

ISSN 2227-7153 (Print)  
ISSN 2707-7039 (Online)

---

# ФІЛОСОФІЯ ПРАВА І ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА

---

PHILOSOPHY OF LAW AND GENERAL THEORY OF LAW

НАУКОВИЙ ЖУРНАЛ  
ACADEMIC JOURNAL

**2/2019**

**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 (Print)**

**ISSN 2707-7039 (Online)**

**DOI: 10.21564/2227-7153**

*Рекомендовано до друку вченою радою  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого  
(протокол № 5 від 20.12.2019 р.)*

**Філософія права і загальна теорія права** : наук.  
журн. / редкол.: С. Максимов та ін. – Харків : Пра-  
во, 2019. – № 2. – 266 с.

**Philosophy of Law and General Theory of Law** :  
Academic Journal / edit. S. Maksymov and others. –  
Kharkiv : Pravo, 2019. – № 2. – 266 p.

**2/2019**

© 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'ярн 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 <i>главный редактор</i>
Виктор Смородинский	кандидат юридических наук, доцент <i>заместитель главного редактора</i>
Наталья Сатохина	кандидат юридических наук <i>ответственный секретарь</i>
Чаба Варга	доктор наук, профессор (Венгрия)
Дмитрий Вовк	кандидат юридических наук, доцент
Марсело Галуппо	профессор (Бразилия)
Константин Горобец	кандидат юридических наук (Нидерланды)
Мехман Дамири	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 Kozhyubra	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
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	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>	
Концепт права: межі мінливості <b>Євген Бурлай (Київ)</b> .....	16
Прощання з правом і філософією: деякі попередні експлікації <b>Олександр Ткаченко (Київ)</b> .....	38
Людська гідність: актуальні дебати в Німеччині <b>Володимир Абашнік (Харків)</b> .....	61
Цілісність міжнародного права: вправи з метафоричного мислення <b>Костянтин Горобець (Гронінген, Нідерланди)</b> .....	80
Вимога послідовності: зміст і роль у правовому регулюванні <b>Катерина Буряковська (Харків)</b> .....	110
Філософія права, правознавство і наука: спільні риси та відмінності <b>Микола Козюбра (Київ)</b> .....	128
<b>МИР, ЗАСНОВАНИЙ НА ПРАВАХ ЛЮДИНИ</b>	
Права людини, мир і взаємозв'язок між моральними та юридичними правами <b>Браян Бікс (Міннесота, США)</b> .....	143
Біженці та наші обов'язки <b>Константінос Папагеоргіу (Афіни, Греція)</b> .....	164
<b>ДИСКУСІЯ</b>	
Ідол, виведений з ідеалу? Верховенство права, універсалізація, деградація <b>Чаба Варга (Будапешт, Угорщина)</b> .....	192

## ВИЗНАЧНІ ПОСТАТІ

Сутнісність справи <b>Вернер Майхофер</b> ( <i>Німеччина</i> ).....	215
--	-----

## РЕЦЕНЗІЇ

У пошуках цінності та мети права. Рецензія на книгу «The Value and Purpose of Law. Essays in Honor of M. N. S. Sellers» <b>Сергій Максимов</b> ( <i>Харків</i> ).....	243
---	-----

Рецензія на монографію Г. Христової «Позитивні зобов'язання держави у сфері прав людини: сучасні виклики» <b>Віталій Серьогін</b> ( <i>Харків</i> ).....	249
--	-----

## НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Гідність. Демократія. Різноманітність (XXIX Всесвітній конгрес з філософії права та соціальної філософії) <b>Наталія Сагохіна</b> ( <i>Харків</i> ).....	254
--	-----

# СОДЕРЖАНИЕ

---

От главного редактора.....	12
<b>ПРАВО В ИЗМЕНЧИВОМ МИРЕ</b>	
Концепт права: пределы изменчивости <b>Евгений Бурлай</b> ( <i>Киев</i> ).....	16
Прощание с правом и философией: некоторые предварительные экспликации <b>Александр Ткаченко</b> ( <i>Киев</i> ).....	38
Человеческое достоинство: актуальные дебаты в Германии <b>Владимир Абашник</b> ( <i>Харьков</i> ).....	61
Целостность международного права: упражнение в метафоричном мышлении <b>Константин Горобец</b> ( <i>Гронинген, Нидерланды</i> ).....	80
Требование последовательности: содержание и роль в правовом регулировании <b>Екатерина Буряковская</b> ( <i>Харьков</i> ).....	110
Философия права, правоведение и наука: общие черты и различия <b>Николай Козюбра</b> ( <i>Киев</i> ).....	128
<b>МИР, ОСНОВАННЫЙ НА ПРАВАХ ЧЕЛОВЕКА</b>	
Права человека, мир и взаимосвязь между моральными и юридическими правами <b>Браян Бикс</b> ( <i>Миннесота, США</i> ).....	143
Беженцы и наши обязанности <b>Константинос Папагеоргиу</b> ( <i>Афины, Греция</i> ).....	164
<b>ДИСКУССИЯ</b>	
Идол, выведенный из идеала? Верховенство права, универсализация, деградация <b>Чаба Варга</b> ( <i>Будапешт, Венгрия</i> ).....	192



## ВЫДАЮЩИЕСЯ ФИГУРЫ

Естество дела

**Вернер Майхофер** (*Германия*)..... 215

## РЕЦЕНЗИИ

В поисках цели и ценности права. Рецензия на книгу

«The Value and Purpose of Law. Essays in Honor of M. N. S. Sellers»

**Сергей Максимов** (*Харьков*)..... 243

Рецензия на монографию А. Христовой «Позитивные обязательства  
государства в сфере прав человека: современные вызовы»

**Виталий Серегин** (*Харьков*)..... 249

## НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

Достоинство. Демократия. Разнообразие (XXIX Всемирный конгресс  
по философии права и социальной философии)

**Наталья Сатохина** (*Харьков*) ..... 254

# CONTENTS

---

Note of the Editor-in-Chief.....	12
<b>LAW IN A CHANGEABLE WORLD</b>	
The Concept of Law: Boundaries of Changing <b>Evgen Burlay</b> ( <i>Kyiv</i> ) .....	16
Farewell to Law and Philosophy: Some Preliminary Explications <b>Alexander Tkachenko</b> ( <i>Kyiv</i> ) .....	38
Human Dignity: Actual Debates in Germany <b>Volodymyr Abashnik</b> ( <i>Kharkiv</i> ) .....	61
The Unity of International Law: An Exercise in Metaphorical Thinking <b>Kostiantyn Gorobets</b> ( <i>Groningen, Netherlands</i> ) .....	80
The Requirement of Consistency: Content and Role in Law Regulation <b>Kateryna Buriakovska</b> ( <i>Kharkiv</i> ) .....	110
Philosophy of Law, Jurisprudence and Science: Common Features and Differences <b>Mykola Koziubra</b> ( <i>Kyiv</i> ) .....	128
<b>PEACE BASED ON HUMAN RIGHTS</b>	
Human Rights, Peace, and the Relationship of Moral and Legal Rights <b>Brian H. Bix</b> ( <i>Minnesota, USA</i> ) .....	143
The Refugees and our Duties <b>Konstantinos Papageorgiou</b> ( <i>Athens, Greece</i> ) .....	164
<b>DISCUSSION</b>	
Idol, Deduced from Ideal? Rule of Law, Universalization, Degradation <b>Csaba Varga</b> ( <i>Budapest, Hungary</i> ) .....	192

## PROMINENT FIGURES

Essence of Matters

**Werner Maihofer** (*Germany*)..... 215

## REVIEWS

In Search of the Value and Purpose of Law. Book Review «The Value and Purpose of Law. Essays in Honor of M. N. S. Sellers»

**Sergiy Maksymov** (*Kharkiv*) .....243

A Review of Monograph by G. Khrystova «Positive Human Rights Obligations of the State: Current Challenges»

**Vitalii Serohin** (*Kharkiv*) .....249

## SCIENTIFIC LIFE

Dignity. Democracy. Diversity (XXIX World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy)

**Natalia Satokhina** (*Kharkiv*) .....254

Сергій Максимов\*

### *Шановні читачі!*

У другому випуску журналу за 2019 р. продовжується обговорення теми різноманітних викликів праву, що несе сучасний складний світ і які спонукають до переосмислення ключових проблем філософії і теорії права (або проблем фундаментальної юриспруденції). Насамперед це стосується публікації статей під рубрикою «Право у мінливому світі», тематично пов'язаних із першим Всеукраїнським круглим столом з фундаментальних проблем юриспруденції «Право: мінливий концепт у мінливому світі» (Харків, 18–19 квітня 2019 р.), а також публікації перекладів пленарних доповідей Всесвітнього конгресу з філософії права і соціальної філософії «Мир, заснований на правах людини», що відбувся у липні 2017 р. у Лісабоні, Португалія, у відповідній рубриці. Огляди обох заходів були опубліковані у минулому випуску журналу.

Починаючи з цього номера, додаються нові теми для обговорення, що були у центрі уваги на останньому Всесвітньому конгресі з філософії права і соціальної філософії «Гідність. Демократія. Різноманітність», який відбувся у липні 2019 р. в місті Люцерн, Швейцарія. Детальний огляд цього форуму представлений у рубриці «Наукове життя». І хоча цим матеріалом завершується випуск журналу, але щодо його важливості справедливим буде відомий вислів: «Last but not least». З цього випуску ми також започатковуємо публікацію в кожному номері деяких матеріалів англійською мовою, розпочинаючи із статей членів редколегії нашого журналу Костянтина Горобця і Чаби Варги.

Номер починається із публікації статті **Євгена Бурлая** «Концепт права: межі мінливості», в якій він відреагував на постановку ключової проблеми круглого столу про мінливість права з точки зору теоретика права і доводить думку про те, що мінливість концепту права – річ доволі відносна, а в певному розумінні й неможлива. Автор, відомий своєю прихильністю до соціологічного підходу до права (у минулих номерах

---

\* 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, Correspondence-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

журналу ним було опубліковано цикл статей, присвячених темі співвідношення конфлікту і права), для методологічного обґрунтування своєї тези поєднує ідею ключового значення конфлікту для пояснення генези та функціонування права із кельзенівським підходом до природи правової нормативності.

Інша версія інтерпретації мінливості концепту права з позицій уже філософа права представлена в статті також київського автора **Олександра Ткаченка**, який проголошує «прощання» сучасної людини як з правом, так і з філософією у їх звичних значеннях. Автор, звертаючись до філософії М. Гайдеггера, стверджує, що право виступає посередником між буттям і людиною, а тому буття привласнює людину за допомогою права. Тип технічної цивілізації, що складається сьогодні, не може мати відповідного йому правового простору. Трагічне коло авторської концепції замикається тим, що несумісність права і техніки знаменує собою поразку й усунення можливості філософії-якософістики, тобто неметафізичного мислення.

Аналітичному викладенню окремих позицій сучасних німецьких авторів щодо поняття людської гідності на початку XXI ст. присвячена стаття харківського історика філософії та правової думки **Володимира Абашніка**. Актуальність статті для українського суспільного контексту зумовлена особливістю ситуації в сучасній Німеччині, що полягає в наявності загальнонаціонального міжпредметного дискурсу людської гідності (з акцентом на філософії права), який живиться серйозним ставленням до першої статті Основного закону ФРН про недоторканність гідності людини.

Стаття **Костянтина Горобця**, аспіранта Університету Гронінгена, Нідерланди, присвячена спробам метафоричного осмислення міжнародного права. Зокрема, критично-аналітично розглядаються і порівнюються візуальні метафори: права взагалі як дерева, в якому кожна «гілка» постає як окрема галузь права і всі галузі з'єднані за рахунок «стовбура»; зоряного неба, в якому норми міжнародного права є розкиданими зірками на тлі політичної «темряви»; міжнародного права як галактики, в якій кожен об'єкт має автономне гравітаційне поле, а чим більш вагомим є такий об'єкт, тим сильніше він впливає на довколишнє середовище.

У статті харківської дослідниці **Катерини Буряковської** «Вимога послідовності: зміст і роль у правовому регулюванні» зроблена спроба з'ясувати зміст та роль послідовності як вимоги, що випливає із принципу правової визначеності. Авторка демонструє імплікації послідовності на рівні нормотворчості, застосування права та тлумачення права, піднімає питання про роль послідовності у межах горизонтальних правовідносин і ставить завдання з'ясувати, яку інструментальну цінність несе ця вимога за умови її дотримання та які наслідки для правової системи у разі її недотримання.

До аналізу проблем природи права в сучасному світі примикає стаття відомого українського теоретика і філософа права **Миколи Козюбри**, у якій простежені складні і неоднозначні відносини філософії права і правознавства з наукою та здійснена спроба розкрити спільні риси і відмінності між ними. У цьому зв'язку піддані критичному аналізу існуючі у філософській і юридичній літературі радикально-протилежні

підходи до інтерпретації цього питання: як ті, що заперечують спорідненість науки і філософії права, зводячи її до ідеології, так і ті, згідно з якими філософія права розглядається як наука, принципово відмінна від правознавства, яке ототожнюється виключно з «юридичною догматикою». На основі проведеного аналізу робиться авторський висновок щодо співвідношення філософії права із наукою.

У другій рубриці «*Мир, заснований на правах людини*» продовжено публікацію перекладів пленарних доповідей XXVIII Всесвітнього конгресу з філософії права і соціальної філософії, що відбувся у Лісабоні, Португалія: Браяна Бікса і Константіноса Папагеоргіу.

Центральним питанням, над яким роздумує професор права і філософії Університету Міннесоти, США, **Браян Бікс** у статті «Права людини, мир і взаємозв'язок між моральними і юридичними правами» (перекладач – Олена Уварова), є питання про те, чи залежить право у своїй нормативній силі від моралі. У пошуку відповіді автор звертається до аналізу підходів, що у своїх роботах запропонували відомі теоретики і філософи права, які представляють різні течії праворозуміння. Серед них: Джеремі Волдрон, Герберт Гарт, Марк Грінберг, Ганс Кельзен, Густав Радбрух, Джозеф Раз, Джон Ролз, Амартія Сен, Джон Фінніс та ін.

У статті професора права Афінського національного університету імені Каподістрії **Константіноса Папагеоргіу** «Біженці та наші обов'язки» (перекладач – Катерина Буряковська) пояснюється бачення підстав моральних та політичних обов'язків, що існують у нас як громадян своїх держав щодо біженців. Автор вважає, що ми зобов'язані захищати і прихищати біженців не лише як люди людей, а й як громадяни, що мають привілеї жити в упорядкованих правом суспільствах.

У рубриці «*Дискусія*» публікується гострополемічна стаття **Чаби Варги**, почесного професора Інституту філософії права Католицького університету Угорщини та Інституту правових досліджень Угорської академії наук, в якій він оцінює сучасний стан концепту верховенства права як трансформацію ідеалу до ідолу. Він наполягає на тому, що універсалізація цього концепту призводить до його деградації, тому що не враховуються культурні та історичні особливості реалізації верховенства права. Тим самим він протиставляє парадигмі «нав'язування» верховенства права парадигму його «виращування».

Рубрика «*Визначні постаті*» представлена перекладом другої значної роботи **Вернера Майхофера** – одного з провідних представників німецького післявоєнного правового екзистенціалізму (перекладач – Олексій Стівба). Полемізуючи з традиційними поглядами на природне право, коли останнє осягалося як виключно ціннісне утворення, Вернер Майхофер прагне зрозуміти право як буттєве явище, яке існує не в деонтологічному світі Належного, але у нашому повсякденному соціальному співіснуванні з іншими людьми. Виключно людина, яка існує як відповідальна та поставлена перед ситуацією вільного вибору, має можливість вирішити, що таке природне право як право екзистенційне.

У рубриці «Рецензії» **Сергій Максимов** дає опис книги «Цінність та мета права», присвяченої 60-річчю від дня народження Мортімера Селлерза, регент-професора університетської системи Меріленда, професора права юридичного факультету та директора Центру міжнародного та порівняльного права Університету Балтімора (США), президента Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (2015–2019), **Віталій Серьогін** аналізує зміст монографії Ганни Христової «Позитивні зобов'язання держави у сфері прав людини: сучасні виклики» як своєчасного і ґрунтовного відгуку на новітні виклики у сфері прав людини, що постали перед світовою спільнотою на початку ХХІ ст.

У наступному номері публікацію статей за темою «Право у мінливому світі» та темою «Мир, заснований на правах людини» (переклади пленарних доповідей Всесвітнього конгресу в Лісабоні) буде продовжено. Водночас першу рубрику буде доповнено статтями, у яких концепт права розкривається через співвідношення із контрарним концептом неправда, а рубрику перекладів буде доповнено доповідями Конгресу в Люцерні. Редакційна колегія часопису запрошує до співпраці вітчизняних і зарубіжних філософів, теоретиків права, дослідників галузевих юридичних дисциплін, юристів-практиків, чий науковий розвідки служитимуть подальшому розвитку та популяризації досліджень теоретичних і прикладних проблем юриспруденції, української науки в цілому.

## КОНЦЕПТ ПРАВА: МЕЖІ МІНЛИВОСТІ

### I. Звідки така тема. Мінливість?

**Т**ема цієї статті обумовлена темою круглого столу «Право: мінливий концепт у мінливому світі», що відбувся у травні 2019 р. у м. Харкові (організатори – Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Національна академія правових наук України). Фактично таке формулювання є твердженням про те, що зміни у соціальному середовищі, в якому діє правовий регулятор, обумовлюють зміни і в розумінні самого права як об'єкта пізнання (адже концепт – це мета і результат пізнавального процесу). Можливо, для подібної постановки питання й існують певні передумови. Ситуація у світі на сьогоднішній день дуже суперечлива, нестандартна, швидкоплинна; практика правового регулювання – часто непевна, нестабільна, відтак – малоефективна, особливо в країнах з неусталеною політичною та правовою системами (Україна, на жаль, є саме такою). З огляду на згадане мимоволі може виникнути думка, чи не змінюється разом з такою неоднозначною соціально-правовою практикою і сам концепт (поняття) права. І якщо змінюється, то як саме. І як, власне, концепт змінився на сьогоднішній день.

Згадані питання самі по собі є складними, багатоаспектними, вони можуть становити предмет ґрунтовних дискусій і обговорень у широкому спектрі питань (що і засвідчує, зокрема, добірка матеріалів, підготовлених за результатами роботи круглого столу).<sup>1</sup> Мета ж даної роботи – дещо звузити й уточнити ареал цих дискусій через доведення того, що мінливість концепту (у даному випадку – концепту права) – річ доволі відносна, а в певному розумінні – неможлива.

### II. Понятійний монізм

Я є прихильником «понятійного монізму» – старого і дуже простого когнітивного принципу, сутність якого можна визначити коротко: окремому явищу – окреме поняття (і відповідно – термін). Що означає: якщо згадане явище в тих чи інших зовніш-

---

\* Євген Володимирович Бурлай, кандидат юридичних наук, Конституційний Суд України. Evhen Burlay, Candidat of Legal Sciences, Constitutional Court of Ukraine. e-mail: eugnbr@gmail.com

<sup>1</sup> Див.: *Фундаментальні проблеми юриспруденції. Право: мінливий концепт у мінливому світі: Тези доповідей Всеукраїнського круглого столу (19–20 квітня 2019 року, м. Харків)*, редкол. Сергій Максимов, Наталія Сагохіна, Катерина Буряковська (Харків, 2019).



ніх проявах спостерігається як факт, то при його описанні та вивченні є підґрунтя для застосування відповідного поняття (конкретного значення, зафіксованого у терміні). І навпаки: застосування поняття зобов'язує шукати відповідні прояви реальності, тобто виокремлювати належний ідентичний об'єкт пізнання (одне й те ж явище, що досліджується). Тобто, якщо поняття вживається, для цього має бути конкретна онтологічна основа, інакше процес застосування поняття (втіленого у відповідній термінології) ризикує стати словесною вправою, що не має особливого пізнавального значення. Якщо такої основи нема, а є щось інше, треба встановлювати і розвивати інше поняття і відповідно – іншу термінологію, далі – відповідну теорію (розгорнуте пояснення поняття). Дотримуватися такого підходу необхідно щонайменше: а) для належної локалізації об'єкта, що пізнається і досліджується; б) для розвитку самого концепту (концепт розвивається за рахунок того, що все більша кількість проявів та характеристик об'єкта відкривається і береться до уваги); в) для коректної трансляції знання. Практичний наслідок такого підходу полягає в тому, що він зобов'язує: 1) завжди бачити за поняттям одне й те ж явище у конкретному наборі об'єктивних проявів, які, власне, і дозволяють звернутися до поняття і застосувати його; 2) уникати використання одного й того ж поняття для позначення різних явищ; 3) уникати подвоєння значення одного й того ж поняття (наприклад, розрізнення «взького», «широкого», «загального», «конкретного» значення поняття, з чим, зокрема, нерідко доводилося зустрічатися в теорії права); 3) уникати невинновданого змішування різних значень навіть тоді, коли таке змішування конвенційно припускається і сприймається. Так, у тій же теорії права для позначення його характерних рис часто вживається вираз «моральне право» у значенні того, що особа має певні підстави для конкретних думок, оцінок, висновків і дій стосовно інших осіб, сформовані на основі наявного в даному соціумі комплексу моральних норм, принципів та цінностей. Зазвичай ми розуміємо, що мається на увазі під «моральним правом» і сприймаємо цей вислів, однак не зважаємо на те, що право і мораль – різні речі і різні поняття, які в змістовному плані не можуть бути сполучені.

Дотримання, наскільки це можливо, принципу «понятійного монізму» і, як наслідок, обережне, виважене застосування наявних у логічному арсеналі правової науки понять (лише за наявності необхідних підстав для цього) дає в результаті більш чітке і визначене розуміння об'єкта пізнання і вирішення основного завдання будь-якої науки – отримання більш-менш точного знання про світ, у якому ми живемо.

### III. Незмінність концепту

Звідси зрозуміло, що мінливість поняття (концепту) є вельми умовною, а у певному розумінні – неможливою. Адже за поняттям (і відповідно терміном) завжди стоїть якесь стабільне значення. Стабільне настільки, що можна говорити про певну смислову константу, незмінність. Якщо, наприклад, поняття «право» застосовується для характеристики певного типу соціального регулювання, воно у кожному випадку повинно

позначати одне й те ж сутнісно єдине явище – притому що зовнішньо це явище може виглядати по-різному. Дійсно, антропологічна та історична науки показують, що форми прояву права у різні часи й у різних народів є різними, хоча за функціональною спрямованістю вони цілком подібні. З цього потрібно виходити, говорячи і про «мінливе» правове регулювання в мінливому світі. Так, у технологічному, організаційному, культурному та інших планах воно може бути мінливим. Однак у всіх випадках «мінливості» йдеться про одне й те ж (правове регулювання), про прояви однієї й тієї ж сутності (прояви права), тому в «мінливому» так чи інакше потрібно вбачати незмінне.

#### IV. Що є незмінним?

1. Незмінною в даному випадку (втім, як і в інших випадках використання конкретних понять) є насамперед відповідна онтологічна основа, тобто унікальне (не подібне ні до чого іншого) явище соціального життя з конкретним набором ознак і проявів, що, як уже було зазначено, і дає підстави для формування і застосування як у пізнавальному, так і в практичному процесах самостійного поняття як логічної одиниці.

Переміщуючись зі сфери когнітивної логіки до сфери соціально-історичних фактів, що презентують право як об'єкт пізнання (історія, соціологія), дозволю собі декілька слів про те, як я розумію онтологічну основу поняття права. Я вважаю нею насамперед специфічні відносини, що супроводжують сферу соціального обміну і виникають у зв'язку з «провалами» (випадками порушень, викривлень, збоїв) у ньому. «Соціальний обмін»<sup>2</sup> – гранично широка категорія, вона охоплює практично всі відносини, що є в суспільстві, адже людське спілкування майже завжди здійснюється в силу наявної у людей необхідності обмінятися певним благом, необхідним життєвим ресурсом (матеріальним чи духовним), здатним задовольнити їх актуальні потреби. Згаданий обмін здійснюється через доцільну людську поведінку, він має відповідати взаємним сподіванням його учасників і завершуватися розумінням або принаймні відчуттям того, що кожен у результаті спілкування отримав щось цінне для себе. Свідоме чи навіть неусвідомлене прагнення учасників спілкування до отримання бажаних цінностей (благ) породжує відчуття того, що, по-перше, згадане спілкування має бути достатньо предметним, ре-

<sup>2</sup> Ідея соціального обміну, тобто процесу людської взаємодії, в рамках якої кожен з її учасників отримує для себе щось корисне, цінне, віддавна використовується для пояснення закономірностей функціонування соціумів різного типу. Однак на рівні завершеної концепції теорія соціального обміну сформувалася в ХХ ст. На даний момент часу теорія соціального обміну – потужний напрям досліджень у рамках сучасної соціології. У більш-менш сформованому вигляді ця теорія презентована насамперед американськими соціологами Джорджем Хомансом (George C. Homans) та Петером Блау (Peter Michael Blau); вони вважаються такими, що започаткували теорію соціального обміну як окрему галузь у рамках соціологічної науки. Докладніше про становлення, деякі концептуальні положення згагані теорії та її значення див., зокрема: Richard M. Emerson, "Social Exchange Theory," *Annual Review of Sociology* vol. 2 (August 1976): 335–62; Russell Cropanzano & Marie S. Mitchell, "Social Exchange Theory: An Interdisciplinary Review," *Journal of Management* vol. 31 no. 6 (December 2005): 874–900.

зультативним, по-друге, того, що ця результативність має бути обоюдною, що *кожен* у кінцевому підсумку отримає те, що хотів би, і не залишиться невдоволеним. На цьому ґрунті, а ще більш – на ґрунті випадків, коли спілкування виявляється все ж безрезультатним або має негативний результат (хтось не тільки не отримує того, на що сподівається, а й безпідставно позбавляється того, що має), з'являються й уявлення про зваженість, зіставність цінностей, які отримують, взаємодіючи між собою, учасники спілкування, а зрештою – про співмірність таких цінностей. Через описаний механізм соціальні суб'єкти отримують у кінцевому підсумку те, що потрібно їм для нормального існування і ефективного (продуктивного) функціонування в тому середовищі, до якого вони включені; відповідно йдеться про глибинну основу суспільного спокою і стабільності. Якщо ж у цьому механізмі мають місце збої, зриви, «провали», якщо хтось не отримує того, на що сподівався або щось зненацька втрачає, це може означати кризу в їх стосунках, а крім того, провокувати небезпеки від того, що хтось не отримав життєво необхідного ресурсу. Слід зазначити, що «провали» в соціальному обміні – річ повсякденна, адже люди – не автомати і в силу їх людської природи часто діють нерационально (під впливом почуттів) або вибірково раціонально (нехтуючи інтересами інших і всіляко обертаючи ситуацію на свою користь). Водночас у певному обсязі загальна маса реальних або потенціальних резонансних «провалів» все ж може бути проконтрольована в соціальному плані і належним чином скоригована. Більше того, такий контроль є об'єктивно необхідним: якщо ситуації «провалів» розповсюджуються у часі і просторі, набувають регулярного, системного характеру, це примножує рівень конфліктності в суспільстві і може загрожувати його нормальному існуванню в цілому або в його суттєвому фрагменті; кризові процеси, що при цьому виникають, можуть розвиватися до стану катастроф (руйнацій) на різних рівнях суспільної ієрархії.

За таких умов як самозахисна реакція суспільства виникають і реалізуються специфічні відносини, спрямовані на подолання викривлень, на збереження засад, на яких мають здійснюватися зважене спілкування і раціональний обмін, здатний достатньою мірою надати кожному те, чого він прагне. Ці відносини можна назвати *«відносинами справедливості»*. Їх зміст – досягнення стану, коли той, хто потерпів у результаті «провалу» і не отримав того, на що сподівався, все ж зрештою отримує його або його прийнятне заміщення; з іншого боку, хтось позбавляється блага, яке він здобув або яким користується безпідставно. Елементарні приклади: людина купила товар, що виявився неякісним (провал), однак через доступні механізми мирно змогла замінити його на прийнятний; людина таємно присвоїла чужу річ (провал), однак була викрита, в результаті чого річ повернулася до справжнього власника, а таємний присвоювач (крадій) був покараний; студент не виявив належного старання в процесі навчання у закладі вищої освіти (провал) і був відрахований за неуспішність; сумлінний державний службовець через механізм клопотань та оскаржень домогся переведення його на вищу посаду в ситуації, коли на цю посаду претендувала менш заслужена особа (провал). Таких прикладів можна наводити безліч, ситуації «провалів» у нормальному процесі

соціального обміну виникають на різних рівнях соціальних ієрархій (між людськими індивідами, групами, спільнотами тощо), а описане виправлення демонструє те, що може бути названо механізмом «поновлювальної справедливості». Прогрес людського суспільства, однак, полягає у розвитку механізмів не стільки поновлювальної (хоча вона є дуже важливою), скільки «запобіжної справедливості», тобто налагодження такого режиму відносин між соціальними суб'єктами, який виключає або принаймні мінімізує ймовірність «провалів».

Згадані відносини справедливості і є соціально-онтологічною основою права. Його *практична* (соціальна) спрямованість – *попередити викривлення в системі соціального обміну та подолати результати викривлень, які відбулися*. *Логічна* спрямованість права (ідея, сенс, зміст відповідного концепту) – постійна і неухильна *боротьба за справедливість*, тобто за такий стан, коли кожен отримує те, що мав би отримати в рамках соціального обміну (соціального спілкування), або, як визначали стародавні римляни,<sup>3</sup> «кожен отримує своє» (*suum cuique*).<sup>4</sup>

Найбільш органічним сегментом соціального обміну, небезпека «провалів» у якому є особливо виразною, є, безумовно, *відносини власності*, відносини щодо отримання та управління майном, матеріальним ресурсом. Це зрозуміло, оскільки матеріальний ресурс зумовлює спосіб фізичного існування соціальних суб'єктів взагалі, нерідко – саму можливість такого існування. Тому конфлікти з приводу отримання, руху і контролю матеріального ресурсу найбільш тяжкі на всіх рівнях соціальної суб'єктності – від

<sup>3</sup> Тут і далі за текстом, переважно у зносках, зроблено спроби проілюструвати наведені у статті концептуальні положення прикладами історичної практики. Згадані спроби є дещо хаотичними, можливо, недостатніми для того, щоб підтвердити певні закономірності виникнення і функціонування права в історії людства. Це – вимушений авторський «гріх»: прагнення при висловлюванні теоретичних положень бути гранично доказовим і спиратися на прояви надзвичайно багатой історичної правової практики різних часів і різних народів могло б легко перетворити статтю на невелику монографію. Водночас мені видається, що будь-який фахівець, обізнаний необхідною мірою у сфері історії права і держави, може без особливих труднощів навести чимало не згаданих тут прикладів на підтвердження того, про що стверджується у цій роботі.

<sup>4</sup> У стародавній латині зазначене смислове наповнення основних правових понять виявилось чітко зафіксованим на вербальному рівні. Так, латинське «*ius*» є основним поняттям для позначення явища права; спільнокореневе з ним слово «*justitia*» позначає одночасно «справедливість» і «правосуддя» (що є цілком логічним, якщо виходити з розуміння тими ж римлянами правосуддя як «твердої та неухильної волі надавати кожному його право» (у визначенні Доміція Ульпіана дослівно – «своє») (*Justitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi* – Ulpianus). (Щодо позиції Доміція Ульпіана у цьому питанні див. докладніше: Lucilius A. Emery, *Concerning Justice* (New Haven: Yale University Press, 1914), 26 and next, <http://www.gutenberg.org/files/31504/31504-h/31504-h.htm>). Таке ж ім'я має й богиня правосуддя і захисниця справедливості у Римському пантеоні богів *Justitia Augusta* (еквівалент давньогрецької Феміди). Щоправда, у римлян питаннями справедливості опікувалась ще одна богиня – *Aequitas*, що не дивно: згадані тут поняття (та фігури, що їх уособлюють) є логічно взаємопов'язаними, адже саме право римляни надзвичайно влучно визначали як «мистецтво добра і справедливості» (*ius est ars boni et aequi* – Ulpianus).

окремих людських індивідів до народів і держав. Однак, як раніше згадувалося і як впливає з наведених вище прикладів, сфера соціального обміну не вичерпується відносинами власності, відповідно ними не вичерпується і сфера, де має бути забезпечена справедливість.

2. Крім соціально-онтологічної основи права, якою, як щойно зазначено, виступають реальні людські стосунки щодо підтримки справедливості в їх спілкуванні між собою з приводу задоволення актуальних інтересів і потреб, незмінними в концепті права є й цілком специфічні методи, прийоми, засоби впливу на людську поведінку, які притаманні саме цьому типу соціального регулювання і через які боротьба за справедливість постає як більш-менш предметна і результативна (стовідсотково успішний результат у цій боротьбі є неможливим, про що побічно буде згадано нижче). Ці прийоми і засоби в тому чи іншому вигляді утворюють значною мірою те, що можна вважати *differentia specifica* (специфічна особливість; ознака, що відрізняє від іншого) права, і мають у тому чи іншому вигляді спостерігатись протягом усєї його історії.

## V. *Differentia specifica* права

Захистом справедливості в соціальному середовищі опікується не тільки право. Зрештою, на цей же захист спрямована й людська мораль (певною мірою – й інші соціальні регулятори, які тут не згадуються). Проте мораль – інше явище і інший концепт. Наразі є дещо невчасним спеціально згадувати про природу моралі як специфічного регулятора, однак про це буде побічно згадано в контексті визначення моментів, які притаманні виключно праву і які тим самим змістовно відмежовують концепт права від усього іншого. Ідеться, зокрема, про:

а) наявність *абсолютно визначених актів волевиявлення (вольових рішень, установлень)*, які імперативно визначають дії учасників стосунків соціального обміну в ситуаціях «провалу» або загрози «провалу». Практично є три категорії таких актів, що виникають історично послідовно і є сутнісно невіддільними одна від одної: 1) *між-суб'єктна угода* (у розвинутій формі – договір), тобто зобов'язання до певних дій, які учасники обміну через обопільне волевиявлення накладають на себе самі для уникнення «провалу», для гарантії отримання того, чого вони прагнуть. Варто зазначити, що імператив, закладений в угоді, має значення не тільки для тих, хто її уклав, а й для інших суб'єктів, оскільки нею конститууються права, які для їх реалізації потребують загального визнання. Так, право власності на конкретне майно, набуте особою в результаті укладання договору, має зобов'язуюче значення для всіх інших осіб як суб'єктів права (щонайменше для тих, хто має або міг би мати якийсь стосунок або наміри щодо згаданого майна); 2) *рішення арбітра (судді)*, тобто акт волевиявлення суб'єкта, покликаного розглянути конфлікт між суб'єктами обміну, що виявився «провальним». Фігура арбітра (судді) виникає об'єктивно, оскільки учасники реального або потенціального «провального» обміну часто не здатні самостійно розв'язати свій конфлікт у мирний спосіб і їх протистояння може мати фатальне значення, і не тільки для них самих; тому

вони змушені звертатися до авторитетної безсторонньої особи, здатної визначити, хто і якою мірою в ситуації «провалу» є правим і неправим, і вказати, як «вирівняти» (виправити) її; зрозуміло, що акт судочинства в ситуації спору або вирішення питання про відповідальність повинен мати відповідну зобов'язуючу силу, інакше суддівська діяльність втрачає сенс у принципі; 3) зрештою, *акт встановлення одного обов'язкового для невизначеного кола суб'єктів правила поведінки в ситуаціях, за яких у їх спілкуванні і у нормальному обміні виникає або може виникнути «провал»*; іншими словами, встановлення норми конструктивної поведінки через акт волевиявлення суб'єкта, за яким визнається повноваження щодо такого встановлення; *узагальнено назвемо такі акти «актами законодавства»*. Акти законодавства, закони покликані чітко описати типові моделі поведінки, необхідної для ствердження відносин справедливості, і покладаються в основу вже згаданого механізму «запобіжної справедливості»; їх призначення – вказати учасникам соціального обміну шляхи їх дій, які попередять «провал» та пов'язаний з ним конфлікт, і змусити їх до відповідної поведінки.<sup>5</sup>

Підкреслимо: характерною рисою всіх згаданих актів є тенденція до їх *абсолютної (гранично чіткої) визначеності* – в плані, зокрема, позначення ситуацій, щодо яких акт прийнято; дій, які потрібно вчинити або від яких необхідно утриматися; суб'єктів, яким приписується діяти у відповідний спосіб. Суттєвим аспектом прагнення до абсолютної визначеності в цьому плані є також відшукання шляхів та способів *гранично досконалої формалізації* (зовнішньої фіксації) цих актів; історично найбільш ефективним із таких способів є їх *письмова* (документальна) фіксація з відповідним символічним оформленням (підпис, печатка, бланк тощо). Наявність такого роду актів не характерна для сфери моралі; моральні заповіді не еквівалентні закону як правовому регулятору, моральна сентенція щодо негідного вчинку не еквівалентна судовому рішенням або вироку; жоден із цих правових актів не апелює до людської совісті – могутнього морального чинника; зрештою, мораль є дуже слабо формалізованим регулятором;

б) *абсолютну обов'язковість цих актів*. Тільки через обов'язковість акта для всіх і для кожного та їх беззаперечність можна реально розраховувати на уникнення «провалів» (конфліктів) у соціально небезпечних (масових) обсягах. За змістом ці акти не є про-

<sup>5</sup> Якщо проаналізувати акти законодавства стародавніх часів (що, як вважається, відтворюють здебільшого відповідні звичаї або початкову судову практику, яким акт законотворення надає юридичного значення), вони в абсолютній більшості містять норми, спрямовані саме на відновлення балансу інтересів у «провальних» обмінних відносинах, а також на попередження «провалів» через встановлення відсутніх санкцій за порушення цього балансу. Уже пізніше, з формуванням в історії функції професіонального законотворення, а також органів, що забезпечують її виконання (такими органами майже в усі часи є провідні політичні структури, оскільки закон має походити від влади і спиратися на владу), в актах законодавства починають відтворюватися поточні (кон'юнктурні) політичні інтереси. Тим самим акти законодавства набувають подвійного значення (як політичні акти і як акти права), причому їх політична спрямованість нерідко перекреслює їх значення як актів права. Феномен замовленого, тенденційного, несправедливого законодавства є предметом філософської критики ще з античних часів.

ханням, побажанням, умовлянням; вони є *імперативами* (владними вказівками, приписами) і не залишають вибору в плані того, дотримуватися їх чи ні; дотримуватися цих приписів мають усі і кожного разу, коли виникає передбачена приписом ситуація. Моральні норми не передбачають такої жорсткості; будь-яка мораль презюмує свободу волі суб'єкта та його здатність робити моральний вибір. Крім того, абсолютна обов'язковість передбачає й адекватну (зіставну) реакцію на факт недотримання актів права; відомо, що заходи правової відповідальності також часто перебувають (в історії більшості народів зазвичай перебували) на грані абсолютного (смертна кара, членушкодження, таврування, довічне ув'язнення, довічне позбавлення статусу, довічне вигнання тощо). Ці та навіть більш м'які заходи правової відповідальності (майнові, адміністративні, дисциплінарні санкції тощо) відстоять дуже далеко від усіх форм морального осуду;

в) *абсолютну владу, яка повинна забезпечити щойно згадану обов'язковість*. Принцип обов'язковості і влада – речі нерозривні. Обов'язковість, тим більше абсолютна, – вимога, що не тільки рятує учасників спілкування (чого вони часто самі не усвідомлюють), а й у певних аспектах обтяжує тих, хто хотів би швидко й ефективно діяти на власну користь, не дуже переймаючись інтересами інших чи зважаючи на встановлені обмеження та заборони; спокуса ухилитись від обов'язкових вимог присутня завжди. Однак принцип обов'язковості повністю втрачає практичне значення, якщо ним можна знехтувати (не дотриматись вимог без жодних наслідків). Те, що робить обов'язковість живою й дієвою, є реальною загрозою неминучої кари за відступ від неї, тобто кари, завданої примусово, із застосуванням насильства до порушника. Насильство – це сила, а сила – це влада. Відповідно *абсолютна обов'язковість актів* (не тільки законодавчих) зумовлює наявність абсолютної влади, сила якої розповсюджується на всіх без винятку, хто перебуває під її контролем, і включається щоразу, коли вимоги встановленого акта (припису) порушено. Тут необхідно зазначити про різницю влади абсолютної (вона необхідна для функціонування права) і влади абсолютистської (що має в основі неконтрольоване насильство, інспіроване довільним інтересом суб'єкта влади, а тому завідомо несправедливою і далекою від права).

*Уособленням абсолютної влади є держава – специфічний суб'єкт, повноважний здійснювати владу, тобто примусово визначати і контролювати поведінку людей у рамках конкретного простору; втіленням державності є також інститут громадянства (підданства), який засвідчує підпорядкованість людини згаданому суб'єкту влади та перебування під його захистом чи переслідуванням за порушення законів (юрисдикцією). За фактом, щоправда, можуть існувати й quasi-державні структури, які виконують її функції там, де їх не здатна виконати сама держава (внаслідок нерозвинутості, слабкості її інститутів тощо).*

Наявність системи абсолютної влади, покликаної забезпечити абсолютну обов'язковість актів справедливості, тобто наявність держави – головне, що відрізняє право від моралі та інших соціальних регуляторів.

Таким чином, спостерігаючи в наявності 1) практику укладання соціальними суб'єктами різнопланових угод (у завершеній формі – договорів) та їх реалізації; 2) інституту, що творять акти судочинства в результаті розгляду спорів, спровокованих «провалами» нормального обміну, або питань відповідальності за дії, що спричинили «провал»; 3) інституту, що творять акти законодавства та контролюють їх додержання (у сукупності всі згадані інститути утворюють державу), а також констатуючи, що згадані практики та інститути забезпечують прийнятний у даному суспільстві рівень підтримки справедливості у відносинах соціального обміну, ми маємо підстави для констатації того, що в даному соціальному середовищі існують і функціонують сформоване право і відповідно підстави для використання цього поняття. При цьому обов'язково беремо до уваги, що всі згадані складові правового способу регулювання мають прояви, відповідні історичному моменту, в рамках якого вони спостерігаються.<sup>6</sup>

## VI. Декілька слів про абсолютність

З огляду на згадане може постати питання: чому в контексті викладеного наполегливо акцентується увага на *моменті абсолютності*, чому він виводиться як визначальна специфічна риса права? Які логічні підстави для цього? І взагалі – що цей момент означає, як розуміти абсолютність у контексті згаданого?<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Цілком очевидно, прояви права, яке є в часі функціонально незмінним або майже незмінним, дуже суттєво відрізняються залежно від історичного моменту, від конкретних соціальних передумов, від ступеня розвитку цього регулятора. У зв'язку з цим вважаємо за можливе відіслати читача до відносно старої роботи, спеціально присвяченої згаданій проблематиці (Євген Бурлай, «Деякі аспекти правогенезу (Витоки міжнародного права. Чинник війни)», *Український часопис міжнародного права* 6 (2006): 9–54).

<sup>7</sup> У філософському значенні «абсолютність», «абсолют», «абсолютне» (від лат. *absolutus* – безумовний, безмежний, досконалий) є умоглядними категоріями. Абсолютність практично неможливо зафіксувати емпірично, хоча певні фактологічні передумови для цього є (приміром, якщо в приміщенні нікого і нічого немає, про нього кажуть як про «абсолютно» пусте; якщо людина немає уявлення про якусь іноземну мову, вона стверджує про її «абсолютне» незнання). Але в принципі абсолютне – це продукт уяви, логічного моделювання, ідеальна конструкція; у цьому плані абсолютне може існувати і доводитися лише як логічне твердження. Забігаючи трохи наперед, зазначимо, що щойно згадане має суттєве значення для пояснення особливостей права. З одного боку, можна констатувати, що для застосування до нього абсолютних характеристик існують певні фактологічні підстави (про які у цій статті трохи згадується). З іншого боку, використання такої відстороненої від предметної реальності категорії відстороняє від предметної реальності і саме право. Це має наслідком те, що воно сприймається не емпірично, а суто логічно, є сферою певних значень, які не можна відчутти, але можна мислити. Послідовний кантіанець Г. Кельзен вважав правом сферу нормативних значень або просто норм, тобто правил відносно того, як особа повинна діяти за певних обставин (зміст норми – повиннісна поведінка); відповідно правознавство він вважав специфічною наукою, що не встановлює причинно-наслідкові зв'язки (з чим мають справу емпіричні науки), а вивчає логіку згаданих нормативних значень, їх динаміку (див. про це докладніше: Ганс Кельзен, *Чисте Правознавство: З дод. Проблема справедливості* (Київ: Юніверс, 2004), Розділ третій. Право і наука; Hans Kelsen, *The Theory of Law and State*, with a new introduction by A. Javier Trevino, 3d edition (Transaction Publishers, 2009), Ch. XII. Normative and Sociological Jurisprudence, <https://>



Говорячи про абсолютність у позначених вище проявах, ми, можливо, торкаємось найтаємнішого, найзагадковішого аспекту концепту права. За своєю суттю абсолютне – це те, що не має обмежень, є гранично вичерпним, всеосяжним, завершеним; і дійсно, без такого підходу, без ідеї, без принципу всеохоплення, всепоглинання, всепідкорення, всевизначеності право як специфічний соціальний регулятор унеможливується. Об'єктивна потреба та суб'єктивна інтенція беззаперечно визначати через обов'язкові акти поведінку всіх і кожного під загрозою відкритого та невідворотного примушування до такої поведінки у випадках ігнорування чи опору їх вимогам з метою ствердження відносин справедливості лежить у його основі. Вагомим метафізичним аргументом на користь такого висновку може слугувати вже згадана вище давньоримська формула «*Suum cuique*» («Кожному своє»).<sup>8</sup> Згідно з нею очікуване благо за наявності належних підстав або заслужене обмеження в рамках соціального обміну має отримати *кожен*, хто опинився в «провальній» ситуації чи спричинив її; відповідно система взаємодії членів суспільства та дії його інститутів мають бути побудовані таким чином, щоб *ніхто* не виявився ошуканим чи обійденим цінностями, що циркулюють у ньому; щоб *ніхто* не зміг уникнути утисків за порушення заборон чи необхідних вимог; щоб *кожен* зміг уникнути провалу у виправданих очікуваннях або подолати наслідки його настання. Тим самим формула «*Suum cuique*» максимізує адресність принципу справедливості, формує його як такий, що стосується всіх без винятку. «Ніхто» чи «кожен» – терміни граничного, абсолютного значення.

Але крім ідеї, згідно з якою справедливість має бути дотримана стосовно усіх і кожного, існують і суто практичні передумови ствердження моменту абсолютності як невід'ємної ознаки права. Очевидно, наприклад, що рішення суду, яким за особою ви-

[books.google.co.in/books?id=YWhMInvF\\_I0C&printsec=frontcover&source=gbs\\_book\\_other\\_versions\\_r&cad=4#v=onepage&q&f=false](https://books.google.co.in/books?id=YWhMInvF_I0C&printsec=frontcover&source=gbs_book_other_versions_r&cad=4#v=onepage&q&f=false)). Цікаво зазначити, що такий методологічний підхід так чи інакше відтворюється і в сучасних філософсько-правових дослідженнях, у тому числі при спробах дивитися на право більш широко, ніж тільки як на нормативну систему. Так, наприклад, за висновком С. І. Максимова, українського дослідника, який уже тривалий час досліджує феномен правової реальності, «...“першореальність” права слугує смыслом права, що полягає у певній повинності (належному). Таким чином, право являє собою деонтологічну реальність, тобто ідеально сконструйоване буття, суть якого полягає в повинності (належному)», і хоча воно не замикається на самому собі, знаходить вираження в емпіричному світі, але все ж не зводиться до соціальних фактів» (Сергій Максимов, «Що є право? Ключові моменти концепції правової реальності», *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2016): 344).

<sup>8</sup> Я не вважаю згадану формулу локальною культурною цінністю давньоримського соціуму і визнаю за нею більш-менш універсальне значення, оскільки вона сформульована як філософське положення, як надзвичайно складна і потужна абстракція, що визначає логічний зміст поняття «справедливість»; до того ж ідея належного розподілу благ, що циркулюють у соціумі, та адекватної, співмірної оцінки людських вчинків характерна для багатьох концепцій справедливості. Як на приклад пошлемося лише на одну, зіставну в часі з давньоримською, що представляє, однак, зовсім іншу культуру. Розмірковуючи про справедливість у сфері державних справ, легендарний китайський філософ Кун Фу-цзи (Конфуцій) зазначав: «Не опікуйтесь малою часткою, опікуйтесь рівномірністю розподілу; не опікуйтесь бідністю народу, опікуйтесь нестабільністю життя» (цит. за: Сюй Ли, «Концепції справедливості в філософських школах древнього Китаю», *Преподаватель XXI век* 1 (2013): 234).

знається конкретне право (володіння річчю, отримання спадку, отримання конкретного блага в силу укладеного договору, компенсації шкоди, завданої неправомірною дією, тощо), зобов'язує не тільки сторони справи. Воно зобов'язує *всіх*; *ніхто* не може завадити здійсненню права, якщо його підтвердив інститут влади, спеціально створений для цього. Кількість осіб, що причетні або можуть стати причетними до процесу здійснення зазначеного права, ніколи точно не відома, за логічним припущенням це – нескінченна множина; однак обов'язковість судового акта має поглинути цю нескінченність, вона сама має бути нескінченою, безмежною. Ще більшою мірою це стосується обов'язковості закону, яким встановлено певні правила людської поведінки. Кількість адресатів цих правил ніколи не є визначеною, вона являє собою в кінцевому підсумку ту ж безмежну і динамічну нескінченність. Обов'язковість закону, однак, постає над нею, долає її. *Підзаконності дії*, що можуть бути повторені *повсякденно і повсюдно у невизначеній кількості випадків*, можна очікувати лише за умови використання інструментів зобов'язання необмеженої сфери дії.

Однак і це ще не все. Вище згадувалось про тенденцію актів права до абсолютної визначеності, до гранично досконалого чіткого, недвозначного втілення в надійних інформаційних носіях. Інакше і бути не може, оскільки, по-перше, ніхто не повинен мати сумніву в тому, яку поведінку визначають акти права; щодо неї має бути гранично можлива ясність, інакше вимоги актів неможливо виконати без ризику, що зробиш щось не так і не будеш покараний за це; по-друге, однаковий чіткий зміст припису має бути доведений до відома граничної множини адресатів (про правові приписи повинні знати всі; їх незнання не рятує від відповідальності).<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Презумпція знання закону, настання відповідальності незалежно від того, знає особа закон, який вона порушила, чи ні, – стародавні правові принципи. У різні історичні часи використовуються доступні засоби для їх реалізації. Так, закони Мойсея були викарбувані на кам'яних скрижалях і відтворені в священних текстах; закони царя Хаммурапі також були закарбовані в камені і розміщені на роздоріжжі найважливіших торговельних шляхів на підступах до Вавилону. У Стародавньому Римі Закони XII таблиць були вирізьблені на 12 спочатку дерев'яних, а далі – мідних дошках, які були виставлені на Форумі для того, щоб усі могли ознайомитися з їх змістом, а далі не могли відговорюватися їх незнанням. Закони міста-поліса Гортина (стародавній Крит) були викарбувані на стіні будівлі, у якій здійснювалося судочинство. В епоху Середньовіччя мали місце інші практики. Так, у країнах Європи розповсюдженою формою інформування про правові акти було відрядження спеціальних глшатаїв, які доносили зміст королівських указів по всій території країни, нерідко – у віршованій, навіть пісенній формі (для більш легкого вивчення і запам'ятовування). У той же час в імператорському Китаї створювалися дуже складні за змістом і структурою кодекси, на основі яких мало бути одноманітно впорядковане життя мешканців колосальної території; з цією метою кодекси тиражувалися (винайдений у тому ж Китаї папір як найбільш зручний носій записаної інформації дозволяв це зробити), розсилалися в усі провінційні та повітові центри й адресувалися насамперед суддям, що формували єдину правову практику в межах держави. Можна навести й інші приклади прагнення до якомога широкого і надійного інформування про правові акти в старі часи. Поява друкованого тексту і друкованих засобів масового інформування утворює більш-менш реальне технологічне підґрунтя для реалізації презумпції знання закону, хоча сам термін «презумпція» говорить про те, що суцільне знання закону – не більше ніж припущення. На практиці, як це добре відомо, і в сучасні часи громадяни

Абсолютна визначеність, абсолютна інформованість, абсолютна обов'язковість, абсолютна всеохопленість, абсолютна влада.<sup>10</sup> Як можна бачити, тенденція до абсолютності є *закономірною* для даного способу соціального регулювання. Є очевидним, що вимога абсолютності у зазначених та інших проявах – це не мрія, не сподівання, не побажання; це – необхідний робочий інструмент регулювання. Відмова від принципу абсолютності означала б відмову від спроби впорядкувати суспільне життя за допомогою правового регулятора, відмову від самого права, тобто відмову *від боротьби за справедливість у межах суспільного цілого* і від спроб звести до розумного мінімуму практику «провалів» у системі соціального обміну і в людському спілкуванні.

Але разом з тим...

### VII. Найдивовижніше. Неможливість абсолютного і формальність права

... кожна реально мисляча людина, що не є мрійником, фантазером, утопістом і вирішує повсякденні життєві проблеми в реальному людському середовищі, розуміє, що в усіх зазначених проявах здійснити вимогу абсолютності *неможливо*; успіхом і, мабуть, реальною метою в даному плані можна вважати лише можливу поступову позитивну динаміку, що залежить від низки соціальних чинників переважно метаправового характеру. Який із вищезгаданих аспектів абсолютності ми б не взяли, щодо кожного можуть бути констатовані і проаналізовані чинники, що унеможливають їх повну реалізацію. Дійсно, за фактами, що спостерігаються в усі часи, і чому є відповідні історичні підтвердження, жодний правовий акт не є визначеним на сто відсотків; кожний (подекуди навіть простий договір чи заповіт) може містити неясності, породжувати непорозуміння і вимагати тлумачення. «Визначеність» – узагалі відносне поняття, навіть наукові, багаторазово доведені визначення та умовиводи рідко можуть претендувати на значення абсолютних, тобто логічно завершених та беззаперечних (хіба що математичні формули та закони фізики); що ж вже казати про положення, які визначаються (формулюються) в текстах звичайних правових актів попри всі претензії тих, хто їх створює? Навіть тексти сучасних писаних конституцій, у яких за логікою є виваженими кожна літера і кожна кома, самими конституцієдавцями не вважаються остаточно

в абсолютній більшості дуже мало обізнані в аспекті законодавства, яке діє в країні, тобто презумпція знання закону залишається не більш ніж припущенням; якщо ж брати до уваги, що, навіть знаючи про закон, звичайна людина часто мало що в ньому розуміє і здатна практично використати, це припущення наближається до значення фікції (твердження про дійсне, якого насправді нема).

