема правової реальності є однією з найскладніших філософії права<sup>2</sup> і загальній теорії права<sup>3</sup>. Традиційно об'єктом дискусій тут виступає національне право, а міжнародне право (далі – МП) стає предметом дослідження лише частково. Це обумовлено, з одного боку, недостатнім рівнем міжнародно-правових знань у філософів, а з іншого боку, обмеженою філософсько-методологічною підготовкою юристів-міжнародників. У результаті філософи права вимушені використовувати досить часто обмежене розуміння МП, яке пропонується юристами-міжнародниками, а останні використовують досягнення філософії права, яка ґрунтується в основному на національно-правовому матеріалі. Утворюється замкнене коло, що спотворює правову картину світу.

Так, для розробки онтологічних проблем МП у другій половині ХІХ – першій половині ХХ ст. філософи вимушені були оперувати етатистським розумінням міжнародно-правової реальності, де людині взагалі не було місця. Подекуди таке сприйняття МП зустрічається і сьогодні<sup>4</sup>. Більше того, саме МП розумілося юристами лише як система норм, до якої з часом завдяки соціології права додалося ще сприйняття МП як системи правовідносин. Суб'єкт МП немовби знаходився поза правовою реальністю. У цьому контексті постає проблема самого змісту міжнародно-правової реальності. Інакше вести мову про онтологію МП уявляється малопродуктивним заняттям. Одночасно філософська рефлексія щодо МП передбачає необхідність відповідного методологічного обґрунтування, що виводить дослідників на проблеми гносеології МП<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Олег Володимирович Тарасов, доктор юридичних наук, доцент, доцент кафедри міжнародного права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого.  
Oleh Tarasov, Doctor of Legal Sciences, Associate Professor of the Department of International Law, Yaroslav Mudryi National Law University.  
e-mail: ovt@ua.fm

<sup>2</sup> Сергей Максимов, *Правовая реальность: опыт философского осмысления* (Харьков: Право, 2002).

<sup>3</sup> Гадис Гаджиев, *Онтология права: (критическое исследование юридического концепта действительности)* (Москва: Норма: ИНФРА-М, 2013); Андрей Поляков, *Коммуникативное правопонимание* (Санкт-Петербург: Алеф-пресс, 2014); Илья Честнов, *Право как диалог: к формированию новой онтологии правовой реальности* (Санкт-Петербург: Санкт-Петербургский юрид. ин-т Генеральной прокуратуры РФ, 2000).

<sup>4</sup> Всеволод Мищик, “Фізична особа як дестинатор міжнародного права прав людини,” в *Міжнародне публічне право*, Том 2 (Харків: Право, 2018).

<sup>5</sup> Александр Мережко, *Введение в философию международного права. Гносеология международного права* (Киев: Юстиниан, 2002).



Метою статті є продовження досліджень автора в царині виявлення структури міжнародно-правової реальності, започаткованих у монографії 2014 р.<sup>6</sup>, зокрема обґрунтування ідеї щодо триєдності міжнародно-правової реальності.

Уявляється, що сучасна онтологія МП повинна оперувати трьома взаємопов'язаними вимірами міжнародно-правової реальності – нормативним, персонативним і комунікативним. Ігнорування хоча б одного з цих вимірів правового буття призводить до звуження предмета філософської рефлексії з усіма подальшими негативними наслідками як для філософії права, так і для юридичної науки. Відповідно будь-який міжнародно-правовий феномен не тільки може, але й повинен досліджуватися з точки зору всіх трьох методологічних підходів – нормологічного, персонологічного і комунікатологічного. При цьому кожен окремий методологічний підхід не протиставляється іншим, а взаємодоповнює один одного (принцип додатковості у праві).

Зокрема, нормативна міжнародно-правова реальність досліджується правовою нормологією. У центрі уваги цього напрямку знаходиться правова норма, а методологія має нормоцентристський характер. МП розглядається як система або сукупність міжнародно-правових норм, що оформлені у вигляді так званих «джерел МП» (міжнародно-правовий звичай, міжнародний договір, односторонні міжнародно-правові акти держав, нормативні резолюції міжнародних міжурядових організацій, що є обов'язковими за статутами цих організацій). Кожному з джерел МП, а також близьким до них явищам (так зване «м'яке» МП, міжнародно-правові прецеденти, резолюції-рекомендації та ін.) відповідає свій особливий напрям нормологічних досліджень (міжнародно-правове джерелознавство), важливою складовою яких є вчення про тлумачення правових норм (міжнародно-правова герменевтика). Такий погляд на МП є традиційним у філософії права і доктрині МП. Інша справа, що абсолютизація нормоцентристського підходу до розуміння міжнародно-правової реальності призводить до виключення із неї персонативного і комунікативного елементів. Справа доходить до того, що вже не суб'єкти МП, а міжнародно-правові акти, немовби розумні істоти, «проголошують», «регулюють», «вказують», «забороняють» та ін. Слід розуміти, що нормативні акти містять лише моделі майбутньої поведінки суб'єктів права, надають правову інформацію про належні правові комунікації між правовими особами. Без суб'єктів права і правових відносин між ними (феномен інтерсуб'єктності, міжперсональності) право існувати не може взагалі. Саме суб'єкти права володіють необхідною правовою енергією і праворозумінням, щоб займатися правотворчістю, правозастосуванням, правотлумаченням, на жаль, і правопорушеннями, а відтак і правозахистом. Норми права самі по собі на це не здатні. Тому правова реальність складається з норм лише на одну третину. Крім того, загальна правова нормативна реальність поділяється на міжнародно-правову

<sup>6</sup> Олег Тарасов, *Суб'єкт міжнародного права: проблеми сучасної теорії* (Харків: Право, 2014).

і національно-правову (кожна з яких має ще й свої субсистеми), а взаємодія між ними є однією з найскладніших проблем правової нормології.

Персонативна міжнародно-правова реальність вивчається правовою персонологією. У центрі уваги тут знаходиться міжнародно-правова особа (суб'єкт МП), а методологія носить персонентристський характер. МП розглядається як система міжнародно-правових осіб. Якщо правова нормологія звертає увагу на правовий статус (права і обов'язки) суб'єкта права, то правова персонологія опікується самим суб'єктом права, правовою особистістю як такою. Зокрема, за персонативною правовою формою виокремлюють фізичні, юридичні і суверенні правові особи. Вони є предметами окремих напрямів правової персонології – правової антропології, правової корпоратології та правової кратології. Тому філософія права не повинна обмежувати себе при вивченні правової реальності лише правовою антропологією, а з необхідністю повинна включати до свого предмета також правові корпоратологію і кратологію. При цьому застосування персонологічних методологій обов'язково здійснюється з урахуванням принципу додатковості. Зловживання, наприклад, правовою кратологією може призвести до етатизму у праві та ігнорування прав і свобод людини та людських колективів. Зокрема, у доктрині МП досить поширеним є антропологічний нігілізм, що заперечує міжнародну правосуб'єктність фізичних осіб. Тому боротьба за людину в МП є однією з найактуальніших проблем міжнародно-правової антропології як частини філософії права, так і теорії МП.

Безумовно, у рамках кожного з персонологічних напрямів виокремлюють більш деталізовані предмети вивчення. Наприклад, міжнародно-правова кратологія опікується такими суверенними носіями міжнародної правосуб'єктності, як організації національно-визвольних рухів, протодержави, держави та державоподібні утворення (Святий престол / Ватикан, Суверенний Мальтійський Орден). Міжнародно-правова корпоратологія досліджує міжнародні та національні юридичні особи у МП (міжнародні міжурядові організації, міжнародні судові та арбітражні органи, міжнародні комісії, субнаціональні територіальні одиниці, міжнародні неурядові організації та ін.). У рамках міжнародно-правової антропології виокремлюють за віковою ознакою правові перинатологію (включає час до пологів, під час пологів і після пологів), педологію, акмеологію, геронтологію і танатологію (включає час перед смертю, під час смерті та безпосередньо після смерті), що в цілому можливо визначити як правову антропологічну темпорологію. Крім традиційних праць, присвячених окремим категоріям фізичних осіб (біженці, переміщені особи, комбатанти і некомбатанти, цивільні особи, наймані працівники і працедавці, представники різноманітних меншин, учасники міжнародного і національного юридичного процесу та ін.), усе більшого поширення набувають дослідження гендерного розмаїття, віртуальної (цифрової) особистості, біотехнологій для покращення природних здібностей людини та інші інноваційні антропологічні

розробки. Відповідно традиційна правова експертиза не повинна обмежуватися лише нормативною складовою, а включати в себе і персонативне дослідження. Уявляється, що перед філософією права й окремими юридичними дисциплінами відкривається новий горизонт персонологічних досліджень.

Комунікативна міжнародно-правова реальність інтегрує в собі нормативний і персонативний елементи у своїй динаміці (процесуальності). Завдяки правовій енергії учасників комунікації право набуває динамічного характеру, а правові протиріччя призводять до правового розвитку. Системна та послідовна взаємодія правових осіб утворює правовий простір, що з необхідністю породжує правовий час. Таким чином, онтологічні категорії простору, часу, руху та енергії знаходять своє пояснення в рамках правової онтології. Зокрема, правова темпорологія вивчає проблеми часу і права.

У свою чергу, МП розглядається тут як система міжнародно-правових комунікацій. Досліджується правова комунікація відповідно загальною правовою комунікатологією, що поділяється на міжнародно-правову і національно-правову складову. Основним методом тут виступає правовий комунікатоцентризм. Передвісником правової комунікатології як юридичної дисципліни виступала соціологія права. Однак соціологія, як і будь-яка інша соціогуманітарна дисципліна, використовує для дослідження правової реальності позаправові методи. Відповідно соціологічне, політологічне, культурологічне, економічне, психологічне та інше знання потребує своєї спеціальної імплементації у тканину правової науки та самостійного філософсько-правового осмислення. Достатньо вказати лише на складність формулювання в рамках правової системології однопорядкового нормативного, персонативного і комунікативного понятійно-категоріального апарату, не кажучи вже про вирішення відповідних методологічних проблем.

Так, тривимірний підхід до змісту правової реальності вимагає віднести до одного ряду такі категорії: «норма-персона-комунікація», «нормативна-персонативна-комунікативна реальність (а також форма і субформа, система і підсистема, структура і субструктура, площина, частина, функція, легалізація, герменевтика, рефлексія, експертиза, відповідальність та ін.)», «нормативний-персонативний-комунікативний підхід (зміст, елемент, юридичний факт, континуїтет та ін.)», «нормативне-персонативне-комунікативне визнання (тлумачення, закріплення, віддзеркалення та ін.)», «нормоздатність-персоноздатність-комунікатооздатність як прояви правоздатності (правової можливості)», «нормоцентризм-персоноцентризм-комунікатоцентризм», «нормологія-персонологія-комунікатологія», «нормофікація-персонофікація-комунікатофікація», «нормонізація-персонізація-комунікатизація», «нормонаступництво-персононаступництво-комунікатонаступництво як вияв правонаступництва» та ін.

У рамках правової персонології – «фізична-юридична-суверенна особа», «антропна-корпоративна-кратостична реальність (форма і субформа, система

і субсистема, структура і субструктура, площина, частина, функція, легалізація, герменевтика, рефлексія, експертиза, відповідальність та ін.)», «антропне-корпоративне-кратостичне визнання (тлумачення, закріплення, віддзеркалення та ін.)», «антропологія-корпоратологія-кратологія», «антропоцентризм-корпоратоцентризм-кратоцентризм», «антропологізація-корпоратологізація-кратологізація», «презентація-репрезентація-саморепрезентація», «персоноздатність-дієздатність-деліктоздатність (можливість)» та ін. Системна оптимізація понятійно-категоріального апарату юридичної науки тільки розпочалася і вимагає уваги науковців у межах правової лінгвістики.

Крім того, існує досить неоднозначна проблема співвідношення нормативної та персонативної правової форми і змісту з комунікативною правовою формою і змістом. Зокрема, чим відрізняється правова норма і правова особа в межах і поза межами правової комунікації? Чи можливі існування правової персони і реалізація правової норми поза межами правової комунікації? Чи існує поряд із правовою комунікативною формою або в її межах також і правова комунікативна субформа? Ці та інші фундаментальні питання неможливо вирішити без застосування широкого кола нормативних, персонативних та комунікативних методологій із залученням досягнень правових феноменології, герменевтики, системології, морфології, компаративістики, темпорології, функціології, конфліктології, деліктології, лінгвістики та багатьох інших дисциплін.

Таким чином, тривимірна концепція правової реальності (як на міжнародно-правовому, так і національно-правовому рівні) визнає невід'ємною ознакою права не тільки нормативність, а також персонативність і комунікативність, що дозволяє вибудувати адекватну модель загальної правової картини світу, де не будуть проігноровані будь-які складові права. Це значно розширює методологічний кругозір філософів права, юристів-науковців і юристів-практиків, а також учасників навчального процесу, покращує системне бачення правового буття, слугує надійною передумовою подальшої філософської рефлексії та надає додаткові можливості для вирішення теоретичних і практичних проблем сучасного правознавства.

© О. Тарасов, 2019

## Бібліографія

- Гаджиев, Гадис. *Онтология права: (критическое исследование юридического концепта действительности)*. Москва: Норма: ИНФРА-М, 2013.
- Максимов, Сергей. *Правовая реальность: опыт философского осмысления*. Харьков: Право, 2002.
- Мережко, Александр. *Введение в философию международного права. Гносеология международного права*. Киев: Юстиниан, 2002.
- Мицик, Всеволод. "Фізична особа як дестинатор міжнародного права прав людини." В *Міжнародне публічне право*. Том 2. Харків: Право, 2018.
- Поляков, Андрей. *Коммуникативное правопонимание*. Санкт-Петербург: Алеф-пресс, 2014.

Тарасов, Олег. *Суб'єкт міжнародного права: проблеми сучасної теорії*. Харків: Право, 2014.  
 Честнов, Илья. *Право как диалог: к формированию новой онтологии правовой реальности*.  
 Санкт-Петербург: Санкт-Петербургский юрид. ин-т Генеральной прокуратуры РФ, 2000.

### Bibliography

- Gadžiev, Gadis. *Ontologija prava: (kritičeskoe issledovanie ūridičeskogo koncepta dejstvitel'nosti)* [The ontology of law: (a critical study of the legal concept of reality)]. Moskva: Norma: INFRA-M, 2013 (in Russian).
- Maksimov, Sergej. *Pravovaâ real'nost': opyt filosofskogo osmysleniâ* [Legal reality: the experience of philosophical reflection]. Kharkov: Pravo, 2002 (in Russian).
- Merežko, Aleksandr. *Vvedenie v filosofiju meždunarodnogo prava. Gnoseologija meždunarodnogo prava* [Introduction to the philosophy of international law. The gnoseology of international law]. Kiev: Ūstinian, 2002 (in Russian).
- My'cy'k, Vsevolod. "Fizy'chna osoba yak desty'nator mizhnarodnogo prava prav lyudy'ny'" [Physical Person as destinator of International Human Rights Law]." *V Mizhnarodne publichne pravo*. Tom 2. Kharkiv: Pravo, 2018 (in Ukrainian).
- Polâkov, Andrej. *Kommunikativnoe pravoponimanie* [Communicative legal thinking]. Sankt-Peterburg: Alef-press, 2014 (in Russian).
- Tarasov, Oleh. *Sub'jekt mizhnarodnogo prava: problemy' suchasnoyi teorii* [Subjects of international law: problems of modern theory]. Kharkiv: Pravo, 2014 (in Ukrainian).
- Čestnov, Il'ya. *Pravo kak dialog: k formirovaniu novoj ontologii pravovoj real'nosti* [Law as a dialogue: towards the formation of a new ontology of legal reality]. Sankt-Peterburg: Sankt-Peterburgskij ūrid. in-t General'noj prokuratury RF, 2000 (in Russian).

#### **Олег Тарасов. Структура міжнародно-правової реальності: онтологічний та гносеологічний аспекти**

**Анотація.** Метою автора статті є дослідження структури міжнародно-правової реальності як предмета філософської рефлексії, зокрема онтології та гносеології міжнародного права. Пропонується авторська концепція тривимірного методологічного підходу, що включає міжнародно-правові нормологію, персонологію і комунікатологію. У рамках міжнародно-правової персонології виокремлюються антропологія, корпоратологія і кратологія. Запропоновано відповідний понятійно-категоріальний апарат.

**Ключові слова:** онтологія і гносеологія міжнародного права; тривимірний підхід до міжнародно-правової реальності; нормологія; персонологія; комунікатологія; принцип додатковості в міжнародному праві; антропологічний нігілізм у доктрині міжнародного права.

#### **Олег Тарасов. Структура международно-правовой реальности: онтологический и гносеологический аспекты**

**Аннотация.** Целью автора статьи является исследование структуры международно-правовой реальности как предмета философской рефлексии, в частности онтологии и гносеологии международного права. Предлагается авторская концепция трехмерного методологического подхода, который включает международно-правовые нормологию,

персонологию и коммуникатологию. В рамках международно-правовой персонологии выделяются антропология, корпоратология и кратология. Предложен соответствующий понятийно-категориальный аппарат.

**Ключевые слова:** онтология и гносеология международного права; трехмерный подход к международно-правовой реальности; нормология; персонология; коммуникатология; принцип дополнительности в международном праве; антропологический нигилизм в доктрине международного права.

### **Oleh Tarasov. The Structure of International Legal Reality: Ontological and Gnoseological Aspects**

**Abstract.** The purpose of the author of the article is to study the structure of international legal reality as a subject of philosophical reflection, in particular, ontology and gnoseology of international law. The author proposes the concept of a three-dimensional methodological approach, which includes international legal normology, personology and communicationology.

International legal normology regards international law as a system of legal norms, which is a traditional approach in legal science. However, this tendency leaves beyond the scientific attention a range of phenomena concerning subjects of international law and international legal relations. It is proposed to supplement this one-dimensional normative approach to the international legal reality by personative and communicative components. International legal personology has as its object the international law by the point of view of its subjects. In the scope of international legal personology, it is possible to distinguish anthropology (studies the international legal personality of natural persons), corporatology (examines the international legal personality of legal entities), and cratology (explores the international legal personality of sovereign entities). In this context, particular attention should be paid to the discussions of the international legal personality of a natural person. International legal communicationology regards international law as a system of international legal relations. At the same time, three methodological approaches do not oppose but complement each other. In order to describe personative and communicative elements of international legal reality, the author proposes a relevant conceptual framework.

**Keywords:** ontology and gnoseology of international law; three-dimensional approach to international legal reality; normology; personology; communicationology; the principle of complementarity in international law; anthropological nihilism in the doctrine of international law.

Одержано / Received 15.06.2019

## ПРАВА ЛЮДИНИ, МИР ТА ПОНЯТТЯ ПРАВА. ІСТОРІЯ НЕЗАВЕРШЕНОЇ ПРАВОВОЇ РЕВОЛЮЦІЇ<sup>2</sup>

Рішення зректися парадигми завжди водночас є рішенням прийняти іншу парадигму, а висновок, що приводить до такого рішення, включає як зіставлення обох парадигм із природою, так і порівняння парадигм одна з одною<sup>3</sup>.

*Томас Кун. Структура наукових революцій*

### 1. Визначення сучасного права

Мета цієї статті – розглянути взаємозв'язок між правами людини й миром з точки зору визначення права. У цьому завданні – сенс філософії права. Проте на питання «що таке право?» можна відповісти по-різному, і воно залишається відкритим для нових прочитань<sup>4</sup>.

З методологічної точки зору моя основна посилка полягає в тому, що спосіб постановки цього запитання та відповіді на нього залежать, серед іншого, від того, «яким є право зараз» і «яке його призначення». Осягнення природи права пов'язане з тим, у який спосіб воно практикується. А практика зумовлена тим, як право розвивається, і зрозуміла у світлі його загальних цілей. Це так, оскільки право – сфера практичного розуму. Воно є соціальною практикою та має історичну текстуру.

---

<sup>1</sup> Ізабель Тружильо, професорка філософії права, Університет Палермо, Італія.

Isabel Trujillo, Professor of Philosophy of Law, University of Palermo, Italy.

e-mail: [isabel.trujillo@unipa.it](mailto:isabel.trujillo@unipa.it)

<sup>2</sup> Isabel Trujillo. Human Rights, Peace, and the Concept of Law. The Story of an Incomplete Legal Revolution. Пленарна доповідь на XXVIII Всесвітньому конгресі Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії «Мир, заснований на правах людини» (17–21 липня 2017 р., м. Лісабон, Португалія). Переклад Наталії Сагохіної.

<sup>3</sup> Українськомовний текст наведено за перекладом О. Васильєва (*Томас Кун, Структура наукових революцій* (Київ: Port-Royal, 2001), 91–2). – *Прим. пер.*

<sup>4</sup> Два основні методи визначення понять – через рід та видові ознаки та через парадигматичні випадки – мають різні наслідки. У будь-якому разі поза методологічним вибором існують семантичні та інтерпретативні теорії права (див. аналітичний огляд у: Jules L. Coleman and Ori Simchen, “Law,” *Legal Theory* 9 (2003): 1–41). Я б воліла говорити про осягнення природи права та прийняти підхід, заснований на ідеї практичного розуму в сенсі Veronica Rodriguez-Blanco's *Law and Authority Under the Guise of the Good* (Oxford: Hart Publishing, 2016).

На протипагу недавньому повороту до елімінативізму у філософії права<sup>5</sup>, на мою думку, пошук відповіді на питання про природу права є корисним із практичної точки зору. Він спрямований на виявлення найкращого способу участі у юридичній практиці. Не обов'язково існує лише одна правильна відповідь, але деякі з них є переконливішими за інші<sup>6</sup>. Я зосереджуся на сучасній юридичній практиці, зокрема на юридичній практиці у сфері прав людини, маючи намір висвітлити деякі наслідки для поняття права. Моя стаття є не дискусією щодо проблеми абстрактного визначення права, а спробою поставитися до сучасного права серйозно.

Відправним пунктом є те, що сучасне право являє собою диференційований феномен<sup>7</sup>. Право більше не є прерогативою держави. Водночас право характеризується всепроникністю прав людини. Правовий плюралізм як результат процесу диференціації права, з одного боку, і права людини, з іншого, можна вважати двома головними рисами сучасного права. Правовий плюралізм стосується поширеності поняття права; права людини – його інтенсивності. Обидва виміри мають перебувати в центрі філософського осмислення природи права. Я зосереджу увагу на правах людини, але моя теза полягає в тому, що правовий плюралізм певним чином визначається впливом останніх на еволюцію права.

Усупереч пануючій орієнтованій на державу парадигмі ані право не є виключно пов'язаним із державою, ані недержавне право не є примітивним або дефектним. Те, що називається – не випадково в негативній формі – «недержавним правом», включає в себе багато речей: як міждержавне та транснаціональне право, так і право різних суб'єктів, як-от: державні установи, неурядові організації, галузеві об'єднання, приватні суб'єкти, в межах державних кордонів та поза ними. Усі ці нові явища кидають виклик «внутрішнім припущенням»<sup>8</sup> багатьох теорій права, які не завжди відповідають нашим правовим категоріям. Парадигми, орієнтовані на державу, бракує пояснювальної сили<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Hillary Nye, *Does Law 'Exist'?* paper discussed in the context of the Jurisprudence Discussion Group (Oxford University), on the 3<sup>rd</sup> of February 2017.

<sup>6</sup> Складне явище потребує багатьох речей, для того щоб працювати належним чином: не лише кількох вимірів верховенства права щодо правил, ролей та інституцій, а й особливої етики чесноти для суддів, юристів і громадян.

<sup>7</sup> Фредерік Шауер присвятив останній розділ своєї останньої книги (*The Force of Law* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2015)) диференціації права, однак це не вплинуло істотно на його визначення права, яке слідує традиції, побудованій на державному примусі.

<sup>8</sup> Isabel Trujillo, "Why (Ever) Define Law and How to Do It," in *The Force of Law Reaffirmed. Frederick Schauer Meets the Critics*, eds. Christoph Bezemek & Nicoletta Ladavac (Dordrecht: Springer, 2016), 1–14.

<sup>9</sup> Навіть Раз нещодавно запропонував розглядати державне право поряд з іншими формами права, для того щоб змінити наше розуміння (див.: Joseph Raz, "Why the State?" (October 12, 2013), *King's College London Law School Research Paper No. 2014–38*; *Columbia Public Law Research Paper No. 14–427*; *Oxford Legal Studies Research Paper No. 73/2014*, <https://ssrn.com/abstract=2339522>). Блискучу критику можна знайти у: Brian Tamanaha, "What Is Law?" (October 14, 2016), *Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper No. 15–01–01*, <https://ssrn.com/abstract=2546370>.



Тим не менш солідного концептуального каркасу, створеного навколо неї, важко позбутися. І не все має бути відкинute. Серйозний погляд на правовий плюралізм і права людини висвітлює важливі аспекти природного права, навіть у межах державних кордонів. Сформуванню та переосмисленню відповідним чином визначення права важко, але це більше не можна відкладати. Моя робота є спробою поглянути на сучасне право серйозно. Права людини – моя відповідна точка, але правового плюралізму я також торкатимусь.

Тут неможливо осмислити весь виклик у цілому. Проте розгляд взаємозв'язку між правами людини й миром допоміг би прояснити деякі сегменти нової парадигми, що виникає<sup>10</sup>. Зокрема, будуть залучені два суперечливі елементи картини: значення, роль та інструменти правового примусу<sup>11</sup> та взаємозв'язок між правом і справедливістю – обидва є класичними проблемами визначення права. Я захищатиму дві ідеї: перша полягає в тому, що війна як спосіб примусу більше не є перехресною перевіркою правових систем, інакше кажучи, ми повинні переосмислити значення й роль примусової сили права; друга полягає в тому, що право передре справедливості<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Додаткова методологічна передумова полягає в тому, що хороше визначення не обов'язково залежить від чіткого розмежування (Brian Leiter, "The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Scepticism," *Oxford Journal of Legal Studies* 31 (2011): 663–77), позаяк право є соціальною практикою, а всі соціальні практики взаємодіють. Зокрема, право взаємодіє з мораллю, політикою та економікою. Це ускладнює проблему, оскільки, на відміну від випадку сучасної держави, у міжнародній та плюралістичній юридичній сфері відносини між цими різними аспектами соціальної взаємодії не є чіткими та консолідованими. У будь-якому разі, як показує історія філософії права, ці відносини завжди були суперечливими навіть усередині держави. Середньовічні й модерні мислителі зазвичай розглядали саму природу *jus gentium* між природним і позитивним правом. Ця полеміка свідчить про суперечливий статус міжнародного права та пояснює, чому багато хто вважає його формою моралі. У той час труднощі полягали у відсутності влади, наділеної законодавчими повноваженнями й всесвітньою юрисдикцією та здатної забезпечити виконання законів. Здається, ми й досі знаходимося у такій ситуації (див. з цієї теми: Francisco de Vitoria, *Relectio de Iure Belli*, II, 3).

<sup>11</sup> Я розумію розгубленість Фреда Шауера (Schauer, *The Force of Law*) щодо визначення права виключно як підстави для дії. Внутрішня точка зору повинна також пояснити силу правових підстав. У певному сенсі сила права приходить ззовні до тих, хто слідує правилам, однак мені здається, що ця сила не може бути безпідставною. Право не є ані аргументами без сили, ані силою без аргументів. Підстави сили права впливають із взаємозалежності, а не з авторитету держави.

<sup>12</sup> Сенс останньої тези проясниться в кінці цього аналізу. Це певним чином відповідає класичному визначенню справедливості як *reddere suum quique*, характерному для Платона, Арістотеля, Цицерона, Августина, Аквіната й римського права: якщо справедливість означає віддати кожному належне (його *ius*), належне передре акту правосуддя, але це залежить від розуміння справедливості як дії або як чесноти. Існують й інші можливі прочитання цього твердження у сенсі Гоббсівського пріоритету абсолютного й суверенного права над будь-яким прагненням справедливості. Моя версія відповідає класичному прочитанню, оскільки *ius* тлумачиться не виключно в сенсі сучасних прав (вимог або повноважень їх носіїв), а як соціальна сфера прав і відносин справедливості, що краще відповідає міжнародному правосуддю.

Захист людей та сприяння миру – два ключові завдання сучасної юридичної практики. З одного боку, практика прав людини є одним із найважливіших сучасних правових феноменів не лише тому, що вона стосується захисту окремих людей і, відтак, є значущою та доречною *per se*, а й тому, що згідно з тезою про нерозривність конституційних прав і прав людини<sup>13</sup>, вона відображає найважливіші зобов'язання суб'єктів права (держав, але не тільки) на національному та міжнародному рівнях. Належна повага до людей трансформує поняття права, оскільки вводить необхідний зміст у поняття, яке в іншому разі претендує на нейтральність<sup>14</sup>. Як добре відомо, ідея змістовно-нейтрального права була найпоширенішою ідеєю у філософії права минулого століття<sup>15</sup>. З точки зору юридичної практики сьогодні це здається справою минулого, навіть незважаючи на те, що альтернативне прочитання сформулювати важко.

З іншого боку, чим більше право пронизується правами людини, тим проблематичнішою стає війна й тим важливішим – мир. Це ключова проблема для державо-орієнтованої парадигми. Фактично війна була доречною як останнє слово держав, що підтверджувало їхню силу в односторонньому порядку в контексті міжнародної спільноти, у якій вони були майже єдиними гравцями. Сьогодні це вже не так, але складається враження, що кількість воєн зростає та вони стають ендемічними<sup>16</sup>. Мир залишається одним з найактуальніших правових викликів у міжнародній сфері, і не тільки через практичну значущість великої кількості воєн, що їх ведуть у нашому світі (своєрідне перформативне заперечення зв'язку між правом і миром). Ключовий момент полягає в тому, що невоєннична правова парадигма, яка переважала від Другої світової війни до кінця ХХ ст., що йшла рука об руку з народженням практики прав людини, зараз переживає переломний момент саме з огляду на права людини. У той час навіть найбільший прихильник змістовно-нейтрального поняття права Ганс Кельзен погодився з ідеєю, що мир є метою права, хоча це й не є питанням справедливості<sup>17</sup>.

У контексті створення Організації Об'єднаних Націй право країн на ведення воєн було суворо обмежене правом на самозахист від агресії<sup>18</sup>. Виправдання

<sup>13</sup> Історичні аргументи можна прочитати у: Samuel Moyn, *Christian Human Rights* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2015). Див. також: Jeremy Waldron, "Human Rights: A Critique of the Raz/Rawls Approach," *Public Law & Legal Theory Research Paper Series, New York University School of Law*, June 2013, Working paper no. 13–32.

<sup>14</sup> Це не єдиний пункт. Захист довкілля – ще один важливий момент.

<sup>15</sup> Стосовно змістовно-нейтрального права див.: Stefan Sciaraffa, "On Content-Independent Reasons: It's Not in the Name," *Law and Philosophy* 28 (2009): 233–60.

<sup>16</sup> Erik Melander, "Thérèse Pettersson, Lotta Themnér, Organized Violence, 1989–2015," *Journal of Peace Research* vol. 53, issue 5, 727–42.

<sup>17</sup> Hans Kelsen, *Peace through Law* (Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1944), 3 and Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einteilung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (Vienna: Franz Deuticke Verlag, 1934), § 8.

<sup>18</sup> Заборона війни випливає з Пакту Бріана-Келлога, або Загального договору про відмову від війни як зняття національної політики (Париж, 1928), розширеного Статутом ООН.

оборонних воєн було засноване на аналогії між правами держави та винятковим правом індивіда на вбивство задля захисту життя від агресії. Ця модель вочевидь працювала як спадщина органічної теорії держави, однак вона дотримувалась логіки винятковості<sup>19</sup>. Сьогодні ця структура змінюється. Захист прав людини розширився та посилив закони війни<sup>20</sup>. І це створює серйознішу загрозу для миру.

Після з'ясування, чому і як права людини та мир стали конфліктувати, ми розглянемо розвиток практики прав людини, для того щоб зрозуміти причини цієї войовничої тенденції та суперечливого набору аргументів, що випливають із неї (2). Потім ми повернемося до поняття права (3). У фоновому режимі також розглядатимуться питання: Що можна дізнатись про природу права, якщо підходити до проблеми через розгляд цих перетворень? Які питання ставить цей контекст перед філософами права? І перш за все, як можна зрозуміти поняття права у світлі взаємовідносин між правами людини та миром?

## 2. Права людини vs. мир

Перша частина цієї статті стосується співвідношення між миром і правами людини. Вона розділена на чотири кроки. Спершу розглядаються аргументи на користь того, що права людини стали достатньо важливими, аби бути справедливою причиною війни. Далі продемонстровано, що це перетворення передбачає апоретичний взаємозв'язок між правами людини та миром в обох доступних значеннях, позитивному та негативному, залишаючи питання про співвідношення між ними відкритим. Права людини роблять перше застарілим, а друге небезпечним. На третьому кроці буде показано, що історично ця трансформація змінює своє початкове призначення на протилежне. З цієї точки зору існуючу практику прав людини можна вважати суперечливою. Четвертий крок протиставляє логіку прав людини логіці війни. Головний висновок цієї частини полягає в тому, що зв'язок між правами людини та війнами є водночас результатом важливості, якої вони набули, і недосконалої їх реалізації. У другій частині я намагатимусь пояснити цей дивний висновок з точки зору поняття права.

### 2.1. Права людини як справедлива причина війни

Права людини насправді збільшують імовірність війн. Вони вважаються «справедливою» причиною війни. Які причини можуть бути шляхетнішими за цю? Якщо ми не реагуємо на їх порушення, права людини неминуче будуть здаватись

<sup>19</sup> Helen Frowe, *Defensive Killing* (Oxford: Oxford University Press, 2014).

<sup>20</sup> Доктрина преємптивної (випереджувальної) війни не буде тут обговорюватись, оскільки це ускладнило б і без того складну проблему. Достатньо буде сказати, що доктрина прав людини як справедливої причини війни навіть сильніша за доктрину преємпції саме завдяки її моральному закляку. Доктрина преємптивної війни може знайти аргументи на свою користь у захисті прав людини.

недоречними<sup>21</sup>. Тому війни стосуються вже не лише самооборони, а й захисту прав людини<sup>22</sup>. Ця схема була довершена так званою «доктриною зобов'язань щодо захисту» (R2P), яка встановлює, що це передусім обов'язок держави – захищати власний народ. За певних обставин (серйозна шкода для людей та/або нездатність держави захистити їх) принцип невтручання поступається місцем міжнародній відповідальності. Як відомо, ця доктрина була спірно витлумачена як така, що відкриває шлях для збройних утручань. Зв'язок проведено через порушення питання геноциду та інших воєнних злочинів<sup>23</sup>, а відсутність міжнародної армії замикає коло. Міжнародне право екстерналізує примус, надаючи третім державам можливість реагувати на порушення (навіть шляхом воєнних дій)<sup>24</sup>. Усе це зміцнює міжнародне право війни.

У цьому контексті не випадково, що широке обговорення різних складових права війни відбулося в останнє десятиліття: *jus ad bellum* (право вступу у війну), *jus in bello* (право, що діє під час війни), *jus ex bello*<sup>25</sup> (право припинення війн, також відоме як «підтримання миру»), *jus post bellum* (або «розбудова миру»). У всіх цих розділах права людини відіграють важливу роль. Вони можуть виправдовувати війни<sup>26</sup>; вони встановлюють межі дій під час війни<sup>27</sup>; вони можуть перетворити несправедливу війну на справедливу та виправдати продовження боротьби<sup>28</sup>; вони встановлюють критерії у випадку правосуддя перехідного періоду<sup>29</sup>. Таке вирішальне значення прав людини пояснюється тим, що вони уможливають визначення об'єктивних фактів несправедливості та умов досягнення справедливості. Відтак, здається, що права людини більше належать до семантичного простору справедливості, ніж миру. Насправді їхній зв'язок із війною впливає саме з їхнього зв'язку

<sup>21</sup> Це ідея сутнісно пов'язана з так званими політичними, або практичними, концепціями прав (див.: Waldron, "Human Rights"). Незважаючи на певні труднощі, Воддрон підтримує цю позицію.

<sup>22</sup> Першу частину цього перетворення можна виявити у тій критиці класичних теорій справедливої війни, яка наголошує на властивому класичним підходам браку чутливості до індивідуальних прав (Michael Walzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations* (New York: Basic Books, 1978)).

<sup>23</sup> Див.: "The Responsibility to Protect," Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, accessed February 26, 2017, [http://www.globalr2p.org/media/files/iciss\\_report.pdf](http://www.globalr2p.org/media/files/iciss_report.pdf).

<sup>24</sup> Oona Hathaway & Scott J. Shapiro, "Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law," *The Yale Law Journal, Faculty Scholarship Series* (2011) paper 3850, [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/3850](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3850). Цей нарис цікавий та інноваційний. Він ілюструє вісім різних форм екстерналізованих режимів, а також показує, як держави екстерналізують примус, навіть у внутрішній сфері.

<sup>25</sup> Darrel Moellendorf, "Jus ex Bello," *Journal of Political Philosophy* 16 (2008): 123–36.

<sup>26</sup> Walzer, *Just and Unjust Wars*; Cécile Fabre, *Cosmopolitan War* (Oxford: Oxford University Press Scholarship Online, 2012).

<sup>27</sup> Juana María Ibañez Rivas, "El derecho internacional humanitario en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos," *Revista Derecho del Estado* 36 (2016): 167–98.

<sup>28</sup> Esterce Fabre, "War Exit," *Ethics* 125, 3 (2015): 631–52.

<sup>29</sup> Athanasia Hadjigeorgiou, *The Relationship Between Human Rights and Peace in Ethnically Divided, Post-Conflict Societies: Theory and Practice*, PhD dissertation discussed at King's College in 2016. Процитовано з дозволу автора.

зі справедливістю, тому що війна тісно пов'язана зі справедливістю<sup>30</sup>. Логіка така: право тісно пов'язане з правами людини, права людини тісно пов'язані зі справедливостю, отже, право тісно пов'язане зі справедливістю<sup>31</sup>. Щодо цього питання, я погоджуюсь з тим, що право тісно пов'язане зі справедливістю, однак вважаю, що воно передеє їй. Ідеться про критику тих способів, у які інколи реалізуються права людини. Я прийду до цього в останній частині статті.

Як видається, теза про те, що «право тісно пов'язане зі справедливістю», означає, що право тісно пов'язане з війнами, однак цей додатковий висновок не є логічно необхідним. Як уже було сказано, війна є юридичною прерогативою певної моделі держав у їхніх відносинах. Це було останнім одностороннім способом реагування на несправедливість у міждержавних справах. Зазвичай говорять, що основна проблема полягає в тому, що в міжнародному сценарії немає центральної влади, до якої можна було б звернутися, але ця думка рухається по колу, позаяк спосіб, у який ми уявляємо цю центральну владу, залежить від поняття держави. Право, як і засоби, може змінюватися настільки, щоб вже не бути придатним для жодної мети. У цьому сенсі право прав людини могло б представляти й виражати *jus contra bellum*. Відповідно до їхньої ДНК права людини є (або були) інструментами попередження й уникнення війн.

Натомість зв'язок між правом і війною підтримується державоорієнтованою концепцією права, в межах якої право є насамперед продуктом держави, а монополія на фізичний примус – характерною ознакою права. І правовий плюралізм, і права людини рухаються (або могли б рухатись) в іншому напрямку. Право – це продукт суспільства. Це більше не виключна прерогатива держав, а держави визначаються передусім не через легітимне використання фізичної сили, а через їхній обов'язок захищати людей та здатність регулювати моральні розбіжності в контексті взаємозалежності й взаємодії, де справедливість є невизначеною. Можна стверджувати, що врешті-решт це те саме. Використання сили – остання нагода прояснити, що вважається значущим у конкретному контексті. Крім того, що можуть існувати ширші контексти значущості, – і це підтверджують права людини, – війна не є єдиним засобом примусу. Цитуючи нещодавню роботу Гетевей і Шапіро, концепція сучасної держави використовує вузьке поняття примусу як у внутрішньодержавній, так і в міжнародній сфері. Право використовує різні форми примусу, і вони зрозумілі в логіці виключення. Санкції та покарання можна зрозуміти як форми виключення з переваг співпраці<sup>32</sup>. Право, таким чином, тісно

<sup>30</sup> David Luban, "Just War and Human Rights," *Philosophy and Public Affairs* 9, 2 (1980): 160–81. Якщо я правильно розумію, він наголошує на тому, що війни повинні бути піддані моральній оцінці.

<sup>31</sup> Я усвідомлюю, що права людини та право не повністю збігаються і що права людини не повністю охоплюються правом (умова, яка надала б аргументації абсолютної валідності).

<sup>32</sup> Nathaway & Shapiro, "Outcasting," part V показує, як право може бути реалізоване в різні способи, відмінні від фізичного примусу, наводячи багато прикладів. Вони пропонують різні версії реалізації права на національному та міжнародному рівнях. Виключення робить використання економічних санкцій спірним. Інакше, сила може застосовуватись лише до найгірших (див. щодо цієї проблеми: Michael Sandel, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets* (New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2012)).

пов'язане зі співпрацею та включенням. Дотримання державами не забезпечених силою правил – те, що юристи-міжнародники називають «таємницею м'якого права», яка особливо яскраво проявляється у сфері міжнародного права прав людини, – можна, мабуть, пояснити тільки таким чином<sup>33</sup>. Що переслідує держава, дотримуючись вимог м'якого права, так це підтримання співпраці. Інакше кажучи, чого може досягти м'яке право, так це згоди, і це важливе досягнення. Найкраще право найефективніше.

## 2.2. Ані негативного, ані позитивного миру для прав людини

Зв'язок між справедливістю та війною прояснює позицію Кельзена: на його думку, право пов'язане з миром, а не зі справедливістю, саме тому що справедливість легко оспорити і вона призводить до конфліктів, а за певних обставин – і до війни. Тим не менш найбільшою трудністю Кельзена є те, що війна є водночас і незаконною дією, і передбаченою законом дією, або санкцією. Це можна пояснити центральним місцем примусу в його визначенні права та його вузьким розумінням правового примусу, однак він правий щодо відмінності миру від справедливості.

Мир здається чимось меншим і чимось більшим, ніж справедливість. Це щось менше, якщо його розуміти просто як відсутність війни та конфліктів, і це не виключає порушення прав людини. Як відомо, за Кельзенем, мир – це стан, що характеризується відсутністю насильства. На його думку, в організованому суспільстві абсолютна відсутність насильства неможлива, а тому війна має своєрідне постійне виправдання. Право слугує організації сили для умиротворення міжіндивідуальних відносин усередині держави й умиротворення держав на міжнародній арені. Насамкінець мир залежить від сили. Він писав, що якби після Другої світової війни територіальні претензії трьох або чотирьох великих держав були задоволені (за будь-яких умов?), була б можливість установаження міжнародного миру через міжнародне право<sup>34</sup>.

Дослідження, присвячені проблемі миру, вже давно підкреслили різницю між негативним і позитивним поняттям миру<sup>35</sup>. Слід погодитися з деякими критиками, які стверджують, що «в експансіоністській версії, яку виголошують деякі активісти, мир є синонімом усіх добрих речей, включаючи права людини. Однак у реальному

<sup>33</sup> Andrew T. Guzman & Timothy L. Meyer, "International Soft Law," *Journal of Legal Analysis* 2, 1 (2010): 171–225. Теорія, згідно з якою м'яке право не застосовується примусово, має бути уточнена. Воно, звісно, не застосовує фізичний примус, однак воно використовує інші види санкцій, такі як практика публічного осуду або інші репутаційні втрати. З точки зору м'якого права можна розрізнити правозастосування та примус.

<sup>34</sup> Kelsen, *Peace through Law*, 3–7.

<sup>35</sup> Johan Galtung, "Positive and Negative Peace (1969)," now in *Peace and Conflict Studies*, eds. Charles P. Webel and Jørgen Johansen (London & New York: Routledge, 2012), 75–9; Andrew Fiala, "Pacifism," in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2014 Edition), ed. Edward N. Zalta, accessed May 13, 2017, <https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/pacifism/> (13<sup>rd</sup> May 2017).

світі мир – це не-війна, одна дуже важлива добра річ»<sup>36</sup>. Відкинувши риторику, сенс цього твердження полягає в тому, що навіть негативна концепція миру краща за війну. Проблема в тому, що негативне поняття миру неоднозначне: мир може бути результатом підкорення законній або незаконній владі, безсилля (холодна війна), виснаження, вдоволеності.

Водночас мир – це щось більше за справедливість, що яскраво демонструють дебати щодо виходу з війн, дослідження постконфліктного правосуддя та правосуддя перехідного періоду. Мир вимагає виходу за межі справедливості та прагнення співпраці й гармонізації. Мир – це більше, ніж справедливість, і це не лише особливості перехідних контекстів. За словами Ганни Арндт, прощення є однією з двох життєво важливих рушійних сил політичних відносин поряд з обіцянкою<sup>37</sup>.

Обидва типи миру, негативний і позитивний, сумісні з різними прочитаннями прав. Негативний мир стосується прав, пов'язаних із відсутністю війни (безпека, цілісність), позитивний – прав, пов'язаних із процвітанням людей. Не випадково головним виправданням авторитарних режимів, так само як превентивних війн, є забезпечення деяких прав за рахунок інших, за пріоритету права на безпеку. Слідуючи цьому аргументу, нескладно зробити висновок, що негативний мир неминуче порушує права людини<sup>38</sup>. Принаймні він порушує деякі права або права деяких людей. Негативний мир передбачає мінімалістське прочитання прав, а тому суперечить юридичній доктрині неподільності прав<sup>39</sup>. У цьому сенсі існує значна відмінність між теоретичним і юридичним підходами до прав. Теорія прав може бути мінімалістською, практика прав людини – ні. З цієї причини права людини роблять негативне поняття миру застарілим<sup>40</sup>.