<sup>10</sup> Чудовим прикладом тенденції до абсолютного можна вважати давньоримську сентенцію *Fiat justitia pereat mundus!* (Хай переможе справедливість (правосуддя), хоча б загинув світ!). Сентенція, безумовно, пафосна, однак вона абсолютно логічна. Сенс юстиції саме й полягає в ствердженні справедливості, у тому, щоб зробити для цього все можливе. Якщо цього не робиться (якщо, наприклад, неможливо забезпечити можливість прийняття незалежних, неупереджених рішень у спорах про порушені права або у справах про звинувачення), то існування самих інститутів юстиції втрачає сенс, перетворюється на абсурд; за логікою вони просто повинні зникнути.

ясними і зрозумілими (визначеними) і передбачають механізми їх власного тлумачення (офіційного роз'яснення). Ніколи, далі, уся маса реальних та потенційних адресатів правових приписів не поінформована про них повністю і ніколи в історії не було такої ситуації, коли вся маса адресатів розуміла припис саме так, як його розумів його творець; закономірності комунікативного інформаційного процесу, а також формування, трансляції та сприйняття текстів (закони герменевтики) виключають це. Ніколи вимога тотальної обов'язковості актів не реалізується; їх приписи в більшій чи меншій кількості так чи інакше не виконуються, у тому числі з причин суто об'єктивних, незалежних від людської злої волі; воля ж людська часто буває злою і втілюється в правопорушеннях у силу злих обставин, які людина неспроможна змінити. Права суб'єктів, чим би вони не визначалися – їх власними договорами, судовими рішеннями, адміністративними чи законодавчими актами, у певному відсотку завжди неодмінно порушуються, причому сучасна статистика індексує правопорушення в перерахунку на контингенти, що репрезентують усе населення контрольованої державою території, і виявляє певні об'єктивні тенденції у масовій динаміці правопорушень. Абсолютної влади, усім проявам якої беззастережно корилися б усі підвладні, у світі теж не існує: так, майже кожна державно організована країна має своє усталене девіантне середовище з його найбільш розвинутою складовою – організованим криміналітетом, який у певних аспектах є принциповим антагоністом по відношенню до офіційних інститутів влади і практично ігнорує базові конституційні принципи; крім того, історія державності є надзвичайно багатого на приклади, коли зацікавлені соціальні угруповання через політичні маніпуляції або пряме насильство змінюють інститути влади або знищують персон, що їх уособлюють; зрештою, немає такої влади, яка не відчувала б деструктивний вплив із-за кордону, який неодмінно позначається на внутрішніх справах, на ситуації у підвладній території.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Щойно описана відносна об'єктивна безсиласть правового регулятора ні для кого не є секретом. Про неї добре знають пересічні громадяни; тим більше про це знають професіонали-правники, особливо ті, що володіють мистецтвом словесного шулерства або текстуальної казуїстики і використовують доступні правові інструменти для досягнення результату, часто далекого від вимірювання в категоріях справедливості. Ще краще про це знають ті, хто творять закони: в усі часи творці законів – це практичні політики, а політичні міркування здебільшого наближені до приземлених інтересів окремих впливових груп чи навіть осіб, раціоналістичні, цинічні і позбавлені будь-якої лірики (у тому числі й про химерну справедливість). На фоні згаданого доводиться констатувати до певної міри сумну закономірність: у суспільстві з більш-менш розвинутою системою соціального обміну для виконання соціально необхідної функції ствердження системної справедливості формується колосальна правова машина, коефіцієнт корисної дії якої навіть у кращому випадку є відносно невисоким з об'єктивних причин; він може бути зовсім низьким через брак у конкретному суспільстві позитивних правових традицій і правової культури (дефектів у суспільній правосвідомості). Відповідно весь суспільний процес боротьби за ствердження справедливості у людських взаємовідносинах хоч і відбувається об'єктивно (оскільки зумовлений кумулятивною людською потребою), однак є надзвичайно суперечливим і вразливим; тож на будь-якому соціумі із складною структурою і складною

*Загадкова, дивовижна річ! Маючи рушійною силою свого існування і розвитку об'єктивну тенденцію до абсолютного, право прагне того, що в реальності є об'єктивно неможливим!*

Цей парадокс має не менш дивовижні наслідки. А саме: *неможливість* здобути абсолютність реальну, дійсну, живу, практичну (коли всі сто відсотків підвладних, свідомих і сумлінних у правовому відношенні громадян живуть по гранично зважених, чітких правилах, установлених досконалою державою на сто відсотків бездоганним, зрозумілим усім законом) і *така ж неможливість* відмовитись від принципу абсолютності (вище показано об'єктивність тенденції до абсолютного у праві) зумовлює переміщення принципу абсолютності у сферу того, *що не відбувається, а має відбутися*,<sup>12</sup> а саме право як носій абсолютного переноситься відповідно зі *сфери реально суцього у світ номінального, у сферу формальних значень, якою можна охопити все.*

Таким чином, тенденція до абсолютності втілюється ще в одній унікальній ознаці права – *його формальності*. Дійсно, *право в принципі, а ще більше в практичному плані – це царина формального, сфера, де позначення того чи іншого об'єкта дійсності виступає на безумовний перший план, а сам об'єкт відходить на другий, на третій чи більш дальній план, якщо не знімається з рахунків зовсім. Світ реальних речей, людей і подій у праві заміщується їх формально-документальними двійниками. У праві та сфері, де воно функціонує (юриспруденція), фактологічні характеристики людей і речей втрачають практичне значення; для правових установ, для суду, для юристів байдуже, що відбувається в предметній дійсності; значення має те, що про конкретну людину, річ чи перебіг подій фіксують документи про них. Справжні, дійсні характеристики не існують юридично, поки вони у встановлений спосіб не задокументовані чи не формалізовані (не позначені) в інший прийнятний у даній правовій системі спосіб. До професійного правника у випадку потреби представити інтереси в рамках конкретних правовідносин не приходять звичайна людина із плоті і крові. Перед ним постає *носій певного статусу та конкретних прав і обов'язків*, про наявність яких свідчать не його слова чи ще якась емпірика, а виключно документи або інші визнані правовою системою джерела достовірної доказової інформації. Подібні висловлювання можуть видатися дещо перебільшеними, але на суть справи це не впливає: юриспруденція дійсно є сферою, де панують не факти, а акти щодо цих фактів із відповідним обсягом їх юридичного (обов'язкового для врахування) значення, яке визнається за ними чинним правом порядком.*

системою взаємовідносин його членів щодо обміну тим, що є для них цінним, лежить прокляття завжди бути несправедливим (меншою, а частіше більшою мірою).

<sup>12</sup> У цьому плані характерним та методологічно важливим вважаємо зауваження класичного римського юриста Павла, який, визначаючи суть права, зокрема, зауважував: «Говориться, що претор висловлює право (вносить рішення), навіть якщо він вирішує несправедливо; це (слово) відноситься не до того, що претор зробив, але до того, що йому належало зробити» (*Дігести Юстиніана*, книга перша, титул перший "Про справедливість і право," пункт 11, <https://scicenter.online/kniga-rimskoe-pravo-scicenter/digesti-yustiniana-170635.html>).

Формальність права як його іманентна, суттєва характеристика не може не відбиватися в поняттях і категоріях, які фіксують і пояснюють це явище; вони звичні для професійних юристів, однак людині, незнайомій з правовими поняттями і далекій від юридичного мислення, їх подекуди важко збагнути. Візьміть, наприклад, категорію «*правоздатність*». Це – одна з основоположних правових категорій, вона покликана визначити, хто в принципі може бути учасником правових стосунків, тобто виступати носієм певних прав та обов'язків. Абстрактно відповісти на питання, хто і якою мірою є правоздатним у рамках тієї чи іншої правової системи, неможливо, для цього потрібно орієнтуватися у відповідному колі джерел, де якесь право чи обов'язок за відповідним суб'єктом є передбаченим. За загальним принципом сама категорія суб'єктності передбачає наявність постаті, яка осмислено орієнтується і доцільно діє у певному соціальному середовищі; інакше як вона може реалізувати себе в рамках свого права і як вона може виконати те, чого вимагає від неї її обов'язок? У праві, однак, виявляється, що правоздатністю (формальною здатністю мати права і обов'язки) може володіти будь-яка людська істота, навіть щойно народжена на світ, а інколи й навіть ще не народжена (якщо, наприклад, у заповіті діда міститься розпорядження щодо успадкування частини його майна гіпотетичним онуком, який ще не народився, але може бути народжений). На фоні щойно згаданого логічно говорити і про правосуб'єктність померлої людини: як суб'єкта її вже нема, але її воля, втілена у тому ж заповіті, може ще тривалий час після її смерті визначати долю речей і до певної міри – людей. Історія права і правової думки знає чимало випадків визнання правоздатності не лише за людськими, а й за іншими живими істотами; це має місце і в сучасні часи, коли спадкоємцями у заповітах визначаються домашні тварини або коли правоздатністю в офіційному порядку наділяються ті ж тварини (досвід Іспанії, Швейцарії, інших країн) або об'єкти природи (у Новій Зеландії нещодавно в судовому порядку визнано юридичною особою річку).

Ще один цікавий приклад – категорія «*юридична особа*». Лише в рамках правового регулятора можливе існування такого дивовижного суб'єкта. У предметній, емпіричній дійсності ніяких юридичних осіб нема, є групи людей, об'єднані певним процесом (виробничим чи іншим), але саме таке об'єднання безвідносно до тих, хто його утворює, як вважається, являє собою окрему особу, що не дорівнює сумі власних складових, а є чимось автономним, самостійним, особою *sui generis*. Ця міфічна особа, яка існує не фізично, а суто формально (віртуально, інформаційно), визнається такою, що володіє правами і обов'язками, чому вона й дістала назву «юридичної»; і якщо у встановленому порядку оформлено документи про її утворення, пройдено державну реєстрацію, затверджено статут, відкрито банківські рахунки, укладено договори, на виконання цих договорів документально зафіксовано певну діяльність та її результати, зафіксовано певний рух коштів по бухгалтерії, укладення нових договорів тощо, то навіть подекуди незалежно від того, якою мірою фактично реалізуються її статутні завдання, ця особа живе своїм формально-юридичним життям доти, доки вона не буде в установленому порядку виключена з відповідних реєстрів.

Відносно близькою до категорії «юридична особа» за мірою закладеного в неї юридичного формалізму є категорія «суверен», що позначає суб'єкта – носія «суверенітету». Зазначимо, що лише в рамках правового регулятора могла виникнути і набути могутнього віртуального життя ця базова для сучасного міжнародного (та й не тільки міжнародного) права категорія. Окрема країна по факту може радикальним чином залежати від інших країн або від того, як розкладаються сили у внутрішньому політикумі; водночас її повноважні представники підписують відповідні міжнародні та внутрішні документи від імені держави, яка вважається «суверенною» (тобто такою, що має верховенство влади в рамках власних кордонів і гарантовану незалежність у взаємовідносинах поза цими кордонами). Держава, до речі, в правовому розумінні – це не те, що зазвичай мають на увазі люди – її пересічні громадяни; це не кордон, не будівля, на якій вивішено державний прапор, не людина в уніформі тощо. Держава – це також специфічна юридична особа, юридичний суб'єкт, який зазвичай формується людьми, що проживають на конкретній території, через їх відповідне волевиявлення для задоволення їх актуальних життєвих потреб і для забезпечення їх прогресивного поступу як окремого суспільства, як соціального цілого. З цією метою і для забезпечення поточного управління та повсякденного порядку там, де проживають люди, ця особа наділяється відповідним обсягом влади (можливості визначати поведінку інших осіб); люди ж, що утворили державу, для підтримки впорядкованого існування мають коритися цій особі до тих пір, поки вона відповідає основним очікуванням громадян і не зловживає владою (випадки зловживання владою, як свідчить історія, погано сприймаються підвладними і найчастіше нічим хорошим не завершуються). Ця штучна, віртуальна, сконструйована через установчі правові документи особа репрезентована у звичайному житті діяльністю її специфічних робочих утворень – різнофункціональних органів із конкретною компетенцією. На сучасному рівні розвитку суспільств і державності окрема людина може позиватися до власної держави щодо порушення її прав (якщо, виступаючи від її імені, державний орган щось зробив не за конституцією або не за законом), причому позиватися як до національних, так і наднаціональних судових органів.

Прикладів витонченої формалістики, якою характеризується сфера права, можна наводити ще багато. Але безумовними рекордсменами в даному випадку є добре відомі правникам так звані «презумпції» і «фікції» – припущення про певні об'єкти реальності або навіть твердження про наявність таких об'єктів за обставин їх фактичної відсутності. Презумпції та фікції – це вершина правової формалістики, її вищий пілотаж. Вони виникають остільки, оскільки факти про певні особи, речі чи процеси емпірично не спостерігаються і не фіксуються (найчастіше в силу об'єктивної неможливості це зробити), однак для того, щоб нормально працював той чи інший правовий інститут, необхідно вважати, припускати, уявити, що вони хоч і не спостерігаються, але все ж таки існують (презумпція), а в особливо значущих випадках необхідно не просто висловлювати припущення, а прямо і недвозначно стверджувати про факт, не маючи

його в реальності (фікція). У якій ще сфері людської практики таке можливе? Але найбільше вражає те, що попри відвертий сюрреалізм цих юридичних інструментів вони є до такої міри розповсюдженими у сфері дії правового регулятора, що до них звикають не тільки юристи, а й звичайні люди, позбавлені професійної юридичної деформації. Для уникнення голослівності наведу лише один маленький приклад. У кожній сучасній країні її доросле населення періодично виходить на вибори на вимогу відповідних норм Конституції, яка встановлює, що здійснення народовладдя передбачає наявність представницьких органів народу, а ці останні можуть бути сформовані лише через механізм виборів. Сучасні розвинуті виборчі системи передбачають всезагальність, безпосередність, свободу виборів при таємному голосуванні; усе згадане має забезпечити можливість реального вибору (тобто визначення кожним виборцем найбільш достойного варіанта із декількох розумних альтернатив), тим самим забезпечується й те, що віддавна називається «демократією» (владою народу). Не треба бути, однак, спеціалізованим соціологом, що вивчає реальний механізм виборчих кампаній, щоб стверджувати про фіктивність як самих кампаній, так і їх результатів навіть у випадках, коли кампанії здійснюються без очевидних порушень. Адже виборці, як правило, голосують не за того, за кого хочуть, а за того, хто їм нав'язливо пропонується; вони голосують не за політичну програму (зміст та реалістичність якої часто собі не уявляють) і не за реального діяча (реальний кандидат закамфльований політичною рекламою), а швидше за набір гасел та напівміфічні фігури; у значному відсотку вони голосують не в силу власного вибору, а в силу того, що так роблять інші, ті, хто поряд; абсентеїзм (невьва виборців на ділянку, їх фактична неучасть у виборах) одразу ставить під питання додержання принципу загальності виборів. Можна згадати ще чимало моментів, що унеможливають належну реалізацію базових принципів виборчого права; їх дія є особливо відчутною в ході застосування сучасних виборчих технологій, що роблять пересічного виборця об'єктом різного роду маніпуляцій, у результаті яких обираються особи не найбільш достойні, а найбільш близькі до розпорядження відповідним інформаційним, фінансовим, адміністративним та іншим ресурсом. Як наслідок, проведені кампанії важко вважати «виборами», тим більше «демократичними», а переможців цих кампаній – справжніми виборними; реального факту обрання за встановленими принципами нема. Однак формально вибори відбулися, і з цим безумовно фіктивним юридичним фактом, як і з його правовими наслідками, погоджуються (змушені погодитись) усі.

\*\*\*\*\*

У контексті згаданого доцільно на хвилину повернутися до моралі як зіставного з правом соціального регулятора і зазначити, що вона також не позбавлена певних ознак формальності; зрештою, вона також спирається на норми, принципи, що претендують на загальне значення, мають слугувати орієнтиром для невизначеного кола осіб. Однак формальність моралі мізерна у порівнянні з формальністю права; адже мораль не вті-



люється в актах і процедурах, не передбачає статусів, чітко визначених прав та обов'язків; вона не має такої міри раціональності, як право, оскільки спирається переважно не на логіку, не на розум, а на почуття; мотивами до реалізації мораль також має не розуміння формальних вимог, сформульованих у нормативних текстах, і не усвідомлення зовнішніх негативних наслідків за їх недотримання, а відчуття того, що, діючи неморально (не «по-людськи»), принесеш зло людям і отримаєш зле ставлення навзаєм. І навпаки: ставлячись до людей по-доброму (шануючи їх і допомагаючи їм), швидше отримаєш добро у відповідь.

### VIII. Право vs реальний світ; правознавство vs емпіричні науки

Зрозуміло, що формальність – це елемент концепту права, невід'ємний феномен його логіки. Тому є доволі послідовним висновок про те, що саме він у першу чергу має досліджуватися в науці правознавства і, можливо, становити його предмет. Визначний філософ права сучасності Г. Кельзен, як уже вище зазначалося, розмірковував цілком логічно, виокремлюючи специфічний предмет науки про право (ієрархія норм зобов'язуючого значення) і закликаючи відрізнити правознавство від інших наук, особливо каузальних (тих, що досліджують причинно-наслідкові зв'язки між явищами). Як було показано вище, вимога всебічної формальної абсолютності в праві (зокрема, абсолютної обов'язковості, яку передбачає право за логікою цього поняття) в дійсності не реалізується (укладені угоди з різних причин не дотримуються, судові рішення не виконуються, закони обходяться та порушуються). Але згадані процеси можуть становити предмет правової науки лише в аспекті того, що вимоги наявних актів (норми), які визначають права і обов'язки суб'єктів суспільних відносин заради забезпечення дотримання у них принципу справедливості, або належним чином здійснюються, або порушуються, і виправити становище можливо тільки через прийняття нових актів. Якими є соціальні, психологічні та інші передумови правомірних або протиправних дій – це вже предмет не правознавства, а суміжних наук (соціологія, антропологія, психологія, деліктологія, кримінологія тощо).

Водночас не потрібно забувати, що право попри всю його специфіку – це суспільний регулятор, соціальне явище. Воно вивисується над суспільством, але не може бути вільним, відірваним від нього; як згадувалося на початку статті, воно й виникає в силу відповідної суспільної потреби – долати резонансні «провали» у відносинах соціального обміну, гасити пов'язані з цим конфлікти. Право – абсолютно необхідний засіб устаткування та забезпечення передбачуваного, спокійного поступу суспільства у напрямку забезпечення благополуччя його членів; якщо ж суспільство постійно лихоманить, це означає насамперед нерозвинутість або дефектність наявного в ньому правового регулятора. Для того щоб у цьому плані мати позитивний ефект, необхідно оволодіти вишуканим мистецтвом *конвертувати дійсне у правове* (фактичне – у формалізоване), а також боротися за ствердження в конкретному суспільстві відповідного рівня правової культури його членів (яка полягає насамперед у вихованні відчуття

справедливості та поваги до актів права як у процесі їх створення, так і в процесі їх виконання).

### **ІХ. Деякі висновки. Право як незмінний концепт**

Я скористався тезою про мінливість права для того, щоб поміркувати про сутність цього явища (яку вважаю незмінною); щоб показати, що завжди і скрізь, де б воно не спостерігалось, право є сферою боротьби за справедливість, як вона розуміється і сприймається в конкретному суспільстві, в конкретному соціальному середовищі (продати або купити людину в рабство за її власні або чужі борги в багатьох народів колись було цілком справедливим). Воно завжди передбачатиме акти, статуси, владу. Стверджуючи це, безумовно треба брати до уваги історичний момент, у рамках якого ми спостерігаємо право, а також те, що будь-яке явище еволюціонує і змінюється в часі (великий ідеаліст Г. В. Ф. Гегель закликав досліджувати поняття в його повному історичному розвитку та вивчати рушійні сили цього розвитку – діалектичні суперечності). Те, наприклад, що в стародавніх державах ми не спостерігаємо чогось схожого на сучасний нотаріат, сучасні документи, сучасні процедури, сучасні методи юридичного доказування, складні інстанційні системи судівництва тощо, абсолютно не свідчить про відсутність у відповідних суспільствах правового регулятора. Те саме можна сказати, спостерігаючи особливості історичного розвитку конкретних народів: правовий регулятор може бути непомітний серед численних виявів особливої культури кожного з них. Те саме можна сказати, спостерігаючи взаємодію в різних суспільствах різних регуляторів (морального, релігійного, культурно-традиційного тощо): переважання одного з них не свідчить про відсутність іншого. Те саме можна сказати, досліджуючи особливості правового регулювання на національному та інтернаціональному (міжнародному) рівнях. Міжнародне право, особливо стародавнє, – дуже специфічне; особливості тут до такої міри відчутні, що послідовні правники інколи взагалі заперечували його існування або відносили його до недорозвинутих, недосконалих форм буття права; однак специфічність міжнародного права не є підставою не визнавати його правом. Те саме можна сказати, зважаючи на деякі тенденції в рамках соціології права, за якими наявність правового регулятора визнається в середовищі, що не охоплюється державною організацією і потрапляє за межі державного правопорядку (церковне право, етнічне право,<sup>13</sup> місцеве громадське звичаєве право, корпоративне право, право злочинного світу тощо). У рамках цих та інших проявів правового регулювання можна спостерігати і вивчати різноманітні відмінності, констатувати цікаву мінливість і варіативність. Але не забувати при цьому про те, що в усіх випадках, коли ми називаємо певний тип соціальної регуляції «правовим», ми спостерігаємо перед собою в чомусь одноманітну соціальну практику і застосовуємо одне концептуально єдине поняття.

© Є. Бурлай, 2019

---

<sup>13</sup> Див., наприклад: Менахем Елон, *Еврейское право* (Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2002).

## Bibliography

- Burlay, Eugene. "Some Aspects of Law Genesis (Origins of International Law. Factor of War)." *Ukrainian Journal of International Law* 6 (2006): 9–54 (in Ukrainian).
- Cropanzano, Russell, & Marie S. Mitchell. "Social Exchange Theory: An Interdisciplinary Review." *Journal of Management* vol. 31 no. 6 (December 2005): 874–900.
- Digests Justinian*. <https://scicenter.online/kniga-rimskoe-pravo-scicenter/digesti-yustiniana-170635.html> (in Ukrainian).
- Elon, Menachem. *Jewish Law*. Saint-Petersburg: Yurydycheskyi Tsentr Press, 2002 (in Russian).
- Emerson, Richard M. "Social Exchange Theory." *Annual Review of Sociology* vol. 2 (August 1976): 335–62.
- Emery, Lucilius A. *Concerning Justice*. New Haven: Yale University Press, 1914. <http://www.gutenberg.org/files/31504/31504-h/31504-h.htm>.
- Fundamental Problems of Jurisprudence. Law: A Changing Concept in a Changing World: Abstracts of the All-Ukrainian Round Table (April 19–20, 2019, Kharkiv)*, edited by Sergiy Maksymov, Natalia Satokhina, Kateryna Buryakovska. Kharkiv, 2019 (in Ukrainian).
- Kelsen, Hans. *Pure Theory of Law*. Kyiv: Univers, 2004 (in Ukrainian).
- Kelsen, Hans. *The Theory of Law and State*. With a new introduction by A. Javier Trevino. 3d edition. Transaction Publishers, 2009. [https://books.google.co.in/books?id=YWhMIInvF\\_I0C&printsec=frontcover&source=gb\\_s\\_book\\_other\\_versions\\_r&cad=4#v=onepage&q&f=false](https://books.google.co.in/books?id=YWhMIInvF_I0C&printsec=frontcover&source=gb_s_book_other_versions_r&cad=4#v=onepage&q&f=false).
- Laws of XII Tables: Readings on the History of the State and Law of Foreign Countries. Antiquity and the Middle Ages*. Moscow: Zertsalo, 2001 (in Russian).
- Li, Xu. "Justice Concepts in the Philosophical Schools of Ancient China." *Teacher of the XXI century* 1 (2013) (in Russian).
- Maksymov, Sergiy. "What is Law? Key Points of the Concept of Legal Reality." *Philosophy of Law and General Theory of Law* 1 (2016): 343–51 (in Ukrainian).

### Євген Бурлай. Концепт права: межі мінливості

**Анотація.** На фоні ідеї того, що сучасні соціальні трансформації можуть мати наслідком зміну концепту права, автор стверджує, що мінливість концепту є умовною і навіть неможливою, оскільки поняття як базова (висхідна) логічна одиниця в усіх випадках його застосування має позначати єдине за сутністю явище (притому що зовнішньо це явище може виглядати по-різному). На його думку, незмінною в концепті права є його онтологічна основа, яку складають специфічні соціальні відносини, спрямовані на подолання провалів, що виникають у зваженому людському спілкуванні та соціальному обміні (відносини справедливості); відповідно логічна спрямованість концепту права – це боротьба за справедливість, за стан, коли кожен у конкретних умовах має віддати іншим і отримати від інших певне благо (*suum cuique*). Крім соціально-онтологічної основи права незмінними в концепті права є притаманні лише йому методи, механізми, засоби визначення людської поведінки, а саме: а) абсолютно визначені акти волевиявлення (установлення), які визначають дії учасників соціального обміну в ситуаціях «провалу» або загрози «провалу» (акти угод або договорів, акти судівництва або арбітражу, акти законодавства); б) чинник абсолютної обов'язковості цих актів; в) абсолютна влада, яка забезпечує цю обов'язковість. Уособленням абсолютної влади є держава – специфічний суб'єкт, повноважний здійснювати владу, тобто визначати і контролювати поведінку людей у рамках конкретного простору примусово.

Суттєву частину статті присвячено феномену абсолютного у праві. Право з огляду на його онтологію та специфічні методи та механізми регулювання тяжіє до абсолютності (абсолютна визначеність, абсолютна обов'язковість, абсолютна влада тощо), однак реально досягти її неможливо, що зумовлює перенесення права зі сфери реально суцього у сферу формальних значень, якою можна охопити все. Тому в практичному плані право – це царина формального, сфера, де реальні речі, люди, події заміщуються їх формально-документальними двійниками. Дійсні характеристики не існують юридично, поки вони не задокументовані чи не формалізовані (не позначені) в інший прийнятий у даній правовій системі спосіб.

**Ключові слова:** поняття права; соціальна основа права; соціальний обмін; провали соціального обміну; відносини справедливості; відновлювальна та запобіжна справедливість; differentia specifica права; акти права; абсолютна визначеність актів права; абсолютна обов'язковість актів права; абсолютна влада; абсолютне в праві; формальне в праві.

### **Евгений Бурлай. Концепт права: пределы изменчивости**

**Аннотация.** На фоне идеи о том, что современные социальные трансформации могут приводить к изменению концепта права, автор утверждает, что изменчивость концепта всегда условна и даже невозможна, поскольку понятие как базовая (исходная) логическая единица во всех случаях его употребления должна обозначать единое по своей сути явление (притом что внешне это явление может выглядеть по-разному). По мнению автора, неизменной в концепте права является прежде всего его онтологическая основа, которую составляют специфические социальные отношения, направленные на преодоление провалов, возникающих в сбалансированном человеческом общении и социальном обмене (отношения справедливости); соответственно логическая направленность концепта права – это борьба за справедливость, за положение, когда каждый в конкретных условиях отдает другим и должен получить от других определенное благо (*suum cuique*). Кроме социально-онтологической основы права неизменными в концепте права являются присутствующие лишь ему методы, механизмы, средства определения человеческого поведения, а именно: а) абсолютно определенные акты волеизъявления (установления), определяющие действия участником социального обмена в ситуациях провала или угрозы провала (акты соглашений или договоров, акты правосудия или арбитража, акты законодательства); б) фактор абсолютной обязательности этих актов; в) абсолютная власть, обеспечивающая эту обязательность. Воплощением абсолютной власти является государство – специфический субъект, полномочный осуществлять власть, то есть определять и контролировать поведение людей в рамках конкретного пространства принудительно.

Существенная часть статьи посвящена феномену абсолютного в праве. Право в силу его онтологии и специфических методов и механизмов регулирования тяготеет к абсолютности (абсолютная определенность, абсолютная обязательность, абсолютная власть и т. д.), однако реально достичь ее невозможно, и это обуславливает перемещение права из сферы реально суцього в сферу формальных значений, которой можно охватить все. Поэтому в практическом отношении право – это господство формального, сфера, где реальные вещи, люди, события замещаются их формально-документальными двойниками. Действительные характеристики не существуют юридически, пока они не задокументированы или не формализованы (не обозначены) иным принятым в данной правовой системе способом.

**Ключевые слова:** понятие права; социальная основа права; социальный обмен; провалы социального обмена; отношения справедливости; возобновляющая и предупреждающая

справедливість; *differentia specifica* права; акти права; абсолютна определенність актів права; абсолютна обов'язальність актів права; абсолютна власть; абсолютне в праві; формальне в праві.

### **Evgen Burlay. The Concept of Law: Boundaries of Changing**

**Abstract.** On the controversy to idea that modern social transformations change the concept's of law meaning as a result author confirms that such a change is conventional or even impossible because a concept as a basic (initial) logical unit must mean the same every time it's been used. On the author's opinion unchangeable in concept of law is its ontological basis first, i.e. particular social relations aimed at overcoming the failures that arise in balanced human communication and social exchange (relations of justice); so, the strict logical sense of the concept of law is a struggle for justice, for a situation where everyone in his specific circumstances gives to others and should receive a certain benefit from others (*sum cuique*). Beside that unchangeable in the concept of law are its own methods and mechanisms of determining human behaviour, namely, a) absolutely defined acts of will (establishments) that determine the actions of a participants in social exchange in situations of failure or threat of failure (acts of agreements or contracts, acts of justice or arbitration, acts of legislation); b) the factor of the absolute obligation of these acts; c) absolute power, providing this binding. The embodiment of absolute power is the state – a peculiar body authorized to exercise power, that is to determine and control the behaviour of people within a certain space.

A substantial part of the article is devoted to the phenomenon of the absolute in law. Due to its ontology and specific methods and mechanisms of regulation, law tends to be absolute (absolute distinctness, absolute obligation, absolute power, etc.), however, it is impossible to really achieve it, and this determines the transfer of law from the real to the sphere of formal meanings, which can cover everything. Therefore, in practical terms, law is the dominance of the formal, a sphere where real things, people, events are replaced by their formal-documentary counterparts. Their valid characteristics do not exist legally until they are documented or formalized (indicated) in the other way accepted in this legal system.

**Keywords:** concept of law; social basis of law; social exchange; social exchange failures; relations of justice; renewable and preventive justice; *differentia specifica* of law; acts of law; absolute distinctness of the acts of law; absolute binding of the acts of law; absolute power; absolute in law; formal in law.

Одержано / Received 30.11.2019

## ПРОЩАНИЕ С ПРАВОМ И ФИЛОСОФИЕЙ: НЕКОТОРЫЕ ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЕ ЭКСПЛИКАЦИИ

### I. Не-утешающая философия. Вместо предисловия

**Р**убикон перейден! Мы уже безвозвратно оказались в той местности, где требуется совершить над собой серьезное и сознательное усилие, чтобы любое честное размышление, претендующее хотя бы на отдаленную связь с философией, не повторяло до степени смешения стилистику и пафос рассуждений «последнего римлянина»,<sup>1</sup> не становилось отложенным продолжением обесмертившего его имя труда. Необходимость такого усилия обусловлена не только тем, что философия должна быть рассуждением о мире, а не бегством от него, но и тем, что обреченность философского мышления, явственно обнаружившаяся сегодня, является не чем иным, как полным и точным воплощением идей традиции, идущей от платоновского жеста, о котором скорбел Бозэций. Жеста, который и вытянул жребий, уготованный миру.

Поэтому при всей увлекательности похоронных стенаний по умершему миру и философии, которая одухотворяла его, делая таким прекрасным, необходимо отгородиться от этого спектакля нижеследующими замечаниями.

Во-первых, если Платон – творец философии, то нет особого смысла горевать над участью того (философии), чьим единственным стремлением было упокоиться в неизменности. Если проблема лишь в невозможности собственными силами организовать самоубийство, то обретение спустя два с половиной тысячелетия способности обездвигнуть философию должно восприниматься с облегчением, как избавление от страданий. Поэтому требуется уточнение широко распространенному убеждению, что планетарное господство техники кладет конец философии. Действительно, в таком обездвигивающем господстве техники «необратимо исчерпываются возможности философии, то есть метафизики».<sup>2</sup> Но исчерпание возможности философии и есть цель метафизики. Сделав краеугольным камнем мира *матему* – всегда уже известное, – она стремится к «концу истории», к погружению мира в парадигму вечного круго-

\* Александр Валерійович Ткаченко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теоретичних та приватноправових дисциплін, Київський міжнародний університет. Oleksandr Tkachenko, Candidate of Legal Sciences, Docent, Docent at the Department of Theoretical and Private Law Disciplines of Kyiv International University. e-mail: barrister@bigmir.net

<sup>1</sup> Имеется в виду Бозэций и его главное произведение «Утешение философией».

<sup>2</sup> Алан Бадью, *Манифест философии* (Санкт-Петербург: Machina, 2003), 24.

ворота того же, вечно равного себе. То, что мы наблюдаем сегодня, выступает прелюдией к ее безоговорочному триумфу.

Во-вторых, есть одно обстоятельство, которое мешает возрадоваться тому, что Идеи меняют локализацию из сферы грез великого афинянина в прагматику технической алгоритмизации. Оно суть следующее – отождествление философии и метафизики не является ни изначальным, ни необходимым. При всем, казалось бы, безраздельном господстве ориентации, которая опирается на «Идею в ее платоновском смысле, подчиняет матеме нехватку, изымание всякого присутствия и отделяет тем самым бытие от проявления, сущность от существования»;<sup>3</sup> всегда существовала и оппозиция – софистика, организующая мышление как сопresутствие *этого конкретного слова и этой конкретной вещи*, сопresутствие, которое в истории западного мышления получило имя *поэтического*.

Перед собой я ставлю задачу отдать должное тому, что до сегодняшних дней (и канонада последних боев еще не стихла) противостояло умерщвлению мира в матеме технического. Тому, что до сих пор позволяет нам не быть обреченными на оцепенение,<sup>4</sup> отличать мышление от счета и, следовательно, понимать, что «начало есть последнее».<sup>5</sup> Тому, что и сегодня позволяет четко осознавать, что происходящая перемена всей жизни и целого существа *того, в ком*<sup>6</sup> мысль думает, останавливает и отклоняет само мышление.

Человек проигрывает борьбу за *человеческое* существование, и даже если проигрыш был неизбежен с самого начала, он не имеет права на утешение. Он должен с достоинством принять свою судьбу. Бог, о смерти которого Ницше возвестил полтора столетия назад, в очередной раз готовится воскреснуть, уже воскресает в магических манипуляциях искусственного интеллекта. Но перед тем как самоотречением и отказом от бремени сизифового труда познания доброго и злого искупить первородный грех и преступить врата вновь обретенного «рая», который, правда, с огромной вероятностью будет походить на концлагерь, человек (еще человек!) должен обернуться и ответить на два вопроса: 1. Что в нем собственного – человеческого? и 2. Как философия-софистика влияет на способность человека быть самим собой – собственным?

Автор исходит из гипотезы, что связь человека и философии нуждается в посреднике и таким посредником, который на протяжении последних более чем двух тысячелетий обеспечивал принадлежность человека поэтическому истоку его существа, было право.

<sup>3</sup> Бадью, *Манифест философии* (Санкт-Петербург: Machina, 2003), 81.

<sup>4</sup> Здесь уместны слова М. Хайдеггера: «человек оцепенело смотрит на то, что давно наступило, совершившись как нечто такое, что уже лишь в качестве своего последнего извержения извергает из себя атомную бомбу с ее взрывом». Мартин Хайдеггер, «Вещь», в *Время и бытие*, ред. и пер. Владимира Библихина (Москва: Республика, 1993), 316. А если в этой фразе взрыв атомной бомбы заменить на еще только открывающиеся перспективы искусственного интеллекта, то характеристика современности будет исчерпывающей.

<sup>5</sup> Мартин Хайдеггер, *Парменид*, пер. А. Шурбелева (Санкт-Петербург: Владимир Даль, 2009), 15.

<sup>6</sup> Речь о теле, телесности человеческого существования.

Оно укрывало человека от всепоглощающего влияния метафизики. И лишь завершение последней исчерпывает право, а с ним – и возможность поэтического (софистического) речения.

Интенции данного исследования являют собою попытку дискурсивизации места права в противостоянии метафизической и неметафизической традиций философского мышления, а также перспектив его соотношения с формирующейся технологической цивилизацией, воплощающей в себе конститuantы проекта европейской метафизики.

Нижеследующее изложение будет попыткой продемонстрировать, что: 1. Бытие присваивает человека посредством права. 2. Складывающийся сегодня тип технической цивилизации не может иметь соответствующего ему правового пространства. 3. Несовместимость права и техники знаменует собой поражение и устранение возможности философии-как-софистики.

## II. Метафизика: преодоленная дихотомия

Расщепленность философии на метафизику и софистику выступает двумя расходящимися из одной точки ориентациями мышления. Признанной является концептуализация этой «точки сингулярности» – «большого взрыва» философии – путем составления перечня вопросов, захваченность которыми и наделяет мысль статусом философии. Не находя оснований порывать с этой традицией, я отдаю предпочтение не кантианскому, а хайдеггерянскому регистру вопросов (в свое оправдание автор может указать на то значение, которое придается путям мышления, намеченным М. Хайдеггером в данном исследовании):

Что нам следует делать?

Кто мы *есть*?

Почему мы должны *быть*?

Что есть сущее?

Почему свершается бытие?

Из этих вопросов снизу вверх в их единстве и состоит философствование.<sup>7</sup>

Таким образом, метафизика и софистика выступают отличными друг от друга ответами на одни и те же вопросы. Причем такие ответы, несмотря на все свое содержательное многообразие, приобретают парадигмальные контуры, которые и позволяют говорить о вышеуказанном противостоянии. Такие контуры задаются формализацией конструкции сравнения и ее использования для решения проблемы понимания сущности человека.

Принципиально подчеркнуть, что вопрос о сущности человека всегда основывается на уже решенной проблеме природы сравнения, является производным от такого ре-

---

<sup>7</sup> Мартин Хайдеггер, *Размышления II–IV (Черные тетради 1931–1938)*, пер. А. Григорьева (Москва: Изд-во Института Гайдара, 2016), 11.



шения.<sup>8</sup> Вопрос сравнения – это вопрос о *tertium comparationis*, о том, как нечто третье может поставить двоих в отношении друг к другу, и о том, как это третье может создать значимость не только для одного.

Метафизика – это пирамидальная конструкция сравнения, где первым именем *tertium comparationis* стала Идея как нечто существующее (сущее), что является общим для всех, несмотря на любые отличия, присутствующие между людьми в мире. Пирамида с *tertium comparationis* на вершине обусловила определение человека как зрителя, стоящего перед миром, который ему предъявлен как картина.<sup>9</sup> Для метафизики *tertium comparationis* выступает значением, которое более ценно, чем материальное присутствие (вещь), в котором это значение можно увидеть. Метафизика выступает способом смотрения, «которое устремлено “дальше” (или “глубже”) всего “физического”».<sup>10</sup>

Идеи, эти матемы смысла, требуют быть увиденными человеком, а это выдвигает требования к его преобразованию. Онтологии – отделению значения от присутствия – должны соответствовать этика и антропология. Заслуживает внимания позиция К. Романо:

вытеснение события на окраины философии является, стало быть, не столько признаком его строптивного характера по отношению к всеобщности логоса, сколько следствием этического и антропологического идеала, которому событие угрожает и во имя которого оно должно быть устранено.<sup>11</sup>

Я не согласен с французским философом относительно распределения ролей в связке «причина-следствие»: Идеи требуют определенного человека как свое следствие, а не наоборот. Но более важным выступает именно указание на основоположение метафизики как на вытеснение и устранение события. Под вытеснением события (всего нового, случайного, неподотчетного) в контексте данного исследования я понимаю освобождение Идеи / значения от присутствия / вещи. Причем для того, чтобы такое освобождение состоялось, оно должно произойти в человеке: во-первых, разделив его существо, во-вторых, противопоставив две выделенные половины, в-третьих, подчинив одну половину другой и, в-четвертых, уничтожив подчиненную половину как угрозу метафизике.

<sup>8</sup> На это обстоятельство, насколько мне известно, впервые указал М. Хайдеггер. В первую очередь с этим я и связываю исключительное значение его философии. Так, по словам немецкого мыслителя, Платон, который является основоположником метафизической традиции, «хватается за сравнение там, где он наталкивается на самый крайний предел философского вопрошания, т. е. начало и исток философии». Мартин Хайдеггер, *Основные проблемы феноменологии*, пер. А. Чернякова (Санкт-Петербург: ВРФШ, 2001), 377.

<sup>9</sup> Наиболее полно такое понимание воплощено в платоновской «Притче о пещере» из десятой книги диалога «Государство».

<sup>10</sup> Ханс Ульрих Гумбрехт, *Производство присутствия: Чего не может передать значение*, пер. С. Зенкина (Москва: Новое литературное обозрение, 2006), 11.

<sup>11</sup> Клод Романо, *Авантюра времени*, пер. Руслана Лошакова (Москва: РИПОЛ классик, 2017), 46.

Метафизика, и в этом К. Романо абсолютно прав, невозможна без своего идеала человека. Такой идеал начинается с противопоставления телесного (ограниченного миром вещей) и нетелесного (способного соединиться с миром Идей) в человеке. Кульминацией этой дихотомии человека выступает картезианское убеждение, что «душа познаваема легче, чем тело, и поэтому субъект по праву предшествует объекту, всецело определяя его явление в силу своей наивысшей достоверности».<sup>12</sup>

Не сложно догадаться, что душа выступает субъектом, а тело – объектом. Важно еще раз подчеркнуть – нетелесное (душа) изначально запрограммировано на устранение телесности. Человек не просто больше тела. Тело случайно и тленно,<sup>13</sup> и то, что оно временит, не просто делает его низшим в дуальной связке с душой. Тело – не просто грязь, оно мешает душе.<sup>14</sup> Сковывая душу, тело не дает ей исполнить свое космическое предназначение. Поэтому человек не просто может, но и должен быть определен как освобожденный от тела. Бестелесный человек не становится меньшим, наоборот, отрекаясь от тела, он ничего не теряет, а лишь приобретает. Поэтому для метафизики человек, «эксцентрически размещенный по отношению к миру, есть чисто интеллектуальное, бестелесное существо, единственной функцией которого является наблюдение за миром, а для этой функции достаточно чисто познавательных способностей».<sup>15</sup>

Из изобретенной метафизикой дихотомии души и тела произросла вся эпистемологическая структура субъект-объектной парадигмы, которая претендовала на полный охват и исчерпание в себе всего существующего. Но, так как эта дихотомия была сконструирована метафизикой для ее преодоления на полюсе души – нетелесного, а значит, и неизменного, есть все основания согласиться с К. Свасьяном: «проклятия в адрес собственного тела трансформировались в мышление, оборачиваясь проклятиями в адрес природы».<sup>16</sup>

Метафизика не просто превращает человека в познающую машину, она еще и воспринимает познание как проклятие в адрес своего тела, а через него и всего мира, который, очевидно, в силу несоответствия идеальному порядку концлагеря, подлежит уничтожению. Поэтому, как бы не стремилась метафизика в своем самообмане утверждать обратное, в ее основе лежит не математическая чистота разума, а очень сильное чувство. К глубочайшему сожалению, последние несколько столетий с убедительностью

<sup>12</sup> Романо, *Авантюра времени*, 49–50.

<sup>13</sup> Именно этим и обусловлена его связь с событием.

<sup>14</sup> Этот канон метафизики тонко и с иронией описывает В. Бибихин: «кошке тело не помеха, а человеку помеха. Его разуму мешают страсти тела. Чистой мысли мешает плотская оболочка. Тело портит, грязнит, делает грубым. Не кошку: тело кошки не губит идею кошки; но тело человека губит тонкую идею человека». Владимир Бибихин, *Язык философии* (Москва: Языки славянской культуры, 2002), 312.

<sup>15</sup> Гумбрехт, *Производство присутствия*, 37.

<sup>16</sup> Карен Свасьян, *Становление европейской науки* (Москва: Evidentis, 2002), 337.

доказывают, что проклятия и ненависть к себе и миру значительно больше способствуют делу познания, чем, к примеру, любовь.<sup>17</sup>

Выдвигая свои обвинения Западу, О. Шпенглер главным считал то, что Запад – это культура прямых линий:

Культура Запада начинает с прямого-идеального-математического, а не с самих вещей и людей в их живой кривизне. Она потому антиприродна. Прямая – это выражение свойственного западной культуре стремления достичь всего, что хочется, кратчайшим путем и в кратчайшие сроки.<sup>18</sup>

Полностью разделяя пафос высказываний О. Шпенглера, следует отметить, что метафизика – это выдуманное разделение телесного и духовного с тем, чтобы вся история представляла собой преодоление этой дихотомии, а неизбежное окончание истории служило полной победой над вещественным в его уничтожении. Для меня очевидно, что это лживый и дефектный идеал человека и мира. В этой связи трудно подобрать лучшие слова, которые бы характеризовали современность, нежели сказанные Ю. Харари: «если начать с дефектного идеала, часто его дефекты проявляются только тогда, когда идеал будет близок к реализации».<sup>19</sup>

### III. Право: софистическое убежище философии

Метафизика в указанном выше значении безраздельно господствовала в западной философии, определяя ее темы, методологию и траекторию развития. Ее владычеству не угрожали даже самые фундаментальные преобразования в исторической судьбе Запада: ни замещение христианской теологией античного мировоззрения, ни замещения первой новоевропейской картиной мира. Исходя из этого, можно предположить, что как все подобные, так и менее значительные, революционные преобразования на деле оказываются поступательным, подчиненным своей логике и неизбежным развитием самого метафизического проекта.

Неметафизическое мышление, которое отрицает дихотомию тела и души, отказываясь от забвения человеческого тела и устранения пространства, на уровне философских концепций, пребывало в абсолютно маргинальном положении, будто бы ожидая своего времени – философа времени, который сможет вернуться за «платоновский жест» и пробудить поверженное метафизикой поэтическое мышление. Таким мыслителем стал М. Хайдеггер, который не просто отверг отправной пункт метафизики – различие субъекта и объекта, но и предложил ему альтернативу в виде концепции «бытия-

<sup>17</sup> Вспомним этимологию слова «философия». Исходя лишь из этого, уже достаточно оснований поставить под сомнение какую-либо связь метафизики с философией. Скорее, они противоположны друг другу.

<sup>18</sup> Отто Пёггелер, *Новые пути с Хайдеггером*, пер. А. Перцева, О. Матвейчева (Санкт-Петербург: Владимир Даль, 2019), 28.

<sup>19</sup> Юваль Ной Харари, *Ното Deus. За лаштунками майбутнього*, пер. Олександра Дем'янчука (Київ: BookChef, 2018), 87.

в-мире», которая и была призвана «восстановить контакт между человеческим самоопределением и вещественным миром».<sup>20</sup>

Одним из главных тезисов этой статьи выступает утверждение, что, будучи отвергнутым и преданным забвению философией, неметафизическое мышление стало истоком и определяющим на протяжении всей его истории принципом для другой интеллектуальности, которая до последнего времени беззаветно и под усиливающийся внешний гул насмешек и презрения хранила ему верность – этой интеллектуальностью стало право. В то время как философия увлеклась состязанием между теми, кто придумает более эффективный способ для интеллекта умерщвления тела и отторжения духа от вещи, право и построило себя на фундаменте наитеснейшей связи с вещью, выводя из этой связи как из истока все свои мыслительные построения.

С точки зрения права, главной заслугой М. Хайдеггера является то, что он эксплицировал – ввел в словесную ткань философского дискурса – то мироощущение, которое для юристов было имплицитным ремеслом.<sup>21</sup> При этом он сделал это без обращения к праву, а путем титанических усилий по разбору метафизических завалов и проникновению в самый исток западного мышления. Более того, М. Хайдеггер, казалось бы, однозначно указывал, что «с момента своего сущностного начала римское познание и мышление, устройство и расширение, созидание и действие никогда не совершают своего движения в сфере алетей и ψεύδος».<sup>22</sup> Однако в этом вопросе немецкий философ был не до конца последовательным. Он также утверждал, что «то, о чем идет речь, римляне называют *res*; значит по-гречески: говорить о чем-либо, совещаться об этом; *respublica* означает не «государство», а то, что заведомо касается каждого в народе, «захватывает» его и потому становится делом общественного обсуждения».<sup>23</sup> И следовательно, «слово *res* у римлян именуется то, что задевает людей, обстоятельство, спорный случай, казус».<sup>24</sup> Общим местом является признание казуистичности мышления

<sup>20</sup> Гумбрехт, *Производство присутствия*, 10.

<sup>21</sup> Право – это *ars*, а не *scientia*. В этой связи полностью разделяю суждение: «то, что поэт слышит и затем выражает в слове, ремесленник-творец слышит и затем выражает в вещи. Это – штучная вещь, которая всегда есть материальное послание кому-то с выражением безразличия-заботы». Пёггелер, *Новые пути*, 26. Право и возникает как искусство создания таких «штучных вещей-посланий», ими были *intentio* преторских формул. В этом вопросе право не знает развития и какого-либо вообще движения – правом и сейчас может считаться лишь то, что выступает эпистемологическим эквивалентом формул римских преторов.

<sup>22</sup> Хайдеггер, *Парменид*, 96.

<sup>23</sup> Хайдеггер, «Вещь», 321.

<sup>24</sup> Там же, 322. Такое понимание вещи как того, что побуждает к обсуждению, позволяет утверждать, что римское правовое начало не в меньшей степени воплощает софистический идеал философии, чем собственно греческая доплатоновская мысль. Подтверждением этого могут быть и слова, вложенные Фукидидом в уста Перикла, произнесенные в речи, которая может рассматриваться как манифест Запада: «мы сами обсуждаем наши действия или стараемся правильно ценить их, не считая речей чем-то вредным для дела; больше вреда, по нашему мнению, происходит от того, если приступать к исполнению необходимого дела без предварительного обсуждения его в речи». Фукидид, *Из речи Перикла над телами воинов*, пер. Ф. Мищенко, С. Жебелева, [http://www.lib.ru/POEAST/FUKIDID/fukidid1\\_1.txt](http://www.lib.ru/POEAST/FUKIDID/fukidid1_1.txt).

римских юристов.<sup>25</sup> Понятия римского права были привязаны к определенным юридическим ситуациям.<sup>26</sup> Понятия в римском мышлении не выполняли роль наиболее абстрактного представления, заменяющего собой все многообразие жизненных форм и отношений. Римские юристы остались независимыми от основного изобретения Платона, положившего начало европейской метафизики, – греческого понятия. Римское понятие было принципиально идиосинкратическим. Отличие римского понятия от греческого является настолько фундаментальным, что между ними практически нет ничего общего. Это дало Г. Берману основание утверждать, что «в римском праве отсутствовало не определение понятия, но “понятие понятия”».<sup>27</sup>

Дальнейшее изложение я посвящаю не порицанию Хайдеггера за поверхностное суждение о римском мире, в котором нашлось место и неметафизическому мышлению, созвучному истине как непотаенности, а лишь указанию на то, что право в его сущностном истоке не только не противоречит фундаментальным положениям философии Хайдеггера, но и выступает их едва ли не гранично-возможным претворением в жизнь.

Согласен с О. Цендровским, что базовым постулатом философии Хайдеггера выступает утверждение: «бытия не бывает без сущего, сущего не бывает без бытия».<sup>28</sup> Именно эта связь обуславливает и особый, отличный от метафизического, образ человека как пребывающего в нераздельном и целостном взаимоотношении с вещами. Задачей философии оказывается понимание того единого способа, «каким те или иные вещи оказываются “подручными” и “сподручными”, то есть связанными с рукой, и каким тот или иной человек в своем поведении, то есть как действующий рукой, руко-действующий, оказывается в отношении к подручному».<sup>29</sup>

В праве нераздельность и целостность взаимоотношения человека и вещи воплощаются в праве собственности. Человек может быть собственником, обретая качество лица и собственную жизненную траекторию, лишь если он поставит себя в отношение к вещи. Непосредственность такого отношения получило название владения. Право собственности возможно лишь на материальные вещи, которые доступны физическому господству – влиянию на тело собственника.<sup>30</sup> Любые попытки отделить волю собственника (*animus*) от физического контакта с вещью (*corpus*)<sup>31</sup> приводят к хаосу

<sup>25</sup> О казусе в римском праве, в частности, см.: Мануэль Хесус Гарсия Гарридо, *Римское частное право: казусы, иски, институты* (Москва: Статут, 2005), 101–12.

<sup>26</sup> Илона Бекленищева, *Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции* (Москва: Статут, 2006), 26.

<sup>27</sup> Harold Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* (Boston: Harvard University Press, 1983), 149.

<sup>28</sup> Олег Цендровский, “Понятие бытия (*Sein*) в философии М. Хайдеггера и её методологические особенности,” *Философская мысль* 9 (2016), [https://nbpublish.com/library\\_read\\_article.php?id=19068](https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=19068).

<sup>29</sup> Хайдеггер, *Парменид*, 185.

<sup>30</sup> Тело владения (*corpus possessionis*) является продолжением, пространственным расширением тела собственника.

<sup>31</sup> Примечательно, что попытки обретения волей самостоятельности от физического контакта с вещью восходят к греческому праву, которое оказывало значительное влияние на

и массовым нарушениям. Наиболее ярким является казус добросовестного приобретения собственности от неуправомоченного отчуждателя. Если я отдаю свою вещь арендатору (переношу на него *corpus*, оставляя за собой лишь *animus*), я подвергаю свое право собственности опасности – если арендатор продаст мою вещь, я могу утратить свое право. Одна лишь воля собственника не в состоянии предотвратить такую утрату. Примечательно, что в немецком праве этот принцип именуется *Hand wahre Hand*.<sup>32</sup> Дословный перевод – «рука за руку отвечает». Если я своей рукой телесно отторгаю от себя вещь, передавая ее другому, действия с вещью этого другого рассматриваются как продолжение моей (собственника) руки. И этот принцип не колеблет очевидное несовпадение моей воли действиям моего арендатора («его руки»). Приоритет отдается «руке» того, кто ближе к вещи, а не простой воле, лишенной непосредственного контакта с вещью («руки»). Поэтому цивилистика сопротивляется отторжению владения от собственности.<sup>33</sup>

Этим же обуславливается и признанная фиктивность права собственности на так называемые «бестелесные вещи» (имущественные права).<sup>34</sup> Оно вводится по утилитарным соображениям законодателем и существует исключительно как импера-

постклассическое римское право, способствуя его извращению и вульгаризации. Константин Скловский, “Политические и юридические аспекты теории дара,” *Politeia* 94, no. 3 (2019): 76. Принципиально отметить, что это идет вразрез с указанным выше утверждением Хайдеггера, поскольку оказывается, что именно классическая римская мысль была размышлением о присутствии, а греческое влияние способствовало отторжению значения от присутствия, что, собственно, и является «эффектом метафизики».

<sup>32</sup> Институту приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя посвящена статья 330 Гражданского кодекса Украины. О проблематике этого института, в частности, см.: Иван Трепицин, *Приобретение движимостей в собственность от лиц, не имеющих права на их отчуждение* (Варшава: Типография Варшавского учебного округа, 1907); Борис Черепакhin, “Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя,” в *Избранные труды*, ред. Сергей Алексеев (Москва: Статут, 2001), 225–80.

<sup>33</sup> Наиболее иллюстративны тут непреодолимые трудности, которые влечет французский принцип «*solo consensu*» – приобретение права собственности в силу одного лишь соглашения, без передачи вещи покупателю. Такое право собственности, основанное лишь на воле, по признанию самой французской цивилистики, является относительным, действующим лишь против продавца, который, отчуждив вещь третьему лицу до передачи ее покупателю, с легкостью может прекратить такое сугубо «спиритуалистическое», а следовательно, и иллюзорное, право собственности. Об этой проблеме см. подр.: Владимир Слыщенко, *Договор купли-продажи и переход права собственности: сравнительно-правовое исследование* (Москва: Статут, 2011). Другим примером может быть невозможность обеспечения транслятивного эффекта (переноса права собственности на контрагента) путем так называемой «цессии виндикации» – если моя вещь находится у незаконного владельца, я не могу распоряжаться ею. «Бестелесность» моей воли (вещь находится в самостоятельном владении другого лица) парализует ее распорядительные возможности. Подробнее об этой проблеме см.: Константин Скловский, “О праве на отчуждение имущества без передачи владения,” *Хозяйство и право* 8 (2003): 116–22; Дмитрий Лоренц, “Цессия виндикационного притязания,” *Современное право* 9 (2009): 70–4.

<sup>34</sup> Об этом, в частности, см.: Александр Латыев, “Вещные права в гражданском праве: понятие и особенности правового режима” (дис. кандидата наук, Уральская государственная юридическая академия, 2004), 11–35; Світлана Шимон, “Res incorporeales в римському приватному праві та сучасне бачення безтілесної речі,” *Економіка і право* 19 (2012): 219–25.

тивная норма позитивного права. Поэтому очевидно, что право собственности на вещи и право собственности на права характеризуются принципиально отличными онтологическими режимами.

Непреложным фактом в цивилистике является то, что право собственности возможно лишь на индивидуально-определенные вещи. Как говорил С. Франк,

вещи и вообще средства существования совсем не только механические средства, безразличные, заменимые части внешнего мира, с которым мы случайно и равнодушно соприкасаемся, а любимые индивидуальности и части или продолжения нашей собственной личности...<sup>35</sup>

Несложно предположить, что качества человека как индивидуальности онтологически формируются именно возможностью обладания индивидуальными вещами. Индивидуальность как черта вещей конвертируется в индивидуальность как качество человека-личности.

В этом контексте и следует понимать утверждение, что «ремесленно сработанная вещь была доступом к бытию».<sup>36</sup> Созданная человеком, будучи продолжением его руки, она приобретает индивидуальные черты. Обладание такими вещами-посланиями и создает предпосылки для личностной истории их собственника. И поскольку существует корреляция между образом человека и образом права<sup>37</sup> – образом правового человека выступает собственник.<sup>38</sup>

Для экспликации философского статуса права фундирующее значение имеет вывод, который М. Хайдеггер делает из положения: «Dasein понимает себя ближайшим образом и по преимуществу из вещей; заодно здесь понято также вот-бытие-рядом других».<sup>39</sup> Из этого следует утверждение об онтологическом устройении Dasein,

состоящего в том, что оно вообще есть ради самого себя. Только потому, что Dasein так устроено, оно может быть-рядом с другим Dasein, и только поэтому некое другое Dasein, для которого, в свою очередь, дело идет о его бытии, может вступить в экзистентное по своей сути отношение с тем, кто для него – другой.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> Семён Франк, «Собственность и социализм», [http://gallery.economicus.ru/cgi-bin/frame-rightn.pl?type=ru&links=./ru/frank/works/frank\\_w1.txt&name=frank&img=brief.gif](http://gallery.economicus.ru/cgi-bin/frame-rightn.pl?type=ru&links=./ru/frank/works/frank_w1.txt&name=frank&img=brief.gif).

<sup>36</sup> Пёггелер, *Новые пути*, 44.

<sup>37</sup> Сергей Максимов, *Правовая реальность: опыт философского осмысления* (Харьков: Право, 2002), 192.

<sup>38</sup> Развертывание смысла этого постулата возможно путем обращения к высказыванию М. Хайдеггера: «Dasein, в соответствии со своим собственным способом быть (в соответствии с трансценденцией) уже – снаружи, т. е. – при другом сущем, а это значит – всегда при самом себе» (Хайдеггер, *Основные проблемы феноменологии*, 399–400). Собственность как обладание вещами открывает для человека возможность трансцендирующего существования, а значит, лишь она способна открыть для человека его собственное, истинное существование, одарить его способностью «быть всегда при самом себе».

<sup>39</sup> Хайдеггер, *Основные проблемы феноменологии*, 393.

<sup>40</sup> Там же.

Поэтому невозможно согласиться с утверждением К. Скловского, что источник происхождения свободной воли находится в сделке.<sup>41</sup> Сделка не является онтологически первичной, она производна от собственности. Только собственник может стать стороной сделки (встать рядом с другим), и лишь потому, что только бытийное устройство собственника позволяет человеку экзистировать ради самого себя – быть собственным в смысле самопринадлежности. Производность, вторичность сделки по отношению к собственности позволяет понять смысл разграничения вещного и обязательственного права, наполнить это разграничение онтологическими коннотациями.

Исходя из этого, право собственности может пониматься как дискурс «производства присутствия», как это понятие понимает Х. Гумбрехт.<sup>42</sup> Это заставляет сделать оговорку относительно суждения Ю. Харари: «вера в то, что люди имеют бессметную душу, тогда как животные – лишь недолговечное тело – стержень нашей законодательной, политической и экономической системы».<sup>43</sup> С этим можно согласиться, но лишь при условии, что мы в этот список не включаем право, которое в самом своем истоке не предполагает элиминацию вещественного, а, наоборот, усиливает его влияние на человеческую жизнь.

Право собственности – квинтэссенция права – выступает посредником между человеком и вещью, таким посредником, который и наделяет человека собственным достоинством. Любые попытки обосновать солипсизм – непосредственность и замкнутость человеческого существа на себя, без связи с вещами, оборачивается отрицанием человека. Для понимания собственности как сути права важным выступает то, что «все непосредственное уже заведомо оказывается производным. Все начинается с посредника, и именно это оказывается “непостижимым для разума”».<sup>44</sup>

Собственность как веществование права определяет его софистическую природу. Это обусловлено связью вещи и слова. Право возникает как дискурс рукодействия – нахождения себя в связи с вещами. А согласно Хайдеггеру, «рука появляется только из слова и вместе со словом. Не человек “имеет” руки, но рука вбирает в себя сущность человека, потому что только будучи сущностной сферой действия руки слово является сущностной основой человека».<sup>45</sup>

Право собственности как дискурс рукодействия имплицитно содержит следующие две конституанты неметафизической философии.

Во-первых, только в отношении собственника к своей вещи возможно онтологическое различие. Намек на него можно увидеть в отличии отношения к вещи собствен-

<sup>41</sup> Скловский, “Политические и юридические аспекты,” 70.

<sup>42</sup> «Под “производством присутствия” понимаются всякого рода события и процессы, вызывающие или усиливающие воздействие “присутствующих” объектов на человеческие тела». Гумбрехт, *Производство присутствия*, 10.

<sup>43</sup> Харари, *Ното Deus*, 128.

<sup>44</sup> Цендровский, “Понятие бытия.”

<sup>45</sup> Хайдеггер, *Парменид*, 177.



ника и других лиц, которым она была передана собственником во временное владение и/или пользование.

Суть этого отличия, по словам К. Скловского, состоит в том, что «права держателя или арендатора могут быть перечислены, а собственника – нет».<sup>46</sup> Собственность – это не количественное превышение прав любого другого лица на вещь, в ней содержится качественно отличная полнота, не поддающаяся количественному (математическому) исчислению. Все права подлежат позитивной верификации, являются принудительно типизированными (законом, если это права вещные, либо договором, если это права обязательственные). И лишь право собственности не может быть сосчитано, верифицируется лишь негативно – не через указание на дозволенные действия, а через установленные законом конкретные запреты.

Все другие лица относятся к вещи сугубо утилитарно, как к средству удовлетворения конкретных потребностей. Собственность поэтому и выступает пространственным расширением человека, что лишь собственник может не потреблять вещь, относясь к ней как к себе (или, что более точно, лишь через свои вещи впервые становясь в отношении к себе самому – собственному).<sup>47</sup> Превышающая любую другую степень близость собственника к вещи, возможность непосредственного (без необходимости вступать в отношения с другими лицами) контакта с нею, создает качество непредзаданности конкретного содержания собственности, возможности его постоянного расширения и изменения.

Близость собственника к вещи и вводит человека в «просвет бытия», в ситуацию нового, априорно не заданного и непредрежденного смысла, в то, что Хайдеггер называл вот-бытие (*Dasein*). Собственность создает для человека простор, в котором он «вот-здесь для себя, в котором другие есть вот-рядом, в направлении которого (этого “вот”) выходят навстречу подручное и наличное».<sup>48</sup> Собственные (подручные, т. е. не просто составляющие одно целое с рукой человека, но и создающие для него «руку» в фундаментально-онтологическом смысле) вещи конституируют экзистенцию – различие бытия и сущего. Собственная вещь перестает быть замкнутым в себе сущим, поскольку она подручная человеку, который благодаря этой вещи получает возможность выйти за предел, заданный сущим (предсуществующим смыслом). Собственность, в отличие от любого другого, опосредованного, отношения к вещи, не ставит человека в зависимость от вещи и другого человека, а наоборот, создает свободу – собственную судьбу, пригодную для того, «чтобы перерасти душу животного и стать душой человека».<sup>49</sup>

Только собственность формирует человеческое бытие как выдвинутость в Ничто, заранее (по самой своей сути) уже выступает за пределы сущего в целом (т. е. за гори-

<sup>46</sup> Константин Скловский, *Собственность в гражданском праве* (Москва: Дело, 1999), 126.

<sup>47</sup> Поэтому абсолютно соглашаюсь с утверждением, что «абсурдом является само предположение, что права, созданные собственником иным лицам, – это те же права, которыми обладал и сам собственник». Скловский, *Собственность*, 128.

<sup>48</sup> Хайдеггер, *Основные проблемы феноменологии*, 399.

<sup>49</sup> Там же, 424.

зонт всех других возможных прав на вещь), и, следовательно, эффект собственности для человеческого существования – это трансценденция. Собственность – это отношение к вещи, то «между», которое происходит (сбывается) между человеком и его вещью, и в таком «между» она хранит истину человеческого существования.<sup>50</sup> Только в непосредственном отношении к собственным вещам проявляется отчуждающая странность сущего – просвет Ничто сквозь вещь.<sup>51</sup>

Таким образом, присвоение вещей собственником оказывается принадлежностью бытию. Присваивая вещь, человек присваивается бытием в свое истинное предназначение как открытого простора экзистенции. «Das Seyn ist das Er-eignis» – «Бытие есть при-своение».<sup>52</sup>

Во-вторых, поскольку право возникает из связи с вещью, связи, в которую врывается ничтожащая мощь бытия, право становится гетерономным. Как прекрасно сказал П. Легран, «право приходит от другого – от другого в тексте, и от другого, которое больше и древнее, чем текст».<sup>53</sup> Именно собственность и все, что на ней надстраивается (прежде всего – сделки-обязательства), претворяют жизнь в такое сущее, «которое есть потому, что оно может быть другим».<sup>54</sup> Собственность радикализирует идею онтологической подвижности человеческого бытия.

Собственность препятствует тождественности человека и его существования, и в этом смысле она предполагает постижение многообразия способов бытия как внутренне присущее самой собственности качество. В качестве такого продуцента многообразия собственность предполагает право исключительно как софистический дискурс. Собственность не просто созвучна софистике, а есть ею, поскольку последняя «определяет отношение человека к сущему, есть лишь подчеркнутое ограничение непотаенности сущего *разным для каждого* кругом внутримирового опыта»<sup>55</sup> (выделено мною. – А. Т.).

Эффект права, пристекающего из собственности, – это эффект множественности мира, пронизанного тканью различий. Именно это качество права оказывается первым, с которым сталкиваются. Оно четко отграничивает право как от науки в целом, так и от

<sup>50</sup> «Истина не налична среди вещей, однако она и не “случается” в некотором субъекте, но лежит, и это следует понимать дословно, посредине, “между” вещами и Dasein» (Хайдеггер, *Основные проблемы феноменологии*, 282).

<sup>51</sup> «Сущее – или возможность нашего обращения с сущим, что для Хайдеггера то же самое, – покоится на Ничто как на своем наипредельнейшем основании» (Вячеслав Фаритов, “Трансгрессия и трансценденция как перспективы времени и бытия в философии М. Хайдеггера и Ф. Ницше,” *Философская мысль* 8 (2014), [https://nbpublish.com/library\\_read\\_article.php?id=13371](https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=13371)).

<sup>52</sup> Цендровский, “Понятие бытия.”

<sup>53</sup> Pierre Legrand, “Foreign Law: Understanding Understanding,” *Journal of comparative law* 6, no. 2 (2011): 78.

<sup>54</sup> Мартин Хайдеггер, *Феноменологические интерпретации Аристотеля. (Экспозиция герменевтической ситуации)* (Санкт-Петербург: «Гуманитарная Академия», 2012), 137.

<sup>55</sup> Мартин Хайдеггер, “Европейский нигилизм,” в *Время и бытие*, ред. и пер. Владимира Бибикина (Москва: Республика, 1993), 117.

отдельных ее дисциплин. Это же качество права вызывает наиболее непонимания, отвращения и презрения к нему со стороны всех, кто стремится погрузить мир в саркофаг универсального и самотождественного.<sup>56</sup>

#### IV. «Век поэтов» действительно завершен

История идей пестрит множеством мыслительных экспериментов и спекуляций апокалиптического толка. Не горю желанием продолжить эту славную традицию и впадать в пророчества. Лишь подчеркну принципиальную разницу интонаций. Я не говорю о том, что право исчезнет в будущем ввиду какой-либо катастрофы.<sup>57</sup> Неуместно говорить об этом в будущем времени – то, что приведет к иссушению истока права, уже существует, а потому «конец истории» в сущностном смысле уже наступил. Все происходящие – это лишь последствия. Повторюсь – Рубикон перейден!

При этом речь не идет о каком-либо опровержении права. Его конец не является дискурсивным – не выступает усилием мысли, воплощенным в слове. Конец права – это прерывание разговора. Право просто становится неуместным и невозможным. Причем такие неуместность и невозможность вряд ли даже предполагают вербализацию.<sup>58</sup> Можно лишь повторить вслед за А. Бадью: «едва ли возможна другая фундаментальная критика Хайдеггера, кроме следующей: век поэтов завершен».<sup>59</sup> А поскольку эффект софистики (он же, как указано выше, – эффект права) – это эффект мира,<sup>60</sup> укажем, какой он «новый дивный мир», который не приемлет права, как, впрочем, и наоборот (последнее даже важнее).

<sup>56</sup> Для меня кредо такого антиправового универсализма воплощено в следующем высказывании: «Не существует больше немецкой физики, бельгийской химии или американской медицины. Благодаря интернационализации этих наук их национальная принадлежность выражается главным образом лишь в констатации того, насколько существенны достижения различных стран в каждой из них. Как ни странно, по-другому происходит с правовой наукой» (Конрад Цвайгерт и Хейн Кётц, *Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права*: том 1, пер. Ю. Юмашева (Москва: Междунар. отношения, 2000), 27).

<sup>57</sup> Кстати, такая катастрофа, скорее, могла бы способствовать его сохранению. Ее можно было бы истолковать как вмешательство бога, который, согласно известному афоризму М. Хайдеггера, только еще и может нас спасти.

<sup>58</sup> Как прекрасно отмечает Б. Кассен, «опровержение софистики, какого она вправе для себя ожидать, требует опровержения логоса, заключенного в звуках голоса и в словах; но, признает Аристотель, такое опровержение в точном и буквальном смысле “невозможно”, потому что всегда возможно “говорить” противоположности и полагать, что де-факто всякий раз, когда они высказываются, они высказываются совершенно чистосердечно. В итоге невозможности говорить противоположные вещи ничуть не больше после опровержения, чем до него» (Барбара Кассен, *Эффект софистики*, пер. Л. Россиуса (Москва, Санкт-Петербург: Московский философский фонд; Университетская книга; Культурная инициатива, 2000), <http://poisk-istini.com/literatura/effekt-sofistiki-barbara-kassen>). Последнее предложение приведенного фрагмента является ключевым. Так как опровержение не устраняет софистику, нужно просто сделать невозможным как опровержения, так и утверждения – обездвижить язык и перекрыть доступ к дискурсу.

<sup>59</sup> Бадью, *Манифест*, 44.

<sup>60</sup> Кассен, *Эффект софистики*.

А. Стомба предлагает такой мыслительный эксперимент:

Представим, что какая-то глобальная катастрофа уничтожила все материальные носители права – своды законов, кодексы, интернет-сайты, электронные базы данных, сборники судебной практики... Будет ли это означать, что исчезло само право? Означает ли это, что можно будет безнаказанно совершать убийства, грабить, нарушать договоры? Очевидно, что нет. Однако как же будет существовать в таком случае право? Говоря философским языком, существует ли право до и кроме законодательства, и если существует, какая его структура и способ бытия?<sup>61</sup>

Представляется, что ситуация выглядит ровным образом наоборот – все перечисленные материальные формы остаются в неприкосновенности, а право исчезает без возможности возродиться. Эти материальные формы никогда больше не смогут выражать право, причем безотносительно от их содержания и этической оценки. Почему? Этот принципиальный вопрос и требует хотя бы краткого изложения.

Современная литература наполнена описаниями последствий технологической революции и революции искусственного интеллекта. Нет сомнений, что речь идет именно о «замене нейронных сетей умными программами»;<sup>62</sup> о всеобщей и всеохватывающей стандартизации в духе хайдеггеровского «das Man»; о претворении в жизнь идеи Сен-Симона превратить мир в единую фабрику;<sup>63</sup> и наконец, о целесообразности замены всех людей на компьютеры в некоторых профессиональных областях уже сейчас<sup>64</sup> (кстати, юридическая практика входит в список).

Не иначе как апофеоз наивности могут восприниматься надежды О. Пёггелера на гармоничное сочетание искусства и техники, когда «человек смог бы научиться ставить пределы развитию техники – и научиться не желать делать все то, что технически возможно». <sup>65</sup> Его учитель был избавлен от таких сентиментальных надежд, отчетливо понимая, что техника не оставляет бытийное устройство человека в неприкосновенности и что не человек кладет пределы технике, а она, сначала ограничивая возможности экзистенции, кладет предел философскому («поэтическому») существованию человека.

Приговором, особенно в контексте сегодняшнего дня, когда мы стоим перед четкой перспективой создания «интернета вещей», выступает «казус печатающей машинки». М. Хайдеггер без тени иронии утверждал, что «пишущая, а точнее, печатающая машинка вырывает письмо из бытийной сферы руки, то есть слова», она приводит к тому, что «рука человека утрачивает свое сущностное достоинство, причем человек как следует этого не осознает и не понимает, что здесь уже изменился характер отнесен-

---

<sup>61</sup> Алексей Стомба, *Правовая ситуация как исток бытия права* (Харьков: ФОРС Лисяк Л. С., 2006), 1.

<sup>62</sup> Харарі, *Ното Deus*, 63.

<sup>63</sup> Пёггелер, *Новые пути*, 29, 41.

<sup>64</sup> Юваль Ной Харарі, *21 урок для 21 століття*, пер. Олександра Дем'янчука (Київ: Форс Україна, 2018), 42–3.

<sup>65</sup> Пёггелер, *Новые пути*, 440.

ности бытия к существованию человека». <sup>66</sup> Через печатающую машинку техника врывается в сферу сущностной отличительной особенности человека, разрывая связь руки и слова, а значит – закрывая доступ в мир вещей, «лишая человека руки». <sup>67</sup>

Для права такой «печатной машинкой», лишаящей человека «рук», является, в частности, технология смарт-контрактов. Классический договор всегда допускает возможность его нарушения. Для мотивирования сторон договора вести себя честно сейчас используются юридические механизмы, судебная система, что требует больших трат времени, денег и решения не всегда справедливы. Технологической альтернативой операциональной и этической неэффективности права и служит смарт-контракт, при котором компьютерная программа сама исполняет все его условия. Никаких действий по исполнению договора от сторон не требуется. И поскольку одним из ключевых элементов обязательства выступает его направленность в будущее и последующие волевые действия (бездействие) обязанного лица по его исполнению, в случае исполнения соответствующих условий самим компьютером утрачивает значение и само понятие обязательства, *поскольку в смарт-контракте имеет значение прописанная программа, а не поведение должника* <sup>68</sup> (выделено мной. – А. Т.).

Вот так и выглядит выход из платоновской пещеры – он в технологической невозможности нарушения договора, математической обеспеченности честности и справедливости, когда от человеческих действий уже ничего не зависит. Невозможность нарушить взятое тобой в интересах другого лица обязательство не делает тебя лучшим человеком. Такая невозможность прокладывает максимально быстрый и жесткий путь к обезчеловечиванию. Автоматичность исполнения договора выхолащивает из права время и Событие. <sup>69</sup> Причем самоисполняемость договора открывает возможность генерализации: если индивидуальная норма договора может стать технологически обязательной, почему такой не может быть общая норма закона? В этом смысле уже риторичным представляется вопрос Ю. Харари: «действительно ли мы хотим иметь систему, в которой решения политиков, способных ошибаться, станут такими же неумолимыми, как земное притяжение». <sup>70</sup>

<sup>66</sup> Хайдеггер, *Парменид*, 177–8, 187.

<sup>67</sup> Редкой точности и выразительности удалось добиться К. Свасьяну, который, характеризуя философию Канта, отметил: «он спас чистоту рук ценою потери самих рук» (Свасьян, *Становление европейской науки*, 416–7). То, что свершилось на уровне идей в кантовской философии, сейчас активно претворяется в действительность, переставая быть лишь умозрительным.

<sup>68</sup> Ирина Давидова, «Правочини і їх недійсність в інформаційному суспільстві» (дис. доктора наук, Національний університет «Одеська юридична академія», 2018), 150–1, 173.

<sup>69</sup> Поэтому в скором времени вряд ли останутся уместными слова А. Стовбы: «...правовое деяние есть то, которое направлено на нас в нашем бытии друг с другом, причем так, что мы сами в конкретном модусе нашего бытия оказываемся поставленными под вопрос... Так как я совершил нечто, *на то время*, которое отделяет меня от встречного действия того, на кого направлено мое действие, я как бы “зависаю” в своем статусе: сбудусь ли я покупателем – дадут ли мне товар за уплаченные деньги?..». Алексей Стовба, «Что есть право?» *Правоведение* 4 (2013): 183.

<sup>70</sup> Харари, *21 урок*, 91.

Спустя несколько тысячелетий метафизика скоро получит инструмент окончательного решения софистического вопроса и преодолет довлеющее над ней проклятие полисемии. Замена слова стационарным значением – вот что формирует качество нынешней эпохи.<sup>71</sup> Математика притязает на именование неизменного, на концептуализацию нехватки, иными словами, на математическое решение проблемы Ничто.<sup>72</sup> Метафизический проект завершается приведением жизни в соответствие со своими неизменными формулами.

В мире, где все определяется математикой; где обоснование перешло от человека к алгоритмам; где само существование человека подчинено задаче создания всеобъемлющей системы обработки данных, чтобы затем стать ее частью; в этом безмирном мире<sup>73</sup> нет места философии и праву.

М. Хайдеггер недвусмысленно подчеркивал: «самое пустое и одновременно всего меньше связанное с существом человека знание, математическое, не может стать мерилом для самого полного и обязывающего знания, какое можно помыслить: философского».<sup>74</sup> «Изначальная сущность времени принципиально чужда числу»,<sup>75</sup> а сама философия – это и есть то, что одно «время» никогда не сможет заимствовать из другого «времени», то, что никогда не захочет выступить с требованием смочь и быть в состоянии изъять из грядущих времен бремя и беспокойство радикального вопрошания.<sup>76</sup>

Принадлежность права к одному с философией-софистикой истоку – собирающему раскрытию в слове смыслов отношения человека и вещи – обуславливает вывод о несовместимости технологической картины мира и права. Идеалом математики является катарсис – очищение от тела. В течение столетия технология последовательно и нарастающими темпами отстраняет нас от нашего тела. Это происходит потому, что сам человек перестает восприниматься из перспективы своего временного и конечного существования. Но другая перспектива – пронизанное религиозным экстазом стремление к вневременному, бесконечному, однозначному, эффективному, разумному

<sup>71</sup> Технологическим решением проблемы полисемии может стать хэш – уникальный код, который меняется при смене даже одного символа в тексте, рассчитывается с помощью сложной математической формулы и всегда будет одинаковым для одной и той же информации. Следовательно, не может быть два разных хэша для абсолютной одинаковой информации. Давидова, «Правочини і їх недійсність», 149.

<sup>72</sup> Бадью, *Манифест*, 61. М. Хайдеггер предвидел и это: «Различие, лежащее в основе всяких различий, и начало всякого различения, то есть различие бытия и сущего полностью упраздняется и при содействии человека из ничего не предугадывающего невнимания к тому, что, собственно, следует мыслить, превращается в нечто просто не принимаемое в расчет – не принимаемое в зловещем непродумывании, проистекающем из забвения» (Хайдеггер, *Парменид*, 327).

<sup>73</sup> «Лишь покуда есть Dasein, т. е. покуда оно экзистирует, имеется мир» (Хайдеггер, *Основные проблемы*, 393–4).

<sup>74</sup> Мартин Хайдеггер, «Основные понятия метафизики», в *Время и бытие*, ред. и пер. Владимира Библина (Москва: Республика, 1993), 340.

<sup>75</sup> Хайдеггер, *Парменид*, 305.

<sup>76</sup> Хайдеггер, *Феноменологические интерпретации*, 48–9.

и логичному – уготовила человеку однозначный выбор: либо стать быстро считающей машиной, либо погрязнуть в бремени собственной ненужности, исчезнуть из бытия как собственной истории, так и истории мира. Если бы право и могло само решать свою судьбу – в такой ситуации лучшим выбором было бы самоустраниться.

### V. Vale!<sup>77</sup>

Долгое время, как бы пребывая вдали от эпицентра истории мышления, право обнаруживает свой величественный статус лишь в ее конце. Оказывается, оно всегда было в центре. Изгнанная с вершин философии, софистическая мудрость много столетий укрывала с помощью права человеческое бытие в его исконном и естественном окружении – в окружении близких и собственных вещей, отношение к которым дарит как собственную личность, так и возможность равного, свободного общения с другими людьми. Философия должна признать эту заслугу права, тем более что хоть и возникли они в разное время и в разных местах – завершение у них общее.

Обильно цитируемый в этой статье М. Хайдеггер сформулировал вопрос – быть может, самый важный не только для его философии: «Что если не только человек забыло сущность бытия, но само бытие забыло человека и отпустило его в самозабвение?»<sup>78</sup>

Искренне желая ошибиться, предположу, что правильными являются два позитивных ответа. Свидетельством забвения бытием человека может выступать его все нарастающая ненужность и неуместность. Принципиальным является то, что человек отрезает себя от философии, отрекаясь от права. Именно за отречение от права бытие карает человека забвением.

Из этого следует вопрос-диптих (ведь философия и право – это тоже диптих): 1. Возможно ли еще вопрошание о сути бытия, присвоение бытием человека? 2. Возможно ли еще вопрошание о сути права и построение человеческой жизни на правовом принципе отношения между человеком и вещью?

Общим выводом этой краткой и предварительной по своей сути работы выступают отрицательные ответы на эти вопросы. Мы пребываем в состоянии транзита в качественно новую реальность: забвение человеком бытия сменяется забвением бытием человека! Человек-Dasein, как тот, кто не может быть рассчитан и исчислен, становится для построенной на алгоритмах искусственного интеллекта технологической парадигмы операционально избыточным и ненужным. Для сохранения своей уместности, т. е. демонстрации возможности вмонтирования в технику, само существо человека должно претерпеть радикальную трансформацию: окончательное истончение телесности и сведение духовности к функции счета и обмена данными. Право не пере-

<sup>77</sup> С латинского часто переводится как «прощай». Н. Талеб придает ему значение «будь несокрушимым» и «будь достойным» (Нассим Николас Талеб, *Черный лебедь. Под знаком непредсказуемости*, 2-е изд., доп. (Москва: КоЛибри, Азбука-Аттикус, 2019), 590). В контексте искомого нами смысла и эмоционального посыла все три значения являются уместными.

<sup>78</sup> Хайдеггер, *Парменид*, 356.

живет такую трансформацию и будет заменено техническими регламентами. На излете своего существования право демонстрирует неразрывную связь с человеческой экзистенцией, представляя «правовой четверицей»: симфонией воли, тела, слова и вещи. Поэтому если человек, как его мыслит неметафизическая философия, становится устаревшим, такая же участь постигает и право. Оно – сфера мирствования смертных, чья судьба свершается под знаком непредрешенности. Ему не найдется места в математическом рае рафинированного интеллекта.

В завершение приведу слова из той эпохи, когда увлекательная философско-правовая одиссея для европейского человека только начиналась. Если мы еще храним в себе причастность к истокам права и философии, они всегда будут уместны:

Если есть меж смертными счастье –  
Оно за трудами;  
Только богу под силу вложить его в единый лишь день.  
От сужденного не уйти:  
Разящий час непредвидимости  
Нежданное подарит, а жданного не пошлет.<sup>79</sup>

Vale!

© А. Ткаченко, 2019

## Bibliography

- Badiou, Alain. *Manifest of Philosophy*. Translated by Vladimir Lapitskiy. Saint Petersburg: Machina, 2003 (in Russian).
- Beklenyshcheva, Ilona. *Civil Law Contract: Classical Tradition and Modern Tendencies*. Moscow: Statut, 2006 (in Russian).
- Berman, Harold. *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. Boston: Harvard University Press, 1983.
- Bibihin, Vladimir. *Language of Philosophy*. Moscow: Yazyki slavyanskoy kultury, 2002 (in Russian).
- Cassin, Barbara. *Sophistry Effect*. Translated by L. Rossius. Moscow, Saint Petersburg: Moskovskiy filosofskiy fond; Universitetskaya kniga; Kulturnaya iniziativa, 2000. <http://poisk-istini.com/literatura/effekt-sofistiki-barbara-kassen> (in Russian).
- Cherepachyn, Boris. “The Legal Nature and Rationale for Ownership Right Acquisition from Unauthorized Alienator.” In *Selected Works*, edited by Sergey Alekseev. Moscow: Statut, 2001 (in Russian).
- Davydova, Iryna. “The Deals and their Invalidity in the Information Society.” Doctor of Law diss., National University Odessa Law Academy, 2018 (in Ukrainian).

---

<sup>79</sup> Пиндар, *Эпипикии пифийские. Горгона. Мидасу акрагантскому, победителю на флейте*, <http://www.proza.ru/2011/10/03/848>.



- Faritov, Vyacheslav. "Transgression and Transcendence as a Perspective of Time and Being in Philosophy of M. Heidegger and F. Nietzsche." *Philosofskaya mysl* 8 (2014): 1–24. [https://nbpublish.com/library\\_read\\_article.php?id=13371](https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=13371) (in Russian).
- Frank, Semen. *The Ownership and Socialism*. [http://gallery.economicus.ru/cgi-bin/framerightn.pl?type=ru&links=../ru/frank/works/frank\\_w1.txt&name=frank&img=brief.gif](http://gallery.economicus.ru/cgi-bin/framerightn.pl?type=ru&links=../ru/frank/works/frank_w1.txt&name=frank&img=brief.gif) (in Russian).
- Fukidid. *From the Speech of the Pericles over the Graves of Warriors*. Translated by F. Myshchenko, S. Zhebelev. [http://www.lib.ru/POEEAST/FUKIDID/fukidid1\\_1.txt](http://www.lib.ru/POEEAST/FUKIDID/fukidid1_1.txt) (in Russian).
- Garcia Garrido, Manuel Jesus. *Roman Private Law: Incidents, Claims and Institutions*. Moscow: Statut, 2005 (in Russian).
- Gumbrecht, Hans Ulrich. *Production of Presence: What Meaning Cannot Convey*. Translated by S. Zenkin. Moscow: Novoe literaturnoe obozrenie, 2006 (in Russian).
- Harari, Yuval Noah. *21 Lessons for 21 Century*. Translated by Oleksandr Demianchuk. Kyiv: Fors Ukraina, 2018 (in Ukrainian).
- Harari, Yuval Noah. *Homo Deus: A Brief History of Tomorrow*. Translated by Oleksandr Demianchuk. Kyiv: Book Chef, 2018 (in Ukrainian).
- Heidegger, Martin. "Basic Concepts of Metaphysic." In *The Time and Being*, edited and translated by Vladimir Bibihin, 327–44. Moscow: Respublika, 1993 (in Russian).
- Heidegger, Martin. "European Nihilism." In *The Time and Being*, edited and translated by Vladimir Bibihin, 63–176. Moscow: Respublika, 1993 (in Russian).
- Heidegger, Martin. "Thing." In *The Time and Being*, edited and translated by Vladimir Bibihin, 316–26. Moscow: Respublika, 1993 (in Russian).
- Heidegger, Martin. *Parmenides*. Translated by A. Schurbelev. Saint Petersburg: Vladimir Dal, 2009 (in Russian).
- Heidegger, Martin. *Phenomenological Interpretations of Aristotle. (Exposition of Hermeneutical Situation)*. Translated by N. Artemenko. Saint Petersburg: Humanitarnaya Academia, 2012 (in Russian).
- Heidegger, Martin. *Reflections II–IV (Black Notebooks 1931–1938)*. Translated by A. Hryhorev. Moscow: Institut Gaydara, 2016 (in Russian).
- Heidegger, Martin. *The Main Problems of Phenomenology*. Translated by A. Cherniakov. Saint Petersburg: VRFS, 2001 (in Russian).
- Latyev, Alexandr. "The Property Rights in Civil Law: Concept and Features of the Legal Regime." Candidate of Law diss., Ural State Law Academy, 2004 (in Russian).
- Legrand, Pierre. "Foreign Law: Understanding Understanding." *Journal of Comparative Law* 6, no. 2 (2011): 67–177.
- Lorenz, Dmitriy. "The Cession of Vindication Claim." *Sovremennoye pravo* 9 (2009): 70–4 (in Russian).
- Maksimov, Sergey. *Legal Reality: Experience of Philosophical Reflection*. Kharkov: Pravo, 2002 (in Russian).
- Pindar. *Pythian epinikia. Gorgon. For the Flute Winner Midas from Akragant*. <http://www.proza.ru/2011/10/03/848> (in Russian).

- Pöggeler, Otto. *New Ways with Heidegger*. Translation by A. Pettsev, O. Matveichev. Saint Petersburg: Vladimir Dal, 2019 (in Russian).
- Romano, Claude. *Adventure of Time*. Translated by Ruslan Loshakov. Moscow: RIPOL classic, 2017 (in Russian).
- Schimon, Svitlana. "Res Incorporales in Roman Private Law and Incorporal Thing Modern Vision." *Economika i pravo* (2012): 219–25 (in Ukrainian).
- Sklovsky, Konstantin. "About the Right to Property Alienation without Transfer of Possession." *Hoziaystvo i pravo* 8 (2003): 116–22 (in Russian).
- Sklovsky, Konstantin. "Political and Legal Aspects of Theory of Gift." *Politeia* 94, no. 3: 55–86 (in Russian).
- Sklovsky, Konstantin. *The Ownership in Civil Law*. Moscow: Delo, 1999 (in Russian).
- Slyshchenkov, Vladimir. *The Sale Contract and Transfer of Ownership Right: Comparative Law Study*. Moscow: Statut, 2011 (in Russian).
- Stovba, Alexey. "What is Law?" *Pravovedenie* 4 (2013): 178–86 (in Russian).
- Stovba, Alexey. *Legal Situation as the Source of Law Being*. Kharkov, 2006 (in Russian).
- Svasian, Karen. *The Formation of European Science*. Moscow: Evidentis, 2002 (in Russian).
- Taleb, Nassim Nicholas. *The Black Swan. The Impact of the Highly Improbable*. 2 ed. Translated by V. Sonkyn, A. Berdychevskiy, M. Kostyonova, V. Popov. Moscow: Co-Libri, Azbuka-Atticus, 2019 (in Russian).
- Trepysyn, Ivan. *The Acquisition of Ownership on Movables from Persons who are not Entitled to its Alienation*. Warsaw: Warsaw education district typography, 1907 (in Russian).
- Tsendrovskiy, Oleg. "Concept of Being (Seyn) in Philosophy of M. Heidegger and its Methodological Features." *Philosofskaya mysl* 9 (2016): 18–36. [https://nbpublish.com/library\\_read\\_article.php?id=19068](https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=19068) (in Russian).
- Zweigert, Konrad, and Hein Kötz. *Introduction to Comparative Law in the Sphere of Private Law*. Vol. 1. Translated by Yu. Yumashev. Moscow: Mezhdunarodnye otnoscheniya, 2000 (in Russian).

### **Александр Ткаченко. Прощание с правом и философией: некоторые предварительные экспликации**

**Аннотация.** В статье современная конфигурация технологической цивилизации характеризуется как завершение проекта метафизики, которое приводит к полному исчерпанию возможностей философского и правового мышления.

Метафизика рассматривается как двойственный жест освоения мира: во-первых, как изобретение дихотомии идеального и материального, которая воплощается в рассмотрении сущности человека как противопоставления души и тела; во-вторых, как преодоление этой дихотомии путем избавления от телесного в пользу духовно-разумного. В этом качестве метафизика реализует идеал единого и непротиворечивого мира. Противоположный полюс мышления представлен софистикой, которая привязывает смысл к связанности слова и вещи в конкретной ситуации-событии. Софистический дискурс свое наиболее полное и последовательное воплощение нашел в праве, которое на протяжении всей своей истории обосновывало необходимость связи человека и вещи. Нарастающее давление технологий на сферу человеческого бытия закрывает возможности трансценденции как онтологического различения бытия и ничто. Связь человека и вещи окончательно разрывается. «Бытие-в-мире»

заменяется математическими алгоритмами. Право не может и не должно искать себе место в картине мира «разумной техники» – всегда оставаясь кровом человеческой экзистенции, забвение права становится следствием отречения человека от Бытия.

**Ключевые слова:** право собственности; онтологическое различие; метафизика; право-как-софистика; экзистенция; вещь; технический алгоритм; смарт-контракт; правовое сравнение; исчерпание права.

### **Олександр Ткаченко. Прощання з правом і філософією: деякі попередні експлікації**

**Анотація.** Сучасна інтелектуальна ситуація характеризується вичерпанням можливостей людської екзистенції, її заміщенням технологічними алгоритмами. Найтісніший зв'язок права із сутністю людського існування обумовлює відповідне вичерпання можливостей права та його завершення як дискурсивної форми облаштування світу.

Проект європейської метафізики є протиставленням множинності світу речей і смислів слів єдності й універсальності нематеріального, що існує поза речами, – світу ідей. Дихотомія локалізується у самому естві людини: матеріальному відповідає тіло, ідеальному – душа. Наслідком такого протиставлення є прагнення метафізики елімінувати речове/матеріальне зі сфери смислів, заперечити його значимість для людського існування.

Неметафізична позиція відносно буття людини представлена софістичним (поетичним) принципом найтіснішого зв'язку людини з речами. При цьому відсутній механізм уніфікації і недопущення многозначності значень слів. Зв'язок конкретної людини з конкретною річчю завжди приховує можливість творення нового смислу. Усупереч маргіналізації софістики в межах загального філософського дискурсу софістичний (поетичний) принцип зв'язку людини і речі став основою права. Витоком останнього стало право власності – найтісніший зв'язок людини з річчю, який конститує особистість і простір вільної і рівної комунікації з іншими. Дійсний зміст і значення права власності може бути розкритий за допомогою концептів онтологічного розрізнення, буття-у-світі і привласнення буттям людини через привласнення речей і відкриття унікальної траєкторії особистісного проектування.

Сучасна технологічна картина світу є повною й остаточною реалізацією метафізичного проекту – заміщення дискурсу математичними алгоритмами. Людські дії вихолощуються як зі сфери зв'язку з речами, так і зі сфери відносин з людьми. Недоторканність власності і виконуваність договорів стають математично забезпеченими. Неможливість порушення права означає його зникнення. Світ перестає бути питанням людської турботи і ризику. Речі заміщуються предметами, й людині вготована доля стати одним з них.

**Ключові слова:** право власності; онтологічне розрізнення; метафизика; право-як-софистика; екзистенція; річ; технічний алгоритм; смарт-контракт; правове порівняння; вичерпання права.

### **Alexander Tkachenko. Farewell to Law and Philosophy: Some Preliminary Explications**

**Abstract.** The modern intellectual situation is characterized by the exhaustion of the possibilities of human existence, and its replacement by technological algorithms. The closest connection of law with the essence of human existence causes the corresponding exhaustion of the possibilities of law and its completion as a discursive form of arrangement of the world.

The project of European metaphysics is contradiction between the plurality of the world of things and the meanings of words and the unity and universality of the intangible that exists outside of

things – the world of ideas. Dichotomy is localized in the essence of human: the material corresponds to the body, the ideal – the soul. A consequence of this opposition is to assert the metaphysic to eliminate material from the realm of meanings, to deny its significance for human existence.

The non-metaphysical position regarding human existence is represented by the sophisticated (poetic) principle of the closest connection of human to things. There is no mechanism for unification and preventing the ambiguity of word meanings. The connection of a particular person with a particular thing always hides the possibility of creating new meaning. Contrary to marginalization of sophistry within the limits of general philosophical discourse, the sophisticated (poetic) principle of connection between human and things became the basis of law. The origin of the latter was ownership right – the closest connection a person has with a thing that constitutes personality and the space of free and equal communication with others. The true meaning of ownership right can be revealed through the concepts of ontological distinction, being-in-the-world, and being appropriated by being human by appropriating things and opening a unique trajectory of personal design.

The modern technological picture of the world is a complete and final realization of the metaphysical project of replaces discourse with mathematical algorithms. Human actions are emanating from both the sphere of things and the relations with people. The integrity of the property and the enforceability of the contracts become mathematically secure. The inability to violate a right means its disappearance. The world is no longer a matter of human concern and risk. Things are replaced by objects, and man is destined to become one of them.

**Keywords:** ownership right; ontological distinction; metaphysics; law-as-sophistry; existence; thing; technical algorithm; smart contract; legal comparison; exhaustion of law.

Одержано / Received 15.09.2019

## ЛЮДСЬКА ГІДНІСТЬ: АКТУАЛЬНІ ДЕБАТИ В НІМЕЧЧИНІ

У дебатах щодо людської гідності в сучасній Німеччині беруть участь науковці, політики, журналісти, педагоги, медики, представники культури, різних церков та релігійних об'єднань, громадських й інших організацій. У рамках цих дебатів представлені різні точки зору, хоча їх учасники як вихідну позицію беруть до уваги першу статтю «Основного закону для Федеративної Республіки Німеччина» (далі – Основний закон ФРН), який було затверджено рішенням тогочасної Парламентської Ради (der Parlamentarische Rat) від 23 травня 1949 р.<sup>1</sup> Ця стаття, яка відкриває розділ «I. Основні права», звучить дослівно так: «Гідність людини є недоторканною. Поважати та захищати її є обов'язком всієї державної влади».<sup>2</sup>

В Основному законі ФРН термін «гідність людини» більше не вживається, але в статті 79 сказано, що неприпустимими є зміни Основного закону ФРН, котрі стосуються принципів, які вказані, зокрема, у його першій статті.<sup>3</sup> Апелюючи до вказаної статті, учасники актуальних дебатів у Німеччині пропонують своє розуміння людської гідності. При цьому таке розуміння не є єдиним, оскільки науковці залежно від сфер науки та власних знань і переконань наводять свої аргументи щодо певного трактування людської гідності. Таким чином, людська гідність розуміється учасниками названих дискусій у досить широкому плані, зокрема, як: основне право людини або право людини, правовий принцип, правове поняття, правова ідея, моральний принцип, людська цінність, абсолютна ідея тощо.

У даній статті аналізуються актуальні дебати щодо людської гідності в Німеччині на початку ХХІ ст., тобто в хронологічному відношенні – за останні десять-п'ятнадцять років. Більшість німецьких авторів, праці яких розглянуто далі, перед змістовним викладенням своїх специфічних питань торкаються літератури на вказану тематику. Тому в сенсі провідних сучасних публікацій та ступеня розробленості теми даної статті посилаємося саме на цих авторів, позиції яких щодо людської гідності будуть тут проаналізовані. Серед них: Нільс Тайфке, Флоріан Кнауер, Пауль Тідеманн, Ральф Штйокер,

\* Володимир Олексійович Абашнік, доктор філософських наук, професор, завідувач кафедри гуманітарних та фундаментальних юридичних дисциплін, Харківський університет.

Volodymyr O. Abashnik, Doctor of philosophical sciences, professor, Chair of Department of Humanities and fundamental juridical Sciences, University of Kharkiv.

e-mail: abaschnik@ukr.net

<sup>1</sup> *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Kleine Textausgabe mit Stichwortregister (Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2013), 5.

<sup>2</sup> *Ibid*, 6.

<sup>3</sup> *Ibid*, 54.

Христоф Бьор, Моніка Кірлоскар-Штайнбах, Сільвія Штауб-Бернасконі, Манфред Бальдус, Арнім Регенбоген, Райнгольд Мокрош, Ганс Форлендер, Дітмар фон дер Пфортен, Вінфрід Бруггер, Германн Дойзер, Ахім Ломар, Франц Йозеф Ветц. У юридичному контексті ця тематика була розглянута також у двох статтях Моріса Ленера (Мюнхен), які були оприлюднені у німецько-українській збірці матеріалів міжнародного науково-практичного семінару «Людська гідність у праві Німеччини, Польщі та України» (2016) під назвою «Людська гідність: що ми розуміємо під “гідністю”, “людиною” та “людською гідністю”?» (2017).<sup>4</sup>

Мета даної статті полягає у критичному викладенні та аналізі вибіркових робіт німецьких авторів щодо тематики людської гідності з акцентом на філософії права на початку ХХІ ст. У цьому сенсі основними завданнями даної статті буде критичний розгляд, по-перше, розуміння поняття людської гідності в сучасній німецькій філософії права та, по-друге, дебатів з точки зору юридичних, філософських, педагогічних, політичних, загальнокультурних, богословських і релігійних позицій німецьких фахівців, оскільки ці дебати також впливають на філософсько-правове розуміння людської гідності. Таким чином, наукова новизна даної статті буде полягати в першому аналітичному викладенні окремих позицій сучасних німецьких авторів щодо поняття людської гідності в названих тут аспектах, особливо в рамках філософії права.

Щодо вживання центрального терміна цієї статті слід наголосити, що в Основному законі ФРН він звучить як «гідність людини» (*die Würde des Menschen*). Тобто два іменники – «гідність» (*die Würde*) та «людина» (*der Mensch*) – поєднуються в одне словосполучення шляхом вживання другого іменника в родовому відмінку. За аналогічним правилом поєднання двох іменників через родовий відмінок це словосполучення утворюється також в українській мові – «гідність людини». Але граматика німецької мови дозволяє також поєднання двох іменників в одне слово. Тому автори німецьких робіт, на які буде вказано далі, використовують поряд зі словосполученням «гідність людини» також термін «людська гідність» (*die Menschenwürde*). Останній термін розуміється вказаними та іншими авторами як тотожний у своєму значенні першому терміну.

У **юридичному контексті** в сучасній Німеччині досить широко представлені точки зору на людську гідність у різних сферах чинного законодавства та правознавчих досліджень. Тут вкажемо спочатку на монографію «Принцип людської гідності. Щодо здібності зважування найвищого за рангом» (2011) доктора права Нільса Тайфке (нар. в 1978 р.).<sup>5</sup> Він захистив указану працю у Кільському університеті імені Християна

<sup>4</sup> *Die Würde des Menschen: Was verstehen wir unter „Würde“, „Mensch“ und „Menschenwürde“?* Sammelband der Beiträge des internationalen Seminars „Menschenwürde im deutschen, polnischen und ukrainischen Recht“ (Kiew, 10. und 11. Oktober 2016), gefördert vom Auswärtigen Amt der Bundesrepublik Deutschland; unter Mitwirkung vom Zentrum des Deutschen Rechts der Nationalen Taras-Schewtschenko-Universität Kiew und dem Deutsch-ukrainischen rechtswissenschaftlichen Dialog e.V. Hrsg. B. Schloer (Kharkiv: V Dele, 2017).

<sup>5</sup> Nils Teifke, *Das Prinzip Menschenwürde. Zur Abwägungsfähigkeit des Höchstrangigen* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2011).

Альбрехта під керівництвом відомого німецького юриста та філософа права, професора Роберта Алексі. У цьому сенсі у передмові до своєї праці Нільс Тайфке виказує шанобливу подяку своєму вчителю, «... завдяки люб'язній підтримці та супроводу якого я зміг оволодіти обраною докторською темою. Його аналітичний метод та понятійна ясність стали для мене зразком наукової роботи».<sup>6</sup> Після захисту даної дисертації Нільс Тайфке працює співробітником у Федеральному міністерстві праці та соціальної сфери Німеччини.

Книга «Принцип людської гідності» (2011) Нільса Тайфке складається зі вступу, списку літератури та трьох наступних частин: «1. Спір про людську гідність», «2. Структурний аналіз», «3. Елементи теорії людської гідності». При цьому автор називає ці частини своєї роботи відповідно – емпірична, аналітична та нормативна частини.<sup>7</sup> Апелюючи до першої статті Основного закону ФРН, Нільс Тайфке у вступі вказує на важливий момент у її розумінні й пише:

Стосовно питання, чи є абзац 1, стаття 1 Основного закону основним правом або лише принципом, – Федеральний конституційний суд не виказав своєї чіткої точки зору. Однак саме це питання є частиною спору щодо людської гідності у літературі. Незалежно від характеру людської гідності як основного права в літературі можна знайти різні позиції щодо питання абсолютної чинності людської гідності. Це і є центром спору.<sup>8</sup>

Тобто автор спочатку акцентує увагу на розумінні людської гідності як основного права та правового принципу.

У названому контексті Нільс Тайфке у першій частині своєї роботи розглядає емпіричну сторону спору про людську гідність у Німеччині. При цьому спочатку мова йде про конкретні факти із рішень Федерального конституційного суду (Bundesverfassungsgericht), стосовно яких автор аналізує так звану триступеневу модель і пише: «Очевидними є три ступені стосовно релятивації абсолютної конструкції людської гідності: (1.) рішення від випадку до випадку, (2.) прийняття до уваги всіх обставин та (3.) вага підстав».<sup>9</sup> Далі у цій частині Нільс Тайфке переходить до теорії і зупиняється на комплексному питанні спору щодо людської гідності. При цьому він апелює до історії й слушно вказує: «Історія людської гідності як поняття права є відносно молодою. Однак, незалежно від конституційної історії, людська гідність – це поняття, над яким тяжіють дві з половиною тисячі років історії філософії».<sup>10</sup> Далі автор коротко вказує на основні етапи еволюції цього поняття у філософії (Античність, Середньовіччя, Відродження) й детальніше зупиняється на «Кантовому понятті людської гідності», зокрема на його розумінні автономії людини.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> Teifke, *Das Prinzip Menschenwürde*, V.

<sup>7</sup> Ibid, 2.

<sup>8</sup> Ibid, 3.

<sup>9</sup> Ibid, 25.

<sup>10</sup> Ibid, 34.

<sup>11</sup> Ibid, 41.

У параграфі «5. Людська гідність як правове поняття» першої частини своєї праці Нільс Тайфке звертає увагу на те, що правовим поняттям в Основному законі ФРН (1949) воно стало завдяки двом факторам: 1) у результаті розвитку «довгої складної історії»,<sup>12</sup> зокрема філософії й ліберальної думки, та 2) як наслідок політичних подій, що призвели до влади націонал-соціалістичний режим в 1933 р. У цьому сенсі автор далі згадує важливі праці німецьких юристів та філософів права повоєнного часу щодо людської гідності, зокрема Хорста Драйера, Роберта Алексі, Ернста-Вольфганга Бьокенфьорде, Петера Геберле, Рольфа Грьошнера, Штефана Кірсте та ін. При цьому Нільс Тайфке наголошує на позиції свого вчителя щодо взаємопов'язаності гідності та свободи, причому розрізняє внутрішню свободу, яка орієнтується на змістовні принципи, та зовнішню, або негативну, свободу. Далі він цитує третє видання праці «Теорія основних прав» (1996) свого вчителя: «Згідно з Алексі, тому можна сказати, “що без негативної правової свободи немає ніякої людської гідності у відповідному правовому сенсі”».<sup>13</sup>

У ході критичного аналізу різних випадків застосування Основного закону ФРН у контексті людської гідності Нільс Тайфке у другій частині своєї книги спочатку розглядає питання структурного аналізу. При цьому він пише: «Будь-яка абстрактна норма для застосування у праві потребує конкретизації. Отже, абстрактне правило людської гідності може застосовуватися лише тоді, коли воно конкретизовано за допомогою подальших констатувань».<sup>14</sup> Далі автор вказує на певні труднощі щодо втілення першої статті Основного закону ФРН у судовій практиці. З одного боку, людська гідність має абсолютний характер та абсолютну чинність у всіх без винятку випадках. З іншого боку, конкретизація першої статті у вказаному сенсі може розглядатися як втручання в абсолютний характер людської гідності.

Це протиріччя Нільс Тайфке намагається вирішити завдяки своїй «тезі про подвійний характер людської гідності», яку він представляє наприкінці третьої частини праці. Тут він розрізняє: 1) релятивність, або відносність людської гідності як правового поняття, та 2) абсолютність людської гідності як правової ідеї. Посилаючись на позиції відомих юристів та філософів права, зокрема Густава Радбруха, він розрізняє реальний вимір та ідеальний вимір права. При цьому Нільс Тайфке пише:

У реальному вимірі людина як правова особа не є тотожною автономній істоті в ідеальному вимірі, так само як і поняття науки не є тотожним цінності істини, мистецтво не є тотожним цінності краси, мораль не є тотожною цінності добра, нарешті, право не є тотожним цінності справедливості. Але людина як правова особа намагається діяти автономно.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Teifke, *Das Prinzip Menschenwürde*, 55.

<sup>13</sup> Ibid, 64.

<sup>14</sup> Ibid, 120.

<sup>15</sup> Ibid, 167.