Проте відносини між миром і правами людини є складнішими. Стверджується, що справедливі війни ведуться з метою створення стабільних умов для захисту прав людини<sup>41</sup>. Аргументація така: мир і права людини – дві різні речі, а іноді, у короткостроковій перспективі, вони можуть рухатись в протилежних напрямках. Важливо те, що в довгостроковій перспективі права людини є осердям миру. Основне питання полягає в тому, чи прийнятною є війна задля захисту прав людини. Я запропоную аргумент за хвилину. Апоретичний висновок полягає в тому, що з огляду на права людини, з одного боку, негативне поняття миру є застарілим, а з іншого боку, позитивне поняття миру є небезпечним.

<sup>36</sup> Rhoda E. Howard-Hassmann, "The Skeptical Forsythe: Peace, Human rights and Realpolitik," *Journal of Human Rights* 11, 3 (2012): 357–8.

<sup>37</sup> Hannah Arendt, *The Human Condition* (Chicago: The University of Chicago Press, 1958), § 33.

<sup>38</sup> Zlatko Isakovic, "Choosing Between Peace and Human Rights?" *Peace Research* 33, 1 (2001): 37–46.

<sup>39</sup> Всесвітня конференція з прав людини засвідчила неподільність прав та їх взаємозалежність у так званій Віденській декларації та Програмі дій від 25 червня 1993 р.

<sup>40</sup> Тут я міркую з точки зору практики прав людини, а не теорій про права людини, які іноді звужують права на користь послідовності.

<sup>41</sup> George Jr. Lucas, "From *Jus ad Bellum* to *Jus ad Pacem*," in *The Morality of War: Classical and Contemporary Readings*, eds. Larry May et al. (NJ., Prentice Hall: Upper Saddle River, 2006), 369–80.

Якщо ми зараз повернемося до історії прав людини, то побачимо, що суперечність між миром і правами людини посилювалась, доки їх практика не пішла шляхом унеможливлення війн. Ведення війни за права людини здається дефектною реалізацією прав людини.

### 2.3. Загублене право на мир?

Зв'язок між миром і правами людини був дуже міцним на початку епохи прав, але суперечливим протягом її історії. Я торкнуся цього аспекту у два кроки, спочатку досліджуючи взаємозв'язок між правами та миром, а потім – шлях права на мир. Як відомо, після закінчення Другої світової війни права людини були проголошені як відповідь на два світові конфлікти й засіб попередження нових. У преамбулі Статуту Організації Об'єднаних Націй говориться: «Ми, народи Об'єднаних Націй, сповнені рішучості позбавити прийдешні покоління нещастя війни, яка двічі в нашому житті принесла людству невимовне горе». Чітка мета, проголошена в акті народження прав, полягала в тому, щоб уникати воєн, саме захищаючи права людини. Ця теза повністю протилежна ідеї, що права людини є справедливою причиною війни, превентивної чи оборонної.

Тим не менш від самого початку існує момент невизначеності. Занепокоєння держав можливістю зовнішнього втручання мотивувало запровадження чітких обмежень щодо захисту прав з можливістю їх призупинення в разі надзвичайного стану, виходячи з національних інтересів або міркувань безпеки<sup>42</sup>. Ці обмеження з очевидністю свідчать про те, що права людини були для мирного часу, але був також і воєнний час, і можливість їх призупинення. Тільки нещодавно Міжнародний суд ООН розробив доктрину проти цієї ідеї, установивши, що міжнародне право прав людини поширюється як на мирний, так і на воєнний час<sup>43</sup>.

Правове забезпечення обмежень підтверджує відчуття, що з точки зору прав людини головною перешкодою завжди була влада держав. Через свою роль та природу держави є водночас головними суб'єктами захисту прав людини (хоча не єдиними) і головною загрозою для них (знову ж не єдиною). Від самого початку баланс між владою держави і правами людини чітко схилився на користь першої, і ця перевага залишалась безспірною в міжнародному праві до кінця процесу деколонізації, доти, доки суверенітет і самовизначення були провідними силами в міжнародному праві. Це пояснює повільний розвиток індивідуальних прав людини до

<sup>42</sup> Стаття 15 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (1950).

<sup>43</sup> Справа про збройні дії на території Конго (Демократична Республіка Конго проти Уганди), 19 грудня 2005 (див.: Alexander Orakhelashvili, "The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflicts, Parallelism, or Convergence?" *The European Journal of International Law* 19, 1 (2008): 161–82, а також: Isabel Trujillo, "Human Rights and Changes to the International Legal System. Philosophical Reflections on the (Difficult) Coexistence of International Humanitarian Law and International Human Rights Law," in *Globalization and Human Rights, Challenges and Responses from a European Perspective*, eds. Jesús Ballesteros, Encarnación Fernández, Pedro Talavera (Dordrecht, Heidelberg, New York & London: Springer, 2012), 141–55).



кінця епохи деколонізації, як показав Семюель Мойн у книзі «Остання утопія»<sup>44</sup>. Упродовж десятиліть після цього, і особливо на початку нового століття, розвиток практики прав людини був позначений зростанням ваги індивідуальних прав людини. Ця вага змінила наше поняття держави. Держави існують «для» захисту індивідуальних прав людини, і саме ця ідея освячена доктриною R2P. Зобов'язання захищати права людини перетворило суверенітет на відповідальність. Територіальні права та повноваження держави підпорядковані цьому. Зворотний бік медалі полягає в тому, що якщо мета захисту прав не досягнута, це свідчить про нездатність держави виконати свій обов'язок, і тоді інші актори несуть відповідальність перед індивідами в такій державі. Відповідальність держави не є винятковою. Як міжнародна спільнота має реагувати на невиконання державою свого обов'язку – питання засобів. Військове втручання не є ані єдиною, ані кращою відповіддю.

Перш ніж з'ясувати, як держави трансформуються цією доктриною, важливо зазначити, що в певному сенсі тісний взаємозв'язок між правами та миром зумовив кодифікацію права людини на мир<sup>45</sup>. У 1969 р. Стамбульська декларація, прийнята на 21-й Міжнародній конференції Червоного Хреста, проголосила право на міцний мир як право людини. Пізніше ця декларація була також схвалена ЮНЕСКО, створеною у 1945 р. з метою сприяти миру й унеможливити війну<sup>46</sup>. Дуже скоро право на мир перетворилося на більш загальну програму культури миру.

Але перш ніж втратити свій правовий статус, право на мир з'явилося як складова нового покоління прав. На додаток до першого покоління прав (натхненного свободою) і другого (натхненного рівністю), це було третє покоління, натхненне третім і забутим принципом Французької революції: братерством<sup>47</sup>. Ідея третього покоління прав, яке охоплює колективні права, була запропонована Карелом Васаком у 1979 р.<sup>48</sup> Інтереси, про які йшлося, були колективними за своїм характером, і їх можна було захистити лише через тісну співпрацю між державами<sup>49</sup>. Це покоління прав протистоїть тенденції західного індивідуалізму, але в той же час воно робить проблематичним баланс між пріоритетом окремих осіб та колективним виміром. Право на мир було не єдиним у цій категорії. Там також були права на самовизначення, участь, розвиток та гуманітарну допомогу<sup>50</sup>.

<sup>44</sup> Samuel Moyn, *The Last Utopia. Human Rights in History* (Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 2010).

<sup>45</sup> William O. Peterfi, "The Missing Human Right: The Right to Peace," *Peace Research* 11, 1 (1979): 19–25.

<sup>46</sup> Fernando Valderrama, *A History of UNESCO* (Paris: UNESCO Publishing, 1995), 30.

<sup>47</sup> Douglas Roche, *The Right to Peace* (Ottawa: Novalis, 2003), 133.

<sup>48</sup> Stephen P. Marks, "Emerging Human Rights: A New Generation for the 1980s?", *Rutgers Law Review* 33 (1981): 435–52.

<sup>49</sup> Roche, *The Right to Peace*, 174.

<sup>50</sup> Між цими правами існує різниця з точки зору правових наслідків. Є такі колективні права, які претендують на те, щоб стати колективними повноваженнями, й інші, що являють собою вимоги щодо спільних благ. Балансування між ними різне.

Урешті-решт, Організація Об'єднаних Націй визначила право на мир як право народів у Декларації про право народів на мир у 1984 р.<sup>51</sup> Ця коротка декларація наполягала на прагненні ООН викоринити війну з життя людства та на переконанні, що життя без війни слугує основною передумовою повної реалізації прав, проголошених у межах ООН. Основне занепокоєння стосувалося ядерних війн. Держави повинні відмовитися від застосування сили в міжнародних відносинах і обрати вирішення міжнародних спорів мирними засобами на основі Статуту ООН. Ідея все ще була в логіці викоринення війни. Мета полягала у просуванні альтернатив війні. Слід підкреслити, що ця тенденція постійно зростає на міжнародній арені. Кількість урегулювань спорів за межами кордонів збільшилася експоненціально з того часу, і це є одним із найцікавіших правових явищ сучасності<sup>52</sup>. Держави повинні відігравати важливу роль у формуванні та регулюванні правового плюралізму. Значна частина будь-якої правової системи формується за правилами управління плюралізмом (серед іншого, доктрина джерел). Ці правила залежать від того, яким чином загальні цінності регулюються в межах держави. Вони також є проявом колективного морального та політичного самовизначення.

Цікаво також зазначити, що розвиток культури миру, що вийшов із цієї еволюції в практиці прав людини, поставив під сумнів зв'язок між генетикою та агресивною поведінкою<sup>53</sup>. Севільська заява про насильство (1986 р.), прийнята вченими з усього світу та ЮНЕСКО, підтвердила, що той самий вид, який винайшов війну, здатний винайти мир, і що немає жодних підстав вірити в біологічну схильність людини до війни. Водночас вони підкреслили, що політичних та економічних угод недостатньо для забезпечення міцного миру, який повинен бути встановлений на основі людяності, освіти, інтелектуального прогресу та солідарності. Що я хочу підкреслити, так це те, що до кінця минулого сторіччя все ще зберігалась тенденція вдавання до війни як кроку на випередження.

Повертаючись до сьогодення, цікаво зауважити, що у великих сучасних дебатах щодо етики війн аналогія із самообороною індивіда рішуче заперечується<sup>54</sup>, а натомість моральна оцінка війн пов'язується з правом на самовизначення<sup>55; 56</sup>. У часи

<sup>51</sup> Вибір на користь народів замість держав є важливим. Це означає, що йдеться вочевидь не про права держав.

<sup>52</sup> Див., наприклад: Karen J. Alter, *The New Terrain of International Law. Courts, Politics, Rights* (Princeton & Oxford: Princeton University Press, 2014).

<sup>53</sup> David Keane, "UNESCO and the Right to Peace," in *The Challenge of Human Rights. Past, Present, and Future*, eds. David Keane and Yvonne McDermott (Chetelham: Edward Elgar, 2012), 74.

<sup>54</sup> Жорстку критику самооборони, аждо заперечення будь-якого виправдання надання переваги порятунку наших життів, див. у: Yitzak Benbaji, "Culpable Bystanders, Innocent Threats and the Ethics of Self-Defense," *Canadian Journal of Philosophy* 35, 4 (2005): 585–622.

<sup>55</sup> Massimo Renzo, *Political Self-Determination and Wars of National Defence*, manuscript.

<sup>56</sup> Ця тенденція характерна також для останньої резолюції Генеральної Асамблеї, що містить «Декларацію про право на мир» (2016). General Assembly United Nations, A/HRC/32/L.18, 24 June 2016.

Загальної декларації підхід, заснований на самозахисті індивіда, був привабливим, тому що він апелював до виживання індивіда в контексті природних прав. Проте права людини не є правами природної людини, і це має бути зрозумілим для всіх нас. Можна висунути два аргументи проти ідеї виправдання війни на підставі самовизначення, які обидва впливають з юридичного характеру прав людини. З одного боку, слід зазначити, що деякі права є проблематичними, оскільки вони перетворюються на повноваження, і зокрема на повноваження колективу. Це випадок самовизначення. Логіка прав характеризується пріоритетом окремих осіб.

З іншого боку, контекстуалізація у правовій практиці прав передбачає, що два суперечливі колективні права (у цьому випадку на самовизначення та мир) повинні бути сумісними. Цей конфлікт, очевидно, не є проблемою для юридичної практики, яка використовується для збалансування прав, за умови, що вони однаково прийнятні та мають бути реалізовані, наскільки це можливо, у конкретних контекстах. Умова полягає в тому, що вони повинні бути нормативно та фактично сумісними з неминучим обмеженням. Права стосуються захисту фундаментальних інтересів індивідів, і, таким чином, вони визначають обов'язок оптимізувати їх нормативний вплив. З юридичної точки зору вони працюють як принципи<sup>57</sup>. Принципи – це нормативні вимоги, які повинні бути реалізовані, наскільки це можливо, не утискаючи протилежного права. Робота балансування створює умовне правило прагнення не зменшувати ваги протилежного принципу. Права не перекривають інших прав. Вони повинні бути сумісними.

#### 2.4. Права людини vs. війна

Крім свого статусу принципів, права вимагають верховенства інтересів індивідів над колективними інтересами, устанавлюючи непорушний інституційний пріоритет. Колективний підхід протистоїть пріоритетному характеру індивідуальних прав<sup>58</sup>. Насправді права вищі за колективні інтереси. І навпаки, виправдання війн завжди потребує колективного підходу, який результує у прийнятність жертви окремими людьми заради цілого. Як влучно зауважив Джеремі Волдрон, беззаперчний колективний підхід до війни досі очевидний у випадку «масових або грубих порушень прав людини» як допустимих причин війни в міжнародному праві. У дійсності, збройні втручання дуже рідкісні, незважаючи на величезну кількість порушень прав людини, і це пов'язано з тим, що вибір на користь чи проти військового втручання зумовлений багатьма іншими факторами: витратами, альтернативними можливостями, шансами на успіх, політичною непопулярністю такого рішення тощо. Окреме порушення прав не тягне за собою збройного втручання. Це говорить про те, що війна пов'язана із загальними дестабілізуючими наслідками

<sup>57</sup> Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles," *Ratio Juris* 13, 3 (2000): 294–304.

<sup>58</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1978), 269.

більше, ніж із захистом індивідуальних прав<sup>59</sup>. Якби реалізація прав людини не була спрямована на те, щоб зробити війну неможливою, війна була б відповіддю на кожне порушення прав. У логіці прав людини кожна людина має значення.

Єдиний спосіб пояснити парадоксальне явище воюючих прав людини – відмовитися від логіки юридичної практики прав людини і поглянути на держави та їхню реалполітику. Звісно, важко оспорювати модель інструментальної держави абстрактно, однак як тільки держава встановлена, з народом, ідентичністю та спільною історією<sup>60</sup>, колективні та локальні чинники намагаються протистояти пріоритету індивіда. Держави повинні захищати права, але індивідуальні права небезпечні для колективних інтересів. У межах логіки прав колективні вимоги не є цілями самі по собі. Добробут індивіда завжди пріоритетний. Інакше кажучи, спосіб реалізації права на самовизначення не може суперечити правам окремих осіб. Колективні права повинні бути сумісними з добробутом індивідів та спрямованими на нього. Це вочевидь є структурним обмеженням юридичної практики прав людини. У межах цієї практики будь-яка колективна вимога є принаймні *prima facie* суперечливою.

Насамкінець ми можемо помітити, що зв'язок між правами людини та війною суперечить загальноприйнятим теоріям справедливої війни в самій їхній суті. Ці теорії були в цілому покликані обмежити війни, не тільки несправедливі, але також непропорційні, без шансів на успіх, і незаконні. Цікаво, що всі ці характеристики є складовими справедливості, як і захист прав людини. Пропорційність, практичність і законність – це різні обличчя справедливості, які слід розглядати разом зі справедливими причинами. Інакше кажучи, правове регулювання воєн стосується не тільки поняття неадекватної реакції, а й запропонованого засобу, який також має бути справедливим, пропорційним і законним. Тобто справедливість стосується не тільки справедливих причин, а й справедливих засобів захисту. Не війна є законною, а її регулювання, і право розглядає ситуацію в цілому. Справедливої причини недостатньо для виправдання війн. Права людини як справедлива причина війни не вичерпують справедливості.

### 3. Виклики, що потребують відповіді у парадигмі, що змінюється

Що було поворотним пунктом? Як так сталося, що практика прав людини була переорієнтована на війну замість миру? Чому первісна мета захисту прав людини «від» війн була забута? На мій погляд, винні в цьому головним чином не права людини, а радше право як таке та пануюча правова парадигма. Права людини вимагали перетворення держав та їхніх правових систем, але цю зміну вони не можуть здійснити самостійно, проте парадоксальним чином без такого перетворення та сама юридична практика прав людини ризикує бути неправильно зрозумілою.

<sup>59</sup> Waldron, "Human Rights," 9.

<sup>60</sup> David Miller, *On Nationality* (Oxford: Clarendon Press, 1995), 17–47.

Це нездійснене або незавершене перетворення правової парадигми – тема мого останнього розділу. У ньому йдеться про те, що права людини спровокували, а право могло б перетворити на реальність, якби воно було підтримане дбайливою філософією права. У цьому сенсі мова йде про поняття права. Моя пропозиція може здаватися занадто наївною та амбітною, але існують різні способи участі в юридичній практиці, включно з практикою прав людини, й існує різниця у відповідальності юристів-практиків і відповідальності теоретиків за те, що вони відстоюють<sup>61</sup>.

Права людини обіцяли, але не досягли (ненасильницької) правової революції, у якій добробут індивідів був би на першому місці. Це правда, що права людини – не лише юридична практика, а й складніше явище, що має політичні, соціальні та моральні виміри<sup>62</sup>, однак вони завжди мають правові наслідки. Права людини «хочуть» бути «юридичними». На карту поставлене не тільки відношення між моральними правами і правами юридичними (пленарна лекція Брайана Бікса)<sup>63</sup>, а й повна реалізація прав людини та більш глибока зміна правил, інституцій і практик.

Я підкреслю лише три аспекти цієї незавершеної революції. Перший аспект – це рух до людського права. На мою думку, це перетворення виявляє справжнє обличчя прав людини. Другий стосується центрального значення верховенства права для поняття права. Очікувана правова революція передбачала взаємодоповнюваність верховенства права й прав людини, але встановила пріоритет верховенства права. Третій аспект стосується плюралістичного перетворення права. Наполягаючи на рівноцінному значенні кожної людини, права людини вимагають перегляду вертикальної структури права, характерної для сучасної концепції держави, на користь більш горизонтально орієнтованої. Це не означає, що держави вже не є основними акторами у правовій сфері, але їхнє становище та завдання змінюються (або могли б змінюватись) разом із засобами, які вони використовують (включно з війною). З огляду на інструментальний характер держав вертикальна структура права могла б бути скасованою. Натомість держави, підтримані потужною мережею наукових понять, підтримують – або намагаються підтримувати – ту саму структуру, ту ж силу, на основі того самого набору понять, які зараз скрипуть під вагою правового плюралізму та прав людини.

Важко говорити про нову парадигму. Є, безумовно, нові тенденції, зворотні випадки, аномалії, що створюють очевидні труднощі для пануючої парадигми й вимагають узгодження. Три аспекти, які я окреслю, можна розглядати або як спростування старої парадигми, або як риси нової. У певному сенсі це наш власний вибір.

<sup>61</sup> Catharine MacKinnon, *Are Women Human? And Other International Dialogues* (Cambridge Mass.: Harvard University Press, 2006), 63.

<sup>62</sup> Amartya K. Sen, "Elements of a Theory of Human Rights," *Philosophy and Public Affairs* 32 (2004): 315–56.

<sup>63</sup> Ідеться про пленарну доповідь Брайана Бікса на XXVIII Всесвітньому конгресі Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії «Мир, заснований на правах людини» (17–21 липня 2017 р., м. Лісабон, Португалія). – *Прим. пер.*

### 3.1. Права людини чи людське право?

Перша незгодженість стосується процесу гуманізації права, який права людини розпочали, але не завершили. Права людини наголошують саме на прикметнику «людський» (human), однак існують щонайменше три різні способи розуміння «людського» у правах людини. У той час як стара парадигма є державоорієнтованою, нова орієнтована на людину. У першому й найбільш очевидному сенсі слово «людина» вказує на носія прав. Воно визначає юридично значущу й універсальну якість буття людиною. З юридичної точки зору це поняття становить основу антидискримінаційного характеру практики прав людини та відповідних законів. Права людини – це права людей без будь-якої дискримінації, пов'язаної з будь-якими іншими властивостями, що можуть бути їм притаманні: національність, стать, сексуальна орієнтація, політичні та релігійні погляди. Різниця в економічному становищі та соціальному статусі також є підставою для дискримінації, і сьогодні вони зумовлюють екстремальну нерівність у захисті прав людини. Антидискримінаційний характер прав є інклюзивним і відкритим за своєю сутністю. Він вимагає пошуку відмінностей, зазвичай непомітних на перший погляд, які становлять підстави для дискримінації. Місце народження чи проживання або вимушене перебування в поганій компанії не можуть бути підставами для гіршого, порівняно з іншими, ставлення. На цьому фоні необхідно переосмислити порушення прав цивільного населення як неминучий побічний ефект або ставлення до солдатів як до гарматного м'яса<sup>64</sup>. Відповідно до цього значення людяність (humanity) означає рівність носіїв прав. «Усі враховуються або ніхто не враховується», – говорить детектив Майкла О'Коннеллі Гаррі Босх.

Це, перше, значення слова «людина» у словосполученні «права людини» не є, однак, найбільш показовим щодо справжньої природи останніх. Друге і більш конкретне значення стосується носіїв обов'язків, тобто тих, хто бере участь у захисті прав людини. Бути «людяним» або гуманним – це практична настанова суб'єктів, зокрема (але не виключно) держав, які беруть на себе зобов'язання захищати права людини. Права людини – це права інших осіб, які мають бути захищені<sup>65</sup>. У цьому полягає головна відмінність від теорії природних прав, що розглядаються як «наші права» або «наші права проти» («our rights against») і розуміються як складові суверенітету, у який ніхто не може втручатись<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Див.: Michael Newton & Larry May, *Proportionality in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014).

<sup>65</sup> Це головна ідея книги: Isabel Trujillo & Francesco Viola, *What Human Rights Are Not (Or Not Only). A Negative Path to Human Rights* (New York: Nova Science Publishers, 2014).

<sup>66</sup> Це спосіб, у який багато юристів і активістів іноді характеризують права людини. Цит. за: Luigi Ferrajoli, *Costituzionalismo oltre lo stato* (Modena: Mucchi Editore, 2017), 12. Він говорить про конституційні права, але ця ідея нагадує концепцію прав як щитів (the concept of rights as shields).

Права людини від початку є правами, які держави вирішили захищати. Це найпривабливіша теза так званих політичних або практичних концепцій прав людини. Фактично вони характеризуються «орієнтованим на людину підходом» («human concern approach»)<sup>67</sup>. Їхня обмеженість полягає в тому, що держави не є єдиними учасниками юридичної практики прав людини і що «підхід, орієнтований на людину», вимагає трансформації держави та її засобів, а не редукції їх до місцевої політики або стратегії<sup>68</sup>. «Орієнтований на людину підхід» також пояснює асиметричну дію глобального громадянського суспільства, покликаного захищати або права приватних суб'єктів, або права урядових і неурядових організацій, які відстоюють права найбільш уразливих груп. У справі захисту прав схвалюються всі зусилля. Відповідно до цього, другого, значення бути нелюдським (або негуманним) означає мати можливість захищати права людини й при цьому обирати їх порушення, порушення деяких із них або порушення прав деяких людей. Першочергове значення мають випадки, коли на карту поставлений захист прав найбільш уразливих людей, що є своєрідним лакмусовим папірцем щодо прав людини<sup>69</sup>. Ніщо так не говорить про стандарти практики, ніж те, як вона захищає своїх найслабших учасників. Права людини не залежать від рівноваги сил, а є нормативними вимогами. Це робить їх дуже відносними на відміну від природних прав. Права людини є заклик до взаємодії, і тому вони передбачають взаємозалежність. З цієї причини немає необхідності обирати між підходом, заснованим на правах, і тим, що заснований на обов'язках, як періодично пропонується<sup>70</sup>. Ті, хто розуміють цю особливість і працюють на неї, є людяними, або гуманними, у сенсі практики прав людини.

Коли підкреслюють роль держав, а поняття держави пов'язують із використанням фізичної сили, підтвердженням їхньої важливості буде звернення до війни. Однак війна – це останнє одностороннє слово держави, і вона неминуче порушує права найслабших. Тому війна більше не може розглядатись як правовий засіб. Війна зазвичай є останнім одностороннім політичним актом суверенного утворення на захист своїх власних прав, а не прав людини. Засоби правового захисту в межах практики прав людини повинні бути мирними.

Важливо зазначити, що процес гуманізації в цьому, другому, значенні не є ізолюваною характеристикою практики прав людини. Гуманітарне право і право прав людини мають спільну мету захисту жертв та вразливих людей. Перше робить це,

<sup>67</sup> Waldron, "Human Rights".

<sup>68</sup> Michael Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry* (Princeton: Princeton University Press, 2000).

<sup>69</sup> В останні роки практика прав людини розробила парадигму вразливості, зокрема, у сфері боротьби з торгівлею людьми.

<sup>70</sup> Останнє, але не менш важливе – колишній Голова Конституційного суду Італії знову запропонував ідеї Боббіо (див.: Gustavo Zagrebelsky, *Diritti per forza* (Torino: Einaudi, 2017)). Права людини є підставою для обов'язків, а не навпаки).

визначаючи нейтральних та неупереджених суб'єктів захисту прав за умов надзвичайного стану. З цієї точки зору, з огляду на їх первісну мету, можна сказати, що міжнародне право прав людини виникло в нерозривному зв'язку з міжнародним гуманітарним правом, але з більшим розмахом. Обидва є способами захисту людей від війн; обидва намагаються гуманізувати право та міжнародні відносини<sup>71</sup>. Наприкінці двох світових війн права людини вважались необхідним «доповненням» міжнародного гуманітарного права. Інакше кажучи, гуманітарного права було недостатньо саме тому, що воно передбачало війни. Право прав людини та гуманітарне право відрізняються не за особою, що підлягає захисту, і не за адресатом, а за темпоральним критерієм. Гуманітарне право діє під час війн, хоча зараз це вже не так, оскільки воно поширилось на всі види надзвичайних ситуацій, включно із стихійними лихами. Є сенс у тому, що об'єднуючі процеси гуманізації працюють у міжнародному праві. Функції різних органів, що мають на меті захист вразливості, частково збігаються<sup>72</sup>.

Співвідношення між гуманітарним правом і правом прав людини добре пояснює Міжнародний суд ООН через римський принцип *lex specialis derogat legi generali*<sup>73</sup>. Загальним законом є право прав людини, а спеціальним – гуманітарне право. Юридичним наслідком такої інтерпретації є те, що гуманітарне право має перевагу з його більш обмеженим спектром прав, оскільки воно встановлює кращі гарантії в надзвичайній ситуації, але парадоксальним чином воно також підтверджує більш загальну валідність прав людини.

Активний сенс людяності можна також побачити в українській важливій міжнародній правовій доктрині «злочинів проти людяності». Ця доктрина приписує нелюдський характер деяким злочинам. Вони суперечать почуттю того, що є правильним для людей. Систематичні напади на людей через їхню етнічну приналежність, релігію, політичні погляди, вбивство цивільних осіб або жорстоке поводження з беззбройними людьми є явними випадками нелюдськості не тільки з точки зору жертв, а й з точки зору порушників. Знову ж таки варто зауважити, що у праві війни колективні міркування переважають. Проте не випадково міжнародні кримінальні суди намагаються притягати до відповідальності окремих осіб за геноцид, воєнні злочини і злочини проти людяності шляхом запровадження принципу індивідуальної відповідальності.

Існує третє можливе значення слова «людський», яке стосується гідного людини поводження. Практика захисту прав людини, безумовно, спрямована на забезпечення максимального рівня свободи, добробуту та рівності людей, але вона робить

<sup>71</sup> Тейтель показує деякі ризики цієї перспективи без залучення системи міжнародного кримінального права. Ruti Teitel, "Humanity's Law: Rule of Law for the New Global Politics," *Cornell International Law Journal* 35 (2001–2002): 355–87.

<sup>72</sup> Alex J. Bellamy, "The Humanization of Security? Towards an International Protection Regime," *European Journal of International Security* vol. 1, part 1: 112–33.

<sup>73</sup> Advisory Opinion on the Wall in the Occupied Palestinian Territory, 9<sup>th</sup> July 2004.



це тому, що це гуманне ставлення відповідає людській гідності<sup>74</sup>. У цьому сенсі права людини посилюють конституційні права, що робить захист прав людини багаторівневим завданням. Життєздатні держави є найкращим інструментом захисту прав людини, і очевидно, що держави повинні захищати права у власний спосіб. Однак спільне зобов'язання захищати людей створює основу для координації різних рівнів, і це можливо лише за наявності верховенства права.

### 3.2. Верховенство права, або право наперед справедливості

Не випадково гідність є основою верховенства права. Люди – не лише правові адресанти або пасивні суб'єкти права<sup>75</sup>. Вони є агентами, здатними до правової дії та взаємодії, а також участі у правових і політичних інститутах. Верховенство права захищає людську дію в межах права. Важливим наслідком цієї трансформації, спричиненої правами людини, є саме те, що верховенство права стало важливим для того самого поняття права. Від самого початку було зрозуміло, що права людини розвиваються разом із верховенством права<sup>76</sup>. Мабуть, це найбільш прогресивний момент не тільки в дискусіях щодо поняття права, але все більше й більше – у практиці глобалізованого права. Верховенство право стало просуватись як універсальна цінність разом із правами людини. Це міжнародне зобов'язання як на національному, так і на міжнародному рівні<sup>77</sup>. Ідеться не лише про те, що існують певні права людини, пов'язані з верховенством права, такі як доступ до правосуддя, належна правова процедура тощо. Верховенство права насправді є каркасом прав людини. Людність є осердям верховенства права, оскільки вона визначає належну форму взаємодії людей.

Права людини і верховенство права показують різні сторони справедливості у праві. Вони відрізняються тим, що верховенство права передбачає контекст координації, контекст, у якому мають бути захищені права людини та встановлена справедливість. У той час як права людини спрямовані на захист фундаментальних інтересів індивідів, верховенство права прагне уможливити координацію між ними за допомогою норм права, які можуть забезпечити рівну турботу й повагу. Ці дві практики реалізують взаємодоповнюючі аспекти справедливості, однак

<sup>74</sup> Нормативний статус гідності має важливі наслідки. Це причина динамічного процесу специфікації прав і аргумент на користь того, щоб не закривати їх перелік.

<sup>75</sup> Гідність має стосуватись прав і обов'язків. Не випадково Рональд Дворкін розглядав подвійне обличчя гідності: гідність носія прав і гідність тих, хто підтримує гідні цінності (Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2013)).

<sup>76</sup> Див. ту ж преамбулу Загальної декларації (1948). Бібліографія щодо верховенства права величезна. Крім класичної книги Lon Fuller, *The Morality of Law* (New Haven: Yale University Press, 1964), див.: Jeremy Waldron, "The Rule of Law," in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2016 Edition), ed. Edward N. Zalta, accessed May 12, 2016. <https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/>.

<sup>77</sup> Jeremy Waldron, "Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?" *The European Journal of International Law* 22, no. 2 (2011): 315–43.

верховенство права передує захисту прав людини. Воно становить їхній каркас, установлює процедури, методи та засоби. Права людини без верховенства права можуть стати воюючими тиранами і спричинити війни та конфлікти. Надання пріоритету верховенству права забезпечує захист прав індивідів, але в контексті координації, юридичної сумісності та гармонізації. Справедливість для людей слід шукати в межах права, а не поза ним, за допомогою правил і процедур вирішення спорів, які можуть сприяти умиротворенню. У цьому сенсі право завжди передує справедливості, принаймні справедливості прав людини. Верховенство права – їх умова, контекст, у якому вони реалізуються. Вони потребують контексту, який характеризується стабільністю, належними правилами, мирним урегулюванням і неупередженими інститутами. За Кельзенем, право прагне миру. Усупереч Кельзену, право прагне досягнення справедливості та миру. Право і мир установлюють рамки вимог прав людини щодо справедливості.

### 3.3. Влада vs. співпраця

У контексті верховенства права справедливість означає рівність і взаємність не лише між індивідами, а й між індивідами та владою<sup>78</sup>. Підвищення значущості людської дії потребує перегляду права як вертикальної структури. На верхівці вісі розташовані вже не тільки держави, а ширший спектр інституцій, які перебувають у горизонтальній взаємозалежності. Як ми розуміємо владу в цій картині? Нова парадигма, що змінюється, має справу із множинними носіями влади в такому сценарії, де держави залучені до співпраці. Держави досі залишаються найбільш всеосяжними соціальними організаціями, заснованими на праві (у множині)<sup>79</sup>, однак вони більше не є самодостатніми. На противагу ідеї формально легітимної централізованої влади у новій парадигмі йдеться про практично легітимних множинних секторальних носіїв влади. Кількість цих секторальних носіїв влади зростає. Вони створюють загальноавторитетні правила, що мають дві основні риси. По-перше, вони виправдані своєю метою, тобто є телеологічно організованими: вони стосуються взаємодії в конкретному контексті. По-друге, вони забезпечують згоду в тій мірі, у якій вони здатні досягти своєї мети. Ідеться не про походження або якусь формальну ознаку, що робить правило авторитетним, а про його практичність, здатність створювати взаємодію. Носії влади є легітимними в тій мірі, в якій вони забезпечують ефективну взаємодію. Вони отримують визнання в цій сфері, тому що слідувати правилу – це особистий вибір. Ідея про те, що першою вимогою професійної етики юриста є визнання авторитету права<sup>80</sup>, повинна

<sup>78</sup> John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1980), 272–3.

<sup>79</sup> Raz, “Why the State?”, 2.

<sup>80</sup> Jeremy Waldron, “The Rule of International Law,” *Harvard Journal of Law & Public Policy* 30, 1 (2006): 16–30; Gerald J. Postema, “The Soul of Justice. Bentham on Publicity, Law, and the Rule of Law,” in *Bentham's Theory of Law and Public Opinion*, eds. Xiaobo Zhai & Michael Quinn (New York: Cambridge University Press, 2014), 40–62.

поширюватись також на громадян. Дотримання правових норм – це не лише завдання держави, а й результат рішень, ухвалених учасниками юридичної практики. Тут ми виходимо на проблему юридичної освіти.

Важливим прикладом, що ілюструє виникнення цієї аномалії, є м'яке право – тема, яку філософи права воліють оминати<sup>81</sup>. М'яке право визнає правотворцями суб'єктів, відмінних від тих, що традиційно вважаються легітимними. Воно, як правило, створюється в ході неформальних процедур і радше тими, хто має досвід у певній галузі, ніж визнаною владою. Це може розмивати класичну модель демократичної легітимації. Однак м'яке право не виключає контролю знизу з боку тих, хто використовує ці правила. Це виклик для філософії права. Потрібно розробити правову парадигму, у якій усі суперечливі характеристики м'якого права розглядалися б саме у світлі верховенства права.

Не випадково м'яке право є також контекстом, у якому переглядається сила права. Фактично м'яке право передбачає пом'якшення та урізноманітнення механізмів правового примусу. У міжнародному співробітництві в галузі прав людини вибір на користь м'якого права можна пояснити з точки зору впливу прав людини на внутрішньодержавні справи. Тим не менш м'які механізми забезпечення спостереження за дотриманням державами прав людини (такі як практика Універсального періодичного огляду Ради з прав людини) дають результати щодо поведінки держав. Держави підкорюються м'яким приписам (у згаданому випадку вони надсилають звіти, намагаються бути присутніми в цих організаціях і приймають тлумачення правил). Єдине пояснення полягає в їхній зацікавленості у співпраці, щоб не бути виключеними з міжнародної спільноти<sup>82</sup>. Звичайно, іноді м'яке право неефективне, але якому виду права це не властиво? Заохочуючи держави співпрацювати, м'яке право формує правові очікування та визначає порушення прав. Інакше кажучи, м'яке право стає потужним інструментом гармонізації<sup>83</sup>. Подібна логіка може бути застосована до способу, у який багатонаціональні організації змінюють свою поведінку у сфері прав людини.

Крім поширення різних правових інструментів розв'язання суперечок, картину доповнює вирішальна роль відносно незалежної від держави судової влади, яка підтримує вибір на користь права. Цілісність цієї фрагментованої та диференційованої картини тримається на обов'язку чесної співпраці між державами, інституціями та правовими діячами.

<sup>81</sup> Правовий плюралізм добре взаємодіє з інституційними теоріями права. Те саме було зазначено щодо м'якого права (Anna Di Robilant, "Genealogies of Soft Law," *The American Journal of Comparative Law* 54 (2006): 499–554).

<sup>82</sup> Бенхабіб пояснила дві характеристики цієї нової ситуації: існування космополітичних правил, що зв'язують держави всупереч їхньому явно вираженому бажанню, і пористість кордонів (Seyla Benhabib, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004) and *Another Cosmopolitanism* (Oxford: Oxford University Press, 2008)).

<sup>83</sup> Що також демонструє Європейський Союз. Повний огляд м'якого права у ЄС можна знайти у: Linda Senden, *Soft Law in European Community Law* (Oxford & Portland: Hart Publishing, 2004).

Я розумію, що торкаюся багатьох аспектів, які вимагають більш пильної уваги, однак я тут наголошую на загальній картині. Формування модерного правового мислення характеризувалося уніфікацією правового суб'єкта всупереч фактичній багатоманітності становищ людей у різних правових статусах. Формування сучасного правового мислення може сприяти зосередженню на людях, на протиположному, що обмежує сферу співпраці, акценту на державах.

Необхідно послідовно аналізувати аномалії, вирішувати старі проблеми, протистояти новим загрозам і окреслювати нові напрями дослідження, з яких може виникнути нова парадигма. І це не під силу одній людині.

© І. Тружильо, 2019

### Бібліографія/Bibliography

- Alexy, Robert. "On the Structure of Legal Principles." *Ratio Juris* 13, 3 (2000): 294–304.
- Alter, Karen J. *The New Terrain of International Law. Courts, Politics, Rights*. Princeton & Oxford: Princeton University Press, 2014.
- Arendt, Hannah. *The Human Condition*. Chicago: The University of Chicago Press, 1958.
- Bellamy, Alex J. "The humanization of security? Towards an International Protection Regime." *European Journal of International Security* vol. 1, part 1: 112–33.
- Benbaji, Yitzak. "Culpable Bystanders, Innocent Threats and the Ethics of Self-Defense." *Canadian Journal of Philosophy* 35, 4 (2005): 585–622.
- Benhabib, Seyla. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Benhabib, Seyla. *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- Coleman, Jules L., and Ori Simchem. "Law." *Legal Theory* 9 (2003): 1–41.
- Dworkin, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2013.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1978.
- Fabre, Cécile. *Cosmopolitan War*. Oxford: Oxford University Press Scholarship Online, 2012.
- Fabre, Cecile. "War Exit." *Ethics* 125, 3 (2015): 631–52.
- Ferrajoli, Luigi. *Costituzionalismo oltre lo stato*. Modena: Mucchi Editore, 2017.
- Fiala, Andrew. "Pacifism." In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2014 Edition), edited by Edward N. Zalta. Accessed May 13, 2017. <https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/pacifism/>.
- Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1980.
- Frowe, Helen. *Defensive Killing*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Fuller, Lon. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1964.
- Galtung, Johan. "Positive and Negative Peace (1969)." In *Peace and Conflict Studies*, edited by Charles P. Webel and Jørgen Johansen, 75–9. London & New York: Routledge, 2012.
- Guzman, Andrew T., & Timothy L. Meyer. "International Soft Law." *Journal of Legal Analysis* 2, 1 (2010): 171–225.
- Hadjigeorgiou, Athanasia. *The Relationship Between Human Rights and Peace in Ethnically Divided, Post-Conflict Societies: Theory and Practice*. PhD dissertation discussed at King's College in 2016.

- Hathaway, Oona, & Scott J. Shapiro. "Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law." *The Yale Law Journal, Faculty Scholarship Series* (2011) paper 3850. [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/3850](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3850).
- Howard-Hassmann, Rhoda E. "The Skeptical Forsythe: Peace, Human rights and Realpolitik." *Journal of Human Rights* 11, 3 (2012): 357–8.
- Ignatieff, Michael. *Human Rights as Politics and Idolatry*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- Isakovic, Zlatko. "Choosing Between Peace and Human Rights?" *Peace Research* 33, 1 (2001): 37–46.
- Keane, David. "UNESCO and the Right to Peace." In *The Challenge of Human Rights. Past, Present, and Future*, edited by David Keane and Yvonne McDermott. Chetelham: Edward Elgar, 2012.
- Kelsen, Hans. *Peace through Law*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1944.
- Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre. Einteilung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Vienna: Franz Deuticke Verlag, 1934.
- Leiter, Brian. "The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Scepticism." *Oxford Journal of Legal Studies* 31 (2011): 663–77.
- Luban, David. "Just War and Human Rights." *Philosophy and Public Affairs* 9, 2 (1980): 160–81.
- Lucas, George Jr. "From Jus ad Bellum to Jus ad Pacem." In *The Morality of War: Classical and Contemporary Readings*, edited by Larry May et al., 369–80. NJ., Prentice Hall: Upper Saddle River, 2006.
- MacKinnon, Catharine. *Are Women Human? And Other International Dialogues*. Cambridge Mass.: Harvard University Press, 2006.
- Marks, Stephen P. "Emerging Human Rights: A New Generation for the 1980s?" *Rutgers Law Review* 33 (1981): 435–52.
- Melander, Erik. "Therése Pettersson, Lotta Themnér, Organized violence, 1989–2015." *Journal of Peace Research* vol. 53, issue 5, 727–42.
- Miller, David. *On Nationality*. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Moellendorf, Darrel. "Jus ex Bello." *Journal of Political Philosophy* 16 (2008): 123–36.
- Moyn, Samuel. *Christian Human Rights*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2015.
- Moyn, Samuel. *The Last Utopia. Human Rights in History*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 2010.
- Newton, Michael, & Larry May. *Proportionality in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Nye, Hillary. *Does Law 'Exist'?* Paper discussed in the context of the Jurisprudence Discussion Group (Oxford University), on the 3<sup>rd</sup> of February 2017.
- Orakhelashvili, Alexander. "The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflicts, Parallelism, or Convergence?" *The European Journal of International Law* 19, 1 (2008): 161–82.
- Peterfi, William O. "The Missing Human Right: The Right to Peace." *Peace Research* 11, 1 (1979): 19–25.
- Postema, Gerald J. "The Soul of Justice. Bentham on Publicity, Law, and the Rule of Law." In *Bentham's Theory of Law and Public Opinion*, edited by Xiaobo Zhai & Michael Quinn, 40–62. New York: Cambridge University Press, 2014.

- Raz, Joseph. "Why the State?" (October 12, 2013) *King's College London Law School Research Paper* No. 2014–38; *Columbia Public Law Research Paper* No. 14–427; *Oxford Legal Studies Research Paper* No. 73/2014. <https://ssrn.com/abstract=2339522>.
- Rivas, Juana María Ibañez. "El derecho internacional humanitario en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos." *Revista Derecho del Estado* 36 (2016): 167–98.
- Renzo, Massimo. *Political Self-Determination and Wars of National Defence*, manuscript.
- Robilant, Anna Di. "Genealogies of Soft Law." *The American Journal of Comparative Law* 54 (2006): 499–554.
- Roche, Douglas. *The Right to Peace*. Ottawa: Novalis, 2003.
- Rodriguez-Blanco, Veronica. *Law and Authority Under the Guise of the Good*. Oxford: Hart Publishing, 2016.
- Sandel, Michael. *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2012.
- Schauer, Frederick. *The Force of Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2015.
- Sciaraffa, Stefan. "On content-independent reasons: it's not in the name." *Law and Philosophy* 28 (2009): 233–60.
- Sen, Amartya K. "Elements of a Theory of Human Rights." *Philosophy and Public Affairs* 32 (2004): 315–56.
- Senden, Linda. *Soft Law in European Community Law*. Oxford & Portland: Hart Publishing, 2004.
- Tamanaha, Brian. "What Is Law?" (October 14, 2016) *Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper* No. 15–01–01. <https://ssrn.com/abstract=2546370>.
- Teitel, Ruti. "Humanity's Law: Rule of Law for the New Global Politics." *Cornell International Law Journal* 35 (2001–2002): 355–87.
- Trujillo, Isabel. "Human Rights and Changes to the International Legal System. Philosophical Reflections on the (Difficult) Coexistence of International Humanitarian Law and International Human Rights Law." In *Globalization and Human Rights, Challenges and Responses from a European Perspective*, edited by Jesús Ballesteros, Encarnación Fernández, Pedro Talavera, 141–55. Dordrecht, Heidelberg, New York & London: Springer, 2012.
- Trujillo, Isabel. "Why (Ever) Define Law and How to Do It." In *The Force of Law Reaffirmed. Frederick Schauer Meets the Critics*, edited by Christoph Bezemek & Nicoletta Ladavac, 1–14. Dordrecht: Springer, 2016.
- Trujillo, Isabel, & Francesco Viola. *What Human Rights Are Not (Or Not Only). A Negative Path to Human Rights*. New York: Nova Science Publishers, 2014.
- Valderrama, Fernando. *A History of UNESCO*. Paris: UNESCO Publishing, 1995.
- Vitoria, Francisco de. *Relectio de Iure Belli*, II, 3.
- Waldron, Jeremy. "Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?" *The European Journal of International Law* 22, 2 (2011): 315–43.
- Waldron, Jeremy. "Human Rights: A Critique of the Raz/Rawls Approach." *Public Law & Legal Theory Research Paper Series, New York University School of Law*, June 2013, Working paper no. 13–32.
- Waldron, Jeremy. "The Rule of Law." In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2016 Edition), edited by Edward N. Zalta. Accessed May 12, 2016. <https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/>.

Waldron, Jeremy. "The Rule of International Law." *Harvard Journal of Law & Public Policy* 30, 1 (2006): 16–30.

Walzer, Michael. *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*. New York: Basic Books, 1978.

Zagrebelsky, Gustavo. *Diriti per forza*. Torino: Einaudi, 2017.

### **Изабель Тружильо. Права людини, мир та поняття права. Історія незавершеної правової революції**

**Анотація.** У статті розглянуто взаємозв'язок між правами людини та миром з точки зору поняття права. Обґрунтовано, що логіка прав людини принципово суперечить логіці війни, а концепція прав людини як справедливої причини війни є наслідком панування парадигми права, орієнтованої на державу. На протипагу модерному правовому мисленню, яке характеризується акцентом на державі та уніфікацією правового суб'єкта всупереч фактичній багатоманітності становищ людей у різних правових статусах, формування сучасного правового мислення може сприяти зосередженню на людях та їхніх правах і переосмисленню ролі примусу у праві.

**Ключові слова:** парадигма права; права людини; мир; війна; право на мир; верховенство права; недержавне право.

### **Изабель Тружильо. Права человека, мир и понятие права. История незавершенной правовой революции**

**Аннотация.** В статье рассмотрена взаимосвязь между правами человека и миром с точки зрения понятия права. Обосновано, что логика прав человека принципиально противоречит логике войны, а концепция прав человека как справедливой причины войны является следствием господства парадигмы права, ориентированной на государство. В противоположность правовому мышлению Модерна, которое характеризовалось акцентом на государстве и унификацией правового субъекта вопреки фактическому многообразию положений людей в различных правовых статусах, формирование современного правового мышления может способствовать сосредоточению на людях и их правах, а также переосмыслению роли принуждения в праве.

**Ключевые слова:** парадигма права; права человека; мир; война; право на мир; верховенство права; негосударственное право.

### **Isabel Trujillo. Human Rights, Peace, and the Concept of Law. The Story of an Incomplete Legal Revolution**

**Abstract.** The article is an observation of the relationship between human rights and peace from the perspective of the definition of law.

The first part concerns the relationship between peace and human rights: 1) arguments supporting the idea that human rights have become important enough to turn them into a just cause for war are examined; 2) it is demonstrated that this transformation implies an aporetic relationship between human rights and peace in the both notions available, negative and positive, leaving the question of their relationships unsolved; 3) it is shown that historically this transformation reverses their original purpose; 4) the logic of human rights is contrasted with the

logic of war. The conclusion is that the link between human rights and wars is at the same time the result of the importance they have attained, but also of their defective implementation. The second part contains the explanation of this result from the point of view of the concept of law. It is demonstrated that the loosing the original purpose of protecting human rights “against” wars is not mainly the fault of human rights, but rather of the dominant legal paradigm. It is stressed three aspects of an incomplete legal revolution in which individuals’ wellbeing was paramount: 1) the push for human law; 2) the centrality of the rule of law for the concept of law; 3) the transformation of law in a pluralistic way (human rights require a revision of the vertical frame of law, typical of the Modern State Conception, in favour of a more horizontally oriented one). The author defends two main ideas: the first one is that war as a way of enforcement is no longer the cross-check of legal systems, in other words, that we have to rethink the meaning and role of the force of law; the second one is that law comes before justice.

**Keywords:** legal paradigm; human rights; peace; war; right to peace; rule of law; non-state law.

Одержано / Received 01.05.2019



## ПОНЯТТЯ «МИР» І «ВІЙНА» В КОНТЕКСТІ ТРАНСНАЦІОНАЛЬНОГО ТЕРОРИЗМУ<sup>2</sup>

Надворі 1762 рік. Знадобилося понад 100 років із моменту встановлення державного суверенітету як принципу міжнародного права, щоби осмислити з точки зору філософії один із центральних його наслідків для класичного міжнародного публічного права: у своєму «Суспільному договорі» Жан-Жак Руссо закладає – більш-менш побіжно – засади гуманізації війни. Ці засади є частиною відповіді Руссо на тезу Гроція<sup>3</sup>, що виграна війна виправдовує право на рабів, оскільки переможець може укласти з громадянами переможеної держави контракт про обмін їхньої свободи на життя. Війна, заперечує Руссо, «аж ніяк не є відносинами людини з людиною, але – відносинами держави з державою, за яких приватні особи стають ворогами лише випадково, тобто зовсім не як люди і навіть не як громадяни, а як солдати»<sup>4</sup>. Як наслідок, принаймні в континентальній філософії, війна більше не розглядається як стан, у якому окремі особи борються з іншими окремими особами чи державами, натомість – після становлення держав у новочасній Європі – як стан насильницького конфлікту між державами. Тоді як приватні війни були цілком природним предметом середньовічної і ранньомодерної юснатуралістичної філософії, аргументи Руссо слугують маркером кардинальної зміни, яку важко переоцінити з точки зору її наслідків: лише у світлі цієї зміни заклики до гуманності під час війни, особливо щодо некомбатантів, стають зрозумілими; і лише в цьому світлі можна обґрунтувати чітке розмежування кримінального права і права війни та на цій основі

<sup>1</sup> Філіп Гізбертц, доктор філософії, Університет Гьоттінгена, Німеччина.  
Philipp Gisbertz, PhD, Georg-August-Universität Göttingen, Germany.  
e-mail: philipp.gisbertz@jura.uni-goettingen.de

<sup>2</sup> Ця стаття є перекладом оригінальної німецькомовної версії статті, яка була представлена на здобуття премії для молодих дослідників Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії. – *Прим. авт.*

Philipp Gisbertz. The Concepts of “War” and “Peace” in the Context of Transnational Terrorism. Пленарна доповідь на XXVIII Всесвітньому конгресі Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії «Мир, заснований на правах людини» (17–21 липня 2017 р., м. Лісабон, Португалія). Переклад Костянтина Горобця. – *Прим. ред.*

<sup>3</sup> Гуго Гроцій, *О праве войны и мира* (Москва: Ладомир, 1994), кн. 3, гл. VII. Тут і далі, коли можливо, задля уникнення подвійного чи потрійного перекладу, посилання будуть робитися на доступні переклади класичних творів українською і російською мовами. – *Прим. пер.*

<sup>4</sup> “La guerre n’est donc point une relation d’homme à homme, mais une relation d’État à État, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu’accidentellement, non point comme hommes ni même comme citoyens, mais comme soldats”. (Українськомовний текст наведено за перекладом Олега Хоми (Жан-Жак Руссо, *Про суспільну угоду, або принципи політичного права* (Київ: Port-Royal, 2001)). – *Прим. пер.*)

відкинути ідею, яку можна знайти, наприклад, у Гоббса чи Локка, а саме, що скоєння злочину зумовлює стан війни між злочинцем і політичною спільнотою<sup>5</sup>. Таким чином, у XVIII ст. поняття війни проходить через зміни, що лишають окремих індивідів поза його рамками. Після Руссо розмежування внутрішніх і зовнішніх війн, проведене Пуфендорфом<sup>6</sup>, не може більше означати розмежування приватних і державних війн, а лише громадянських і міждержавних<sup>7</sup>. Тож поняття миру і війни, якими вони були на кінець XX ст., передбачають – услід за Гроцієм<sup>8</sup> – що мир є антонімом війни.

Концептуальне заперечення можливості приватної війни, втім, не було загальноприйнятим чи необхідним до моменту становлення державного суверенітету й класичного міжнародного права та їх інтелектуального осмислення. Отже, постає питання, чи є концептуальний аналіз Руссо все ще застосовним у часи ерозії значущості державності й особливо у світлі транснаціонального тероризму, і якщо так, то в який спосіб. Іншими словами, як наші поняття війни і миру змінюються, якщо ми говоримо про держави, які перебувають у стані війни з терористом, тобто приватною особою? Які досягнення модерної доби ми в такий спосіб ставимо під сумнів? Чи можна все ще захищати традиційну концепцію? Я розглядатиму ці питання у три кроки: 1) спочатку я запропоную нарис історичного розвитку цих понять; 2) далі я проаналізую ці поняття з особливим фокусом на їх суб'єктному складі, цілях і способах війни, а також взаємозв'язку понять війни і миру; 3) нарешті, я звернуся до сучасної проблеми зниження значущості державності і транснаціонального тероризму. Питання тут полягає в тому, які наслідки ця динаміка порождує для понять війни і миру.

## 1. Поняття війни і миру в плині історії

### *Розвиток до Вестфальського миру*

Починаючи з грецької Античності, поняття війни було предметом дискусій. Для Геракліта це «батько всіх речей»<sup>9</sup>, тоді як Платон у «Законах»<sup>10</sup> порівнює її

<sup>5</sup> Фома Аквінський, *Сумма теології* (Київ: Эльга, 2003), т. II, ч. 21. (64–2); Томас Гоббс, *Левіафан, або Суть, будова і повноваження держави церковної і цивільної* (Київ: Дух і літера, 2000), гл. XXVI; Джон Лок, *Два трактати про врядування* (Київ: Основи, 2001), § 10–16.

<sup>6</sup> Samuel Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo* (Oxford: Clarendon Press, 1934), Lib. 1, Cap. 1, § 8.

<sup>7</sup> Я не буду завжди згадувати концептуальну можливість громадянської війни як війни проти держави. Утім така можливість передбачена в подальшому аналізі.

<sup>8</sup> Гроцій, *О праве войны и мира*, кн. 4, гл. XXI, § 1.

<sup>9</sup> «War is the father and king of all: some he has made gods, and some men; some slaves and some free». («Πόλεμος πάντων μὲν πατήρ ἐστὶ, πάντων δὲ βασιλεύς, καὶ τοὺς μὲν θεοὺς ἔδειξε τοὺς δὲ ἀνθρώπους, τοὺς μὲν δούλους ἐποίησε τοὺς δὲ ἐλευθέρους.»)

Утім переклад грецького терміна *polemos* як «війна» є неточним. Наприклад, Мартін Гайдеггер перекладає *polemos* як «конфлікт» і підкреслює, що це не тотожно «війні в людському розумінні» («kein Krieg nach menschlicher Weise»), а є радше єдністю з логосом (Martin Heidegger, *Einführung in die Metaphysik* (Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1987), 47).

<sup>10</sup> Платон, *Законы. Послезаконие. Письма* (Санкт-Петербург: Наука, 2014), 627d; 628 с.

з хворобою. Мир є бажаним станом, а війна – лише необхідним злом. Уже Платон розмежовує внутрішні і зовнішні війни, що пізніше буде концептуалізовано Пуфендорфом<sup>11</sup>. Мир, досягнутий перемогою в громадянській війні, як вважає Платон, є гіршим за дружній мир взаємного возз'єднання. У такий спосіб Платон непрямо визначає дві відмінні концепції миру: мир як відсутність війни та мир як дружба. Як наслідок, поняття війни насамперед обговорюється у філософії з акцентом на умовах справедливості війни<sup>12</sup>, що не є предметом нашого інтересу тут. У трактаті «Про обов'язки» Цицерон влучно визначає війну як насильницький спосіб вирішення конфлікту (*genus decertandi per vim*)<sup>13</sup>. Таким чином він визначає мету (вирішення конфлікту) і спосіб (насилля) війни. Наскільки відомо на сьогодні, найперше розмежування можливих суб'єктів війни можна знайти у Франциско де Вітторія. Він визнає право на захисну війну в окремих індивідів, тоді як на агресивну війну мають право лише спільноти. Де Вітторія не проводить відмінності ані між самозахистом і захисною війною, ані між внутрішньою монополією на легітимне застосування фізичної сили спільнотою та агресивною війною. Швидше війна виглядає синонімом фізичної сили. Водночас він був першим, хто запропонував ідею приватної війни як війни між окремими індивідами, а не як війни між державами і спільнотами<sup>14</sup>. На основі цієї ідеї і разом зі становленням світського природного права війна як така (а не лише справедлива війна) стає предметом філософії природного права сама по собі. Поняття миру, таким чином, починає обговорюватися побіжно. Самостійної значущості воно набуває насамперед у теоріях вічного миру, які стають популярними, починаючи з пізнього середньовіччя, наприклад, у Данте Аліґ'єрі, Еразма Роттердамського, Емеріка Крюсе<sup>15</sup>.

Мислителі XVII ст., чії теорії мають вагоме значення для філософії права, заслуговують на особливу увагу: Гроцій, Гоббс і Пуфендорф. Гуго Гроцій обирає приватні війни як стартову точку для своїх міркувань: він концептуалізує публічні війни як так звані повні війни (*bellum plenum*), тобто як поширення приватної війни на всі

<sup>11</sup> Pufendorf, *De Jure Naturae*, Lib. 1, Cap. 1, § 8.

<sup>12</sup> Для подальшого розбору цієї теми, див.: Otto Kimminich, "Krieg," In *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, ed. Joachim Ritter, Karlfried Gründer, Gottfried Gabriel (Basel: Schwabe, 1971–2005), 1230 і далі.

<sup>13</sup> Марк Туллий Цицерон, *О старости. О дружбе. Об обязанностях* (Москва: Наука, 1993), XI, 34.

<sup>14</sup> Francisco de Vitoria, *De iure belli* (Roma: Editori Laterza, 2005). Однак теза Кіммініха (Kimminich, "Krieg," 1231), що де Вітторія сформулював поняття приватної війни, не може доводитися цим уривком.

У контексті дебатів часів Середньовіччя й Відродження, слід зазначити, що вони мали місце тоді, коли чіткого розмежування між публічною і приватною сферами, між державою й окремим індивідом не існувало: до виникнення суверенітету й національних держав правителі були приватними й публічними акторами одночасно, а спільнота розумілася швидше в персональному, а не територіальному сенсі.

<sup>15</sup> Детальніше див.: Otto Kimminich, "Ewiger Frieden," In *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, ed. Joachim Ritter, Karlfried Gründer, Gottfried Gabriel (Basel: Schwabe, 1971–2005), 1117 і далі.

суб'єктів<sup>16</sup>. Саме на цьому тлі він захищає право на уярмлення переможених<sup>17</sup> – тобто розвиває саме ту аргументацію, яка пізніше приводить Руссо до заперечення ідеї приватних війн. Для Гроція мир є просто відсутністю війни. Його афоризм, натхненний Цицероном, що немає нічого проміжного між війною й миром<sup>18</sup>, є найбільш видатною у своїй суперечливості дефініцією цих двох понять аж до сьогодні. Однак якщо Цицерон визначає війну як дію, то Гроцій вважає, що її краще розуміти як певний стан боротьби або ворожнечі<sup>19</sup>. Приватні війни концептуалізовані ще більш радикально у Гоббса: люди за природою перебувають у стані війни один з одним, і мир уможлиблюється лише завдяки сильній політичній владі. Тут приватна війна є прямим наслідком природного стану, тобто егоїстичного прагнення до самозбереження. Така війна визначається не фактичним насиллям, а станом невизначеності щодо ненасилля: «Бо війна полягає не лише у битві чи бойовій дії, а й у проміжку часу, коли дається достатньо знаки воля до змагання у битві. [...] Решта часу є мир»<sup>20</sup>. Тут так само немає жодного проміжного стану між війною та миром, що особливо важливо для поняття миру: для Гоббса мир постає як відсутність невизначеності, що досягається у правовому стані. У такий спосіб поняття миру поєднане з ідеєю політичного і правового правління. Понад те, Гоббс відхиляється навіть більше, ніж Гроцій, від цицеронівського визначення війни: для Цицерона війна є вирішенням конфлікту, а для Гоббса – природним станом. Для Цицерона вона вимагає засобів насилля, бо мету неможливо мислити без засобів її досягнення, для Гоббса ж – через відсутність визначеної мети немає потреби і в засобах насилля. Нарешті, Пуфендорф розрізняє внутрішні (*internum/-a*) і зовнішні (*externum/-a*), а також загальні (*communis/-e*) й окремі (*particularis/-e/peculiaris/-e*) війну й мир. Мир є загальним природним станом, тоді як у політичній державі він завжди окремий, тобто, грубо кажучи, базований на договорі, який визначає внутрішній мир у державі або ж зовнішній мир між державами. На противагу миру як природному й загальному людському стану, війна може бути винятково окремою. Вона постає або як внутрішня громадянська війна, або як зовнішня війна між державами<sup>21</sup>. Тобто війна вже концептуалізується через її зв'язок із державою, хоча й не так чітко й фундаментально, як у Руссо.

Інший аспект приватних війн можна побачити у Гоббса й Локка: обидва мислителі розглядають злочинця як особу, яка вступила у війну з політичною спільнотою. У Гоббса ця ідея проявляється лише непрямо через його ідею про те, що громадяни передають свої необмежені права, які вони мають у природному стані війни,

<sup>16</sup> Гроцій, *О праве войны и мира*, кн. 1, гл. I, § 1; кн. 4, гл. II, § 2–3; кн. 4, гл. III, § 9.

<sup>17</sup> Там само, кн. 4, гл. VII.

<sup>18</sup> Там само, кн. 4, гл. XXI, § 1.

<sup>19</sup> Там само, кн. 1, гл. I, § 2.

<sup>20</sup> Гоббс, *Левіафан*, 153.

<sup>21</sup> Pufendorf, *De Jure Naturae*, Lib. 1, Cap. 1, § 8.

суверену, який може використовувати ці права, щоби застосовувати закони<sup>22</sup>. Локк, з іншого боку, прямо вказує на те, що злочинці відвертаються від розуму й дегенерують у звіра, вступаючи в такий спосіб у війну зі спільнотою<sup>23</sup>. Цей аргумент перегукується з фрагментом із «Суми теології», де Аквінат – хоча й без звернення до поняття війни – пише, що злочинець відщеплюється від розумного порядку й стає навіть гіршим за звіра<sup>24</sup>. У такий спосіб Аквінат і Локк виправдовують смертну кару. Їхня лінія аргументації така ж стара, як і спосіб мислення про війну й ворожнечу: він з'являється ще в Іліаді, коли Ахілл відмовляє Гекторові в тому, щоби до його мертвого тіла ставилися з гідністю. Він виправдовує цю відмову, звертаючись до стану війни між ним і Гектором, який може бути порівняний з відносинами між людиною і левом або між вовком і вівцею<sup>25</sup>.

### *Руссо і класичне міжнародне право*

У політичному й правовому сенсі найбільш впливовими подіями для формування понять війни і миру в ранню модерну добу, поза сумнівом, стали Тридцятилітня війна (1618–1648 рр.) й укладення Вестфальського миру. Вестфальський мир складався з двох договорів: Мюнстерського, між імператором Священної Римської Імперії і Францією, й Оснабрюцького, між імператором і Швецією. Історики й досі диспутують, чи був Вестфальський мир маркером переходу до нової ери класичного міжнародного права<sup>26</sup>, базованого на принципі суверенітету<sup>27</sup>. Утім слід визнати, що в цих договорах щонайменше містяться норми щодо заборони сили й щодо публічної монополії на легітимне застосування фізичної сили<sup>28</sup>. Ці норми лишають

<sup>22</sup> Гоббс, *Левіафан*, 288–9.

<sup>23</sup> Локк, *Два трактати про врядування*, 222–3.

<sup>24</sup> Аквінський, *Сумма теології*, Т. II, Ч. 21. (64–2).

<sup>25</sup> В українському перекладі «Іліади» Ахілл звертається до Гектора як до пса:

«Псе, не благай мене задля колін і батьків моїх рідних.

Тільки б дав волю я серцю і гніву своєму, то м'ясо

Рвав би із тебе й сирим пожирав би, – таке ти накоїв!

Нині ніхто вже від псів голови не врятує твоєї,

Хоч би і в десять, і в двадцять разів привезли мені більший

Викуп, і, зваживши на терезах, обіцяли ще стільки,

Й золотом чистим вагу твого тіла звелів замінити

Син Дарданів Пріам, – і тоді твоя мати шановна,

Що народивсь ти від неї, на ложі тебе не оплаче, –

Пси лиш та хижі птахи розірвуть на шматки твоє тіло!» (Гомер, *Іліада* (Харків: Фоліо, 2006))

<sup>26</sup> Stephan Hobe, *Einführung in das Völkerrecht* (Tübingen: Auflage, 2008), 36 і далі.

<sup>27</sup> Meinhard Schröder, “Der Westfälische Friede – eine Epochengrenze im Völkerrecht?” in *350 Jahre Westfälischer Friede*, ed. Meinhard Schröder (Berlin: Duncker & Humblot, 1999), 119 і далі; Siegrid Westphal, *Der Westfälische Frieden* (München: C. H. Beck, 2015), 113; Johannes Burkhardt, “Das größte Friedenswerk der Neuzeit. Der Westfälische Frieden in neuer Perspektive,” *Geschichte in Wissenschaft und Unterricht* 49 (1998): 592 і далі.

<sup>28</sup> Повні оригінальні тексти двох мирних договорів можуть бути знайдені тут: <http://www.pax-westphalica.de> (німецькою мовою).

мало сумнівів у тому, що імператор Священної Римської Імперії, рівно як і король Франції та королева Швеції, заявляли про свої виняткові права на представництво своїх внутрішніх реалій на міжнародній арені. Для цілей же цієї статті достатньо розглянути режим міжнародного публічного права після Вестфальського миру як основу для принципу суверенітету, який, по-перше, передбачає монополію на насилля і, по-друге, федеративну владу, як її називає Локк, тобто право на зовнішнє представництво нації – і звідси право на оголошення війни й укладення миру.

Встановлення монополії на насилля означає для поняття війни, що до неї можна вдаватися лише тоді, коли держава, маючи легітимне право на насилля, не може застосувати це право щодо іншого суб'єкта – тобто коли є конфлікт між державами і коли є стан громадянської війни проти державної влади, яка фактично більше не є санкціонованою через правову систему. Руссо пояснює цю думку:

Хоча б тому, що люди, живучи в умовах первісної незалежності, не мають настільки сталого зв'язку між собою, щоб міг виникнути або стан війни, або стан миру – вони аж ніяк не є ворогами за природою. Війну породжує зв'язок між речами, а не між людьми; оскільки стан війни може народитися не з простих особистих, а лише з майнових відносин, то приватної війни, або війни людини проти людини, не існує ані в природному стані, де немає ніякої сталої власності, ані в стані суспільному, де все перебуває під владою законів<sup>29</sup>.

Війна, таким чином, вимагає сталих реальних нерегульованих правом відносин. Звідси, вона не може виникнути в межах функціонуючої держави. Окремі особи не вступають у стан війни з державою, бо вони перебувають у правовому стані. Здатність держави до застосування права стає негативною дефінітивною рисою поняття війни – а отже, достатньою умовою миру, якщо розвернути аргументацію в протилежний бік. Понад те, у стані війни громадяни є ворогами як солдати і лише солдати: «Метою війни є знищення ворожої держави, і тому цілком правомірно вбивати її захисників, коли ті тримають зброю в руках; проте варто їм скласти зброю і здатися у полон, як вони вже не є ворогами або знаряддями ворога і стають просто людьми. Відтоді вже ніхто не має права на їхнє життя»<sup>30</sup>. Як продемонстровано вище, Руссо в такий спосіб надає перші підстави для гуманного ставлення до некомбатантів під час війни<sup>31</sup>. Водночас він доповнює цицеронівську дефініцію війни

<sup>29</sup> «Par cela seul, que les hommes vivent dans leur primitive indépendance, n'ont point entre eux de rapport assez constant pour constituer ni l'état de paix ni l'état de guerre, ils ne sont point naturellement ennemis. C'est le rapport des choses et non des hommes qui constitue la guerre; et l'état de guerre ne pouvant naître des simples relations personnelles, mais seulement des relations réelles, la guerre privée ou d'homme à homme ne peut exister, ni dans l'état de nature où il n'y a point de propriété constante, ni dans l'état social où tout est sous l'autorité des lois» (Руссо, *Про суспільну угоду*, 15).

<sup>30</sup> «La fin de la guerre étant la destruction de l'Etat ennemi, on a droit d'en tuer les défenseurs tant qu'ils ont les armes à la main; mais sitôt qu'ils les posent et se rendent, cessant d'être ennemis ou instruments de l'ennemi, ils redeviennent simplement hommes et l'on n'a plus de droit sur leur vie» (Руссо, *Про суспільну угоду*, 17).

<sup>31</sup> Статус комбатантів і некомбатантів є предметом інтенсивних філософських дискусій. Див., наприклад: Jeff McMahan, «Who Is Morally Liable to Be Killed in War?» *Analysis Reviews* 71(3) (2011):

фундаментальною рисою: війна є насильницьким способом вирішення конфлікту між державами – або ж проти державної влади<sup>32</sup>.

*Вічний мир та ідеалізація війни у ХІХ ст.*

Цілі, засоби й допустимі суб'єкти війни визначені Руссо. Вони так само можуть бути знайдені в Карла фон Клаузевіца. Він визначає: «Війна є актом насилля, що має на меті примус супротивника виконати нашу волю»<sup>33</sup>. Фон Клаузевіц у цій дефініції прямо наслідує Цицерона, що допускає можливість приватних війн через відсутність зведення кола її суб'єктів до держав. Як стартову точку фон Клаузевіц – як і Гроцій – обирає приватні відносини: війна складається з численних дуелей<sup>34</sup>. Однак інтерпретація фон Клаузевіца як теоретика приватної війни є помилковою. Хоча він і визначає мету війни як підкорення супротивника, немає жодних сумнівів у тому, що мають існувати й подальші цілі війни, які він прямо називає політичними<sup>35</sup>. Його відомий афоризм, що війна є всього лише продовженням політики іншими засобами<sup>36</sup>, лише підтверджує цю концепцію. Цей афоризм – як його звичай розуміють сьогодні – зовсім не знецінює політику. Швидше фон Клаузевіц визначає свого роду середньострокові цілі війни: вони завжди політичні, а тому концептуально залежні від політики. Суб'єктами війни, отже, можуть бути лише політичні агенти, тобто держави<sup>37</sup>. Фон Клаузевіц розглядає війну в руслі німецького духу часу ХІХ ст. як дещо позитивне й необхідне. У цьому він погоджується з Гегелем.

Однак перш ніж перейти до обговорення гегелівської філософії війни, ми маємо зробити крок назад і повернутися до поняття миру. Воно посідає ключове місце у кантівському «Вічному мирі». Кантівська ідея ліги націй як інструменту забезпечення миру<sup>38</sup> непрямо відсилає до концепту, який ми побачили у Руссо: війна і право є взаємно виключними<sup>39</sup>. Там, де авторитет права може вирішити конфлікт, війна неможлива. Однак що є миром за Кантом? Насамперед ми маємо відзначити, що Кант

---

544; Seth Lazar, *Sparing Civilians* (Oxford: Oxford University Press, 2015). Для ширшого огляду літератури див.: Helen Frowe, *The Ethics of War and Peace* (London: Routledge, 2016), 123–46.

<sup>32</sup> Руссо не обговорює можливість громадянської війни. Однак ця можливість впливає з його аргументації, оскільки вона сумісна з реальними і сталими відносинами, які не перебувають під авторитетом права.

<sup>33</sup> “Der Krieg ist also ein Akt der Gewalt, um den Gegner zur Erfüllung unseres Willens zu zwingen”. Цитовано за: Карл фон Клаузевиц, *О войне* (Москва: Эксмо, 2007), 6.

<sup>34</sup> Схожим чином, Гроцій відстежує етимологію «bellum» до слова «duellum». Див: Гроцій, *О праве войны и мира*, кн. 2, гл. I, § 2.

<sup>35</sup> Карл фон Клаузевиц, *О войне* (Москва: Эксмо, 2007), 11–9.

<sup>36</sup> Там само, 19.

<sup>37</sup> Там само, 6.

<sup>38</sup> Иммануил Кант, “К вечному миру,” в *Сочинения в 6 т.*, Т. 6, 257–347 (Москва: Мысль, 1966).

<sup>39</sup> Див. також: Matthias-Lutz Bachmann and James Bohman, ed. *Frieden durch Recht* (Frankfurt a.M.: Suhrkamp Verlag, 1996).

обмежує предмет свого досліду миром між державами<sup>40</sup>. Такий мир не досягається всього лише припиненням вогню, оскільки він вимагає припинення ворожнечі, а не просто її відкладення на майбутнє<sup>41</sup>. Дефініція війни за Цицероном і Руссо, таким чином, не є прямим антонімом кантівському поняттю миру. Розмежовуючи припинення вогню і мир, Кант відходить від гроцієвської ідеї про відсутність проміжного стану між війною і миром. За Кантом, мир є відсутністю війни й ворожнечі.

Кантівські думки про мир як про припинення ворожнечі у загальній лізі націй виглядають сучасно, однак позитивні конотації війни у фон Клаузевіца й Гегеля були більш ефективними у ХІХ ст. Гегель прямо розвиває свою ідею через критику Канта. Держава як дещо ціле вимагає свого заперечення, тобто відмежування від ворога. Війна приносить внутрішню цілісність та спокій і є необхідним засобом вирішення конфліктів, які неможливо вирішити мирно. Звідси, війна є необхідним морально цінним інструментом, і лише у війні держава як колектив підтримує свою моральну якість і цілісність<sup>42</sup>.

### *Доба сучасного міжнародного права і заборона війни*

Майже одночасно з фон Клаузевіцем і філософією Гегеля відбуваються перші спроби гуманізувати війну в міжнародному праві, що проявилось, наприклад, у працях Флоренса Найтінгейла, в заснуванні Генрі Дюнаном Міжнародного Комітету Червоного Хреста, в укладенні першої Женевської конвенції (1864) і Гаазьких конвенцій (1899/1907). Після досвіду двох світових війн міжнародне право змінилося: воно більше не обмежене встановленням гуманітарних правил і стає міжнародним режимом попередження й заборони війни. З Пактом Бріана-Келлога (1928) і формуванням ООН (1945) загальна заборона насилля стає частиною міжнародного права. Поняття війни майже повністю витісняється поняттям збройного конфлікту. З урахуванням світових війн і технологічного розвитку, класичний стан війни стає все менш функціональним<sup>43</sup>. Утім це веде до нових форм і цілей війни.

Однак спершу зробимо ще один крок назад. Зміни в міжнародному праві й історичний шок від світових війн не пройшли без наслідків для філософії. У 1932 р. Карл

<sup>40</sup> На це вказує назва першого розділу: «Розділ перший, що містить попередні статті договору про вічний мир між державами».

<sup>41</sup> Перша попередня стаття: «Жоден мирний договір не повинен вважатися таким, якщо під час його укладення приховано зберігається підстава для майбутньої війни».

<sup>42</sup> Георг В. Ф. Гегель, *Основи філософії права, або Природне право і державознавство* (Київ: Юніверс, 2000), 281–2, 288–9. Доволі схожим чином – хоча фундаментально відмінно з точки зору перспективи й змісту – поціновує війну й Ніцше (Фридрих Ніцше, *Человеческое, слишком человеческое* (Москва: Академический проект, 2007), аф. 187, 477).

Для повної історії поняття війни також необхідно проаналізувати соціалістичну теорію війни, яка базується на Гегелі і фон Клаузевіці. Такий аналіз, утім, не може бути надано в цій статті. Детальніше див.: Panajotis Kondylis, *Theorie des Krieges* (Stuttgart: Klett-Cotta, 1988); Walter B. Gallie, *Philosophers of Peace and War* (Cambridge: Cambridge University Press, 1978).

<sup>43</sup> Kimminich, “Krieg,” 45; Hobe, *Einführung in das Völkerrecht*, 44.



Шмітт виступає проти Пакту Бріана-Келлога в тому, що заборона війни завжди супроводжується застереженнями, без яких неможливе нормативне розуміння подібних договорів. Зрештою, Пакт є всього лише міжнародною декларацією ворожості. Шмітт вважає, що люди не можуть існувати політично без визначення внутрішніх і зовнішніх ворогів. Війна є поняттям-передумовою ворожості, а отже, є невід'ємною частиною політичного<sup>44</sup>.

Після Другої світової війни дебати довкола понять війни і миру змінюють свій характер. По-перше, ідея миру переживає своє відродження. Дослідження миру й конфліктів стають самостійною академічною дисципліною. За словами одного із засновників цієї дисципліни Йогана Галтунга, мир є не лише відсутністю війни як насильницького вирішення конфлікту, але водночас певним порядком, який уможливає альтернативні шляхи вирішення конфліктів<sup>45</sup>. По-друге, поняття війни і його відношення до поняття миру також набуває іншого бачення через нові виміри ядерного стримування: як говорилося вище, відкрита війна стає нефункціональною. Водночас стан Холодної війни демонструє, що відсутність відкритого насильницького протистояння між державами не можна вважати миром<sup>46</sup>. Однак навіть дисфункціональність не стає фінальною точкою розвитку поняття війни: «нові війни» характеризуються транснаціональністю (тобто вони виходять за межі національних контекстів і монополій на застосування сили), асиметричністю (тобто відмінністю супротивників у розрізі стратегій і збройних технологій) і тривалістю (тобто відсутністю бажання сторін досягнути вирішення конфлікту)<sup>47</sup>.

## 2. Аналіз абстрактних концептуальних рис

Які висновки ми можемо зробити з цього нарису історії концептів? Що він може сказати нам про поняття війни і миру? Почнемо з поняття війни, на основі якого ми згодом зможемо зробити висновки про поняття миру. По-перше, аналіз поняття війни має базуватися на розмежуванні війни як стану і війни як дії. По-друге, війна як дія визначається елементами засобів, цілей і суб'єктів. Однак почнімо з розмежування війни як стану і війни як дії. Згідно з Цицеронівською дефініцією, яка була схожим чином використана Руссо й фон Клаузевицем, війна є дією, тобто вирішенням конфлікту. У Гроція, Гоббса й Шмітта війна навпаки розглядається як стан: під час війни може не бути фактичного стану насилля, достатньо лише стану ворожості й невизначеності. Таке розуміння війни тісно пов'язане з відмежуванням цього поняття від поняття миру: мир більш-менш одноставно сприймається як стан – зокрема часто як відсутність війни. Утім можуть існувати ненасильницькі стани, які не можна назвати миром. Тоді як Кант запроваджує проміжне поняття припинення вогню, а Платон розмежує два види миру, такі специфічні стани ведуть Гроція і Гоббса

<sup>44</sup> Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen* (Berlin: Duncker & Humblot, 1963), 45 і далі.

<sup>45</sup> Johan Galtung, *Frieden mit friedlichen Mitteln* (Münster: Opladen, 1998), 31.

<sup>46</sup> Див. також: Alastair Buchan, *Der Krieg in unserer Zeit* (München: Beck, 1968), 67.

<sup>47</sup> Див., наприклад: Herfried Münkler, *Die neuen Kriege* (Hamburg: Rowohlt Taschenbuch, 2004).

до розширення поняття війни. Відповідно до їх поглядів, поняття війни позначає не-мирний стан. Це, утім, не надто переконливо. Концепція війни як насильницького вирішення конфлікту, яка користувалася широкою підтримкою майже два тисячоліття, не має ігноруватися просто через диктативну вимогу *nihil medium*, тобто відкидання проміжних понять. Це не може бути достатнім обґрунтуванням розширення загальноприйнятого поняття всупереч його повсякденному вживанню в мові.

Отже, війна має розумітися як дія. Мета цієї дії, вирішення конфлікту на користь однієї зі сторін, досягається насильницькими засобами. Починаючи з Руссо, коло можливих суб'єктів війни обмежується державами. Можна сказати, що починаючи з Руссо поняття війни стає політичним поняттям. Варто підкреслити, що зведення кола суб'єктів війни до держав невідоме теоретичній думці до Руссо. Отже, можна поставити під сумнів те, що політичний характер є необхідною рисою поняття війни. Однак – необхідні чи можливі – названі риси сучасного поняття війни як дії є адекватними.

Отже, ми розумітимемо війну як насильницьке вирішення конфлікту, яке, починаючи з модерних часів, обмежене відносинами між державами. Поняття миру, звідси, має властивість відсутності такого насильницького вирішення конфлікту. Понад те, мир вимагає певної стабільності, якщо це не просто припинення вогню. Це означає, що також вимагається відсутність ворожнечі. Як продемонстровано Руссо й Кантом, стабільність, як і відсутність війни, тісно пов'язана з існуванням правового порядку: загальний правовий порядок є достатньою умовою для відсутності війни, оскільки він уможливає альтернативні шляхи вирішення конфлікту. Це достатня умова миру відповідно до гроцієвської дефініції, і вона створює порядок, який не просто припиняє війну, але й припиняє ворожнечу між людьми на основі взаємного визнання цього порядку.

### 3. Війна і мир у часи транснаціонального тероризму

У цій секції ми обговорюватимемо феномен впливу транснаціонального тероризму на поняття війни і миру, проаналізовані раніше. З цією метою необхідно спершу визначити поняття транснаціонального тероризму. Хтось міг би взагалі спитати, чи можливо його концептуально відмежувати від таких феноменів як партизанська війна чи війна за свободу, або ж чи таке відмежування завжди передбачає політичне рішення щодо оцінки політичних цілей і легітимності такої боротьби. «Для когось терорист, а для когось борець за свободу» є доволі популярною критичною конструкцією в цьому сенсі. Однак, як показує Стівен Натансон, ця критика передбачає політичну оцінку, яка не обов'язково є елементом опису феномену тероризму<sup>48</sup>. Іншими словами, як тільки ми визначимо тероризм як морально неприпустимий, а боротьбу за свободу як морально допустиму, ми не зможемо

<sup>48</sup> Stephen Nathanson, *Terrorism and the Ethics of War* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 14.

концептуально й описово розмежувати ці два феномени. Це може мати сенс для політичної критики, але не для філософського аналізу. Якщо ж, утім, ми утримаємося від вираженої оцінки політичних цілей, тероризм цілком підлягає визначенню. Пропонуються різні концептуальні риси для побудови дефініції тероризму, як-то застосування сили проти невинних людей/некомбатантів, мета психологічного впливу на інших людей, окрім безпосередніх жертв, переслідування довгострокових політичних цілей<sup>49</sup>. Надання точного визначення тероризму не є необхідним для нашої лінії аргументації. Швидше, достатньо продемонструвати загальну можливість надання такої дефініції. Тероризм є транснаціональним, якщо він не здійснюється державою або якщо він не здійснюється в межах однієї держави. Загальновідомі сучасні приклади такого тероризму – це Аль-Каїда чи Ісламська держава, тоді як інші терористичні групи не є активними в транснаціональному вимірі, як Тигри визволення Таміл-Іламу, ХАМАС, Фракція Червоної Армії, Боко Харам чи Ірландська Республіканська Армія. Загально визнано, що таке розмежування не повною мірою виправдовує складність феномену транснаціонального тероризму. Зі структурної точки зору, Ісламська Держава, яка декларує територіальну незалежність і власну державність та є стороною в громадянській війні в Сирії і Північному Іраку, а також одночасно постає як терористична організація в інших країнах, не може бути прирівняна до Аль-Каїди чи інших груп, які мають свої специфічні риси. Утім типовим для транснаціонального тероризму є використання терористичних засобів за межами окремої держави. Такий радше схематичний опис феномену є достатнім для концептуальних аналітичних цілей цієї статті.

Особливо щодо ісламського тероризму, який перебуває у фокусі публічного інтересу останні кілька років, часто вживається поняття «війна з тероризмом». З урахуванням попереднього аналізу варто, утім, зробити деякі концептуальні застереження до попереднього речення, або до його прихованих наслідків: якщо ми припишемо якість війни тероризму, ми повернемося до доктрини приватних війн. Обмеження концептуально можливих суб'єктів війни лише державами не є, як було показано, необхідним, однак для цього були історичні підстави. Ці підстави, з одного боку, породжені боротьбою за політичну владу, адже фактично війни слідує за ключовими факторами сили у світі, і впродовж тривалого часу це були держави. А з іншого боку, це могли бути доволі ґрунтовні моральні підстави, які мають два аспекти.

По-перше, обґрунтування прав людини в умовах війни значною мірою базується на тому, що ми не застосовуємо поняття війни до окремих індивідів. До цих пір базова ідея полягає в тому, що не люди, а держави можуть бути у війні одна з одною. З цього можна зробити висновок, що люди є ворогами у війні лише доти, доки вони воюють проти ворожої держави. Цей непрямий статус солдатів з іншого боку фронту як ворогів не може виправдати відкидання прав людини. Це навіть більшою мірою

<sup>49</sup> Stephen Nathanson, *Terrorism and the Ethics of War* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 14, гл. 2–3.

характерно для некомбатантів, які не мають навіть такого непрямого статусу ворогів. Однак якщо ми розширимо поняття війни до міри, коли воно включатиме також приватні війни, то цей концептуальний аргумент не матиме ніякої ваги. Відповідно до доктрини приватної війни, легко уявити супротивного солдата чи навіть – в рамках тотальної війни<sup>50</sup> – цілий народ як прямого ворога. Якщо ми не бажаємо відкидати принципи гуманності під час війни як центральну ідею прав людини, ми маємо надати інші підстави, ніж розширення понять війни і ворожості.

По-друге, чітке розмежування права війни і кримінального права є прямим наслідком того, що ми не розглядаємо окремих індивідів як можливих суб'єктів війни. Визнання можливості приватної війни робить аргументацію про спеціальну кримінальну відповідальність для ворогів більш імовірною. Ця ідея була популярною не лише з часів Гюнтера Якобса<sup>51</sup>, але з'являється також у Гоббса, Локка і Шмітта. Той, хто перебуває у війні зі спільнотою, є комбатантом, а не громадянином, а отже, до нього мають застосовуватися відмінні правові норми. З історичної точки зору, можна пригадати шокуюче застосування спеціального кримінального закону проти поляків під правлінням націонал-соціалізму. Більш сучасні приклади, що прямо стосуються предмета цієї статті, – це табір утримання в Гуантанамо й позаюрисдикційні вбивства за допомогою дронів. І хоча міжнародне право також може бути порушене в цих випадках<sup>52</sup>, очевидно, що спеціальне проголошення когось ворогом стає на заваді застосуванню національного кримінального права. Однак я не хочу заговорювати існуючу проблему, а саме транснаціональну терористичну активність: хоча застосування національного кримінального права до транснаціональних справ не є проблемою, практична реалізація рішень на основі національного кримінального права є неможливою в багатьох випадках. У цьому сенсі, не існує юридичного механізму впливу на терористів в інших державах. Утім, оскільки ми і не ставимо під сумнів ідею суверенної державності, і не робимо комплімент терористичним групам, приписуючи їм статус суверенних держав, вирішення подібних справ має лежати в площині міжнародного права, тобто в площині переговорів між суверенними державами, на чиїх територіях оперують терористи. Ці держави можуть боротися з терористами або просити про допомогу. Це, утім, відбувається в рамках національного і міжнародного права, а не у формі спеціального кримінального закону для ворогів. Однак ці держави можуть відмовитися співпрацювати. У такому разі вони мають нести відповідальність за терористичні злочини за міжнародним правом. Тобто неможливо одночасно підтримувати принцип суверенної

<sup>50</sup> Щодо поняття тотальної війни див.: Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 102 і далі.

<sup>51</sup> Günther Jakobs, "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht," *Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht* 3 (2004): 88.

<sup>52</sup> Див., наприклад: Michael Kurth, "Der völkerrechtliche Status der Gefangenen von Guantánamo Bay," *Zeitschrift für Rechtspolitik* 35 (2002): 404, а також: "Tötung eines Deutschen durch Drohnenangriff im pakistanischen Grenzgebiet," *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 11 (2013): 644–7, де заперечується порушення міжнародного права у разі вбивства за допомогою дронів під час збройного конфлікту.

державності й розширювати поняття війни аж до приватних війн. Той, хто хоче захистити суверенітет, має виступати проти такого розширення. Швидше, розширення поняття війни в розрізі її можливих суб'єктів прямо пов'язане з політичним мисленням у термінах друга й ворога, а тому несумісне з усталеними теоріями прав людини. Це було б не просто концептуальною модифікацією, але мало б значні моральні, політичні й правові наслідки. Однак я не маю на увазі під цим аргументом, що національні кримінально-правові режими в їхньому сучасному вигляді надають достатньо інструментів для попередження і покарання терористичних актів. Можливо, потрібна певна реформа з огляду на зміну соціальної ситуації. Це, утім, не є темою цієї статті, тож не буде обговорюватися тут. Що я прагнув показати, так це те, що розширення поняття війни несе в собі ризики ерозії принципу суверенітету й ризики запровадження спеціальних кримінальних законів для ворогів, що не узгоджується з ідеями універсальних прав людини й верховенства права.

Що ж стосується поняття миру, ми вже могли переконатися, що воно не має розглядатися як протилежність війни. Стосовно тероризму це означає, що – навіть якщо ми приймемо розширення кола можливих суб'єктів війни – самої лише ситуації невизначеності, загрози, ворожості недостатньо для війни, а має бути реальний терористичний акт. Подібні атаки можуть чітко простежуватися проти багатьох держав, особливо проти натівської системи колективної безпеки. Утім я хотів би запропонувати дещо інше поняття миру. Це поняття значною мірою базується на ідеї Руссо про стабільність порядку. На відміну від обговореної концептуальної традиції, я вважаю, що поняття ворожості не є доцільним для філософського чи гуманітарного дискурсів. На заміну йому ми можемо, услід за Галтунгом, говорити про порядок альтернативних форм вирішення конфліктів, щоби відмежувати мир від війни і від третіх понять, як-то припинення вогню. Це означає, що мир існує лише коли є – незважаючи на можливі напруженості, загрози й акти насильства – стабільний, наприклад правовий чи дипломатичний, порядок, у якому конфлікти можуть вирішуватися у ненасильницький спосіб. Ця дефініція близька до розмежування дружби і ворожнечі, однак вона не використовує неградаційну і завжди конфлікт-орієнтовану термінологію ворожнечі<sup>53</sup>; і через можливість ненасильницького вирішення конфліктів вона радше передбачає принципово миро-орієнтоване й розумо-орієнтоване майбутнє, а тому, я вважаю, вона має розумітися не лише як концентрація теорій дружби, але й як самостійна концепція. Ця дефініція може також прояснити і систематизувати диференціацію між миром, війною і припиненням вогню: тоді як конфлікти у насильницький спосіб вирішуються у війні, а в ненасильницький спосіб – у мирі, припинення вогню є станом, у якому конфлікт заморожується і не вирішується взагалі<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Щодо оригінального значення поняття ворожості див.: Цицерон, *О старості. О дружбе. Об обов'язностях*, I 12 (37).

<sup>54</sup> Допустимим прикладом може бути конфлікт, який намагаються вирішити не через застосування насилля, а швидше через загрозу його застосування – наприклад, Холодна війна.