Тут слід критично зауважити, що така позиція щодо розрізнення релятивності правового поняття та абсолютності ідеї людської гідності не дає остаточного вирішення вказаної трудности. Але ця позиція не є поодинокую в сучасному німецькому правознавстві та має різні варіанти, зокрема, в поглядах правознавців щодо ідеального та реального трактування людської гідності.

Проти ідеалізації та формального розуміння людської гідності у праві виступає професор Манфред Бальдус (нар. в 1963 р.), завідувач кафедри публічного права та історії новітнього права Ерфуртського університету. Спочатку він виказав таку позицію у своїй статті «Гарантія людської гідності та теза про абсолютність: проміжна доповідь щодо дебатів, які вказують на майбутнє» (2011),<sup>16</sup> а пізніше поглибив її у монографії «Боротьба за людську гідність. Дебати з 1949 року» (2016).<sup>17</sup> Головна теза цього автора полягає в тому, що німецьким юристам потрібно відмовитися від ідеалістичної недоторканності першої статті Основного закону ФРН і застосовувати принцип зважування у випадках її порушення: «Адже немає ніякої іншої альтернативи. Якщо необхідно прозоро та зрозуміло використовувати гарантію гідності під час процесу виконання та застосування правосуддя, то її зважування стосовно інших правових благ за конституційним рангом є неминучим».<sup>18</sup> На нашу думку, альтернатива розумінню людської гідності як правового поняття все ж таки є. Її пропонують інші німецькі юристи та філософи права й наголошують на недоторканності положення про людську гідність та на неприпустимості її релятивізації, навіть у сенсі зважування і порівняння з іншими правовими благами.

Розуміння людської гідності у кримінальному праві представлено у статті «Захист людської гідності у кримінальному праві» (2014) Флоріана Кнауера (нар. в 1975 р.), професора Йенського університету імені Фрідріха Шиллера.<sup>19</sup> На початку статті автор своєю метою називає «... догматичний аналіз чинного кримінального права».<sup>20</sup> При цьому Флоріан Кнауер уточнює, що мова йде про випадки, коли в Кримінальному законодавстві Німеччини (*Strafgesetzbuch, StGB*) вживаються терміни «людська гідність», «гідність людини», «гідність жертв», «позбавляти гідності», «гідність особи».<sup>21</sup> Тут автор вказує на важливу особливість розгляду людської гідності та пов'язаних з нею термінів у сучасному кримінальному праві Німеччини. З одного боку, «... захист гідності саме у кримінальному праві сягає часів націонал-соціалізму».<sup>22</sup> При цьому Флоріан Кнауер називає §122 Військового кримінального законодавства Німеччини 1940 р.

<sup>16</sup> Manfred Baldus, "Menschenwürdegarantie und Absolutheitsthese: Zwischenbericht zu einer zukunftsweisenden Debatte," *Archiv des öffentlichen Rechts* 136, No. 4 (2011): 529–52.

<sup>17</sup> Manfred Baldus, *Kämpfe um die Menschenwürde. Die Debatten seit 1949* (Berlin: Suhrkamp, 2016).

<sup>18</sup> Baldus, "Menschenwürdegarantie und Absolutheitsthese," 548.

<sup>19</sup> Florian Knauer, "Der Schutz der Menschenwürde im Strafrecht," *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 126 (2014): 305–36.

<sup>20</sup> *Ibid.*, 306.

<sup>21</sup> *Ibid.*, 315–6.

<sup>22</sup> *Ibid.*, 318.

(*Militärstaftgesetzbuch*, 1940), де мова йшла про порушення «солдатської гідності».<sup>23</sup> З іншого боку, кримінальне право Німеччини, як і інші галузі права, орієнтується на статтю першу Основного закону ФРН (1949), яка була реакцією на те «неправо» (*Unrecht*), котре панувало в часи нацистської Німеччини. Далі автор вибірково аналізує випадки застосування кримінального законодавства ФРН у контексті першої статті Основного закону ФРН. Цей аналіз концентрується на розумінні людської гідності як правового поняття, що є характерним для багатьох німецьких юристів. Однак, на нашу думку, це ще раз показує відсутність єдиного розуміння людської гідності серед німецьких юристів, оскільки вона то розглядається як повністю недоторканна (абсолютна), а то до неї застосовується принцип зважування та порівняння з іншими правами.

Людську гідність на межі **права та філософії** розглядає у своїй праці «Що таке людська гідність? Вступ» (2006) Пауль Тідеманн (нар. в 1950 р.), доктор юриспруденції та доктор філософії, професор Гіссенського університету імені Юстуса Лібіха.<sup>24</sup> Ця робота, яка вийшла вже другим виданням (2014), складається із десяти таких глав: «I. Як людська гідність потрапила до права», «II. Юридична рецепція людської гідності», «III. Філософська історія поняття», «IV. Аналіз слова людська гідність», «V. Абсолютний ціннісний масштаб: свобода волі», «VI. Закиди та їх спростування», «VII. Конкретизації», «VIII. Ціннісні конфлікти», «IX. Людські права як моральні права», «X. Правова теорія людської гідності». Як видно із цієї структури, автор подає досить широку картину розуміння людської гідності в різних аспектах, зокрема в лінгвістичному, історико-філософському, етичному і філософсько-правовому.

У першій главі, де Пауль Тідеманн на початку вказує на тотожне значення «людської гідності» та «гідності людини», він говорить, що цей термін до ХХ ст. не зустрічається у законодавстві жодної країни. Перші кроки щодо закріплення його у своїх конституціях після Першої світової війни зробили німці (стаття 151 Ваймарської конституції, 1919 р.), португальці (стаття 6, Конституція Португалії, 1933 р.) та ірландці (преамбула до Конституції Ірландії, 1937 р.).<sup>25</sup> Прорив на міжнародному рівні відбувся 26 червня 1945 р., коли в преамбулі до Статуту ООН було використане словосполучення «гідність та цінність людської особи».<sup>26</sup> Потім автор детальніше зупиняється на дебатах щодо використання людської гідності в преамбулі та першій статті Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 р. та інших міжнародних договорів.<sup>27</sup>

Наприкінці першої глави монографії «Що таке людська гідність? Вступ» Пауль Тідеманн розглядає питання «5. Відведення/Відхилення концепції людської гідності». Тут він вказує на те, що юристи не всіх європейських держав безапеляційно підтриму-

<sup>23</sup> Florian Knauer, "Der Schutz der Menschenwürde im Strafrecht," *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 126 (2014): 317.

<sup>24</sup> Paul Tiedemann, *Was ist Menschenwürde? Eine Einführung* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2006).

<sup>25</sup> Ibid, 13.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ibid, 17–22.

ють застосування концепту людської гідності в рамках права, зокрема в ході судових процесів. Навіть юристи тих держав, де термін «людська гідність» є в конституції (Португалія, Іспанія, Італія), на думку німецького вченого, відкидають обов'язкове посилання на нього. Бо для цих юристів мова йде, так би мовити, «... про конституційну лірику, з якою буцімто юрист не знає що робити, а тому він повинен її ігнорувати».<sup>28</sup> Але найбільшу критику Пауль Тідеманн виказує стосовно іншої держави: «У Великій Британії клаузулу людської гідності не лише вважають несуттєвою, але, перш за все, – небезпечною».<sup>29</sup> При цьому автор посилається на позицію британця Давида Фельдмана (David Feldman) у праці «Людська гідність як правова цінність» (Human dignity as a legal value, 1999–2000), згідно з якою «... британській юриспруденції та судовій практиці слід краще відмовитися від рецепції концепту людської гідності».<sup>30</sup> Головна теза цього англійського автора полягає в тому, що апеляція до людської гідності в ході судових процесів може призвести до необ'єктивності юридичних рішень під впливом моральних переконань адвокатів, суддів тощо.<sup>31</sup> Звичайно, тут слід критично зауважити, що в рамках англійської філософії права відбуваються складні дебати щодо людської гідності, які зовсім не зводяться до того, що їх учасники пропонують відмовитися від концепту людської гідності.

Отже, у центр дискусій щодо людської гідності стають відносини між правом та філософією, зокрема моральною філософією. Саме з'ясуванню цих відносин в історії та сучасності присвячені подальші роздуми Пауля Тідеманна у роботі «Що таке людська гідність? Вступ». Після короткого історичного огляду позицій відомих філософів-теоретиків щодо людської гідності (зокрема, Канта, який суттєво вплинув на подальше розуміння людської гідності) автор переходить до аналізу людської гідності в контексті цінностей, зокрема індивідуальних та колективних цінностей, конфліктів між цінностями. Також він зупиняється на конфлікті в рамках «гідність проти гідності», коли при вирішенні певної проблеми гідність однієї людини протиставляється гідності іншої людини. Мова йде про такі приклади, як «вбивство тирана» (гідність людей, яких тероризує тиран, та гідність людини-тирана, яку вбивають), «фінальний постріл-порятунк» (гідність терориста, який взяв заручників, та гідність людей-заручників, заради яких поліція чи військові вбивають терориста), «гуманітарна інтервенція» (гідність людей певної національної меншини, яку тероризують представники власної держави, та гідність людей-представників цієї влади, проти яких інша держава наважується на військову операцію заради гідності людей меншості) тощо.<sup>32</sup>

Таким чином, на конкретних прикладах із сьогодення Пауль Тідеманн у своїй монографії «Що таке людська гідність? Вступ» (2006) підіймає дуже важливу проблемати-

<sup>28</sup> Paul Tiedemann, *Was ist Menschenwürde? Eine Einführung* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2006), 31.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Ibid, 32.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Ibid, 145.

ку щодо розуміння людської гідності в контексті взаємовідносин права та філософії, з одного боку, та практичного втілення вимог національного та міжнародного права щодо забезпечення недоторканності людської гідності, з іншого боку. Саме ці аспекти перебувають на передньому плані філософсько-правових дебатів щодо людської гідності в сучасній Німеччині. Стосовно позиції Пауля Тідеманна слід наголосити, що він є одним із німецьких учасників дебатів щодо людської гідності, який звертає увагу також на праці англомовних авторів, хоча поза його увагою залишаються нюанси відповідних англомовних дискусій, а також дискусії іншими мовами.

У **філософсько-правовому** контексті важливою є брошура «Людська гідність» (2016) Дітмара фон дер Пфортена (нар. в 1964 р.), професора філософії права та соціальної філософії Гьоттінгенського університету імені Георга Августа. Вона вийшла в серії «Знання», яку випускає відоме мюнхенське видавництво «Бек». У невеликій передмові до своєї роботи автор наголошує:

Людську гідність можна порівняти з бігуном, котрий хоча й стартував останнім, але потім обігнав усіх інших бігунів. З'явившись у свідомості та будучи закріпленою у праві останньою, людська гідність між тим висунулась наперед серед усіх прав людини. Вона стала найвищою вимогою моралі та багатьох конституцій і міжнародних договорів. Порушення людської гідності, такі як катування, рабство, примусова праця та припинення, заборонені на глобальному рівні, хоча все ж таки й не зникли повністю.<sup>33</sup>

Таким чином, автор розглядає тут людську гідність, з одного боку, як моральний принцип, але також, з іншого боку, як право людини.

У структурному відношенні робота «Людська гідність» (2016) Дітмара фон дер Пфортена складається з таких елементів: «I. Вступ», «II. Історія усвідомлення людської гідності», «III. Концепції людської гідності», «IV. Застосування людської гідності». На початку в історичному аспекті він згадує авторів, які торкалися або аналізували терміни гідності та людської гідності. Мова йде про античних (Цицерон), середньовічних (Хома Аквінський) мислителів та авторів епохи Відродження (Манетті, Мірандола) й Нового часу (Пуфендорф, Томазій, Кант) – аж до сьогодення. Зокрема, у невеликому параграфі «Позаєвропейські традиції?» німецький професор указує відповідно на китайську та ісламську традиції й наголошує: «Об'єктивно людська гідність є універсально чинною, оскільки всі люди домагаються самовизначення стосовно своїх власних інтересів та рівного соціального положення».<sup>34</sup> Таку думку про універсальний характер людської гідності поділяють не всі німецькі філософи права та богослови, як буде показано далі (Христоф Бьор та ін.).

Щодо концепцій людської гідності у своїй праці Дітмар фон дер Пфортен аналізує різні аспекти цього питання, зокрема такі: «Хто є носієм людської гідності чи захисту людської гідності?», «Чи є доторканною людська гідність?», «Чи можна відмовитися від людської гідності?», «Чи є людська гідність підґрунтям інших прав людини?», «Чи

<sup>33</sup> Dietmar von der Pfordten, *Menschenwürde* (München: C. H. Beck, 2016), 7.

<sup>34</sup> Ibid, 53.

є людська гідність правом людини?», «Чи зменшує свою власну гідність той, хто порушує людську гідність?». Після критичного огляду позицій різних авторів стосовно названих питань він переходить до проблематики застосування положень людської гідності, тобто до вирішення конкретних проблем. Серед них німецький науковець розглядає такі: «Чи можна примусово годувати людей, котрі голодують під час страйку?», «Чи має право держава застосовувати детектори брехні?», «Чи можна збивати літаки, які захоплені терористами?», «Чи можна змінювати людину в генетичному відношенні?», «Чи можна клонувати людей?».<sup>35</sup>

Аналізуючи названі та інші питання практичного втілення людської гідності в життя, Дітмар фон дер Пфортген спочатку апелює до німецького законодавства в сенсі того, чи стосуються певні його положення даної проблематики. Далі він розглядає варіанти теоретичних підходів до вирішення конкретних питань. Наприкінці німецький філософ права пропонує можливий варіант чи варіанти реального втілення положення про людську гідність у даній ситуації. Наприклад, у випадку з питанням щодо застосування детектора брехні він указує на небезпеку для відповідних осіб, котра пов'язана із їх залякуванням, з можливими маніпуляціями та зловживаннями результатами такого застосування, й приходить до такого висновку: «На цих підставах під час своїх розслідувань держава зобов'язана в етичному сенсі відмовитися від застосування детектора брехні».<sup>36</sup> Але ця пропозиція автора є, звичайно, неоднозначною та має як прихильників, так і противників. До того ж слід наголосити, що Дітмар фон дер Пфортген здебільшого ставить питання щодо застосування людської гідності, аніж пропонує їх вирішення, як у вказаному випадку.

Людської гідності торкаються також відомі німецькі філософи права, юристи та філософи у збірці «Філософія права у ХХІ столітті» (2008). Серед статей цієї збірки можна назвати такі: «Природа філософії права» Роберта Алексі, «Право як трансформація» Штефана Кірсте, «Теорія юридичної аргументації» Ульфріда Нойманна, «Право та прагматизм» Лоренца Шульца, «Конституціоналізація міжнародного права та проблеми легітимації утвореного світового суспільства» Юргена Габермаса, «Повага як правовий обов'язок?» Курта Зеельмана та ін. Ці та інші всесвітньо відомі автори даної збірки у різних аспектах згадують також проблематику людської гідності. Але один із них ставить вказану тему в центр свого дослідження. Мова йде про статтю «Гідність, права та філософія права в антропологічному хресті прийняття рішення» Вінфріда Бруггера.<sup>37</sup>

На початку цієї статті Вінфрід Бруггер (1950–2010), який був професором публічного права, загального вчення про державу та філософії права Гейдельберзького університету імені Рупрехта Карла, наголошує:

<sup>35</sup> von der Pfordten, *Menschenwürde*, 112–8.

<sup>36</sup> Ibid, 114.

<sup>37</sup> Winfried Brugger, “Würde, Rechte und Rechtsphilosophie im anthropologischen Kreuz der Entscheidung,” in *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*. Hg. von Winfried Brugger, Ulfried Neumann und Stephan Kirste (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008), 50–71.

Право повинно відповідати людині! Воно повинно відповідати природі людей та опиратися на ті ознаки, котрі є загальними для всіх людей! Щодо цих постулатів багато шкіл філософії права повинні бути єдиними. Відмінність виникає тоді, коли пропонуються детальні «суттєві» критерії щодо «людського буття» та його природи.<sup>38</sup>

Далі автор розглядає важливі елементи філософії права в контексті побудованого ним «антропологічного хреста прийняття рішень». Горизонтальну лінію цього хреста утворюють минуле (зліва), сьогодення (центр) та майбутнє (справа) дій людини. Вертикальну лінію утворює зверху – «ідеальне Я» (особисті ідеали, цінності), знизу – «емпіричне Я» (потреби, мотиви, імпульси окремої особи), по центру – «істинне Я» (прийняття рішень окремою особою зараз і тепер).<sup>39</sup>

У своїх подальших роздумах Вінфрід Бруггер звертається до центру вказаного антропологічного хреста прийняття рішень. Саме тут, на його думку, перетинаються основні елементи людини – тіло, дух, душа, серце та розум. Саме це перехрестя є «... важливим підходом до поняття *людської гідності*...».<sup>40</sup> Далі німецький автор приходить до такого висновку:

Якщо ми так розуміємо гідність людини на перехресті рішення, тоді розкривається взаємозв'язок гідності з визначальними правовими поняттями особи, особистості, відповідальності, осудності. Тоді стає зрозумілим те, чому конституції та договори щодо прав людини опираються на *свободу дій та розвиток особистості людей*.<sup>41</sup>

Таким чином, Вінфрід Бруггер пропонує тут своє розуміння людської гідності скоріше як морального принципу та абсолютної ідеї (з усіма її перевагами та недоліками) в контексті побудованого ним антропологічного хреста прийняття рішень.

У **філософському**, зокрема **морально-філософському**, контексті цікавою є збірка «Людська гідність. Філософські дебати щодо виміру її контингентності» (2017). Тут дванадцять німецьких філософів, які викладають переважно практичну філософію та етику, представили свої погляди на вказану проблематику. Зупинимось на статті «Старіти в гідності» Ральфа Штюкера (нар. в 1954 р.), професора практичної філософії університету Білефельд.<sup>42</sup> Цей автор тематизує питання, яке є важливим для Німеччини та інших країн Західної Європи, де вік життя людини постійно збільшується. Разом із цим у західних суспільствах, зокрема у німецькому, зростають виклики щодо соціального положення людей у старшому віці. Тому Ральф Штюкер аналізує різні аспекти порушень гідності людей похилого віку – починаючи від зверхньо-зневажливого

<sup>38</sup> Brugger, "Würde, Rechte und Rechtsphilosophie im anthropologischen Kreuz der Entscheidung," 50.

<sup>39</sup> Ibid, 55.

<sup>40</sup> Ibid, 55.

<sup>41</sup> Ibid, 56.

<sup>42</sup> Ralf Stoecker, "In Würde altern," in *Menschenwürde. Eine philosophische Debatte über Dimensionen ihrer Kontingenz*. Hg. von Mario Brandhorst und Eva Weber-Guskar (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2017), 338–60.

звернення на вулиці («гей, дідусь», «агов, бабуся») до дискримінаційного повсякдення людей похилого віку в домах для пристарілих тощо. Головну причину цього він убачає в наступному: «Відсутня готовність серйозно сприймати вік як фазу розвитку. У найкращому випадку його розглядають як час спаду після злету в першій половині життя».<sup>43</sup> Отже, тут автор концентрується на розумінні людської гідності як морального принципу та людської цінності в соціальному контексті та її ролі у «старіючому суспільстві».

У **богословському** та **релігійному** контекстах цікавою є стаття «Цінність та гідність. Багатоманітність плюралізму та засвідчення Абсолюту: протиріччя?» (2008) доктора філософії Христофа Бюра (нар. в 1954 р.), яку він оприлюднив на основі доповіді в рамках серії дискусійних доповідей під назвою «Старі цінності – нові цінності», які проходили в 2006–2007 рр. у місті Майнц та в яких брали участь філософи, юристи, політики, богослови, медики.<sup>44</sup> Цей автор, який є регіональним політиком та членом земельного парламенту (ландтагу) федеральної землі Райнланд-Пфальц, розглядає поняття людської гідності в контексті «людської картини», або «картини людини» (*das Menschenbild*). Посилаючись на першу статтю Основного закону ФРН, він риторично наголошує: «Що ж це тепер за така картина людини, котра в понятті гідності знаходить свій центральний пункт та центр тяжіння? На це питання неможливо відповісти – й тут торкаємося нерву справи – без релігійної інспірації».<sup>45</sup>

Таким чином, Христоф Бюр звертає увагу на християнську традицію, у рамках якої богослови та філософи розглядали людину в контексті її божественного сотворіння, як божий витвір, котрому притаманна також людська гідність. У цьому сенсі автор наголошує: «Поняття недоторканної гідності висуває претензію на абсолютну чинність. У ньому проявляється дещо таке, як віддзеркалення Абсолюту в нашому мисленні».<sup>46</sup> Далі він використовує термін Абсолюту також у застосуванні до гідності й говорить про «... картину людини, котра визнає за кожною окремою [людиною], котру ми називаємо індивідуум, невідчужувану гідність – гідність, котру неможливо розрушити, або іншими словами: абсолютну гідність».<sup>47</sup> Потім німецький автор уточнює, що під Абсолютом він розуміє Бога в традиції філософів Середньовіччя та Нового часу й підводить свої роздуми до висновку, що «людська картина» тісно пов'язана з «картиною Бога» (*das Gottesbild*).

Отже, Христоф Бюр розуміє людську гідність як абсолютну ідею. При цьому він наголошує у своїй статті на тому, що людська гідність не обумовлена політичними, соціальними або іншими умовами й пише: «Саме це є ядром людської картини, яку ми

<sup>43</sup> Stoecker, "In Würde altern," 352.

<sup>44</sup> Christoph Böhr, "Wert und Würde. Vielfalt des Pluralismus und Beglaubigung des Absoluten: ein Widerspruch?" in *Alte Werte – Neue Werte. Schlaglichter des Wertewandels*. Hg. von Andreas Rödder und Wolfgang Elz (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2008), 181–7.

<sup>45</sup> Ibid, 184.

<sup>46</sup> Ibid, 185.

<sup>47</sup> Ibid, 181.

називаємо європейська людська картина: картина людини, котра визнає за кожною окремою [людиною] співучасть у Абсолюті, тобто в тому, що не можна зробити відносним». <sup>48</sup> Таким чином, у німецького автора мова йде вже не просто про картину людини, а про «європейську картину людини», тобто про розуміння людини у європейській традиції. Це словосполучення Христовф Бьор використовує також в інших місцях своєї праці й говорить про «нашу картину людини» і «загальну європейську картину людини». <sup>49</sup>

Очевидно, ця європейська «картина людини» відрізняється від інших розумінь людини, тобто можливо африканської, азійської та інших «картин людини». У даному контексті Христовф Бьор критикує події у сьогоденній Німеччині, зокрема «... скандал примусового одруження молодих дівчат із ісламського культурного кола». <sup>50</sup> Також автор далі вказує: «Жодна інша картина людини будь-якої іншої відомої нам культури не гарантує такого всеохоплюючого захисту кожної окремої [людини], повністю незалежно від того, які саме якості, здібності та ціннісні дії вирізняють певну людину». <sup>51</sup> Таким чином, Христовф Бьор підкреслює тісний зв'язок розуміння людської гідності з «європейською картиною людини». Цю картину людини характеризує взаємопов'язаність із релігією, й хоча автор її не називає конкретно, але із його виказувань очевидно слідує, що мова йде про християнську релігію, яка є основою «європейської картини людини», а отже, й людської гідності взагалі. Стосовно такої позиції слід критично зауважити, що вона є досить однобокою. Звичайно, християнство відіграло важливу роль у становленні людської гідності, але на початку ХХІ ст. важко ототожнювати «європейську картину людини» лише з християнством та його цінностями.

У релігійно-філософському та теологічному контексті питання людської гідності торкається у своїй брошурі «Десять заповідей. Невеликий вступ до теологічної етики» (2005) Германн Дойзер (нар. в 1946 р.), професор систематичної теології та релігійної філософії Франкфуртського університету імені Й. В. Гьоте. <sup>52</sup> Так, розглядаючи п'яту заповідь «Не убий!» у західній християнській традиції (за православною традицією – це шоста заповідь), автор звертається до актуальних питань переривання вагітності, генної терапії, дослідження ембріонів й у даному сенсі також згадує людську гідність. При цьому Германн Дойзер закликає до виваженої позиції у питаннях біологічних та медичних досліджень й пише: «Не тому, що наука та дослідження мають більшу цінність, аніж людська гідність, а тому, що науковий прогрес належить до людської гідності – що одночасно виключає інструменталізовану експлуатацію людського життя». <sup>53</sup> Тут можна

<sup>48</sup> Böhr, "Wert und Würde," 182.

<sup>49</sup> Ibid, 186.

<sup>50</sup> Ibid, 183.

<sup>51</sup> Ibid, 186.

<sup>52</sup> Hermann Deuser, *Die Zehn Gebote. Kleine Einführung in die theologische Ethik* (Stuttgart: Reclam, 2005).

<sup>53</sup> Deuser, *Die Zehn Gebote*, 93.



критично зауважити, що навіть серед німецьких богословів та філософів права немає єдності щодо таких питань, наприклад, чи є генна терапія «інструменталізованою експлуатацією життя» або ж, навпаки, – панацеєю від невиліковних хвороб тощо.

Далі коротко зупинимося на розумінні людської гідності в **політичних та загальнокультурних дебатах** у сучасній Німеччині. Зокрема, у статті «Демократія в Німеччині» (2019) Ганс Форлендер (нар. в 1954 р.), професор політичної теорії та історії ідей Дрезденського технічного університету, апелює до історичних аспектів виникнення Основного закону ФРН.<sup>54</sup> При цьому він протиставляє демократичні тенденції у Західній Німеччині після Другої світової війни авторитарним діям політичних керівників у Східній Німеччині, яка була повністю «... залежною від зовнішньополітичної режисури Радянського Союзу».<sup>55</sup> Далі Ганс Форлендер указує на унікальну роль першої статті Основного закону ФРН (1949) для подальшого успішного розвитку країни й пише: «Але, перш за все, до цієї статті додалося визначення, згідно з яким основні права є чинними безпосередньо та за своїм суттєвим змістом не можуть бути доторканими з боку гілок державної влади».<sup>56</sup> Тут слід критично вказати на позиції окремих німецьких юристів та філософів права (Манфред Бальдус, Флоріан Кнауер), які хоча і розглядають людську гідність як (основне) право людини, але в рамках судочинства пропонують застосовувати до неї принцип зважування, а отже, зробити її «доторканою» з боку судової гілки влади.

У докторській дисертації «Чи є право людини на імміграцію? Політичні та філософські позиції щодо імміграційної проблематики» (2007) Моніки Кірлоскар-Штайнбах (нар. в 1968 р.), професорки міжкультурної філософії університету Констанц, мова йде про людську гідність у вказаному контексті. Зокрема, авторка аналізує дане питання в таких розділах: «Традиціоналістські аргументи щодо імміграції», «Універсалистські аргументи щодо імміграції», «Реконструкція лібералізму», «Ліберальний культуралізм», «Імміграційна концепція Кімліки», «Реконструкція ліберальної національної ідентичності», «Реконструкція комунітаризму», «Реконструкція комунітаристської національної ідентичності». Так, у параграфі щодо універсалистських аргументів авторка пише: «Оскільки Основний закон чітко виступає за людську гідність, то крім цього для повоєнної німецької демократії ще в більшій мірі чинним є поєднання людської гідності та демократії».<sup>57</sup> У даному сенсі слід підкреслити, що роздуми цієї авторки щодо людської гідності як основного права людини та морального принципу останніми роками отримали ще більшу актуальність у ракурсі великих імміграційних хвиль до Західної Європи та Німеччини з африканського та азійського континентів.

<sup>54</sup> Hans Vorländer, "Demokratie in Deutschland," *Deutschland Edition* (2019/2020): 14–25.

<sup>55</sup> *Ibid*, 20.

<sup>56</sup> *Ibid*, 20–2.

<sup>57</sup> Monika Kirloskar-Steinbach, *Gibt es ein Menschenrecht auf Immigration? Politische und philosophische Positionen zur Einwanderungsproblematik* (Paderborn, München: Fink, 2007), 52.

Людська гідність є важливою **педагогічною темою** в сенсі виховання та освіти дітей в сучасній Німеччині. Прикладом може слугувати одне із навчальних видань під назвою «Виховання цінностей та школа. Підручник для викладачів» (2011), редакторами якого виступили професор філософії Арнім Регенбоген (нар. в 1939 р.) та професор теології Райнгольд Мокрош (нар. в 1940 р.) із університету Оснабрюк.<sup>58</sup> Ця праця складається із п'яти таких розділів: «I. Для орієнтації», «II. Основні цінності та їх грані: базис для ціннісної освіти шляхом виховання», «III. Загальні основи ціннісного виховання у школі», «IV. Ціннісне виховання як принцип викладання, котрий виходить за межі предметів», «V. Ціннісне виховання в рамках специфічних предметів та груп предметів». Наприкінці цього підручника автори навели також «Лексикон цінностей».<sup>59</sup> У рамках другого розділу даної книги є окремий параграф під назвою «6. Людська гідність: людяність та повага».<sup>60</sup> Таким чином, ці німецькі вчені розглядають людську гідність як моральний принцип та цінність і пов'язують її з людяністю і повагою.

У новітній праці «Людська гідність – людські права – соціальна робота: переставити людські права з голови на ноги» (2019) емеритована професорка Сільвія Штауб-Бернасконі (нар. в 1936 р.) презентує вказану тему на основі свого багаторічного досвіду практичної роботи в різних соціальних проектах та під час викладання в Технічному університеті Берліна, а також в університетах міст Трір (ФРН), Відень (Австрія), Цюрих (Швейцарія). Ця авторка аналізує дану тематику в десяти главах своєї праці, серед яких людській гідності присвячені дві наступні: «4. Людська гідність та її обґрунтування» і «5. Людська гідність необхідна бути пізнаваною!».<sup>61</sup>

Четверта глава даної роботи Сільвії Штауб-Бернасконі присвячена комплексній тематиці людської гідності в сенсі «міжкультурної та транскультурної подорожі символічних ландшафтів». При цьому авторка тут пропонує три критерії щодо визначення людської гідності, які аналізуються відповідно в трьох наступних параграфах: 1) «Людська гідність як ідея, котра розповсюджена у світі та охоплює людство – як в певному контексті, так і як така, яка виходить за межі певного контексту», 2) «Людська гідність у західноєвропейському контексті», 3) «Огляд трьох критеріїв щодо судження стосовно визначень людської гідності». Тобто німецька професорка розглядає людську гідність як загальнолюдську ідею, котра притаманна всьому людству та котра має також певні регіональні та національні контексти.

У п'ятій главі своєї роботи Сільвія Штауб-Бернасконі на конкретних прикладах розкриває тематику людської гідності на початку ХХІ ст. Зокрема, тут мова йде про

<sup>58</sup> Arnim Regenbogen & Reinhold Mokrosch, *Werte-Erziehung und Schule. Ein Handbuch für Unterrichtende* (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2011).

<sup>59</sup> Ibid, 337–62.

<sup>60</sup> Ibid, 86–94.

<sup>61</sup> Silvia Staub-Bernasconi, *Menschenwürde – Menschenrechte – Soziale Arbeit: die Menschenrechte vom Kopf auf die Füße stellen* (Opladen; Berlin; Toronto: Verlag Barbara Budrich, 2019).

такі питання, як досвід з історії забезпечення матеріально бідних у контексті людської гідності, «відновлення втраченої гідності», людська гідність у рамках професійних інтерактивних відносин, а також презентація дослідницького та освітнього проекту «Одинокі матері» (Lone Mothers) у Коста-Риці. Слід окремо вказати на останній параграф даної глави, де авторка робить акцент на гендерному аспекті людської гідності. Таким чином, можна констатувати, що ця праця презентує людську гідність як людську цінність, причому як у західноєвропейському, так і в загальнолюдському контексті.

Наприкінці вкажемо, що в сучасній німецькій науковій спільноті існують також критичні позиції щодо розуміння людської гідності. У філософсько-правовому контексті спочатку назвемо монографію «Ілюзія людської гідності. Злет та падіння однієї ґрунтовної цінності» (2005) Франца Йозефа Ветца (нар. в 1958 р.), який є професором філософії Вищої педагогічної школи у м. Швєбіш Гмюнд. У цій праці автор спочатку скептично вказує на те, що людська гідність у різні часи та у різних народів означала не завжди одне й те саме.<sup>62</sup> Далі він аналізує практичне застосування принципу людської гідності в Німеччині та світі й приходить до висновку про його ілюзорність, тобто неможливість його практичного втілення в життя. Зокрема, німецький автор пише:

Неможливо говорити про людську гідність та права людини й при цьому не направляти свого погляду на більше ніж один мільярд людей, котрі страждають від гіркої бідності, голоду та хвороб, від недостатнього медичного забезпечення, від нестачі житла, безграмотності, коротше – від гноблячої безнадійності.<sup>63</sup>

Таким чином, автор критикує розуміння людської гідності як абсолютної ідеї та вимагає її змістовного наповнення й обов'язковості її виконання у сенсі права людини. Однак таке розуміння людської гідності призводить до питання щодо реалістичності його втілення в життя, особливо якщо взяти до уваги кількість згаданих безграмотних, не говорячи вже про кількість людей, котрі голодують у країнах Африки та Азії.

Критичний погляд на розуміння людської гідності виказує також Ахім Ломар (нар. в 1965 р.), професор філософії університету Дуйсбург-Ессен, у своїй книзі «Помилкова моральна свідомість. Критика ідеї людської гідності» (2017).<sup>64</sup> Автор аналізує вказану тематику в таких частинах роботи: «I. Скептицизм щодо людської гідності», «II. Просвітництво та помилкова моральна свідомість», «III. Презумпція для Просвітництва», «IV. Критика консерватизму». Ахім Ломар займає скептичну позицію щодо людської гідності в загальноприйнятному розумінні, оскільки це поняття є беззмістовним, тобто «пустим» (leer), що призводить до того, що різні автори трактують

<sup>62</sup> Franz Josef Wetz, *Illusion Menschenwürde. Aufstieg und Fall eines Grundwerts* (Stuttgart: Klett-Cotta, 2005), 15.

<sup>63</sup> Ibid, 367.

<sup>64</sup> Achim Lohmar, *Falsches moralisches Bewusstsein. Eine Kritik der Idee der Menschenwürde* (Hamburg: Meiner, 2017).

його по-своєму й висувають «...чудернацькі та примхливі тези».<sup>65</sup> Звідси випливає головна теза німецького професора про те, що «...поняття людської гідності є джерелом помилкової моральної свідомості»,<sup>66</sup> та про необхідність подолання цього недоліку. Тобто автор відкидає розуміння людської гідності як абсолютної ідеї чи людської цінності, оскільки вони не наповнені змістом, тобто «пусті», або «порожні». Однак наповнення змістом призводить до інших труднощів, які чекають у цьому разі на людську гідність, зокрема, як право людини, оскільки тоді вона повинна порівнюватися із іншими правами людини або принципами права, що, у свою чергу, призводить до названих вище дискусій щодо першої статті Основного закону ФРН та «недоторканності» людської гідності.

**Висновки.** Стосовно розглянутих тут вибіркових позицій німецьких науковців щодо питання людської гідності можна зробити такі висновки. По-перше, у сучасному німецькому науковому середовищі (правознавці, педагоги, богослови, політологи, філософи, філософи права) існує розмаїття позицій стосовно ідеї, поняття, статусу людської гідності. Головними із цих позицій є розуміння людської гідності як: основного права людини, правового принципу, правового поняття, морального принципу, людської цінності, абсолютної ідеї. По-друге, поряд із домінуючою позицією багатьох німецьких юристів щодо недоторканності першої статті Основного закону ФРН, тобто в якості недоторканного правового принципу окремі юристи виказують також думки про застосування зважування щодо людської гідності в судочинстві (Манфред Бальдус), розглядають його як правове поняття поряд із іншими правовими поняттями. По-третє, також у філософсько-правовому контексті поряд із розумінням людської гідності як абсолютної ідеї, морального принципу та людської цінності існує тенденція до критичного розгляду людської гідності у змістовному сенсі, коли окремі автори (Ахім Ломар, Франц Йозеф Ветц) указують на необхідність абстрагування від її ідеалістичного розуміння й закликають до використання скептичних методів та змістовного наповнення поняття людської гідності. Значущість указаних дебатів у сучасній Німеччині полягає в тому, що в їх рамках не лише аргументовано обговорюють широкі коло питань, пов'язаних із людською гідністю, а й пропонують конкретні шляхи вирішення цих питань на практиці (на прикладі положення «гідність проти гідності» тощо).

© В. Абашнік, 2019

## Bibliography

Baldus, Manfred. *Kämpfe um die Menschenwürde. Die Debatten seit 1949*. Berlin: Suhrkamp, 2016.  
Baldus, Manfred. "Menschenwürdegarantie und Absolutheitsthese: Zwischenbericht zu einer zukunftsweisenden Debatte." *Archiv des öffentlichen Rechts* 136, No. 4 (2011): 529–52.

<sup>65</sup> Lohmar, *Falsches moralisches Bewusstsein*, 35.

<sup>66</sup> *Ibid*, 9.

- Böhr, Christoph. "Wert und Würde. Vielfalt des Pluralismus und Beglaubigung des Absoluten: ein Widerspruch?" In *Alte Werte – Neue Werte. Schlaglichter des Wertewandels*. Hg. von Andreas Rödder und Wolfgang Elz, 181–7. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2008.
- Brugger, Winfried. "Würde, Rechte und Rechtsphilosophie im anthropologischen Kreuz der Entscheidung." In *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*. Hg. von Winfried Brugger, Ulfried Neumann und Stephan Kirste, 50–71. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008.
- Deuser, Hermann. *Die Zehn Gebote. Kleine Einführung in die theologische Ethik*. Stuttgart: Reclam, 2005.
- Die Würde des Menschen: Was verstehen wir unter "Würde", "Mensch" und "Menschenwürde"?* Sammelband der Beiträge des internationalen Seminars "Menschenwürde im deutschen, polnischen und ukrainischen Recht" (Kiew, 10. und 11. Oktober 2016), gefördert vom Auswärtigen Amt der Bundesrepublik Deutschland; unter Mitwirkung vom Zentrum des Deutschen Rechts der Nationalen Taras-Schewtschenko-Universität Kiew und dem Deutsch-ukrainischen rechtswissenschaftlichen Dialog e.V. Hrsg. B. Schloer. Kharkiv: V Dele, 2017.
- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Kleine Textausgabe mit Stichwortregister. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2013.
- Kirloskar-Steinbach, Monika. *Gibt es ein Menschenrecht auf Immigration? Politische und philosophische Positionen zur Einwanderungsproblematik*. Paderborn; München; Fink; 2007.
- Knauer, Florian. "Der Schutz der Menschenwürde im Strafrecht." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 126 (2014): 305–36.
- Lohmar, Achim. *Falsches moralisches Bewusstsein. Eine Kritik der Idee der Menschenwürde*. Hamburg: Meiner, 2017.
- Regenbogen, Arnim, & Reinhold Mokrosch. *Werte-Erziehung und Schule*. Ein Handbuch für Unterrichtende. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2011.
- Staub-Bernasconi, Silvia. *Menschenwürde – Menschenrechte – Soziale Arbeit: die Menschenrechte vom Kopf auf die Füße stellen*. Opladen; Berlin; Toronto: Verlag Barbara Budrich, 2019.
- Stoecker, Ralf. "In Würde altern." In *Menschenwürde. Eine philosophische Debatte über Dimensionen ihrer Kontingenz*. Hg. von Mario Brandhorst und Eva Weber-Guskar, 338–60. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2017.
- Teifke, Nils. *Das Prinzip Menschenwürde. Zur Abwägungsfähigkeit des Höchststrangigen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.
- Tiedemann, Paul. *Was ist Menschenwürde? Eine Einführung*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2006.
- Von der Pfordten, Dietmar. *Menschenwürde*. München: C. H. Beck, 2016.
- Vorländer, Hans. "Demokratie in Deutschland." *Deutschland Edition* (2019/2020): 14–25.
- Wetz, Franz Josef. *Illusion Menschenwürde. Aufstieg und Fall eines Grundwerts*. Stuttgart: Klett-Cotta, 2005.

### **Володимир Абашнік. Людська гідність: актуальні дебати в Німеччині**

**Анотація.** Стаття присвячена актуальним дебатам щодо розуміння людської гідності в сучасній Німеччині. Тут уперше вибірково проаналізовані дискусії останніх п'ятнадцяти років, у яких беруть участь німецькі юристи, богослови, філософи, педагоги, політологи та філософи права (Нільс Тайфке, Пауль Тідеманн, Манфред Бальдус, Германн Дойзер, Вінфрід Бруггер, Дітмар фон дер Пфортен та ін.). Вихідним пунктом цих дискусій є перша стаття

Основного закону Федеративної Республіки Німеччина (1949), яка констатує, що людська гідність є недоторканною. У цьому сенсі учасники дискусій обговорюють питання щодо того, чи є людська гідність абсолютною ідеєю, правовим принципом чи поняттям, основним правом людини, моральним принципом, людською цінністю тощо. Деякі представники філософії права розглядають людську гідність у контексті «європейської картини людини» (Христоф Бьор). Інші автори акцентують увагу на гендерному аспекті (Сільвія Штауб-Бернасконі) та віковому аспекті (Ральф Штєкер) людської гідності. Також окремі представники філософії права (Франц Йозеф Ветц, Ахім Ломар) виказують скептичні позиції щодо самого поняття людської гідності та його втілення в реальне життя.

**Ключові слова:** філософія права; людська гідність; права людини; початок ХХІ ст.; Німеччина.

**Владимир Абашник. Человеческое достоинство: актуальные дебаты в Германии**

**Аннотация.** Статья посвящена актуальным дебатам относительно понимания человеческого достоинства в современной Германии. Здесь впервые избирательно проанализированы дискуссии последних пятнадцати лет, в которых принимают участие немецкие юристы, богословы, философы, педагоги, политологи и философы права (Нильс Тайфке, Пауль Тидеманн, Манфред Бальдус, Герман Дойзер, Винфрид Бруггер, Дитмар фон дер Пфордтен и др.). Исходным пунктом этих дискуссий является первая статья Основного закона Федеративной Республики Германия (1949), которая констатирует, что человеческое достоинство является неприкасаемым. В этом смысле участники дискуссий обсуждают вопрос относительно того, является ли человеческое достоинство абсолютной идеей, правовым принципом или понятием, основным правом человека, моральным принципом, человеческой ценностью и т. п. Некоторые представители философии права рассматривают человеческое достоинство в контексте «европейской картины человека» (Христоф Бёр). Другие авторы акцентируют внимание на гендерном аспекте (Сильвия Штауб-Бернаскони) и возрастном аспекте (Ральф Штёкер) человеческого достоинства. Также отдельные представители философии права (Франц Йозеф Ветц, Ахим Ломар) выражают скептические позиции относительно самого понятия человеческого достоинства и его воплощения в реальную жизнь.

**Ключевые слова:** философия права; человеческое достоинство; права человека; начало ХХІ в.; Германия.

**Volodymyr Abashnik. Human Dignity: Actual Debates in Germany**

**Abstract.** The article covers the actual debates on the understanding of the human dignity in Germany at the beginning of the 21st century. The discussions of the German lawyers, jurists, theologians, philosophers, pedagogues, political scientist and legal philosophers (Nils Teifke, Paul Tiedemann, Manfred Baldus, Hermann Deuser, Winfried Brugger, Hans Vorländer, Dietmar von der Pfordten, Robert Alexy and others) in the last fifteen years were analysed. The basic position of these discussions is the 1<sup>st</sup> article of the Constitution of the German Federal Republic (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1949). This first article declares that the human dignity is untouchable. In this context German scientists discuss the status of the human dignity (die Menschenwürde, die Würde des Menschen) as the absolutely idea, the law principle, the moral principle, the law concept, the human right, the human value etc.

Quite a few jurists (Nils Teifke, Manfred Baldus) accentuate difficulties with the absolutely status of the human dignity. Some philosophers of religion and theologians (Christoph Böhr

and other) consider the human dignity in connection with the “conception of God” (das Gottesbild) and the “conception of European human being” (das europäische Menschenbild). The other scientists place the emphasis on the gender aspects (Silvia Staub-Bernasconi), the age aspects (Ralf Stoecker) and the immigrant aspects (Monika Kirloskar-Steinbach) of the human dignity. Some philosophers, pedagogues and legal philosophers (Arnim Regenbogen, Reinhold Mokrosch) view the human dignity as a human value and write in this context about the “value education” (die Werte-Erziehung). But the other philosophers and legal philosophers (Franz Josef Wetz, Achim Lohmar) have a skeptical opinion of the concept of human dignity (“as illusion”) and its realizing. Therefore, in this article these and other human dignity conceptions of the German legal philosophers and other scientists at the beginning of the 21st century are presented and critical analyzed.

**Keywords:** philosophy of law; human dignity; human rights; the beginning of the 21st century; Germany.

Одержано / Received 15.11.2019

## THE UNITY OF INTERNATIONAL LAW: AN EXERCISE IN METAPHORICAL THINKING

### Introduction

**T**he issues of how international law is designed as a normative order, what the relationships between its parts and the whole are, and how these relations impact on its authority belong to the classical points of debate in international legal scholarship and philosophy of international law. My task in this article is not to provide a complete inquiry into different theories and concepts of international law as a legal order (or disorder) or to subtilise the complexities of relations between international law and its parts, areas, or regimes. Instead, I aim at providing a sketch of three different, though interconnected, metaphorical ways of thinking about international law as a whole. By so doing, I am highlighting an angle in which investigation of the normative structure of international law promises to bear fruit.

Picking up appropriate metaphors for discovering the peculiarities of a normative structure of international law is a challenge of its own. Certainly, any metaphor presupposes a degree of simplification, over-generalisation, or exaggeration. Yet still, they can provide an illuminating account of international law by highlighting some of its features and putting them in a spotlight from an unusual perspective. This is so because it is in nature of metaphorical thinking to provide a simple explanation for complex phenomena such as international law. In the three following sections I attempt to draw an image of international law and its normative structure as a tree, as a starry sky, and as a galaxy, with each image giving a specific perspective on where the normative authority of international law is located and how it is distributed with respect to the parts and the whole. My main focus during this enterprise will be on how one can perceive international law as a whole through the relations between general international law, different areas of international law, and/or even its particular norms.

### I. On Trunk and Branches: International Law as a Tree?

“Theories are always worldmaking. [...] They constitute the reality they intend to describe by representing it and constructing it on the basis of their own presuppositions and

---

\*Kostiantyn Gorobets, Candidate of Legal Sciences, PhD Student at University of Groningen, Netherlands. Костянтин Валерійович Горобець, кандидат юридичних наук, докторант Університету Гронінгена, Нідерланди.  
e-mail: [k.v.gorobets@gmail.com](mailto:k.v.gorobets@gmail.com)



theoretical tenets.”<sup>1</sup> All the knowledge we have and use as “theoretical” is inevitably metaphorical; it is a result and a process of carrying over the meanings, features, symbols, from one thing to another.<sup>2</sup> International law, just as law in general, is no exception.<sup>3</sup> While building comprehensive pictures of international law, theorising its different parts, one inevitably uses, implicitly or explicitly, metaphorical thinking.

From a metaphorical perspective, there are many ways of perceiving the normative structure of international law. Some of these tend to adopt a holistic perspective and start from a presumption of unity. In this case, the normativity of international law is seen as evenly distributed all over its parts due to some underlying set of norms and principles. International law being perceived in such a way appears as a coherent and monolithic normative order. And indeed, one might say that international law by actively proliferating since 1980’s adopted a structure similar to one of the domestic legal orders with the “trunk” of constitutional law and “branches” of particular fields of regulation.<sup>4</sup> As Bruno Simma puts it, one may observe “[...] a transposition of functional differentiations of governance from the national to the international plane; which means that international law today increasingly reflects the differentiation of branches of the law which are familiar to us from the domestic sphere.”<sup>5</sup>

The word “branch,” which in itself makes up a part of a tree metaphor, is widely used in international legal scholarship as a synonym for areas or fields of international law. In its Survey on International Law in 1971, the International Law Commission covered seventeen “various topics into which international law as a whole may be divided” in order to compare “the degree of codification achieved in different branches.”<sup>6</sup> The list of these areas has changed since then; some new branches of international law have uncoupled from original branches (such as international law on human rights which used to be considered as a part

<sup>1</sup> Andrea Bianchi, *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking* (New York: Oxford University Press, 2016), 16.

<sup>2</sup> In this article, I draw on classical works on the theory of metaphor, such as George Lakoff and Mark Johnson, *Metaphors We Live By* (Chicago: University of Chicago Press, 2003); Andrew Ortony, *Metaphor and Thought*, 2nd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1993); John R. Searle, *Construction of Social Reality* (New York: Free Press, 1995).

<sup>3</sup> Metaphor in law is mainly considered in connection to the persuasive use of legal language, but also as a tool for comprehension the law, its shaping as a meaningful world filled with familiar ideas and symbols. See: Michael Hanne and Robert Weisberg, *Narrative and Metaphor in the Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018).

<sup>4</sup> The idea of representing law through organic metaphors traces back at least to Montesquieu. The historical school of law (Savigny, Puchta) has significantly improved it by implementing the comparison between law and language which both sprout from the spirit of the people and thus cannot be imposed or designed, only captured. This enabled a picture of law as a living organism whose development resembles the development of living things.

<sup>5</sup> Bruno Simma, “Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner,” *European Journal of International Law* 20, no. 2 (2009): 270.

<sup>6</sup> ‘Survey of International Law: Working Paper Prepared by the Secretary-General’ (International Law Commission 1971) UN Doc A/CN.4/245 para 13.

of “international law relating to individuals”), some other branches have emerged (such as international energy law or international law of development). Yet the general approach remains unchanged, and the concept of a branch of international law is still in a broad use.

The idea of branches of law as referred to in domestic (mostly continental) jurisprudence has its roots in the codifications in France and Germany in the 19th century (and later in the rest of Europe), which put an end to the medieval legal pluralism with different legal orders coexisting at the same time on the same territory, overlapping and competing with each other.<sup>7</sup> As a consequence, the metaphor of a tree as representing the structure of a legal order is one of the most canonical ones. Law raises from a soil of relations between people, their practices and cultures, and unites them under one rule. As Marie-Claude Prémont argues,

[...] the tree of law is described, explained, and perceived through the organisational principles which have the remarkable characteristics of being essentially metaphoric in nature. There are four organisational, structural sub-metaphors, which directly contribute to the elaboration of the great metaphor of the tree: law is in constant *evolution* or *adaptation*; it draws its content from precise *roots* or *sources*; it is *multiplied* and *differentiated* in branches; the legal norms are organised in a form of *hierarchical pyramid*.<sup>8</sup>

The idea of a tree metaphor is that the trunk of a legal order maintains and connects all the branches of law serving in such a way a common and unifying backbone for the whole normative system. Each branch of law belongs to a legal tree and cannot exist or develop separately. The same applies to the trunk: being deprived of branches it simply perishes. The tree metaphor, therefore, represents a legal order as an ontologically holistic entity, in which everything is interconnected and based on some stable and certain ground.

International law, also, is often seen from such a holistic perspective. Bruno Simma assumes that the debates around the fragmentation of international law – which he considers to be the process of its “branching” – have reached the point where there seems to be an agreement that different regimes in international law, however independent they are, “cannot, at least not completely, ‘contract out’ of, decouple themselves, from, the system of general international law.”<sup>9</sup> Robert Jennings, while approaching the holistic vision of international law from a geographical, rather than normative perspective, also emphasises the links of

<sup>7</sup> See Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, 2nd ed. (Cambridge: Harvard University Press, 1995).

<sup>8</sup> “[...] l’arbre du droit se décrit, s’explique et se comprend à partir de principes organisationnelles qui ont la remarquable caractéristique d’être de nature essentiellement métaphorique. Ces sous-métaphores organisationnelles, structurantes, qui contribuent directement à l’élaboration de la grande métaphore de l’arbre, sont au nombre de quatre: le droit est en constante *évolution* ou *adaptation*; il puise son contenu à *des racines* ou à *des sources* précises; il *se multiplie* et *se différencie* en branches; les normes juridiques s’organisent sous la forme d’une *pyramide hiérarchique*.” Marie-Claude Prémont, *Tropismes de Droit: Logique Métaphorique et Logique Métonymique Du Langage Juridique* (Montréal: Liber, 2003), 26. Hereinafter, the translations from French are mine.

<sup>9</sup> Simma, “Universality of International Law,” 275.

validity between the “branches” of regional sub-systems of international law and the “trunk” of general (or universal) international law: “universality does mean [...] that such a regional international law, however variant, is a part of the system as a whole and not a separate system, and it ultimately derives its validity from the system as a whole.”<sup>10</sup>

The diversification and “branching” of international law can thus be seen either *ratione materie* or *ratione loci*. In the first case it relates to the connection between general international law and legal regimes, or, more broadly, substantive areas of international law (such as international human rights law, international environmental law, international trade law, etc.). Here, general international law as being relevant to the legal order as a whole is opposed to “particular” international law regulating specific issues. In the second case, it relates to the issue of general international law being geographically universal as opposed to the regional sub-systems of international law, or simply regional norms of international law. For both cases, nevertheless, proliferation, diversification, “branching” of international law is perceived as no more than a natural process of its development.

The tree of law metaphor, therefore, reflects a presumption of systemic and even hierarchical nature of law. As Hans Kelsen famously claimed, “the legal order [...] is therefore not a system of norms coordinated to each other, standing, so to speak, side by side on the same level, but a hierarchy of different levels of norms.”<sup>11</sup> Indeed, when looking at a tree one can always trace each particular leaf’s connection to the trunk through the chain of twigs, sub-branches, and branches.<sup>12</sup> Once a leaf or a branch gets detached from a tree, it stops being a part of a system and dies due to the lack of vivifying validity, just like a norm cannot exist outside a normative order.<sup>13</sup> Jörg Kammerhofer observes that “this hierarchy is the dependence of one norm upon another norm for its validity” and “since that dependence is one-sided, it makes sense to call the dependent norm a ‘lower’ norm and the norm it depends upon the ‘higher’ norm.”<sup>14</sup>

Another necessary consequence of the tree of law metaphor is that it implies a functional separation between the trunk and branches. Even though they consist of the same (normative) “material,” they nevertheless have distinct purposes and manifestations. The trunk is what connects the leaves and branches to the roots of social reality, and in this role, it acts as a growing point of law; no branch can start growing on its own, separately from the trunk. The trunk also maintains the unity of the legal tree; it does not let it fall apart. An interesting feature of a tree mainly related to the trunk is so-called secondary growth that

<sup>10</sup> Robert Jennings, “Universal International Law in a Multicultural World,” in *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, ed. Maarten Bos and Ian Brownlie (New York: Clarendon Press, 1987), 41 (emphasis added).

<sup>11</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, trans. Andreas Wedberg (Cambridge: Harvard University Press, 1946), 124.

<sup>12</sup> *Ibid.*, 115.

<sup>13</sup> *Ibid.*, 113.