Підсумовуючи, можна сказати, що хоча поняття війни і миру історично інтерпретувалися у багато політичних, правових і філософських способів, вони тим не менш можуть бути визначені доволі чітко. Війна має розумітися як насильницьке вирішення конфлікту між державами – а не як гоббсівський стан тривалої невизначеності. Мир вимагає щонайменше відсутності війни. Якщо ми не сприймаємо мир як протилежність війни, то можливо визначити його через ознаки відсутності ворожнечі, або ж, що ще краще, через порядок альтернативного вирішення конфліктів. Між цими двома поняттями є третє, яке у кантівських термінах може бути назване припиненням вогню. Під час припинення вогню не відбуваються насильницькі дії, однак немає й жодного іншого способу вирішення конфлікту. Поширення поняття війни на терористичні акти й контртероризм заперечує новочасне обмеження кола можливих суб'єктів війни державами, а тому несе ризики легітимації ерозії гуманізму під час війни, так само як і ерозії принципу суверенітету й розмежування кримінального права і права війни. Як видається, все ж більш адекватним підходом є вирішення проблеми транснаціонального тероризму в термінах миру, коли насильницькі акти юридично караються в порядку альтернативного вирішення конфліктів, а не в термінах війни і миру, що може призвести до емоційної, а не раціональної легітимації риторики ворожості.

© Ф. Гізбертц, 2019

### Бібліографія

- Аквинский, Фома. *Сумма теологии*. Т. 2. Київ: Эльга, 2003.
- Гегель, Георг В. Ф. *Основы философии права, або Природне право і державознавство*. Київ: Юніверс, 2000.
- Гоббс, Томас. *Левіафан, або Суть, будова і повноваження держави церковної і цивільної*. Київ: Дух і літера, 2000.
- Гомер. *Іліада*. Харків: Фоліо, 2006.
- Гроцій, Гуго. *О праве войны и мира*. Москва: Ладомир, 1994.
- Кант, Иммануил. “К вечному миру.” В *Сочинения в 6 т.*, Т. 6, 257–347. Москва: Мысль, 1966.
- Клаузевиц, Карл фон. *О войне*. Москва: Эксмо, 2007.
- Лок, Джон. *Два трактата про врядування*. Київ: Основи, 2001.
- Ницше, Фридрих. *Человеческое, слишком человеческое*. Москва: Академический проект, 2007.
- Платон. *Законы. Послезаконие. Письма*. Санкт-Петербург: Наука, 2014.
- Руссо, Жан-Жак. *Про суспільну угоду, або принципи політичного права*. Переклад та коментар Олега Хоми. Київ: Port-Royal, 2001.
- Цицерон, Марк Туллий. *О старости. О дружбе. Об обязанностях*. Москва: Наука, 1993.
- Bachmann, Matthias-Lutz, and James Bohman, ed. *Frieden durch Recht*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp Verlag, 1996.
- Buchan, Alastair. *Der Krieg in unserer Zeit*. München: Beck, 1968.
- Burkhardt, Johannes. “Das größte Friedenswerk der Neuzeit. Der Westfälische Frieden in neuer Perspektive.” *Geschichte in Wissenschaft und Unterricht*. 49 (1998): 592–612.

- Frowe, Helen. *The Ethics of War and Peace*. London: Routledge, 2016.
- Gallie, Walter B. *Philosophers of Peace and War*. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.
- Galtung, Johan. *Frieden mit friedlichen Mitteln*. Münster: Opladen, 1998.
- Heidegger, Martin. *Einführung in die Metaphysik*. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1987.
- Hobe, Stephan. *Einführung in das Völkerrecht*. Tübingen: Auflage, 2008.
- Jakobs, Günther. "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht." *Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht* 3 (2004): 88–95.
- Kimminich, Otto. "Ewiger Frieden." In *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, edited by Joachim Ritter, Karlfried Gründer, Gottfried Gabriel. Basel: Schwabe, 1971–2005
- Kimminich, Otto. "Krieg." In *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, edited by Joachim Ritter, Karlfried Gründer, Gottfried Gabriel. Basel: Schwabe, 1971–2005.
- Kondylis, Panajotis. *Theorie des Krieges*. Stuttgart: Klett-Cotta, 1988.
- Kurth, Michael. "Der völkerrechtliche Status der Gefangenen von Guantánamo Bay." *Zeitschrift für Rechtspolitik* 35 (2002): 404–7.
- Lazar, Seth. *Sparing Civilians*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- McMahan, Jeff. "Who Is Morally Liable to Be Killed in War?" *Analysis Reviews* 71(3) (2011): 544–59.
- Münkler, Herfried. *Die neuen Kriege*. Hamburg: Rowohlt Taschenbuch, 2004.
- Nathanson, Stephen. *Terrorism and the Ethics of War*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Pufendorf, Samuel. *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*. Oxford: Clarendon Press, 1934.
- Schmitt, Carl. *Der Begriff des Politischen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1963.
- Schröder, Meinhard. "Der Westfälische Friede – eine Epochengrenze im Völkerrecht?" In *350 Jahre Westfälischer Friede*, edited by Meinhard Schröder, 119–37. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.
- "Tötung eines Deutschen durch Drohnenangriff im pakistanischen Grenzgebiet." *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 11 (2013): 644–7.
- De Vitoria, Francisco. *De iure belli*. Roma: Editori Laterza, 2005.
- Walzer, Michael. *Just and Unjust Wars*. New York: Basic Books, 2015.
- Westphal, Siegrid. *Der Westfälische Frieden*. München: C. H. Beck, 2015.

### Bibliography

- Thomas von Aquin. *Summa teolohyy* [Summa Theologica]. T. 2. Kyiv: Elha, 2003.
- Hegel, Georg F. W. *Osnovy filosofii prava, abo Pryrodne pravo i derzhavoznavstvo* [Elements of the Philosophy of Right]. Kyiv: Yunivers, 2000.
- Hobbes, Thomas. *Leviafan, abo Sut, budova i povnovazhennia derzhavy tserkovnoi i tsyvilnoi* [Leviathan]. Kyiv: Dukh i litera, 2000.
- Homer. *Iiada*. Kharkiv: Folio, 2006.
- Grotius, Hugo. *O prave voiny y myra* [De jure belli ac pacis libri tres]. Moscow: Ladomyr, 1994.
- Kant, Immanuel. "K vechnomu myru [Perpetual Peace]." V *Sochyneniya* v 6 t., T. 6, 257–347. Moscow: Mysl, 1966.
- Clausewitz, Carl von. *O voine* [On War]. Moscow: Eksmo, 2007.
- Locke, John. *Dva traktaty pro vriaduvannia* [Two Treatises of Government]. Kyiv: Osnovy, 2001.
- Nietzsche, Friedrich. *Chelovecheskoe, slyshkom chelovecheskoe* [Human All Too Human]. Moscow: Akademycheskyi proekt, 2007.

- Plato. *Zakony. Poslezakonye. Pysma* [The Laws]. Saint-Petersbug: Nauka, 2014.
- Rousseau, Jean-Jacques. *Pro suspilnu uhodu, abo pryntsyppy politychnoho prava* [On the Social Contract]. Pereklad ta komentar Oleha Khomy. Kyiv: Port-Royal, 2001.
- Marcus Tullius Cicero. *O starosty. O druzhbe. Ob obiazannostiakh* [On Duties]. Moscow: Nauka, 1993.
- Bachmann, Matthias-Lutz, and James Bohman, ed. *Frieden durch Recht*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp Verlag, 1996.
- Buchan, Alastair. *Der Krieg in unserer Zeit*. München: Beck, 1968.
- Burkhardt, Johannes. "Das größte Friedenswerk der Neuzeit. Der Westfälische Frieden in neuer Perspektive." *Geschichte in Wissenschaft und Unterricht* 49 (1998): 592–612.
- Frowe, Helen. *The Ethics of War and Peace*. London: Routledge, 2016.
- Gallie, Walter B. *Philosophers of Peace and War*. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.
- Galtung, Johan. *Frieden mit friedlichen Mitteln*. Münster: Opladen, 1998.
- Heidegger, Martin. *Einführung in die Metaphysik*. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1987.
- Hobe, Stephan. *Einführung in das Völkerrecht*. Tübingen: Auflage, 2008.
- Jakobs, Günther. "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht." *Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht* 3 (2004): 88–95.
- Kimminich, Otto. "Ewiger Frieden." In *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, edited by Joachim Ritter, Karlfried Gründer, Gottfried Gabriel. Basel: Schwabe, 1971–2005.
- Kimminich, Otto. "Krieg." In *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, edited by Joachim Ritter, Karlfried Gründer, Gottfried Gabriel. Basel: Schwabe, 1971–2005.
- Kondylis, Panajotis. *Theorie des Krieges*. Stuttgart: Klett-Cotta, 1988.
- Kurth, Michael. "Der völkerrechtliche Status der Gefangenen von Guantánamo Bay." *Zeitschrift für Rechtspolitik* 35 (2002): 404–7.
- Lazar, Seth. *Sparing Civilians*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- McMahan, Jeff. "Who Is Morally Liable to Be Killed in War?" *Analysis Reviews* 71(3) (2011): 544–59.
- Münkler, Herfried. *Die neuen Kriege*. Hamburg: Rowohlt Taschenbuch, 2004.
- Nathanson, Stephen. *Terrorism and the Ethics of War*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Pufendorf, Samuel. *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*. Oxford: Clarendon Press, 1934.
- Schmitt, Carl. *Der Begriff des Politischen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1963.
- Schröder, Meinhard. "Der Westfälische Friede – eine Epochengrenze im Völkerrecht?" In *350 Jahre Westfälischer Friede*, edited by Meinhard Schröder, 119–37. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.
- "Tötung eines Deutschen durch Drohnenangriff im pakistanischen Grenzgebiet." *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 11 (2013): 644–7.
- De Vitoria, Francisco. *De iure belli*. Roma: Editori Laterza, 2005.
- Walzer, Michael. *Just and Unjust Wars*. New York: Basic Books, 2015.
- Westphal, Siegrid. *Der Westfälische Frieden*. München: C. H. Beck, 2015.

### **Філіп Гізбертц. Поняття «мир» і «війна» в контексті транснаціонального тероризму**

**Анотація.** Історично існувало багато різних концептуалізацій «війни» і «миру». Більш наближений погляд дозволяє визначити ці поняття доволі чітко: війна визначається як



насильницьке вирішення конфлікту між державами або ж як стан насилля чи тривалої невизначеності. Мир вимагає щонайменше відсутності війни. Якщо ми не розглядаємо його як антонім війни, видається можливим його визначення через відсутність ворожості чи – навіть краще – через порядок ненасильницького вирішення конфлікту. Розмови про «війну з тероризмом» заперечують новочасні обмеження кола можливих суб'єктів війни, а також розвивають розмежування права війни і кримінального права. Більш обґрунтованим виглядає підхід до боротьби з тероризмом у термінах миру, коли насильницькі акти юридично караються в порядку альтернативного вирішення конфлікту.

**Ключові слова:** війна; мир; тероризм; транснаціональність; міжнародне право; право збройних конфліктів; суверенітет; Гроцій; Гоббс; Руссо.

### **Филип Гизбертц. Понятия «мир» и «война» в контексте транснационального терроризма**

**Аннотация.** Исторически существовало много разных концептуализаций «войны» и «мира». При ближайшем рассмотрении можно определить эти понятия довольно четко: война определяется как насильственное разрешение конфликта между государствами либо как состояние насилия или длительной неопределенности. Мир требует, как минимум, отсутствия войны. Если мы не рассматриваем его как антоним войны, представляется невозможным его определение через отсутствие враждебности или – даже лучше – через порядок ненасильственного разрешения конфликта. Разговоры о «войне с терроризмом» отрицают современное ограничение круга возможных субъектов войны, а также размыывают разграничение права войны и уголовного права. Более обоснованным выглядит подход к борьбе с терроризмом в терминах мира, когда насильственные акты юридически наказываются в порядке альтернативного решения конфликта.

**Ключевые слова:** война; мир; терроризм; транснациональность; международное право; право вооруженных конфликтов; суверенитет; Гроций; Гоббс; Руссо.

### **Philipp Gisbertz. The Concepts of “War” and “Peace” in the Context of Transnational Terrorism**

**Abstract.** Historically there are many conceptualizations of “war” and “peace”. Taking a closer look, we can nevertheless specify these concepts rather clearly: war is defined as violent conflict resolution between states or as a condition of violence or continuing uncertainty. Peace requires at least the absence of war. As long as we do not consider it the contradictory antonym to war, it seems plausible to specify it by the feature of the absence of enmity or – even better – as an order of non-violent conflict resolution. To speak of a “war on terrorism” negates the modern restriction of possible agents in war, i.e. that only states can be war parties, and it bears the risk of an erosion of humanity in war as well as of the distinction between martial and criminal law. It seems better justified to deal with transnational terrorism within terms of peace, in which violent acts are legally prosecuted in an order of alternative conflict resolution.

**Keywords:** war; peace; terrorism; transnationality; public international law; law in armed conflicts; sovereignty; Grotius; Hobbes; Rousseau.

Одержано / Received 01.05.2019

## ПРАВА ЛЮДИНИ ТА МІЖНАРОДНЕ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВОСУДДЯ: ДО ВИСХІДНОГО МИРУ<sup>2</sup>

### Вступ: парадокс антропоцену

**П**ісля 1945 р. світ суттєво змінився, потрапивши у незворотний рух «людської колективізації», названої «глобалізацією» через подобу до сферичної форми нашої планети, яка протидіє нескінченній експансії людських істот. З кінця XVIII ст., виходячи саме з такої сферичної форми, Кант пояснював принцип «універсальної гостинності», що в його концепції характеризував космополітичне право. Однак у ті часи загальнопланетарна популяція людей ледь сягала одного мільярда. Двома століттями пізніше, в середині XX століття, вона зростає втричі. Далі достатньо буде 60-ти рр., аби у 2010 р. сягнути вже 7 мільярдів. Відтоді завершилася фаза експансії. Починається фаза компресії, за якої «стиснення людської маси»<sup>3</sup> невідворотно веде до паралельного посилення урбанізації, забруднення, міграційних рухів... та міжлюдського насильства.

Ми увійшли б до ери «антропоцену» – таким поняттям геологи означили той момент, коли людство стає силою земного масштабу, здатною впливати на майбуття планети<sup>4</sup>. В епоху «великого прискорення» залишалося б мало часу, аби уникнути того, що дехто вже називає «великим колапсом» демографічного та екологічного перегріву планети. У цьому зв'язку ми приходимо до справжнього «парадоксу антропоцену», бо людство водночас виявляється нездатним впливати на своє власне майбуття. Тим не менш, під час «великого прискорення» необхідні термінові заходи, аби уникнути того, що вже зветься «великим колапсом» планети. І саме людям, мільярдам людей, які віднині живуть на планеті й «наділені розумом та свідомістю», якщо вірити ВДПЛ (Всезагальній декларації прав людини), доведеться

<sup>1</sup> Мірей Делмас-Марті, членкиня Академії етичних та політичних наук, почесна професорка Колеж де Франс, Париж, Франція.

Mireille Delmas-Marty, Member of the Academy of Moral and Political Sciences, Honorary Professor at the Collège de France, Paris, France.

<sup>2</sup> Mireille Delmas-Marty. Droits de l'homme et justice pénale internationale – Vers une paix ascendante. Пленарна доповідь на XXVIII Всесвітньому конгресі Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії «Мир, заснований на правах людини» (17–21 липня 2017 р., м. Лісабон, Португалія). Переклад Інни Коваленко, наукове редагування Костянтина Горобця.

<sup>3</sup> Pierre Theilhard de Chardin, *L'avenir de l'homme* (Seuil), 298.

<sup>4</sup> Will Stephen et alia, "The Trajectory of the Anthropocene: The Great Acceleration," *The Anthropocene Review* 1 (2015): 81–98.

оперувати метаморфозою взаємозалежностей у межах спільної долі, якщо ми бажаємо захистити населений світ. Завдання майбутніх громадян світу «грандіозне» – необхідна перебудова суспільних об'єднань, враховуючи правове об'єднання, про яке тут ітиметься докладніше. Бо нічого (або майже нічого) не змінюється у націоналістичному та сувереністському баченні, що сковає правові системи, які впроваджені державами та мисляться державними.

У подальшому все відбувається так, начебто «стиснення людської маси», замість того щоб робити ставку на сили притягання (від симпатії до всезагальної любові), ще більш посилює енергію відштовхування та виключення (від страху перед іншим до одвічної війни). У суспільствах страху, де безпека задекларована як «найперше право», єдиною відповіддю стає постійний контроль. На початку ХІХ століття Токвілля напророкував настання суспільства контролю, вважаючи, що деспотизм у демократії «був би більш розмитим та м'якшим, а також вів би до безболісної деградації людей». Накладаючи на суспільство «мережу маленьких заплутаних, ретельних, одноманітних правил», він намагався б затримати людей у дитинстві та привести кожна націю до того, «аби вона була лише стадом боязливих та запозятливих тварин, якими керує пастух».

Власне, так воно і сталося, лише з тією різницею, що стада перетворюються на армії роботів. Коли око пілота замінюється оком робота, людина дійсно відчуває конкуренцію з боку машини. Зростаюча автономізація роботів, сполучена з роботизацією у людському середовищі та запрограмована на покращення людини (*human enhancement*), оголошує початок ери постлюдини, де автоматичний пілотаж загрожує поширитися на світове урядування. Політологи вже показують, як феномен, названий ними «неоліберальною бюрократизацією»<sup>5</sup>, паралізує людські дії саме через властиві йому надмірну нормативну інфляцію та втрату смислу і поступово поширюється у світовому масштабі.

І ось чому ми пропонуємо перейти від статичного бачення до динамічного. Коли йдеться про права людини, зрозумілі як еволютивна динаміка (I), чи про міжнародне кримінальне правосуддя як процес у дії (II), не слід помилятися стосовно мети. Зважаючи на великий світовий безлад, метою не є ні одвічний мир, який сам Кант жартома пов'язував з образом кладовища, ні Великий мир китайських класиків, які, власне, надихнули наприкінці ХІХ століття Кана Ювея на Датонг Шу («Книгу великого єднання»). Натомість запропонований у статті підхід може розумітися як шлях, який, без фіксації майбутнього та адвокації світової держави, спрямовує глобальне урядування у бік «висхідного миру» (III).

## I. Права людини: еволютивна динаміка

Ідея приналежності всіх людських істот до однієї світової спільноти – сповнена водночас гуманістичним та пацифістським ідеалом прав «людини» – сягає глибини

<sup>5</sup> Béatrice Hibou, *La bureaucratisation néolibérale* (Seuil, 2013).

історії. Ми знаходимо її вже у Конфуція, так само як і у греко-латинських авторів або в християнській думці. Проте її юридичне визнання потребуватиме століть і залишатиметься незавершеним. Відомий *habeas corpus* (1679) закріпить гуманізм в англійському праві. Зі свого боку трактат «Право війни та миру» (1625) голландця Гроція відвів у міжнародному праві місце для універсалізму. Після нього та спираючись на нього, школа природного права розпочинає першу раціонально-гуманістичну версію міжнародного права з урахуванням європейських особливостей. Однак «Право народів», опубліковане Емером Ваттелем (1758), має бути зрозуміле у латинському смислі – як право «народів», а не людей. Народження прав «людини та громадянина», виражене у Декларації 1789 р., пов'язане швидше з філософським рухом Просвітництва.

Що таке Просвітництво? У грудні 1784 р. берлінська газета опублікувала відповідь Еммануїла Канта на це питання. На думку філософа, Просвітництво визначається як «вихід людини зі стану неповноліття»<sup>6</sup>. Додавши, «що для того, аби бути просвіченим, треба бути вільним», він також порушує питання про межі свободи: «Чи перешкоджає вона просвіті? Що інше не робить цього, але сприяє їй?».

Двома століттями пізніше Мішель Фуко намагається відповісти на те ж саме питання<sup>7</sup>. Спираючись на дефініцію Канта, французький філософ пропонує трансформувати кантівське питання (про знання меж, виходити за які свідомість не повинна) у практичну критику форм можливого переходу до свободи. Підспудно припускаємо, що питання може бути переформульоване: чи означає вихід зі стану неповноліття врешті-решт звільнення від будь-яких обмежень?

### Питання обмежень

Питання про обмеження, здолання обмеження, навіть відмови від усілякого обмеження складає серцевину концепції прав людини. У 1789 р. «права людини та громадянина» містили переважно приховані політичні обмеження, що свідчило про нерівноправне суспільство, яке виключає жінок та закріпить з 1791 р. право голосу за «активними громадянами». Натомість явні обмеження стосовно юридичного визнання були нечисленними. Свобода «полягає у можливості робити все, що не шкодить іншому», а межі, пов'язані з правами людини, «можуть бути визначені лише законом» (ст. 4). Нерівності поступово будуть долатися, а обмеження протистоятимуть всевладності закону, показуючи, що права людини не є ні непорушним концептом, ні суто західною догмою, проте перетворювальним процесом. Іншими словами, за формулою ЄСПЛ (Європейського суду з прав людини), «дієвим засобом для інтерпретацій у світлі умов сьогодення»<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Emmanuel Kant, *Œuvres philosophiques*, tome II (Paris: Gallimard, La Pléiade), 209.

<sup>7</sup> Michel Foucault, "Qu'est-ce que les Lumières?" in *Dits et écrits*, vol. IV, 562 sq.

<sup>8</sup> CEDH, *Loizidou c. Turquie*, 28 juillet 1998, § 71.

Однак умови життя суттєво змінилися. Гуманізм не завадив зростанню націоналістичних рухів, а універсалізм носить одяг імперіалізму. Лише через гнів, спричинений «актами варварства, що обурюють людське сумління», націям, які вважають себе «цивілізованими», вдалося у 1948 р. вписати права людини до «всезагальної» Декларації. Але більше не йдеться про статичну та абсолютну істину, якої дотримуються безперечно. Деякі «народи Об'єднаних Націй» додатково проголошують «свою віру у права людини» (Преамбула ВДПЛ 1948 р.). Проте «невідчужувані та священні» права 1789 р. стали «фундаментальними» правами, а розум, свідомо вписаний до ст. 1, відкриває шлях радше уяві, ніж відкриттю. Він зміцнить «декларацію» цілим набором «конвенцій» (на кшталт пактів ООН 1966 р.), що уточнюють зміст та маркують межі прав людини.

Сьогодні ми є свідками повернення націоналістичних та імперіалістичних настроїв. Від Сполучених Штатів до Європи, передусім у Франції, ми (знову) дізнаємося, що динаміка може повертати назад, а права людини можуть регресувати по мірі формування «суспільств страху». Обмежуючи свободи заради права на безпеку, що стало першим і чи не єдиним з прав людини, такі суспільства, очевидно, налаштовані на легітимацію тріумфального державного інтересу. Щоправда, тріумф є уявним, тому що обіцянки відшукати повністю автономний та незалежний суверенітет суперечить зростаючим взаємозалежностям, властивим глобалізації. Будучи представленими у позитивному праві, права людини виявляють не тільки свої внутрішні протиріччя<sup>9</sup>, а й зовнішні суперечності між гуманістично-пацифістським ідеалом, що він їх надихає, та практичними міркуваннями, якими керується світ. І ось три приклади.

### Три протиріччя

Перше протиріччя ілюструє міграційна гуманітарна катастрофа: держави відкривають свої кордони для товарів та капіталу, але закривають їх перед людьми, які рятуються від війни та злиднів. Права людини слабко протистоять секуритаристським сувереністським течіям, що змушують держави, посилаючись на сумнівну суміш міграції та тероризму, зводити мури та інші перепони. Це й зумовлює повернення до державного інтересу (оповідки про національну державу) та догми суверенітету. Але ще гірше вони протистоять ліберальним течіям, які заради економічного інтересу (оповідки про великий ринок) легітимізують догму вигоди та зростання.

Друге протиріччя виникло, коли антропоцентричний гуманізм Просвітництва – серцевина прав людини – поступився гуманізму взаємозалежності з його обов'язками перед майбутніми поколіннями та всім живим. Збереження екосистеми

<sup>9</sup>Voir M. Delmas-Marty, «Les faiblesses de l'universalisme juridique ou l'incomplétude des idées» (des concepts flous, des valeurs conflictuelles et des normes ineffectives), *Le relatif et l'universel. Les Forces imaginantes du droit* (Seuil, 2004), 53 et s.

апелює до принципу обережності/випередження, що обмежує права сучасних поколінь заради екологічного інтересу, який можна випереджати нескінченно.

Нарешті, зростаюча міць технологічних інновацій, підсилена так званими «пост-гуманістичними» або «транс-гуманістичними» течіями, порушує третє питання: чи можуть права людини бути обмеженими заради науково-технічного інтересу, або, навпаки, чи протистоїть самий цей інтерес будь-якому обмеженню?

Отже, слід зважати на таку потрійну динаміку, що суперечить ідеалу прав людини: часом це державний інтерес та пов'язані з ним обмеження; часом це планетарний інтерес з його закликом до дострокового виходу за часові межі, аби захистити безпеку планети та екосистеми; часом це науково-технічний інтерес, що став вищим інтересом і може привести до відмови від будь-якого обмеження.

У будь-якому випадку ми приречені до сумісного існування, до того ж глобалізація стала водночас економічною та фінансовою, науковою та технічною. З одним лише ускладненням: розуміння кримінальних інституцій все ще перебуває переважно у національній логіці сувереністського типу.

## II. Міжнародне кримінальне правосуддя як процес у дії

Відкинути універсалізм цінностей – це погодитися із ризиком переваги войовничого бачення над гуманістичним. Саме з метою попередження такого ризику ВДПЛ запропонувала загальну заборону на «нелюдське» поводження, а міжнародне кримінальне правосуддя стало вибудовуватися, від Нюрнбергу до Гааги, навколо «кримінального права нелюдності». Однак перехід виявляється довгим, а історія не продовжується. Як згадувалося вище, теракти 11 вересня 2001 р. змусили Сполучені Штати підмінити війну проти злочинності судом над військовими злочинцями і злочинцями проти людності. Зіштовхнувшись із глобальним тероризмом, Сполучені Штати популяризували «кримінальне право ворожості», що веде до легітимації нелюдності (попереднє затримання з позасудовими розправами, враховуючи тортури) заради сумнівної ефективності.

Така нова парадигма «кримінального права ворожості» по-справжньому загрожує безпеці планети, тому що маркує заперечення універсалізму цінностей та повернення до суверенної держави. Водночас кримінальне право ворожості має тенденцію до перетворення на глобальну війну, водночас світову і постійну: світову, тому що ворожість більше не вписана у рамки держав (як у традиційній військовій ситуації), а потенційно перебуває всюди (про що свідчать факти масових вбивств та інші варварські акти, поширені через Інтернет кримінальною організацією «ісламська держава»); постійною, тому немає партнера, з яким можна було б укласти мир.

Ось чому слід підсилити довіру до Міжнародного кримінального суду (МКС), тому що роздвоєння кримінального права на загальновизнане кримінальне право нелюдності та кримінальне право ворожості, враховуючи, що кожна держава може

на власний розсуд вести війну проти тероризму, залишає для миру небагато шансів. Тим більше що на задньому плані відбувається протистояння двох антропологічних бачень: довірчу гуманістичну антропологію спільноти долі, яка підтримує МКС, кримінальне право ворожості підміняє войовничою антропологією суспільств страху.

Особливо слід враховувати, що світ охопили нові форми насильства: через теракти 11 вересня 2001 р., а пізніше й у Мадриді та Лондоні, тероризм стає світовим явищем. Навіть теракти у січні 2005 р. у Парижі, здійснені у Франції, французами та щодо французів, мають світовий вимір за джерелом надихання. Уперше впродовж десятиліть Франція перебуває у центрі напруженості, хоча того ж самого дня у Базі (Нігерія) дві тисячі людей знищені «Бого Гарамом», що є новим епізодом буйства глобалізованого насильства, від загрози якого не застрахована жодна країна, жодна культура і жодна релігія.

Хода без гніву та ненависті, що відбулася 11 січня 2015 р. у Парижі і стала водночас національною та міжнародною подією єднання у розмаїтті, засвідчила волю до спільного життя, яке сьогодні повсюди перебуває під загрозою. Саме задля уникнення шаленства самотності (страху перед іншим, іноземцем, невідомим), а також безпекових відхилень (страх перед відомою небезпекою), будь-яке використання сили має підпадати під заборону кримінальним правом нелюдяності задля зміцнення міжнародного кримінального правосуддя.

Почавши діяти незабаром після терактів 11 вересня 2001 р., МКС зіштовхнувся з феноменом дублювання у кримінальному праві. Ставши відразу першою глобальною подією та увійшовши тим самим у світову історію, теракти у Нью-Йорку могли б слугувати приводом для прискорення появи такого суду. Було б достатньо рішення Ради Безпеки, аби кваліфікувати такі дії як злочин проти людяності, бо вони являли собою водночас системну та широкомасштабну атаку, «здійснену проти цивільного населення» під егідою «організації, що мала за мету подібну атаку». І Рада могла б надати МКС відповідної компетенції, аби осудити їх.

Будучи юридично обґрунтованим, аргумент став неприйнятним із політичної точки зору в американському контексті недовіри до міжнародного права. Утім нічого дивного, якщо можливістю знехтували. У міжнародному плані Рада Безпеки кваліфікувала теракти не як злочини, а як акти агресії з боку держави. Раптово вона визнала стан самооборони, легітимізувавши таким чином воєнний стан у Сполучених Штатах та передачу влади президенту, зі спиранням на Патріотичний Акт у листопаді 2001 р., потім вторгнення в Ірак заради випереджувальної, а потім превентивної легітимної оборони. Це війна, що зміниться іншими формами глобального тероризму, бо «мілітаризація тероризму», за словами французького міністра оборони, «вимагає воєнної відповіді»<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Jean Yves le Drian, in "Retro 2014", *JDD* 28 déc 2014.

У своїй війні проти тероризму держави дійсно мають більшу свободу дій, ніж міжнародне правосуддя в його війні проти нелюдності. За відсутності світової поліції та армії МКС продовжує залежати від держав у розслідуваннях та приведенні у виконання ордерів на арешт, він також не може відхилитися від міжнародних процедур захисту прав людини. Натомість держави, здається, без жодних коливань готові знехтувати такими процедурами, навіть в Європі, де певні кола закликають відмовитись навіть від Європейської конвенції з прав людини, побоюючись, що вона заважає або гальмує боротьбу проти тероризму.

Однак їхня ефективність не є, тим не менш, гарантованою, як це показує приклад Сполучених Штатів, де на міжнародне право прав людини не можна посылатися ні перед міжнародним судом, ні перед американським. Сьогодні терористична загроза все ж таки зберігається, точніше, підсилюється, не дивлячись на зрушення у галузі безпеки, масштаб яких починають порівнювати з викриттям Американського Сенату стосовно тортур; і навіть не дивлячись на «точкові розправи» та їхні «супутні наслідки», що значно зросли із появою безпілотників-внищувачів. На відміну від перших безпілотних пристроїв, що використовувалися як прості спостерігачі під час війни в Косово, безпілотники, що їх застосовувала американська армія у відповідь на теракти 11 вересня, є «дронами-внищувачами». Спочатку в Афганістані (2004), потім уже над воюючими територіями (Пакистан, Ємен, Східна Африка) мав місце справжній смертельний вирок, оголошений президентом Сполучених штатів без попереднього судового розгляду та заснований на «Патріотичному Акті». Цей вирок карає підозрюваних (воєнних або цивільних), не кажучи вже про простих перехожих, єдиною фатальною помилкою яких стало перебування у невдалий момент у невдалому місці; і цей вирок аж ніяк не заспокоює зони конфлікту, а швидше навпаки.

Не таким драматичним, проте не менш уразливим для індивідуальних свобод стало повсюдне використання, включаючи і Європу, приладів цифрового нагляду, що є зазіханням на приватне життя (див., зокрема, дебати стосовно реєстру, впровадженого в авіатранспортних компаніях (Passengers Names Record або PNR)); або ж практики блокування інтернет-сайтів, що суперечить свободі слова. У Франції, починаючи з 2001 р., прийнято близько десятка законів, зокрема, листопадний закон 2014 р., що посилює санкційний режим у випадку мови ненависті та згідно з яким поліції дозволено забороняти виїзд із національної території без контролю з боку судової влади.

По суті це запрограмоване стирання межі між війною та миром, ворогом і злочинцем, армією та поліцією. І демократія перебуває під загрозою, допоки суспільства страху в ім'я превенції витісняють ідеали спільноти долі.

Кримінальне правосуддя змогло б посприяти перевазі надії над страхом, а також заміні дегуманізації залякування гуманізацією довіри. Таке бачення кримінального правосуддя як процесу гуманізації передбачає міжнародне правосуддя, що гарантує повагу до прав людини та покарання найтяжчих злочинів в усьому світі. За відсутності міжнародного суду з прав людини саме на МКС покладено роль захисту прав



людини в ім'я справедливості. Призначення світового правосуддя полягає не тільки у відтворенні миру у спустошених війною країнах, а й у встановленні миру у масштабі світової спільноти, що вірить у свою спільну долю. Таке високе прагнення вимагало б зусиль, аби відновити динаміку, порушену 11 вересня 2001 р. атаками, кваліфікованими як терористичні, та перетворити МКС на трансформативний процес із динамікою прав людини.

Перший висновок невтішний, а прогрес, здається, є вельми повільним. Аналіз двох справ, за якими МКС виніс остаточне рішення, не дає чіткої відповіді, наскільки такі судові рішення можуть гарантувати мир. Хоча у справі Лубанги, ополченця середньої ланки, засудженого за вербування дітей у солдати у Демократичній республіці Конго (ДРК), винесений МКС вирок став, за словами спеціального представника Генерального Секретаря ООН з питань дітей і збройних конфліктів, «ключовим прецедентом» у боротьбі проти безкарності.

### III. Світове урядування як просування до висхідного миру

Поняття висхідного миру запозичене з класичних джерел китайської думки, що надихнули, зокрема, «Датонг Шу» Кана Ювея. Воно продовжує мрію про глобальний мир, висловлену «двома К» – Еммануїлом Кантом наприкінці XVIII ст. та Каном Ювеем наприкінці XIX ст. Утім згаданий тут проект не є ні перехідною ланкою між Великим Безладдям та Великим Миром, ні простим етапом у межах кантіанського проекту вічного миру. Він задуманий як носій динаміки, що, не фіксуючи майбутнього, показує, у який спосіб просуватися у потоках суперечливих вітрів, аби спробувати гуманізувати глобалізований світ.

Уже існують пропозиції, що вже вказують, на додаток до Загальної Декларації прав «людини», на потребу враховувати «Права майбутніх поколінь», «Загальне благо Людства» або, точніше, Людство як таке. Нехай це буде під назвою «Загальної Декларації прав людства», чи «Загальної декларації людських відповідальностей», або, знову ж таки, у формі 3-го пакту ООН стосовно 3-го покоління прав людини. У цьому різноманітті помітні конвергенції, що могли б охарактеризувати нову фазу висхідного миру. Фаза ще невизначена, їй суперечать факти кримінального та воєнного насилля між групами людей, проте її, можливо, намітила Паризька кліматична конференція (COP 21). Ставши наслідком тривалих підготовчих перемовин (дво- та багатосторонніх) і залучивши всіх акторів, як державних, так і недержавних, вона показує, що глобальне урядування, базоване на консенсусі, може бути підготовленим та влаштованим лише відповідно до надзвичайно складної динаміки, яка може бути представлена у трьох послідовностях.

### По-перше, визнати взаємозалежності

Під час Саміту Землі (Ріо, 1992 р.) держави оголосили, що «Земля, обитель людства, складає єдине ціле, означене взаємозалежністю». Відтоді взаємозалежності

постійно розвиваються. Проявляючись між людськими групами на державному та недержавному рівнях, вони водночас спричиняють умисне насилля (кримінальне та воєнне) та мимовільні ризики (екологічні, соціальні, санітарні, фінансові тощо). Натомість між людьми та екосистемою, до якої вони належать, здавна встановився стійкий зв'язок: зіштовхнувшись із природними ризиками, люди віддавали перевагу відшкодуванню збитків та докладали великих зусиль, аби їх зменшити. Відтепер вони мають передбачати їх, якщо бажають вижити.

У той час коли народи, об'єднані своєю спільною історією, згуртувалися навколо декларацій незалежності як окремих суверенітетів, жителі Землі, об'єднані таким самим бажанням майбутнього, могли б перетворити їхні взаємозв'язки на спільну долю, бажану як таку. Тут не йдеться про просування до малоймовірного та сумнівного універсалізму, до того ж і небезпечного, якщо він може стати новим осередком імперіалізму, насадженого однією з могутніх держав. Визнання взаємозалежностей з боку держав є необхідною відправною точкою у процесі висхідного Миру. Необхідною, проте не достатньою, бо взаємозалежності є фактом, який не розв'язує глобалізаційні суперечності. Аби узгодити суперечливі віяння, потребуватиметься відданість народів спільним принципам.

### **По-друге, слідувати спільним перетворювальним принципам**

Позначаючи волю до визнання людства як єдності людських істот та вираження їхньої приналежності до світу, деякі принципи стають «перетворювальними», якщо їм вдається перетворити кожен тип відчуті взаємозалежності на спільну долю. Для досягнення цього ми маємо віддати перевагу тим принципам з-поміж численних існуючих переліків, що дозволяють вийти за межі конфліктів урядування, тобто узгодити протилежні віяння.

У контексті насилля між людськими групами найбільш архаїчні імпульси життя і смерті, сполучені з новітніми технологічними досягненнями, можуть стати зброєю у великомасштабній дегуманізації. Від актів варварства, до яких вдаються деякі фанатичні кримінальні групи, до воєноподібних заходів з боку заляканих країн – вагомість такої загрози має спонукати до узгодження безпеки та свободи, надавши дієвості принципу *рівної гідності* всіх людських істот.

Щодо ж мимовільних ризиків (екологічних, соціальних, санітарних, фінансових тощо), що їх самотужки не в змозі уникнути жодна країна, якою б могутньою вона не була, то вони актуалізують урівноваження конкуренції та кооперації на основі принципу *планетарної солідарності*.

Проблеми ж, що звуться природними, є невід'ємними від економічного та демографічного розвитку, який супроводжує нові технології та робить з людства справжнє стихійне лихо, що може загрожувати існуванню майбутніх поколінь і навіть планеті взагалі. Зняття напруженості між інновацією та збереженням обумовлює важливість принципу *передбачливості та попередження*.

Нарешті, аби вижити у нескінченній боротьбі між силами притягання та відштовхування, необхідно узгодити відчуження та інтеграцію, підтверджуючи, між універсалізмом та плюралізмом, принцип *плюралістичної згуртованості*.

Такі принципи вже вписані під варіативними назвами у міжнародне право, однак задля їх корисного застосування потребується справжня спільно-планетарна відповідальність.

### **По-третє, запровадити спільно-планетарну відповідальність**

Спосіб, ініційований для Тисячоліття та пропонується у звіті Генерального Секретаря ООН «Гідне життя для всіх» (липень 2013 р.), визначено як «міжурядовий прозорий процес, що перегруповує внески всіх зацікавлених сторін, урахувуючи громадянське суспільство, наукові та академічні заклади, парламенти, місцеву владу та приватний сектор». Звичайно, процес триває (у робочих групах експертних комітетів, міжурядових комітетах та на інших «панелях високого рівня»), однак результати не є втішними. Резолюція Генеральної Асамблеї ООН щодо цілей тисячоліття (жовтень 2013 р.) підкреслює, зокрема, «неузгодженості, прогалини та надзвичайні завдання, які ще належить вирішити». І це настільки суттєво, що критики без коливань указують на необмежену безвідповідальність найвпливовіших акторів.

Відповіддю на критику може стати процес, описаний Генеральним Секретарем для спільної координації акторів та залучення існуючих національних та міжнародних правових засобів. Уже Паризька кліматична конференція як підсумок тривалих підготовчих (двох- та багатосторонніх) перемовин, що об'єднала всіх державних та недержавних акторів, показала, яким чином готується та вибудовується світовий консенсус, що його дедалі більше важко знаходити: як по горизонталі, так і по вертикалі, згори до низу (спадні взаємодії), а також знизу вгору (висхідні взаємодії). Сьогодні необхідно знати, як підтримувати таку динаміку та сприяти її прогресу.

Іншими словами, проект покликаний нагально випробувати ефективність процедур COP 21 та можливість їх перенесення в інші галузі (фінансові, санітарні або міграційні кризи, навіть у боротьбу проти тероризму):

– *тестувати вертикальні взаємодії між планетарним та локальним рівнями (принцип «спільної, але диференційованої відповідальності» держав) з уточненням спільних цілей прогнозування та критеріїв диференціації (історичних, економічних, соціальних);*

– *оцінювати ефективність горизонтальних взаємодій, особливо добровільних домовленостей у вигляді «соціальної та екологічної відповідальності» підприємств відповідно до нових процедур ідентифікації відповідальних (між головною корпорацією, філіалами та субпідрядниками), їх дотримання, а іноді й застосування санкцій у випадку недотримання;*

– оцінювати результати розподілу обов'язків з іншими акторами глобалізації (неурядові організації та профспілки, територіальні громади, наукові експерти, особи, які інформуються про порушення (whistle-blowers)), які, подібно до «Паризької клятви», беруть на себе зобов'язання як громадяни світу.

### Висновок. До висхідного миру

У підсумку подібна пропозиція просування до висхідного миру не передбачає ні нових концептів, як-от світовий суспільний договір, ні нових моделей на кшталт верховенства права поза державою, ні нових структур, таких як конституція для всього світу. Зважаючи на те, що глобалізація є складним динамічним процесом, який розвивається у різних напрямках та з різною швидкістю, єдина амбіція цього тексту – певним чином налаштувати на розуміння сценаріїв, за якими здійснюється, розпадається та знову відтворюється глобальне урядування.

Розуміння сценаріїв необхідне, щоб слідувати їм, відхилятися або, за можливістю, опанувати їх. Звичайно, це тільки ставка, яка далека від виграшу, але яка здається, утім, обґрунтованою. Врешті-решт, якщо людство стало силою земного масштабу, що впливає на майбуття планети, воно має бути здатним до впливу на власне майбутнє, і не тільки задля підвищення свого пізнавального потенціалу, а й для забезпечення нової фази «висхідного миру».

Якщо ми відмовляємося від занурення у масштабний хаос, так само як і від плаского спокою Великого Миру, що панує в суцільно стандартизованому світі, то Проект висхідного миру – вже через те, що він є передовсім рухом, і рухом висхідним – здається дійсно відповіддю, водночас здійсненою, обґрунтованою та бажаною. Можливо, єдиною, що могла б достатньо надихнути на поступ до глобалізації з людським обличчям, яку поети вже звать «світством».

© М. Делмас-Марті, 2019

### Бібліографія/Bibliography

- CEDH, *Loizidou c. Turquie*, 28 juillet 1998, § 71.  
Delmas-Marty, Mireille. *Le relatif et l'universel. Les Forces imaginantes du droit*. Seuil, 2004.  
Foucault, Michel. "Qu'est-ce que les Lumières?" In *Dits et écrits*, vol. IV.  
Jean Yves le Drian. In «Retro 2014», JDD 28 déc 2014.  
Hibou, Béatrice. *La bureaucratisation néolibérale*. Seuil, 2013.  
Kant, Emmanuel. *Œuvres philosophiques*, tome II. Paris: Gallimard, La Pléiade.  
Theilhard de Chardin, Pierre. *L'avenir de l'homme*. Seuil.  
Will Stephen et alia. "The Trajectory of the Anthropocene: The Great Acceleration." *The anthropocene Review* 1 (2015): 81–98.

### Мірей Делмас-Марті. Права людини та міжнародне кримінальне правосуддя: до висхідного миру

**Анотація.** У статті запропоновано новий погляд на право в цілому й права людини окрема у світлі сучасних викликів (міграційна криза, міжнародний тероризм, екологічна

катастрофа, технологічні інновації), що він, без фіксації майбутнього та адвокації світової держави, спрямовує глобальне врядування у бік «висхідного миру». При цьому нова парадигма «кримінального права ворожості» розглядається як така, що по-справжньому загрожує безпеці планети, тому що маркує заперечення універсалізму цінностей та повернення до суверенної держави та протиставляє довірчій гуманістичній антропології Міжнародного кримінального суду войовничу антропологію суспільств страху, а міжнародному правосуддю в його війні проти нелюдності – світову війну держав проти тероризму. Натомість доводиться, що призначення світового правосуддя полягає не тільки у відтворенні миру у спустошених війною країнах, а й у встановленні миру в масштабі світової спільноти, що вірить у свою спільну долю.

Проект висхідного миру задуманий авторкою як «носій динаміки, що, не фіксуючи майбутнього, показує, у який спосіб просуватись у потоках суперечливих вітрів, аби спробувати гуманізувати глобалізований світ». Як умови такої гуманізації розглядаються: визнання взаємозалежностей, слідування спільним перетворювальним принципам та запровадження спільно-планетарної відповідальності.

**Ключові слова:** права людини; міжнародне кримінальне правосуддя; Міжнародний кримінальний суд; світове врядування; висхідний мир.

#### **Мирей Делмас-Марті. Права человека и международное уголовное правосудие: к восходящему миру**

**Аннотация.** В статье предложен новый взгляд на право в целом и права человека в частности в свете современных вызовов (миграционный кризис, международный терроризм, экологическая катастрофа, технологические инновации), который, без фиксации будущего и адвокации мирового государства, направляет глобальное управление в сторону «восходящего мира». При этом новая парадигма «уголовного права враждебности» рассматривается как по-настоящему угрожающая безопасности планеты, так как маркирует отрицание универсализма ценностей и возвращение к суверенному государству, а также противопоставляет доверительной гуманистической антропологии Международного уголовного суда воинственную антропологию обществ страха, а международному правосудию в его войне против бесчеловечности – мировую войну государств против терроризма. В противовес этому доказывается, что предназначение мирового правосудия заключается не только в восстановлении мира в опустошенных войной странах, но и в установлении мира в масштабе мирового сообщества, которое верит в свою общую судьбу.

Проект восходящего мира задуман автором как «носитель динамики, который, не фиксируя будущего, показывает, каким образом продвигаться в потоках противоречивых ветров, чтобы попробовать гуманизировать глобализированный мир». В качестве условий такой гуманизации рассматриваются: признание взаимозависимости, следование общим преобразовательным принципам и внедрение совместно-планетарной ответственности.

**Ключевые слова:** права человека; международное уголовное правосудие; Международный уголовный суд; мировое управление; восходящий мир.

**Mireille Delmas-Marty. Human Rights and International Criminal Justice: Towards an Ascending Peace**

**Abstract.** The article offers a new look at law in general and human rights in particular in the light of modern challenges (migration crisis, international terrorism, environmental catastrophe, technological innovation). This view, without fixing the future and advocating for a world state, directs global governance towards the “ascending peace”. At the same time, the new paradigm of the “criminal law of hostility” is seen as truly threatening the security of the planet, as it marks the denial of universalism of values and a return to a sovereign state, and also contrasts the confidential humanistic anthropology of the International Criminal Court with the warlike anthropology of fear societies. In turn, international justice in its war against inhumanity is opposed to the world war of states against terrorism. In contrast, it is proved that the purpose of world justice is not only to restore peace in war-ravaged countries, but also to establish peace for the world society, which believes in its common destiny.

The project of the ascending peace was conceived by the author as “a carrier of dynamics, which, without fixing the future, shows how to move forward in the flows of conflicting winds in order to try to humanize a globalized world”. The conditions for such humanization are: recognition of interdependence, adherence to general transformative principles and the introduction of joint planetary responsibility.

**Keywords:** human rights; international criminal justice; International Criminal Court; global governance; ascending peace.

Одержано / Received 01.05.2019

## ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО КАК ЭКЗИСТЕНЦИАЛЬНОЕ ПРАВО<sup>2</sup>

«Судья более важен, чем закон»

Ф. П.

Фрицу Прингхайму в почитании

### Введение

#### Проблема естественного права сегодня

**П**осле краха Германии в 1945 г., оставившего позади себя груды обломков – в том числе и права – вновь пришедшие юристы (как установил еще Густав Радбрух в своей программной статье «Обновление права» (1947))<sup>3</sup> были поставлены перед непростой задачей – «убрать разрушенное государство и возвести на его месте новое здание права». Характеризуя целостную парадоксальность нашей духовной ситуации вплоть до сегодня, Радбрух двойным образом очерчивал упомянутую задачу. Во-первых, следовало «восстановить уважение к закону», который без зазрения совести был тысячекратно нарушен и обойден. Это означало «возобновить связанность государства его же собственными законами», посредством чего «заново достичь правовой определенности» и тем самым «восстановить правовое государство». Во-вторых, в силу того неустранимого и бесспорного опыта, что вторжение неправа может иметь место не только путем нарушения и обхода законов, но и так, что «неправо и правонарушение даны в форме закона», юристам была поставлена «вторая задача, которая, на первый взгляд, находилась в противоречии с первой»: превосходения правового позитивизма, который десятилетиями безраздельно царил среди немецких юристов, внушая им, что «закон есть закон», и делая своих сторонников «беззащитными и бессильными» в отношении «неправа в форме закона».

---

<sup>1</sup> Вернер Майхофер – выдающийся немецкий философ права XX века. Подробнее см. послесловие переводчика на с. 262–82.

<sup>2</sup> Настоящий перевод выполнен по изданию: Werner Maihofer, *Naturrecht als Existenzrecht* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1963). Перевод Алексея Стовбы.

<sup>3</sup> Gustav Radbruch, *Die Erneuerung des Rechts*, S.1 и далее; цитируется по новому изданию: *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* Издано Вернером Майхофером, *Wege der Forschung* Bd.XVI, 1962. Это собрание томов, в котором также можно отыскать дальнейшие библиографические ссылки, в дальнейшем сокращенно будет цитироваться: No R. – *Прим. авт.* Здесь и далее в переводе сохранены оригинальные ссылки В. Майхофера. – *Прим. пер.*

Тем самым Радбрух требует, чтобы юриспруденция вновь обратилась к «тысячелетней мудрости античности, христианского Средневековья, эпохи Просвещения», когда существует «высшее право, данное как закон, естественное право, божественное право либо право разума, короче говоря, надзаконное право, соразмерно которому неправое остается неправом, даже если оно отлито в форме закона...»<sup>4</sup>.

Такова тональность общей дискуссии об обновлении нашего права, которая развернулась в последующие годы и колебалась между требованиями государственно-правового восстановления утраченной правовой определенности и естественно-правового восстановления утраченной справедливости, то отдавая преимущество одному из них, то представляя их как равновесные. При этом в ходе дискуссии происходило как постоянное скольжение темы, так и явное смещение центра ее тяжести.

В первой фазе дискуссии, примерно до 1951 г., доминировали голоса, которые отдавали предпочтение «возобновлению естественного права» и в упомянутой альтернативе – правовой позитивизм или естественное право – более или менее явно и однозначно склонялись к тому, чтобы вернуться к естественному праву<sup>5</sup>. Однако отрезвление после этой первой крайности вскоре привело к точно такому же – слишком однобокому и однозначному – обратному представлению о жизненной важности правильно понимаемого позитивизма, который был чересчур быстро объявлен мертвым<sup>6</sup>. Таким образом, между государственно-правовым требованием правовой определенности и естественно-правовым требованием справедливости сложились напряженные отношения, которые делали невозможным как однобокое, естественно-правовое обоснование права, так и его чисто позитивистское дедуцирование.

Трезвая оценка, согласно которой не может быть дано никакого «или-или», но существует лишь путь к новому обоснованию права через *естественное право* и *правовой позитивизм*, программно выраженная в заглавии доклада Ханса Вельцеля<sup>7</sup>, все в большей степени определяет тенденцию второй фазы дискуссии, которая стремится развить востребованный новый способ мышления, исходя из различных направлений современной философии и теологии.

С подобным подвешиванием изначально весьма однобоко установленных противесов, верно рассмотрев которые мы лишь заново придем к соответствию провозглашенным Радбрухом принципам двойственного обновления права, неразрывно связано практически незаметное изменение в осознании проблемы,

<sup>4</sup> Gustav Radbruch, Die Erneuerung des Rechts, S. 2.

<sup>5</sup> Это характерно для работ Adolf Suesterhenn (Das Naturrecht, NoR, S.11 и далее) и Hermann Weinkauff (Das Naturrecht in evangelischer Sicht, NoR, S.210 и далее).

<sup>6</sup> Это отчетливо выражено у Erwin Riezler, Der totgesagte Positivismus, NoR, S.239 и далее.

<sup>7</sup> Hans Welzel. Naturrecht und Rechtspositivismus, NoR, S.322 и далее.



посредством которого в конечном итоге на место непоколебимого признания (еще Радбрухом) естественного права приходит вопрос о познании этого, весьма многозначного термина.

Если еще у Радбруха существовало безусловное убеждение, что обновление права может быть основано в осмыслении естественного права западной христианской традиции, то уже сейчас все более явно звучат голоса, которые не просто предупреждают о «гипертрофии позитивизма» либо «гипертрофии со стороны естественного права»<sup>8</sup>, но и превращают в проблему как чистую реставрацию естественного права, так и само естественное право как таковое<sup>9</sup>. В отличие от Радбруха, для которого хотя сам факт естественного права и не беспроблемен, однако вопрос о естественном праве как таковом не представляет трудностей, мы изначально сталкиваемся здесь с новым осмыслением *проблемы естественного права*, которому недостаточно ответов, даваемых традиционной философией сущности, а потому оно настоятельно всматривается в то, традиционно описываемое понятиями «идеи» либо «сущности» естество (Natur), из которого можно спросить о столь разноплановом понятии естественного права (Naturrecht). Подобная попытка была впервые предпринята в сочинении Эрика Вольфа касательно «Проблемы естественно-правового учения»<sup>10</sup>. Те заключения, которые можно здесь встретить в историко-системном анализе традиционных естественно-правовых учений, и каковые лежат в основе как изменчивого понятия естества, так и различных новых трактовок понятия права, дают нам при возможных сочленениях этих новых понятий *естества* и *права* калейдоскоп понятийных комбинаций *естественного права*<sup>11</sup>, не просто вынуждая нас констатировать существующую еще и сегодня обыденную наивность в отношении естественно-правовой проблемы, но и – если наши заключения верны – давая усомниться в самой задаче: при наличии стольких *понятий* естественного права отыскать *единое понятие* последнего.

Но можно ли сейчас вообще осмысленно ставить вопрос о естественном праве, исходя из положений современной философии и юриспруденции? Не исчезает ли, исходя из предпосылок традиционной философии, сама возможность подобной постановки вопроса, как полагает широко распространенный на Западе философский и научный позитивизм? Или же перед нами по-прежнему стоит этот старый вопрос, хотя бы даже и в новом обличье? Не следует ли нам предпринять новое осмысление этого старого факта, обозначенного понятием естественного права?

Современные попытки нового осмысления этого факта, описываемого столь многозначным понятием естественного права, ведут – и это твердо установлено

<sup>8</sup> Как, например, уже у Otto Veit, *Der geistesgeschichtliche Standort des Naturrechts*, NoR, S.33.

<sup>9</sup> Как у Ernst Topitsch, *Das Problem des Naturrechts*, NoR, S.159 и далее.

<sup>10</sup> Erik Wolf, *Das Problem des Naturrechtslehre*, 2 Aufl. 1959.

<sup>11</sup> См. к этому: Werner Maihofer, *Das Problem des Naturrechts*, in: *Archiv fuer Rechts- und Sozialphilosophie*, Bd.46, 1960, S.417 и далее.

практически без исключений – в одном и том же направлении: «относительного естественного права» (Пуфендорф), которое затем описывалось как «естественное право с меняющимся содержанием» (Штаммлер), как «исторически-эластичное»<sup>12</sup> либо «исторически-релятивное», далее как «естественное право со становящимся содержанием» либо «естественное право в становлении»<sup>13</sup>, а также как «конкретное»<sup>14</sup> в отличие от абстрактного, или же как «историческое»<sup>15</sup> в отличие от лишённого истории естественного права.

Все подобные попытки так или иначе явно предприняты из исходного пункта вне дихотомии интеллектуализма и волюнтаризма<sup>16</sup>; они разрешают диалектическую напряженность отношений между порядком и индивидуальным решением не односторонне, не в пользу одной из сторон. Эти попытки не могут быть интерпретированы ни из интеллектуальных представлений о самозаконодательном *ordo* (порядке – лат. прим. пер.), который лишь задан человеку, ни из волюнтаристских представлений о *decisio* (решении – лат. прим. пер.), отданного человеку на откуп, но исследуют как решение, так и порядок в их диалектической связи: постигая их как порядок и решение, заданные человеку – и отданные на его усмотрение. Но как нам следует истолковать понятие «естества», когда последнее равно есть как *основание* порядка, так и *мера* решения, которые мы обозначаем как «естественное» и «разумную»: как *фактически справедливое* согласно порядку вещей либо *жизненно справедливую* согласно распоряжению человека? Если их мера и основание не заложены во внеисторичном и статичном бытии либо сущности вещей или человека, то в чем же тогда они заключены?

## I. Предметная сущность людей как конкретная экзистенция в мире

Согласно мыслительной схеме традиционной философии сущности, со времен Платона и Аристотеля естество в понятии естественного права привычно постигается как идея, стоящая за вещами, либо же как застывшая в вещах субстанция, так что мы, применительно к живым существам, не относящимся к человеку, таким как лисы или зайцы, без колебаний говорим об их сущности, живущей в них естественным образом («по природе»), или же вложенной в них Богом. По аналогии

<sup>12</sup> Как, в особенности у Eduard Spranger, *Zur Frage der Erneuerung des Naturrechts*, NoR, S.87 и далее, в особенности S.93 f.

<sup>13</sup> Так у Erich Fechner, *Naturrecht und Existenzphilosophie*, NoR, S.384 и далее, в особенности S. 402 и далее; см. и *Rechtsphilosophie*, 2 Aufl. 1962, S.261 f.

<sup>14</sup> Уже Karl Engisch говорит о «конкретно-индивидуалистическом естественном праве»: в *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 1953, S.288 f.; о «конкретном мышлении естественного права» см. также W. Maihofer, *Die Natur der Sache* в: *Archiv fuer Rechts- und Sozialphilosophie*, Bd. 44, 1958, S.145 и далее, в особенности S.174.

<sup>15</sup> Об этом Arthur Kaufmann, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, 1957, в особенности S.10 и далее.

<sup>16</sup> Об антилизе интеллектуализма и волюнтаризма в традиционных естественно-правовых учениях фундаментально высказался Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4 Aufl. 1962.

с жизненным порядком подобных живых существ мы мыслим и человеческий порядок, как естественный либо божественный, заданный естественным образом либо Богом, а человеком лишь воспринятый, с единственным отличием, что людям, в отличие от животных, которые связаны с наброском этой сущности посредством инстинкта и порыва (интеллектуального либо волевого), в ходе самостоятельного познания и воли дано открыть свое предустановленное определение, переместившись в акте деяния из чистой возможности в действительность.

Согласно связанной с подобным мышлением схеме объяснения традиционной *метафизики свойств*, как идея сущности, стоящая «позади» всякого человека, так и заложенная «в» каждом человеке сущностная субстанция обладают характером *всеобщности*<sup>17</sup>. Именно там, где подлинное естество человека в превосходении его как чисто естественного существа (чувствующее существо – *homo phaenomenon*) определяется как его «вторая натура» – разумного существа (интеллигибельный характер – *homo noumenon*), и эта подлинная сущность человека понимается как автономная кантианская «цель сама по себе», существует представление, что единственной задачей этой самостоятельной деятельности является само это существо, устанавливающее себе свои цели, заданное посредством идеи и осуществляемое всяким индивидом в «своем собственном лице» всеобщее определение, то есть лежащая в основе всякого человека *идея свойства* «человечности»; что человек – исключительно разумно, из этой истинной сущности, и (также) «истинной воли», данных ему всеобщим образом – ставит себе целью: постигать и схватывать согласно тому, что он, естественным образом или по воле Божьей, по своей сути всегда уже есть<sup>18</sup>.

Если так рассматривать человека, то он был бы тем существом, в основании всякого единичного экземпляра которого находилась бы одна и та же идея

<sup>17</sup> К этому: Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, 1956, S.17 и далее, и *Recht und Sein*, 1954, S.27.

<sup>18</sup> Уже у Канта, за всей его традиционной качественно-метафизической интерпретацией «субстанциальной» всеобщности сущности – в том числе и человека из (качественной) идеи «человечности» в «лице каждого», можно отыскать зачатки *экзистенциального* постижения этой *всеобщности* не как изначально *данной* в сути человека, но как *приданной* ему согласно его сути как «разумного существа». Не следует ли из молчаливо приписываемого ему «отождествления разумности и всеобщности» (см. к этому Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S.23) то, что *разумный по своей сути человек*, который, в отличие от всех чисто естественных существ, сам устанавливает свои цели, во всем, что он совершает и предпринимает (согласно категорическому императиву: действуй всеобщее значимым образом!), всеобщим образом делает целью самого себя, равно как и все иные, подобные ему (см. указ. соч. S.17 и далее, в особенности S.21, примечание 26). То, что для Канта это Всеобщее, в котором для него единственно и может быть произведено истинно Человеческое, не установлено как *приданное* человеку извне, но изначально постоянно открыто как *заданное* ему, показывает характерная формулировка «четвертого тезиса» во «Всеобщей истории во всемирно-гражданском плане» (*Akademieausgabe Bd. VIII, S.20* и далее), где он, рассматривая людей, говорит о «пустоте творения в рассмотрении их целей», которую они, как «разумные существа», сами целесообразно «заполняют».

«человечности», которую разум должен был бы понять и охватить из заданной всеобщим образом природой или Богом всякому человеку потенции, чтобы тем самым осуществить человека в пред-положенной ему наличной сущности. Согласно подобному объяснению *естества человеческого существа* и выводимого из него *сущностного порядка между людьми*, задачей как отдельного человека, так и человечества в целом является при всяком решении сверяться с той заранее данной *всеобщностью*, которая всегда уже исторически обнаруживается как естественное или божественное основание всякого человеческого порядка в этом мире, а равно как мера всякого решения, соответствующего заданной и предположенной сущности человека. Это понятие всеобщего и заранее данного естества человеческого существа и всеобщим образом заранее данного сущностного порядка между людьми всегда уже предположено, если, как Верховный федеральный суд, говорить о «заданном и предположенном порядке ценностей», из которого должны следовать «нормы нравственного закона», которые «значимы сами по себе». Тем самым не просто предполагается, что имеется нечто, данное людям извне: *объективный моральный закон*, но и связанные с этим представления об имеющемся естественным образом или направленном Богом «требовании» к человеку, которое обладает для него абсолютной значимостью, независимо от чьего-либо признания или подчинения, и даже от «представления» человека «о том, чего требует нравственность»<sup>19</sup>.

В ходе подобной аргументации возникает впечатление, что будто бы требование делать то и не делать этого исходит не от судьбы, но что он как будто «присваивает» это требование, которое исходно направляется человеку не человеком, но некой внечеловеческой инстанцией: нравственным законом, предварительно данным естественным образом, или Богом. Согласно подобным представлениям кажется, что это даже и не воля судьбы, который лишь выражает естественно-правовое требование, исходящее от инстанции, превосходящей его самого и возвышающейся над ним, делая из него лишь глашатая своих дозволений и запретов, независимо от того, совпадает это с его волей, либо же нет.

Уже Виекер обоснованно возражал против подобной формулы<sup>20</sup>, которая сегодня не только кажется нам невероятной, но и покоится на таком предварительном понимании естества либо сущности человека, которое для нас целиком и полностью является сомнительным.

Согласно подобному, основанному на сущностной философии метафизических свойств объяснению человека, распространенному в современном неокантианстве и неотомизме, то, что человек по своей сути есть, является не результатом его собственной деятельности; он есть то, что он есть по своей «суть» естественным образом или благодаря Богу, и его единственной задачей, также как и всех остальных экземпляров человеческого рода, является осуществление того сущностного

<sup>19</sup> Наподобие как в BGHSt 6, 52.

<sup>20</sup> Franz Wieacker, Rechtsprechung und Sittengesetz, Juristenzeitung, 1961, S.337 и далее.

содержания, которое задано ему как и всем ему подобным – развивать заложенные в него природные дарования, наживая проценты на данном Богом «капитале».

Однако после ниспровержения философии идеализма, предпринятого Фейербахом<sup>21</sup>, Марксом, Ницше<sup>22</sup> и Кьеркегором, объяснение бытия людей на основе заданной естественным образом, либо созданной Богом бесконечной и всеобщей сущности оказывается сомнительным; на его место приходит объяснение «естества» либо «сущности» человека уже не из лежащей в их основе идеи либо живущей внутри субстанции, но из экзистенции, которая вводит человека в мир, способа, которым он имеет дело со своей сущностью в мире<sup>23</sup>.

Согласно подобному объяснению человек как «неопределенное животное» (Ницше) не застывает в своей сущности естественным образом или по воле Божьей (как *imago dei*), но в постижении и схватывании своего предназначения приводит самого себя в состояние своей сущности. Он есть всецело продукт, точно так же как отношения и присущий им внутренний порядок, в которых он имеет дело со своей сущностью, являются продуктом его собственного решения, которое он сам должен постичь и которого у него никто не может перенять, и в ходе которого ему не к кому взывать.

Согласно этой, распространенной как в современном материализме, так и в экзистенциализме точке зрения относительно бытия человека как «конкретного бытия», «предметной сущности» в мире<sup>24</sup>, человек не является сам по себе субъектом: человеком, противопоставленным объекту самому по себе, то есть миру, но существом, которое как в деяниях, так и в познании неустранимым и неразрешимым образом является субъект-объектом: человек – мир; определенным человеком в его конкретном мире<sup>25</sup>. Эта точка зрения на сущность человека, совершенно иная по своей сути – не субстанциальная, а экзистенциальная, ведет к конкретному, предметному определению его сущности – более уже не (абстрактным) *zoon politikon* Аристотеля<sup>26</sup> или *homo politicus* Канта, но как «совокупности общественных

<sup>21</sup> Об отходе Фейербаха от традиционной метафизики свойств в полемике с Гегелем см. Maihofer, *Konkrete Existenz, Versuch ueber die Philosophische Anthropologie Ludwig Feuerbachs*, in: *Festschrift fuer Erik Wolf*, 1962, S.246 и далее, в особенности S.248 и далее.

<sup>22</sup> Об отходе Ницше от традиционной этики свойств в полемике с категорическим императивом Канта см.: Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, 1956, S.24 и далее.

<sup>23</sup> См. к этому, в частности, Maihofer, *Konkrete Existenz*, a.a.O. S.253 и далее.

<sup>24</sup> *Ibid*, S.254 и далее.

<sup>25</sup> См. к этому: ук. соч., S.262 и далее.

<sup>26</sup> То, что уже у Аристотеля, наряду с абстрактными определениями сущности человека можно отыскать первую подвижку к конкретному постижению бытия человека, становится ясным уже в Никомаховой этике (1097 b), где во взгляде на то, «что делает желанной жизнь, взятую чисто саму по себе, не допуская никакого изъяна» (автаркия) именуется «высшее благо», «самодостаточное само по себе»: «Понятие самодостаточного мы применяем не для освобожденного от всех обязанностей Я, не для ограниченной своим «Я» жизни, но для жизни, неразрывно связанной с родителями, детьми, женой, друзьями и согражданами; так что человек по природе определен общностью (*physei politikos*). Для этой неразрывной связи должны быть

отношений» (Маркс), в которых он «имеет дело со своей сущностью» как «суммой связей, в которых он живет» (Сартр).

Это экзистенциальное понятие естества или сущности в большей либо меньшей степени явно лежит в основе как «исторического» и «социологического», так и «конкретного», «экзистенциального» естественного права или «экзистенциального права сущности»<sup>27</sup>. Во всех этих новых подходах человек берется уже не как субъект для себя или сам по себе, но как субъект-объект в его бытии-в-мире, в своей предметной сущности – как человек-мир, в своей конкретной экзистенции как я-ты или ты-я, так, как мы его в действительности встречаем в повседневном мире<sup>28</sup>. Этот действительный человек в своей мировой экзистенции является по своей сути продуктом как своих отношений, так и своего Я. Другими словами, его конкретная экзистенция в мире есть в равной мере продукт заданности и заброшенности: диалектика естества дела и предопределения человека.

## II. Диалектика конкретной экзистенции как полярность естества дела и предопределения человека

Если исходить из того, что в отношении собственно человеческого в человеке не имеется никакой естественным образом данной сущности (в отличие от лис или зайцев), но что сам человек и никто иной в борьбе со своим миром впервые создает ее и создан ею; другими словами, что он во всем, из чего он, по сути, состоит, является продуктом своей собственной деятельности в мире, то в таком случае на почве заданной человеку сущностной природы и следующего из нее сущностного порядка между людьми не может быть дано никакого естественного права в упомянутом ранее смысле.

Если предопределение человека впервые порождает его собственную «природу» из него самого, в осмысляющем толковании и овладении его конкретной мировой экзистенцией, и таким образом фиксирует само это предопределение, тогда то, что мы до сих пор называли естественным правом, обретает новый смысл: *того, откуда*

---

выявлены определенные границы. И если эти границы протянуть до предков и потомков, и до друзей друзей, то можно уйти в бесконечность. И здесь бытие человека конкретно, его сущность постигается как всеобщая сущность, в которой он исполняет себя в «ансамбле» межчеловеческих «отношений», в «сумме» межчеловеческих «связей». Позднее в Стое Эпиктет развернул эту мысль в диалектическую полярность равноисходно требующей исполнения определения человека «самостоятельности в отношении мира» и «резонанса с миром»; при этом последнее, сущностное определение человека предметно эксплицировано как то, что он представляет из себя: овладевающий социальными положениями, исполняющий социальные роли, в которых мы конкретно существуем в отношениях ко встречным в мире Другим. См. к этому Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 55 ff.

<sup>27</sup> Впервые это встречается у Max Mueller, *Existenzphilosophie im geistigen Leben der Gegenwart*, 2. Aufl., 1958, S.100 и далее.

<sup>28</sup> О фундаментальной диалектике конкретной экзистенции человека как единства Я и Ты, а также единства Я и Не-Я см.: Maihofer, *Konkrete Existenz*, ук. соч., S.270 и далее.

*набрасывается проект исторического самоопределения человека (Den aus Worausentwurfs der geschichtlichen Selbst-Bestimmung des Menschen).* И в таком случае, если естество человека это не то, что уже существует, но то, что впервые возникает в нем, когда он в своем поведении постигает и осуществляет свою собственную сущность согласно естеству мира, тогда то, что мы общепринято называли естественным правом, имеет свое основание не во всегда наличной сущностной субстанции человека, но в постоянно сбывающейся мировой экзистенции, на которую человек всегда уже «наброшен» в его сущностном предопределении, охарактеризованном естественно-правовым образом.

Соответственно этому мы считаем чистым самообманом разговоры о некоем объективном нравственном законе, данном естественным образом или Богом, о предзаданном человеку и «воспринимаемом им порядке ценностей», требованиями которого человек должен руководствоваться.

Только человек способен желать или требовать чего-то. Но не бесосновательно, а лишь ввиду данной в социальной действительности определенной констелляции интересов и ожиданий тех людей, которые в жизненном мире повседневности имеют дело друг с другом и друг другу предоставлены; принимая во внимание на деле заданную, а тем самым брошенную на откуп человеку согласно его предопределению фактическую действительность. Единственно лишь из понимающего и разумного вглядывания человека в то, что *вот здесь существует* – осмысленно или бессмысленно, ценно или ничтожно, исходит требование: быть по сему – или не быть!

Это историческое понимание смысла, сформированное не тем, чем является – или не является – тот либо иной отдельный человек по своей сути, но тем, чем являются – или не являются – люди как таковые в их отношении к другим людям, в настоящее время выражается двояким образом: посредством обращения к *особому естеству дела* или порядку вещей, либо же к *всеобщему предопределению человека*, «природе» либо «сущности» человека.

О *естестве дела* мы ведем речь, когда мы призваны к нему в ходе отношения к особой «природе», к *предметной сущности человека*, которая исторически порождается в тех отношениях, где человек как определенный субъект-объект, осуществляет свою сущность в мире: в этих отношениях он есть тот, кто он есть – как покупатель или арендатор, как врач или пациент, судья или обвиняемый, муж или жена.

Из отдельного обращения к *конкретному естеству* человека, к нему как к определенному *Кому-то*, еще не следует никакого порядка. Как же еще мы можем постичь заключенный «в самом деле» порядок вещей?

А он становится видимым в *осмысляющем и ценностно-интерпретирующем анализе всякой ситуации в целом*: жизненных отношений (правоотношений – например, купли-продажи) или жизненных образований (правовых образований – например,

семьи) с их всякий раз *типичной конstellляцией* интересов и ожиданий тех людей, которые встречаются в подобных отношениях, живут друг с другом в подобных образованиях и пр. Что же открывается в подобном анализе жизненной действительности?

Если мы берем в качестве исходного пункта *интересы* и соответствующие *ожидания* тех людей, которые реально находятся в мире в определенной роли (например, как покупатель и продавец) либо в определенном *положении* (например, самообороны), то есть если мы помещаем себя во всякий раз (ценностно) *исходный пункт условий самосохранения и самореализации участников правового процесса* («задетых»), то нам становится ясно, что люди в подобной роли или положении испытывают типичным образом определенные способы происшествий или поведения согласно их функциональному воздействию на интересы людей, одни ожидания в отношении которых мыслятся как благо, а другие – как вред; как удовлетворение их интересов, исполнение желаний, либо же как ущерб интересам, разочарование в ожиданиях.

Такой опыт может непосредственно испытать всякий из нас, если он, согласно так называемому *золотому правилу*, во всякой ситуации, поместит себя по отношению к Другим в «находящееся на кону» средоточие интересов и ожиданий других ее участников, и так, исходя из различных ее сторон, проникнется соответствующими и противоречащими друг другу интересами и ожиданиями тех, кто задет влиянием определенной ситуации<sup>29</sup>.

Тем самым мы приближаемся к тому, чтобы разобрать на примерах изложенные выше тезисы, хотя бы на той комплексной и сложной взаимной конstellляции интересов, которая следует в жизненном случае вынужденного аборта. Здесь мы имеем дело с ценностным средоточием позиций матери, исходя из ее жизненных интересов, формирующегося ребенка, отца и его интереса к матери как супруге, а также как к матери уже живого либо будущего ребенка, врача и его интереса лечить и помогать, то есть воспрепятствовать смерти матери и ребенка, общества как Других, задетых этой ситуацией, которые в этом, вершащемся в их среде событии, имеют всеобщий интерес в том, чтобы решение – либо неразрешение – этого конфликта интересов согласно категорическому императиву было переведено в плоскость всеобщности в той мере, в какой оно обладает определенным влиянием на Целое.

Решающий вопрос здесь таков: вкладываем ли мы данные интересы в соответствующее дело произвольно, исходя из соответствующего их исходного пункта, либо же они из данного исходного пункта *лишь становятся видимыми для нас*, реально существующая в мире, экзистенциально «стоя на кону»?

То, что в этом случае жизненные показатели матери и ребенка *действительно* (а не только в мышлении) взаимно исключают друг друга, является горьким, повседневно подтверждаемым фактом опыта. Точно также и то, что человек типичным

<sup>29</sup> О бытийной, смысловой, ценностной структурах, а также о структуре долженствования жизненного положения дел см. в частности: Maihofer, Die Natur der Sache, ук. соч., S.163 и далее.



образом обладает естественными интересами в своей жизни, не является выдумкой, но лишь эмпирическим фактом, установленным всеми нормальными людьми, находящимися в нормальном положении.

Однако нас беспокоит то, что поставленные перед этой типичной ситуацией судья либо законодатель, которые должны отыскать решение этого, заключенного в самой сути дела конфликта интересов и ожиданий, могут прийти к выводу, что эти интересы соответствуют друг другу лишь частично, а исходя из средоточия интересов каждого, даже противоречат друг другу: и у отца, который в случае жизнеспособности ребенка должен выбирать между его жизнью и жизнью матери, сохраняя супругу; также и у врача, который может спасти лишь одну жизнь, уничтожив другую.

Другими словами, даны ситуации, для которых не существует никакого решения, при котором все «находящиеся на кону» интересы и ожидания могли бы быть приведены к «некоему знаменателю»; никакого компромисса: никакая мировая невозможна при конфликте интересов, когда «все расходы будут отнесены на их счет»; где всякий компромисс оправдан лишь в большей либо меньшей степени, а также нет никакого единственно возможного, справедливого решения касательно отдельных, стоящих на кону интересов с точки зрения их *экзистенциальной релевантности*, то есть интенсивности бытия-задетыми, в зависимости от значимости этих интересов как соответствующих условий обеспечения безопасности и развития сторон: матери и ребенка, врача и отца, а также общества в целом.

В подобном случае решением будет то, что бездейтельно позволить матери и ребенку умереть не послужит ничьим интересам: удаление еще не способного к жизни плода как единственно осмысленное и справедливое решение конфликта легко поймет всякий рассудительный и разумный критик. В таком случае и сам врач как соучаствующий Третий при ином решении не может иметь никакого понятного и исполнимого интереса; разве что общество, как безучастный Третий, могло бы отстаивать здесь абстрактный общий интерес «абсолютной значимости» определенных предписаний либо запретов, не обращая внимания на жизненно верное урегулирование этой особой ситуации.

Решение подобного конфликта интересов и ожиданий все же невозможно исключительно из естества дела этой определенной ситуации, но в большей степени из выводимого из нее понимания смысла «естества», то есть всеобщего определения человека в его отношении к людям, ситуации человека в мире вообще. Здесь поставлен вопрос, трансцендирующий горизонт конкретной ситуации: должен ли человек предоставить идти естественному ходу вещей, бездейтельно наблюдая его и дав матери и ребенку скончаться, или же его предопределением является вмешательство в естественный процесс, в явно предписанный, либо, по крайней мере, допущенный Богом ход мира для того, чтобы помочь им? Оказать ли помощь, исходя из того, что это его предопределение, служить человечности даже там, где этот мир

естественным образом, или даже по воле Божьей, зол, или, другими словами, бесчеловечен?

Это означает не менее чем то, что *масштаб* для разрешения подобного конфликта интересов, заключенного в естестве дела, в конечном итоге может быть найден лишь в самом человеке: в том, что человек постигает как свое предопределение, и что он в состоянии открыть лишь исторически, осмысляя, что же из этой, заданной и врученной ему в распоряжение действительности мира, соразмерно человеку, а что – нет. Здесь апеллировать к абстрактному абсолютному запрету – «не убий», который не принимает во внимание конкретную конфликтную ситуацию, подобно тому, как это делает перед лицом затронутой проблемы жизненных показаний католическая моральная теология – когда в подобной ситуации без вмешательства врача мать и ребенок должны беспомощно умереть, в то время как, по меньшей мере, мать как супруга и родительница других детей может быть спасена – кажется нам несовместимым с предопределением человека: служить человечности; даже если это происходит посредством самого человека (то есть его надеяния) и необходимо не влечет за собой убийства обреченной на смерть матери согласно апелляции к норме, которая должна отстаиваться как абсолютный естественный или даже божественный принцип. То, что подобные ситуации вообще есть в нашем мире, существовали столько, сколько существуют люди и будут существовать, пока будут люди, кажется нам естественной либо божественной несправедливостью.

Конечно, это предопределение людей – не просто пассивно воспринимать или тем более приумножать подобное неправо и несправедливость, но исправлять и приуменьшать их, тем самым, где это возможно, превращая мир в человеческий мир.

А это, в свою очередь, требует, чтобы человек во всем, что он делает и предпринимает, не только следовал *особому естеству* тех отношений, в которых он приводит в движение свою сущность как определенный кто-то: как судья или врач, как брат или супруг, как покупатель или арендатор (то, что мы назвали бытие-как), но и чтобы он во всем этом соответствовал своему всеобщему предопределению – как самому себе, так и человеку как таковому – и не противоречил ему.

Всякая человеческая ситуация хотя бы для тех, кто в ней участвует, обладает двойственным значением и особенностью, которые трансцендируют всякую конкретную экзистенцию человека как определенного Некто. Она обладает для всякого Задетого ею, именно как для *него самого*, наиболее близким ему значением и особенностью положения конечности и временности его экзистенции в мире: его *собственного* жизненного пути, а не кого-то другого. Тем самым, согласно основополагающему предопределению человека – быть-самим-собой, а не кем-то иным – всякой экзистенциальной ситуации придается экзистенциальный характер условия возможности собственного бытия. Также всякая ситуация среди людей

обладает совершенно иным, равно основополагающим и самостоятельным смыслом, который выходит за рамки отдельной ситуации как таковой. Она обладает им в равной степени для человека вообще, который всегда участвует в ней: экзистируя как муж и жена, учитель и ученик, судья и обвиняемый, как общее значение и смысл их позиции на пути к осуществлению того, что вообще есть Человеческое; тех, превосходящих отдельного человека бытийных возможностей людей, которые впервые исторически вырабатываются в «единстве человека с людьми», в его «общности с людьми» (Фейербах), в *межчеловеческом*<sup>30</sup>. Тем самым всякая экзистенциальная ситуация из этого основополагающего предопределения для человека: быть-человеком-вообще а не кем-то «иным», равно обладает экзистенциальным характером условия возможности человеческого бытия вообще<sup>31</sup>.

И это Соответствующее конкретной сущностной экзистенции человека в мире, Принадлежащее и Соразмерное ей, мы ищем посредством того, что задаем предопределение *Как-бытия*, а также через основополагающее допущение собственного бытия самих себя и постановку задачи для человеческого бытия – исторически устанавливаться во всех отношениях между людьми, апеллируя то к особому естеству дела, то ко всеобщему определению человека, и так превозмогать всяческие сомнения и противостоят необходимым образом всякому произволу. То, что та или иная норма поведения, структура отношения, система порядка соразмерна либо несоразмерна особому естеству дела или всеобщему предопределению людей, является тем опытом, который постоянно побуждает нас не воспринимать.

<sup>30</sup> См. к этому в частности: Maihofer, *Konkrete Existenz*, ук. соч., в особенности S.253 и далее, а также S.273 и далее.

<sup>31</sup> Также и право должно удерживать себя открытым для этого смыслового предопределения собственного бытия человека и человеческого бытия, трансцендирующего горизонт конкретной ситуации. Из этого следует не просто искать те, институционально охваченные, особые права и обязанности, соответствующие определенному естеству (дела) экзистенциальной ситуации, которые являются условиями возможности как-бытия человека: бытия как определенного Кого-то во всегда определенной социальной роли или положении. Также следует обеспечить, чтобы человек во всякой ситуации мог существовать согласно его собственному предопределению, как Самого себя (кантиански выражаясь, как цель сам по себе) и оставаться таковым: онтологическое основание, в связи с которым мы гарантируем всякому индивиду (основополагающее) право на «свободное развитие личности» во всех отношениях между людьми как условие возможности всякого умения быть-собой среди Других. И также право должно устанавливать, что человек во всякой экзистенциальной ситуации: и как обвиняемый для судьи, и как заключенный для стражника, прежде всего может быть и оставаться человеком, что мы, исходя из базового определения того, что принадлежит к человеческому, охватываем в конвенциях прав человека, каталогах гражданских прав с их гарантиями права на жизнь и здоровье, на свободу и достоинство, на собственность и даже на работу, рассматривая как условие возможности всяческого умения-быть-человеком среди людей. О диалектике всегда особенной природы ситуации, имманентной структуре отношений, и постоянно трансцендирующем эту природу всеобщем определении лица см.: Maihofer, *Ordnung und Gesellschaft*, в: *Das Problem der Ordnung*, изданной Н. Kuhn и F. Wiedmann, 1962, S. 315 и далее, в особенности S.321 и далее.

Действительное и Существующее как Соразмерное на все времена, но осторожно и вместе с тем непоколебимо улучшать все это там, где для нас, как людей настоящего и будущего, это уже не может оставаться справедливым.

Но почему вообще для того, чтобы найти и осуществить Соразмерное и Справедливое, следует апеллировать к предопределению человека в его мире? Разве недостаточно для этого удостовериться в *естественном порядке* этого мира и обеспечить его посредством позитивности права?

### III. «Заброшенность» в бесчеловечный мир как основание права

То, что делает для нас отчетливым обхождение с конфликтными ситуациями как таковыми, когда человек «заброшен» в мир, где он не может ни отыскать себя, ни освободиться от него, есть противоречивое, жуткое и злое устройство самой действительности. Но оно же есть и *основание всякого права в мире*: право есть *спор* (eris), *борьба* (polemos) противоположностей, как видел еще Гераклит. Эта обыденная точка зрения, согласно которой без противоречий в совместной жизни людей не было бы юриспруденции и юристов подобно тому, как без болезней не было бы медицины и медиков, имеет определенную подоплеку, которая отнюдь не успокаивает нас.

Если предположить, что основанием всякого права является борьба противоположностей, спор и противоречие интересов и ожиданий, то возникает вопрос: где же место этого странного «спора» в самой действительности, имеются ли в ней основания противоречий между людьми?

Наиболее характерный и категоричный ответ на этот вопрос дает нам Кант в очерках своей философской антропологии<sup>32</sup> по отношению ко всему предыдущему рассмотрению сущности людей: «в необщительной общительности человека». Для Канта основание специфических споров, пронизывающих человеческий мир и господствующих в нем, заключается в том, что человек, «как он есть по природе», ощущает в себе склонность к «обобществлению», сколь он в обществе Других чувствует себя «более чем человеком», но также равно определен и противоположной склонностью, «обособить себя», устраивая все согласно «своему пониманию», рассматривая со *своей точки зрения*, судя и обходясь со всем согласно своим желаниям; тем самым промеж людьми возникает «антагонизм» точек зрения касательно *пользы и вреда*, когда эти позиции пребывают в противоречии и споре между собой и тем самым превращаются в основания всякого спора, а с этим и в основание всякого права.

Кант придерживается позиции, что сам Творец, а не некий «злой дух» вложил в человека свойство необщительности, чтобы побудить его бросить все силы на взаимные споры и соперничество с тем, чтобы он всецело и полностью развил

---

<sup>32</sup> Kant, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbuergerlicher Absicht*, ук. соч., S. 15 и далее, в особенности S. 20 и далее.

заклученные в нем природные дарования. «Спасибо природе за несговорчивость!» – восклицает Кант, «за неблагоприятное состязание в суетности», которое побуждает человека «не довольствоваться жадной обладать и властвовать», за ту неутолимую волю людей к большему (власти), которую Ницше впоследствии полагал принципом, пронижающим все бытие<sup>33</sup>. Тем самым основание всякого спора, а значит и всякого права заключено в самом естестве человека: в его необщительной общительности, а значит в споре и противоречии в самой человеческой сути. Может ли нас сегодня удовлетворить этот ответ, столь гладко подходящий под наши христианизированные представления о человеке как «греховном существе»?

Действительно ли предельное основание всякого подобного антагонизма заключено в так сотворенной Богом или природой сущностной субстанции человека, в его несовершенстве, в его испорченности и порочности, «связанности собственным Я»<sup>34</sup>, как основании всяческих зол, тем самым всех споров, а следовательно, и права?

Нет, сейчас мы уже более не в состоянии рассматривать вещи подобным образом.

Когда мы с растущим вниманием вглядываемся в ужасающий мир природы с его дьявольской жестокостью, который бы не мог выдумать более жестоким и подлым и самый злой дух, мы начинаем сомневаться в наших традиционных представлениях о Боге, и тогда взгляд на мир людей заставляет нас содрогнуться от ужаса и неприютности вследствие царящих в нем законов, на произвол которых отдан и человек. То, что эта обыденная ситуация вообще является характерным жизненным показателем нашего мира, ситуация, в которой никогда не существует чистого решения, но всегда в большей или меньшей степени присутствует неправое, то что подобная ситуация существует между людьми, как это становится видимым на примере Карнеада, и где все с большей силой ставится вопрос: убить либо быть убитым – все это дает нам понять, что отстаиваемое Кантом антагонистическое естество человека определенно должно иметь свое собственное основание в структуре самого мира, антагонизм которого оно всего лишь адекватно отражает.

<sup>33</sup> Об этом Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S.25 и далее.

<sup>34</sup> Подобное понимание «связанности Я», которое «заключено в себе самом» как «собственное ядро греха» согласно христианской теологии заложено и в выходящей далеко за рамки этих традиционных представлений теологической антропологии Wolfhart Panenbergs (*Was ist der Mensch? Die Anthropologie der Gegenwart im Lichte der Theologie*, 1962, в особенности S.40 и далее). Не постигается ли там грех как «столкновение» «замкнутого в самом себе и своем месте в мире субстанциального Я» и «открытости человека миру в направлении бесконечного человеческого предопределения» (Бога) (см. ук. соч., S.46 и далее), без того, чтобы спросить, не является ли мир, в отношении которого должен быть открыт человек, «падшим миром», «чертовым трактиром» (Лютер), по-христиански выражаясь, оставляя человека впадшим во грех в том самом бесчеловечном по сути мире, где человек должен раскрыть свое человеческое предопределение (см. к этому наст. соч., Эскурс I).

Именно в подобной ситуации необходимости, например, угрозы несчастного случая (ребенок на наших глазах падает в воду), кажется странным образом заключенным в самой структуре действительности то, что шанс спасти жизнь ребенка, будучи верно воспринятым, появляется тогда, когда спасатель сам рискует жизнью или здоровьем, или хотя бы жертвует силами и временем.

Отнюдь не несостоятельность, несовершенство либо «невыносимость», или даже порочность человека приводят к тому, что мы в тех случаях, когда несем ответственность или ручательство за чужие интересы, соразмерно этому должны принимать во внимание и интересы наши собственные, тем самым вступая в противоречие между склонностями к обобществлению и обособлению. Это странное положение дел, когда благо для одних соразмерно является злом для других, кажется, имеет свои основания в структуре самого мира.

Уже в повседневных встречах людей в таких ролях как покупатель и продавец, врач и пациент, в игру вступают противоречащие друг другу исходные позиции: чрезмерная выгода покупателя оборачивается убытком для продавца, чрезмерное расширение либо сужение обязанностей врача соразмерно одной исходной позиции является недостатком, а другой – преимуществом. Если в подобных противоречивых и антагонистических ситуациях еще возможно отыскать общий знаменатель для изменчивых исходных пунктов интересов сторон, то мы приходим к тому, что даже при наличии благонамеренных усилий людей зачастую уже нельзя отыскать чистое решение антиномически структурированных ситуаций, как мы их имеем перед собой на примере жизненных данностей.

Обозначенное положение дел заключено не в том, что человек – это несовершенное, «падшее» существо, но в том, что он «заброшен» в действительность подобной структуры, которую он не «обвиняет», но и которую не сам создал.

Если согласно нашей позиции предельное основание всякого права заключено не в упомянутой Кантом антагонистической натуре людей, но в антагонистической, антиномической, парадоксальной структуре мира самого по себе, то перед нами встает вопрос, до сих пор не волновавший нас: каково основание подобной структуры самого мира, в котором человек исторически отыскивает себя?

Сегодня нас более не могут удовлетворить данные в качестве ответов теологические объяснения, согласно которым из-за «грехопадения» людей мир с самого начала по сути уже изменен, искажен<sup>35</sup>. Нам все же уже нельзя поверить, что до так

---

<sup>35</sup> Устанавливаем ли мы в качестве действительного какое-то иное состояние мира, нежели его нынешнюю «падшесть», или даже пытаемся каузально-исторически вывести его «актуальное состояние» из исторического грехопадения человека, в современной теологии это – открытый вопрос. Так Paul Tillich (*Systematische Theologie*, Bd.2, 1958, S.48), повсеместно обозначает как абсурдные те представления, согласно которым «человек и природа изначально были добры, а в определенной временной точке стали злыми». Он утверждает, что это устоявшееся предположение не может быть обосновано ни опытом, ни созерцанием, так как для него и Адам, и природа до грехопадения были «чистыми потенциальностями», но ни в коем случае не

называемого грехопадения могла бы существовать вода без «пагубных» свойств, в которой человек не мог бы утонуть, либо камень без «злого» качества убивать человека своим весом; или, возвращаясь к нашему исходному примеру, мир, в котором существуют живые существа и при этом не рождаются и не умирают, умирая при самом рождении; в столь же малой степени структура этого мира могла быть дана без разнообразных антагонизмов: «позитивного» и «негативного», «притяжения» и «отталкивания», «дружеского» и «враждебного»; это могло бы быть в иной «Вселенной», нежели наш космос, на «другой Земле» внутри такой Вселенной, но не в некоей «утопии», лежащей в прошлом или будущем *на этой Земле*<sup>36</sup>.