<sup>14</sup> Jörg Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (New York: Routledge, 2011), 108.

causes a tree's widening and thickening, as opposed to the primary growth which results in twigs and branches division and elongation. The function of secondary growth is to make a tree less subject to the winds, but also to make the trunk and branches stronger and able to carry more weight. A young tree is flexible and can easily bend; it makes it adaptive but physically weak, because of lack of the secondary growth.

Could it not be the case then that a functional separation between the trunk and branches, as well as the primary and the secondary growth which stands for their structural differences, resemble the idea of law having two distinct but interlaced sets of rules? One set is about regulating behavior – these are the twigs and leaves which constitute the most visible and, in fact, the most important for the every-day “users,” parts of law; these rules appear as a result of the primary growth. And the second set is about making this primary growth less subject to the threats of the environment, addressing, so to speak, the inherent defects of primary growth: its excessive flexibility, inability to carry a big mass of norms, etc. Does not it somehow resemble a theory of primary and secondary rules as developed by Herbert Hart?<sup>15</sup> Basically, secondary rules in legal orders address similar structural issues as secondary growth in trees: they both provide for a more stable, thick, unified, and less vulnerable system.

What are the relations between the primary and secondary rules as parts of a legal tree? In his book, Herbert Hart on several occasions sounds as if the introduction of secondary rules to an existing normative order turns such normative order into law. The mere title of chapter V of Hart's *The Concept of Law* (“Law as a Unity of Primary and Secondary Rules”) may be read to mean that for a normative order to count as law it must have secondary rules which are therefore the markers of transition from not-yet-law to law. Also, he writes, for example, that “the introduction of the remedy for each defect [of a social structure consisting only of primary rules] might, in itself, be considered a *step from pre-legal world into the legal world*.”<sup>16</sup> Over and above this, he argues that legal system exists under two basic conditions: (1) when there is a general obedience by citizens and (2) when there is acceptance of secondary rules by officials.<sup>17</sup> Such dualism, he notes, “is merely a reflection of the composite character of a legal system as compared with a *decentralised pre-legal form of social structure which consists only of primary rules*.”<sup>18</sup> These passages from *The Concept of Law* may open a door for seeing law as necessarily being constituted from both primary and secondary rules with the functional separation they imply;<sup>19</sup> however such an interpretation is not fully correct.

Such a reading of Hart entails that secondary rules act as the trunk that is becoming thicker due to the secondary growth: they provide for identification, creation, and application of

---

<sup>15</sup> Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 1994), ch. 5.

<sup>16</sup> *Ibid*, 94 (emphasis added).

<sup>17</sup> *Ibid*, 116.

<sup>18</sup> *Ibid*, 117 (emphasis added).

<sup>19</sup> In fact, such a reading of Hart is quite spread. For example, it lays at the roots of Dworkin's criticism of legal positivism. Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge: Belknap Press, 1986); Ronald M. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1977).

primary rules located in branches. Therefore, if there is no solid trunk of secondary rules, the branches and twigs of primary rules weaken, which jeopardises the unity of a legal order. And since in the last chapter of his book devoted to international law, Hart claims that “[...] international law not only lacks secondary rules of change and adjudication which provide for legislature and courts, but also a unifying rule of recognition specifying “sources” of law and providing general criteria for the identification of its rules,”<sup>20</sup> this supposedly means that he denies that international law has a trunk which provides for a formal coherence and consistency. Such reconstruction of Hart is widely used in international legal scholarship and serves a common starting point for criticism of his ideas about international law.<sup>21</sup> Many international lawyers claim that Hart failed to recognise the unity of international law and insist instead that international law has both the branches of primary rules and the trunk of secondary rules. For example, Pierre-Marie Dupuy argues that “[...] international law constitutes a legal order in formal meaning *because* it is provided with a system of secondary rules, and, especially, secondary rules of creation.”<sup>22</sup> Oriol Casanovas insists that “public international law is a legal system the unity of which derives, in the first place, from the structure maintained between the rules which make it up: primary rules and secondary rules.”<sup>23</sup> Karel Wellens assumes that the union of primary and secondary rules “[...] has always been influential in the international legal order.”<sup>24</sup> Thus, from the perspective of international legal scholarship, international law does constitute a legal system and resembles the same normative structure as one of the domestic legal orders.

Some might object that such a tree metaphor sees international law as much more solid, dense, and twisted than it really is. First of all, such a vision of international law distorts the historical picture of how this normative order developed. It was not a steady growth of “the trunk” of customary rules from “the soil” of international relations, but rather spontaneous

<sup>20</sup> Hart, *Concept of Law*, 214.

<sup>21</sup> See, for instance, Ian Brownlie, “The Reality and Efficacy of International Law,” *British Yearbook of International Law* 52, no. 1 (1982): 1–8; Jeremy Waldron, “International Law: ‘A Relatively Small and Unimportant’ Part of Jurisprudence?” in *Reading H. L. A. Hart’s the Concept of Law*, ed. Luís Duarte d’Almeida, James Edwards, and Andrea Dolcetti (New York: Hart Publishing, 2013), 209–24; Jean d’Aspremont, “Herbert Hart in Today’s International Legal Scholarship,” in *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, ed. Jörg Kammerhofer and Jean d’Aspremont (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 114–50; Jason A. Beckett, “The Hartian Tradition in International Law,” *Journal Jurisprudence* 1 (2008): 51–83; Mehrdad Payandeh, “The Concept of International Law in the Jurisprudence of H. L. A. Hart,” *European Journal of International Law* 21, no. 4 (2010): 967–95.

<sup>22</sup> “[...] le droit international constitue bien un ordre juridique au sens formel *parce qu’il* est doté d’un système de normes secondaires, et, notamment, de normes secondaires de production.” Pierre-Marie Dupuy, *L’Unité de L’Ordre Juridique International: Cours Général de Droit International Public*, vol. 9, Collected Courses of the Hague Academy of International Law (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2003), 119 (emphasis added).

<sup>23</sup> Oriol Casanovas, *Unity and Pluralism in Public International Law*, trans. Francis Barret (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), 249.

<sup>24</sup> Karel C. Wellens, “Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law: Some Reflections on Current Trends,” *Netherlands Yearbook of International Law* XXV (1994): 32.

flashes of normativity in different parts of the world, on distinct matters. Pierre-Marie Dupuy observes that unity and universality of international law is a recent development, and particular international legal orders had effectively developed before being federated into one general international legal order.<sup>25</sup> André de Hoogh also claims that today, “if a number of political entities within a region [...] were to come to [...] agreement that they would be bound by rules established by covenants or by practice recognised as law, such regional law would not of necessity need to rely for its validity on some overarching (global) legal system.”<sup>26</sup> International law has not always been a unified legal order, and the same to a large degree also applies to many domestic legal orders. And indeed, the presumption of the existence of some general “trunk” of the international legal order may be disputed as long as regional subsystems of international law may in fact build on the criteria of validity that may not be accepted as general or universal, such as, for instance, Islamic law.<sup>27</sup>

These considerations inevitably raise the question of whether there actually is something in international law that acts as its “trunk”? As it seems, there can be two conditions regarding the functions of this part of a legal tree. First, the trunk should be “general” in a sense of its unifying and supporting function regarding the branches. Second, the trunk should be superior to the branches in terms of the normative hierarchy – the trunk is to perform the function of validation of the rest of norms. In such a way, a candidate being able to fulfil the functions of the trunk should be either overarching and wraparound, or hierarchically superior in relations with branches.

The first possible candidate is what is usually being referred to as “general international law,” since it is opposed to particular conventions and legal regimes and exists as an overarching body of norms. General international law is universal,<sup>28</sup> in a sense that it is “recognized as a valid and applicable law in all countries, whatever their cultural, economic, socio-political, or religious histories and traditions.”<sup>29</sup> This traces back to Kelsen who wrote that “the norms of general international law claim permanent validity without any norm limiting this claim.”<sup>30</sup> In this sense, general international law may indeed look like the trunk of the tree of international law: it is overarching, i.e., no branch of international law can grow

<sup>25</sup> Dupuy, *L'Unité de L'Ordre Juridique International*, 86.

<sup>26</sup> André de Hoogh, “Regionalism and the Unity of International Law from a Positivist Perspective,” in *Select Proceedings of the European Society of International Law*, ed. M. J. Aznar and M. E. Footer (Oxford: Hart Publishing, 2016), 57.

<sup>27</sup> Michele Lombardini, “The International Islamic Court of Justice: Towards an International Islamic Legal System,” *Leiden Journal of International Law* 14, no. 3 (2001): 665–80. See also discussion on Sharia as a validating criterion of international law for Islamic countries in Mario Prost, *The Concept of Unity in Public International Law* (Oxford: Hart Publishing, 2012), 106–25.

<sup>28</sup> Lassa Oppenheim believed that the name of general international law “must be given to the body of such rules as are binding upon a great many States, including the leading Powers,” and thus “general international law [...] has a tendency to become universal international law.” Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 7th ed., vol. 1. Peace (London: Longmans, Green and Co, 1948), 4–5.

<sup>29</sup> Jennings, “Universal International Law,” 41.

<sup>30</sup> Hans Kelsen, *Principles of International Law* (Clark: The Lawbook Exchange, 2003), 95.

“outside” of it; and it claims universal validity, i.e., it performs the function of validation of any other layer or group of norms.

However, general international law does not constitute a dense or clearly distinguishable set of norms, and, as the International Law Commission stressed, there is no well-articulated or uniform understanding of what this term might mean.<sup>31</sup> Even though it can be approached as constituting general customary law and general principles of law,<sup>32</sup> it is sometimes seen as a system of principles, rules, and standards,<sup>33</sup> or even as a combination of customary international law and “general multilateral treaties,”<sup>34</sup> sometimes referred to as *traités-lois* as opposed to *traités-contrats*. General international law can also be seen as an embodiment of the community interests as distinct from the individual States interests.<sup>35</sup> Overall, in regard to general international law, there is no consensus even on whether it consists of customary rules exclusively or may also include treaties and/or general principles of law.

Another problem regarding general international law as exercising the function of the trunk of the tree of international law is that not all its norms are secondary. Putting it generally, not all of its norms perform the function of validation of other norms of international law thus creating a hierarchical chain. Certainly, norms on treaty law-making, statehood, identification of customary international law, etc., do perform such a function. But many other norms constituting the body of general international law do not, and they may be ordinary, even though universally valid, primary rules (such as the prohibition of aggression, or the freedom of the high seas). Even if one accepts that the condition of the overarching character is fulfilled by general international law, it cannot be said the general international law generates the validation chain, as it only partly consists of secondary rules.

A crucial point with regard to the idea of the trunk as representing the body of secondary rules, is that in international law secondary rules do not function in a way which would allow to declare international law a legal system. The vein of reasoning behind the trunk approach is that in a legal order which is becoming more and more complex, with many overlapping or even conflicting regimes, there is another way of perceiving and maintaining the unity of international law apart from looking at the existence of an invariable set of rules that are of structuring function, i.e., secondary rules. In this regard, the view of Mario Prost deserves full endorsement when he claims that

<sup>31</sup> “Report on Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law – Finalized by Martti Koskenniemi” (International Law Commission 2006) UN Doc A/CN.4/L.682 para 493(3).

<sup>32</sup> *Ibid*, para 174, 194.

<sup>33</sup> Rüdiger Wolfrum, “General International Law (Principles, Rules, and Standards),” *Max Planck Encyclopedia on Public International Law*, April 17, 2018, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1408>

<sup>34</sup> Grigori Tunkin, “Is General International Law Customary Law Only?” *European Journal of International Law* 4 (1993): 539–40.

<sup>35</sup> Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008), 58.

the mere existence of secondary rules is not sufficient to prove the existence of a unitary and autonomous system of law. The effective existence and integrity of a system of law, Hart claims, rests on a certain relation or rapport to law. Hart insists, in particular, on the fact that secondary rules must be effectively “internalised” by the system’s officials.<sup>36</sup>

In international law, there is no a unified system of officials, who are, according to Hart, the main addressees of the secondary rules.<sup>37</sup> In such a way, even if one assumes that the mere existence of the secondary rules is enough to claim that they as the structuring trunk of international law, it still remains unclear under what criterion this trunk of secondary rules can be thought of as got universally accepted by the officials.

Since the criterion of generality did not work, maybe the criterion of hierarchy might help? Thus, another candidate for being the trunk of international law are peremptory norms or the rules of *jus cogens*. A peremptory norm is “accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.”<sup>38</sup> Rules of *jus cogens* are of greater legal force than the rules of non-peremptory character, and therefore if a treaty conflicts with a peremptory norm at the time of its conclusion, such a treaty is void. However, does such a greater legal force of the peremptory norms necessarily create the relationships of validation between them and ordinary rules of international law? Even though peremptory norms are of a higher legal force regarding ordinary norms of customary international law or norms of treaties, they do not validate these ordinary norms. An ordinary norm of international law does not derive its validity from the body of peremptory norms, but it loses its validity if it contradicts a peremptory norm. In such a way, peremptory norms are not the sources of the validity of other norms, but rather opposite; they can be the source of their *invalidity*.<sup>39</sup> In such a way, their superiority in legal force is a consequence of their substantive nature, rather than of their formal features.<sup>40</sup>

The same, although on different grounds, can be said about the “constitutional” character and therefore supreme legal force of the UN Charter. Art. 103 of the Charter, which states that “in the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail,”<sup>41</sup> is often invoked as evidence of

<sup>36</sup> Prost, *Concept of Unity*, 87.

<sup>37</sup> On this point, see David Lefkowitz, “What Makes a Social Order Primitive? In Defense of Hart’s Take on International Law,” *Legal Theory* 23, no. 4 (2017): 258–82.

<sup>38</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331 art 53.

<sup>39</sup> de Hoogh, “Regionalism and the Unity,” 63; Orakhelashvili, *Peremptory Norms*, 205–6.

<sup>40</sup> ILC, ‘Reports of the International Law Commission on the second part of its 17th session and on its 18th session’ (3–28 January 1966) UN Doc A/6309/Rev.I. Yearbook of the International Law Commission (1966, Vol. II), 248.

<sup>41</sup> Charter of the United Nations (adopted 24 October 1945), art 103.



its supreme legal force.<sup>42</sup> At the same time, it is also persuasively argued that this provision is merely a conflict clause rather than a hierarchy clause.<sup>43</sup> Even some of those scholars who argue in favour of treating the UN Charter as the world constitution admit that it may be a material constitution, rather than a formal one,<sup>44</sup> i.e., its rules do not have an *a priori* supreme legal force over the rest of international law, even though they may be seen as more important or essential.

Taken all together, there seems to be an argument that seeing international law as a tree with all the conceptual implications of this metaphor is not feasible. Such a view, even if being somewhat productive in explaining the domestic law, creates too many Procrustean beds for international law. Even admitting that general international law or peremptory norms perform a function of a trunk is not enough for a full employment of the tree-like vision of international law. Besides, lack of a formal normative hierarchy which would provide for both superiority and validation of norms leaves little room for the applicability of this metaphor.

## II. On Stars and Constellations: International Law as a Starry Sky?

Seeing international law as a tree inevitably runs into many questions. This metaphor exaggerates the level of its structural consistency and contingency of different parts of the international legal order. It is quite doubtful whether international law has some sort of a “trunk” or whether its “branches” are clearly distinguishable. And even though there can be an element of hierarchy in international law, this hierarchy is rather situational and not formally predetermined by reference to source; it is dependent on the content and substantive character of a particular rule rather than on its formal features or source. The metaphor of a tree makes international law appear more as it should be rather than as it actually is.

As an opposition to the tree-like image of international law, it can be reasonably argued that in international law “each treaty is an island of its own and [...] rules of customary international law may in certain ways be grouped together in a functional sense [...] but with little attempt made to enhance the coherence between such fields.”<sup>45</sup> In this regard, international law is merely an umbrella-notion used to overarch a multiplicity of international legal regimes created by states with no intention of having a coherent system of norms at the global scale. The horizontal nature of international law leads to a situation where “treaties

---

<sup>42</sup> Michael W. Doyle, “Dialectics of a Global Constitution: The Struggle over the UN Charter,” *European Journal of International Relations* 18, no. 4 (2012): 601–24; Pierre-Marie Dupuy, “The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited,” *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 1, no. 1 (1997): 1–33; Bardo Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009).

<sup>43</sup> Andreas Paulus and Ruben Leiß, “Art. 103,” in *The Charter of the United Nations. A Commentary*, ed. Bruno Simma et al., 3rd ed., II (New York: Oxford University Press, 2012), 2137.

<sup>44</sup> Nicolas Onuf, “The Constitution of International Society,” *European Journal of International Law* 5, no. 1 (1994): 16–18.

<sup>45</sup> de Hoogh, “Regionalism and the Unity,” 56.

and custom come about as a result of conflicting motives and objectives – they are ‘bargains’ and ‘package-deals’ and often result from spontaneous reactions to events in the environment.”<sup>46</sup>

In such a view, international law looks more like a disorder, a scattering of norms in an ocean of lawlessness, and its different parts have little connection to each other or to something that acts as “trunk.” An overwhelming majority of international treaties in the world are bilateral treaties, and only a small number of these have or can potentially have a universal effect.<sup>47</sup> Even customary international law that is supposed to have universal validity is claimed only to be effective and perform the regulative function for a small amount of states:

customary international law can reflect genuine cooperation or coordination, though only between pairs of states or among small groups of states. Other times, customary international law may reflect self-interested state behavior that, through coercion, produces gains for one state and losses for another. Much of customary international law is simply coincidence of interest.<sup>48</sup>

In this regard, international law seemingly does not have a solid body of norms that act as a united and coherent legal front, but rather something amorphous, volatile, and sparse. Moreover, those sparks of normativity which supposedly constitute international law are results of political processes, but unlike in domestic setting, international law and international politics do not always have a clear separation line. Since international law is merely a set of dots of normativity, the borders of such dots are determined by the background of politics and morality. Such a claim, typical for critical approaches to international law, disputes the mere idea of international law having some borders since they are entirely dependent on political and moral arguments used in a “legal” way.<sup>49</sup> Critical legal studies in international law made it clear that in international law, traditional liberal doctrines based on the separation of law from politics and morality cannot work, and their project involved “[...] pointing at the openness, contradictions and structural biases hidden in [...] doctrines, rules and interpretations, and extending realism to the point of seeing law as left to the unguided discretion of judges or other decision-makers, as ‘politics.’”<sup>50</sup> Hence, not only the

<sup>46</sup> Arnold Pronto and Michael Wood, eds., “Fragmentation of International Law,” in *The International Law Commission 1999–2009, Volume IV: Treaties, Final Draft Articles, and Other Materials* (New York: Oxford University Press, 2010), 641.

<sup>47</sup> Prost shows that a purely quantitative analysis of contemporary international law gives quite illustrative numbers: 70 to 75% of the treaties in the world are bilateral treaties, and only 10% of international treaty law has a universal or potentially universal scope. Prost, *Concept of Unity*, 36.

<sup>48</sup> Jack L. Goldsmith and Eric A. Posner, *The Limits of International Law* (New York: Oxford University Press, 2005), 225.

<sup>49</sup> See David Kennedy, *International Legal Structures* (Baden-Baden: Nomos, 1986); Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006).

<sup>50</sup> Siegfried Wiessner, ed., *General Theory of International Law*, vol. 1, American Classics in International Law (Leiden: Brill Nijhoff, 2017), 57.

small dots of normativity are rare, but they also appear as continuations of, and shaped by, politics.<sup>51</sup> Different political powers employ their vision of international normativity and impose this vision on the whole unity of international law. Thus, one might recall “Western” and “Soviet” international law opposed not only as political programmes but also as visions of the very same legal order. Today, though, “the structure [of international law] provided by the East-West confrontation was replaced by a kaleidoscopic reality in which competing actors struggled to create competing normative systems,”<sup>52</sup> and this kaleidoscopic reality is conceptually opposed to the view that international law is a definable whole. As a result, “in today’s interconnected world, the map of international law looks increasingly like a mosaic of disconnected pieces: shaped by many hands, interpreted by many voices, colored by numerous contexts, made up of a huge variety of materials.”<sup>53</sup>

Since international law is an open, uncertain, almost transparent net pierced by international politics and morality, with no obvious structure, and its norms are rather rare dots against a much bigger background of lawlessness, would it not be reasonable to reject the tree metaphor for good and say that international law is just like a starry sky? Rare dots of stars are surrounded by dark emptiness, like a scattering of norms of international law here and there are obvolute by an unstable, shifting, elusive matter of international politics. In this perspective, international law is much more absent than it is present; in the night sky of the global order there are too few normative dots of stars and there is too much “emptiness” of politics.

An important feature of such a view of international law is that it is of a boldly state-centric, or, more broadly, subject-centric nature. For if one claims that international law’s presence is confined to a set of rare dots of light against the dark background of the night sky, it implies a radicalisation of the Lotus principle: in the absence of clear prohibitions, a state must be assumed free.<sup>54</sup> In other words, the actual existence of international law is intrinsically limited by relatively high “pedigree test” concerning rules of customary international law, treaties, general principles of law, and other secondary sources. Apart from these shiny dots of proven-to-be-norms, there should be nothing to count as international law. In this regard, a relatively rare presence of stars in the night sky is a consequence of the dominance of emptiness in the universe. International law is quite like this; it consists only of what states

<sup>51</sup> This, however, should not be taken as an *a priori* bad or unwanted state of affairs. For instance, Jan Klabbers by emphasising the relevance of Hannah Arendt’s ideas for international law, shows that a “pure” meaning of politics (akin to a “pure” meaning of law in Kelsenian manner) implies “a politics stripped of all attempts by individuals to promote their own interests.” Such “pure” politics is fragile and therefore requires islands of normality shaped by promises. These islands, though, should not be many, as “an overdose of promises means that they lose their binding force.” Jan Klabbers, “Possible Islands of Predictability: The Legal Thought of Hannah Arendt,” *Leiden Journal of International Law* 20, no. 1 (2007): 5–9.

<sup>52</sup> Martti Koskeniemi and Päivi Leino, “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties,” *Leiden Journal of International Law* 15, no. 3 (2002): 559.

<sup>53</sup> Kalypsa Nicolaidis and Joyce L. Tong, “Diversity or Cacophony? The Continuing Debate over New Sources of International Law,” *Michigan Journal of International Law* 24 (2004): 1350.

<sup>54</sup> *The Case of the S. S. “Lotus” (France v. Turkey)* (Judgment) 1927 PICJ Rep Series A No. 10.

agreed to consider as law, nothing more, nothing less. This implies that international law has a “punctiform” structure; its appearance is concentrated around particular issues rather than evenly spread all over the night sky of international relations.<sup>55</sup> For a curious observer who looks at the starry sky above, international law appears as a result of infrequent flashes of normativity. Such an observer might justly say that this sparseness of international law makes it very delicate and vulnerable.

The state-centric character of the starry-sky metaphor of international law also manifests itself in how states perceive international law. As an aftermath of a sparse nature of international law and the fact that most of the treaties and customary rules have a limited scope both *ratione personae* and *ratione loci*, “each state has a unique set of legal obligations as a consequence of its past statements and actions and it cannot be said that treaty commitments apply equally to all states.”<sup>56</sup> Therefore, each state sees international law from its own perspective; in fact, international law looks differently for each and every state. People in different parts of the world cannot see the whole picture of a starry sky either; there can be no-one who is able to see all the stars at once. In this regard, international law is very difficult to grasp in one sight; one might need to employ quite sophisticated devices to make this possible, such as systemic integration.<sup>57</sup>

Apart from purely locational reasons, international law’s image varies depending on cultural peculiarities. Anthea Roberts claims that “what counts as international law depends in part on how the actors concerned construct their understandings of the field and pass them on to the next generation,”<sup>58</sup> or, as Carlo Focarelli puts it, “international law does not exist ‘in itself,’ regardless of the knowers and their idiosyncrasies and interests.”<sup>59</sup> Jean d’Aspremont even argues that “international legal scholarship has become a cluster of different scholarly communities, each using different criteria for the ascertainment of international legal rules.”<sup>60</sup> In other words, not only states see different normative stars above, but they also tend to interpret them quite diversely. Moreover, such interpretations may depend on specific political situations, and thus states’ adherence to and repudiation of international law is merely a function of their politics. States may apply a more holistic and universalistic vision of international law when it fits their goals, or they may ignore some critical connections between norms when this connection is unwanted. They may constantly switch from one interpretation of international law to another.<sup>61</sup>

<sup>55</sup> The idea of the punctiform structure of international law was first expressed by Paul Reuter. See Paul Reuter, *Organisations Européennes* (Paris: Presses universitaires de France, 1965), 216.

<sup>56</sup> Ian Hurd, “Three Models of the International Rule of Law,” *Eidos* 23 (June 1, 2015): 43.

<sup>57</sup> For discussion, see Panos Merkouris, *Article 31(3)(C) VCLT and the Principle of Systemic Integration: Normative Shadows in Plato’s Cave* (Leiden: Brill Nijhoff, 2015).

<sup>58</sup> Anthea Roberts, *Is International Law International?* (New York: Oxford University Press, 2017), 2.

<sup>59</sup> Carlo Focarelli, *International Law as Social Construct: The Struggle for Global Justice* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 90.

<sup>60</sup> Jean d’Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford Monographs in International Law (Oxford: Oxford University Press, 2011), 3.

<sup>61</sup> Goldsmith and Posner, *The Limits of International Law*, 169.

In such a way, a systemic image of international law is in constant change and dependent on political motives. Since the normative structure of international law is determined purely by a perspective adopted by a particular state, it can also be claimed that sometimes the stars of international law are over-lighted by the light on the ground, by the light of the domestic law. When having a powerful source of light nearby, one can hardly see the stars; the light of domestic law can spoil the shining of the stars of international law, make them almost invisible. Sometimes this can be good: light on the ground is much more illuminating than a barely perceptible shine of the stars. In the same way, for instance, domestically implemented standards of human rights are much more effective than merely formal participation in an international human rights treaty. In this regard, the correlation between the stars above and the light on the ground creates a specific interlacing normative process, which “forces states to become more law-abiding by incorporating international law into their legal and political structures.”<sup>62</sup> But sometimes this can also be bad: it is quite common that lawyers are reluctant in applying international law to domestic issues, even when such application is justified. Why would a lawyer try to find a solution to a problem by squinting to observe the faint light of the stars when she can simply bring it under a powerful lamp of domestic law? Would it not be a simpler solution for her just to take into account the light radiated by domestic bulbs – the kind of light she is most familiar and comfortable with?

Apart from being state-centric, the starry sky metaphor of international law may be quite illuminating in terms of how a seemingly disconnected set of norms of international law above is getting united into some structured order. While looking at the starry sky, people not only see stars but also constellations (if they know where to look). All the constellations we know do not reflect any actual connection between the stars. The groups of stars associated with some mythological figures or simple every-day objects just happened to be close enough for people to attach some meaningful concepts to them.

Could we say then that the constellations we see in the starry sky of international law are just like different legal regimes and fields of international law? There is the Big Dipper of international human rights law with a number of shiny conventional stars. And close to it, there is the Small Dipper of international humanitarian law – pay attention to the Fourth Geneva Convention, that’s the Polaris. Some constellations have a clear bright leader of a particular star, say, UN Convention on the Law of the Sea is just like Sirius in the Canis Major of the international law of the sea. The Southern Cross, however, consists of the stars with almost no difference in brightness, like the stars in the constellation of international criminal law. Each norm of international law is inscribed into the system of a constellation, which appears to be like legal regimes and “branches” of international law.

What is important is that there is nothing in constellations beyond our imagination and social conventions about calling those seven stars above the equator the Orion and those four stars in the South the Southern Cross. What makes them appear as constellations is our perception alone. All these stars in which we see some figures do not have any actual

---

<sup>62</sup> Harold Hongju Koh, “Transnational Legal Process,” *Nebraska Law Review* 75 (1996): 206–7.

relations; they fly through the space at an enormous distance from one another. Seeing international law in this manner largely relates to the idea that law as such constitutes a unity, a whole, a system, only due to our intellectual efforts of interpreting it in such a way. And such an approach also presumes that international law looks different depending on what interpretation of the supposed “branches” and “fields” is used. Just the same way as some cultures recognise a dipper in the seven stars shining in the North, whereas others a bear, a bucket, a carriage, even a coffin, a systemic image of international law also depends on the cultural, historical, gender, racial, etc., perspective.

From this follows that the dominant image of international law as imposed by the Western states is not the only one available, as it ignores the Third World states vision of international law;<sup>63</sup> or that the image of international law represents only a male’s point of view on international law, which should at least be supplemented by a feminist perspective,<sup>64</sup> etc. In the same vein, the Islamic approach to international law on human rights is different from the European one; the Western view on international trade differs from the one of China and India; international environmental law in the First World looks unlike that in the Third World.

As a consequence, in a quite paradoxical way, a mosaic, sparse, disorganised, dependent on many perspectives picture of international law turns from being explicitly state-centric to being radically pluralistic. At some point it becomes obvious that international law as such does not have its own face or common appearance; each more or less representative group with a specific social identity may claim its rights for a particular image of international law and a picture of its normative constellations. In such a setting, when the starry sky of international law allows for multiple collaged, pluralised constructions and perceptions, a question may arise: where is the place for general international law? There are no constellations which are visible from all parts of the world; even the most universally recognised custom may, therefore, reflect only a particular parochial view on what international law is or should be. At the same time, a parochial view of a concept may be universalised through acceptance.<sup>65</sup> Would it not then be reasonable to say that general international law is represented by the constellations which are universally recognised, i.e., which do not depend on the cultural differences? Is this not the meaning of universality applied to general international law? In such a view, general international law is not merely a set of constellations comprised of the customary stars, but also a universally accepted convention according to which these constellations are recognised.

---

<sup>63</sup> Bhupinder Chimni, “Third World Approaches to International Law: A Manifesto,” *International Community Law Review* 8, no. 1 (2006): 3–27.

<sup>64</sup> Hilary Charlesworth, Christine Chinkin, and Shelley Wright, “Feminist Approaches to International Law,” *American Journal of International Law* 85, no. 4 (1991): 613–45.

<sup>65</sup> Joseph Raz provides an illuminating account on how the transition from parochial to universal happens by assuming that it is possible to have law without any concept of law or legal system. This leads him to a conclusion that the general theory of law is in principle available in the sense that it can be a result of a reduction of the concepts to the practices. See: Joseph Raz, “Can There Be a Theory of Law?” in *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. Martin P. Golding and William A. Edmundson (Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2008), 324–42.

The status of general international law is therefore also purely constructed and appears as a result of an additional layer of meaning. First, we construct a meaning of some group of normative stars which happened to be neighbours. Say, people discerned an outline of a dipper (or bear, or coffin) in seven stars in the Northern sky, just like lawyers put conventions and customary rules related to human rights under an umbrella-concept of international human rights law. Second, for this area of international law to become a part of general international law, such an umbrella-concept should be universalised, i.e., gain general acceptance. In other words, what makes general international law general is the existence of an additional layer of a constructed meaning attached to constellations in the sky already recognised by some states. Such an additional layer performs a coordination function and simplifies the communication between different perspectives of a particular area of international law. Not only states see some constellations in the starry sky, but they also agree on the fact that this sight is perceived universally and thus making it general. In such a way, international law can become general, but it is never general initially.

The metaphor of a starry sky can illuminate some peculiarities of international law which cannot be recognised from a perspective of the metaphor of a tree. However, where the tree-like approach to international law runs to the extremes of exaggerating its coherence and systemic unity, the starry sky-like approach runs to another extreme by making international law too elusive by blurring and washing out its picture. International law within such view is impossible to grasp; it turns out that there is no international law as such, only separate norms which are connected or disconnected depending on present-day conditions, political climate, cultural peculiarities, and professional background of a spectator. International law is thus left deconstructed with no instruction given of how it can be reconstructed. There is nothing to say about international law, only about what it might or might not seem to be. This leaves little room for the authority of international law. What kind of authority can there be if international law is merely a kaleidoscope or cacophony of competing interpretations and meanings, and their weight depends almost exclusively on political (ir)rationality and narrow actor-centred interpretative perspectives?

### III. Looking for a Middle Ground: Stars, Planets, and Galaxies

International law is known for its lack of a harmonious and well-composed normative structure. Some suppose that this constitutes its biggest weakness, as it makes international law less effective and dispersed; whereas others assume that, in fact, it is a strength, as it makes international law more adaptive and pluralistic. But whoever is right, the fact is that all different conventions, rules of customary international law, decisions, resolutions, declarations and so forth exist in a common space determined by specific use of language and of the attitude international actors' towards these pieces of normativity. The mere ability to think of international law as of something separate enables its perception as a whole.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> As Martti Koskenniemi puts it, the meaning of expressions – such as international law— “are like holes in a net. Each is empty in itself and has identity only through the strings which separate it from the neighbouring holes.” Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, 8–9.

The lack of a well-defined, slim, and harmonious tree-like structure, though, does not mean the lack of any structure whatsoever. International law does not know a formal hierarchy of norms, or at least not of the same type as in domestic law. Its institutional representation through decision-making bodies is uneven and discrete. Some norms of international law are supported through international organisations, whereas many exist on their own. All this makes international law quite irregular in its appearance and functioning. Some international legal instruments are more weighty than others in a sense that they attract commitments and endorsements, define the normative agenda of international community, and determine the development of international law. The European Convention on Human Rights, for instance, is a major point of gravity in the international law of human rights, and the practices, opinions, judgments around this Convention have an impact on areas of international law that do not directly fall under its scope. The UN Charter is a treaty that prevails over other treaties in a case of a conflict, and it established the system of the United Nations – the most representative international organisation ever existed – which makes it at least more important in a substantive meaning than probably any other treaty. The practices, opinions, and judgments formed within and around the Charter as a normative entity, including the jurisprudence of the International Court of Justice, also have their significant weight and gravity.

International law is horizontal – this is a well-known characteristic which primarily means that international law lacks a parliament, a government, and a hierarchical system of judiciary. At the same time being a decentralised normative order also means the existence of many different points of authority, none of which can be placed at the centre on the basis of some formal features. Treaties concluded under the aegis of the UN are of the same normative quality as treaties concluded between two states only. A judgment of the International Court of Justice does not have a stronger legal force than the judgments of any other international court or tribunal, even though only the ICJ is “the World Court.” Yet, again, some pieces of international normativity become more important than others, some treaties form a new agenda for an international order, whereas others are “just treaties.”

How to measure and explain all these nuances? Certainly, it is impossible to understand this within a traditional paradigm of validity, in which all the legal instruments in international law are of the same quality, and there is no way to say that one is higher than another.<sup>67</sup> But validity is not the only quality of law, and sometimes not even the most important one. In international law, a variety of legal instruments, customary rules, judgments, opinions, recommendations, etc., create their own gravitational fields. As Ronald Dworkin stressed, judicial practice, as well as any particular judicial decision, has its gravitational force, which means that judges, even when they disagree with previous judgments, should give them

---

<sup>67</sup> This is an approach commonly associated with the formalism in identification of the rules of international law. See, for instance, Jean d’Aspremont, “Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials,” *European Journal of International Law* 19, no. 5 (2008): 1075–93.



credit and consider them as having argumentative weight.<sup>68</sup> This argumentative weight indeed acts as gravity: a judge should provide more weighty and convincing arguments to overcome the influence of a previous judgment – just like a satellite should be sent into space at high speed to be able to break out from Earth’s gravitational field. But of course, not only planets have gravity. Planets are often surrounded by moons or smaller pieces of matter. They themselves turn around stars, and stars are bound together by the gravity of a galaxy. All the pieces of normativity of international law have their gravity in a sense that they cause fluctuations of the matter by pulling decision-makers, states, and other actors, towards one or another point of normativity. The idea of normative gravity serves the purpose of emphasising the decentralised character of international law: since each piece of normativity has its gravity, gravity as such is never concentrated in one and only one location.

All these references to gravity may signal that we have not gone too far from describing international law as a starry sky. But the difference is that now we look at the stars of international law not through the eyes of a particular actor, say, a state, but through the eyes of a stand-aside observer who tries to unveil the relations between the stars as they are, and not how they may or may not appear from a particular perspective. This stand-aside observer, however, does not need to count himself as an “outsider,” or if put it in Hart’s words, as someone, who “may, without accepting the rules himself, assert that the group accepts the rules, and thus may from outside refer to the way in which they are concerned with them.”<sup>69</sup> Her perspective does not necessarily mean any strict separation between “insiders” and “outsiders,” i.e. those who observe international law from the inside and occupy an internal perspective (such as officials of states or international organisations), and those who try to observe it from a “nowhere” position looking at international law as if it is somewhere “there,” detached and delineated as a separate phenomenon (like legal scholars or political philosophers).<sup>70</sup>

But how does the starry sky look like if we try to abandon a narrow subject-centered perspective and accept a view of this stand-aside observer? From Earth, all the stars indeed look like a mere scattering with no structure behind, and any systemic picture we may or may not have depends on our interpretation alone. Yet going beyond such perspective gives another picture. One might discover that stars are actually interconnected: they form quaint groups, merge into intertwined conglomerates and, if one takes an even broader picture, are consolidated into galaxies. Could it be the case then that international law and its normative structure is like a galaxy? Why not say that stars of norms of international law constitute a whole, a galaxy, but at the same time exist on their own? They can be smaller and bigger, lighter and heavier, duller and brighter, which fits perfectly into today’s perception of

---

<sup>68</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 111–23.

<sup>69</sup> Hart, *Concept of Law*, 89.

<sup>70</sup> Here, I share Pauline Westerman’s criticism towards any strict separation of such kind of perspectives. Pauline Westerman, “The Impossibility of an Outsider’s Perspective,” in *The Objectivity in Law and Legal Reasoning*, ed. Husa Jaakko and Mark van Hoecke (Oxford: Hart Publishing, 2013), 45–66.

international normativity as a matter of degree,<sup>71</sup> a question of “more or less”<sup>72</sup> rather than of “yes or no.”<sup>73</sup>

Is not it the middle ground between claiming that norms of international law are tied together like the parts of a tree and claiming that their relations are purely imaginary? The gravity of normative stars creates links between them. Stars close by influence each other; their overlapping gravitational fields makes them interdependent to a certain degree. Each star exists on its own, yet its trajectory largely depends on the stars around it. Many stars bound together by gravity may form conglomerates with no sharp borders. In the case of the galaxy of international law, one might call these groups of normative stars areas or fields of international law (like international human rights law, or international environmental law). And indeed, it might be more convincing to treat areas of international law in such a way rather than associate them with branches of a tree with a clear structure and high density, or with constellations that are only the products of our imagination. The groups of stars are uncertain, blurred, perplexed, and it may be unclear where one ends and another one begins. The same for norms of international law: it might be difficult sometimes to clearly separate one area from another, or to determine which norm from which area should apply.

The normative stars in the galaxy of international law may exist in different forms. It does not matter whether a norm appears as a treaty or customary rule, as a principle of international law or other normative standard, or even as a piece of soft law – all stars are different. But at the same time, there can be dissimilarities in how normative gravity appears depending on the form of its embodiment. The normative stars of treaties are the easy cases; their borders are usually sharp, coordinates certain, and their luminosity described in the handbooks. The norms of customary international law, however, can be harder to identify. Customary international law is less organised and more dispersed than the norms of treaties. Rather than resembling stand-alone stars, customary international law is like the galaxy’s core – tightly packed group of stars, hot gas, and dust; it is the brightest part of our normative galaxy, it looks like a shining cloud around which the galaxy rotates. The body of general international law is often uncertain: it does not have sharp borders which separate it from the rest of the normative galaxy of international law, and its picture is blurred by dust and flashes of unformed stars of would-be customary rules. The codification of general international law allows one to clarify and set apart some parts of it by delineating a part of customary international law, and thus, international treaties that are results of codification of international law are the normative stars of the closest circle of the galaxy’s core.

<sup>71</sup> See Richard R. Baxter, “International Law in ‘Her Infinite Variety,’” *International and Comparative Law Quarterly* 29, no. 4 (October 1980): 549–66; Christine Chinkin, “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law,” *International and Comparative Law Quarterly* 38, no. 4 (October 1989): 850–66.

<sup>72</sup> Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, 393.

<sup>73</sup> See Pauline Westerman, “Validity: Reputation of Rules,” in *Legal Validity and Soft Law*, ed. Pauline Westerman et al. (New York: Springer, 2018), 165–82.

General international law is the core of a normative order, which, however, loses its density from the centre to the edges. In this regard, general international law, constituted from norms of customary law mainly (or exclusively), is indeed omnipresent, but at the same time, its impact may vary depending on how far a star is from the galaxy's core. Therefore, general international law may be felt quite intensively near some areas of international law, whereas in some others its impact may be of a lower degree. Some distanced stars may experience little influence of the galactic core of general international law, thus being more independent and, to an extent, self-contained. This explains why some legal regimes formed around such distanced normative stars may not constantly rely on customary rules concerning responsibility, interpretation of treaties, etc.

The metaphor of a galaxy is also quite illustrative in terms of highlighting the relations between different normative stars. Each norm of international law may be taken and analysed on its own, but at the same time the closer the distance between them becomes, the more interaction it produces. It is the same with stars: the smaller the distance between stars gets, the more gravitational interactions arise. Stars may even compete with each other and experience each other's gravitational fields. These fields may overlap and an object unlucky enough to get in this overlap would be pulled in different directions – just like decision-makers in international law can be torn between two or more points of normative gravity that prescribe dissimilar or even contradictory standards of behaviour. This is exactly what the problem of fragmentation is all about: the more normative stars we get, the more gravitational conflicts we potentially face. In this regard, fragmentation may also have a positive side: because of fragmentation, the significance of international law has grown, and it regulates more and more fields which before were left solely to foreign policy or domestic jurisdiction.<sup>74</sup> The new normative stars of conventions, customary rules, soft law, etc., fill the void thus making international normativity more concentrated.

In this way, the structure of a galaxy is such that it is centralised but not hierarchical (the core of the galaxy consists of the same material as its edges – it is just much denser), holistic but with varying degree of density (a galaxy is one thing, but it consists of stars which are at huge distances from each other), interlaced but not solidified (stars impact on each other but are not bound). Normative stars constituting the elements of the galaxy of international law are also quite diverse: some of them are heavy and bright treaties, some others – small but luminous customary rules, or *vice versa*. The dullest stars of soft law may also become quite shiny, like, for instance, declarations. An advantage of such a galactic metaphor is that it acknowledges the different weight of norms in international law but does not impose a hierarchy on them. Some stars just happen to be bigger and heavier than the others; some norms just happen to be more weighty. The actual weight of a normative star is not a matter of its formal status (of a red giant or a white dwarf) but rather of the gravity it generates and

---

<sup>74</sup> Bruno Simma, "Fragmentation in a Positive Light," *Michigan Journal of International Law* 25 (2004): 845–8.

the impact it has on the decision-making, application, interpretation, and further development of international law.

The actual weight of a norm of international law does not exclusively depend on a particular threshold of validity or other formal characteristics. In contemporary international law, the norm-creation process is no longer restrained to the activity of states; it is a multidimensional and complex enterprise. In today's world, international organisations, NGOs, business corporations, and even private individuals can contribute in providing a norm of international law with a certain weight, and in this sense, we should indeed lift the states' veil and consider the individual impact on international law and *vice versa*.<sup>75</sup> In other words, it may not matter for the actual gravity of a norm of international law whether it is formally valid or not. Soft law can also have its normative gravity, even when it is not created by states, or only by states. The normative galaxy of international law is complex and even small and *prima facie* less relevant stars of declarations, recommendations, codes of conduct, etc., may have a gravitational impact on the massive stars of treaties and customary rules.

But even though norms of international law are like stars with differing weight, brightness, and gravity, different observers may pay more attention to some while ignoring others. Different decision-makers, like international courts, use distinct "telescopes" with filters that make them see only some specific stars. In this sense, when Art. 38 of the Statute of the International Court of Justice names international conventions, international customs, general principles of law, and judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists as the types of applicable law,<sup>76</sup> it does not in fact cover all the possible types of normative gravity available in the galaxy of international law. Art. 38 of the Statute only lists those sources of normative gravity the ICJ should "see" and take into account, and in this regard it may indeed be argued that this article does not identify sources of international law, but rather acts as an applicable law clause.<sup>77</sup> This provision merely sifts out other points of normative gravity which are not visible through this specific lens. It does not mean, though, that when applying a different telescope or no telescope at all one would see the same picture of international law.<sup>78</sup> Rather she would see a much more diverse, complicated,

---

<sup>75</sup> Samantha Besson, "The Authority of International Law Lifting the State Veil," *Sydney Law Review* 31 (2008): 343–80.

<sup>76</sup> Statute of the International Court of Justice (adopted 24 October 1945) art 38.

<sup>77</sup> Alain Pellet, "Article 38," in *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, ed. Andreas Zimmerman, Christian Tomuschat, and Karin Oellers-Frahm (Oxford: Oxford University Press, 2002), 677–792.

<sup>78</sup> For instance, art. 21 of the Rome Statute of the International Criminal Court contains a different list of sources and places special emphasis on the priority of the Statute itself and of the Elements of Crimes and its Rules of Procedure and Evidence, as well as on relevant domestic law. The Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002) 2187 UNTS 3, art. 21. Art. 293 of the United Nations Convention of the Law of the Sea specifically emphasise that the UN Tribunal on the Law of Sea shall apply only those rules of international law that are not incompatible with this convention. United Nations Convention on the Law of the Sea (adopted 10 December 1982, entered into force 16 November 1994) 1833 UNTS 3, art. 293(1).

and splendid image of interlaced normative gravities that go far beyond the Statute's shortlist. The image of international legal normativity is much richer and more variegated.

Certainly, stars are not the only objects in a galaxy, just like the existence of a normative order is not confined to norms alone. Many stars have planets, moons, smaller satellites, asteroids, comets, and so on rotating around them. Norms of international law, also, may form a pool of decisions, opinions, procedures, practices, etc., around them – they are like asteroids trapped in the gravity of a normative star. Their language and purpose, application and formation are secondary in regard to the gravity of a norm, they rotate around this norm, and, to an extent, belong to it. These pieces of normative matter rotating around particular star of a norm may be bigger or smaller, more or less influential. Think of cornerstone judgments of the ICJ, or landmark judgments of the ECtHR, or noteworthy resolutions of the UN Security Council, etc.

Many more or less peculiar norms of international law have these satellites of subordinate normativity around. They may not necessarily enjoy legal normativity, as the threshold of what counts as law and what does not is quite flexible and shifting in case of international law. Sometimes moral or even political considerations and statements may fall into a gravity of a particular norm, thus creating a pool for a future legalisation. It is also worth noticing that not all norms have such a pool of subordinate normativity, just like not all stars have planets rotating around them. For this reason, not all fields of normative gravity in international law qualifies as a legal regime. There should be something else added to a norm for it to become the centre of such regime. This again is quite similar to how stars in a galaxy look like: they can simply be stand-alone things with only dust flying around, or they can form quite complicated system of planets, with each having the moons, etc. Are not these pieces of normativity bound together by the gravity of a normative star the decisions, practices, opinions, judgements, procedures “around which actors’ expectations converge in a given area of international relations”?<sup>79</sup> Cannot we say that what is known as international legal regimes are just like these star systems with a central point of gravity in the form of a norm of international law represented by a treaty or custom and a complex system of heavier and lighter planets, moons, and asteroids of practices, procedures, opinions, judgments rotating in the orbits around it?

If star systems are like legal regimes in international law, then their normative gravity is strong enough to push out, at least partly, the gravity of a larger structure – like general international law. This implies a gravitational conflict between a star system and the galaxy. Bruno Simma and Dirk Pulkowski use a similar metaphor in this regard. In their view, the relations between general international law and legal regimes can be thought of as relations between “the law of the universe” and “the law of a planet.” For them, the key feature of such a relation is that the picture of international legal order changes depending on what perspective lawyers adopt: “if we focus on the universe, the law of the universe (general

---

<sup>79</sup> Stephen D. Krasner, “Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables,” *International Organization* 36, no. 2 (Spring 1982): 186.

international law) governs the planets. If we focus on the planets, planetary rules (the rules of the subsystem) leave little room for universal law.”<sup>80</sup> In this regard, Simma and Pulkowski are right to say that at the end of a day zooming in on a separate sub-system of international law is rather counterproductive as it leaves the general international law out of sight. The latter only becomes relevant when “lawyers reach out for the law of the universe of general international law to increase the effectiveness of the regime’s rules.”<sup>81</sup> In other words, if a spectator focuses on the normativity of a particular star of a legal regime, she always loses sight of the larger picture of the galaxy, and if instead she focuses on the galaxy as such, the normativity of particular regimes becomes too weak and insignificant.

But this is not *per se* what happens if we adopt a picture of the gravity presented here. Zooming in on a specific planet or star system does not exclude the galaxy of international law and its core of general international law. The more we zoom in, the less visible and perceptible the gravity of a larger structure becomes, but it never gets completely excluded. People on Earth basically feel only this planet’s gravity, nothing else. We do not even perceive the gravity of our Moon (though some animals do), not to mention the gravity of the Sun or the entire galaxy. To some extent, the gravity of the closest normative object overshadows the other gravities. However, all these gravities are still present everywhere, they interlace and lie on each other and in principle can be measured with a high precision. In other words, zooming in on a particular normative star does not exclude the general gravity of international law. However far we are from the centre of the Milky Way, even a pocket radio can catch the wave of its core. Same happens in international law: however closed and self-contained regime is, the general international law and other closer points of gravity always seep through.

The perception of international law as a normative galaxy allows highlighting many crucial features of this normative order. It is much less dense than domestic law, and there is a big distance between the stars of norms of international law. Some segments of such galaxy are more plexiform, whereas its distanced areas may constitute merely stand-alone stars. Some star systems of legal regimes are well developed, whereas many normative stars have only dust of application practice around them. Some normative stars are heavy enough to become local centres of gravity, some others play merely supporting roles. Yet there is a mystery around galaxies akin to the mystery of the international legal order. Taken together, all the stars, planets, asteroids, and other objects in a galaxy do not have a mass which produces enough gravity to hold this galaxy together. In principle, galaxies should fall apart, but they do not. There is some invisible glue, which fills the gaps between the patches of matter and makes galaxies not fly asunder. In international law, also, there is a constant debate around the issue of what holds it together. There is something invisible, imperceptible, difficult to catch in the galaxy of international law (like in the actual galaxies), which does not let it fall apart. The astronomers poetically call this thing “the dark matter,” it is “dark” exactly because

---

<sup>80</sup> Bruno Simma and Dirk Pulkowski, “Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law,” *European Journal of International Law* 17, no. 3 (2006): 506.

<sup>81</sup> *Ibid.*, 510.

no-one can see it, but its existence is necessitated in all the calculations to make sense of the structure.

Can we not say the same about international law? In international law, also, there is a thing which is often presumed but no-one can observe or prove its existence, and this thing supposedly performs the very same function: it does not let the normative galaxy of international law fall apart. Cannot this be said about the *Grundnorm* of international law – a thing which nature is a matter of assumption?<sup>82</sup> Or, how far is it from truth to claim that those scholars who try to find at all costs the rule of recognition in international law are looking for the mysterious dark matter of a normative galaxy?

By trying to discover the “dark matter” of the galaxy of international law one may fall into a trap of imposing the image of domestic legal systems (which indeed look more or less like trees) to a legal order of a different nature. Yet it should not mean that there is no “dark matter” that helps to hold international law together. Perhaps finding it is just a matter of time and effort. The galaxy of international law is in the active stage of stars formation, with all these flashes of normativity here and there and with new regimes emerging all over the place. It might be difficult to see what kind of a dark matter holds them together, as these flashes outshadow its subtle fluctuations. It may turn out that the dark matter of our galaxy is not the rule of recognition and not even the *Grundnorm*, but something else, like human rights, or sustainability.<sup>83</sup>

By seeing international law as resembling the structure of a galaxy, one can undercover probably the most comprehensive metaphorical way of perceiving its authority. It is not and cannot be located in one particular point. Each and every normative piece has its weight and gravity, and taken all together their gravity converges. The relations of normative conflicts and determination of valid rules, the issues of relative normativity and hierarchy all fall under a simple model of gravity which makes decision-making allocated in a particular place between specific normative stars. This signifies a shift from validity-oriented questions (such as what counts as a norm of international law, or what the formal criteria of the normative hierarchy in international law are, etc.) to the authority-oriented questions (such as what the actual weight of norms of international law is, how this weight can be conceptualised and measured, how does it help in explaining a variegated picture of contemporary international law, etc.).

<sup>82</sup> As Kammerhofer puts it, the *Grundnorm* is not just a matter of assumption, but of an inevitable assumption. Kammerhofer, *Uncertainty in International Law*, ch. 7.

<sup>83</sup> The attempts of seeing the human rights and sustainability through the concept of the *Grundnorm* are quite illustrative in the light of metaphor developed here. Remarkably, when these two concepts are claimed to be the *Grundnorm* of international law, it is not their formal function of validation that gets emphasised, but their importance and weight. See, for example, Rakhyn E. Kim and Klaus Bosselman, “Operationalizing Sustainable Development: Ecological Integrity as a Grundnorm of International Law,” *Review of European, Comparative International Environmental Law* 24, no. 2 (2015): 194–208; François Rigaux, “Hans Kelsen on International Law,” *European Journal of International Law* 9, no. 2 (1998): 325–43. This, in fact, proves the opposite: human rights, sustainability, just like the rule of law, or justice, cannot count as the *Grundnorm* of international law, as they simply do not perform its function.

## Conclusions

International law has many faces, and its picture is always complex and many-sided. This results in a multiplicity of ways one can imagine international law: as a tree, as a starry sky, as a galaxy, etc. Each metaphorical way of seeing international law spotlights some of its features and shadows others, yet still some metaphors are more accurate, more comprehensive, and more feasible.

We have seen that imagining international law as a tree is based on a presumption of its continuous and omnipresent existence. The tree of international law creates a normative shadow in which states and other actors hide from a devastating sunburn of possible international anarchy. For this shadow to be good, the tree must be strong, flattened, with a massive trunk and many branches. From this perspective, the process of branching of international law is actually a good thing. The authority of international law perceived as a tree is centralised and dependent on how strong and branchy this tree is; no branch can exist separately, and therefore each branch's authority is merely a function of the authority of the whole tree. Seeing international law as a tree, however, runs into many objections. Norms of international law may know some normative hierarchy, but they do not resemble such a clear and obvious subordination of one part of a normative order to another as one can observe in domestic legal systems.

Another way of making sense out of a decentralised normative order such as international law is to look at it as at a starry sky with dots of light against the dark background of lawlessness. In this perspective, international law's part-whole relations depend explicitly on interpretations and a multiplicity of ways of seeing this starry sky. Each state has its own picture of this sky, and it is quite challenging to come up with a comprehensive picture. This picture always remains fragmented and small-scaled. The allocation of authority in such circumstances becomes a rather senseless enterprise, as it has no real normative foundation.