И каким образом мы должны возводить эту спорную и противоречивую структуру мира, эти основания всего злого и пагубного к некоему «доброму Богу»: «Богу любви» и «справедливости»?<sup>37</sup>

Существуют такие ужасные и бесчеловечные ситуации, когда мать оставляет умирать своего ребенка, либо же ребенок убивает мать; несправедливые ситуации, когда тот, кто обладает неограниченной властью, хватается за других по своей прихоти и произволу и может их убить – как по одиночке, так и вместе – и поэтому согласно

некими «актуальными состояниями». Исходя из подобной точки зрения в действительности не существует никакого иного мира помимо этого – «падшего», «отчужденного», со всеми его спорами и противоречиями, в который человек в своем существовании «заброшен», но не в качестве однажды «случившейся» и прошедшей действительности. Если, напротив, выдвинуть тезис, что, онтологически рассмотренные, творение и случай совпадают, то это будет означать не только то, что «не существует никакого момента во времени и пространстве в котором потенциальность изначального творения как таковая является актуальной» (ук. соч., S.51), но также и то, что человек вообще, и в том числе и первочеловек, актуально всегда уже существует в экзистенциальном состоянии, пребывая именно в нашем, и не в каком ином мире, точно также, как и вся Вселенная, и не существует времени, в котором было бы что-то иное (ук. соч., S.48).<sup>36</sup> Так о творении перед грехопадением, также как после Страшного суда у Tillich: «не существует никакой “утопии” в прошлом, также как никакой “утопии” в будущем» (ук. соч., S.51 и далее).<sup>37</sup> Если исходить из того, что, теологически рассмотренные, «творение и грехопадение совпадают», то при этом «осуществленное творение и отчужденная экзистенция материально идентичны» (Tillich, ук. соч., S.52), и возникает вопрос, как мы должны постичь то, что Бог как творец этого мира сотворил его «падшим», а потому он не может осуществиться иначе, нежели «отчужденно», то есть другими словами, как мы должны постичь то, что согласно христианскому пониманию Бог персонально не только изначален, но и должен быть ответственен за тот бесчеловечный мир, в который заброшен человек, где даны ситуации, в которых он не только не в состоянии исполнить явленные ему божественные запреты и свое «бесконечное предопределение», но и не может более удовлетворять свое конечное естественное предопределение человека; где он действует бесчеловечно и тем самым отрицает свое собственное предопределение. Но каким образом мы должны все эти антиномии и парадоксы действительности нашего мира со всем «злом» и «бедами», которые следуют из них, возвести к Богу как их творцу? Тем самым мы ставим здесь никакой иной вопрос, нежели *теодицеи*: «Как может всемогущий Бог быть оправдан в отношении той действительности, в которой нельзя отыскать ни малейшего смысла?» (Tillich, Systematische Theologie, Bd.1, 1956, S.309) – в которой мы встречаем лишь бессмыслицу и противоречия? (см. к этому Эскурсу II).

структуре действительности нашего мира убийство и война не просто возможны, но встречаются сплошь и рядом. Отчего же дух – и право – «в действительности» бессильны по отношению к власти? Отчего «зло» в этом мире: ложь, насилие единственно эффективны – по крайней мере, на первый взгляд?

Странный мир, в который заброшен человек; мир, в котором необходимая ложь Сократа: что Справедливое уже «по природе» также и полезно, сегодня более невероятно, нежели когда-либо.

Из мира мы не в состоянии извлечь никакого руководства для человеческого порядка, для *соразмерного человеку* решения. Но откуда тогда его извлекать?

#### **IV. «Набросок» на человеческое предназначение как мера права**

В отличие от позитивизма, который относит вопрос о смысле человеческого бытия и его смысловом порядке к частным заботам индивида, для нас вопрос о *естественном праве* в настоящий момент есть не что иное, как публичный вопрос о смысле *человеческого бытия и его наполненном смыслом порядке* в мире, который по своей сути зол, бесприютен и бесчеловечен; вопрос, на который призвано заново отвечать всякое новое поколение; вопрос, который ставят люди, людям, ради людей.

Там, где умолкает подобный вопрос, который под различными названиями проходит через историю человеческого духа, там человек отрекается от самого себя как существа, для которого его будущее означает не слепую случайность и чистый произвол, но существа, которое стремится развернуться в постоянно возобновляемой близости к проекту достойного человека сосуществования с другими людьми, в котором ценится жизнь<sup>38</sup>. Не только согласно *негативному «категорическому императиву»* раннего Маркса: «отринуть всякое поведение, в котором человек

---

<sup>38</sup> Эту решающую историческую интенцию и функцию естественного права убедительно выразил Ernst Bloch, *Naturrecht und menschliche Wuerde*, 1961. Согласно ему, естественно-правовым стремлением было и остается отстаивать «Прямое (das Aufrechte) право, которое придает достоинство личностям, будучи обеспеченным в коллективе таковых» (S.237). Также он видит функцию естественного права в «учреждении прямых путей» (S.12) посредством «пресечения человеческой низости» и «выработке человеческого достоинства» путем «юридических гарантий человеческой безопасности и свободы» в отличие от функций так называемых «социальных утопий», которые нацелены на «ликвидацию человеческой нужды» и на «производство человеческого счастья» (S.234). Решающий момент этого нового подхода к естественно-правовому вопросу, порожденного диалектическим материализмом, все же заключается не в рассмотрении исторических различных интенций и функций естественного права и социальной утопии, но в усмотрении того, что становится видимым лишь с этой стороны – что существует лишь «во времени», «различие в социально-утопическом и естественно-правовом поле интенций, рассмотреть функционально-конечно и снять практически. Сила достоверности: нет никакого человеческого достоинства без упразднения нужды, но и никакого соразмерного человеку счастья без того, чтобы покончить с новой или старой зависимостью» (S. 237).



есть униженное, порабощенное, покинутое и презренное существо»<sup>39</sup>, либо также существо голодающее и жалкое, но также согласно *позитивному категорическому императиву* всякого социального гуманизма, который выводится из учения Фейербаха, «что человек есть высшее существо для людей»<sup>40</sup>, мы ставим своей целью, превратить этот бесчеловечный по своей сути мир в «мир человеческий», где человек всегда может вести себя так, что во всех этих отношениях будет обладать свободой вести достойную человека жизнь, которая сама по себе обладает ценностью; однако без иллюзий в отношении того, что мы можем достичь этих целей в ближайшем будущем. Исключительно на этом пути посредством «очеловечивания человеческих отношений» возможно достичь на этой планете того человеческого общежития и сотрудничества, которое «составляет образ человеческого сообщества», тем самым достигая подлинной «цели развития человека», лишь *средством* достижения которого сам Маркс считал коммунизм<sup>41</sup>.

В таком ракурсе то, что мы называем естественным правом: *естество дела или естество людей*, в постоянном всеобщем напряжении превращается в *исполняемый набросок исторического предопределения человеческого существа в его отношении к людям*.

В этом наброске соучаствует и юрист – не только как законодатель, но также и как судья, применяя и совершенствуя существующее право, даже если он при этом явно не использует такие торжественные формулировки как «объективный моральный закон», «естественный порядок», «естество вещей» или «сущность человека».

Естественное право, столь разнообразно описываемое и поименованное, было и есть, несмотря на все навязчивые представления, не что иное как историческое выражение *воли к тому, чтобы изменить мир*, облагородить его, улучшить, сделать его более достойным человека и придать ему жизненную ценность, как можно это наблюдать, начиная с Просвещения софистов греческой античности и до гуманистического Просвещения начала Нового времени.

Вместе с тем мы не нуждаемся в естественном праве для сохранения бесппроблемно существующих отношений; для этого нам достаточно простых ссылок на позитивность существующих порядков и принятых решений. Поэтому к естественному праву мы обращаемся там, где воля становится достаточно сильной, чтобы, увидев невозможность удержать прошлое, выйти за рамки существующих

<sup>39</sup> Маркс в «Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie», Frueschriften, Ausgabe Landshut (Kroener), 1953, S.216.

<sup>40</sup> Также Маркс, ук. соч., исходя из тезиса Фейербаха: «Homo homini Deus est» (человек человеку Бог – прим. пер.); см. к этому Maihofer, Konkrete Existenz, ук. соч., S.276.

<sup>41</sup> Об этом весьма недвусмысленно говорится в Парижском манускрипте 1844 г., посвященном национальной экономике и философии (ук. соч., S.248): «Коммунизм является необходимой формой и энергическим принципом ближайшего будущего, но сам как таковой, коммунизм не является целью человеческого развития – формой человеческого общества».

отношений, не просто теоретически объясняя либо оправдывая, но практически *изменяя* их.

Призыв к традиции, а тем самым, к позитивности, к «доброму старому прошлому» означает, напротив, постоянное утверждение исторически сложившихся отношений, другими словами: связанность человека наброском своей, исторически сложившейся сущности, сформированного его историей предопределения, по отношению к которой, как и по отношению ко всякому «так было», всякая последующая воля, даже «воля к власти» (Ницше) является «бессильной». То, на что может воздействовать наша воля, это *не прошедшая, но происходящая история*, что означает: пребывающая в становлении сущность человека. А потому воля людей иссякает там, где она пребывает над своим происходящим – историей; выходит за пределы своей сложившейся сущности, переходя от достойного человека и ценящего жизнь существования в этом мире на этой земле к тому, что существует *в некоем прекрасном мире*; и здесь как отдельный человек, так и общество в целом является мертвым, они исторгнуты из их исторической субстанции, они живут вне исторической экзистенции. Но для того, чтобы пребывать в подобной экзистенции, нужно обращаться не только к истоку человеческих жизней, но и к их грядущему. Но это никоим образом не означает простого продления прошлого.

Как раз в подобном разрезе сегодня и существует призыв к тому, что мы называем «естественным правом» в противовес всяким формальным отсылкам к позитивности. Эта позитивность представляет собой вздвинутое в настоящем прошлое уже существующих порядков и твердо принятых решений. Главнейшей и неотъемлемой функцией такой позитивности является сохранить эту открытость в будущее, постоянный поиск и старание облагородить и улучшить неблагоприятный, злой и порочный мир, придав ему там, где он устремлен в Открытое, в пока еще Необоснованное, твердость рационального обоснования.

То, что происходит посредством подобного призыва к естественному праву: к *справедливости* и тем самым к *истине* в смысле *хранения как защиты предопределения человека и естества вещей* в ходе установления справедливого порядка и наших решений, имеет свой аналог и в идеологии Восточной Германии. Там это происходит посредством совсем иных предначертаний, а именно в призывах к так называемой «социалистической законности»; решающим различием при этом является распространяющееся среди нас трезвое воззрение по поводу того, что не существует ни *изначально данного предопределения человека*, ни *конечно зафиксированного его предопределения*, к каковому, как *заданному*, можно было бы обратиться, чтобы отыскать: что же исторически соразмерно этому предопределению, а что – нет.

Однако все же мы сегодня, при всем нашем политическом и экономическом опыте истории, придерживаемся убеждения, что развитие человеческого общества происходит ни в рамках предварительно зафиксированных законов, ни заранее предсказанных тенденций, но решающим является то, что заложено в человеке, а вовсе

не в отношениях либо их закономерностях, то, что он в урочный час мира, который выпал ему на этой планете, совершает из себя самого либо из мира. Это означает, что нам не может быть дано конечным образом установленного образца будущего общественного порядка, как это предусмотрено некоторыми эсхатологическими видениями будущего бесклассового общества, осуществление которого должно вершиться посредством возможной исторической неизбежности, без воли на то людей либо даже противно ей.

Вместе с тем *развитие идеализма*, который в обновленной исторической метафизике приходит на место старой, идеалистической метафизики сущности философии и теологии христианско-западной традиции, более не ставится нами под сомнение и выражается в воззрениях на предопределение человека как столь же опасный самообман. Для нас история есть постоянно заново происходящее событие, а вовсе не *развертывание* заранее определенной сущности согласно неизменной и изначально существующей целеполагающей *закономерности развертывания*, а также и не *развитие* в направлении заранее предопределенного конца света согласно остающимся неизменными в движении мирового духа замкнутым историческим *закономерностям развития*. Хотя мы согласны, что человек и его мир, конечно же, подчиняются определенным естественным закономерностям, согласно которым предстоит неизбежный конец света. Но то, что человек породит из естественного напряжения своей жизни, будь это индивид или человечество в целом, не может быть предопределено ни по законам исторического развития, ни творчески, ни священной историей. Короче говоря: превратит ли он этот мир со временем в цветущий сад или в мертвую пустыню, а этот мир придет со временем к своему естественному концу на этой земле, зависит лишь от самого человека, а вовсе не от исторических законов развития его поведения либо же заранее предопределенной неизбежности хода его истории.

Он не простой продукт своих отношений, но тот, кто продуцирует их, не простая жертва своей истории, но также исторический деятель.

Лишь в нем самом заключено, сможет ли он обустроить в этом неблагополучном и бесчеловечном мире свой человеческий порядок, которому он лишь в самом себе может отыскать основание и меру, тем самым противостоя внечеловеческому («естественному») порядку мира<sup>42</sup>. Если он как человек из себя самого и для себя самого не сможет отыскать основы человеческого порядка, масштаб человеческих решений для всего того, что еще предстоит встретить в структуре самого мира, а не только конфликт, лежащий в основе его несовершенной натуры, для того, чтобы

<sup>42</sup> Уже Гегель говорил об этом применительно к естественному праву: «Выражение “естественное право”, которое привычно для философских учений о праве, содержит в себе двусмысленность – налично ли право непосредственно, естественным образом или же оно определяется посредством естества вещей, то есть есть понятие». На самом деле «право и все его определения основываются единственно в свободной личности – том самоопределении, которое в значительной мере является противным естественному определению» (System der Philosophie, параграф 502).

в постоянном, стойком и непоколебимом «приближении» достойной человека и ценящей жизнь экзистенции обеспечить один-единственный мир всем, неразрывно прикованным друг к другу на этой земле гражданам мира, которые сегодня на самом деле даже в большей степени, нежели предвидел Кант, «пребывают в публично сплетенных друг с другом отношениях», а потому уже в конечном итоге рассматриваются как граждане «всеобщего человеческого государства»<sup>43</sup>, то ему уже никто и ничто не поможет, если он не поможет себе сам. Но что все это имеет общего с тем, что мы называем естественным правом?

Сейчас, как и ранее, естественное право есть понятие, формула, имя для того же самого: требуемого человеком, все время нового, постоянно возобновляемого самоуверения, на которое естественное право изначально должно быть направлено. Это самоосмысление предопределения человека, которое уже не исполняется частным лицом ради самого себя как индивида, но каковое мы, посредством философии и теологии, а сегодня уже и в науке, публично предпринимаем в отношении людей вообще, и будем предпринимать в дальнейшем постольку, поскольку мы люди, у которых есть будущее. В подобном самоуверении, которое предшествует всякому самоосуществлению человека, ведет его и сопутствует ему, постоянно вершится – как теоретически, так и практически – переход от того, что человек представляет собой сейчас, к тому, что он пока еще не есть, но кем он станет завтра, или, если он стремится к этому как своему предопределению, *должен стать*.

На подобный переход: из сегодня в завтра, из переживаемого порядка к порядку, еще не пережитому, но познанному как порядок, достойный человека и ценящий жизнь, мы осмеливаемся во всех тех, повседневно требуемых от нас решениях, которые там, где их нельзя обосновать позитивностью установленного права, призывают нас обратиться к праву естественному, будь это естество дела или же порядок вещей, естество человека либо же его предопределение. Там, где общество пресекает этот, постоянно возобновляемый набросок своего исконного будущего (подобные попытки безуспешно предпринимались, начиная с законов цитирования античности и заканчивая запретом на интерпретацию всеобщего земского права), ограничивая себя рамками существующего порядка, оно как живое человеческое сообщество пребывает в опасности. В таком случае оно в большей мере живет прошлым, истощает историческую субстанцию предопределения сущности человека, тем самым отрекаясь от его исторической экзистенции, которая постоянно переходит от подобного истока к будущему.

Все же отношение к нашему прошлому, из предваряющих решений которого субстантивируется структура и система общества, есть не простое его принятие, но равно и удержание этого прошлого.

<sup>43</sup> Огенинном естественно-правовом мышлении Кантом «постоянного приближения», в котором существуют свобода и безопасность, и тем самым всякое достойное человека существование, гарантированное состояние «гражданско-мирового единства», см. его сочинение: «Zum ewigen Frieden» (Akademieausgabe, Bd. VIII) и: Metaphysik der Sitten, параграф 62.

Тем самым и позитивность всякого права, установленность (урегулированность), а значит и правовая определенность, надежность всех тех порядков, которые ежедневно направляют нас как повседневным образом обустроенных в них, есть содержательное определение сущности того, что должно принадлежать человеческому между людьми, а что – нет, представляя собой высшую ценность – человеческую субстанцию, в которой мы живем. Не случайно мы говорим, что подобной передачей «истощаем» посредством юридического тезауруса то, что накапливал для нас опыт столетий. Прошлое есть пребывшее (Хайдеггер) настолько, насколько оно продолжает жить и действовать, из нашего будущего в идущее за нами прошлое, но не просто как оковы, а как обязывание: самообязывание человека во всех тех тысячекратных раскрытиях того, что в определенных конкретных ситуациях, в определенных повторяющихся ситуациях, в определенных основополагающих ассоциациях принадлежит к человеческому, и что – нет. И лишь с этим твердо установлено, что мы не пребываем в опасности во всякий новый момент времени, зависая в безопорности, впадая в бесчеловечное либо внечеловеческое. Это живое «наследие» есть общая почва того публичного мира, в котором мы пребываем, твердое состояние публичного понимания, из которого мы исходим.

При этом важно, что через множество актов понимания, которые консолидируются в исторические наброски сущности человека, открывается нечто в самом человеческом, тем самым превращаясь в установленное предопределение сущности человека, за которое мы не сумеем выйти в будущем, не оказавшись одновременно в бесчеловечном. А потому отход за рамки определенного понимания в то, что человек есть, как и в то, что он не есть, отход за единожды открытые основные черты человеческого, однажды открытые основные порядки межлюдского, более уже не является возможным.

Также и в области культуры видимо действует закон, что духовное развитие в столь же малой степени является обратимым, как и развитие естественное. Так, например, для нас согласно однажды обретенному познанию, что наказание предполагает вину, тем самым навсегда заказан путь назад, в те времена, когда уголовный закон применялся без вины.

Там, где подобный отход все же удается, он, как атавизм, возможен лишь на короткое время посредством властного принуждения, однако же он никогда не будет в состоянии заставить замолчать самосознание человека, сколь таковое определено из своего истока.

И все же: при всем акценте на жизненной ценности подлинной традиции, на жизненности «наследия» прошлого, а тем самым на позитивности существующего порядка и принятых решений, мы, юристы, как врожденные адвокаты существующего положения вещей, должны осознанно стоять на том, что жизнь человека, рассматриваемая лишь с одной стороны, как в частности, так и в общем, на самом деле не может быть ни рассмотрена, ни пережита. Наряду с правом в рамках

основанного на принципе демократии Западного порядка столь же высока и ценность правовой определенности. Она представляет собой обеспечение достигнутой в рамках общепринятого легальной констатации того, чем человек должен быть в отношении других людей и что он должен делать. Угроза отката к якобы превоенному позитивизму есть наиболее верный путь к тому, чтобы утратить тот спор о лучшем мире, который имеет решающее значение для будущего нашего мира. Подобная позиция, привычная к оглядке, не только частная, но и публичная, несущая на себе отпечаток времени, восходящего к «остановись, мгновенье!», способна успокоить лишь тех, кто верит, что в человеческой истории и общественном развитии имеется некое спокойное состояние, которое мы можем просто-напросто зафиксировать и хранить для того, чтобы люди обрели будущее. Эта позиция не признает, что будущее человека всегда уже наперед открыто, а вовсе не представляет собой простого продления прошлого. Однако это будущее не обретается посредством абстрактного предначертания будущего порядка законодателем или такого же абстрактного предписания будущих решений.

Для этого нужны постоянные усилия всех тех, кто наряду с конкретным порядком захвачен определенными отношениями, наряду с конкретным решением – определенными ситуациями повседневности. Речь идет не только о правосудии, но и о правоведении, которое имеет своей задачей исходящее из *de lege lata*<sup>44</sup> и *de lege ferenda*<sup>45</sup> непрерывное, осмысленное и жизненно справедливое развитие отношений внутри человеческого общества<sup>46</sup>. Этим наше внимание направляется на повседневную деятельность судьи<sup>47</sup>, который постоянно сталкивается с невозможностью уклониться от возложенных на него обязанностей и выходит за рамки существующих отношений и значимого для них порядка, решаясь на подобный переход там, где его действия не вписываются в позитивность, а потому и не

<sup>44</sup> С точки зрения действующего закона (лат. – *прим. пер.*)

<sup>45</sup> С точки зрения законодательного предположения (лат. – *прим. пер.*)

<sup>46</sup> На этом акцентировал внимание Wilhelm Weischedel (*Recht und Etik*, 1956, в особенности S.32 и далее), что также и для права характерна «двойная направленность человеческой экзистенции, в бывшее и в грядущее», откуда следуют требования как к законодателю, так и к судье: «принадлежать к своей традиции» как «наследию, которое вручено человеку, задавая содержание его экзистенциальных возможностей», но вместе с тем «набрасывая еще не сбывшееся грядущее», так что будущее человека не становится чистым повторением его прошлого, когда «история остановилась и человек застыл в известном образе». Да и сам Weischedel в своем объяснении права как обладающего характером наброска из историчности экзистенции человека делает акцент на вопросе, который содержит указание на «экзистенциальное право сущности»: «вероятно... из настоятельнейшего вопроса о сущности человека в разрезе его отношения к традиции невозможно вывести никакие абсолютные нормы в смысле статичного естественного права, но лишь директивы для верного поведения в сфере правосудия и законодательства» (ук. соч., S.32 и далее).

<sup>47</sup> См. к этому в частности: W. Maihofer, *Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht*, в: *Annales Universitatis Saraviensis*, Bd. VIII, S.5 и далее. А также Arthur Kaufmann, *Gesetz und Recht*, в: *Festschrift fuer Erik Wolf*, 1962, S.357 и далее, в особенности S.381 и далее.

защищены. Если бы наши судьи не исходили бы из той позиции касательно возложенных на них задач, которая сегодня кажется нам само собой разумеющейся, то простейшее обычное развитие нашего права *praeter*<sup>48</sup> или даже *contra legem*<sup>49</sup> было бы невозможным. Вне всяких сомнений то решение, которое направлено на создание нового *становящегося права* (*werdendes Recht*), не охватывается позитивностью, поскольку самый разумный и справедливый новый руководящий принцип, лежащий в основе такого решения, впервые достигает позитивности в смысле объективно действующего права тогда, когда он превзойден в правосудии, то есть когда он из всеобщего убеждения превращается во всеобщую практику.

И здесь существует та дилемма, что мы в полной мере не можем ни продлевать наше застывшее в позитивном праве прошлое, которое способно воплощать в себе позитивные общественные структуры порядка, ни также суметь освободиться от связывающей нас традиции, не вступив в противоречие с нашим прошлым, с решениями, принятыми всеми предыдущими поколениями, из которых вытекает историческое воздействие нашего жизненного порядка на то, что есть добро и зло. Продвижение этого порядка, который для нас существует именно так и никак иначе, мы воспринимаем как свою задачу в той мере, в какой желаем сохранить непрерывность нашей исторической экзистенции и не потерять идентичности с самими собой.

Сегодня мы пребываем в опасности утратить в ходе осмысления, происшедшего после 1945 г., самоудовлетворение чистого сохранения существующего, так что видимо повсеместно ослабевают воля к тому, чтобы решиться: посредством всякого повседневного решения преобразовать обнаруживаемые «позади» нас отношения в общественный порядок человеческого достоинства и жизненных ценностей. Сегодня исключительно подобный порядок только и может заново придать старым идеям естественного права их функцию основания легитимации настоятельно требуемой рациональной эволюции нашего общества.

## Заключение

### Естественное право как экзистенциальное право: как право человека на человеческое достоинство и достойное существование

Нам ясно, что во всех предыдущих обращениях к естественному праву и способам его обоснования, которые достались нам из традиции, происходит не что иное, как исторически обусловленное раскрытие будущего предопределения человека, которое для того, чтобы сбыться, требует изменений в самих вещах. Под этим понимается такое поведение, когда нам должно достать мужества, за такими сомнительными формулами как «объективный моральный закон требует» либо «по воле принятого порядка ценностей» осмелиться свободно высказать, кто здесь требует

<sup>48</sup> За исключением (лат. – прим. пер.).

<sup>49</sup> В обход закона (лат. – прим. пер.).

и чьей волею: не надличного Нечто либо личного Нечто вне нас самих, но человека: нас самих, как вглядывающихся в то, что в свете отношений нашего мира принадлежит к человеческому среди людей, и что – нет; что соответствует, а что – противоречит нашему историческому пониманию смысла достойного человека порядка этого мира, в котором жизнь имеет ценность.

Историческое постижение и схватывание предопределения людей единственно может быть обеспечено во всяком конкретном решении конкретного порядка, который, оставаясь верен своему происхождению, равно смело открыт будущему, а вовсе не только из исторической субстанции той «истории», которая в определенном обществе сложилась как право, либо же сформированного из нее сущностного наброска людей, а также и не из *исторической экзистенции*, что постоянно выходит за рамки существующего и установленного, в наброске грядущего предопределения человека, которое для своего исполнения, достойного человека и ценящего жизнь, требует как сохранения, так и изменения отношений этого мира.

Именно в этом втором ракурсе: *удержания открытым горизонта человеческого будущего* во всяком человеческом порядке и решении естественное право наряду с позитивизмом обладает своей непреложной и неотъемлемой задачей. Так рассматриваемое сквозь все эпохи, это есть не что иное, как имя для той единственной задачи, которая постоянно ставится заново: раскрытия средствами права пути наброска грядущего предопределения человека и соответствующего порядка его мира. Так что для нас и сегодня естественное право непременно является понятием, обозначающим эту задачу, от которой человек не может отказаться, не отказавшись от *своего* будущего и от того, что собственно делает его человеком: его *экзистенции*, которая не установлена в виде данности, но впервые выступает в ходе истории как выпавшая человеку для ее свершения.

Вот почему естественное право существует как право экзистенциальное: как право на существование человека с другими людьми, соразмерное его предопределению. Для нас это понятие для обозначения повседневного требования, которое относится также и к юристам: постоянно увеличивающегося приближения отношений между людьми к прообразу достойного человека порядка. Он постигается как порядок, при котором всевозможная свобода соединяется со всевозможной безопасностью. Равно он понимается как порядок, в котором жизнь имеет ценность, который существует как на Западе, так и на Востоке, даже если он и установлен разными путями и средствами, порядок всевозможного удовлетворения человеческих потребностей и всевозможного раскрытия человеческих способностей.

Для выполнения этой задачи – постоянно растущего приближения к состоянию окончания порабощения и эксплуатации человека другими людьми – мы не учреждаем никакой диктатуры пролетариата, но единственно лишь господство права. Господство, при котором одно-единственное короткое выражение гарантирует нам отсутствие власти прошлого над будущим: *естественное право*.



Как сейчас, так и ранее, на всем протяжении человеческой истории это было знамя, под которым происходило изменение человеческих отношений в сторону подлинно человеческого общества. Это случалось не посредством индивидуальных решений либо же шумных революций, также естественное право – это не формула для преобразования человеческих отношений, в той мере, в какой в них человек пребывает как униженное, порабощенное, брошенное, презренное существо, но для его постоянного и повседневного воссоздания и обновления.

Естественное право: для нас это понятие для настоятельно требуемых эволюции и революции человеческих отношений в жизненной повседневности, которые направлены в сторону подлинно человеческого сообщения между людьми.

### Экскурс I

Онтологическая неизбежность «краха» или, по-христиански, «греха» заключена не просто в замкнутости-себя-в-самом-себе либо в падшести-в-мир, но в самой структуре этого мира, как самого по себе чуждого человеку, мира, который необходимым образом отчуждает от себя человека и его предопределение. В силу этого Пауль Тилlich требует изъять понятие «первородного греха» из теологии и установить охваченное этим понятием положение дел как «*элемент человеческой ситуации*»: «трагедию всеобщего отчуждения», которой человек неизбежно подвержен постольку, поскольку он существует как «экзистирующий», когда открывается миру в постижении и осмыслении своего «морального» предопределения. С подобной точки зрения на место «спора» субстанции «я» (связанности человека самим собой) и «открытости миру» (связанности человека Богом) заступает описание «взаимно противоречивого проникновения моральных и трагических элементов человеческой ситуации»: «трагической универсальности отчуждения» человека в том бесчеловечном мире, в котором он находит себя «заброшенным» и «персональной ответственности человека» за свое человеческое предопределение, исполнять которое ему предназначено во всякой ситуации: как некоему Любому, но вместе с тем и как Ему Самому, а также человеку как таковому. То, что мы при этом терпим неудачу, вызвано не просто связанностью человека самим собой, но и связанностью человека миром, который в определенных ситуациях не только не оставляет человеку никаких возможностей «бесконечного человеческого предопределения»: открыться Богу и так исполниться в его «высшей сущности», но даже и делая невозможной «добрую волю» человека на то, чтобы исполнить свое «конечное человеческое предопределение»: его собственное «человеческое существо». Другими словами, в подобных конкретных ситуациях, по Божьему ли произволению, либо просто выпавших ему, в которых он оказывается вследствие своего действия либо бездействия, его непременно ведет потенциал его *сущности*: в своем *существовании* удовлетворять своему человеческому предопределению – как конечному, так и бесконечному.

## Экскурс II

Если исходить из того, что «сотворение и падение совпадают», так что «осуществляемое творение и отчуждаемая экзистенция материально идентичны», то нельзя понять, каким образом можно достичь понимания реальности зла в мире, не прибегая к дуалистическому принципу мира, когда также и добро будет непосредственно возведено к Богу. Тиллих натолкнулся на это еще в своем раннем произведении «О демоническом», когда зло постигается не просто как Негативное, «не-доброе», но онтологически постигается из позитивной основной черты самого бытия, которую он именуется «демонической» в противовес божественной. Что при этом описывает Тиллих, то есть ни что иное как повсеместно властвующая воля, пронизывающая творение как *creatio continua* во всем сотворенном и осуществляющая как «основание» (*Grund*), так и безосновность (*Abgrund*). Для Тиллиха во всякой вещи живет «внутренняя неисчерпаемость бытия, воля, активная бесконечность осуществления бытия в себе самом, тяга к разрушению изначального, ограниченного образа, томление осуществить пропасть в самом себе». В тогдашних попытках отыскать ответ на проблему теодицеи в «мистериях творческого основания», Тиллих наталкивается на «позитивную силу», действующую в творческом основании вещей, каковая не просто заставляет осуществлять «изначальный, ограниченный образ», но равно «выходить за его пределы». При этом «демония» для Тиллиха есть «чуждый всякому образу прорыв творческих оснований в вещах».

Подобный прорыв не исполняет и не возвышает «изначальный, ограниченный образ» сущего, но представляет собой разрушение границ не только *реальности*, но и *сущности* соответствующего сущего. Эта основополагающая черта всякого сущего: превосходить самое себя, что в «божественном исполнении» ведет к «возвышению бытия», тогда как в «демоническом исполнении», напротив, к «истощению бытия», охватывается Тиллихом в обоих ракурсах как позитивная. Это присущая всему сущему позитивная сила, которая постоянно превосходит состояние невинности и может быть найдена лишь посредством того, что она есть сила творения. Если мы проследим эту силу в обоих ее возможностях: «демонического» и «божественного», то мы выведем как «основу», так и «безосновность» мира из его творца, Бога. Однако тогда непонятно, как мы должны возвести равно демонические и божественные основания мира к сущности, наделенной исключительно божественными, но не демоническими свойствами: к личностному Богу традиционной монистической теологии.

### **Вернер Майхофер. Природне право як екзистенційне право**

**Анотація.** Грандіозні події ХХ ст., такі як Перша та Друга світові війни, зруйнували великі ілюзії правової думки Просвітництва. Однією з таких ілюзій було класичне

природне право та права людини. Злочини нацистського та сталінського режимів чітко показали, що природне право та права людини є лишень раціональним припущенням без онтологічної бази. Однак і теоретичний опонент зазначених вчень, правовий позитивізм, як нібито найбільш реалістична та раціональна правова доктрина, втратив власну репутацію внаслідок численних злочинів, вчинених тоталітарними режимами згідно з нормами чинного законодавства. Тому філософи і теоретики права після Другої світової війни спробували відродити ідею природного права і прав людини шляхом їх узгодження з положеннями новітніх філософських доктрин. Такі філософські напрями як феноменологія, екзистенціалізм, герменевтика стали новим методологічним підґрунтям правової філософії. Однією з таких спроб – помислити право новим чином, як екзистенційно-онтологічний феномен – стала робота видатного німецького правознавця Вернера Майхофера під назвою «Природне право як екзистенційне право». На відміну від класичної правової думки, коли природне право розумілося як суто деонтологічна ідея, Вернер Майхофер намагається мислити право як онтологічний феномен, який вкорінено не в ідеальному вимірі Належного, але у нашому спільному бутті-з-Іншими у світі. Подібним чином права людини з чисто раціональної конструкції перетворюються на екзистенційні можливості людської істоти. Джерелом подібного, екзистенційного права є не офіційна правова норма, видана державною владою, і не певні «природні» закономірності. Лише відповідальна людська істота у межовій ситуації вільного вибору здатна вирішити, чим є природне право як право екзистенційне. Відтак на місце абсолютного законодавця, такого як Бог, Природа чи Держава приходить сама людина, яка є вільною подібно до Бога-батька номіналізму, однак на відміну від нього є відповідальною за наслідки свого вибору. У подібному випадку, у правовій ситуації людина є приреченою на свободу, коли призначенням людини є здійснити себе і одночасно право. У даному випадку екзистенційні можливості буття-з-Іншими є не трансцендентальними умовами нашого буття-у-світі, але постають як живе природне право – екзистенційне право.

**Ключові слова:** природне право; екзистенційне право; екзистенційні суб'єктивні права; людина; історична екзистенція.

### **Вернер Майхофер. Естественное право как экзистенциальное право**

**Аннотация.** Грандиозные события XX века, такие как Первая и Вторая мировые войны, разрушили великие иллюзии правовой мысли Просвещения. Одной из таких иллюзий было классическое естественное право и права человека. Преступления нацистского и сталинского режимов четко показали, что естественное право и права человека являются лишь рациональными допущениями, не имеющими онтологической основы. Однако и теоретический оппонент подобных учений, правовой позитивизм, казавшийся наиболее реалистичной и рациональной правовой доктриной, утратил свою репутацию вследствие многочисленных преступлений, совершенных тоталитарными режимами на основе норм действующего законодательства. Поэтому философы и теоретики права после Второй мировой войны пробовали возродить идею естественного права и прав человека путем их согласования с положениями новейших философских доктрин. Такие новые философские направления как феноменология, экзистенциализм, герменевтика стали новой методологической основой для философии права. Одной из подобных попыток помислить право

по-новому, как экзистенциально-онтологический феномен, стала работа выдающегося немецкого правоведа Вернера Майхофера под названием «Естественное право как экзистенциальное право». В отличие от классической правовой мысли, когда естественное право понималось как чисто деонтологическая идея, Вернер Майхофер пытается мыслить право как онтологический феномен, который укоренен не в идеальном измерении Должного, но в нашем совместном бытии-с-Другими в мире. Подобным образом права человека из чисто рациональной конструкции превращаются в экзистенциальные возможности человека. Источником подобного, экзистенциального права является не официальная правовая норма, изданная государственной властью, и не некие «естественные» закономерности. Лишь ответственное человеческое существо в пограничной ситуации свободного выбора способно решить, чем является естественное право как право экзистенциальное. Тем самым на место абсолютного законодателя, такого как Бог, Природа либо Государство приходит сам человек, который свободен как номиналистский Бог-отец, однако в отличие от него является ответственным за последствия своего выбора. В подобном случае в правовой ситуации человек обречен на свободу, когда его предназначением является не только самоосуществление, но и осуществление права. В данном случае экзистенциальные возможности бытия-с-Другими не являются трансцендентальными условиями нашего бытия-в-мире, но выявляются как живое естественное право – экзистенциальное право.

**Ключевые слова:** естественное право; экзистенциальное право; экзистенциальные субъективные права; человек; историческая экзистенция.

### **Werner Maihofer. Natural Law as Existential Law**

**Abstract.** The great events of the XX-th century, such as the First and the Second World War, have destroyed the great illusions of the Enlightenment's legal thought. One of these great illusions was the classic natural law and human rights. The crimes of the Nazi's and Stalinist's powers have shown us evident, that the named phenomena were only rational presuppositions without any ontological core. But the opposite trend, the legal positivism as the most realistic and rational doctrine also has loose its reputation due to the outnumbered crimes, which were committed by the totalitarian power in accordance with the current legislation. In its turn, the legal theorists and legal philosophers after the Second World War tried to restore the ideas of natural law and the human rights by the way of its reconciliation with the new philosophical doctrines. The philosophical trends of phenomenology, existentialism and hermeneutics became the new methodological grounds of the legal philosophy. One of the such attempt – to think the law in the new way, as the existential-ontological phenomenon – is the work of the famous German legal philosopher Werner Maihofer. The work "Natural law as Existential law" is dedicated to the new reasoning of the natural law. In contrast with the classical legal thought, when the natural law was understood as the pure deontological idea, Werner Maihofer tries to think law as the ontological phenomenon, which is rooted not in the ideal dimension of Ought, but in our Being-with-Others in the common world. In the similar way, human rights from the pure rational construction turn into the existential possibilities of the human being. The origin of the similar – existential – law is not the official legal norm, which is issued by the state power. Also, the existential natural law is not derived from the laws of the Nature. Only responsible Human Being in the border situation

of the free choice is able to decide, what the natural law as existential law is. So, on the place of the absolute legislator – God, Nature, State or something else arrives the Human Being as such, which is free as the Nominalist's God Father. But in contrast to the God Father he is also responsible for the consequences of its choice. In this case, in the similar legal situation the human being is "destined" for the freedom. And the destination of the human being is to realize itself and at the same time to realize law. In the other words, the self-realization of the human being is closely connected with the realization of the law. In this case, the existential possibilities of the common Being-with-Others are not just the transcendental conditions of our Being-in-the world, but present itself as the living natural law – existential law.

**Keywords:** natural law; existential law; existential right; human being; historical existence.

Одержано / Received 15.08.2019

## ПРИРОДА ВЕЩЕЙ ИЛИ ЕСТЕСТВО ДЕЛА? БЫТИЕ-КАК ВЕРНЕРА МАЙХОФЕРА

Когда 28-летний студент Вернер Майхофер<sup>2</sup> вернулся со Второй мировой войны в полуразрушенный университет Фрайбурга, где сквозь разбитую крышу были видны недалекие отроги Альп, по которым карабкался Шварцвальд, в одной из аудиторий он отыскал ту надпись, которая еще и через 60 лет вспоминалась им с величайшим воодушевлением: «Истина сделает вас свободными»<sup>3</sup>.

Поколение Вернера Майхофера было не смутить громкими лозунгами и красивыми фразами. Его юность прошла в Германии 30-х, где не было недостатка ни в том, ни в другом. Так, защищая честь сборной Германии на конькобежных соревнованиях Зимней Олимпиады в Гармиш-Партенкирхене, 18-летний Вернер вдохновлялся на спортивные подвиги торжественной речью самого Адольфа Гитлера, вслед за которой впервые в новейшей истории Игр был зажжен Олимпийский огонь. Однако вскоре на смену речам партайгеноссе пришел другой шум – чеканный слог нацистских лозунгов был заглушен грохотом советских пушек и ревом американских бомбардировщиков. И поэтому, когда выжившие немцы, которым не исполнилось еще и тридцати, вернулись с войны, они были оглушены непривычной тишиной – на смену готовым истинам, рожденным в речах Геббельса или Риббентропа, либо же испытанной на собственном опыте правде войны, пришла пустота, вакуум, когда человек, наконец, мог *услышать, кто он есть, из самого себя*, а не из политических лозунгов либо же распоряжений и предписаний оккупационных властей. Поэтому и та истина, которая должна была сделать выживших немцев свободными, воспринималась как нечто совершенно особое: не «голая» интеллектуальная истина, характерная для неокантианства Веймара, но также и не оголтелая политическая истина нацистов либо же эмпирическая «правда жизни» войны.

Это была истина собственного бытия человека – *кто и как он есть* – постигаемая человеком не откуда-то извне, но из своего собственного существа как результата

<sup>1</sup> Олексій В'ячеславович Стомба, доктор юридичних наук, адвокат Харківської обласної колегії адвокатів.

Oleksiy Stovba, Doctor of Legal Sciences, Kharkiv Regional Bar Association.

e-mail: [stovba34@mail.ru](mailto:stovba34@mail.ru)

<sup>2</sup> Вернер Майхофер родился 20.10.1918, умер 06.10.2009.

<sup>3</sup> *Menschliche Existenz und Würde im Rechtsstaat. Ergebnisse eines Kolloquiums für und mit Werner Maihofer aus Anlass seines 90. Geburtstags* (Berlin: BWV, 2010), 31.

свободного выбора, за который тот, кто выбирал, нес свою личную, уникальную ответственность. Ее нельзя было переложить ни на фюрера, ни на универсальный разум, ни на Бога, ни на волю победителей либо господствующего класса. Тишина полуразрушенных аудиторий давала слово тому голосу «со-вести», который нес человеку «весть» от чего-то, что долгое время пребывало забытым, и лишь теперь возрождалось к жизни – истине собственного бытия: экзистенции.

Подобные воззрения составляли ядро нового философского учения – экзистенциализма, который как раз в это время начинает активно распространяться по Европе. Во Франции лекции и доклады Жана-Поля Сартра собирают переполненные залы, а такие его работы как «Бытие и Ничто» либо «Экзистенциализм – это гуманизм» становятся настольными книгами послевоенной молодежи. В Германии подобной же популярностью пользуются сочинения Карла Ясперса, которого – вразрез с его волей – объявляют «совестью нации» и начинают превозносить за частую те же самые люди, что еще несколько лет назад избегали с ним общаться из-за «неарийского» происхождения его жены и «общей неблагонадежности».

В первые послевоенные годы Фрайбург в экзистенциальном плане был совершенно особым городом. Ведь в нем жил не кто иной, как сам Мартин Хайдеггер – один из виднейших представителей «философии экзистенции». Несмотря на то, что сам он достаточно четко отграничивал себя от экзистенциализма, называя свое учение «фундаментальной» (позже – «радикальной») онтологией, экзистенция в его мысли занимала достаточно важное место. Отнюдь не случайно его заочная полемика с Ж.-П. Сартром (знаменитый ответ Ж. Бофре – «Письмо о гуманизме») считается классикой философского осмысления экзистенциальной проблематики. Экзистенция была одним из центральных моментов и другой знаменитой работы М. Хайдеггера – «Бытия и времени» (1927), которая принесла ему мировую известность. Эта книга произвела огромное впечатление и на Вернера Майхофера, который по аналогии с хайдеггеровским «*Sein und Zeit*» озаглавил свою первую крупную работу «*Recht und Sein*»<sup>4</sup> – «Право и бытие» (1954).

Вместе с тем Майхофер не просто догматически воспринимал идеи Хайдеггера, но и активно критиковал их. Эта критика и послужила поводом для личного знакомства Хайдеггера и Майхофера. Учитель последнего, Эрик Вольф, бывший другом Хайдеггера, рассказал ему о том, что один из его наиболее одаренных студентов, Вернер Майхофер, основательно критикует Хайдеггера на посвященном Канту семинаре. Результатом этого стало приглашение Майхофера домой к Хайдеггеру. Как вспоминает через 60 лет после этой встречи сам Майхофер, закончив непродолжительную беседу о Канте и метафизике нравов, они перешли к тому, что

<sup>4</sup>Werner Maihofer, *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1954), 125. См. также русский перевод: Вернер Майхофер, «Право и бытие», *Российский ежегодник теории права* 1 (2008): 186–259.

наиболее интересовало их обоих – хайдеггеровскому «Бытию и времени»<sup>5</sup>. После длительного разговора Хайдеггер прищурил глаза и сказал: «Вот уж чего я никогда не видывал, так это как-бытия (*Alssein*)!». Что этим хотел сказать немецкий философ, Майхофер не смог до конца понять и через 60 лет<sup>6</sup>. Вместе с тем Хайдеггер обнадежил своего собеседника, по достоинству оценив самостоятельность его мысли и посоветовав двигаться далее в избранном направлении, не обращая внимания на критику.

Впрочем, воздействия идей Хайдеггера не скрывает и сам В. Майхофер. «Право и бытие» начинается с постановки задачи, содержащей прямую отсылку к «Бытию и времени»: «С работой Мартина Хайдеггера “Бытие и время” (1927) для философии открылись новые вопросы. Для философии права из этого следует задача истолкования права из “основоустройства его бытия”: формирование онтологии области бытия должно стать “предметом” правовой науки как философии *права*»<sup>7</sup>.

Однако, забегая вперед, следует отметить, что, несмотря на оглушительный успех своей книги (менее чем через год после ее выхода автору, вчерашнему студенту – университету Майхофер окончил всего лишь за четыре года до этого – в 1950 г., уже был предложен пост ординарного профессора<sup>8</sup> в Саарландском университете, где он и проработал до конца 1960-х гг.)<sup>9</sup>, В. Майхофер окончательно не решает данной задачи. Работа «Право и бытие» так и осталась незавершенной (снова по аналогии с сочинением Хайдеггера «Бытие и время»). Сам немецкий правовед оговаривает, что его книга (как следует из полного ее названия) является лишь пролегоменами к онтологии права, а не полным ее систематическим изложением<sup>10</sup>.

Вместе с тем констатация того, что подлинное бытие людей – экзистенция – является основанием права, еще ничего не говорит о позитивном устройстве феномена права. Отвергая ответ позитивистов, согласно которому бытие права тождественно наличию позитивной нормы, В. Майхофер не наполняет право никаким конкретным содержанием. Поэтому через девять лет после «Права и бытия» в своей иной работе, «Естественное право как экзистенциальное право»

<sup>5</sup> *Menschliche Existenz und Würde*, 64.

<sup>6</sup> *Ibid*, 64.

<sup>7</sup> Maihofer, *Recht und Sein*, 13.

<sup>8</sup> Наиболее привилегированное положение для преподавателя в немецком университете. Данная должность (в отличие от экстраординарного профессора или приват-доцента) оплачивалась не из средств университета и не за счет студентов, а из бюджета. Ординарными профессорами были в разное время Э. Гуссерль, М. Хайдеггер, Э. Вольф.

<sup>9</sup> С 1960 по 1969 гг. – вместе с другим выдающимся представителем немецкой философско-правовой мысли А. Кауфманном.

<sup>10</sup> Подробный анализ данной работы В. Майхофера см.: Алексей Стомба, “Вернер Майхофер: от «Бытия и времени» к «Праву и бытию»,” *Российский ежегодник теории права* 1 (2008): 175–85, а также: Алексей Стомба, *Темпоральная онтология права* (Санкт-Петербург: Алеф-пресс, 2017), 164–96.



(1963)<sup>11</sup>, которая предлагается вниманию читателя, немецкий правовед старается прояснить, что же такое право, отличное от закона, и как оно существует.

Вопрос о праве, которое противостояло бы позитивному праву, неизбежно вызывает к жизни весь комплекс естественно-правовых проблем: в чем заключается сущность права, не совпадающего с законом, как существует такое право, каковы его основания? Как уже неоднократно отмечалось, в XX веке доктрина «классического» естественного права, трактовавшая последнее как совокупность рациональных постулатов, которым в силу «общих законов разума» должно соответствовать право позитивное, была дискредитирована. Поэтому В. Майхофер в начале своего сочинения кратко анализирует те варианты юснатуралистских концепций, которые существовали в современной ему Германии: это «естественное право с изменчивым содержанием» (Р. Штаммлер), «исторически-эластичное право» (Э. Шпрангер), «естественное право со становящимся содержанием» (Э. Фехнер), «конкретное естественное право» (К. Энгисш), «историчное естественное право» (А. Кауфманн)<sup>12</sup>. В ходе анализа автор приходит к выводу, что все упомянутые подходы направлены на «разрешение диалектически напряженных отношений» между порядком и человеческой волей, каковые имеют место в сфере права. По мнению В. Майхофера, естественное право в данном случае постигается одновременно как порядок, предварительно данный людям, и их собственное решение, где природа выступает как основание порядка и масштаб решения<sup>13</sup>. Однако как может природа объединять в себе столь, казалось бы, взаимоисключающие тенденции?

Как отмечает немецкий правовед, со времен Платона и Аристотеля «естество» (*die Natur*) в «естественном праве» (*das Naturrecht*) понималось как стоящая «за» вещами идея либо же пребывающая в них субстанция<sup>14</sup>. Аналогичным образом в метафизическом мышлении стоящая «за» человеком сущность или пребывающая «в» нем субстанция обладали характером всеобщности. Согласно подобному объяснению сущностной природы людей и следующего из неё сущностного порядка между людьми, призвание как индивида, так и людей в целом при всяком решении направляется этой, заключенной в сущности человека всеобщностью, которая исторически отыскивалась как естественное либо божественное основание всякого человеческого порядка либо мера всякого решения<sup>15</sup>.

Однако с опровержением идеалистической философии, предпринятым Фейербахом, Марксом, Ницше и Кьеркегором на место внеисторичной, вечной и неизменной сущности приходит *экзистенция* (курсив мой. – В. М.), которая вводит

<sup>11</sup> Werner Maihofer, *Naturrecht als Existenzrecht* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1963).

<sup>12</sup> Ibid, 13.

<sup>13</sup> Ibid. Примечательно сходство данного тезиса с утверждениями другого немецкого экзистенциалиста Эриха Фехнера, который видел положение человека в праве между «данностью» и «заданностью».

<sup>14</sup> Ibid, 15.

<sup>15</sup> Ibid, 17.

человека в мир, и представляет собой способ, каким человек обустроивает свою сущность в мире<sup>16</sup>. Тем самым сущность человека уже есть продукт не предустановленного Богом либо Природой порядка, но его собственного решения, к которому он призван в силу своего бытия в мире. Таким образом, в основе современных концепций естественного права лежит не традиционное, но экзистенциальное понятие сущности и природы, где человек выступает не «чистым» рациональным субъектом, но сосуществует с другими людьми как бытие-в-мире. Его конкретная экзистенция есть диалектика естества дела (*die Natur der Sache*) и предопределения (*die Bestimmung*) людей<sup>17</sup>.

С изменением философско-методологических предпосылок необходимым образом меняется и понимание самого феномена естественного права. По словам В. Майхофера, если исходить из того, что относительно собственно человеческого в человеке не имеется некоей, «по природе данной» сущности (как у животных), но что сам человек, и никто другой, в борьбе со своим миром делает и делается тем, что он есть; другими словами, что он во всем, что, по сути, делает, есть продукт своего продуцирования мира, то тогда нет никакого естественного права в ранее употреблявшемся смысле – основанного на заданной человеку природе его сущности и следующего отсюда сущностного порядка между людьми<sup>18</sup>. В таком случае то, что мы общепринятым образом именуем естественным правом, имеет свои основания не в уже наличной сущностной субстанции людей (курсив мой. – В. М.), но в постоянно сбывающейся мировой экзистенции, на которую человек всегда исторически наброшен в естественно-правовом определении его сущности<sup>19</sup>.

Речь при этом не идет об экзистенциальном волюнтаризме лица: ведь человек никогда не действует в некоем «пустом» пространстве, но всегда в мире и с другими людьми. Как пишет В. Майхофер, человек требует чего-то, направляет свою волю на что-то не бесосновательно, но всегда перед лицом определенной, данной в социальной действительности *конstellation* (курсив мой. – А. С.) интересов и ожиданий людей, обходящихся друг с другом в жизненном мире повседневности<sup>20</sup>. Тем самым речь уже идет не о сущности либо естестве одного человека, но о том, *что, по их сути, есть люди в их бытии-с-друг-другом* (курсив мой. – А. С.)<sup>21</sup>. Отсюда немецкий правовед выводит заключение, что в разрезе этого, по-новому понимаемого естественного права, следует говорить о «естестве дел» (*die Natur der Sache*)<sup>22</sup>,

<sup>16</sup> Werner Maihofer, *Naturrecht als Existenzrecht* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1963), 18.

<sup>17</sup> Ibid, 20.

<sup>18</sup> Ibid, 21.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> Ibid, 22.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Немецкое слово “Sache” является достаточно многозначным: это и синоним “das Ding” (вещь), и «факт», и «положение дел», «дело», которым можно озаботиться, и, самое главное – «дело» в юридическом смысле, как правовой спор.

в которых человек обретает свою сущность в мире, когда он есть то, что он есть, как покупатель или арендатор, врач или пациент, судья либо обвиняемый, муж или жена<sup>23</sup>.

Однако из «конкретной природы» людей еще не следует никакого общего порядка. Таковой становится видимым при *осмысляющем анализе всякой ситуации в целом* (курсив мой. – В. М.): жизненных связей (правоотношений – напр., купли-продажи), жизненных образований (правовых образований – напр., семья) со всеми их *типичными констелляциями* (курсив мой – В. М.) интересов и ожиданий, встречающихся в подобных связях, живущих друг с другом в подобных образованиях людей<sup>24</sup>. Таким образом, если принять за исходный пункт интересы и соответствующие им ожидания людей, пребывающих в мире в определенных положениях либо ролях, то можно увидеть, что люди, находящиеся в подобных ролях либо положениях, испытывают типичным образом определенные способы воздействия событий (отношений) согласно их функциональному воздействию на их интересы и питаемые ими ожидания, либо как пользу, либо как вред<sup>25</sup>.

Эти интересы и ожидания не являются произвольно вложенными в ситуацию извне, но жизненными, экзистенциальными устремлениями ее участников, укоренными в природе соответствующей ситуации. Соответственно для законодателя либо судьи возникает проблема: как согласовать эти, зачастую взаимопротиворечащие интересы и ожидания? По мнению В. Майхофера, решение в данном случае следует искать не в особой природе фактов соответствующей конкретной ситуации, но, трансцендируя ее горизонт, спросить: должен ли человек следовать естественному ходу вещей, либо же изменить его? Это означает, что масштаб для решения конфликта интересов, заключенного в природе соответствующих фактов, лежит *в самих людях* (курсив мой. – В. М.), в том, что человек постигает как свое собственное предопределение (*Bestimmung*)<sup>26</sup>. Тем самым, сполна претворяя бытие своей самости (*Selbstsein*) в форме бытия-как (*Alssein*) в конкретной ситуации, человек исполняет Человеческое как таковое, которое носит экзистенциальный характер условия возможности человеческого бытия вообще<sup>27</sup>.

В данном случае, как указывает немецкий правовед, право должно удерживать открытым горизонт смыслового определения бытия Самости и бытия человека, которые трансцендируют конкретную ситуацию. При этом не следует искать лишь некие особые права и обязанности, институционально охватывающие соответственным образом некую особую природу (дел) экзистенциальной ситуации, как некие условия возможности как-бытия людей: бытия как определенного Некто

<sup>23</sup> Werner Maihofer, *Naturrecht als Existenzrecht* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1963), 22.

<sup>24</sup> Ibid, 23.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Ibid, 25–6.

<sup>27</sup> Ibid, 28.

в социальной роли либо положении. Человек, во всяком случае, должен быть и оставаться собой, обладать основоположным правом на самореализацию в кругу других людей. Право должно полагать, что человек во всякой экзистенциальной ситуации: подсудимого и судьи, арестованного и охранника, должен суметь быть и оставаться человеком, что мы, рассматривая основные определения принадлежащего человеческому, в соглашениях о правах человека, в каталогах гражданских прав, с их гарантиями основных прав на жизнь и здоровье, брак, собственность, труд, должны постигать условия возможности того, чтобы суметь быть-людьми среди других людей.

Что, однако, становится нам ясным при всех конфликтных ситуациях, в которые «заброшен» существующий в мире человек, в которых он не может отыскать себя, от которых он не может освободиться, так это жуткая, полная противоречий, зловещая структура действительности как таковой. Однако эта последняя есть *основание всякого права* (здесь и далее курсив мой. – В. М.) в мире: *право есть спор (eris), борьба (polemos) противоположностей*, как видел еще Гераклит<sup>28</sup>. Поэтому, заключает В. Майхофер, в отличие от позитивизма, который снимает вопрос о смысле человеческого бытия и его наполненного смыслом порядка, как личное дело человека, наш вопрос о естественном праве означает не что иное, как публичный вопрос о смысле этого, по сути бесчеловечного, чуждого человеческому бытию и его осмысленному порядку, мира<sup>29</sup>. Тем самым сегодня естественное право есть, как и прежде, понятие, формула, имя именно для этого: *требуемого людьми, постоянно возобновляемого самоуверения, к которому оно постоянно должно приходиться*<sup>30</sup>.

Однако, как несложно заметить, подобный ответ оставляет немало вопросов. Ведь удостоверение себя в своем бытии с Другими имеет массу вариантов, никак не связанных с правом – начиная от любви и заканчивая религиозным общением. Также и идентификация права со спором и раздором немедленно заставляет спросить, означает ли данный тезис, что при отсутствии конфликтов права не существует (что выглядит, по меньшей мере, сомнительным)? Кроме того, В. Майхофер не указывает, что именно в «природе» соответствующих фактов несет «правовой заряд», вызывая необходимость именно *правового* (а не морального, религиозного, экономического, политического и пр.) решения?

В попытках ответить на эти и ряд иных вопросов немецкий правовед пишет еще одну работу под названием «Естество дел» (“Die Natur der Sache”), которая получила широкую известность после публикации в отредактированном А. Кауфманном

<sup>28</sup>Werner Maihofer, *Naturrecht als Existenzrecht* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1963), 30.

<sup>29</sup>Ibid, 37.

<sup>30</sup>Ibid, 42. При этом отчетливые (и едва ли случайные) аналогии прослеживаются с определением естественного права Э. Фехнера как «честного предельного беспокойства об адекватном оформлении реальности».

сборнике «Онтологическое обоснование права» (1965)<sup>31</sup>. Название «Die Natur der Sache» традиционно переводилось на русский язык как «природа вещей». Однако у Вернера Майхофера речь идет отнюдь не о том, чтобы искусственно вложить правовые идеи в некую «материю», но, скорее, наоборот – извлечь их оттуда<sup>32</sup>. Как считает В. Майхофер, в современной ему философии права господствуют представления о «естестве дел» как некоем «смысле» жизненных отношений (Lebensverhältnisses)<sup>33</sup>. При этом подобная дедукция и аргументация является попыткой вывести осуществляемые позитивным правом установления Должного из чего-то, находящегося извне позитивно-правовых уложений.

Однако из чего именно немецкий правовед предлагает выводить право? Что является его искомым онтологическим основанием? Лучше понять это нам поможет один пример из жизни самого Майхофера. Так, в дневнике его учителя Эрика Вольфа мы можем встретить следующую запись: «сегодня к нам вечером пришел поесть студент Вернер Майхофер. За ужином состоялся обстоятельный разговор о перспективах применения феноменологического метода в праве». Итак, человеку как «вещи» «по природе» положено есть. Однако можем ли мы понять то, что происходило за ужином у Вольфа, исходя из подобной «природы человека»? Очевидно, что нет. Ведь в данном случае «естество происходящего» – феноменологическая дискуссия – очевидно, имело весьма мало общего с поглощением пищи и реализацией в связи с этим «природы людей».

Тем самым понять то, что происходит, невозможно на основании «природы» тех «вещей», которые вовлечены в происходящее. Напротив, «сами вещи» могут стать понятными из «естества дела» – того, что, собственно, сбывается. Так, исходя из вышеприведенного примера, можно предположить, что человек может поглощать пищу в самых разнообразных ситуациях: на поминках, днях рождения, банкетах по поводу защиты диссертации, дома за завтраком либо перекусывая в кафе на перекуре. Хотя «природа» людей либо физиологического процесса поедания пищи всегда остается неизменной, суть происходящего – «естество дела» – во всех этих случаях кардинально различна. Более того – всякое сущее, которое принимает участие в происходящем – как люди, так и вещи – получает свое значение из «естества дела», то есть смысла того, что происходит.

Аналогичным образом и в праве «правовые идеи» не содержатся в «природе вещей», подобно руде в недрах гор ожидая своего извлечения оттуда. Правовое значение придается «вещам» не их «природой», но фактом их вовлеченности в то, что происходит – «само дело», «естество», сущность которого и задает втянутому

<sup>31</sup> Werner Maihofer, "Die Natur der Sache," in *Die Ontologische Begründung des Rechts* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965), 52–86. Перевод этой работы будет предложен вниманию читателя в следующем выпуске журнала. – *Прим. ред.*

<sup>32</sup> Ibid, 59.

<sup>33</sup> Ibid, 56.

в происходящее правовой способ бытия. И тогда, подчеркивает Майхофер, правовое положение дел не есть, как полагал еще А. Райнах, «специфическое основное правовое понятие», испытываемое во внутреннем созерцании его бытия, сравнимого с математическими и геометрическими образованиями, но положение дел «снаружи в мире», «перед которым мы пребываем»: не «образованное» правом, но: жизненное положение дел<sup>34</sup>.

Такое жизненное положение дел (*Lebenssachverhalte*) немецкий правовед понимает как внешний «комплекс происшествий» (*Geschehens*). Не «факты», понимаемые как изолированные вещи или даже предметы, но комплексное положение дел человеческой жизни между субъективностью (человека) и объективностью (мира). Другими словами: образы человеческого отношения к миру: бытия-в-мире, вокруг *разметки* которого, а тем самым его обеспечения и осуществления, по мнению В. Майхофера вращается всякий порядок морали и права. Как подобное жизненное положение дел нам встречается купля-продажа и наем, кража и мошенничество, то есть снабженные позитивной и негативной разметкой образы подобных событий, сбывающиеся между человеком и миром, другими словами интерпретируемые как изначальные либо неизначальные образы (способы) человеческой ко-экзистенции. Напротив, отсчитываемые от них общепринятые основоположения – такие как деяние, неправо, вина, наказание, «логико-фактическую» структуру которых мы отыскиваем в так называемых «общих учениях» типа уголовного либо гражданского права, есть готовые мыслительные абстракции, с помощью которых мы пытаемся постичь всеобщее структурное устройство всяческих подобных правовых положений дел<sup>35</sup>.

Тем самым, понимая дело (*Sache*), о котором идет речь применительно к «естеству дел», как жизненное их положение, существующее «снаружи» в мире, немецкий правовед считает возможным перейти к рассмотрению непосредственно правовых вопросов. Ссылаясь на Ницше, он отмечает, что подобные жизненные положения дел как комплексы происшествий между субъективностью (человеком) и объективностью (миром) не обладают никаким бытием изолированной субстанции, будь она в субъекте или в объекте: их бытие заключается именно в том, что происходит «между» этими полюсами происшествия, в процессе «снятия» субъективности в объективности и наоборот, экзистенции чего-то (человека) в чем-то (мире). Исполняющиеся в подобных образах отношений человека к миру объективации создают комплексы происшествий, синтезы каковых, конечно, могут распасться в анализе на субъект и объект. Тем самым мы все же разделяем единящую связь бытия и смысла происшествия как такового. Если мы вводим более четко в поле зрения такое жизненное положение дел как купля-продажа, продолжает

<sup>34</sup> Werner Maihofer, "Die Natur der Sache," in *Die Ontologische Begründung des Rechts* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965), 66.

<sup>35</sup> Ibid.

В. Майхофер, тогда нам становится ближайшим образом ясным, что как вопрос о субстанции купли-продажи, так и вопрос о ее сущности на самом деле бессмысленный, так как по сути речь идет не о некоем «деле» (Sache) купли-продажи, но о *положении дел*, о способе (образе) ко-экзистенции, а именно об «отношении» бытия-продавцом и бытия-покупателем как определенном образе (способе) встречи людей в мире повседневности.

Следовательно – констатирует немецкий правовед – с этой кажущейся самопопятностью: интерпретацией этого происшествия не как реального «дела», но как экзистенциального «положения дел», нам безошибочно открывается путь ответа на наш изначальный вопрос о бытии этого положения дел как культурного положения дел<sup>36</sup>. Во всем этом культурном положении дел мы встречаем людей в определенном «свойстве»: покупателя, продавца и пр., свойстве, которое более не является изолированно заложенным в субъекте качеством, таким как протяженность либо сопротивляемость, но открывающем встречному то, о чем идет речь, как средоточие смысла этого жизненного положения дел: «природу этого дела». Подобные свойства, которые вытекают не из субстанции, но из экзистенции сущего, можно назвать *обстоятельствами дела* (Bewandtnisse)<sup>37</sup>.

Как полагает В. Майхофер, всякие рассмотренные культурные положения дел есть комплексы происшествий между человеком и миром: образы бытия-в-мире человека, бытийные модусы его экзистенции. Его бытие и смысл заключены в определенных жизненных формах: социальных позициях, таких как покупатель, отец либо гражданин, и встречающиеся таковым жизненные положения, социальные ситуации, как например, самооборона либо крайняя необходимость. Эти жизненные формы и жизненные положения являются персональным и реальным пространством, в котором осуществляется индивидуальное развертывание индивида в мире Других как «вечное возвращение того же самого», они суть основание мира объективного духа.

Однако онтологическое осмысление права и попытка его укоренения в бытии человека в мире требуют соответствующего анализа способов и форм такого бытия. Поэтому далее немецкий правовед переходит к рассмотрению бытийной структуры социальных жизненных ролей и жизненных положений. В качестве основных составляющих этой структуры он видит «отсылку» (Verweisung) и «соответствие» (Entsprechung). Базисом бытийной структуры жизненных ролей и положений являются определенные отсылки сущего друг к другу, с их обоими полюсами местопребывания (Angewiesenheit) и прилегания (Angelegtheit) (чего-то к чему-то), в каких-либо всяческие *обычаи и нужды* имеют свое онтологическое основание. Так продавец и покупатель, врач и пациент отсылают друг к другу. Эти отсылки учреждают

<sup>36</sup> Werner Maihofer, "Die Natur der Sache," in *Die Ontologische Begründung des Rechts* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965), 71.

<sup>37</sup> Ibid.

соответствие сущего в отношении друг друга, на каком-то покое фундамент строя порядка всякого мира культуры, с обоими его уровнями подчинения кого-то кому-то (врач и пациент) и координации (пациент и пациент), в которых имеет свое онтологическое основание всякое равенство и неравенство<sup>38</sup>. Такое положение дел имеет место в правовом, моральном, хозяйственном порядке.

Тем самым онтология (на взгляд В. Майхофера) индифферентна в правовом отношении, сколь отсылки и соответствия составляют не только правовой, но равно и иные типы порядка. Поэтому он считает необходимым проанализировать смысловую структуру социальных жизненных ролей и жизненных положений: обстоятельства дела (*Bewandtnis*) и значение (*Bedeutung*). Все упомянутые выше соответствия создают обстоятельства дела для сущего в отношении иного сущего, точнее: обстоятельства дела от кого-то к кому-то, продавца к покупателю, учителя к ученику. Эти обстоятельства дела являются онтологическим основанием всякого обращения друг к другу, имени-дела друг с другом. Обстоятельства дела, которые более не имеют основания в бытии Самости сущего, но в том, что мы назвали бытие-как; вокруг чего, как своего средоточия смысла, крутится весь человеческий порядок<sup>39</sup>. В свою очередь, эти обстоятельства дела придают отсылающему друг к другу и тем самым соответствующему друг другу сущему в обратном отношении к его собственному бытию определенные значения друг для друга. Значения как чего-то для чего-то (отца для сына и пр.). Эти значения являются онтологическими основаниями для необычайного «веса», который мы обретаем друг для друга в мире повседневности: выражение зависимости либо независимости сущего друг от друга, основание того, что нам чего-то не хватает, когда мы теряем Другого как такового<sup>40</sup>.

В свою очередь, ценностная структура социальных жизненных ролей и жизненных ситуаций состоит из ожиданий (*Erwartung*) и интересов (*Interesse*). Как считает В. Майхофер, Другого не хватает нам в той мере, в какой все значения для всякого Иного определяют, то есть обосновывают, согласно природе фактов, жизненную форму, наличные ожидания по отношению друг к другу (ожидания чего-то как чего-то – отца в отношении сына как такового и пр.). Эти отношения являются онтологическим основанием для данных из природы фактов интересов, обозначаемых как естественные либо разумные, которые мы принимаем в бытии и поведении Других как таковых, и тем самым для ценности либо не-ценности поведения других как таковых для нас. Мы необходимы друг другу для исполнения нашего собственного бытия как такового: учитель необходим ученику так же, как ученик учителю – один не существует как таковой без другого<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Werner Maihofer, "Die Natur der Sache," in *Die Ontologische Begründung des Rechts* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965), 72–3.

<sup>39</sup> *Ibid.*, 74.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> *Ibid.*, 75.



И здесь мы уже ближе к праву. Ведь всякое право мыслится и вырабатывается из такого горизонта ожиданий, сколь «по праву» в масштабе этих (позитивных либо негативных) ожиданий всякому Другому предписываются границы дозволенного и недозволенного, так что исполнение этих ожиданий гарантировано и необходимым образом установлено посредством правового принуждения<sup>42</sup>. Вместе с тем В. Майхофер осознает, что встречные ожидания и интересы могут существовать и вне сферы права – в области любви, экономики, политики и пр. Поэтому он считает, что существует мост, который ведет от ожиданий и интересов, данных из природы жизненных образов и жизненных положений, к следующим из ожиданий и интересов *требованиям* к встречным Другим, а именно требованиям с их стороны *поведения, соответствующего* природе их роли и положения<sup>43</sup>.

Однако всякое правомочное требование (как показал еще А. Райнах) предполагает соответствующую обязанность, то есть должное поведение того, к кому обращено подобное требование. Тем самым необходим анализ структуры Должного социальных жизненных ролей и жизненных положений: требования и долга. Вместе с тем в данном пункте исследования тому, кто претендует на онтологическое осмысление права, следует быть особо осторожным: ведь разделение бытия и должного открывает прямой путь от онтологии к её противоположности – деонтологии.

В. Майхофер начинает с того, что для донаучного опыта права возможность пути через «мост» между бытием и должным является само собой разумеющейся. Дилетант, который живет в мире права повседневности, «существует» (в подлиннейшем смысле этого слова) из понимания смысла того, что принадлежит к единичному жизненному образу или жизненному положению, а потому «принадлежит» и ему «как Таковому». Он живет в донаучной уверенности, что из этих ожиданий, описываемых как «естественные» либо «разумные» и направленных на Других как Таковых, как само собой разумеющееся даны и требования касательно «соответствующего» Другим как таковым, «принадлежащего» их роли или положению, а потому «надлежащего» для них как «Таковых» поведения<sup>44</sup>.

Вместе с тем мы обладаем также и научной достоверностью, что здесь на самом деле имеется нечто «безусловное», что следует из образа и положения, а также заключенной в них природы фактов: соответствующие им – а тем самым «истинные» – требования, которые производят онтологические основания для всех тех естественных либо разумных обязанностей, которые как таковые встречаются в нашем бытии и поведении, и из выполнения каковых следует решение о нашем надлежащем либо ненадлежащем поведении в отношении Других. Эти обязанности либо «требования дня» как заключенные в объективности этих образов и положений требования к нам, являются мерой поведения, которой направляются люди

<sup>42</sup> Werner Maihofer, “Die Natur der Sache,” in *Die Ontologische Begründung des Rechts* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965), 75.

<sup>43</sup> Ibid, 76.

<sup>44</sup> Ibid, 76–7.

в их встрече в мире права повседневности, в двойном смысле «дикее»: «набрасывать себя» и «от-брасывать себя»<sup>45</sup>.

Конкретизируя данное положение, В. Майхофер отмечает, что мы должны ближайшим образом поместить себя в роль или положение Других и спросить себя, чего мы, как таковые, ожидаем от Других как таковых, тем самым правомочно требуя. *Так всякое право мыслится из роли и положения Других*. Мы как учителя, врачи, покупатели должны поместить себя в роли ученика, пациента, продавца и спросить, чего мы «естественным» а тем самым «правомочным» образом ожидаем от «разумного» преподавателя, врача и т. д.<sup>46</sup> Эти «правомочные» ожидания мы можем возвысить до «справедливых требований», а «соответствующее» Другим до «справедливых» обязательств, если мы придадим «действительность» найденному «должному поведению», тщательно доказав его пригодность как следующего из естества фактов всеобщего закона поведения Других в подобной роли или положении.

По мнению немецкого правоведа, посредством вышеописанной «аналогической апперцепции» мыслится и «создается» всякое право, как *обобщение* должного поведения, данного из природы фактов повторяющихся в мире повседневности ролей и положений, до закона поведения, не для любого человека «везде и навсегда», но, однако, обязывающего его, как и управомочивающего, *в этой роли или положении*<sup>47</sup>. Как уточняет В. Майхофер, тем самым для меня не только возможно помещать себя в объективность роли и положения соответствующего Другого, дающую меру для моего должного поведения, но в оставлении моей собственной позиции в пользу места Другого снять мое личное бытие-задетым-решением посредством вчувствования в персональное бытие-задетым Другого<sup>48</sup>. Итак – заключает автор – будь мы даже, теоретически, самоуверенными отрицателями всякого естественного права, практически мы, как дилетанты, так и юристы, живем не по должным уложениям позитивного права, как это весьма охотно выдумывает позитивизм, но направляемся согласно отрицаемому им естественному праву – законам должного внепозитивного права, которые обоснованы в «природе дел»: правомочными ожиданиями и интересами, справедливыми требованиями и обязанностями, которые действительны и значимы для нас как таковых: в соответствующей роли и положении<sup>49</sup>.

В итоге В. Майхофер выделяет четыре важнейших следствия онтологического обоснования права из «естества дела». Во-первых, «естество дела» оказывается источником права, альтернативным закону, и даже более действенным, нежели абстрактные предписания последнего. Во-вторых, «естество дела» способно

<sup>45</sup> Werner Maihofer, "Die Natur der Sache," in *Die Ontologische Begründung des Rechts* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965), 77–8.

<sup>46</sup> Ibid, 78.

<sup>47</sup> Ibid, 79.

<sup>48</sup> Ibid e, 80.

<sup>49</sup> Ibid, 82.

предоставить внепозитивный масштаб фактической правильности и человеческой справедливости, обязывающий, в том числе, законодателя и судью<sup>50</sup>. В-третьих, на основании естества дела также осуществимо и правоприменение, когда соответствующие дела служат масштабом и критерием для применения норм позитивного права (например, в случае «конкуренции норм» различных отраслей)<sup>51</sup>. В-четвертых, философия права из «естества дела» обретает доступ не к «абстрактным» и «вечным» уложениям естественного права, но к естественному праву «здесь и сейчас»: конкретному естественному праву<sup>52</sup>.

Тем самым согласно В. Майхоферу право не представляет собой застывшего комплекса «естественных» либо «позитивных» норм и установлений, но «конкретное естественное право»: комплекс прав и обязанностей, возникающих у участников ситуации в силу природы образовавших ее фактов, когда конкретный объем прав и обязанностей упомянутых участников определяется их ролями и взаимоположением в ситуации. Таким образом, немецкий правовед превосходит метафизическое понимание естественного права как обладающего абсолютным бытием Должного. Вместе с тем, несмотря на всю их убедительность, описанные воззрения вызвали не только признание, но и ряд критических замечаний, которые относятся не только к учению о «естестве дела», но и ко всей философии права В. Майхофера.

Переходя к современным трактовкам творчества В. Майхофера, следует отметить фундаментальное «Введение в феноменологию права» (2010) австрийской исследовательницы Софи Лойдольт<sup>53</sup>. Так, она отмечает, что В. Майхофер не слепо следует М. Хайдеггеру, но осуществляет плодотворную полемику с ним, а именно там, где переосмысляет Хайдеггеровскую интерпретацию термина «дикэ» в изречении Анаксимандра как «чина» (*Fug*), настаивая, что «дикэ» (как «изначально правовое слово») есть некий «строй», «внутренний порядок» совместного бытия, в котором коренится возможность всякого права<sup>54</sup>. Обращаясь к античному пониманию человека как «*zoon politikon*», В. Майхофер подчеркивает социальный характер экзистенции<sup>55</sup>. Однако, по мнению С. Лойдольт, немецкий правовед так и не достигает успеха в попытках отграничить право от иных форм «изначально-подлинного» бытия-как (*Alsein*)<sup>56</sup>, сколь приводимые им примеры бытия-как отца, сына, гостя и друга гостя гораздо более релевантны в моральном, нежели в правовом отношении. В результате немецкий философ права не в состоянии выдержать избранной им самим методологической ориентации на Хайдеггера, переходя

<sup>50</sup> Werner Maihofer, "Die Natur der Sache," in *Die Ontologische Begründung des Rechts* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965), 52–86, 84.

<sup>51</sup> Ibid, 85.

<sup>52</sup> Ibid, 86.

<sup>53</sup> Sophie Loidolt, *Einführung in die Rechtsphänomenologie* (Tuebingen: Mohr Siebek, 2010), 411.

<sup>54</sup> Ibid, 206.

<sup>55</sup> Ibid, 207.

<sup>56</sup> Ibid, 213.

к «экзистенциальной диалектике» бытия Самости и бытия-как<sup>57</sup>. Вместе с тем – сомневается С. Лойдольт – нужно ли обращаться к диалектике, в то время как еще у Хайдеггера сиюбытность всегда уже включала в себя бытие-с, а тем самым ссылака на новизну бытия-как как разновидности последнего утрачивает смысл?<sup>58</sup>

Новейшие интерпретации философии права В. Майхофера содержатся и в вышедшем в 2010 г. сборнике работ коллоквиума, посвященного его 90-летию<sup>59</sup>. Так, немецкий правовед из Фрайбурга Александер Холлербах отмечает, что В. Майхофер в «Праве и бытии» развивает Хайдеггеровский подход в направлении правовой и социальной философии. Открывая экзистенциал бытия-как, автор «Права и бытия» тем самым исключает трактовки своей философии права как «субъективного экзистенциализма». Вместе с тем он в полной мере не развивает и заложенные в мысли М. Хайдеггера возможности, в частности, феноменологического прояснения структур бытия друг с другом<sup>60</sup>. Поэтому А. Холлербах считает возможным выдвинуть ряд вопросов и замечаний в отношении построений юбиляра.

Во-первых, В. Майхофер, опираясь на М. Хайдеггера, оставляет без внимания те его сочинения, где речь четко и недвусмысленно идет о праве (например, «Письмо о гуманизме»), тем самым производя впечатление произвольного толкования конструкций немецкого философа применительно к праву.

Во-вторых, создается впечатление, что В. Майхофер не признает фундаментальной ценности термина «бытие-с» (Mitsein), хотя именно он является связующим звеном с Хайдеггеровской Dasein-аналитикой (и акцент на котором позволил бы избежать всяческих обвинений в субъективизме. – А. С.). Не предшествует ли «бытие-с» как основополагающее выражение необходимого сосуществования (ко-экзистенции) людей, всякой дифференциации несущих отпечаток жизненного мира ролей бытия-как?

В-третьих, примеры связей бытия-как столь же разнообразны и пестры, как и сама жизнь. Не обладают ли эти связи самой разнообразной ценностью помимо правовой? Имеется ли вообще подобная априорная природа в отношении тех образований, которые созданы правом либо же исторически преходящи?<sup>61</sup>

Наконец, как соотносится Майхоферовская концепция «институционального естественного права» с институциональным правовым мышлением, например, с «конкретным порядком» К. Шмитта?<sup>62</sup>

Замечания А. Холлербаха не только вскрывают спорные места в концепции В. Майхофера, но одновременно показывают и направление дальнейшего

<sup>57</sup> Sophie Loidolt, *Einfuehrung in die Rechtsphaenomenologie* (Tuebingen: Mohr Siebek, 2010), 213.

<sup>58</sup> Ibid, 214.

<sup>59</sup> *Menschliche Existenz und Würde*, 192.

<sup>60</sup> Alexander Hollerbach, "Werner Maihofer in Freiburg," in *Menschliche Existenz und Würde*, 22–3.

<sup>61</sup> Ibid, 23.

<sup>62</sup> Ibid, 24.

вопрошания, в котором необходимым образом движется тот, кто вынужден осмыслять поднятые последние проблемы. Поэтому отнюдь не случайно, что иные участники коллоквиума, не сговорившись, задают практически одни и те же вопросы. Так, например, еще один немецкий правовед, Герхарт Шпренгер, отмечает, что в критической литературе по В. Майхоферу обоснованным и распространенным упреком в адрес последнего является отсутствие четкой границы между характером бытия-в-праве и иными видами социального бытия<sup>63</sup>. Вместе с тем Г. Шпренгер, вслед за А. Холлербахом, отмечает обвинения В. Майхофера в экзистенциальном субъективизме, отмечая, что «бытие-как» не подразумевает некоего «вторичного» бытия, «вторичной роли», которую должен играть некто, но, напротив, «как» изначально принадлежит бытию «Я», неотделимо от него<sup>64</sup>.

Переходя к собственной критической оценке философии права В. Майхофера нельзя не отметить важнейший шаг, сделанный немецким правоведом – аутентичную постановку проблемы *бытия* права, когда право предлагается не дедуцировать путем формально-логического определения из другого сущего (свободы, справедливости и т. п.), но обосновать из основоустройства его бытия, то есть из него самого. Вместе с тем, как уже неоднократно говорилось, автор «Права и бытия» не смог удержаться в выбранном направлении исследования, интерпретируя феномен права не из того, как оно реально есть «в мире», но из «идеального бытия» мира смыслов – региональной онтологии.

Осознавая спорность предложенного им решения и переходя в поисках оснований права к естеству дел, В. Майхофер оказывается не в состоянии (как уже было сказано) обосновать их правовую природу, показать некий «динамический алгоритм» «перетекания» права из жизненных фактов в конкретные правовые решения и нормы, или, говоря языком классической философии права, вывести Должное из бытия. Тем самым немецкий экзистенциалист упирается в ту же проблему, перед которой ранее останавливались упомянутые представители правовой феноменологии – в то, что *право не существует само по себе, в некоем абстрактном измерении Должного, но возникает вследствие особого, правопорождающего происшествия* – социального акта (А. Райнах), нормативного факта (Н. Н. Алексеев), экстраординарных обстоятельств (Г. Гуссерль). Но хотя для выполнения указанной задачи в распоряжении В. Майхофера оказывается значительно более солидный методологический инструментарий (фундаментально-онтологический аппарат М. Хайдеггера) нежели у его предшественников, он так и не смог добраться до осмысления *правовой* природы дел, которая отличает их от иных жизненных обстоятельств, приводящих к возникновению моральных, сексуальных, экономических, политических и прочих отношений и ситуаций.

<sup>63</sup> Gerhard Sprenger, “Lebensweltliche Gerechtigkeit. Der Existentialontologische Ansatz Werner Maihofers,” in *Menschliche Existenz und Würde*, 61.

<sup>64</sup> Ibid, 40.

При этом весьма уместным кажется замечание корейского правоведа Зай Ву Шима, высказанное в ходе упомянутого ранее colloquium. Он указывает, что наш вопрос о человеческом бытии в мире направлен не на *субстанцию определенных жизненных фактов* (курсив мой. – А. С.), но на живущий внутри них образ ко-экзистенции, то есть отношений, которые лежат в основе вершащейся определенным образом человеческой встречи в мире повседневности<sup>65</sup>. Иными словами, в отличие от феноменологической постановки вопроса о «правовой сути» тех или иных фактов, тому, кто желает продолжить вопрошание в контексте В. Майхофера необходимо осмыслить взаимосвязь между способами бытия-с друг другом и природой той конкретной жизненной ситуации, где в ходе совместного бытия людей сбывается право. Только так можно будет восполнить третий пробел, «оставленный нам в наследство» немецким правоведом: как же существует право? Ведь и вопрос о бытии права также остается у В. Майхофера без эксплицитного ответа. Порядок, правомочные ожидания и интересы, самоудостоверение экзистирующего человека – все эти промежуточные определения права немецкого правоведа являются онтологически аморфными, не давая четкого представления о том, как происходит право?

Можно предположить, что В. Майхофер потерпел неудачу вследствие того, что не принял во внимание один из основных методологических постулатов философии М. Хайдеггера – о времени как горизонте понятности бытия. Иными словами, сколь мы понимаем бытие из времени, любой вопрос о бытии требует темпоральной аналитики. Вопрос о бытии права не является исключением. Ставя его, мы должны ввести в поле зрения правовое время. Ведь сиюбытность как бытие Самости (каковую В. Майхофер полагает подлинным основанием права) осуществляет право в различных образах бытия-как не в некоей вневременной действительности, но в горизонте времени. По меткому замечанию ранее упомянутого Зай Ву Шима, предначертанный социальный образ бытия-как расположен в вечном возвращении того же самого, в некоей бесконечной сплетенной цепи прошлого, настоящего и будущего. Мир бытия-как устанавливает именно пути многогранных встреч образов социального в доставшемся ему наследии<sup>66</sup>.

Таким образом, В. Майхофер, впервые четко сформулировав вопрос о бытии права, оставляет неясным соотношение права и бытия, место права в онтологическом устройстве человека – сиюбытности, а также то, как существует право. Вместе с тем благодаря наследию немецкого мыслителя мы можем продолжить его вопрошание, вникнув в «естество дела» и попытавшись самостоятельно отыскать ответы на указанные вопросы.

© А. Стомба, 2019

<sup>65</sup> Zai-Woo Shim, “Die Rechtsphilosophie des Alsseins und die Lehre ueber den richtigen Namen bei Konfuzius,” in *Menschliche Existenz und Würde*, 96–7.

<sup>66</sup> *Ibid*, 97.

## Библиография

- Майхофер, Вернер. “Право и бытие.” *Российский ежегодник теории права* 1 (2008): 186–259.
- Стовба, Алексей. *Темпоральная онтология права*. Санкт-Петербург: Алеф-пресс, 2017.
- Стовба, Алексей. “Вернер Майхофер: от «Бытия и времени» к «Праву и бытию».” *Российский ежегодник теории права* 1 (2008): 175–85.
- Hollerbach, Alexander. “Werner Maihofer in Freiburg.” In *Menschliche Existenz und Würde im Rechtsstaat. Ergebnisse eines Kolloquiums für und mit Werner Maihofer aus Anlass seines 90. Geburtstags*, 13–30. Berlin, 2010.
- Loidolt, Sophie. *Einfuehrung in die Rechtsphaenomenologie*. Tuebingen: Mohr Siebek, 2010.
- Maihofer, Werner. *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1954.
- Maihofer, Werner. *Naturrecht als Existenzrecht*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1963.
- Maihofer, Werner. “Die Natur der Sache.” In *Die Ontologische Begründung des Rechts*, 52–86. Darmstadt, 1965.
- Menschliche Existenz und Würde im Rechtsstaat. Ergebnisse eines Kolloquiums für und mit Werner Maihofer aus Anlass seines 90. Geburtstags*. Berlin: BWV, 2010.
- Sprenger, Gerhard. “Lebensweltige Gerechtigkeit. Der Existentialontologische Ansatz Werner Maihofers.” In *Menschliche Existenz und Würde im Rechtsstaat. Ergebnisse eines Kolloquiums für und mit Werner Maihofer aus Anlass seines 90. Geburtstags*, 32–63. Berlin, 2010.
- Shim, Zai-Woo. “Die Rechtsphilosophie des Alsseins und die Lehre ueber den richtigen Namen bei Konfuzius.” In *Menschliche Existenz und Würde im Rechtsstaat. Ergebnisse eines Kolloquiums für und mit Werner Maihofer aus Anlass seines 90. Geburtstags*, 95–101. Berlin, 2010.

## Bibliography

- Maihofer, Werner. “Pravo i bitiye [Law and Being].” *Rossiyskiy Ejegodnik Teoriyi Prava* 1 (2008): 186–259 (in Russian).
- Stovba, Aleksey. *Temporalnaya ontologiya prava* [Temporal Ontology of Law]. Saint-Petersburg: Alef-press, 2017 (in Russian).
- Stovba, Aleksey. “Werner Maihofer: Ot “Bytiya i vremeni” k “Pravu i bytiyu” [Werner Maihofer: From “Being and Time” to “Law and Being”].” *Rossiyskiy Ejegodnik Teoriyi Prava* 1 (2008): 175–85 (in Russian).
- Hollerbach, Alexander. “Werner Maihofer in Freiburg.” In *Menschliche Existenz und Würde im Rechtsstaat. Ergebnisse eines Kolloquiums für und mit Werner Maihofer aus Anlass seines 90. Geburtstags*, 13–30. Berlin, 2010.
- Loidolt, Sophie. *Einfuehrung in die Rechtsphaenomenologie*. Tuebingen: Mohr Siebek, 2010.
- Maihofer, Werner. *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1954.
- Maihofer, Werner. *Naturrecht als Existenzrecht*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1963.
- Maihofer, Werner. “Die Natur der Sache.” In *Die Ontologische Begründung des Rechts*, 52–86. Darmstadt, 1965.
- Menschliche Existenz und Würde im Rechtsstaat. Ergebnisse eines Kolloquiums für und mit Werner Maihofer aus Anlass seines 90. Geburtstags*. Berlin: BWV, 2010.

Sprenger, Gerhard. "Lebensweltige Gerechtigkeit. Der Existentialontologische Ansatz Werner Maihofers." In *Menschliche Existenz und Würde im Rechtsstaat. Ergebnisse eines Kolloquiums für und mit Werner Maihofer aus Anlass seines 90. Geburtstags*, 32–63. Berlin, 2010.

Shim, Zai-Woo. "Die Rechtsphilosophie des Alseins und die Lehre ueber den richtigen Namen bei Konfuzius." In *Menschliche Existenz und Würde im Rechtsstaat. Ergebnisse eines Kolloquiums für und mit Werner Maihofer aus Anlass seines 90. Geburtstags*, 95–101. Berlin, 2010.

### **Олексій Стомба. Природа речей або сутнісність справи? Буття-як Вернера Майхофера**

**Анотація.** Фундаментальною рисою сучасної епохи є розпад великих метанаративів. Одним із подібних великих метанаративів було класичне природне право та права людини. Злочини нацистського та сталінського режимів чітко показали, що природне право та права людини є лишень раціональним припущенням без онтологічної бази. Однак і теоретичний опонент зазначених вчень, правовий позитивізм, як нібито найбільш реалістична та раціональна правова доктрина, втратив власну репутацію внаслідок численних злочинів, вчинених тоталітарними режимами згідно з нормами чинного законодавства. Тому філософи і теоретики права після Другої світової війни спробували відродити ідею природного права і прав людини шляхом їх узгодження з положеннями новітніх філософських доктрин. Такі філософські напрями як феноменологія, екзистенціалізм, герменевтика стали новим методологічним підґрунтям правової філософії. Одною з таких спроб – помислити право новим чином, як екзистенційно-онтологічний феномен – є роботи видатного німецького правознавця Вернера Майхофера. На відміну від класичної правової думки, коли природне право розумілося як суто деонтологічна ідея, Вернер Майхофер намагається мислити право як онтологічний феномен, який вкорінено не в ідеальному вимірі Належного, але у нашому спільному бутті-з-Іншими у світі. Подібним чином права людини з чисто раціональної конструкції перетворюються на екзистенційні можливості людської істоти. Джерелом подібного, екзистенційного права є не офіційна правова норма, видана державною владою, і не певні «природні» закономірності. Лише відповідальна людська істота у межовій ситуації вільного вибору здатна вирішити, чим є природне право як право екзистенційне. Відтак на місце абсолютного законодавця, такого як Бог, Природа чи Держава приходить сама людина, яка є вільною подібно до Бога-батька номіналізму однак на відміну від нього є відповідальною за наслідки свого вибору. У подібному випадку у правовій ситуації людина є приреченою на свободу, коли призначенням людини є здійснити себе і одночасно право. У даному випадку екзистенційні можливості буття-з-Іншими є не трансцендентальними умовами нашого буття-у-світі, але постають як живе природне право – екзистенційне право.