Finally, international law may be seen from a perspective of the force of gravity. Each normative element in international law has its weight, relevance, importance, and all the multiplicity of these elements creates a structure akin to a galaxy. Stars of norms of international law pull decisions, judgments, practices, and opinions towards them, thus creating star systems. In this view, the authority of international law is just like gravity: it is everywhere, weaker or stronger, more or less perceptible. General international law in this regard performs the function akin to the function of the galaxy core: it is the bright central point, which gradually loses its density closer to the edges of this normative order.

© K. Gorobets, 2019

## Bibliography

- Aspremont, Jean d'. "Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials." *European Journal of International Law* 19, no. 5 (2008): 1075–93.
- Aspremont, Jean d'. *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*. Oxford Monographs in International Law. Oxford: Oxford University Press, 2011.



- Aspremont, Jean d'. "Herbert Hart in Today's International Legal Scholarship." In *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, edited by Jörg Kammerhofer and Jean d'Aspremont, 114–50. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- Baxter, Richard R. "International Law in 'Her Infinite Variety'." *International and Comparative Law Quarterly* 29, no. 4 (October 1980): 549–66.
- Beckett, Jason A. "The Hartian Tradition in International Law." *Journal Jurisprudence* 1 (2008): 51–83.
- Berman, Harold J. *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. 2nd ed. Cambridge: Harvard University Press, 1995.
- Besson, Samantha. "The Authority of International Law Lifting the State Veil." *Sydney Law Review* 31 (2008): 343–80.
- Bianchi, Andrea. *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*. New York: Oxford University Press, 2016.
- Brownlie, Ian. "The Reality and Efficacy of International Law." *British Yearbook of International Law* 52, no. 1 (1982): 1–8.
- Casanovas, Oriol. *Unity and Pluralism in Public International Law*. Translated by Francis Barret. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- Charlesworth, Hilary, Christine Chinkin, and Shelley Wright. "Feminist Approaches to International Law." *American Journal of International Law* 85, no. 4 (1991): 613–45.
- Chimni, Bhupinder. "Third World Approaches to International Law: A Manifesto." *International Community Law Review* 8, no. 1 (2006): 3–27.
- Chinkin, Christine. "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law." *International and Comparative Law Quarterly* 38, no. 4 (October 1989): 850–66.
- Doyle, Michael W. "Dialectics of a Global Constitution: The Struggle over the UN Charter." *European Journal of International Relations* 18, no. 4 (2012): 601–24.
- Dupuy, Pierre-Marie. *L'Unité de L'Ordre Juridique International: Cours Général de Droit International Public*. Vol. 9. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.
- Dupuy, Pierre-Marie. "The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited." *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 1, no. 1 (1997): 1–33.
- Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Belknap Press, 1986.
- Dupuy, Pierre-Marie. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1977.
- Fassbender, Bardo. *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Focarelli, Carlo. *International Law as Social Construct: The Struggle for Global Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Goldsmith, Jack L., and Eric A. Posner. *The Limits of International Law*. New York: Oxford University Press, 2005.
- Hanne, Michael, and Robert Weisberg. *Narrative and Metaphor in the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Hart, Herbert L. A. *The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- Hoogh, André de. "Regionalism and the Unity of International Law from a Positivist Perspective." In *Select Proceedings of the European Society of International Law*, edited by M. J. Aznar and M. E. Footer, 51–75. Oxford: Hart Publishing, 2016.

- Hurd, Ian. "Three Models of the International Rule of Law." *Eidos* 23 (June 1, 2015): 37–48.
- Jennings, Robert. "Universal International Law in a Multicultural World." In *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, edited by Maarten Bos and Ian Brownlie, 39–51. New York: Clarendon Press, 1987.
- Kammerhofer, Jörg. *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*. New York: Routledge, 2011.
- Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. Translated by Andreas Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1946.
- Kelsen, Hans. *Principles of International Law*. Clark: The Lawbook Exchange, 2003.
- Kennedy, David. *International Legal Structures*. Baden-Baden: Nomos, 1986.
- Kim, Rakhyn E., and Klaus Bosselman. "Operationalizing Sustainable Development: Ecological Integrity as a Grundnorm of International Law." *Review of European, Comparative International Environmental Law* 24, no. 2 (2015): 194–208.
- Klabbers, Jan. "Possible Islands of Predictability: The Legal Thought of Hannah Arendt." *Leiden Journal of International Law* 20, no. 1 (2007): 1.
- Koh, Harold Hongju. "Transnational Legal Process." *Nebraska Law Review* 75 (1996): 181–207.
- Koskenniemi, Martti. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Koskenniemi, Martti, and Päivi Leino. "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties." *Leiden Journal of International Law* 15, no. 3 (2002): 553–79.
- Krasner, Stephen D. "Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables." *International Organization* 36, no. 2 (Spring 1982): 185–205.
- Lakoff, George, and Mark Johnson. *Metaphors We Live By*. Chicago: University of Chicago Press, 2003.
- Lefkowitz, David. "What Makes a Social Order Primitive? In Defense of Hart's Take on International Law." *Legal Theory* 23, no. 4 (2017): 258–82.
- Lombardini, Michele. "The International Islamic Court of Justice: Towards an International Islamic Legal System." *Leiden Journal of International Law* 14, no. 3 (2001): 665–80.
- Merkouris, Panos. *Article 31(3)(C) VCLT and the Principle of Systemic Integration: Normative Shadows in Plato's Cave*. Queen Mary Studies in International Law. Leiden: Brill Nijhoff, 2015.
- Nicolaidis, Kalypso, and Joyce L. Tong. "Diversity or Cacophony? The Continuing Debate over New Sources of International Law." *Michigan Journal of International Law* 24 (2004): 1349–76.
- Onuf, Nicolas. "The Constitution of International Society." *European Journal of International Law* 5, no. 1 (1994): 1–19.
- Oppenheim, Lassa. *International Law: A Treatise*. 7th ed. Vol. 1. Peace. London: Longmans, Green and Co, 1948.
- Orakelashvili, Alexander. *Peremptory Norms in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Ortony, Andrew. *Metaphor and Thought*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- Paulus, Andreas, and Ruben Leiß. "Art. 103." In *The Charter of the United Nations. A Commentary*, edited by Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, George Note, and Andreas Paulus, 3rd ed. II. New York: Oxford University Press, 2012.

- Payandeh, Mehrdad. "The Concept of International Law in the Jurisprudence of H. L. A. Hart." *European Journal of International Law* 21, no. 4 (2010): 967–95.
- Pellet, Alain. "Article 38." In *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, edited by Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, and Karin Oellers-Frahm, 677–792. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Prémont, Marie-Claude. *Tropismes de Droit: Logique Métaphorique et Logique Métonymique Du Langage Juridique*. Montréal: Liber, 2003.
- Pronto, Arnold, and Michael Wood, eds. "Fragmentation of International Law." In *The International Law Commission 1999–2009*, 609–813. Volume IV: Treaties, Final Draft Articles, and Other Materials. New York: Oxford University Press, 2010.
- Prost, Mario. *The Concept of Unity in Public International Law*. Oxford: Hart Publishing, 2012.
- Raz, Joseph. "Can There Be a Theory of Law?" In *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, edited by Martin P. Golding and William A. Edmundson, 324–42. Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2008.
- Reuter, Paul. *Organisations Européennes*. Paris: Presses universitaires de France, 1965.
- Rigaux, François. "Hans Kelsen on International Law." *European Journal of International Law* 9, no. 2 (1998): 325–43.
- Roberts, Anthea. *Is International Law International?* New York: Oxford University Press, 2017.
- Searle, John R. *Construction of Social Reality*. New York: Free Press, 1995.
- Simma, Bruno. "Fragmentation in a Positive Light." *Michigan Journal of International Law* 25 (2004): 845–8.
- Simma, Bruno. "Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner." *European Journal of International Law* 20, no. 2 (2009): 265–97.
- Simma, Bruno, and Dirk Pulkowski. "Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law." *European Journal of International Law* 17, no. 3 (2006): 483–529.
- Tunkin, Grigori. "Is General International Law Customary Law Only." *European Journal of International Law* 4 (1993): 534–41.
- Waldron, Jeremy. "International Law: 'A Relatively Small and Unimportant' Part of Jurisprudence?" In *Reading H. L. A. Hart's the Concept of Law*, edited by Luís Duarte d'Almeida, James Edwards, and Andrea Dolcetti, 209–24. New York: Hart Publishing, 2013.
- Wellens, Karel C. "Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law: Some Reflections on Current Trends." *Netherlands Yearbook of International Law* XXV (1994): 3–37.
- Westerman, Pauline. "The Impossibility of an Outsider's Perspective." In *The Objectivity in Law and Legal Reasoning*, edited by Husa Jaakko and Mark van Hoecke, 45–66. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- Westerman, Pauline. "Validity: Reputation of Rules." In *Legal Validity and Soft Law*, edited by Pauline Westerman, Jaap Hage, Stephan Kirste, and Anne-Ruth Mackor, 165–82. New York: Springer, 2018.
- Wiessner, Siegfried, ed. *General Theory of International Law*. Vol. 1. American Classics in International Law. Leiden: Brill Nijhoff, 2017.
- Wolfgram, Rüdiger. "General International Law (Principles, Rules, and Standards)," *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* April 17, 2018, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1408>

**Kostiantyn Gorobets. The Unity of International Law: An Exercise in Metaphorical Thinking**

**Abstract.** The article investigates three different metaphorical ways of thinking about international law. It begins with assessing whether the canonical metaphor of law as a tree can apply to international law, and how this metaphor relates to the concepts of validity and division between primary and secondary rules. Further, the article tests another metaphor, that of a starry sky, which assumes that international law represents a no-system, a skittering of norms that have no or little connection to each other. Finally, the article draws on the last metaphor of international law as a galaxy with norms of international law having different weight and gravitational pull. These metaphors allow to see the normative structure of international law under different angles, which makes such phenomena as general international law, *jus cogens*, global constitutionalism, etc., look differently depending on the image of international law being adopted.

**Keywords:** international law; normative structure; validity; authority; legal system.

**Костянтин Горобець. Цілісність міжнародного права: вправи з метафоричного мислення**

**Анотація.** Статтю присвячено спробам метафоричного осмислення міжнародного права. Одним із ключових аргументів на користь використання метафор є те, що різні візуальні образи, використовувані для осмислення міжнародного права, зумовлюють відмінності в тому, яке значення надається таким ключовим поняттям, як чинність, нормативність та авторитетність міжнародного права. Стаття починається з характеристики класичної метафори права як дерева, в якому кожна «гілка» постає як окрема галузь права і всі галузі з'єднані за рахунок «стовбура», яким у контексті національних правових систем часто зображується конституційне право. Така метафора, хоча застосовна до національних правових систем, не повною мірою пасує міжнародному праву, в якому відсутні правові елементи, які могли б повноцінно виконувати функцію «стовбура». Протилежна за своїм посилом метафора зображує міжнародне право як зоряне небо, в якому норми міжнародного права є розкиданими зірками на тлі політичної «темряви». Будь-яка нормативна структурованість за такого бачення є лише наслідком накладення смислів, подібного до того, як люди бачать сузір'я у групах нічим не пов'язаних зірок. Така метафора часто використовується в рамках деконструктивістської критики міжнародного права, однак є малопродуктивною з точки зору пояснення його нормативної системи. Остання метафора, продовжуючи космологічну тематику, пропонує сприймати міжнародне право як галактику, в якій кожен об'єкт має автономне гравітаційне поле. Що більш вагомим є такий об'єкт, тим сильніше він впливає на довколишнє середовище. Таким чином, різні гравітаційні поля створюють складну систему взаємозалежностей між різними нормами міжнародного права. Дослід з метафоричного осмислення міжнародного права дозволяє по-різному оцінити нормативні зв'язки, що існують між відмінними режимами у міжнародному праві й демонструють, що завжди є більше ніж один спосіб системного представлення міжнародного права.

**Ключові слова:** міжнародне право; нормативна структура; чинність; авторитетність; правова система.

**Константин Горобець. Целостность международного права: упражнение в метафоричном мышлении**

**Аннотация.** Статья посвящена трем различным метафорическим способам осмысления международного права. Статья открывается оценкой того, можно ли применить каноничную

метафору права как дерева к международному праву и как эта метафора связана с понятием действительности и разделения между первичными и вторичными правилами. Далее статья тестирует иную метафору, а именно звездного неба, которая предполагает, что международное право является не-системой, россыпью норм, которые слабо или никак друг с другом не связаны. Наконец, статья предлагает последнюю метафору международного права как галактики, где нормы международного права имеют различный вес и гравитационное притяжение. Эти метафоры позволяют увидеть нормативную структуру международного права под различными углами, что делает такие феномены, как общее международное право, *jus cogens*, глобальный конституционализм и т. д., зависимыми от того, какой именно метафоричный образ международного права используется.

**Ключевые слова:** международное право; нормативная структура; действительность; авторитетность; правовая система.

Одержано / Received 15.09.2019

## ВИМОГА ПОСЛІДОВНОСТІ: ЗМІСТ І РОЛЬ У ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ

У нинішній час глобальних трансформацій у праві, які стали наслідками економічних, політичних та культурних перетворень, актуалізується проблематика спроможності права як соціального регулятора виконувати свої головні функції щодо упорядкування суспільних відносин на загальновизнаних цивілізаційних засадах. Зокрема, постає питання про те, наскільки право може бути передбачуваним, розумно стабільним та одночасно релевантним відносно потреб суспільного розвитку. У цьому зв'язку важливим є аналіз тих суб'єктів, які уповноважені на створення права, на його застосування при виконанні владних функцій, тих, хто реалізує у повсякденному житті можливості, надані правом, а також тих принципів, на яких засновується правове регулювання суспільних відносин. Це спонукає нас звернутись до концепції верховенства права як мірила діяльності уповноважених на здійснення публічної влади суб'єктів, який також все більше набуває ключового значення і для приватноправових відносин.<sup>1</sup>

В умовах триваючих перетворень, що відбуваються в українському суспільстві, формування правових традицій, становлення громадянського суспільства, особливо актуальним є зміцнення довіри в суспільстві, зокрема довіри до влади в особі її представників. Право як універсальний соціальний регулятор претендує на те, щоб служити авторитетним засобом підтримки довіри та законних очікувань між учасниками суспільних відносин. Авторитет та верховенство права як системи правил поведінки виправдовуються для суспільства тим, що ці правила базуються на загальнолюдських цінностях – рівності, свободі та гуманізмі як вихідних засадах правового регулювання.<sup>2</sup> Проф. С. Погребняк пояснює, що при цьому ефективна реалізація верховенства права як «ціннісного сплаву» загальних засад права гарантується втіленням у правове регулювання принципів правової визначеності, пропорційності і добросовісності (загальних принципів права).<sup>3</sup>

\* Катерина Олександрівна Буряковська, доктор філософії у сфері права, асистентка кафедри теорії і філософії права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Kateryna Buriakovska, PhD in Law, Assistant at the Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudryi National Law University. e-mail: [katyamandrikova@gmail.com](mailto:katyamandrikova@gmail.com)

<sup>1</sup> У сучасних дискусіях навколо змісту верховенства права ставиться питання про те, чи може цей концепт бути застосовним у горизонтальних правовідносинах. Див. Paul Gowder, *The Rule of Law in the Real World* (New York: Cambridge, University Press, 2016).

<sup>2</sup> Станіслав Погребняк, *Основоположні принципи права (змістовна характеристика)* (Харків: Право, 2008), 38.

<sup>3</sup> Там само.

Сьогодні беззаперечною лишається значущість вивчення їх практичного змісту та з'ясування переліку тих вимог, які формують їх основу. У цій статті зроблена спроба з'ясувати зміст та роль послідовності як вимоги, що впливає із принципу правової визначеності; продемонструвати досвід вивчення імплікацій послідовності як вимоги у системі нормативного регулювання; з'ясувати, яку інструментальну цінність несе ця вимога за умови її дотримання та які наслідки для правової системи у разі її недотримання.

Аналіз джерел судової та правоінтерпретаційної практики дав можливість ознайомитись лише із деякими аспектами послідовності як правової вимоги, яка, зокрема, конкретизується у галузях та правових інститутах систем національного, наднаціонального та міжнародного права. Серед українських дослідників можна виокремити таких дослідників, як С. Максимов, С. Погребняк, С. Рабінович, С. Савчин, С. Шевчук, Г. Христова та ін.; серед зарубіжних – А. Барак, А. Моубрей та ін. Філософське підґрунтя проведеної розвідки становили як україномовні роботи, зокрема, С. Максимова, С. Рабіновича, так і англійські та перекладені зарубіжні дослідження таких авторів, як П. Гаудер, Дж. Роулз, Дж. Фінніс, Л. Фуллер.

## І. Послідовність як загальносоціальна вимога

У словнику загальноживаних слів послідовність розглядається у таких значеннях: 1) певна черговість подій, явищ, етапів роботи тощо, порядок розташування чогось. У такому контексті послідовність – категорія теорії систем, яка розглядає будь-яку практичну діяльність як таку, що має системний характер, тобто вона є цілеспрямованою та алгоритмічною (виконуваною крок за кроком у певній послідовності) діяльністю;<sup>4</sup> 2) логічність мислення, логічна обґрунтованість учення, світогляду, теорії тощо, відсутність у них суперечливих тверджень, положень і т. ін.; 3) вірність своїм принципам, переконанням, уподобанням тощо; наполегливість у виконанні своїх рішень, вірність і виконання своїх обіцянок. Причому в даному випадку має значення часовий вимір послідовності, що означає постійність протягом достатньо тривалого часу, відповідність обґрунтованим очікуванням інших. До прикладу, як відомо, у новій класичній економічній теорії існує поняття «раціональних очікувань», які формуються у економічних суб'єктів на підставі доступної інформації, зокрема стосовно майбутньої політики уряду та її наслідків. Представники біхейвористської економіки, а саме професор економіки Річард Талер<sup>5</sup> і професор права Кас Санстейн, встановили, що люди переважно демонструють динамічно непослідовну поведінку, що негативно впливає, наприклад, на процеси управління компаніями. Тільки створення єдиних засад, які по суті є довго-

<sup>4</sup> Костянтин Сорока, уклад. *Основи теорії систем і системного аналізу* (Харків: ХНАМГ, 2004), 9.

<sup>5</sup> У 2017 р. Річард Талер отримав Нобелівську премію за внесок у поведінкову економіку. На протипагу про припущення раціональності вчинків економічних суб'єктів він висунув тезу про те, що на послідовність наших дій впливають «обмежена раціональність, соціальні переваги та нестача самоконтролю».

строковими рішеннями, а саме – розвиток, безперервне навчання та удосконалення або leap (бережливе виробництво) – сприятимуть мінімізації ризиків непослідовності поведінки людей.<sup>6</sup> Примітно, що у 2004 р. американські економісти Е. Прескотт та Ф. Кідланд стали лауреатами Нобелівської премії з економіки 2004 р. «За внесок у вивчення впливу фактора часу на економічну політику і за дослідження рушійних сил ділових циклів». За допомогою теорії ігор ученим вдалося виявити, що довгострокові цілі монетарної політики є більш виграшними, ніж короткострокові, навіть якщо здаються вдалими, і «часова непослідовність» дій органу держави, що відповідає за монетарну політику, врешті-решт призводить до зовсім поганих результатів.<sup>7</sup>

Найбільш прямим англomовним еквівалентом послідовності є «consistency», означає: незмінність у поведінці, постійність у динаміці (постійність покращення), відповідність ідеям та цілям (узгоджена та послідовна політика)<sup>8</sup> (Macmillan Essential Dictionary) або узгодженість частин одного цілого або ознак один з одним або ціле; сумісність, узгодженість поведінки або практики з професією або посадою (Merriam-Webster on-line dictionary).<sup>9</sup> До речі, варто назвати ще один англomовний еквівалент послідовності як вірності своїм обіцянкам – «commitment», який у найкращій версії перекладається українською як «прихильність». Цей термін наразі набуває актуального значення в контексті здійснення відповідального бізнесу, який, серед іншого, виражає свою послідовну прихильність принципу поваги прав людини усіх тих, на кого він здійснює вплив.<sup>10</sup>

## II. Імплікації послідовності у принципі правової визначеності

Передбачуваність та довіра виступають важливими засадами соціальної взаємодії, дотримання яких сприяє стабільності відносин між людьми та різними інституціями. У кожному суспільстві, де присутнє соціальне регулювання, люди очікують один від одного, а також від тих, хто створює норми-правила поведінки та компетентно вирішує справи на їх підставі, передбачуваного повождення. Передбачити та очікувати певну поведінку зазвичай можна, спираючись на норми, які описують таку поведінку. Можна допустити, що люди, таким чином, обмінюються між собою свого роду обіцянками поводити себе відповідно до загальних та обов'язкових норм. Звичайно, також можуть у суспільстві виникати і зобов'язальні відносини, які вимагають виконання їх сторона-

<sup>6</sup> Річард Талер і Кас Санстейн. *Поштовх. Як допомогти людям зробити правильний вибір* (Наш Формат, 2017), 312.

<sup>7</sup> Edward Prescott, *The Nobel Prize*, <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2004/prescott/biographical/>.

<sup>8</sup> *Macmillan Essential Dictionary for Learners of English*, edited by Michael Rundell and Gwyneth Fox (Macmillan, 2003), 145.

<sup>9</sup> «Consistent», *Merriam-Webster Dictionary*, accessed August 20, 2019, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/consistent>.

<sup>10</sup> *Керівні принципи щодо бізнесу і прав людини: Реалізація Рамкової програми Організації Об'єднаних Націй «Захист, повага і засоби захисту»*, пер. Катерина Буряковська, Юлія Разметаєва, Олена Уварова, Дмитро Філіпський, за заг. ред. Олени Уварової (Харків: Право, 2018).



ми конкретних зобов'язань та обіцянок. У будь-якому випадку, як пише Дж. Фінніс з цього приводу, обіцянки, їх подальше виконання або визнання справедливості претензій через їх невиконання існує значною мірою для загального блага, і, таким чином, виконання зобов'язань є єдиною придатним засобом для досягнення як приватних цілей індивідуумів, так і загальносуспільних цілей на користь «спільноти» або «публіки», а не певних осіб.<sup>11</sup> Якими ж мають бути обіцяння, щоб у інших формувались релевантні очікування? У теорії та практиці осмислення верховенства права сформувався бачення того, що визначеність правових норм та практики їх застосування – одна із перших і найсуттєвіших вимог, що пред'являються людиною до права як соціального регулятора.<sup>12</sup> Послідовність та передбачуваність суб'єктів держави у створенні та належному оголошенні «легко доступних» правил, їх послідовне дотримання усіма зацікавленими особами сприяє тому, що правова система є стабільною та ефективною. Стабільність правової системи, як і будь-якої соціальної, означає існування усталеної структури та практики, злагодженість складових та елементів (явищ правової системи), здатність системи виконувати свої функції й завдяки цьому тривалий час перебувати в стані рівноваги, тобто нейтралізувати зміни, які відбуваються в ній під впливом різноманітних зовнішніх і внутрішніх чинників.<sup>13</sup>

Правова визначеність, іноді названа «юридичною безпекою» («legal security»), найчастіше розкривається через такі складові: відсутність зворотної сили знову прийнятого закону («non-retroactivity») і законні (легітимні) очікування («legitimate expectations»). Недотримання цих вимог та критеріїв створює ризики для дестабілізації правової системи, впливає негативно на спроможність особи планувати свої дії.<sup>14</sup>

Дослідження змісту принципу правової визначеності дозволило виявити доволі цікаві імплікації послідовності як вимоги, яка забезпечує його дію та ефективне втілення, на рівні нормотворчості та практики правозастосування і тлумачення.

### III. Послідовна нормотворчість

Законотворчість як провідна функція та монопольне повноваження держави є зовнішнім виразом та головним засобом проведення державної політики у різних сферах суспільного життя. Європейські регіональні стандарти наголошують на тому, що держава загалом при здійсненні своєї політики повинна дотримуватись взятих на себе зобов'язань, виконувати покладені на неї певні функції чи виголошені нею перед людьми певні обіцянки (п. 48), що по суті вимагає від держави бути послідовною у виконанні своїх обіцянок з тим, щоб це відповідало законним очікуванням усіх учасників суспіль-

<sup>11</sup> Джон Фінніс, *Естественное право и естественные права* (Москва, 2012), 554.

<sup>12</sup> Погребняк, *Основоположні принципи права*, 178.

<sup>13</sup> Таїсія Огаренко, «Стабільність правової системи та соціально-правових відносин: умови та принципи», *Європейські перспективи* 3 (2013): 16–7.

<sup>14</sup> Rule of Law Checklist. Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11–12 March 2016), accessed August 20, 2019, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e).

них відносин.<sup>15</sup> Стала обопільність сподівань між законодавцем і суспільством є частиною самої ідеї функціонування правопорядку, про що пише Л. Фуллер у своїй відомій роботі «Моральність права».<sup>16</sup> При цьому обґрунтованим буде мати на увазі застереження Дж. Ролза про те, що лише справедливі правила формують розумні очікування.<sup>17</sup>

Послідовність як вимога, що сприяє втіленню принципу правової визначеності, означає, що держава поводить себе передбачувано і одноманітно протягом розумно тривалого часу і не змінює правил без належного попередження про це населення. За влучним формулюванням Венеціанської комісії (ВК), послідовність нормотворчості врешті-решт, не є «самоціллю», а законодавство може і повинно змінюватись відповідно до суспільних потреб. Загрозливою є безумовна зворотна дія права у часі, а обмежене застосування правил зворотної сили до законів дозволяється лише в інтересах суспільства та відповідно до принципу пропорційності.<sup>18</sup> Дійсно, послідовність як вимога, що висувається до нормотворчості, яка відповідає принципу правової визначеності, стосується не тільки перспективної дії правил поведінки чи їх скасування, але і їх можливої ретроактивної дії. Вимога послідовності нормотворчості у цьому випадку захищає людей від того, щоб їх становище не було погіршене шляхом повернення дії нормативно-правових актів назад. Сформульований ще давньоримськими юристами принцип «закон зворотної сили не має» (*non retroactivity*) спрямований на протидію сваволі законодавця, він і сьогодні служить гарантією безпеки людини, її довіри до держави.<sup>19</sup> До речі, в німецькій літературі з державного права цей принцип є складовою більш загального принципу захисту довіри людей до держави.<sup>20</sup> Сьогодні правило про заборону зворотної дії закону у часі не визнається абсолютним, але відхід від нього повинен бути обґрунтованим. Принцип «*non-retroactivity*» не є категоричним навіть у сфері кримінального права, де він початково виступав у своїй найбільш суворій якості: європейське право прав людини передбачає можливість «покарання будь-якої особи за будь-яку дію чи бездіяльність, яка на час її вчинення становила кримінальне правопорушення відповідно до загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями» (ст. 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод). Слід відзначити, що в контексті реформування кримінального законодавства України у відповідності до стандартів міжнародного кримінального права, зокрема Римського статуту, проблематика незворотності дії кримінального закону у часі є доволі актуальною.<sup>21</sup>

<sup>15</sup> Report on the rule of law: European commission for democracy through law (Venice commission). Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25–26 March 2011), accessed August 20, 2019, [https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e).

<sup>16</sup> Лон Фуллер, *Мораль права* (Київ, 1999), 196.

<sup>17</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*, revised edition (Harvard University Press, 1999), 207.

<sup>18</sup> Rule of Law Checklist.

<sup>19</sup> Микола Козюбра, ред. *Загальна теорія права* (Київ, 2015), 372.

<sup>20</sup> И. Изензее и П. Кирхгоф, *Государственное право Германии*, Том 1 (Москва: Юрид. лит., 1962), 311.

<sup>21</sup> Див. Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення гармонізації кримінального законодавства з положеннями міжнародного права № 9438 від 20 грудня 2018, [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=65266](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=65266).

Принагідно відзначити, що нещодавно послідовність української соціальної політики стала предметом аналізу, який було здійснено Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ) у ході розгляду справи *Svit Rozvag, TOV and Others v. Ukraine* (2019).<sup>22</sup> Справа стосувалась законодавчої заборони грального бізнесу, встановлення якої не супроводжувалось жодними компенсаціями для осіб, які придбали ліцензії на азартні ігри незадовго до встановлення цієї заборони. ЄСПЛ, визнаючи широку свободу розсуду законодавчого органу при реалізації соціальної та економічної політики та погоджуючись із необхідністю встановлення такої заборони із метою посилення безпеки, тим не менш установив, що відсутність компенсацій та швидка зміна політики (від менш суворої заборони на рівні постанови уряду до більш суворої – на рівні закону) призвели до порушення права власності заявників.

Послідовність нормативного регулювання актуалізувалась і у рішенні Конституційного Суду України (далі – КСУ), винесеному за конституційною скаргою ТОВ «МЕТРО КЕШ ЕНД КЕРІ», в якій останнє оскаржувало нестабільність прийняття змін до податкового законодавства, що призвело до порушення права товариства на мирне володіння своєю власністю: держава у надто короткий термін – два місяці – змінила регулювання щодо нарахування та сплати плати за землю щодо земельних ділянок, що розташовані на тимчасово окупованій території та перебувають у власності або користуванні, у тому числі на умовах оренди, фізичних або юридичних осіб, то надаючи цим платам статус переplat, то скасовуючи такий статус. Пояснювальна записка до проекту змін говорить про те, що законодавець таким чином намагався усунути, зокрема, «технічні» (!) помилки, які виникли під час внесення перших змін. КСУ визнав, що така непослідовна зміна регулювання поставила під загрозу принцип верховенства права та призвела до порушення основоположних прав людини, зокрема економічних свобод, які держава повинна захищати від ризиків, пов'язаних зі свавільними, непередбачуваними й необґрунтованими рішеннями та діями органів публічної влади, зокрема щодо податкового регулювання.<sup>23</sup>

Рухаючись хронологічно прикладами української правової системи, врешті-решт, слід відзначити, що на послідовність законодавства як ключову складову верховенства права звернула увагу Венеціанська комісія у своєму нещодавньому висновку<sup>24</sup> щодо чергової судової реформи в Україні. ВК вважає, що існує чіткий зв'язок між сталістю судової системи і її незалежністю та рівнем довіри до судової влади. Судові реформи, які проводились в Україні кожного разу, коли змінювалось політичне керівництво, як

<sup>22</sup> *Svit Rozvag, TOV and others v. Ukraine*, App. nos. 13290/11 and 2 others (ECtHR, 27 June 2019).

<sup>23</sup> Рішення Конституційного Суду України (Перший Сенат) у справі за конституційною скаргою від 23 березня 2017 року № 1989-VIII від 5 червня 2019 року № 3-р(І)/2019, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va03p710-19>.

<sup>24</sup> Закон № 193-ІХ запроваджує значні зміни до трьох головних сфер, які будуть описані нижче: а) нові правила щодо структури і ролі Вищої ради правосуддя (надалі – ВРП) та складу і статусу Вищої кваліфікаційної комісії суддів (надалі – ВККС); б) правила щодо зменшення кількості суддів Верховного Суду; в) правила щодо дисциплінарних заходів.

ззначається у висновку, створюють ризики зниження довіри громадян та суддів, ведуть до різноманітних тлумачень, у тому числі навіть до приписування недобросовісних намірів, яким можуть слугувати дані зміни. За таких умов необхідно представити переконливе обґрунтування для проведення нової реформи. Пояснювальна записка і, власне, пояснення, надані делегації Венеціанської комісії, не відповідають цій вимозі.

До речі, варто звернути увагу на те, що в теорії конституціоналізму стало функціонування суспільно-політичних інститутів є складовою більш широкого поняття, яке називається континуїтет держави, коли «конституційна система ґрунтується на наступності правил, процедур та інституцій», що пов'язано із «ідеями тяглості», тобто послідовного збереження та дотримання правил, в основі яких повага до прав людини та обмеження влади задля запобігання свавілляю і тиранії; такі правила повинні відтворюватися й примножуватися у постійній практиці діяльності органів публічної влади та приватних осіб.<sup>25</sup> За влучним висловом видатного Г. Лаутерпахта, який, втім, писав про континуїтет міжнародних організацій, «постійність ... сама по собі є елементом правової справедливості»,<sup>26</sup> адже метою наступності у праві міжнародних організацій є не спадкоємність цих організацій, а *постійне* відображення конкретних видів діяльності багатонаціонального органу, джерелом чого є рішення держав-учасниць.<sup>27</sup>

Головним чином проблема у цій сфері виникає тоді, коли змінюється влада у ході виборів, коли мають місце певні надзвичайні та загрозові для права стани (збройні конфлікти, окупація тощо). Континуїтет проявляється у *правонаступності* (коли створюється фактично нова держава), *державному континуїтеті* (механізмах заміни виборних та призначуваних органів влади) і *територіальному континуїтеті* (територіальній цілісності держави).<sup>28</sup>

З точки зору останнього аспекту, для України нині досить актуальним є питання територіальної цілісності та підтримання та захисту прав людини на територіях, які не підконтрольні уряду України. Сучасна концепція позитивних обов'язків у сфері прав людини базується на тому, що наявність конкретних контекстів та загроз для прав людини (збройний конфлікт, окупація) не скасовує головної задачі щодо забезпечення послідовності прав людини,<sup>29</sup> у тому числі і за рахунок відновлення контролю, гарантування та забезпечення прав і свобод людини на цих територіях.<sup>30</sup> Це зобов'язання

<sup>25</sup> Михайло Савчин, *Сучасні тенденції розвитку конституціоналізму у контексті глобалізації та правового плюралізму* (Ужгород, 2018), 100–7.

<sup>26</sup> Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by The International Court* (London, 1958), 408.

<sup>27</sup> Hugo J. Hahn, "Continuity in the Law of International Organization," *Duke Law Journal* (1962): 379–422, <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol11/iss3/3>.

<sup>28</sup> Савчин, *Сучасні тенденції розвитку конституціоналізму*, 100–7.

<sup>29</sup> *Pretty v. UK*, App. no. 2346/02 (ECtHR, 29 April 2002, final 29/07/2002).

<sup>30</sup> Див.: Ганна Христова, *Доктрина позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини* (Харків, 2019).

спрямоване рівним чином на забезпечення «протяжності» захисту прав для людей, які тимчасово та вимушено знаходяться поза межами юрисдикції своєї держави.

#### IV. Послідовна практика застосування та тлумачення норм права

Послідовне застосування та тлумачення норм права – одна із вимог верховенства права, яка у загальному означає, що подібні випадки трактуються аналогічно. Ця вимога, як пише Дж. Роулз, істотно обмежує розсуд суддів та інших осіб, змушує їх виправдовувати відмінності, які вони роблять між особами та справами, посилаючись на відповідні правові норми та принципи.<sup>31</sup> ЄСПЛ наполягає на тому, що державні органи повинні застосовувати норми права у «найпослідовніший спосіб» (consistent manner, utmost consistence),<sup>32</sup> Венеціанська Комісія закликає органи влади «застосовувати послідовним чином санкції та стягнення».<sup>33</sup> Перед ЄСПЛ поставала низка справ, де він називав непослідовними дії органів державної влади, які суперечили їх попереднім рішенням і позиціям – визнавали незаконною допомогу по безробіттю, яку саму і встановили,<sup>34</sup> позбавляли права на земельну ділянку, яку раніше самі і надавали скаргникам.<sup>35</sup> У справі *Rysovsky v. Ukraine* (2001) ЄСПЛ зробив важливий висновок про те, що державні органи не можуть перекладати на фізичних та юридичних осіб виправлення своїх «помилко», яких вони припустилися з недбалості, але виправлення також не можуть призводити до втручання у права особи, яка покладалася на легітимність добросовісних дій державного органу. Також ЄСПЛ вважає, що послідовність державних органів проявляється у слідуванні встановленим процедурам, які посилять прозорість і ясність їхніх дій, мінімізують ризик помилок.<sup>36</sup> Тобто встановлені в законі процедури належного застосування норм права формують легітимні очікування у осіб, на яких поширюється це нормативне регулювання. Застосування норм права як рух «крок за кроком» (англ. step by step) має вирішальне значення для досягнення справедливого результату. Це має важливе значення та особливо яскраво проявляється у межах кримінального процесу, де його кожна стадія (досудове розслідування, підготовче провадження, судовий розгляд, виконання вироку) має своє призначення та роль, а прийняті рішення трансформують одну стадію в іншу.<sup>37</sup>

Справедливо відзначити, що і у сфері правозастосування та тлумачення норм права послідовність як вимога сприяє захисту легітимних очікувань людей та їх прав. Як

<sup>31</sup> Rawls, *A Theory of Justice*, 208.

<sup>32</sup> *Beyeler v. Italy*, App. no. 33202/96, (ECtHR, 5 January 2000), accessed August 20, 2019, HUDOC: database, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-58832"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

<sup>33</sup> Rule of Law Checklist.

<sup>34</sup> *Čakarević v. Croatia*, App. no. 48921/13 (ECtHR, 26 April 2018, final 26/07/2018).

<sup>35</sup> *KIPS DOO and Drekalović v. Montenegro*, App. no. 28766/06 (ECtHR, 26 June 2018, final 26 September 2018).

<sup>36</sup> *Lelas v. Croatia*, App. no. 55555/08 (ECtHR, 20 May 2010).

<sup>37</sup> Леоніл Лобойко, «Співвідношення стадій логічної і функціональної послідовності у кримінальному процесі», *Питання боротьби зі злочинністю* 29 (2015): 99–108.

відомо, концепт законних очікувань є традиційним для європейського адміністративного права. Тут послідовність означає «слідування звичній адміністративній практиці інституції, із можливістю відступити від неї в конкретній справі за наявності достатніх підстав», що має бути обов'язково обґрунтовано письмово. Одночасно адміністративні службовці повинні публічно повідомляти громадськість про порядок вирішення тих питань, які належать до його компетенції, щоб таким чином сприяти захисту передбачуваності та стабільності своєї діяльності та законних очікувань людей.<sup>38</sup> До речі, в англійському праві «законні очікування» конкретизуються у принципі послідовного дотримання (втілення) владою раніше означеного політичного курсу (*the principle that policy must be consistently applied*). Цей принцип має важливе практичне значення, адже недотримання його є достатньою підставою для відповідного правового захисту особи, навіть за відсутності факту наявних законних очікувань у конкретної особи.<sup>39</sup>

Принагідно відзначити роль судів як ключових суб'єктів застосування права, які одночасно подекуди відповідальні за формування уніфікованих підходів послідовного тлумачення та правозастосування. Проф. С. Максимов називає судові рішення «вищою формою буття права», «в яких акумулюється весь досвід осмислення права». Вони, на його думку, є «свого роду підвищенням кваліфікації (правової культури) всіх суб'єктів права», а «правосуддя об'єднує зусилля всіх гілок влади навколо завдання утвердження права».<sup>40</sup> При цьому однаково важливим є застереження про те, що лише додержання вимог справедливості під час здійснення судочинства дозволяє характеризувати його як правосуддя.<sup>41</sup> Зокрема, вимога послідовного ставлення, без розрізненень та дискримінації, що, власне, іменується як неупередженість, є стрижневою засадою будь-якого судочинства. Цей аспект справедливості, який дорівнює формальній рівності, Венеціанська комісія розуміє так, що закони, навіть будучи несправедливими на практиці, мають застосовуватись однаково до всіх та запроваджуватись з логічною послідовністю. А загальна заборона дискримінації стримує дискримінацію окремих фізичних осіб чи груп осіб та попереджає або захищає від будь-якого необґрунтованого неоднакового підходу за будь-якою ознакою. Таким чином, виходить, що послідовне застосування одноманітного вирішення аналогічних справ, без збоїв у вигляді ухилів та упередженості, сприяє втіленню принципу справедливості як рівності. До речі П. Гаудер, переосмислюючи концепт верховенства права та його роль у реальному світі, доходять висновку, що саме верховенство права, яке наповнює конкретним

<sup>38</sup> The European Code of Good Administrative Behaviour, accessed September 03, 2019, <https://www.ombudsman.europa.eu/pdf/en/3510>.

<sup>39</sup> Марина Магрело, «Концепт «законних очікувань» і принцип юридичної визначеності: причинно-наслідковий чи симбіотичний зв'язок?» *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України* 3 (2013): 127–35.

<sup>40</sup> Сергій Максимов, «Правова реальність як предмет філософського осмислення» (автореф. дис. докт. юрид. наук, Харків, 2002).

<sup>41</sup> Погребняк, *Основні принципи права*.

змістом ідеал юридичної рівності, створює передумови соціальної, політичної та матеріальної рівності.<sup>42</sup>

З іншого боку, відповідальна роль судів, особливо вищих інстанцій, полягає у запровадженні механізмів, що дають можливість уникати суперечностей та забезпечувати узгодженість практики правозастосування, адже «єдине застосування закону є визначальним задля принципу рівності перед законом» та обумовлює довіру громадськості до судів та покращує громадську думку стосовно справедливості та правосуддя.<sup>43</sup>

По-перше, уніфікація застосування норм права, як відомо, також забезпечується тим, що суди, особливо вищі судові інстанції, дотримуються своїх попередніх правових позицій, у тому числі під час тлумачення права. В англосаксонській традиції це правило становить основу доктрини судового прецеденту *stare decisis*, яка, як вважає С. Шевчук, «сприяє формуванню системи спільних ідеалів та правових принципів суспільства й держави, загальне визнання яких об'єднує розрізаних індивідів у єдину спільноту – суспільство».<sup>44</sup> При цьому, звичайно, існують підстави для відмови дотримуватись існуючих прецедентів і наведення цих підстав є обов'язковим, а самі вони мають бути беззаперечними.<sup>45</sup> У таких випадках суддя має раціонально та розумно оцінити «суть нових цінностей», якими він бажає збагатити свою правову систему, та проаналізувати їх сумісність із уже ustalеними.<sup>46</sup>

Європейський суд з прав людини дотримується принципу, згідно з яким він, *не будучи* формально зв'язаним своїми попередніми рішеннями, *не повинен* без наявності на те серйозних підстав відступати від своєї практики, що забезпечуватиме ефект правової визначеності і передбачуваності, а також рівності перед законом. Але ЄСПЛ вважає, що у разі потреби він повинен брати до уваги зміну ситуацій у державах-учасницях Конвенції і реагувати, зокрема, на будь-які натяки на досягнення консенсусу та єдності серед держав, до чого варто прагнути.<sup>47</sup> Окрім того, важливо мати на увазі позицію ЄСПЛ, згідно з якою він тлумачить та застосовує Конвенцію у спосіб, який робить права, що проголошені нею, практичними та ефективними, а не теоретичними та ілюзорними. У зв'язку із цим, як вважає сам ЄСПЛ, він може і повинен використовувати прийоми динамічного та еволюційного тлумачення, у протилежному випадку, це може стати на заваді його подальшого реформування.<sup>48</sup> Як влучно підкреслює С. Рабінович, підхід та праворозуміння ЄСПЛ характеризуються «ситуативною змінюваністю його

<sup>42</sup> Gowder, *The Rule of Law*, 275.

<sup>43</sup> Consultative Council of European Judges (CCJE), Opinion № 20 (2017), "The role of courts with respect to the uniform application of the law", <https://rm.coe.int/opinion-no-20-2017-on-the-role-of-courts-with-respect-to-the-uniform-a/16807661e3>.

<sup>44</sup> Станіслав Шевчук, *Порівняльне прецедентне право з прав людини*. (Київ: Видавництво «Реферат», 2002), 71–2.

<sup>45</sup> Там само, 67.

<sup>46</sup> Аарон Барак, *Судейское усмотрение*, пер. с английского (Москва: НОРМА, 1999), 229.

<sup>47</sup> *Chapman v United Kingdom*, App. no. 27238/95 (ECtHR, 18 January, 2001).

<sup>48</sup> *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, App. no. 28957/95, (ECtHR, 11 July 2002).

окремих положень при незмінності загальних принципів, використовуваних для їх вироблення». У рішеннях ЄСПЛ у «процесі позитивації природно-правових положень та безпосередньої інтеграції концепцій юснатуралізму в реальну юридичну практику відбувається їх соціальна функціоналізація й інструменталізація».<sup>49</sup> Це підкреслює безумовну практичну спрямованість тлумачення Конвенції Європейськими судом, що є переважаючим фактором у конкретних ситуаціях поряд із зв'язаністю своїми правовими позиціями. Це доводить і той факт, що, окрім динамічного тлумачення, існують, як мінімум, ще 2 підстави, за наявності яких ЄСПЛ відходить (*justification for overruling*) від усталеної практики (*well-established case law (WECL)*): невизначеність щодо конкретного питання в межах існуючої судової практики та стрімке збільшення кількості скарг, поданих до Суду щодо конкретного права, гарантованого Конвенцією.<sup>50</sup>

Щодо українського Верховного Суду (далі – ВС) існує декілька напрямів впливу на формування єдиної правозастосовної практики. По-перше, відповідно до ст. 290 Кодексу адміністративного судочинства України ВС може виносити рішення у зразкових справах, коли у провадженні одного або декількох адміністративних судів знаходяться типові (однаковий суб'єкт владних повноважень, аналогічні підстави виникнення спору, що регулюються одними нормами права, аналогічні вимоги) адміністративні справи, кількість яких визначає доцільність ухвалення зразкового рішення.

По-друге, на Велику Палату Верховного Суду покладено завдання забезпечувати однакове застосування судами норм права, зокрема і через перегляд судових рішень у касаційному порядку.<sup>51</sup> При цьому законом не передбачено конкретних способів та інструментів формування уніфікованого розуміння та застосування права судами України. Аналіз практики ВС демонструє, що використання можливостей відкритого реєстру судових рішень, інших цифрових можливостей, а також засобів юридичної техніки значною мірою сприяє виконанню цих завдань. Зокрема, у межах Великої Палати використовуються такі інструменти: написання рішень за новою структурою, в якій чітко виділяється правова позиція Великої Палати; використання активного гіперпосилання в текстах своїх рішень, що сприяє побудові зв'язків між рішеннями та посилюватиме значення правових позицій, системи взаємних посилань, індикації пілотних рішень та відступів від існуючої правової позиції; виділення «пілотних» рішень (у Великій Палаті запроваджено випуск щотижневих електронних піврічних бюлетенів та поточних дайджестів практики, а екстрених – у випадку відступу Великою Палатою від правових висновків ВС або ВСУ); написання суддями окремих думок для індикації справ, які не мають однозначного вирішення і рішення по яких ухвалюються з незнач-

<sup>49</sup> Сергій Рабінович, «Юснатуралістична аргументація в рішеннях Європейського суду з прав людини», *Конвенція'50*, <http://www.co.com.ua/article/rabinovych-s-yusnaturalistychna-argumentatsiya-v-rishennyakh-yevropeiskogo-sudu-z-prav-lyudy>.

<sup>50</sup> Alastair Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights (Human Rights Law in Perspective)* (Oxford, Portland Oregon: Hart Publishing, 2004), 256.

<sup>51</sup> Про судоустрій і статус суддів, № 1402-VIII, ст. 45 (2016).



ною перевагою голосів, що робить правову позицію «хиткою» («close cases»), що у майбутньому може сприяти її зміні («overruling»)<sup>52</sup>.

Аналіз законодавства про судоустрій та процесуального законодавства не дає відповіді на питання про те, за яких підстав, у який спосіб та в якому порядку здійснюється зміна підходу Великої Палати до застосування норм чинного законодавства. Велика Палата у своїй практиці,<sup>53</sup> враховуючи практику ЄСПЛ, вирішила, що «з метою забезпечення єдності та сталості судової практики для відступу від висловлених раніше правових позицій Велика Палата ВС повинна мати ґрунтовні підстави: її попередні рішення мають бути помилковими, неефективними чи застосований у цих рішеннях підхід повинен очевидно застаріти внаслідок розвитку в певній сфері суспільних відносин або їх правового регулювання». У процесуальних кодексах України міститься обов'язок касаційних судів передати на розгляд палати, об'єднаної палати чи Великої Палати ВС справу, у межах якої виникла необхідність відійти від правової позиції ВС (ст. 403 ЦПК України, ст. 346 КАС України, ст. 320 ГПК України).

В українській правовій системі хоч прецедент і не є формально джерелом права, проте вищі судові органи та Конституційний Суд України (далі – КСУ) демонструють прихильність до концепції «зв'язаності своїми попередніми рішеннями». В Окремій думці до рішення від 03.02.2009 р. № 3-рп/2009 суддя КСУ В. М. Кампо називав недотримання своїх попередніх правових позицій КСУ (зокрема, мова йшла про встановлення вікових цензів та обмежень) «методологічним недоліком у розгляді справи, що не повною мірою відповідає засадам верховенства права, зокрема справедливості та розумності». Законом України «Про Конституційний Суд України» від 13 липня 2017 р.<sup>54</sup> передбачено, що КСУ викладає юридичну позицію у мотивувальній та/або резолютивній частині рішення, висновку; вона також може міститися в ухвалях про відмову у відкритті конституційного провадження у справі та про закриття конституційного провадження у справі, постановлених *Сенатом чи Великою палатою*. КСУ може розвивати і конкретизувати юридичну позицію Суду в своїх наступних актах, змінювати юридичну позицію в разі суттєвої зміни нормативного регулювання, яким керувався Суд при висловленні такої позиції, або за наявності об'єктивних підстав необхідності покращення захисту конституційних прав і свобод з урахуванням міжнародних зобов'язань України та за умови обґрунтування такої зміни в акті Суду.

<sup>52</sup> Олена Кібенко, «Нові підходи Великої Палати Верховного Суду до забезпечення єдності судової практики», *Судебно-юридическая газета*, Листопад 23, 2018, <https://sud.ua/ru/news/blog/129294-novi-pidkhodi-velikoyi-palati-verkhovogo-sudu-do-zabezpechennya-yednosti-sudovoyi-praktiki>.

<sup>53</sup> Постанова Великої Палати Верховного Суду від 04 вересня 2018 року № 823/2042/16, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77969515>; Окрема думка суддів Великої Палати Верховного Суду Бакуліної С. В., Гудими Д. А., Данішевської В. І., Кібенко О. Р., Рогач Л. І., Уркевича В. Ю. до рішення від 12 червня 2018 № 823/378/16, дата звернення Серпень 20, 2019, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76441988#>.

<sup>54</sup> Про Конституційний Суд України, № 2136-VIII (2017).

## V. Імплікації послідовності у горизонтальних правовідносинах

Варто зробити зауваження і про те, що послідовність є актуальною вимогою, яка сприяє визначеності у приватноправових відносинах. Щоправда, тут послідовність тісно пов'язана із стандартом добросовісності, який є своєрідним запобіжником зловживання наданими суб'єктам правами; таким чином, усі учасники правовідносин сподіваються на добру совість (*good faith and fair dealing*) та послідовність інших. В англосаксонській правовій сім'ї та у міжнародному праві презумпція такої послідовної добросовісності усіх втілюється в такому інституті, як естопель, який не дозволяє стороні змінювати раніше заявлену позицію, тобто забороняє непослідовну поведінку (*inconsistent behavior*) (див: Принципи УНІДРУА, Модельні правила європейського приватного права). Принагідно відзначити, що Верховний Суд в Україні успішно застосовує принцип «*non concedit venire contra factum proprium*» (ніхто не може діяти всупереч своїй попередній поведінці), який є власне вираженням естопелю (Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 09.04.2019 р. у справі № 903/394/18 та ін.).

### Висновки

Як з'ясується, послідовність як універсальна вимога щодо організації людської діяльності та суспільних відносин має важливе правове значення. Послідовність знайшла своє відображення як вимога, що сприяє втіленню принципу правової визначеності на рівні нормотворчості та застосування і тлумачення права; також простежується її роль як вимоги у межах горизонтальних правовідносин. Враховуючи те, що послідовність як загальноуживаний термін має різні аспекти його розуміння, важливим є з'ясування особливостей його значення у праві. На рівні нормотворчості очевидним стало те, що на перший план виходить часовий вимір послідовності: держава протягом тривалого часу зберігає однаковими правила поведінки заради стабільності законних очікувань учасників суспільних відносин, а правила змінює чи скасовує, або навіть надає зворотної дії ним, лише за наявності достатніх та розумних підстав. Послідовність на рівні правозастосування та тлумачення права означає однакове ставлення та інтерпретацію аналогічних ситуацій, послідовну неупередженість суб'єктів застосування права, особливо суддів. Одночасно справедливому судочинству сприяють і уніфікація судової практики вищими судовими інстанціями та послідовне тлумачення норм Конституції органами конституційної юрисдикції. У такому разі втілений за допомогою послідовності принцип правової визначеності сприяє утвердженню рівності та справедливості в системі правового регулювання. Звичайно, що послідовність не може і не повинна бути представлена як абсолютна вимога: відхід від очікуваної послідовності у межах всієї системи правового регулювання допустимий лише за наявності розумних підстав та заради забезпечення обґрунтованої та законної мети, якою у парадигмі верховенства права може бути захист прав людини та законних інтересів.

Ураховуючи те, що стаття представлена як спроба окреслити контури проблематики, багато питань, піднятих у ній, потребують подальшого дослідження для цілісного розуміння ролі послідовності у правовому регулюванні. Серед них такі: регулятивне значення послідовності як вимоги до поведінки суб'єктів приватноправових відносин, а також до поведінки таких недержавних суб'єктів, як бізнес, громадські організації і т. д.; проблема послідовного тлумачення, особливо Конституції. Це надасть можливість сформулювати стійкі критерії послідовності, які можуть бути використані, зокрема, для оскарження непослідовних дій уповноважених суб'єктів держави та недержавних суб'єктів, як таких, що суперечать верховенству права.

© К. Буряковська, 2019

### Bibliography

- Barak, Aaron. *Judge Discretion*. Moscow: NORMA, 1999 (in Russian).
- Beyeler v. Italy*, App no. 33202/96, (ECtHR, 5 January 2000). Accessed August 20, 2019. HUDOC: database. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-58832"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- Čakarević v. Croatia*, App no. 48921/13, (ECtHR, 26 April 2018, final 26/07/2018), accessed August 20, 2019, <https://laweuro.com/?p=7758>.
- Chapman v United Kingdom*, App. no. 27238/95 (ECtHR, 18 January, 2001). HUDOC: database. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["27238/95"\],"documentcollectionid2":\["GRAND CHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-59154"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- Christine Goodwin v. the United Kingdom*, App. no. 28957/95, (ECtHR, 11 July 2002). HUDOC: database. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Christine%20Goodwin%20v.%20the%20United%20Kingdom"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-60596"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- "Consistent." *Merriam-Webster dictionary*. Accessed August 20, 2019. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/consistent>.
- Decision of Supreme Court Grand Chamber, 04 September 2018, № 823/2042/16. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77969515> (in Ukrainian).
- Decision of Constitutional Court of Ukraine (First Senat) on constitutional complaint, 5 June 2019, № 3-r(I)/2019. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va03p710-19> (in Ukrainian).
- Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. Moscow, 2012 (in Russian).
- Fuller, Lon. *Morality of Law*. Kyiv, 1999 (in Ukrainian).
- Gowder, Paul. *The Rule of Law in the Real World*. New York: Cambridge University Press, 2016.
- Hahn, Hugo J. "Continuity in the Law of International Organization." *Duke Law Journal* (1962): 379–422. <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol11/iss3/3>.
- Khrystova, Ganna. *The Doctrine of State Positive Obligations in the Sphere of Human Rights*. Kharkiv, 2019 (in Ukrainian).
- Kibenko, Olena. "New Approaches of the Grand Chamber of the Supreme Court to Ensure the Unity of Court Practice". *Judicial-legal magazine*, November 23, 2018. <https://sud.ua/ru/news/blog/129294-novi-pidkhodi-velikoyi-palati-verkhovnogo-sudu-do-zabezpechennya-yednosti-sudovoyi-praktiki> (in Ukrainian).

- KIPS DOO and Drekalović v. Montenegro* (App. no. 28766/06) (ECtHR, 26 June 2018, final 26 September 2018). Accessed August 20, 2019. <https://laweuropa.com/?p=7284>.
- Koziubra, Mykola, ed. *General Theory of Law*. Kyiv, 2015 (in Ukrainian).
- Lauterpacht, Hersch. *The Development of International Law by The Inter-National Court*. London, 1958.
- Law of Ukraine on Judicial System and the Status of Judges, № 1402-VIII, st. 45 (2016) (in Ukrainian).
- Law on Constitutional Court, № 2136-VIII (2017) (in Ukrainian).
- LeLas v. Croatia*, App. no. 55555/08, (ECtHR, 20 May 2010). HUDOC: database. Accessed August 20, 2019. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-98827"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- Loboiko, Leonil. "Balance of the Stages of Logical and Functional Sequences of Criminal Law Application." *Issues of crime prevention* 29 (2015): 99–108.
- Macmillan Essential Dictionary for Learners of English*, ed. Michael Rundell and Gwyneth Fox. Macmillan, 2003.
- Mahrelo, M. "The Concept "Legitimate Expectations" and the Principle of Legal Certainty: Causal or Symbiotic Relationship." *Naukovi zapysky Instytutu zakonodavstva Verkhovnoi Rady Ukrainy* 3 (2013): 127–35.
- Maksymov, Sergiy. "The Legal Reality as an Object of Philosophical Reasoning." Doctor of Legal Sciences Thesis, Kharkiv, 2002 (in Ukrainian).
- Mowbray, Alastair. *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights (Human Rights Law in Perspective)*. Oxford, Portland Oregon: Hart Publishing, 2004.
- Oharenko, Taisiia. "Stability of the Legal System and Socio-Legal Relations: Conditions and Principles." *European Perspectives* 3 (2013): 16–7.
- Pohrebniak, Stanislav. *Fundamental Principles of Law: Substantive Characteristic*. Kharkiv: Pravo, 2008 (in Ukrainian).
- Prescott, Edward. *The Nobel Prize*. <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2004/prescott/biographical/>.
- Pretty v. UK*, App. no. 2346/02 (ECtHR, 29 April 2002, final 29/07/2002). HUDOC: database. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Pretty"\],"documentcollectionid2":\["GRANDC HAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-60448"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- Rabinovych, Sergiy. "Naturalistic Reasoning in European Court of Human Rights Case-law." *Convention '50*. <http://www.c50.com.ua/article/rabinovych-s-yusnaturalistychna-argumentatsiya-v-rishennyakh-yevropeiskogo-sudu-z-prav-lyudy> (in Ukrainian).
- Rawls, John. *A Theory of Justice*. Harvard University Press, 1999.
- Report on the rule of law: European commission for democracy through law (Venice commission). Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25–26 March 2011). Accessed August 20, 2019. [https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e).
- Rule of Law Checklist. Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11–12 March 2016). Accessed August 20, 2019. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e).
- Savchyn, Mykhailo. *Modern Tendencies of Development of Constitutionalism in the Context of Globalization and Legal Pluralism*. Uzhhorod, 2018 (in Ukrainian).

- Separate Opinion of Grand Chamber of Supreme Court Judges of Bakulinoi S. V., Hudymy D. A., Danishevskoi V. I., Kibenko O. R., Rohach L. I., Urkevycha V. Yu. to the Judgement 12 June 2018 № 823/378/16. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76441988> (in Ukrainian).
- Shevchuk, Stanislav. *Comparative Case Law on Human Rights*. Kyiv: Publishing house «Referat», 2002 (in Ukrainian).
- Soroka, K., ed. *Basics of the Systemic Theory and of Systems Analysis*. Kharkiv: KhNAMH, 2004 (in Ukrainian).
- Svit Rozvagh, TOV and others v. Ukraine*. App. no. 13290/11 and 2 others (ECtHR, 27 June 2019. HUDOC: database. Accessed August 20, 2019. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-193994"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)).
- Thaler, Richard and Sass, Sanstein, Cass. *Poshtovkh. Nudge. Improving decisions*. Kyiv: Nash Format, 2017 (in Ukrainian).
- The European Code of Good Administrative Behaviour. Accessed September 03, 2019. <https://www.ombudsman.europa.eu/pdf/en/3510>.
- Uvarova, Olena, ed. *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, trans.: Kateryna Buriakovska, Yuliia Razmietaieva, Olena Uvarova, Dmytro Filipyskyiu. Kharkiv: Pravo, 2018 (in Ukrainian).
- Yzenzee, Y., and P. Kyrkhof. *German State Law*. Vol. 1. Moscow: Yuryd. lyt., 1962 (in Russian).
- Consultative Council of European Judges (CCJE), Opinion № 20 (2017), "The role of courts with respect to the uniform application of the law." <https://rm.coe.int/opinion-no-20-2017-on-the-role-of-courts-with-respect-to-the-uniform-a/16807661e3>.

### **Катерина Буряковська. Вимога послідовності: зміст і роль у правовому регулюванні**

**Анотація.** У статті зроблена спроба з'ясувати зміст та роль послідовності як вимоги, що впливає із принципу правової визначеності. Автор демонструє імплікації послідовності на рівні нормотворчості, застосування права та тлумачення права, піднімає питання про роль послідовності у межах горизонтальних правовідносин. Автор ставить завдання з'ясувати, яку інструментальну цінність несе ця вимога за умови її дотримання та які наслідки для правової системи у разі її недотримання.

Дослідження здійснюється на підставі аналізу зарубіжної та вітчизняної літератури, аналізу джерел м'якого права договірних органів з прав людини, а також судової практики. Констатується, що наявні матеріали дають можливість ознайомитись лише із деякими аспектами послідовності як правової вимоги, яка, зокрема, конкретизується у галузях та правових інститутах систем національного, наднаціонального та міжнародного права.

Автор досліджує різні тлумачення «послідовності» у загальному ужитку та з'ясовує, що усі аспекти тлумачення цього терміна проявляють себе тією чи іншою мірою у праві. Послідовність як вимога, що випливає із принципу правової визначеності, сприяє тому, що передбачуваність та довіра як важливі стовпи соціальної взаємодії втілюються. Це є актуальним і у взаємовідносинах між людиною і державою.

Зокрема, послідовність у межах законотворчості як провідному засобі втілення державної політики полягає у збереженні однакових правил поведінки протягом тривалого часу без необґрунтованих змін, скасування чи повернення дії норм у часі. Тут автор актуалізує питання про правове регулювання у ситуаціях загроз для правопорядку держави (окупація території, збройні конфлікти тощо).

Послідовність при застосуванні та тлумаченні норм права означає постійну неупередженість суб'єктів правозастосування. Акцентується увага на відповідальній ролі судів у сприянні єдиному застосуванню.

Послідовність є актуальною вимогою, яка сприяє визначеності у приватноправових відносинах, що вимагає подальшого дослідження.

**Ключові слова:** послідовність; нормотворчість; застосування права; верховенство права; правова визначеність; права людини.

### **Катерина Буряковская. Требование последовательности: содержание и роль в правовом регулировании**

**Аннотация.** В статье сделана попытка выяснить содержание и роль последовательности как требования, следующего из принципа правовой определенности. Автор демонстрирует импликации последовательности на уровне нормотворчества, применения права и толкования права, поднимает вопрос о роли последовательности в пределах горизонтальных правоотношений. Автор ставит задачу выяснить, какую инструментальную ценность несет это требование при условии его соблюдения и какие последствия для правовой системы в случае его несоблюдения.

Исследование осуществляется на основании анализа зарубежной и отечественной литературы, анализа источников мягкого права договорных органов по правам человека, а также судебной практики. Констатируется, что имеющиеся материалы дают возможность ознакомиться лишь с некоторыми аспектами последовательности как правового требования, которое в частности конкретизируется в отраслях и правовых институтах систем национального, наднационального и международного права.

Автор исследует различные толкования «последовательности» в общем контексте и выясняет, что все аспекты толкования этого термина проявляют себя в той или иной степени в праве. Последовательность как требование следует из принципа правовой определенности, способствует тому, что предсказуемость и доверие как важные столбы социального взаимодействия воплощаются. Это актуально и во взаимоотношениях между человеком и государством.

В частности, последовательность в пределах законотворчества заключается в сохранении одинаковых правил поведения в течение длительного времени без необоснованных изменений, отмены или возврата действия норм во времени. Здесь также автор актуализирует вопрос о правовом регулировании в ситуациях угроз для правопорядка государства (оккупация территории, вооруженные конфликты и т. д.).

Последовательность в применении и толковании норм права означает постоянную беспристрастность субъектов правоприменения. Акцентируется внимание на ответственной роли судов в содействии унифицированному применению.

Последовательность является актуальным требованием, способствующим определенности в частноправовых отношениях, что требует дальнейшего исследования.

**Ключевые слова:** последовательность; нормотворчество; применение права; верховенство права; правовая определенность; права человека.

### **Kateryna Buriakovska. The Requirement of Consistency: Content and Role in Law Regulation**

**Abstract.** The article attempts to clarify the meaning and role of consistency as a requirement arising from the principle of legal certainty. The author demonstrates the implications of consistency at the level of rulemaking, the application of law and the interpretation of law, raises questions about the role of consistency within horizontal legal relationships. The author is tasked with finding out

what instrumental value this requirement brings if it is complied with and what the consequences for the legal system are if it is not.

The research is based on analysis of foreign and domestic literature, analysis of sources of soft law of human rights treaty bodies, as well as case law. It is stated that the available materials give an opportunity to get acquainted with only some aspects of consistency as a legal requirement, which is specified in particular in the branches and legal institutions of the systems of national, supranational and international law.

The author explores the various interpretations of “consistency” in common usage and finds that all aspects of the interpretation of the term manifest themselves to varying degrees in law. Consistency, as a requirement that derives from the principle of legal certainty, promotes predictability and trust as important pillars of social interaction.

This is relevant in the relationship between people and the state. In particular, consistency within lawmaking as a leading mean of implementing public policy maintains the equal rules of conduct for a long time without unjustified changes, cancellations or reversals. Here the author updates the issue of legal regulation in situations of threats to the rule of law (occupation of the territory, armed conflicts, etc.).

Consistency in the application and interpretation of the rules of law implies the continued impartiality of law enforcement entities. Emphasis is placed on the responsible role of courts in facilitating uniform application and interpretation of law.

Consistency is a topical requirement that promotes certainty in private law relationships, which requires further investigation.

**Keywords:** consistency; law making process; application of law; rule of law; legal certainty; human rights.

Одержано / Received 10.09.2019

## ФІЛОСОФІЯ ПРАВА, ПРАВознавство І НАУКА: СПІЛЬНІ РИСИ ТА ВІДМІННОСТІ

Одне з перших і основних питань, без з'ясування якого складно визначити місце філософії права в системі знань та її значення для поглибленого осмислення права, інших правових явищ і процесів, – це питання про стосунки філософії права і правознавства з наукою та їх особливості (спільні риси та відмінності). На перший погляд, сама постановка цього питання може виглядати дивною. Адаже у вітчизняній юридичній літературі віднесення правознавства до категорії наук не викликає сумнівів: будь-який підручник із загальної теорії держави і права та галузевих юридичних дисциплін традиційно починається, як правило, з характеристики відповідної цій дисципліні галузі юридичної науки та її місця в системі інших наук. Юридична наука і правознавство розглядаються як тотожні поняття.

Деяко складнішими є стосунки філософії з наукою. Хоч ще з радянських часів у філософській літературі утвердилася думка про науковість філософії, тобто віднесення філософських знань до наукових, сьогодні такий епістемологічний підхід до інтерпретації епістемологічної природи філософії не виглядає безсумнівним. Її зв'язки з наукою інтерпретують обережніше,<sup>1</sup> що, втім, не перешкоджає розгляду філософії як особливої науки.<sup>2</sup> Попри те, що в історії філософії XIX–XX ст. неодноразово висловлювалася думка, що філософія – це не наука, що вона починається там, де наука закінчується (Ф. Ніцше, А. Бергсон, М. Хайдеггер, М. Бердяєв та ін.), яка підтримується й деякими сучасними філософами, погляд на філософію як науку за усталеною традицією (здебільшого без будь-якого додаткового обґрунтування) переважає у сучасній вітчизняній філософській літературі. Подібна ситуація має місце також у зарубіжній пострадянській філософії.

За тією ж епістемологічною традицією до категорії наук відносять, як правило, й філософію права. Проте із цього правила також існують винятки. Окремі філософи права вважають, що на відміну від юридичних (правничих) наук, філософія права не може претендувати на статус науки, оскільки наука знеособлена, «вона вивчає світ, з якого

\* Микола Іванович Козюбра, доктор юридичних наук, професор кафедри загальнотеоретичного правознавства та публічного права, Національний університет «Києво-Могилянська академія». Mykola Kozyubra, Doctor of Legal Sciences, Professor at the Department of General Theory of Law and Public Law, National University of "Kyiv-Mohyla Academy".  
email: [kozyubra@ukma.edu.ua](mailto:kozyubra@ukma.edu.ua)

<sup>1</sup> Леонід Губерський, Віктор Андрущенко, Андрій Баумейстер та ін., *Філософія*. Підручник для студентів вищих навчальних закладів. 2-ге вид. (Харків: Фоліо, 2018), 191.

<sup>2</sup> Там само, 199.



попередньо видалений суб'єкт»,<sup>3</sup> чого не можна сказати про філософію права. Її метою «є позиція, певне світоглядне осягнення предмета»,<sup>4</sup> вона завжди виявляється продуктом особистої творчості.<sup>5</sup> На цій підставі деякі правознавці роблять висновок, що філософія права – не наука, а ідеологія, що прагне спертися на «основание и обоснование».<sup>6</sup>

Поряд з цими, доволі радикальними, але не позбавленими сенсу, позиціями щодо стосунків філософії права і науки, зокрема юридичної, на що автору цих рядків уже доводилося звертати увагу в попередніх публікаціях, у філософській літературі іноді можна натрапити й на інший, не менш радикальний, але по суті протилежний наведеному, підхід до інтерпретації співвідношення філософії права і правознавства. Згідно з цим підходом правознавство, на відміну від філософії права, є «догматичною дисципліною», яка досліджує позитивне, «чинне» право, право «як воно є». Ця дисципліна за своєю природою «є дескриптивною й орієнтованою на конкретне право конкретної політичної системи».<sup>7</sup> Тобто все правознавство за такою логікою фактично зводиться до «юридичної догматики», з чого робиться висновок, що філософія права не є юридичною наукою,<sup>8</sup> а являє собою частину практичної філософії.<sup>9</sup> Саме вона може претендувати на статус науки.

Така інтерпретація правознавства ґрунтується на класичному позитивістському розумінні права як сукупності загальнообов'язкових норм, які регулюють, упорядковують людську поведінку, відрізняються від інших зобов'язувальних норм своїм примусовим характером, що спирається на авторитет, який визнається суб'єктами права.<sup>10</sup>

Тим часом наявність у правознавстві елементів «юридичної догматики», заперечити які справді важко, зовсім не означає зведення його виключно до вивчення, коментування, систематизації і формально-логічного тлумачення норм законів та інших нормативних актів («чинного права», за термінологією авторів вказаної позиції) та «виведення» з них нормозастосовних рішень на основі класичної силлогістичної моделі, компонентами якої є норма, фактичні обставини справи і рішення, що випливає з підведення під норму цих обставин, до чого зводився правозастосовний процес відповідно до юридико-позитивістської концепції, яка фактично була взята на озброєння радянською теорією права.<sup>11</sup>

В умовах суттєвого ускладнення усіх сфер життєдіяльності сучасної людини, а разом з ним і самих правових явищ і процесів, обмеження правознавства «юридичною дог-

<sup>3</sup> Юрий Пермяков, *Лекции по философии права* (Самара, 1996), 7.

<sup>4</sup> Виктор Малахов, *Философия права* (Москва, 2002), 34.

<sup>5</sup> Там само.

<sup>6</sup> Олег Лейст, *Сущность права* (Москва, 2008), 265.

<sup>7</sup> Леонід Губерський, Віктор Андрущенко, Андрій Баумейстер та ін., *Філософія*, 515.

<sup>8</sup> Там само.

<sup>9</sup> Там само, 512.

<sup>10</sup> Там само, 513.

<sup>11</sup> *Судебная практика в советской правовой системе* (Москва: Юрид. литература, 1979), 20.

матикою» не тільки принижує роль юристів-практиків, закріплюючи за ними досі поширені уявлення як про формалістів-догматиків, рівень фаховості яких визначається добрим знанням законодавства та вмінням шляхом логіко-дедуктивних операцій «виводити» з нього рішення, а й суттєво збіднює образ сучасної постнекласичної (постмодерної) правничої науки.

Не випадково навіть найбільш авторитетні представники юридичного позитивізму намагаються скорегувати постулати його класичної «догматичної» моделі, зокрема глибше осмислити зв'язки права з моральними цінностями, відповідальністю тощо. Один із найвидатніших позитивістів ХХ ст. Г. Гарт, наприклад, констатує наявність у права і моралі «спільного словника», хоч і виводить за попередньою позитивістською традицією мораль за межі розуміння права. Нестандартні для класичного юридичного позитивізму думки ним висловлені також щодо природних прав людини (фактичне визнання ним природного права кожного бути вільним), співвідношення права і нацистського законодавства та ін.<sup>12</sup>

Згідно з поширеною в наукознавстві думкою, наука у своєму історичному розвитку пройшла три основні етапи. Відповідно до першого з них (ХVI–ХІХ ст.), який дістав назву класичної науки, науковим вважалось лише таке пізнання, яке ґрунтується виключно на раціоналізмі – дзеркально-точному відображенні дійсності, тобто такої, як вона існує сама по собі, без будь-якого впливу на процес пізнання особистісних, індивідуальних якостей і ціннісних установок його суб'єкта та використовуваних ним засобів і методів пізнання. Інакше кажучи, увага зосереджувалась виключно на об'єкті, все, що стосувалося суб'єкта, виводилося за межі наукової раціональності. У такому ж ключі, як позасуб'єктність, об'єктивність інтерпретувалась основна категорія науковості – істина. Вона визначалась як точна копія, «гіпсовий зліпок» предмета наукового дослідження, що випливало з уяви про лінійний рух матерії з його усталеними і об'єктивними закономірними зв'язками.

Указаний підхід до інтерпретації образу науки став наслідком абсолютизації методів природознавства, насамперед математики, і поширювався не тільки на пізнання природних явищ, а й на дослідження людини і суспільства.

Криза природознавства, заснованого на класичному типі раціональності, яка особливо загострилася наприкінці ХІХ – на початку ХХ ст., привела до формування нового типу наукового пізнання, що ґрунтується на ідеї залежності об'єкта пізнання від засобів і способів діяльності його суб'єкта та необхідності їх врахування для отримання істинних знань про об'єкт. У результаті вибудовується інша, відмінна від механістичної, картина світу, в якій перевага віддається динамічним аспектам дійсності перед статичними, визнаються її багатомірність, поліваріантність, активна участь особистості в конструюванні та суб'єкта пізнання – у відображенні дійсності. Звідси провідним принципом пізнання стає плюралізм методів та пошук їх спільних рис і відмінностей

<sup>12</sup> Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1961); Герберт Л. А. Харт, *Філософія і язык права* (Москва: Канон+, 2017), 116–35, 168–214.

у природничих і соціально-гуманітарних науках. Такі уявлення про науку та відповідний їй тип раціональності охоплюються поняттям «некласична наука».

Нарешті у 70-х роках ХХ ст. починає формуватися постнекласичний (або за іншою термінологією – неонекласичний чи постмодерний) образ (тип) науки. Його творці зіставляють знання не тільки із засобами і способами пізнання, що використовуються його суб'єктом, а й із ціннісними аспектами людської діяльності. Особливий акцент робиться на нерозривних зв'язках між пізнавальною, антропологічною (людиновимірною) та аксіологічною сторонами відображення дійсності, зростаючій ролі світоглядних, етичних питань у розвитку не тільки соціально-гуманітарних, а й природничих наук як на стадії використання досягнутих ними результатів, так і на стадії дослідження. Інакше кажучи, проблема «олюднення» науки набуває характеру першочергової важливості.

Серед найістотніших ознак постмодерної моделі науки виділяють: обґрунтування несуперечливості та можливості поєднання пізнання і цінностей; визнання науки не єдиною, а інколи й не основною, формою знання; намагання усунути протистояння між істиною і цінностями всередині науки, а також між наукою та іншими, позанауковими формами знання; схильність ряду представників постмодерністських уявлень про науку до заміни поняття істини такими поняттями, як «достовірність», «корисність» тощо.

До методологічних новацій постнекласичної науки часто відносять також:

- широке використання ідей і методів синергетики, зокрема висування на перший план таких її понять, як «невизначеність», «випадковість», «нелінійність», «суперечливість», «біфуркація», «флуктуація» тощо, які відображають складність систем, що саморозвиваються;
- руйнування жорсткої дихотомії природничих і соціально-гуманітарних наук, зближення та взаємодію їхніх методів;
- зростання ролі міждисциплінарних комплексних досліджень та ін.

Центральним елементом Всесвіту як складної самоорганізованої системи згідно з постнекласичним образом науки є людина. Відповідно до цього формується погляд на Всесвіт як на людиновимірний об'єкт, унаслідок чого «долається відокремлення об'єкта від суб'єкта, які стають лише відносно автономними компонентами особливої цілісної системи, що розвивається».<sup>13</sup>

Цей короткий екскурс в історію еволюції поглядів на науку дає підстави для декількох важливих для розуміння епістемологічної природи філософії права висновків.

По-перше, «видалити суб'єкта» із сучасної науки, тобто науки в її постнекласичному, постмодерному розумінні, неможливо. Об'єкт і суб'єкт у ній (тим більше у соціально-гуманітарних науках) настільки тісно пов'язані між собою, що відділити їх один від

<sup>13</sup> Євген Причепій, Анатолій Черній, Леонід Чекаль, *Філософія*. Посібник (Київ: Академвидав, 2003), 332–33; Михайло Кельман, *Юридична наука: проблеми методології* (Тернопіль: Тернограф, 2011), 127; Микола Козюбра, «Правознавство, наука, методологія: еволюція підходів до їхніх взаємозв'язків», *Наукові записки НаУКМА*. Юридичні науки Том 1 (2018): 4–5.

одного – завдання фактично нездійсненне. Їх можна розглядати лише як відносно автономні елементи єдиних, цілісних систем, що розвиваються. До таких систем належать як саме право, так і правнича наука і філософія права.

По-друге, з цього випливає, що намагання виокремити філософію права з-поміж інших, у тому числі наукових, знань тільки за критерієм присутності у ній суб'єкта – людини з її індивідуальними якостями – ціннісними орієнтирами, екзистенціональним досвідом, громадянською позицією тощо – безперспективні. Наявність творчого суб'єкта – це те спільне, що споріднює, а не розділяє правничу науку і філософію права.

По-третє, до ознак філософії права, що споріднюють її з правничою наукою, слід віднести також мету філософії права. Як і правнича наука, вона прагне досягти істинних знань про правові явища і процеси. Проте, оскільки пошук таких знань здійснюється нею не стільки за допомогою наукових методів, скільки на основі власних ціннісних уявлень і переконань суб'єкта, положення і висновки філософії права можуть мати істотне значення для встановлення істини лише у разі їх впливу на подальше наукове дослідження. Результати наукових пошуків дослідника – представника галузевих правничих наук можуть суттєво відрізнитися залежно від того, будуть вони ґрунтуватися на позиціях «юридичної догматики», підходах, притаманних ортодоксальному юридичному позитивізму, чи опиратимуться, наприклад, на положення і висновки доктрини природного права.

По-четверте, філософію права об'єднує з правничою наукою також те, що філософсько-правові знання більшою чи меншою мірою засновані на раціонально-логічних доказах, тобто передбачають відповідні логічні аргументи, спроможні переконати у достовірності висунутих філософсько-правових гіпотез, концепцій, теорій. Що не дивно, оскільки філософія права і правнича наука мають дуже тісні історичні зв'язки. Вони тривалий час розвивалися як єдина синкретична система знань, та й нині йдуть пліч-о-пліч, весь час обмінюючись ідеями і доповнюючи одна одну. Їх союз розірвати фактично неможливо.

Водночас набагато вища, порівняно з природничими науками, ступінь «олюдненості» і «суб'єктивації» соціально-гуманітарних наук не може не відбиватися на їх результатах, а отже, не вносити корективів у такі критерії науковості, як об'єктивність, істина, можливість верифікації, тобто перевірки відповідних гіпотез і теоретичних положень практичним досвідом, стабільність отриманих знань тощо. Беззастережне перенесення на соціально-гуманітарні науки критеріїв (стандартів) науковості, сформованих переважно на базі природничих наук, як це часто має місце у вітчизняній юридичній, у тому числі загальнотеоретичній, літературі, методологічно надто вразливе.

Не заперечуючи науковості соціально-гуманітарних знань, представники постнекласичної раціональності (герменевтики, синергетики та деяких інших її напрямів) розглядають критерії науковості дещо по-іншому, з поправкою не тільки на привнесення в раціонально-логічні моделі досліджуваних предметів інтелектуальних властивостей дослідника та його особистісних людських якостей, про що згадувалося вище, а й на особливості ставлення суб'єкта до соціальної дійсності.

У філософії зазвичай виділяють три основні типи такого ставлення – пізнавальний, оцінювальний і практичний.<sup>14</sup>

Пізнавальне ставлення полягає у тому, що воно орієнтоване на досягнення знання, що має відповідати дійсності, тобто бути істинним.

Оцінювальне ставлення до соціальної дійсності ґрунтується на її вимірюванні через призму ідеалів і цінностей, які регулюють відносини людей у суспільстві, зокрема таких категорій-антиподів, як добро – зло, справедливе – несправедливе, корисне – шкідливе, прекрасне – потворне тощо.

Практичне ставлення суб'єкта-людини до соціальної дійсності, як випливає із самої його назви, має практичне спрямування – формування певних настанов, принципів, правил, норм, що визначають загальне розуміння людиною світу і оточуючого її соціального середовища та обумовлюють її життєві позиції і лінію поведінки в суспільстві. Хоч таке ставлення людини до соціальної дійсності не позбавлене раціональності, воно суттєво відрізняється від наукового, оскільки ґрунтується не стільки на аналізі фактів та їх узагальненні, скільки на тих же цінностях, власному життєвому досвіді і «здоровому глузді».

Практичне ставлення до соціальної дійсності зближує правознавство не тільки з наукою, а й з поза науковими, ціннісними формами світосприйняття – релігією, мораллю, мистецтвом.

Синтез найзагальніших знань, цінностей, переконань, практичних настанов, раціонального і позараціонального (чуттєвого) охоплюється поняттям світогляду. Повністю нейтральних до світогляду, «стерильних», соціально-гуманітарних наук не існує. Тим більше це стосується правознавства. Зведення його до «юридичної догматики» означає нехтування у ньому ідеально-духовного та примітивізацію практичного компоненту, що веде в кінцевому підсумку до крайнього формалізму, за якого перевага віддається формі, а не змісту.

Наглядним прикладом такого формально-догматичного підходу може слугувати поширена в юридичній науці інтерпретація правової норми. Її зазвичай визначають як встановлене або санкціоноване державою загальнообов'язкове правило поведінки суб'єктів права – громадян, посадових осіб, державних органів і органів місцевого самоврядування, громадських об'єднань, дія якого забезпечується можливістю застосування державного примусу. За всього плюралізму праворозуміння, в сучасному правознавстві фактично відсутні концепції, які заперечують ознаку нормативності права, хоч і інтерпретують її по-різному.

Проте навіть серед тих, хто схильний пов'язувати нормативність із правилами поведінки, встановлених чи санкціонованих державою, не може не виникнути логічне запитання: чи перетворюється автоматично ідеально (з бездоганим дотриманням правил нормотворчої техніки, необхідних реквізитів, структури тощо) сконструйована законодавцем чи іншим нормотворчим органом модель поведінки на норму права?

<sup>14</sup> Див., наприклад: Євген Причепій, Анатолій Чорній, Леонід Чекаль, *Філософія*, 10–2.

З точки зору формально-логічної або юридичної догматики відповідь на це запитання напрошується позитивна. З позицій же світоглядно-філософських вона буде протилежною, тобто негативною.

Для того щоб закріплена у законі чи іншому нормативному акті модель поведінки стала нормою, необхідна її легітимізація, тобто сприйняття суб'єктами права – людьми (або, принаймні, їх більшістю) як правильної, корисної, справедливої та її відтворення в їхній поведінці. Тільки вона є показником дійсності норми. Без такого сприйняття і відтворення в конкретних діях людей «правило поведінки» залишатиметься або мертвнонародженим або ж триматиметься виключно на примусі чи навіть насильстві. Як свідчить історичний досвід, у тому числі вітчизняний, надто довго це тривати не може. Забезпечити обов'язковість такого «правила поведінки» жодний державний примус не здатний. Завищені очікування від посилення примусових заходів (за всієї їх необхідності), які все ще побутують серед громадян, вітчизняних політиків, а іноді й правників, не мають під собою належного підґрунтя, що підтверджується соціологічними дослідженнями.

Інакше кажучи, обов'язковості нормам права надає не стільки держава (тим більше не державний примус), скільки психологічно-ментальна установка адресатів і носіїв норми – людей, їх готовність підкорятися її вимогам. Як зазначає у цьому зв'язку ізраїльський філософ права, професор Оксфордського університету Дж. Раз, обов'язковість будь-якого правила забезпечується передусім вірою в його обов'язковість.<sup>15</sup>

Проте навіть якщо така віра в суспільній свідомості існує і суб'єкти права готові не-примусово (добровільно) підкорятися вимогам правової норми, норма закону чи іншого нормативного акта сама по собі – це загальне, абстрактно сформульоване правило, дія якого розрахована на безліч випадків і невизначену кількість адресатів. У цьому полягає як сила норми, оскільки забезпечує її відносно тривалий період життя, так і її слабкість. Норми законів та інших нормативних актів схематизують і знеособлюють правову дійсність, вони неперсоніфіковані і неіндивідуалізовані, тобто не прив'язані до певної особи і конкретної правової ситуації, яка завжди у чомусь неповторна, а часом і унікальна, передбачити яку в суспільному житті з його не тільки закономірними, а й випадковими зв'язками законодавцю чи іншому нормотворчому органу важко, а іноді й просто неможливо.

Не враховувати цього юристу-нормозастосовувачу, залишаючись на позиціях «юридичної догматики», означає діяти всупереч таким цінностям, як добро, справедливість, зрештою здоровому глузду, без опори на які право перетворюється на свою протилежність – свавілля. Нормозастосовні рішення за таких умов можуть виявитися за формою «правильними», «законними», а по суті антилюдяними і протиправними. На жаль, у вітчизняній нормозастосовній, зокрема судовій, практиці такі рішення непоодинокі.

Слід зважати також на те, що в масиві національного законодавства поряд із діючими правовими нормами існують «мертвнонароджені норми», «норми», які відстали

<sup>15</sup> Джозеф Раз, «Мысли с помощью права», *Российский ежегодник теории права* 1 (2008): 466.

від сучасного динамічного життя, а іноді й «норми», які за своїм змістом у юридичній літературі небезпідставно називають правопорушувачими або ж протиправними (теза про нетотожність понять «закон» і «право» сьогодні, як правило, не викликає сумнівів у загальній теорії права). Особливо характерні такі «норми права» для держав з тоталітарними режимами. Відшукати критерії відрізнення правових норм від правопорушувачих положень законів та інших нормативних актів виключно на основі застосування традиційних методів «юридичної догматики» чи навіть методів постнекласичної науки, зокрема таких емпіричних методів, як спостереження, експеримент, моделювання тощо, неможливо. Для цього потрібен ширший, світоглядно-філософський погляд на право.

Увага на цих питаннях акцентується для того, щоб ще раз наголосити, що суто пізнавальних підходів для з'ясування складності, багатогранності і багатовимірності права та інших правових явищ недостатньо. Воно можливе лише через інтеграцію пізнавального, оцінювального і практичного ставлення до багатобарвної правової дійсності. Хоч такий інтегративний підхід певною мірою притаманний правничій науці, про що вже згадувалося, співвідношення між пізнавальними і ціннісними, духовно-практичними аспектами освоєння соціальної дійсності, раціонально-логічним і поза-раціональним, чуттєвим у правничій науці і філософії права неоднакове. Як слушно зазначив свого часу на одному з міжнародних форумів тодішній голова Конституційного Суду Австрії Людвіг Адамович, «правничу науку не можна розвивати за математичними законами, і навпаки, з неї не можна зробити чисту оціночну філософію».<sup>16</sup>

По-перше, будь-яка наука, правнича у тому числі, має справу насамперед з фактами, їх збиранням, узагальненням, систематизацією, поясненням, пошуком закономірних зв'язків між ними, на основі чого формулює відповідні положення і висновки. Філософія права хоч і не відкидає фактів як таких, проте свої висновки ґрунтує не на фактах. Поняття, на яких базуються філософсько-правові гіпотези, концепції, доктрини, часто не мають фактичних відповідників у реальному житті. В їх основі лежать не факти, а специфічна робота розуму, побудована на самоаналізі, власних роздумах і особливо-му розумінні світу, яке у філософії іменують філософською рефлексією. Розуміння хоч і знаходиться в одній площині з пізнанням, проте не тотожне йому. Воно ґрунтується не тільки, а іноді й не стільки на пізнанні, скільки на ціннісно-емоційному сприйнятті світу права через пошук його ціннісних основ, форм, проявів тощо. Визначальними у такому сприйнятті є такі філософські категорії, як ідеал, цінність, час, простір, а також ближчі вже до права, спільні з релігією і мораллю ідеали і цінності – справедливість, рівність, свобода та ін., які в реальному житті як факти не існують. У їх інтерпретації виражається не пізнавальне, а ціннісне відношення людини до світу правових явищ,

<sup>16</sup> Людвіг Адамович, «Практичні проблеми сучасного конституційного судочинства», *Альманах «Конституційне судочинство в новому тисячолітті»*, робочий переклад німецького фонду міжнародного правового співробітництва (Єреван, 2002), 13, <http://www.concourt.am/armenian/almanakh/almanac2002/13.htm>.

яке багато в чому залежить від її власного їх розуміння, тобто від включення цього зовнішнього для неї до певного часу світу в систему її особистісних смислів, ціннісних координат і власного екзистенціального досвіду. Саме це відрізняє філософське розуміння від наукового пізнання.<sup>17</sup>

Чи не найпоказовішою щодо цього є доктрина природного права. Вона базується не на аналізі фактів реальної дійсності, а на роздумах її творців про ідеали і цінності, на яких має ґрунтуватися право. У різних варіантах природно-правових концепцій ці ідеали і цінності звучать по-різному – «всезагальний розум», «дух права», «природа людини», «людська гідність», справедливість, свобода, рівність та ін. Єднає творців і прихильників доктрини природного права те, що вони зміщують акценти у розумінні права з «сущого», «наявного», тобто такого, яким воно функціонує в дійсності («наявне», також інтерпретується різними концепціями права неоднозначно) на «повинне», «належне», тобто на таке, яким воно має бути. І хоч творцям і прихильникам цієї доктрини, очевидно, не можна відмовити у знанні реального стану права (причому не тільки в країні, яку вони представляють), на перший план у доктрині природного права та її різновидах висувається ідеально-смысловое розуміння права. Одне з визначальних положень доктрини про те, що права людини є природними, тобто такими, що належать їй в силу самої людської природи (від народження людиною), та невідчужуваними, тобто такими, що не можуть бути відібрані у неї, скасовані державою чи іншою особою на власний розсуд, – це результат не аналізу фактів, а логічних роздумів. Указане положення не може бути перевірене практикою. Вона може його сприйняти (і, як свідчить історичний досвід, сприймає як надбання доктрини природного права, яке лежить нині в основі досягнень як теорії прав людини, так і юридичної практики всіх демократичних держав), проте підтвердити чи спростувати на основі практичного досвіду або суто наукових методів не може. Інакше кажучи, виміри (аспекти) їх «природності» можуть бути виокремлені лише аналітично.

По-друге, ціннісне ставлення людини до світу, у тому числі до правової дійсності, споріднює філософію права не тільки з релігією і мораллю, а й з мистецтвом – такими видами людської діяльності, як література, архітектура, скульптура, живопис, музика, театр, кіно та ін. Ще на початку XIX ст. німецький філософ А. Шопенгауер підкреслював, що філософія – це не наука, а мистецтво. Деяко пізніше інший німецький філософ Ф. Шеллінг наголошував на тому, що ідеали філософії може втілити лише той, хто не задовольняється понятійним поясненням світу, а володіє його піднесеним відчуттям, тобто художнім хистом. Усі названі види мистецтва об'єднує художньо-образне відтворення дійсності, в якому переважають не раціональні, а чуттєві елементи. Один і той же природний пейзаж, наприклад, може відтворюватися представниками різних художніх напрямів по-різному. Класичні реалісти передадуть його таким, який, на їх погляд, найбільш точно відображає об'єктивну дійсність, тобто в її статичності й незмінності, імпресіоністи – відобразять пейзаж у його рухливості і змінюваності, пере-

<sup>17</sup> Владислав Бачинин і Виктор Сальников, *Філософія права. Краткий словарь* (Санкт-Петербург, 2000), 234–5.



даючи свої миттеві враження від нього, представники модернізму, незалежно від варіантів, пропонують своє абстрактне бачення світу, переносячи його на відтворення конкретного природного пейзажу, і т.д. Тобто у художньому образі сам об'єкт відображення і спосіб його бачення митцем (у даному разі живописцем) зливаються.

Подібна ситуація значною мірою має місце також у філософії права.

Право, як відомо, явище універсальне, воно притаманне всім народам, незважаючи на те, що в їх лексиконі не завжди існує саме слово «право». Проте розуміють його по-різному. Прихильники одних його концепцій, зокрема тієї ж доктрини природного права, роблять наголос на духовно-ціннісних його аспектах – ідеалах справедливості, свободи, рівності, представники інших – на раціонально-логічних сторонах права – загальнообов'язкових нормах, встановлених авторитетом, яким, як правило, є держава (юридичний позитивізм), ще інші – на «живому» праві, «праві в дії», тобто такому, яке міститься не тільки і навіть не стільки в законах, а функціонує в реальному житті (концепції соціологічної юриспруденції та реалістичної школи права) і т.д. При цьому аргументам, які наводять представники цих концепцій на користь обстоюваних ними позицій, навряд чи можна зовсім відмовити у переконливості. Принаймні дорікати їхнім прихильникам у неспроможності пояснити складний світ права, тим більше у класово-ідеологічній заангажованості, як це було в радянські часи, безпідставно.

Водночас світоглядні основи, на яких ґрунтуються ці концепції, суттєво відрізняються. Вони не завжди безсумнівні, отже, можуть піддаватися критичному аналізу. Чи можливо оцінити їх на основі критеріїв, притаманних науці: «істинності-хибності», «істини-омани»? Очевидно, доволі проблематично. Якби одні з них були істинними, а інші зовсім хибними (оманливими), популярність «хибних» давно себе вичерпала б і, як і чимало інших концепцій права, обґрунтовуваних суто науковими методами, вони залишилися б в історії.

Проте всі названі концепції (в різних їх варіантах) й сьогодні залишаються доволі впливовими. Непримиренна боротьба між ними, значною мірою обумовлена намаганням перенести на них властивий науці критерій «істинності-хибності» залишилася в минулому. Нині переважають пошуки, якщо не консенсусу (він з огляду на несумісність світоглядних підходів неможливий), то компромісів між ними, а точніше, їх здобутками, підтвердженням чому є популярна нині концепція інтегративної юриспруденції Дж. Холла та Г. Дж. Бермана. На певних компромісах між різними правовими концепціями побудовані також теоретико-правові погляди визначних філософів права сучасності:

– концепція дуальності права Р. Алексі, відповідно до якої право як єдине цілісне явище існує в ідеальному (критичному) вимірі, основу якого складають духовні цінності, притаманні доктрині природного права, і реальному (фактичному) вимірі, який ґрунтується на надбаннях юридичного позитивізму;<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Robert Alexy, "The Dual Nature of Law," in *IVR 24<sup>th</sup> World Congress "Global Harmony and Rule of Law"* (September 15–20, 2009. Beijing, China). Papers Plenary Session, 257–74 (Beijing, 2009); Сергей Максимов, "Дуальность права в контексте методологии правопонимания," *Власть и управление на Востоке России* 3 (2011): 163–7.

– процедурна теорія природного права Л. Фуллера, який центр ваги в обґрунтуванні моральності права із зовнішніх щодо права моральних цілей, на досягнення яких має бути спрямована правова система для того, щоб вважатися правовою (позиція, притаманна класичним варіантам доктрини природного права), переносить на вимоги внутрішньої моралі права, серед яких називає, зокрема, певні вимоги законності і юридичної визначеності, в розробці яких чимала заслуга представників юридичного позитивізму;<sup>19</sup>

– концепція інтерпретивізму Р. Дворкіна, в якій він намагається поєднати юридичні правила тлумачення юридичних текстів, притаманні позитивізму, з надбаннями феноменології і герменевтики, а також моральними принципами – людської гідності, рівності, свободи тощо, на які спираються у процесі інтерпретації прихильники природного права,<sup>20</sup> та ін.

Таким чином, філософсько-правові, як і інші філософські концепції, на відміну від наукових концепцій, оцінюються не за критерієм «істинності-хибності», відповідно до якого одна концепція виключає інші, а за принципом (критерієм) взаємодоповнення одна одної.<sup>21</sup> Всі вони мають як свої переваги, так і недоліки. Тільки на основі синтезу їх здобутків (причому не лише доктрини природного права і позитивістських теорій, а й інших, що виникли в останні десятиліття) в контексті надбань поступального розвитку людської цивілізації можна отримати більш-менш задовільні уявлення про онтологічну, епістемологічну і аксіологічну природу права та тенденції його розвитку.

Не у всіх названих (та й не названих) філософсько-правових концепціях зв'язки з мистецтвом проявляються однаковою мірою. Найвиразніше вони простежуються у доктрині природного права. Образно-чуттєве в освоєнні нею дійсності нерідко переважає раціональне. Майже не помітні такі зв'язки в концепціях юридичного позитивізму. У них явно домінує раціонально-логічний підхід до інтерпретації права. Більш характерні зв'язки з мистецтвом для соціологічної концепції права та її різновидів, що загалом зрозуміло. Адже на функціональному рівні права, «права в дії» синтез образно-чуттєвого і раціонального проявляється чи не найпомітніше. Не випадково порівняння юристів з «правовими акторами» найчастіше використовується для характеристики особливостей саме нормозастосовчої і нормотлумачної діяльності.

Наведе не свідчить про те, що філософія права, хоч і має спільні риси з мистецтвом, проте не тотожна йому. Ступінь образно-чуттєвого і, відповідно, свободи митця у мистецтві значно вища порівняно з філософією права. Цим пояснюється найширший діапазон напрямів і стилів в інтерпретації мистецтвом навколишньої дійсності. У філософії права ступінь свободи в її інтерпретації, хоч і вищий, ніж у правничій науці (з огляду на те, що вона порівняно з наукою вільніша від фактів), проте нижчий від мистецтва, оскільки образно-чуттєве сприйняття правової дійсності у ній, на відміну від мистецтва, не є визначальним.

<sup>19</sup> Дон Фуллер, *Мораль права* (Москва; Челябінск, 2007), 53, 61–112, 120.

<sup>20</sup> Ronald Dworkin, *Law's Empire* (London: Fontana press, 1986), 227–34.

<sup>21</sup> Євген Причепій, Анатолій Чорній, Леонід Чекаль, *Філософія*, 26.

З викладеного можна зробити висновок, що філософія права посідає проміжне становище між правничою наукою і мистецтвом. Якщо до цього додати тісні зв'язки філософії права з іншими формами (способами) світосприйняття – мораллю і релігією, про що вже згадувалося, то це дає підстави констатувати, що філософія права, незважаючи на її спорідненість з наукою, належить до окремих, відмінних від правничої науки, форм освоєння правової дійсності.

На завершення статті коротко торкнусь ще одного, як на мене, доволі актуального питання: чи існують власне національні правничі наука і філософія права?

Здавалося б, питання риторичне і відповідь на нього очевидна. Наука, якщо вона справжня наука, завжди має транснаціональний характер, тобто виходить за межі національних кордонів. Не може бути національної – німецької, французької, китайської, індуської, японської, української і т.д. – математики, фізики, біології та інших природничих наук. Усі вони мають єдиний, тільки їм притаманний предмет дослідження, здатний пізнати цей предмет специфічний методологічний інструментарій, спільні поняття і категорії, зрештою розвиваються за єдиними і тими ж у своїй основі законами. Інакше кажучи, національними можуть бути не самі природничі науки, а відповідні наукові школи.

Складніша ситуація із соціально-гуманітарними науками. Як зазначалося, вони порівняно з природничими набагато більше «олюднені», «персоніфіковані», «національно орієнтовані», тобто прив'язані до національних особливостей тієї чи іншої країни. На правничу науку, зокрема, суттєвий вплив мають відмінності у нормативному регулюванні у різних країнах, обумовлені їх історичними традиціями, культурою, праворозумінням, джерелами права тощо.

Проте ці відмінності, хоч і відбиваються на змісті відповідних правничих досліджень та їх результатах, не дають підстав для характеристики правничих наук як виключно «національних». Адже вони, всупереч все ще поширеній у пострадянському, у тому числі вітчизняному правознавстві думці, не зводяться до описування та пояснення норм та інститутів чинного національного законодавства і суспільних відносин, що ним регулюються. Як і будь-які науки, правничі науки базуються на єдиному, специфічному для кожної з них предметі, спільності використовуваного методологічного арсеналу та засадничих правових понять, категорій, принципів, аксіом тощо. Вони не залежать або майже не залежать від національних кордонів і особливостей тієї чи іншої країни.

З огляду на це, навряд чи хто із професійних юристів стане називати науку «загальною теорією права» «українською», тим паче «загальною теорією права України». Така назва не тільки не відповідатиме лексичному значенню слова «загальна», а й продемонструватиме однобічність такої «науки», її національну обмеженість чи навіть національний егоїзм, несумісні з глобалізаційними процесами у сфері права, які відбуваються в сучасному світі.

Якщо з транснаціональним характером загальної теорії права правознавці, хоч, очевидно, й не завжди усвідомлено, але погоджуються, то з галузевими правничими наука-

ми ситуація поки що залишається майже незмінною. За усталеною традицією вони переважно продовжують мати назву «Адміністративне право України», «Цивільне право України», «Кримінальне право України» і т.д., обмежуючи їх аналізом національного законодавства і практики його реалізації, фактично ігноруючи фундаментальні доктринальні засади і універсальні правові цінності, на яких галузеві правничі науки ґрунтуються незалежно від країн їхньої «дислокації».

Тим часом, оволодіння базовими, спільними для всіх розвинутих країн, засадами і цінностями галузевих правничих наук дозволило б практикуючим юристам успішніше використовувати їх у своїй професійній діяльності, а студентам – швидше адаптуватися до вивчення галузевих дисциплін під час стажування чи навчання у зарубіжних університетах.

З філософією права, у якій, як зазначалося, переважає світоглядне, передусім духовно-практичне ставлення до правової дійсності, ситуація порівняно з правничою наукою, виглядає ще складнішою.

Філософсько-правові ідеї, навіть ті, які, здавалося б, стали спільним надбанням «цивілізованих націй», завжди занурюються (вкорінюються) у певний соціум, «пропускаються» крізь призму національних традицій, національної правової культури, менталітету і стилю мислення народу тощо, набуваючи тим самим помітного національного забарвлення. Не кажучи вже про те, що чимало філософсько-правових доктрин, що стали основою праворозуміння певних народів, сформовано виключно на специфічному національному ґрунті (наприклад, філософсько-правові концепції конфуціанства, вчення індуїзму, ісламу, іудаїзму та ін.) і мають суттєвий вплив на правові системи цих народів до цього часу.

Наведені міркування дають підстави говорити про існування безлічі національних філософій права – китайської, іудейської, японської, англійської, німецької і т.д. У цьому контексті можна розглядати як відносно самостійний феномен також українську правову філософію, хоч її виокремлення як чогось унікального, неповторного може викликати заперечення. Драматична історія України, дійсно, склалася так, що вона не «подарувала» світу філософів права із світовими іменами, хоч на тривалому історичному шляху розвитку національної філософсько-правової думки також були як свої надбання, так і втрати. Проте це тема окремої розмови.

© М. Козюбра, 2019

## Bibliography

- Adamovich, Ludvig. "Praktische Probleme der modernen Verfassungsgerichtsbarkeit." *International Almanac "Constitutional Justice in the New Millennium."* Yerevan, 2002. <http://www.concourt.am/armenian/almanakh/almanac2002/13.htm>.
- Alexy, Robert. "The Dual Nature of Law." *IVR 24<sup>th</sup> World Congress "Global Harmony and Rule of Law" (September 15–20, 2009, Beijing, China)*. Papers Plenary Session. Beijing, 2009.
- Bachinin, Vladislav, and Viktor Salnikov. *Philosophy of Law. Brief Dictionary*. Saint-Petersburg, 2000 (in Russian).

- Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. London: Fontana Press, 1986.
- Fuller, Lon L. *The Morality of Law*. Moscow, Chelyabinsk, 2007 (in Russian).
- Gubersky, Leonid, Viktor Andrushchenko, Andriy Baumeister and others. *Philosophy. The Textbook for University Students*. 2nd edition. Kharkiv: Folio, 2018 (in Ukrainian).
- Hart, Herbert L. A. *Philosophy and the Language of Law*. Moscow: Kanon+, 2017 (in Russian).
- Hart, Herbert L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.
- Judicial Practice in the Soviet Legal System*. Moscow: Legal literature, 1979 (in Russian).
- Kelman, Michael. *Legal Science: Problems of Methodology*. Ternopil: Ternograph, 2011 (in Ukrainian).
- Koziubra, Mykola. "Jurisprudence, Science, Methodology: the Evolution of Approaches to their Relationship." *NaUKMA Scientific Notes. Law. Vol. 1*. Kyiv: NaUKMA, 2018 (in Ukrainian).
- Leyst, Oleg. *The Essence of Law*. Moscow, 2008 (in Russian).
- Maksymov, Sergey. "The Duality of Law in the Context of Legal Methodologies." *Power and Management in the East of Russia* 3 (2011) (in Russian).
- Malakhov, Victor. *The Philosophy of Law*. Moscow, 2002 (in Russian).
- Permyakov, Yuri. *Lectures on the Philosophy of Law*. Samara, 1996 (in Russian).
- Prychepii, Eugene, Anatoliy Chornii, and Leonid Chekal. *Philosophy. Manual*. Kyiv: Academvydav, 2003 (in Ukrainian).
- Raz, Joseph. "Thoughts with the Help of Law." *Russian Yearbook of Legal Theory* 1 (2008) (in Russian).

### **Микола Козюбра. Філософія права, правознавство і наука: спільні риси та відмінності**

**Анотація.** У статті простежені складні і неоднозначні відносини філософії права і правознавства з наукою та здійснена спроба розкрити спільні риси і відмінності між ними. У цьому зв'язку піддані критичному аналізу існуючі у філософській і юридичній літературі радикально-протилежні підходи до інтерпретації цього питання: як ті, що заперечують спорідненість науки і філософії права, зводячи її до ідеології, так і ті, згідно з якими філософія права розглядається як наука, принципово відмінна від правознавства, яке ототожнюється виключно з «юридичною догматикою».

На основі проведеного аналізу робиться висновок, що філософія права є особливою, відмінною від науки формою освоєння правової дійсності.

**Ключові слова:** філософія права; правознавство; наука; мистецтво; суб'єкт; об'єкт; істинність; хибність; спільне; відмінне.

### **Николай Козюбра. Философия права, правоведение и наука: общие черты и различия**

**Аннотация.** В статье прослежены сложные и неоднозначные отношения философии права и правоведения с наукой, осуществлена попытка раскрыть общие черты и отличия между ними. В этой связи подвергнуты критическому анализу существующие в философской и юридической литературе радикально-противоположные подходы к интерпретации этого вопроса: как отрицающие общее между наукой и философией права, сводящие ее к идеологии, так и взгляды, в соответствии с которыми философия права рассматривается как наука, принципиально отличная от правоведения, отождествляемого исключительно «юридической догматикой».

На основе проведенного анализа делается вывод о том, что философия права является специфической, отличной от науки формой освоения правовой действительности.

**Ключевые слова:** философия права; правоведение; наука; искусство; субъект; объект; истинность; ошибочность; общее; отличное.

## **Mykola Kozziubra. Philosophy of Law, Jurisprudence and Science: Common Features and Differences**

**Abstract.** The article provides an overview of complex and ambiguous relations of the philosophy of law and legal scholarship with science, as well as tries to cover their similarities and differences. Consequently, the article provides critical analysis of contemporary radically opposite approaches to the interpretation of this issue present in philosophical and legal academic literature. The article criticizes both the approaches denying the alliance between the science and philosophy of law thus reducing it to ideology only, as well as those viewing philosophy of law an academic discipline principally different from legal scholarship attributing the latter to “legal dogmatics” only. Contemporary postmodern (postnonclassical) ideas about science (scholarship) focusing on inseparable links between cognitive, anthropological (applying human as the unit of measurement) and axiological sides of the reflection of reality do not provide grounds for sharp differentiation between the object of the study and its subject, which is the basis for the abovementioned approaches.

In fact, they are relatively autonomous elements of whole, integrated developing systems including law generally, as well as legal scholarship and the philosophy of law.

The abovementioned arguments provide basis for the article to differentiate common features of the philosophy of law with modern legal scholarship (those being the existence of creative subject, common goal, application of rational and logical evidence in objectivation of philosophical and legal hypotheses, concepts, theories etc.), as well as difference between them (e.g. instability of its relation to practice, frequent absence of actual real life corresponding features, special cognitive activities built on self-analysis, ideas and special world perception (philosophical reflection), tight connection to art in addition to science etc.).

These ideas get proof from the short analysis of science and art correlation specifics pointed out in major modern philosophical and legal concepts (doctrines of natural law, legal positivism, sociological jurisprudence and their variations). The article stipulates that they have to be judged not by application of scientific criteria of “true-false” but by application of their interdependence concept.

Finally, the author stipulates that unlike legal scholarship being more international than national, the ideas of legal philosophy (including those accepted widely by different nations) are viewed through the prism of national traditions, national legal culture, mentality and cognitive ability of the nation, thus accepting solid national features, providing also grounds for differentiation of the philosophy of law from legal scholarship thus making it a special method of world perception being distinct from science.