**Ключові слова:** природне право; екзистенційне право; правова ситуація; людина; буття-як.

### **Алексей Стомба. Природа вещей или естество дела? Бытие-как Вернера Майхофера**

**Аннотация.** Фундаментальной чертой современной эпохи является распад великих метанарративов. Одним из таких великих метанарративов было классическое естественное право и права человека. Преступления нацистского и сталинского режимов четко



показали, что естественное право и права человека являются лишь рациональными допущениями, не имеющими онтологической основы. Однако и теоретический оппонент подобных учений, правовой позитивизм, казавшийся наиболее реалистичной и рациональной правовой доктриной, утратил свою репутацию вследствие многочисленных преступлений, совершенных тоталитарными режимами на основе норм действующего законодательства. Поэтому философы и теоретики права после Второй мировой войны пробовали возродить идею естественного права и прав человека путем их согласования с положениями новейших философских доктрин. Такие новые философские направления как феноменология, экзистенциализм, герменевтика стали новой методологической основой для философии права. Одной из подобных попыток помыслить право по-новому, как экзистенциально-онтологический феномен – стали работы выдающегося немецкого правоведа Вернера Майхофера. В отличие от классической правовой мысли, когда естественное право понималось как чисто деонтологическая идея, Вернер Майхофер пытается мыслить право как онтологический феномен, который укоренен не в идеальном измерении Должного, но в нашем совместном бытии-с-Другими в мире. Подобным образом права человека из чисто рациональной конструкции превращаются в экзистенциальные возможности человека. Источником подобного, экзистенциального права является не официальная правовая норма, изданная государственной властью, и не некие «естественные» закономерности. Лишь ответственное человеческое существо в пограничной ситуации свободного выбора способна решить, чем является естественное право как право экзистенциальное. Тем самым на место абсолютного законодателя, такого как Бог, Природа либо Государство приходит сам человек, который свободен как номиналистский Бог-отец, однако в отличие от него является ответственным за последствия своего выбора. В подобном случае в правовой ситуации человек обречен на свободу, когда его предназначением является не только самоосуществление, но и осуществление права. В данном случае экзистенциальные возможности бытия-с-Другими не являются трансцендентальными условиями нашего бытия-в-мире, но выявляются как живое естественное право – экзистенциальное право.

**Ключевые слова:** естественное право; экзистенциальное право; правовая ситуация; человек; бытие-как.

### **Oleksiy Stovba. Nature of Things or Essence of Matters? Being-As by Werner Maihofer**

**Abstract.** The fundamental feature of the contemporary époque is the destruction of the great metanarratives. One of these great metanarratives was the classic natural law and human rights. The crimes of the Nazi's and Stalinist's powers have shown us evident, that the named phenomena were only rational presuppositions without any ontological core. But the opposite trend, the legal positivism as the most realistic and rational doctrine also has loose its reputation due to the outnumbered crimes, which were committed by the totalitarian power in accordance with the current legislation. In its turn, the legal theorists and legal philosophers after the Second World War tried to restore the ideas of natural law and the human rights by the way of its reconciliation with the new philosophical doctrines. The philosophical trends of phenomenology, existentialism and hermeneutics became the new methodological grounds of the legal philosophy. One of the such attempt – to think the law in the new way, as the existential-ontological phenomenon – is the

work of the famous German legal philosopher Werner Maihofer. His works are dedicated to the new reasoning of the natural law. In contrast with the classical legal thought, when the natural law was understood as the pure deontological idea, Werner Maihofer tries to think law as the ontological phenomenon, which is rooted not in the ideal dimension of Ought, but in our Being-with-Others in the common world. In the similar way, human rights from the pure rational construction turn into the existential possibilities of the human being. The origin of the similar – existential – law is not the official legal norm, which is issued by the state power. Also, the existential natural law is not derived from the laws of the Nature. Only responsible Human Being in the border situation of the free choice is able to decide, what the natural law as existential law is. So, on the place of the absolute legislator – God, Nature, State or something else arrives the Human Being as such, which is free as the Nominalist’s God Father. But in contrast to the God Father he is also responsible for the consequences of its choice. In this case, in the similar legal situation the human being is “destined” for the freedom. And the destination of the human being is to realize itself and at the same time to realize law. In the other words, the self-realization of the human being is closely connected with the realization of the law. In this case, the existential possibilities of the common Being-with-Others are not just the transcendental conditions of our Being-in-the world, but present itself as the living natural law – existential law.

**Keywords:** natural law; existential law; law situation; human being; being-as.

Одержано / Received 15.08.2019

### Мир, заснований на правах людини: XXVIII Всесвітній конгрес Міжнародної асоціації філософії права та соціальної філософії

**З** 16 по 21 липня 2017 року на базі юридичного факультету Університету Лісабона (Португалія) відбувся XXVIII Всесвітній конгрес Міжнародної асоціації філософії права та соціальної філософії<sup>2</sup> на тему «Мир, заснований на правах людини» («Peace Based on Human Rights»).

На відкритті Конгресу до його учасників з вітальним словом звернувся Президент Міжнародної асоціації філософії права та соціальної філософії *Мортімер Селлерз* [Mortimer Sellers] (Університет Балтимора, США). Він наголосив, що загальна тема Конгресу поєднує дві цінності: мир і права людини, які є вкрай необхідними та водночас знаходяться під значною загрозою. Також професор Селлерз висловив сподівання, що дискусії серед філософів і юристів із різних куточків світу, правових систем та шкіл філософської думки будуть сприяти посиленню, проясненню (розумінню) та поєднанню цих двох фундаментальних принципів права і справедливості.

Від імені сторони, що приймає, учасників привітав голова організаційного комітету Конгресу професор Університету Лісабона *Хосе де Соуза е Бріто* [Jose de Sousa e Brito]. Він зазначив, що проведення цього Конгресу планувалося у Стамбулі, але з відомих обставин воно стало неможливим. Була висловлена вдячність за відмінну організаційну та змістову підготовку, яку здійснили професори Іоанна Кучурадї [Joanna Kuchuradi] і Гульріз Уйгур [Gulriz Uygur] та інші турецькі колеги. Більшість пленарних лекторів та голів спеціальних семінарів прийняли запрошення та приїхали до Лісабону. Було також залишено тему Конгресу: «Мир, заснований на правах людини». Отже, – підсумував доповідач, – ми прагнемо до миру, але мир не є справжнім, якщо він не ґрунтується на правах людини.

---

<sup>1</sup> Сергій Іванович Максимов, доктор юридичних наук, професор кафедри теорії і філософії права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого.

Sergiy Maksymov, Doctor of Legal Sciences, Professor at the Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudryi National Law University.

e-mail: s\_maximov@ukr.net

<sup>2</sup> Англійською: International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy або німецькою: Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR).

Перший день конгресу 17 липня був присвячений обговоренню найбільш загальних теоретичних питань стосовно прав людини, миру та війни.

У доповіді *Брайана Бікса* [Brian Bix] (Університет Міннесоти, США) «*Права людини, мир і співвідношення моральних та юридичних прав*» тема прав людини і миру розкривається в дусі традиції аналітичної філософії права через аналіз співвідношення моральних та юридичних прав, завдяки чому він виходить на одне з головних питань юриспруденції: як здійснюються юридичні обов'язки і, зокрема, чи існує моральний обов'язок підкорятися праву?

У першій частині своєї доповіді професор Бікс підкреслив, що права людини відображають нашу моральну позицію як людини, виражають наші вимоги до урядів та інших людей. Він звернув увагу на відомий факт, що суспільства, які поважають права людини найшвидше будуть процвітаючими і матимуть мир.

Аналізуючи роль, або статус, прав людини у правових системах, автор відзначив, що, з одного боку, не всі права людини фіксуються у позитивному праві (зокрема, текстах конституцій, міжнародних деклараціях) як основні права, а з другого – така фіксація прав людини не гарантує їм повного визнання на практиці. Тут найважливішим є питання про те, як існують права людини: як певні моральні вимоги до права у вигляді «надпозитивного» права, або як включені у ієрархію правових норм на підставі «внутрішньої» точки зору (за Г. Л. А. Хартом) офіційних осіб.

Визнаючи співвідношення права і моралі центральним питанням юриспруденції, автор аналізує рішення цього питання з позицій основних підходів до розуміння природи права: американських та скандинавських правових реалістів; теоретиків природного права; Ганса Кельзена, Герберта Харта та інших правових позитивістів; Марка Грінберга, Рональда Дворкіна та деяких інших. Усі вони виходять на проблему реальності права та розуміння змісту юридичних положень. І, звичайно, між ними відбуваються активні дебати про те, де, коли і як правові норми та правові системи створюють зобов'язання перед громадянами. Іншими словами, як взагалі діє право, як відтворюється функціонування правового світу через відстоювання адвокатами прав клієнтів, їх представництво у суді та складання проектів нормативно-правових актів.

Отже, фіксуючи зростаючу очевидність зв'язку між правовим та соціальним визнанням прав людини, з одного боку, та миром і процвітанням – з другого, професор Бікс виражає стурбованість тим, що на різних рівнях аналіз прав людини ускладнює наше розуміння зв'язку між правом і мораллю. Виступаючи проти недавніх поглядів, що характеризують право як вимогу моралі або підсистему моралі, він захищає більш усталену точку зору, яка асоціюється із Г. Л. А. Хартом та Джоном Фінісом і відповідно до якої право має розумітися незалежно від моралі – як унікальна (самостійна) форма нормативності.

Продовжуючи тему прав людини у сучасному світі членкиня Академії етичних та політичних наук, почесна професорка Колеж де Франс, Париж, *Мірей*

Делмас-Марти [Mireille Delmas-Marty] у доповіді «Права людини і міжнародне кримінальне правосуддя: на шляху до висхідного миру» запропонувала новий погляд на право в цілому й права людини зокрема у світлі сучасних викликів (міграційна криза, міжнародний тероризм, екологічна катастрофа, технологічні інновації), що він, без фіксації майбутнього та захисту світової держави, спрямовує глобальне врядування у бік «висхідного миру». При цьому нова парадигма «кримінального права ворожості», що затвердилася після 11 вересня 2001 року, розглядається як така, що по-справжньому загрожує безпеці планети, тому що фіксує заперечення універсалізму цінностей і повернення до суверенної держави та протиставляє довірчій гуманістичній антропології Міжнародного кримінального суду войовничу антропологію суспільств страху, а міжнародному правосуддю в його війні проти нелюдяності – світову війну держав проти тероризму. Натомість доводиться, що призначення світового правосуддя полягає не тільки в відтворенні миру у спустошених війною країнах, а й у встановленні миру в масштабі світової спільноти, що вірить у свою спільну долю.

Проект висхідного миру задуманий авторкою як «носіє динаміки, що, не фіксуючи майбутнього, показує, у який спосіб просуватися у потоках суперечливих вітрів, аби спробувати гуманізувати глобалізований світ». Як умови такої гуманізації розглядаються: визнання взаємозалежностей, слідування спільним перетворювальним принципам та запровадження спільно-планетарної відповідальності.

Право завершити наукову програму першого дня було надано переможцю конкурсу молодих дослідників IVR Філіпу Гізбертцу [Philipp Gisbertz] з Гьоттінгенського університету імені Георга Августа (Німеччина). У доповіді «Поняття “війна” і “мир” в контексті транснаціонального тероризму» він констатує, що історично існувало багато різних концептуалізацій війни і миру. Більш наближений погляд дозволяє визначити ці поняття доволі чітко: війна визначається як насильницьке вирішення конфлікту між державами або ж як стан насилля чи тривалої невизначеності. Мир вимагає щонайменше відсутності війни. Якщо ми не розглядаємо його як антонім війни, видається можливим його визначення через відсутність ворожості чи – навіть краще – через порядок ненасильницького вирішення конфлікту. Розмови про «війну з тероризмом» заперечують новочасні обмеження кола можливих суб'єктів війни, а також розмивають розмежування права війни і кримінального права. Більш обґрунтованим виглядає підхід до боротьби з тероризмом у термінах миру, коли насильницькі акти юридично караються в порядку альтернативного вирішення конфлікту. Таке визначення дуже близьке до розрізнення дружби і ворожнечі, але не використовує непослідовної та завжди конфліктно-орієнтованої термінології ворожнечі; швидше з можливістю ненасильницького розв'язання воно передбачає принципову орієнтацію на мир та розум. Це визначення може чітко і систематично встановлювати розрізнення між миром, війною і припиненням вогню: в той час як конфлікти на війні підлягають насильницькому

розв'язанню і ненасильницькому – у стані миру, припинення вогню є станом, у якому конфлікти ставляться на паузу і не розв'язуються взагалі.

У пленарних лекціях другого дня роботи Конгресу 18 липня теми права людини на мир та права людини на опір були розглянуті у контексті перспектив та загроз безпеці людини.

Доповідь професора Університету Лодзі (Польща) *Марека Зірк-Садовскі* [Marek Zirk-Sadowski] «*Право людини на мир і безпека людини*» була присвячена обґрунтуванню взаємопов'язаності миру та права. Не існує миру без поваги до прав людини, а права людини не можуть бути захищені у ситуації відсутності миру. Водночас зазначене право на мир ще не досягло статусу права людини і нормативність його швидше є сумнівною, тому що: ані власники цих прав, ані носії відповідних обов'язків, ані зміст цих прав не можуть бути чітко визначені. Отже, відправна точка має бути оглядом філософських джерел права на мир, що впливають із юридичного аналізу відповідних істотних категорій миру: сталий розвиток, управлінська демократія, верховенство права, вільний ринок, захист довкілля, недискримінація і гендерна рівність, а також позиція міжнародних судів. На думку автора, увага має бути приділена ролі громадянського суспільства в діяльності державних та недержавних агентів. У літературі з правової філософії наразі ставиться і обговорюється особлива проблема: чи може право створити простір для здійснення більш позитивної: мирної, ненасильницької, правомірної поведінки? Кінець-кінцем, дискусія про нормативну форму права на мир веде нас до дискусії про екзистенціальний вимір правового порядку.

У доповіді професора Університету Лондона (Велика Британія) *Костаса Дузінаса* [Costas Douzinas] «*Філософське і юридичне право на опір*» феномен прав людини пов'язувався із питаннями революції. Зокрема було підкреслено, що вільний, автономний суб'єкт модерну (Нового часу) з його індивідуальними правами міг з'явитися лише через революції. Ці модернові права (the rights of modernity), що включають право на супротив пригніченню та пануванню, були створені революцією. Французька «Декларація прав людини» та американські «Декларація незалежності» і «Біль про права» як маніфести епохи модерну, ретроспективно легітимізували великі революції вісімнадцятого століття. Революційні документи позначили закінчення дії установчої влади. Проте перенесення прихованого у тексті проголошення насильства як їх основи продемонстрував, хоча й нетвердо та умовно, подвійне джерело прав, якими є рівність та супротив. Після спаду революційних хвиль та встановлення конституцій непідкорення (повстання) розглядалось як загроза. Право на революцію стало небезпечним, і було здійснено багато спроб обмежити або скасувати його. Філософське заперечення та видалення цього права із правової системи було спробою виключити радикальні зміни шляхом створення партикулярної концепції юридичних прав як гарантованої політики для встановленого порядку. Ця спроба була приречена на невдачу. На завершення було зроблено

висновок, що юридичні, юридико-розумові та моральні аргументи на користь права на супротив призводять до висновку, що «право на значну подію» завжди супроводжувало юридичні права у примарній формі, задаючи напругу позитивному праву і не даючи йому можливості заспокоїтися та забути можливі несприятливі наслідки.

В рамках соціальної програми 19 липня відбулася поїздка до найзахіднішої точки Європи – мису Рока та екскурсія в заміську резиденцію португальських королів палац «Мафра» з відвідуванням концерту 6 органів у королівській базиліці.

На пленарних лекціях третього робочого дня Конгресу 20 липня у наскрізний контекст прав людини і миру були включені питання поняття права та націоналізму.

Доповідь *Ізабель Тружилльо* [Isabel Trujillo] (Університет Палермо, Італія) «*Права людини, мир і поняття права. Історія незавершеної правової революції*» у смисловому плані складалася із двох частин. Перша стосувалася взаємозв'язку між миром та правами людини, друга, відповідно – пояснювала досягнутий попередній результат з точки зору поняття права. У першій частині були досліджені аргументи про набуту важливість прав людини, на підставі чого заперечувалася їх можлива роль як справедливої причини війни; продемонстрований характер зв'язку між правами людини і миром як певна апорія у негативному та позитивному значеннях, що залишає їх стосунки невіршеними; було показано, що зазначена трансформація статусу прав людини повертає своє первинне значення, обґрунтовано, що логіка прав людини принципово суперечить логіці війни, а концепція прав людини як справедливої причини війни є наслідком панування парадигми права, орієнтованої на державу.

У другій частині був проаналізований перехід від домінуючої до нової парадигми права, який був означений як «правова революція». На протигагу модерному правовому мисленню, яке характеризувалося акцентом на державі та уніфікацією правового суб'єкта всупереч фактичній багатоманітності становищ людей у різних правових статусах, формування сучасного правового мислення може сприяти зосередженню на людях та їхніх правах і переосмисленню ролі примусу в праві. Підкреслені три аспекти незавершеної юридичної революції, в якій добробут людей був би першорядним: енергійний перехід до гуманного права; важливість верховенства права для поняття права; трансформація права у плюралістичному плані (права людини потребують перегляду вертикальної рамки права, типової для поняття держави епохи модерну, на користь більш горизонтально орієнтованого підходу). Авторка відстоює дві основні ідеї: війна як спосіб примушення вже не є перехресною перевіркою правових систем, тобто, слід переосмислити значення та роль сили права; право передреє справедливості.

Питання прав людини у доповіді *Девіда Лубана* [David Luban] (Центр права Джорджтаунського університету, США) «*Націоналізм, права людини і перспективи*

миру» розкриваються з нових сторін. Ключовими тут постають аналіз понять суверенітету та націоналізму. Ставлячи запитання про те, чому повага до людської гідності та прав людини є основою миру, він аргументує цю тезу тим, що без такої поваги ніщо не обмежуватиме нашу агресивність та грубу силу, навіть висловлена у міжнародних документах заборона на загрозу або застосування сили. В інтересах збереження миру держави відмовляються від таких проявів суверенітету як привілеї на розв'язування війни та привілеї на порушення прав людини, прав власного народу. Сьогодні ми стикаємось із світом, для якого притаманні «глобалізм», «космополітизм» та «ліберальний інтернаціоналізм» з одного боку, та з другого – спостерігаємо ситуацію, коли набирає обертів націоналізм, і деякі держави здійснюють гротескні порушення прав людини в масовому масштабі без вибачення і з явною безкарністю.

Доповідач звернув увагу на еволюцію поняття державного суверенітету в сучасному світі. По-перше, це вихідне поняття суверенітету, воно знаходить вияв у принципі суверенної рівності, що у свою чергу, ґрунтується на такому праві людини, як право на самовизначення. Ідеологією національних держав до ХІХ століття був націоналізм, що на той час було прогресивним, оскільки державне існування забезпечувало реалізацію права на життя краще, ніж недержавне. Водночас виключна влада держав над своїм народом призвела до виникнення «злочинів проти людства».

Друге – поняття «умовний суверенітет», або «суверенітет як відповідальність», – погляд на легітимність держави через права людини. Переосмислення державного суверенітету в цьому напрямку відбулося в межах ООН як системи відношень між державами. Державу стали розуміти як слугу свого народу, а не навпаки, водночас індивідуальний суверенітет (права і свободи кожної окремої людини) було посилено. Автор наполягає на необхідності виникнення третьої концепції суверенітету, яка виходила б за межі держави вестфальського типу. Необхідність такої концепції обґрунтовується тим, що в сучасному світі зростають загрози миру, пов'язані як із соціальними умовами, що створюють конфліктність (економічні негаразди, екологічні загрози, збільшення емігрантів), так і з новими військовими технологіями, які дозволяють легко починати збройні конфлікти з боку терористичних організацій. Усі ці загрози є загрозами правам людини, а відповідно й миру. Доповідач заперечує будь-яке обґрунтування застосування насильства в сучасному світі, адже якщо й можна визнати насильство справедливим у вигляді боротьби за основні права людини як справедливої причини війни, то подальше застосування насильства навряд чи може стояти на службі справедливості, тому що призводять до нових порушень прав людини.

Отже, модель умовного суверенітету, що підтримується ООН, коли держави беруть на себе відповідальність лише за права своїх громадян, а міжнародне співтовариство – за свою сферу, він вважає неадекватною в умовах транснаціональних



загроз миру, підтримуючи концепцію «суверена як піклувальника людства». Отже, в умовах «демократичного насильства» суверенні довірені особи виконують свої зобов'язання перед людством, співпрацюючи з приватними та публічними акторами, включаючи громадянське суспільство. І хоча така модель не повністю відповідає ідеалу демократичного управління, але за його думкою, переосмислення суверенітету держави як піклування над людством є найкращою надією на мир.

В останній частині доповіді автор розвиває думку, що націоналізм у його теперішньому вигляді є неправильним напрямом для реалістичної політики миру. Хоча історично націоналізм (і як подолання місцевого суперництва в ім'я об'єднання, і як боротьба за незалежність і самовизначення) може оцінюватися як прогресивна ідеологія, особливо враховуючи миротворчі чесноти національної держави, але сьогодні за деякими винятками найбільш активні націоналістичні партії та рухи не є прогресивними. Вони неліберальні, не наполягають на темі прав людини, іноді – антифеміністичні. На рівні філософської аргументації від імені націоналізму апелюють до комунітарних цінностей – громадянська прихильність до власного народу на своїй території. Але сучасні реалії не узгоджуються з цим комунітарним баченням націоналізму. Те, що ми бачимо в сьогоднішніх войовничих формах націоналізму – це швидше не пристрасть до власного, а ненависть до інших. Автор резюмує, що у той час, коли серйозні загрози миру і правам людини потребують інтернаціоналістичної реакції, політика все більше схиляється до націоналізму. Націоналізм здається привабливим саме через загрози та плутанини, які ми бачимо навколо нас. Але націоналізм є симптомом цих хвороб, а не їх лікуванням. Лікування полягає у прийнятті позиції людства та винайденні відповідних політичних і правових інститутів.

Четвертий, заключний робочий день Конгресу 21 липня був присвячений переважно філософським питанням миру та прав людини.

Професор Тюбінгенського університету (Німеччина) *Отфрід Хеффе* [Otfried Hoffe] у доповіді «*До вічного миру. Космополітична теорія Канта*» проаналізував переваги та новачі кантівської космополітичної теорії миру та її значення для сьогоднішнього дня. Для Канта вічний мир (як загальна мета, якій присвячена його теоретична філософія) означає такий, що встановлюється назавжди, не в потойбічному світі, а на цій землі, на підставі права і згідно з його моральним поняттям. Це – беззастережний мир, зобов'язаний категоричній відмові від насилля і війни. Своїм баченням мирного порядку як порядку правового Кант долає як відверто гегемоністські, так і лукаві наміри, і протиставляє їм обов'язкову моральну вимогу миру, або категоричний імператив миру.

У кантівській всеосяжній теорії миру окреслені чотири способи забезпечення миру: а) провідна мета полягає у створенні федерації народів, або світової республіки; б) республіканська або демократична конституція окремих держав сприяє створенню федерації народів (принцип демократичної правової держави);

в) негативний мир, тобто відсутність війни, до якого спонукає негативний досвід, пов'язаний із жахами війни; г) позитивний мир, як добробут людей, до якого спонукає дух торгівлі, що «не може існувати разом із війною» і «рано чи пізно заволодіває кожним народом».

У другій частині доповіді аналізується ідея Канта про скасування всіх таємниць у політиці та створення умов для вільної та публічної дискусії. У трактаті про мир, народ займає місце філософів-правителів Платона: видатні особистості замінюються всіма, хто має вплив і відповідальність за справи держави. Але народу може бути присвоєно почесне звання «королівський народ» (*kingly people*), тобто «народ, що здійснює самоуправління по законах рівності», винятково в тому випадку, якщо він буде підкорятися вимогам правової моралі. Кант виправдовує не будь-яку демократію, а ту, яка прагне до правової моралі – «королівську демократію» (*kingly democracy*), яка повинна керуватися відповідно до «законів рівності», і забезпечувати принцип «ніхто правомірно не може зобов'язати нікого до чого-небудь, не підкоряючись закону, який вимагає, щоб і його могли зобов'язати таким же чином». Отже, кантівська версія принципу правителів-філософів означає відданість принципам політичної справедливості.

У завершальній частині аналізується принципово новий підхід до миру, який демонструє Кант. Його теорія не обмежується певними релігійними поглядами, а носить глобальний, космополітичний характер, що дає можливість розширити принцип «правителя-філософа» не лише до окремого народу, а й до людства в цілому (*kingly humanity*), через встановлення правового порядку за моральними принципами (республіканський устрій) не тільки в межах держав, а й між ними. Його проект має реалістичний характер, він стосується не ідеального світу, а зосереджується лише на правовому аспекті миру, де особисте ставлення не має значення. У всіх трьох остаточних статтях у трактаті про мир, переважає негативна концепція миру, тобто правова безпека. Необхідний для досягнення миру аспект, полягає в самій концепції права як відмові від ідилії звільнення від конфліктів на основі антропологічного факту конфліктності самої людини. Кант не тільки допускає конфлікти, але навіть вітає їх, проте засуджує силу як засіб вирішення конфліктів. Ідея вічного миру набуває статусу «негайного» юридично-морального обов'язку. Крім війн для самозахисту, «війна» абсолютно засуджена «як процедура визначення прав». Отже, на думку Хеффе, девізу «якщо хочеш миру, готуйся до війни» Кант протиставляє принцип: «Якщо хочеш миру, готуйся до політичної справедливості».

У доповіді «Наші обов'язки по відношенню до біженців» Константінос Папагеоргіу [Konstantinos Papageorgiou] (Афінський національний університет імені Каподістрії, Греція) звернув увагу на моральне обґрунтування допомоги біженцям, засновуючись на етиці та вченні про «космополітичне право» Іммануїла Канта. Останнє вимагає ставитись до чужинців на підставі гостинності. Крім права на виживання,

вони мають право відновити свої індивідуальний та колективний виміри життя на основі свободи та рівності в системі соціальних інститутів, які забезпечують конкретну реалізацію їхніх прав.

На питання про те, які ми маємо обов'язки перед біженцями, автор підкреслює, що ми, як громадяни, несемо обов'язки по відношенню до біженців, подібні до тих, що ми маємо один щодо одного. Демократична держава, громадяни якої керуються таким обов'язком перед іншими людьми, що знаходяться в небезпеці, також має з цього користь. Прояв солідарності щодо інших має цінність і, безсумнівно, зміцнюють нашу демократичну спільноту, нагадуючи нам, серед іншого, про виклики для нашого життя в умовах свободи та справедливості. Як і у випадку індивідуального обов'язку Канта допомагати іншим, ми як вільні, демократичні суспільства зобов'язані допомагати громадам у ситуаціях безладу, а особливо їх членам, які перебувають у небезпеці, коли вони намагаються стати на ноги та вижити у своїх прагненнях досягти своїх цілей. У будь-якому випадку, коли в якийсь момент повернеться мир, населення біженців стане найціннішим елементом для створення кращого і вільнішого суспільства, і саме з цієї причини збереження їх моральної та психологічної стійкості є питанням найбільшого значення.

Отже, ми зобов'язані захищати і прихистити біженців не лише як люди людей, а як громадяни, що мають привілеї жити в упорядкованих правом суспільствах, розумно справедливих і рівноправних, де не дискримінують тих, хто безневинно страждає від неможливості жити у такому упорядкованому суспільстві. Те, що їм потрібно, окрім захисту, – ставлення до них як до потенційних громадян, які могли б привносити у майбутнє країни потенційного громадянства і збагачувати наше. Але з іншого боку, виявляючи справедливість по відношенню до тих, хто знаходиться під гнітом та переслідуванням, ми зміцнюємо нашу власну демократичну політичну спільноту, ми стаємо громадянами з більш глибокою демократичною свідомістю. Проте не варто недооцінювати ще один аспект – ми також сприяємо просуванню демократичних і мирних відносин у світі, що нас оточує і визначає наше спільне існування.

Наукова програма Конгресу завершилася дискусією між представниками португальської філософсько-правової спільноти: *Боавентурою де Соуза Сантосом* [Boaventura de Sousa Santos] (Університет Коїмбри) і *Жозе де Соуза е Бріто* (Новий університет Лісабона) за темою: «*Основи прав людини – політичні чи філософські?*». Боавентура де Соуза Сантос акцентував увагу на політичному фундаменті прав людини, наполягаючи на тому, що ми живемо в такий час, коли найжахливіші соціальні несправедливості і несправедливі людські страждання вже не викликають морального збурення і політичної волі, необхідних для політичної боротьби з ними і створення більш справедливого і чесного суспільства. Він заперечує гегемоністську концепцію прав людини, яка прагне експортувати західний тип демократії

у решту світу. Проте він хоче поєднати під прапором прав людини всіх активістів, які беруть участь у соціальній боротьбі за соціально-економічну, історичну, сексуальну, расову, культурну і постколоніальну справедливість і ґрунтують свою активність і свої претензії на християнських, ісламських, іудейських, індуїстських, буддистських і корінних релігійних віруваннях і духовності.

Жозе де Соуза е Бріто, навпаки, зробив акцент на філософському фундаменті прав людини, ставлячи питання: «Чи існує філософська основа для прав людини, що створює прапор, під яким має вестись така боротьба?» Не прагнучи визначити такі права, автор вважає їх спільними для переліку прав міжнародних і державних декларацій прав людини. Філософську основу таких прав він знаходить у Канта і Ролза. Останній спирається на «всеосяжний консенсус», який належить до прав людини як частини конституції – базової структури демократичної держави і не стосується прав людини, встановлених міжнародним правом, яке засноване просто на згоді держав. Його теорія справедливості – це політична концепція, яка застосовна лише до держав. Водночас міжнародне право як право глобального суспільства передбачає існування глобальної справедливості.

У Ролза права людини засновані на публічному розумі, що характерний для демократичного народу: це розум його громадян, тих, хто поділяє статус рівного громадянства. За Ролзом немає єдиного найкращого універсального способу вирішення проблеми прав людини. Водночас громадяни демократичної держави є насправді не авторами, а критерієм публічного розуму. Вони мають виробити публічну основу обґрунтування, яку всі громадяни як розумні й раціональні істоти, можуть схвалити в межах своїх власних всеосяжних доктрин. Саме це умова аргументативної рефлексії, що відрізняє публічне виправдання від простої угоди. Автор вирізняє три аргументи Ролза, що підкреслюють філософський характер його «Теорії справедливості». По-перше, обумовлюються умови співпраці, які ми вважаємо справедливими. По-друге, ця теорія виконує такі завдання політичної філософії, як регулювання, орієнтації та позитивного створення соціального миру. По-третє, доповідач розглядає політичний світ як безперервну систему кооперації. Він робить висновок, що у Ролза є філософські інструменти, необхідні для переосмислення його політичної філософії як справжньої політичної філософії, тобто як частини філософської етики. Таке етичне переосмислення не перешкоджає, а зміцнює консенсус з прав людини.

Крім пленарних лекцій відбулися панелі: «Історія, сенс і нормативність», «Академічна свобода», «Енциклопедія філософії права і соціальної філософії», а також була організована робота 47 спеціальних семінарів і 38 робочих груп, у роботі яких взяли участь і представники України, викладачі Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого – професор Сергій Максимов (у робочій групі «Верховенство права. Права людини в етиці і в праві. Людська гідність») і кандидатка юридичних наук Наталія Сатохіна (у спеціальних семінарах

«Континентальний та англо-американський підходи до герменевтики» і «Поняття права: елементи та природа»).

Було також оголошено, що наступний XXXIX Всесвітній конгрес із філософії права і соціальної філософії на тему: «Гідність, демократія, різноманітність» відбудеться 7–12 липня 2019 року в м. Люцерн, Швейцарія<sup>3</sup>.

© С. Максимов, 2019

### Бібліографія/Bibliography

Peace Based on Human Rights. XXXVIII World Congress on the Philosophy of Law and Social Philosophy. International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy. School of Law of the University of Lisbon, July 16 to 21 2017. Faculdade de Direito Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017.

#### **Сергій Максимов. Мир, заснований на правах людини: XXVIII Всесвітній конгрес Міжнародної асоціації філософії права та соціальної філософії**

**Анотація.** Статтю присвячено огляду XXVIII Всесвітнього конгресу з філософії права і соціальної філософії, який відбувся влітку 2017 р. в м. Лісабон, Португалія. Загальна тема Конгресу «Мир, заснований на правах людини» піднімає фундаментальні питання про кореляцію двох фундаментальних цінностей сучасності – миру і прав людини, які є необхідними, але такими, що знаходяться під загрозою, умовами існування людини і людства: ми прагнемо до миру, але він не є справжнім, якщо не ґрунтується на правах людини.

Автор статті сфокусував увагу на обговоренні на пленарних доповідях учасників Конгресу, які з різних позицій розглянули взаємовідношення між миром і правами людини. Пленарні доповідачі приділили увагу таким контекстам їх співвідношення, як моральні і юридичні права, міжнародне кримінальне правосуддя, поняття війни і миру в контексті транснаціонального тероризму, людської безпеки, права на опір, поняття права та правової революції, націоналізму і державного суверенітету, космополітичної теорії вічного миру, біженців, справедливості та солідарності, політичних і філософських підстав прав людини і низку інших актуальних питань сучасної філософії права.

**Ключові слова:** XXVIII Всесвітній конгрес з філософії права і соціальної філософії; філософія права; права людини; мир; війна; право; справедливість.

#### **Сергей Максимов. Мир, основанный на правах человека: XXVIII Всемирный конгресс Международной ассоциации философии права и социальной философии**

**Аннотация.** Статья посвящена обзору XXVIII Всемирного конгресса по философии права и социальной философии, который состоялся летом 2017 г. в г. Лиссабон, Португалия. Общая тема Конгресса «Мир, основанный на правах человека» поднимает фундаментальные вопросы о корреляции двух фундаментальных ценностей современности – мира и прав человека, которые являются необходимыми, но находящимися под угрозой, условиями существования человека и человечества: мы стремимся к миру, но он не является подлинным, если не основывается на правах человека.

---

<sup>3</sup> Огляд цього Конгресу буде опубліковано в наступному номері журналу.

Автор статьи сфокусировал внимание на обсуждении на пленарных докладах участников Конгресса, которые с разных позиций рассмотрели взаимоотношение между миром и правами человека. Внимание пленарных докладчиков привлекли такие контексты их соотношения, как моральные и юридические права, международное криминальное правосудие, понятия войны и мира в контексте транснационального терроризма, человеческой безопасности, права на сопротивление, понятия права и правовой революции, национализма и государственного суверенитета, космополитической теории вечного мира, беженцев, справедливости и солидарности, политических и философских оснований прав человека и ряд других актуальных вопросов современной философии права.

**Ключевые слова:** XXVIII Всемирный конгресс по философии права и социальной философии; философия права; права человека; мир; война; право; справедливость.

**Sergiy Maksymov. Peace Based on Human Rights: XXVIII World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy**

**Abstract.** The article is an overview of the XXVIII World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy, held in the summer of 2017 in Lisbon, Portugal. The general theme of the Congress – “Peace Based on Human Rights” – raises fundamental questions about the correlation of the two basic modern values – peace and human rights. They are necessary conditions for the existence of human and humanity, but are in danger: we strive for peace, but it is not genuine if it is not based on human rights.

The author of the article focuses on the plenary lectures of the Congress participants, who considered the relationship between peace and human rights from different points of view. Plenary speakers pay attention to such contexts of the problem as moral and legal rights, international criminal justice, the notion of war and peace in the context of transnational terrorism, human security, the right to resist, the concept of law and legal revolution, nationalism and state sovereignty, cosmopolitan theories of perpetual peace, refugees, justice and solidarity, the political and philosophical foundations of human rights, and some other pressing issues of contemporary philosophy of law.

**Keywords:** XXVIII World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy; philosophy of law; human rights; peace; war; law; justice.

Одержано / Received 15.08.2019

## ПРАВО: МІНЛИВИЙ КОНЦЕПТ У МІНЛИВОМУ СВІТІ (Всеукраїнський круглий стіл у Харкові)

У квітні 2019 року Національним юридичним університетом імені Ярослава Мудрого та Національною академією правових наук України за підтримки журналу «Філософія права і загальна теорія права» було започатковано щорічний круглий стіл, присвячений фундаментальним проблемам юриспруденції. Останній було задумано як майданчик для професійного обговорення актуальних питань філософії права та загальної теорії права, що він міг би стати каталізатором розвитку відповідного інтелектуального простору.

Як видається, запит на подібний проект зумовлений передусім сучасним станом правової думки. Так, сьогодні ми можемо спостерігати, як юриспруденція стає дедалі більш практичною, фактично перетворюючись на технологію, знання «як». Відтак, постає питання: чи залишається у сучасній юриспруденції місце для фундаментального знання про право або для науки як такої, не кажучи вже про філософію? Той факт, що ініціатива організаторів Круглого столу знайшла широкий відгук, залишає надію на позитивну відповідь.

Спеціальна тема цього річного заходу, винесена в заголовок огляду, мала на меті привернути увагу до парадигмальних змін у правовій науці у світлі сучасних викликів. Як змінюються наші уявлення про право у мінливому світі? Наскільки сучасним є наш методологічний інструментарій? Чи потребуємо ми нової оптики? Як змінюється, власне, право на тлі радикальних змін у нашому існуванні та мисленні? З огляду на розгул насильства в сучасному світі, екологічну катастрофу та розвиток технологій – чи є у права майбутнє? Водночас чи може право пережити постмодернізм, постметафізику, постгуманізм та інші тенденції, що ними може бути позначена духовна ситуація сучасності? Врешті-решт, яким критерієм ми послуговуємося, позначаючи вельми різноманітний досвід поняттям «право»? Ці та інші питання стали предметом обговорення, у якому взяли участь більше 30 дослідників із Дніпра, Києва, Львова, Одеси, Полтави та Харкова.

<sup>1</sup> Наталія Іванівна Сатохіна, кандидатка юридичних наук, асистентка кафедри теорії і філософії права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого.  
Natalia Satokhina, Candidate of Legal Sciences, Assistant at the Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudryi National Law University.  
e-mail: nataliasatokhina@gmail.com

Спектр проблем, через які було розкрито запропоновану тему, виявився доволі широким: від найзагальніших аспектів питання про природу права, або праворозуміння (доповіді Є. В. Бурлая, С. І. Максимова, О. В. Петришина, П. М. Рабіновича, С. П. Рабіновича та В. С. Смородинського) та окремих напрямів парадигмальних зрушень у філософії права (виступи Д. О. Бочарова, І. В. Бесаги, В. М. Косовича, О. М. Литвинова, Н. І. Сатохіної, О. В. Стовби, С. П. Шевцова та Ю. В. Шеляженка) до актуальних політичних, технологічних і культурних викликів сучасній правовій науці (доповіді В. О. Абашніка, О. Е. Радутного, Ю. С. Разметаєвої, О. О. Уварової) і нового прочитання класичних питань філософії та загальної теорії права (виступи К. О. Буряковської, І. С. Загорюя, В. Капліної, Д. В. Лук'янова, С. П. Погребняка, О. В. Тарасова).

Статті, які учасники заходу підготували на основі виступів та дискусій, що їх супроводжували, опубліковані в першому номері журналу «Філософія права і загальна теорія права» за 2019 рік.

Щирий інтерес наукової спільноти до Круглого столу видається не випадковим. Сподіваємось, що цей проект матиме продовження та сприятиме поверненню фундаментальній юриспруденції (філософії та теорії права) того значення, яке вона повинна мати, аби ми й надалі могли говорити про право як дещо реальне. Організатори заходу запрошують усіх бажаючих долучитися до майбутніх дискусій у стінах Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого і Національної академії правових наук України та на сторінках журналу «Філософія права і загальна теорія права».

© Н. Сатохіна

Одержано / Received 31.07.2019



## ІНФОРМАЦІЯ ДЛЯ АВТОРІВ

Редколегія приймає до розгляду статті, переклади, рецензії, огляди, інформацію про події в царині філософії права та загальної теорії права.

Статті мають а) містити наукову новизну; б) враховувати провідні сучасні публікації з відповідної проблематики й історію її розгляду; в) відповідати науковим пріоритетам журналу.

Рішення щодо можливості прийняття до друку здійснюється за результатами «подвійного сліпого» рецензування.

Передрук опублікованих матеріалів журналу здійснюється тільки з дозволу автора і редакції.

Матеріали надсилаються на електронну пошту [philosophyoflawjournal@gmail.com](mailto:philosophyoflawjournal@gmail.com).

### **Рукопис повинен містити:**

- шифр за Універсальною десятковою класифікацією (УДК);
- основний текст статті;
- бібліографію;
- ім'я та прізвище автора, назву статті, анотацію та ключові слова (5–10 слів) трьома мовами (українська, російська, англійська) (публікація не англійською мовою супроводжується анотацією англійською мовою обсягом не менш як 1800 знаків, включаючи ключові слова; публікація не українською мовою супроводжується анотацією українською мовою обсягом не менш як 1800 знаків, включаючи ключові слова);
- інформацію про автора українською та англійською мовами (прізвище, ім'я, по батькові, науковий ступінь, учене звання, місце основної роботи, посада, поштова адреса, електронна адреса, номер телефону, ORCID iD).

Уся інформація повинна міститися в одному файлі у форматі .doc або .docx. Назва файла має складатися з прізвища автора та перших 3–4 слів назви.

### **Технічні вимоги до тексту:**

Рекомендований обсяг рукопису – від 20 до 40 тис. знаків (за погодженням із редакцією – до 60 тис. знаків).

Стаття подається українською, англійською або російською мовами.

Поля – 2 см; відступ від лівого краю – 1,25 см; шрифт *Times New Roman*, розмір шрифту 14, міжрядковий інтервал – 1,5.

Анотації подаються шрифтом 12; міжрядковий інтервал – 1,0; відступ – 1,0.

## Правила цитування й посилання на джерела:

У тексті статті мають бути дотримані загальні правила цитування й посилання на використані джерела згідно з міжнародним стилем цитування та посилання в наукових роботах Чикаго стиль: виноски та бібліографія (*Chicago style: notes and bibliography*). Зразки оформлення виносок та бібліографічного списку за цим форматом див., напр., тут: [https://www.chicagomanualofstyle.org/tools\\_citationguide/citation-guide-1.html](https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html).

У тексті статті необхідно використовувати підрядкові бібліографічні посилання, які розміщуються як примітка в нижній частині сторінки. Під час нумерування підрядкових бібліографічних посилань потрібно застосовувати наскрізне нумерування в межах усієї статті (арабськими цифрами). Підрядкові бібліографічні посилання повинні бути надруковані з вирівнюванням по ширині; шрифт *Times New Roman*, розмір шрифту – 10, міжрядковий інтервал – 1,0. Підрядкові бібліографічні посилання подаються мовою оригіналу.

Якщо автор статті, наводячи цитату, виділяє у ній деякі слова, робиться спеціальне застереження, напр.: (курсив мій. – С. І.).

Для виділення в тексті цитат використовуються лапки «...». Якщо в цитованому тексті, взятому в лапки, є інші цитування та інші слова або вислови, що мають уживатися в лапках, доцільно використовувати лапки різної форми – зовнішні «...» і внутрішні “...”.

Цитата, яка складається з п'яти і більше рядків тексту, подається в тексті з нового рядка 12 шрифтом через один інтервал з абзацним відступом зліва для всієї цитати і не береться в лапки. Перед блоковою цитатою та після неї йде один рядок відступу.

Бібліографічні посилання на нормативні акти та судові справи подаються згідно з міжнародним стилем цитування та посилання в наукових роботах Оскола стиль (*OSCOLA Style*). Зразки оформлення виносок та бібліографічного списку за цим форматом див., напр., тут: [https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola\\_4th\\_edn\\_hart\\_2012.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf) (с. 13–32).

Бібліографію (список використаних джерел) необхідно розміщувати після тексту статті та складати згідно з *Chicago style: notes and bibliography*. Джерела розміщуються за алфавітом. Назви журналів скорочувати не потрібно. Список використаних джерел має бути надрукований з виступом 0,5 см, шрифт *Times New Roman*, розмір шрифту – 12, міжрядковий інтервал – 1,0.

*Бібліографія подається англійською мовою.* Назви кириличних джерел необхідно перекласти, а в кінці посилання зазначити мову оригіналу, наприклад:

Sartre, Jean-Paul. *Being and Nothingness: An Essay on Phenomenological Ontology*. Kyiv: Osnovy, 2001 (in Ukrainian).

Підписано до друку з оригінал-макета 05.12.2019.  
Формат 70×100 <sup>1</sup>/<sub>16</sub>. Папір офсетний. Гарнітура Times.  
Ум. друк. арк. 24,19. Обл.-вид. арк. 18,62. Вид. № 2316.  
Тираж 100 прим.

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України  
та Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого  
вул. Чернишевська, 80а, Харків, 61002, Україна  
Контактний тел./факс (057) 716-45-53  
Сайт: [www.pravo-izdat.com.ua](http://www.pravo-izdat.com.ua)  
E-mail для авторів: [verstka@pravo-izdat.com.ua](mailto:verstka@pravo-izdat.com.ua)  
E-mail для замовлень: [sales@pravo-izdat.com.ua](mailto:sales@pravo-izdat.com.ua)

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи  
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів  
видавничої продукції — серія ДК № 4219 від 01.12.2011 р.

Виготовлено у друкарні ФОП Дуюнова Т. В.  
Тел. (057) 717-25-44

***ДЛЯ ЗАМЕТОК***

---