**Keywords:** philosophy of law; legal scholarship; science; art; subject; object; verity; falseness; similar; different.

Одержано / Received 20.10.2019

## ПРАВА ЛЮДИНИ, МИР І ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК МІЖ МОРАЛЬНИМИ ТА ЮРИДИЧНИМИ ПРАВАМИ<sup>1</sup>

### Вступ

**Я**к ви всі знаєте, темою Всесвітнього конгресу Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії у 2017 р. став «Мир, який має за основу права людини». Було продемонстровано кореляцію між визнанням прав людини і миром та процвітанням. Незважаючи на це, тип і ступінь визнання й захисту прав людини значною мірою відрізняються в різних країнах. Багато країн претендують на те, що визнають права людини у текстах конституцій, законів або міжнародних договорів, але питання виникають тоді, коли обсяг прав, які захищаються на практиці, значно відрізняється, принаймні на думку окремих коментаторів, від обсягу прав, який встановлений або має бути встановленим. Конституція Радянського Союзу заявляла широкий діапазон прав людини, яким гарантовано захист,<sup>2</sup> хоча для більшості громадян цієї країни реального захисту таких прав не було. З іншого боку, права людини мають особливий, хоча й невизначений статус у тих правових системах, де вони не підтримуються навіть традиційними джерелами позитивного права: жодного конституційного захисту, договори й конвенції не підписані, відсутній захист з боку законодавчих актів або судових рішень. Щодо таких країн виникає питання: чи можна вважати, що норми у сфері прав людини є частиною законодавства, навіть якщо немає загальновизнаних соціальних джерел?

---

\* Браян Бікс, професор права і філософії Університету Міннесоти.

Brian H. Bix, Frederick W. Thomas Professor of Law and Philosophy, University of Minnesota.  
e-mail: [bix@umn.edu](mailto:bix@umn.edu)

<sup>1</sup> Уперше статтю було презентовано на Пленарній лекції на 28-му Світовому конгресі Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (IVR) у Лісабоні в липні 2017 р. Я вдячний за коментарі та пропозиції присутніх, а також за коментарі та пропозиції Ларрі Александера (Larry Alexander), Майкла Стівена Гріна (Michael Steven Green), Ендрю Халпіна (Andrew Halpin) і Кеннета Ейнара Хімма (Kenneth Einar Himma) щодо моїх попередніх і пов'язаних робіт, а також за коментарі та пропозиції щодо відповідних, поданих раніше, статей у Національному університеті Сінгапуру, Університеті Белграда, Університеті Чикаго, Йєллонському університеті. – *Прим. автора.*

Переклад Олени Уварової. – *Прим. редакції.*

<sup>2</sup> Конституція СРСР у редакції 1936 року є доступною за посиланням: <http://www.departments.bucknell.edu/russian/const/1936toc.html>. Питання захисту прав людини охоплюються Розділом X (статті 119–133).

У подальшому ми ще коротко зупинимося на цьому питанні, але я хочу підкреслити, що зв'язок між загальними моральними стандартами і правами людини ускладнює і без того складні проблеми, що лежать у площині відносин між правом як соціальною конвенцією і мораллю. Ці питання поряд із фундаментальним питанням про природу юридичних обов'язків будуть розглянуті у цій статті.

Багато інших важливих тем – таких, як граничне обґрунтування прав людини, зв'язок між правами людини, суверенітетом і міжнародним правом<sup>3</sup> – вимушено лишаються чекати інших спікерів або інших приводів для їх розгляду.

## I. Права людини і мораль

Яким є взаємозв'язок між правами людини, моральними правами і юридичними правами? Тема настільки ж складна, наскільки важлива.

Питання про взаємозв'язок права і моралі є традиційним для філософії права – можливо, навіть такою мірою, що викликає зітхання відчаю в тих, хто не працює у цій сфері і вважає, що занадто часто буває змушеним іти цим теоретичним шляхом. Тим не менше, можливо, вам буде приємно почути, що ця стаття не є черговим перефразуванням дебатів Гарта–Фуллера, Гарта–Дворкіна або навіть Гарта–Девліна або черговим оглядом тонких моментів і епіциклів розбіжностей між інклюзивним правовим позитивізмом та ексклюзивним правовим позитивізмом.<sup>4</sup>

Я думаю, що ми перебуваємо в іншому місці у наших роздумах про право і мораль. Є далекоглядні теоретики, які пропонують радикально переосмислити зв'язок права і моралі, й таке переосмислення ставить питання, які добре поєднуються з темою цієї зустрічі: права людини і мир – особливо з тією частиною цього рівняння, яка стосується прав людини.

Права людини – раніше відомі як «природні права» – є моральними правами, які належать всім людям просто в силу їх статусу людських істот.<sup>5</sup> Які права входять до цієї категорії, є питанням триваючих дискусій. Дійсно, те, яким чином ці права генеруються або обґрунтовуються, становить предмет суттєвих розбіжностей. Зрозуміло, що багато з цих прав є правами громадян проти держави.

Взаємозв'язок між правами людини і юридичними правами є складним через невідомість на всіх етапах аналізу. По-перше, немає єдиної думки щодо того, які права людини у нас є – якщо взагалі якісь є – і в якій спосіб їх краще розуміти – як такі, що мають філософське чи політичне підґрунтя.<sup>6</sup> Хтось розглядає їх як моральні права на

<sup>3</sup> Корисний огляд цієї та інших тем можна знайти у Джеймса Нікела: James Nickel, "Human Rights," in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta (2014), <https://plato.stanford.edu/entries/rights-human/>.

<sup>4</sup> Я пропоную огляд усіх цих дебатів у своїй книзі «Юриспруденція: теорія і контекст»: Brian H. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, 7<sup>th</sup> ed. (Sweet & Maxwell, 2015).

<sup>5</sup> Питання про те, чи поширюються ці права на інших тварин, залишимо для іншого разу.

<sup>6</sup> Див., наприклад, Mathias Risse, "Approaching Human Rights Law Philosophically: Reflections on Allen Buchanan, The Heart of Human Rights," *Law and Philosophy* 36 (2017): 169–90.



противагу державі, які мають об'єктивний статус, незалежно від того, якою мірою вони визнаються в юридичній або політичній практиці. Інші бачать в них практики і переконання, засновані на діях конкретних спільнот у конкретний період часу. По-друге, існують різні способи визнання і забезпечення країнами прав людини: за допомогою власної конституції; через зобов'язання за регіональним правом, таким як, наприклад, Європейська конвенція про права людини; через підписані міжнародні конвенції і договори.

З іншого боку, є ознаки того, що державний захист певних видів процедурних і змістовних прав зумовлює або принаймні корелює з миром і процвітанням.<sup>7</sup> Хоча такі твердження неминуче вимагають більшої деталізації, ніж прості пропозиції зробити таке припущення, і, звичайно, у будь-якому разі є спірними, а докази, що наводяться на підтвердження, залишаються провокативними.

Амартья Сен, як відомо, стверджував, що голод не виникає в демократіях – країнах, які захищають фундаментальні права щодо представництва, політичної участі й голосування.<sup>8</sup> Він писав: «Правда, що не піддається сумнівам, що у функціонуючих багатопартійних демократіях ніколи не було голоду».<sup>9</sup> Сен зробив припущення, що вільна преса допомагає запобігти голоду, зосереджуючи увагу на нестачі продовольства й здійснюючи тиск на уряди, щоб вони щось зробили з метою вирішити цю проблему; й для урядів, які переобираються, є значний стимул запобігати продовольчим кризам.<sup>10</sup> Аналогічним чином стверджується, що демократичні уряди – уряди, які захищають відповідну групу громадянських прав і прав людини – не вступають у війну з іншими демократіями.<sup>11</sup> Ця ідея, яка часто приписується сучасним дослідникам і коментаторам, походить, щонайменше, від спостережень Іммануїла Канта в його роботі «До вічного миру».<sup>12</sup> Хоча обидві ці вимоги є контроверсійними і, вірогідно, певною мірою завищеними, вони відображають те, що видається суттєвою перевагою визнання й захисту, як мінімум, певної категорії прав людини (жодним чином не виключаючи того, що інші права людини можуть забезпечити багато інших переваг).

Проте варто зупинитися, щоб розглянути роль, або статус, прав людини у правових системах.

<sup>7</sup> Звичайно, існують також потенційні проблеми й недоліки у національній і міжнародній системі захисту прав людини. Див., наприклад: Stephen Hopgood, *The Endtimes of Human Rights* (Cornell, 2013); цит. за: Mary Ann Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse* (Free Press, 1991).

<sup>8</sup> Amartya Sen, *Development as Freedom* (Anchor, 1999), 178–86. Цит. за: Frances D'Souza, "Democracy as a Cure for Famine," *Journal of Peace Research* 31, 4 (1994): 369–73.

<sup>9</sup> Sen, *Development as Freedom*, 178.

<sup>10</sup> Ibid, 180–4.

<sup>11</sup> Див., наприклад: Alex Minz, Nehemia Geva, "Why Don't Democracies Fight Each Other?: An Experimental Study," *The Journal of Conflict Resolution* 37 (1993): 484–503.

<sup>12</sup> Immanuel Kant, *Perpetual Peace: A Philosophical Essay* (1795), <https://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/kant/kant1.htm>.

## II. Статус прав людини як права

Хоча багато країн визнали права людини в тій чи іншій формі, проте, навіть у цих країнах існують прогалини й непослідовності. Як відзначив Рональд Дворкін, говорячи про Сполучені Штати Америки,<sup>13</sup> Конституція країни спрямована на захист багатьох прав індивідів, які забезпечують їм можливість протидіяти державі, проте вона не визнає їх всі (яким би не був перелік таких прав), і навіть ті, які визнано документально, захищені недостатньо (у кращому випадку) при застосуванні конституційних положень судами і в діях офіційних осіб. Аргумент Дворкіна полягав у тому, що якщо офіційні особи дійсно «сприймають права серйозно» – як це вони часто стверджують, – то це може вимагати від них діяти у певних випадках у спосіб, який йде за межі закону, як заявлено судами країни. Особливим предметом уваги Дворкіна було те, що офіційні особи розмірковують довго й старанно, перш ніж переслідувати тих, хто протестує проти законів шляхом громадянської непокори, але його аргумент, очевидно, має значення й для багатьох інших питань.

Наявний зв'язок з іншими, відомими (або навіть пресловутими) історичними дебатами. Після Другої світової війни союзники-переможці судили різних нацистських офіційних осіб за скоєння «злочинів проти людяності» у Нюрнберзі.<sup>14</sup> Обвинувачені стверджували, що їх дії ґрунтувалися на чинному законодавстві їх країни, але цей аргумент захисту було відхилено. Базове розуміння країн з боку обвинувачення у Нюрнберзі – і багатьох коментаторів з тих пір – полягає у тому, що є певні дії, які суперечать праву, в усі часи і в будь-якому місці, незалежно від того, які закони і судові рішення утворює держава.

Однак хтось може поставити питання: чи має це сенс? Чи розумно навіть стверджувати, що окремі основоположні моральні норми є частиною права, навіть якщо вони ніколи не були офіційно проголошені, навіть якщо вони ніколи не були офіційно визнані офіційними особами і навіть якщо є підстави вважати, що позитивне право встановлює інше регулювання? Один із сучасних теоретиків природного права Джон Фінніс стверджує, що це є дійсно так. Щодо Нюрнберзького процесу він зазначає:

застосовані моральні правила були ... правилами «вищого права», застосовуваними в усі часи і повсюди... як джерело аргументації й суджень «відповідно до права», коли джерела соціальних фактів, які зазвичай є домінуючими і квазівинятковими джерелами права, є, справедливо кажучи, неадекватними і недостатніми керівництвами з виконання таких зобов'язань, як здійснення правосуддя згідно з вимогами права, або зобов'язання кожного поводити себе з елементарною людяністю, навіть коли йому віддають наказ діяти інакше – навіть якщо такі накази мають внутрішньосистемну юридичну силу

<sup>13</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard, 1978), 184–205; цит. за: Frank I. Michelman, “Human Rights and the Limits of Constitutional Theory,” *Ratio Juris* 13 (2000): 63–76.

<sup>14</sup> Див., наприклад: Peter Calvo-coressi, *Nuremberg: The Facts, the Law and the Consequences* (London: Chatto & Windus, 1947).

згідно з формальними або соціально-фактичними критеріями, що застосовуються у відповідній правовій системі.<sup>15</sup>

Аргумент Фінніса або щось на кшталт цього було сприйнято багатьма тими, хто захищає процес і підсумки Нюрнберзького трибуналу й подібних трибуналів щодо злочинів під час війни, яких було декілька станом на сьогодні. Загальний аргумент полягає в тому, що наявні прояви «справедливості відповідно до права», які не залежать від норм, що були явним чином проголошені офіційними особами. Та більш неоднозначним є, можливо, подальше твердження, що такі норми є частиною правових систем навіть там, де явним чином ухвалені положення правової системи, спрямовані на заперечення або нівелювання таких елементарних зобов'язань.

Як вже зазначалось, ця думка не є загальноновизною, але ця дискусія не повинна нас затримувати. Це обговорення, безумовно, важливе, але для іншого разу. Я хочу змістити фокус. Що має означати припущення для цілей цієї дискусії, що певні основоположні обмеження, покладені на уряд, мають статус правових норм? Це питання видається простим і зрозумілим. Можливо, це одне з тих питань, які є настільки простими, що його можуть поставити тільки теоретики й дуже маленькі діти. Тим не менше, як і багато інших подібних «простих питань», будь-яка спроба сформулювати відповідь швидко виявляє приховану складність ситуації.

Можна сказати, що щось є законом, частиною правової системи, якщо воно є частиною сукупності або ієрархії законів (юридичних правил або, якщо комусь більше подобається, правових норм – відмінності, якщо вони є, між правилами і нормами наразі можна винести за дужки), які становлять правову систему. Це, майже напевно, надто грубо, надто неточно. Тим не менше, навіть якщо б цей аналіз було надано, ми б, як видається, не досягли б більшого прогресу в поясненні. Сказати, що щось є правом, є юридичним правилом або правовою нормою, якщо це є частиною правової системи, означає просто відкласти остаточне пояснення, підштовхнути до іншого рівня абстрагування.

Хтось може спробувати замість або додатково до цього сказати, що норма є частиною правової системи, якщо вона додає повноваження, обов'язки або дозволення, які поширюються на тих, хто проживає в межах юрисдикції цієї правової системи. Тим не менш, знову ж, це виглядає так, ніби має місце те саме питання, просто посунути на один крок назад.

Те, що часто вважається поясненням, є здатністю переформулювати концепцію або практику в термінах концепції або практики зовсім іншого типу. Як приклад, який є співвідносним з цим обговоренням, правові реалісти стверджували, що право наявне, коли можна передбачити, що офіційна особа в сфері права накладе санкцію<sup>16</sup> – вони

<sup>15</sup> John Finnis, "Natural Law Theories" (2015), § 3.1, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta, <http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/>.

<sup>16</sup> Див., наприклад: Oliver W. Holmes Jr., "The Path of the Law," *Harvard Law Review* 10 (1897): 457–78; Karl Llewellyn, "A Realistic Jurisprudence – The Next Step," *Columbia Law Review* 30 (1930): 431–65.

завичай говорили про суддів, але ми розуміємо, що багато важливих рішень можуть прийматися в ім'я «права» іншими офіційними особами, такими як представники поліції або адміністративних установ. Хоча навіть модифікований, порівняно з цим «реалістичним», погляд на право – корисний для нас у нашій більш «земній» або «ціннічній» моменти – видається неадекватним для того, щоб відобразити, як право відчувається багатьма учасниками, тими, хто, у термінах Г. Л. А. Гарта, «приймає» (акцептує) право, хто робить його «внутрішньою точкою зору».

Це зауваження повертає нас до питання про взаємозв'язок права і моралі, який буде розглянуто в наступному розділі.

### III. Право і мораль

Як вже було зазначено, зв'язок або розмежування права і моралі є загальним фокусом дебатів у юриспруденції. Чи повинна правова система відповідати певним моральним стандартам, щоб претендувати на статус «права»? Чи тягне за собою невідповідність норм моральним стандартам втрату ними статусу правових?<sup>17</sup> Чи можемо ми – а насправді чи повинні ми – при конструюванні теорій про природу права використовувати морально-оціночні стандарти? Чи існує загальне *prima facie* зобов'язання підкорюватися закону у правових системах, які, принаймні, у загальному вигляді є справедливими? У цілому, я буду уникати цих клішованих питань, хоча не думаю, що вдасться їх уникнути повністю. Тим не менш, у певних випадках я буду ставити питання, які є навіть ще більш базовими.

Існування правової системи можна розглядати в соціологічному вимірі та вимірі *realpolitik*: чи є система правил та інституцій у цілому ефективною в керуванні та обмежуванні поведінки? Якщо так, то саме в цьому хтось якраз і може вбачати сенс існування правової системи. І в цьому руслі можна продовжити дискусію щодо того, коли когось зобов'язують норми правової системи: у соціологічному сенсі чи з точки зору *realpolitik* можна сказати, що людина підпорядкована правовій системі та пов'язана її нормами, якщо вона живе в країні, де існує загалом ефективна система. Існує розсудливий «той, хто мусить» – на кшталт голмсівської «поганої людини», що вміє утримуватись від дій, які змусять її підпорядковуватись примусовій силі держави.

Проте це не є суттю юридичного обов'язку, якого вимагають більшість правових систем або який впливає з них. Ганс Кельзен, як відомо, стверджував, що два з основних аспектів права полягають у тому, що воно є нормативним і що воно являє собою ієрархічну систему. Центральним у роботі Кельзена є розуміння, первісно приписуване Девіду Г'юму,<sup>18</sup> однак сьогодні широко визнане, що існує чіткий поділ між «є» і «повинно», що твердження про те, що «повинно бути» зроблено, не може виводитися виключно з твердження про те, що «є».

<sup>17</sup> Див., наприклад: Gustav Radbruch, "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law," trans. Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies* 26 (2006): 1–11.

<sup>18</sup> Див.: David Hume, *A Treatise of Human Nature*, analytical index by L. A. Selby-Bigge; 2nd ed., with text revised and notes by P. H. Nidditch (Oxford: Clarendon Press, 1978), Section 3.1.1: 469–70.

Як пояснює Кельзен, право – це нормативний порядок, система тверджень про «належне», і як і всі подібні нормативні системи, воно зрештою ґрунтується на основоположній нормі.<sup>19</sup> Для Кельзена це є справедливим для всіх нормативних систем. Наприклад, теологічна мораль може ґрунтуватися на основоположній нормі, діяти відповідно до норм, проголошених Богом-Творцем; і світська утилітарна мораль може бути заснована на основоположній нормі, яка говорить про те, що слід максимізувати загальну корисність. Для Кельзена основоположною нормою правової системи (його *Grundnorm*, або «Основною нормою») було взагалі: діяти відповідно до норм історично першої конституції.

Як писав Кельзен, ми рідко свідомо приймаємо або визнаємо основоположну норму, але коли ми відстоюємо нормативною мовою якусь нижчу норму – «не чини перелюбу [бо Бог це забороняє]» або «Вам тут не можна паркуватися [тому що закон забороняє це]» – ми неявно підтримуємо основоположну норму, яка в кінцевому підсумку обґрунтовує меншу або нижчу норму. У термінології Кельзена основоположна норма «припускається» в обстоюванні меншої або нижчої норми.

Хоча є певні суперечності щодо кращого розуміння робіт Кельзена з цього приводу, Кельзен чітко вказав, що не всі будуть припускати Основну норму. Він пише, що анархіст не буде сприймати дії державних офіційних осіб у нормативний спосіб, а буде розглядати їх тільки як прояв грубої влади.<sup>20</sup> Він пише:

але немає необхідності припускати основну норму. Можна утримуватися від інтерпретації людської поведінки у світлі правових норм, тобто відповідно до значення, що є притаманним для певних людських дій. Система норм, яку ми називаємо «правовий порядок», є можливою, але не необхідною схемою тлумачення. Анархіст відмовиться говорити про «правомірну» і «протиправну» поведінку, про «юридичні обов'язки» і «законні права» або «правопорушення». Він буде розуміти соціальну поведінку просто як процес, за допомогою якого один змушує іншого поводити себе відповідно до його побажань або інтересів.<sup>21</sup>

Для такого анархіста національна правова система не зникне – вона все ще має щось на кшталт емпіричної реальності, про яку писали американські правові реалісти: громадяни бажатимуть дізнатися, як вони можуть уникнути покарань, передбачених офіційними особами, і які санкції будуть застосовні до осіб, якщо вони «перетнуть

<sup>19</sup> Див., наприклад: Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, trans. Max Knight (University of California, 1967), 221–36; Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trans. Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson (Oxford, 1992), 55–75.

<sup>20</sup> Див., наприклад: Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, §16, at 36.

<sup>21</sup> Hans Kelsen, *What is Justice?* (University of California, 1957), 226–7. Див. також: Hans Kelsen, “What is the Pure Theory of Law,” *Tulane Law Review*: 276: «Це припущення [основної норми] є можливим, але не обов'язковим. Відповідно, Чиста Теорія Права, установлюючи основну норму як логічну умову, за якої примусовий порядок може бути розтлумачений як чинне право, забезпечує тільки умовну, а не категоріальну, основу дійсності позитивного права».

межу».<sup>22</sup> Закон поширюється на анархіста в тому очевидному сенсі, що він є уразливим щодо примусу, здійснюваного від його імені. Однак анархіст не підпорядковується *правовій повинності*, тому що він не приймає або не припускає основну норму, яка обґрунтовує правову *нормативну* систему.

Я хочу наголосити, що знайти краще та найбільш правильне розуміння намірів Кельзена не є моєю кінцевою метою тут. Це було б складним завданням, враховуючи, скільки Кельзен написав протягом багатьох десятиліть, і наскільки сильно його погляди явним чином змінювалися упродовж цього часу. Предмет моєї уваги тут полягає в тому, щоб розглянути деякі основні ідеї, які висловив Кельзен, або, принаймні те, на що його тексти вказували, навіть якщо його власний погляд, точно зрозумілий, міг би не схвалити представлену тут позицію.

Таким чином, є сенс у тому, що право є зобов'язуючим для нас тоді і тільки тоді, коли ми у певному розумінні приймаємо його – приймаючи або принаймні припускаючи основну норму правової системи. Це може видатися радикальним, але я б сказав, що це не є більш радикальним, ніж аргумент теоретика природного права Марка Мерфі про те, що люди зв'язані божественними заповідями, якщо і тільки якщо вони вирішують підкоритися божій волі.<sup>23</sup> Філософи моралі й інших нормативних систем, як мінімум, з часів Г'юма, закликають до обережності, перш ніж дійти висновку, що існують нормативні обов'язки, – «повинність» не є такою, що легко приписується.

Дозвольте мені уточнити один момент: є твердження про те, що потрібно робити, які не є моральними, але є цілком розсудливими. У цьому сенсі адресат «має» дотримуватися закону, якщо непослух призведе до негативних наслідків (ув'язнення, фінансові санкції, звільнення з роботи, втрата репутації тощо), уникнення яких представляє власний інтерес для такого адресата. Розсудливий погляд перекидає американський правовий реалістичний аналіз, запропонований раніше, не будучи ідентичним йому.

Коли ми говоримо, що в когось є *розсудливі* підстави діяти так, як це приписує закон, це відрізняється від того, коли ми кажемо, що в когось є правова підстава діяти відповідним чином.

Право покликає забороняти, вимагати і уповноважувати, навіть якщо його норми не дотримуються, дотримуються вибірково або не реалізуються в інший спосіб. *Правові* підстави, або *юридичні* обов'язки, там, де вони існують і застосовуються, застосовуються рівною мірою до всіх норм і правил, що діють у розглядуваній правовій системі, незалежно від того, наскільки сильно чи слабо вони реалізуються.

Моя пропозиція є одночасно простою, наївною й радикальною. Вона бере свій початок ще від Г. Л. А. Гарта: те право є *sui generis* формою нормативності, формою нормативності як вона є, яке не є ідентичним моралі або не є її підмножиною і не

<sup>22</sup> Це є відомим «поглядом поганої людини на право» від Олівера Венделла Голмса. Див. Oliver Wendell Holmes, "The Path of the Law," *Harvard Law Review* 10: 460–1.

<sup>23</sup> Mark C. Murphy, *An Essay on Divine Authority* (Cornell, 2002): 152: «Ті, хто знаходиться під божественною владою..., є тими, хто підпорядковується цій владі».

є ідентичним будь-якій іншій нормативній системі.<sup>24</sup> Цю точку зору можна сформулювати в інший спосіб, зазначивши, що за підходу, коли правова нормативність у цілому та юридичні судження зокрема не зводяться до суджень будь-якого іншого типу й не є еквівалентними їм, правові судження, за своєю природою, *прагнуть бути* судженнями іншого типу. Час від часу Гарт підкреслює це непрямо, коли приписує «висловом на кшталт юридичне право та юридичний обов'язок значення, які жодним чином не пов'язані» з мораллю.<sup>25</sup> В інших місцях Гарт пояснює свою точку зору просто як твердження про те, що щось може бути «владною правовою підставою» без будь-якої прив'язки до морального змісту норми, яка розглядається, або інституції, яка її видала.<sup>26</sup>

Контраст, як вже було зазначено, полягає в тому, що судження про те, чого вимагає закон, є лише передбаченням того, що будуть робити суди, або такі судження претендують на те, щоб вказати, чого вимагає мораль, або ж фактично утверджують певний вид моральної правди.<sup>27</sup> Гарт обґрунтовує, що яку б підставу не наводив закон, для особи, яка визнає цей закон, така підстава буде мати статус *правової* – підстави, яка походить від права. Так само, як хтось може мати підстави, які походять з етикету, моди, гри у шахи або певного виду приготування їжі. Існують підстави, характерні для певної практики або нормативної системи.

Хтось може вважати це абсурдом або, зрештою, парадоксом. Для когось видається очевидним, що «правові підстави» мають зводитися (або бути еквівалентними) або до пруденціальних підстав, з одного боку, або до моральних, – з іншого. Імпульс є зрозумілим. Як ще розуміти «правову підставу» – схильність, з одного боку, зосередитися на санкціях (або заохоченнях), які підкріплюють собою юридичні норми, або ж, з іншого боку, побачити, як «належне» у праві є взаємозамінним із «належним» у моралі.

Тим не менш, я вважаю, що прирівнювання права або тільки до результатів, або тільки до моралі є не виправданим. Як і багато академічних теорій, такий підхід відкидає очевидне у пошуках витонченого й невлитого.

Джон Фінніс погоджується, роблячи це водночас за допомогою дещо іншого аргументу. Він зазначає, що, незважаючи на те, що право може наполягати на своїй обґрунтованості, на тому, що воно має під собою належні підстави (якщо казати більш точно, «перебуває під контролем підстав», які відповідають «критеріям узгодженості й обґрунтованості»), воно не претендує на моральну обов'язковість (і не повинно це робити), оскільки воно створює приписи для набагато більш широкої поведінки, і навіть

<sup>24</sup> Див., наприклад: Н. Л. А. Hart, *Essays on Bentham* (Oxford, 1982), 262–8; цит. за John Finnis, “On Hart’s Way Out,” in *Philosophy of Law: Collected Essays IV* (Oxford, 2011), 248–56.

<sup>25</sup> Hart, *Essays on Bentham*: 263.

<sup>26</sup> Hart, *Essays on Bentham*: 264–5.

<sup>27</sup> The question of the nature of legal obligation is clearly a part, though only a small part, of the “general jurisprudence, as a branch of metanormative inquiry.” Питання про природу правового обов'язку, безумовно, є частиною, хоча і незначною, «загальної юриспруденції як галузі метанормативного дослідження». David Plunkett and Scott Shapiro, “Law, Morality, and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Metanormative Inquiry,” *Ethics* (має вийти друком).

гідна похвали з точки зору моралі правова система може створювати приписи, які розсудлива особа буде змушена порушувати у випадках, коли існують більш сильні конкуруючі моральні обов'язки.<sup>28</sup>

Зрештою, питання полягає в тому, наскільки продуктивним – або, навпаки, абсурдним – буде думати, що обґрунтування часто обмежується певною сферою: хтось може мати «правові підстави», які можуть відрізнятися не тільки від «моральних підстав» чи «пруденціальних підстав», але й від «підстав з точки зору етикету», «підстав з погляду моди» або «підстав з точки зору шахів». Тім Скенлон нещодавно детально виклав саме такий погляд на підстави і підстави для дій у своїх лекціях про Джона Локка 2009 р., які згодом були опубліковані під назвою «Бути реалістичним щодо підстав» (*Being Realistic About Reasons*).<sup>29</sup> Як він стверджує, підстави мають тенденцію мати силу в певних нормативних сферах, і ми не повинні надто швидко припускати, що підстави з однієї конкретної сфери вичерпують собою або можуть бути оспорені підставами конкретного нормативного порядку.

Можна зрозуміти аспекти юридичної практики, які спонукають теоретиків за прикладом Джозефа Раза обґрунтовувати, що право «претендує» бути морально авторитетним, й погляди теоретиків, таких як Марк Грінберг та, перед ним, Рональд Дворкін (у коротких і змістовних коментарях, наведених у деяких з його останніх робіт<sup>30</sup>), які говорять, що право є лише одним з аспектів моралі. Мова права частково співпадає з мовою моралі в частині тверджень про права, обов'язки, свободи й дозволяння. Той факт, що такий спосіб мовлення можна знайти в широкому колі нормативних систем, схоже, не зменшує тенденцію прирівнювати ці дві нормативні системи.

Однак, чому слід вважати, що хтось має моральний обов'язок діяти, як приписує закон, тільки тому, що закон так говорить? Хоча колись могла існувати загальновизнана думка, що «справедливі» або «легітимні» правові системи створюють такі моральні обов'язки для забезпечення своїх приписів, багато теоретиків сьогодні пропонує вагомі аргументи проти переконання, що в такий спосіб може виникати загальний обов'язок.<sup>31</sup> Альтернативна думка, підтримувана багатьма сучасними коментаторами –

<sup>28</sup> John Finnis, "Reflections and Responses," in *Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis*, eds. John Keown & Robert P. George (Oxford University Press, 2013), 554–6.

<sup>29</sup> Oxford, 2014.

<sup>30</sup> Див.: Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Harvard, 2011), 5, 405; Ronald Dworkin, *Justice in Robes* (Harvard, 2006), 34–5; цит. за: Jeremy Waldron, "Jurisprudence for Hedgehogs" (2013), [https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Intellectual\\_Life/LTW-Waldron.pdf](https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Intellectual_Life/LTW-Waldron.pdf).

<sup>31</sup> Див., наприклад: M. B. E. Smith, "Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?," *Yale Law Journal* 82 (1973): 950–76; Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (Oxford, 1994), 325–38; William A. Edmundson, "State of the Art: The Duty to Obey the Law," *Legal Theory* 10 (2004): 215–59; Ruth C. A. Higgins, *The Moral Limits of Law: Obedience, Respect, and Legitimacy* (Oxford, 2004).

Кеннет Еренберг нещодавно стверджував, що обов'язок підпорядковуватися може виникнути в результаті колективного прийняття інституції. Див.: Kenneth Ehrenberg, "Law's Artifactual Nature: How Legal Institutions Generate Normativity," in *Reasons and Intentions in Law and Practical Agency*, eds. George Pavlakos and Veronica Rodriguez-Blanco (Cambridge, 2015), 247–66. Хоча



і, як на мене, краща думка – полягає в тому, що право *іноді* створює моральні обов'язки, і цей аналіз має здійснюватися у кожному конкретному випадку щодо кожного конкретного громадянина, стосовно конкретної правової норми, зіставляючи проблеми між собою і за необхідності залучаючи експертизу.<sup>32</sup> Існують вагомі підстави уникати побудови теорії щодо природи права навколо думки, що право в цілому створює, має створювати або навіть *вимагає* створення моральних обов'язків.<sup>33</sup> Навіть Фінніс, провідний теоретик, який сьогодні працює у природно-правовій традиції, заперечує ідею, що право висуває моральні вимоги, й визнає думку про те, що право створює тільки незаперечні юридичні обов'язки,<sup>34</sup> які потім включаються до

потокую загального практичного обґрунтування – добрими громадянами задля загального блага, кар'єристами в законі з точки зору того, що має бути зроблено або проігноровано з метою просування свого власного прагнення до багатства або до посад, або незадоволеними чи злочинно опортуністичними громадянами з точки зору того, що їм самим потрібно, щоб позбутися небажаних наслідків (покарання і т.д.).<sup>35</sup>

Натомість Грінберг у своїй «Теорії морального впливу права»<sup>36</sup> пропонує радикальний погляд, відповідно до якого «закон слугує моральним імпульсом відповідних дій юридичних інституцій».<sup>37</sup> Право, за цим підходом, є доволі специфічною складовою моралі: вплив на наші моральні права, обов'язки й повноваження через дії уповноважених у правовий спосіб осіб. У нещодавній роботі Грінберг знову висловив свою точку зору в таких термінах: «ті правові обов'язки є дійсно обов'язками, які виникають внаслідок дій юридичних інституцій».<sup>38</sup> За таким підходом можна думати про право, даючи йому визначення не інакше як фінал певного процесу: «право» як певний набір офіційних осіб, уповноважених вчиняти дії від імені держави щодо певного набору спорів; і «право» як моральні права та обов'язки, що є результатом таких дій.

---

я згоден з тим, що прийняття інституції достатньою мірою населенням, що нею зачіпається, йде на користь легітимності (моралі) застосування примусової влади до цього населення, я не думаю, що воно є остаточним щодо обов'язків окремих осіб підпорядковуватися. (Тому я погоджуюсь з викладеними вище думками Раза і Сміта, що ми маємо відмовитися від класичного прирівнювання легітимності до управління з моральним обов'язком підкорюватися.)

<sup>32</sup> Raz, *Ethics in the Public Domain*, 325–38; David Enoch, “Reason-Giving and the Law,” in *Oxford Studies in Philosophy of Law I*, eds. Leslie Green, Brian Leiter (Oxford, 2011), 1–38.

<sup>33</sup> Frederick Schauer, “Positivism Through Thick and Thin,” in *Analyzing Law; New Essays in Legal Theory*, ed. Brian Bix (Oxford, 1998), 65–78.

<sup>34</sup> Finnis, “Reflections and Responses,” 553–6.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 555.

<sup>36</sup> Mark Greenberg, “The Moral Impact Theory of Law,” *Yale Law Journal* 123 (2014): 1288–1342. Схожий погляд запропонував Скот Гершовітц (Scot Hershovitz, “The End of Jurisprudence,” *Yale Law Journal* 124 (2015): 1160–1204.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 1290.

<sup>38</sup> Mark Greenberg, “The Moral Impact Theory, the Dependence View and Natural Law,” in *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, eds. George Duke, Robert P. George (Cambridge, 2017), 275.

Мотивацію радикальної теорії Грінберга гарно викладено в деяких його більш ранніх роботах. Як і у Рональда Дворкіна (а Грінберг постійно підкреслює близькість між його роботами і роботами Дворкіна),<sup>39</sup> мотивація Грінберга лежить у площині певних базових підходів, за якими загальна практика й загальне розуміння права відхиляються від конвенційної картини як філософів права, так і звичайних громадян, яку вони мають щодо цієї інституції. Тобто історії, які ми розповідаємо про право, у тому числі історії про право, які ми розповідаємо самим собі, іноді (доволі часто) відхиляються, і відхиляються суттєво, від того, що ми знаємо з практики.

Для Дворкіна невтїшними фактами (за його описом) були глибокі й всепроникливі розбіжності в самому праві та щодо права<sup>40</sup> й нездатність будь-яких нейтральних «родовідних» критеріїв вловити юридичну силу без врахування суджень про моральну цінність.<sup>41</sup> Як зазначає Грінберг, відповідно до Стандартної Картини право – це те, що походить від уповноважених у правовий спосіб осіб: коли вони вводять у дію закони, обнародують регулятивні акти, здійснюють правосуддя у конкретних спорах тощо. Відповідно до цієї картини, коли законодавець приймає закон, він прямо й відкрито доповнює наше право. Ми припускаємо це у звичайних для нас посиланнях на дії законодавця: наприклад, «сьогодні Конгрес прийняв важливий новий закон» тощо. Водночас, як зазначає Грінберг, у цій картині є проблеми. Юристи, теоретики права, студенти-правники – і, насправді, всі ті, хто всерйоз дивиться на процес тлумачення законів у реальних справах, – знають, що те, як законодавчі акти доповнюють наше право, не є насправді настільки прямим або очевидним, як це виглядає з точки зору стандартної картини. Це видно, зокрема, з того, як компетентні судді та юристи, діючи добросовісно, розходяться у своїх думках щодо юридичних наслідків того чи іншого закону (щодо його застосування до реального або гіпотетичного набору фактів), при цьому розбіжності часто виникають на базовому рівні (наприклад, нам слід зосередитися на буквальному прочитанні тексту закону чи використати цільовий спосіб тлумачення й звернутися до намірів законодавця).<sup>42</sup> Якщо б законодавство додавалося до права у такий прямий спосіб, то у нас би не виникали розбіжності у базових питаннях і причому так часто. Крім того, як вказує Грінберг, судді, які не погоджуються щодо тлумачення закону, рідко наводять аргументи з приводу того, чому деякі фактори є актуальними, а деякі ні, або чому окремим факторам слід надавати більшу вагу, аніж іншим (релевантним) факторам.<sup>43</sup> Кожен такий аргумент, стверджує Грінберг, швидше за все, пояснює, чому (й коли) дії уповноважених у правовий спосіб осіб впливають на наші моральні права й обов'язки.<sup>44</sup> У цьому контексті між діями законодавця, структурою

<sup>39</sup> Див., наприклад: Mark Greenberg, "The Standard Picture and its Discontents," in *Oxford Studies in Philosophy of Law 1*, eds. Leslie Green and Brian Leiter (Oxford, 2011), 55–60.

<sup>40</sup> Див., наприклад: Dworkin, *Law's Empire*: 3–15.

<sup>41</sup> Див., наприклад: Dworkin, *Taking Rights Seriously*: 14–80.

<sup>42</sup> Див. Greenberg, "The Moral Impact Theory of Law," 1291–3.

<sup>43</sup> *Ibid*, 1325–8.

<sup>44</sup> *Ibid*, 1328–31.

морального аналізу й остаточним рішенням судді можна побачити натяк на альтернативну картину, яку пропонує Грінберг, й можливе виправдання для неї.

Радикальна альтернатива «Стандартній картині», яку пропонує Грінберг, – це «Теорія морального впливу права». Що вважати правом відповідно до цього підходу? Теорія морального впливу описує спосіб, в який уповноважені правом особи (законодавець шляхом прийняття законів, судді при вирішенні справ і т.д.) впливають на наявні у нас моральні права, обов'язки тощо, і цей вплив і є (нашим) «правом». Законодавець може приймати закони, а судді можуть вирішувати спори, але за такого підходу ми маємо «право» тільки після того, як розраховуємо моральний вплив дій таких офіційних осіб на наші моральні права та обов'язки (а також повноваження й імунітети) – що Грінберг називає нашим «моральним профілем».<sup>45</sup> Зосередивши увагу на кінцевих моральних наслідках дій офіційних осіб, глибокі й тривалі розбіжності щодо правових наслідків законодавчих актів, судових рішень і конституційних положень піддаються, як видається, кращому поясненню (і, напевно, є менш проблемними).

Як порогове значення, як зазначив Ларрі Александер, і теорія Грінберга, і більш рання теорія Дворкіна мають серйозну проблему замкнутого кола.<sup>46</sup> Для Дворкіна періоду інтерпретативності право є конструктивною інтерпретацією «предінтерпретативних» даних. Для Грінберга право полягає у впливі на наші моральні профілі шляхом дій офіційних осіб. Однак, якщо «право» є продуктом цих процесів, як воно також може слугувати критерієм визначення того, які саме дії, тексти і т.д. є *вихідними* даними, для яких право у наступному буде *вихідним результатом*. Таким чином, як для Дворкіна, так і для Грінберга, очікування від права полягають у тому, що воно має визначити й обмежувати вхідні дані для процесу – процесу, який у кінцевому підсумку має призвести до утворення того, що ми маємо назвати «правом», але це є неможливим, якщо ми до самого завершення процесу не знаємо, що власне вважати «правом».

Також при оцінці роботи Грінберга важливо відрізнити те, що є новим і суперечливим, від того, що новим не є, а отже, вірогідно, буде менш суперечливим.<sup>47</sup> Однією з тем, яка є важливою для аналізу Грінберга, але яка є *явно не новою*, виступає аргумент, відповідно до якого дії офіційних осіб можуть змінювати наші моральні профілі. Це було визнано теоретиками з абсолютно різних точок зору й майже так само давно, скільки вчені розмірковують про природу урядування й моралі. Наприклад, у роздумах Томи Аквінського про Бога, суспільство, мораль і право «Сумма теології» (XIII ст.) стверджував, що людські закони, які відповідають природному закону (тобто, грубо кажучи, моралі й божественному одкровенню), проголошені офіційними особами, які діють у межах їх повноважень, й не нав'язують тягар несправедливим чином, «зв'язані сові-

<sup>45</sup> Див. Greenberg, "The Moral Impact Theory of Law," 1308.

<sup>46</sup> Див. Lawrence A. Alexander, "Was Dworkin an Originalist?" in *The Legacy of Ronald Dworkin*, eds. Wil Waluchow and Stefan Sciaraffa (Oxford, 2016), 313.

<sup>47</sup> Я хочу пояснити, що я в жодному разі не обвинувачую Грінберга у тому, що він (свідомо чи несвідомо) вводить читачів в оману щодо новизни своєї роботи в цілому та окремих її положень.

стю», створюють моральні обов'язки для громадян підкорюватися їм.<sup>48</sup> Джозеф Раз, сучасний правовий позитивіст, який має сумніви щодо того, чи існує хоч якийсь загальний моральний обов'язок підкорюватися праву, вказує, тим не менше, на те, що існують обставини, коли у людей будуть моральні обов'язки підкорюватися певним правовим нормам, якщо ці правила допомагають вирішити проблеми координації або якщо залучені законодавці мали доступ до більшого досвіду, аніж громадяни; на додаток Раз підкреслює, що в когось може бути моральний обов'язок підкорюватися закону, якщо така особа пообіцяла це (наприклад, суддя чи інший офіційний представник держави може давати таку обіцянку як частину своєї присяги).<sup>49</sup> Ларрі Александер (серед інших) розмірковував про те, як правові норми часто встановлюють більш чіткі моральні обов'язки, які в нас уже є: наш моральний обов'язок підтримувати державу й нужденних громадян переводиться в юридичний обов'язок сплачувати певний відсоток від свого доходу як податок; наш моральний обов'язок безпечного керування автомобілем переводиться у певну встановлену законом швидкісну межу руху тощо.<sup>50</sup> На продовження аналізу, наданого Разом і Александером, нещодавно Девід Енох навів аргументи на користь того, що за певних обставин правові норми у поєднанні з відповідними фактами можуть «запускати» наші вже існуючі моральні обов'язки.<sup>51</sup>

Грінберг охоплює схожі питання, але в більш концентрованій й переконливій формі, й в іншій ситуації.<sup>52</sup> Замість того, щоб навести короткий виклад того, як правові норми змінюють наш моральний профіль або навести підстави, за яких у нас є моральний обов'язок підкорюватися закону,<sup>53</sup> Грінберг використовує відповідну категорію щодо ситуації, коли дії офіційних осіб *створюють* «право». Він пише: «зміст прав – це та частина морального профілю, яка набуває сили завдяки певним діям юридичних інститутів».<sup>54</sup> Як уже було зазначено, за такого підходу закони, акти адміністративного регулювання, конституційні положення не отримують безпосередню й автоматичну кваліфікацію як «право»; їх зміст є «легальним змістом» тільки тією мірою, в якій він змінює наш моральний профіль.

Як добре розуміє Грінберг, цей спосіб мислення і спосіб використання маркування «право» різко відрізняються не тільки від поглядів теоретиків права, які приймають

<sup>48</sup> Thomas Aquinas, *Summa Theologica* I–II, q. 96, art. 4, corpus, викладена у: St. Thomas Aquinas, *The Treatise on Law*, ed. R. J. Henle, S. J. (Notre Dame, 1993), 324–9.

<sup>49</sup> Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (Oxford, 1994), 330–4; Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (1986): 97–105.

<sup>50</sup> Larry Alexander, “The Legal Enforcement of Morality”, in *A Companion to Applied Ethics*, eds. R. G. Frey and Christopher Heath Wellman (Wiley-Blackwell, 2003), 128.

<sup>51</sup> David Enoch, “Reason-Giving and the Law,” in *Oxford Studies in Philosophy of Law 1*, eds. Leslie Green and Brian Leiter (Oxford, 2011).

<sup>52</sup> Greenberg, “The Moral Impact Theory of Law,” 1310–7.

<sup>53</sup> Див.: М. В. Е. Smith, “Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?” *Yale Law Journal* 82 (1973): 950 (впливовий аналіз питання про те, чи є в нас загальний моральний обов'язок підкорюватися закону).

<sup>54</sup> Greenberg, “The Moral Impact Theory of Law,” 1341.

«Стандартну Картину», але й від того, як про право говорять юристи-практики (адвокати, прокурори, судді тощо) і громадяни, які не є практикуючими юристами. Це відхилення від загальноприйнятих способів вести мову про право відразу ж приводить до питання: чи стверджує Грінберг, що ми всі помилилися щодо природи права, і він виправляє істотну й колективну помилку (яка є одночасно й широко поширеною і відтворюваною вже багато століть)? Чи його твердження в іншому: якщо б ми подивилися на нашу практику більш ретельно й рефлексивно, ми б побачили, що теорія морального впливу більш точно відображає те, що ми дійсно мали на увазі весь цей час, коли говорили про «право»? Я не певен, що Грінберг взагалі займає якусь позицію з цього приводу, але я думаю, що його теорія морального впливу вимагає, щоб він захищав або першу, або другу. Безумовно, інші теоретики встановили зв'язок між моральним впливом і тим, що вважається «правом». Існує точка зору, найбільш визнана у межах традиції природного права, відповідно якої правило, проголошене офіційними особами, може не отримати статус правової норми, якщо воно є надто несправедливим або аморальним.<sup>55</sup> Водночас ідея про те, що юридичні обов'язки іноді розходяться з моральними обов'язками, є загальним місцем як з теоретичної точки зору, так і з загальновизнаного підходу. «Закон вимагає від вас зробити щось, але з точки зору моралі ви повинні (або можете) не підкоритися» – це не суперечить самому собі й не є позбавленим сенсу; в цьому немає жодного парадоксу на кшталт того, що «це правда, але я не вірю в це».

Можливі побоювання, що підхід Грінберга, який перетворює право на підкатегорію моралі, буде призводити до окремих таких самих небезпек, які Г. Л. А. Гарт вбачає в деяких (найбільш наївних) теоріях природного права. Гарт був занепокоєний тим, що ті підходи в межах природно-правової концепції права, які стверджують, що несправедливий закон взагалі не є законом, сприяють плутанині між тим, що офіційні особи фактично зробили, і тим, що було морально легітимним (тобто у звичайних умовах йдеться про плутанину між «юридично дійсним» і «морально хорошим»)<sup>56</sup>. Підхід Грінберга пропонує співставне рівняння «юридичного змісту» з «моральним обов'язком» [чи правом або владним повноваженням]».

На мою думку, основний принцип Гарта, як і раніше, слід застосовувати: він сприяє більшій ясності при розмежуванні права і моралі, відмежувати те, що зроблено офіційними особами, від того, що становить наш моральний обов'язок. Звичайно, критик такого підходу може відповісти: немає сенсу вести мову про два окремі обов'язки, якщо насправді вони не є відокремленими один від одного: наприклад, якщо конституційне положення містить моральний тест (наприклад, щодо рівності, належного судового

<sup>55</sup> Цей погляд відображений у «Формулі Радбруха». Див.: Radbruch, "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law". Лишається дискусійним, чи виражено схожий погляд у фразі, яка асоціюється з теорією природного права, «*lex iniusta non est lex*» («несправедливий закон не є законом»). Див., зокрема: Norman Kretzmann, "Lex Iniusta Non Est Lex: Laws on Trial in Aquinas' Court of Conscience," *American Journal of Jurisprudence* 33 (1988): 99.

<sup>56</sup> Herbert L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals," *Harvard Law Review* 71 (1958): 594–8.

розгляду, захисту свободи тощо), тоді дії офіційних осіб, які порушують *такий* моральний тест, насправді не є юридично дійсними, навіть у загальноприйнятому розумінні «права» і «моралі». Однак теорія «морального впливу» Грінберга виходить далеко за межі вказівки на моральний зміст деяких конституційних тестів на юридичну дійсність; він пропонує в цілому переглянути те, що ми називаємо «правом», пропонує зміну, яку робота Грінберга не повністю виправдовує.

Можна відзначити паралелі між підходом Грінберга (й тим, на що натякали останні роботи Дворкіна<sup>57</sup>). Для Еноха й інших правові норми час від часу – але не в якості універсального правила – створюють моральні обов'язки, але навіть ті правові норми, які не створюють моральних обов'язків, все ще є правовими нормами (і тут також простежується збіг з теорією природного права Джона Фінніса). Один із способів зрозуміти Грінберга, а, можливо, Дворкіна в його останніх роботах, але точно *не* Фінніса, полягає в тому, що право існує тільки тією мірою, в якій дії офіційних осіб *призводять* до створення нових моральних обов'язків. І я не переконаний, що це є корисний спосіб поглянути на наше соціальне, моральне й правове життя.

Перш ніж йти далі, я хочу відзначити одне важливе ускладнення підходу, яке можна знайти у Грінберга і в останніх працях Дворкіна. Як вказує низка теоретиків, те, як дії офіційних осіб впливають на «моральний профіль», відрізняється від людини до людини. При цьому я не маю на увазі очевидні відмінності між людьми: наприклад, як моральні обов'язки А можуть відрізнитися від обов'язків В, оскільки А уклав контракти, відмінні від контрактів В, або як обов'язки Х можуть відрізнитися від обов'язків У, оскільки Х є лікарем (і має певні моральні обов'язки конкретного лікаря, що покладені на нього законодавчими й адміністративними діями з боку офіційних осіб), у той час як У є юристом (і має певні моральні обов'язки як конкретний юрист, засновані на тих чи інших діях тих самих офіційних осіб). Подібні відмінності не будуть становити проблему для теорії Грінберга. Навпаки, я маю на увазі аргумент про те, що дії офіційних осіб іноді впливають на наш «моральний профіль», тому що офіційні особи мають досвід (або доступ до знань, як наприклад, коли їх консультують учені з тих чи інших медичних або екологічних питань). Чи має особа слідувати рішенню офіційних осіб (викладеному в законах чи в адміністративних актах), тобто чи має вона моральні підстави діяти відповідно до приписів офіційних осіб, частково буде залежати від того, який досвід мають такі офіційні особи або чи мали вони доступ до знань, до яких така особа доступу не має. Так, певне екологічне регулювання може змінити *мій* моральний профіль, оскільки досвід офіційних осіб є набагато більшим, ніж мій власний, однак це може не мати такого ж впливу на моральний профіль мого двоюрідного брата, який пройшов поглиблене навчання саме в цій галузі науки про навколишнє середовище.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> Див.: Waldron, "Jurisprudence for Hedgehogs."

<sup>58</sup> Для уточнення аргументу, представлено у цьому параграфі, див.: Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford, 1986), 70–80.

Існує інший приклад різних моральних обов'язків, які стосуються права: від Аквінського<sup>59</sup> до Роулса,<sup>60</sup> Фінніса<sup>61</sup> і Раза теоретики стверджують (або допускають), що може існувати моральний обов'язок діяти зовнішньо відповідно до закону, навіть (помірно) несправедливого, якщо непідкорення підірвало би в цілому справедливую правову систему. Однак ступінь того, якою мірою публічне непідкорення підірвало би правову систему, очевидно, вплине на статус і репутацію особи, яка його вчиняє: непідкорення високопосадовця, швидше за все, буде мати наслідки, у той час як така ж поведінка звичайного громадянина – ні. У цьому сенсі моральний профіль публічної особи було змінено дією правових інститутів, на відміну від морального профілю пересічного громадянина.

Невже Грінберг (або Дворкін) дійсно хочуть сказати, що «право» у цьому випадку є різним для кожної людини? У цілому, аналіз моральних обов'язків, створюваних дією правових інститутів, потенційно є дуже складним з причин, викладених Грінбергом повною мірою, але у подальшому, як видається, не врахованих: щодо дії конкретного закону, можливо, доведеться взяти до уваги важливість відстрочення прийняття демократичних рішень (ймовірно, не враховується ступінь, якою нинішня система спотворювала й спотворює волю народу), ступінь, якою держава діє як ефективний інструмент координації для вирішення проблем або доступу до більш широких знань, аніж конкретна особа, ступінь, якою судові рішення можуть змінювати значення закону всупереч намірам законодавця, але з урахуванням належної поваги до суддів тощо. Труднощі й парадокси, продемонстровані Грінбергом (та іншими<sup>62</sup>) в юридичній практиці і в межах традиційних правових теорій, реальні й потребують відповіді. Однак, я думаю, що запропонована Грінбергом відповідь, радикальна зміна того, що ми говоримо й що ми думаємо про право, й зміна аргументів в юридичній практиці на такі ж запутані й ще більш суперечливі, – це не той рецепт, якому ми маємо слідувати.

## Висновки

Права людини відображають наше моральне становище як людських істот, вимоги, які ми маємо до урядів і до інших людей. Суспільства, які поважають права людини, з більшою вірогідністю будуть процвітати й жити в мирі.

Ступінь визнання прав людини на папері – шляхом законодавчих кроків, конституційних положень, зобов'язань за міжнародними договорами і конвенціями – значно варіюється від місця до місця. І, звичайно, визнання права на папері, як ми добре знаємо, не гарантує того, що воно буде повністю визнано на практиці. Крім того, як відзначив Дворкін, питання про те, чи дійсно офіційні представники уряду «сприймають

<sup>59</sup> *Summa Theologica*, I–II, qu. 96, art. 4, corpus.

<sup>60</sup> Див.: John Rawls, *A Theory of Justice* (rev. ed., Harvard, 1999), 99 (обов'язок підтримувати тільки інституції).

<sup>61</sup> John Finnis, *Natural Law & Natural Rights* (2<sup>nd</sup> ed., Oxford, 2011), 361–2.

<sup>62</sup> Рональд Дворкін з очевидністю спадає на думку. Див., зокрема: Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Harvard, 1986).

права [щодо протидії уряду] серйозно», може бути окремим питанням, вище й поза легалістським захистом деяких обмежених прав.

Усе це має вирішальне значення для реформаторів права і для людей у цілому. Для теоретиків права, яких у деяких спільнотах називають «вченими-правознавцями», також постають питання, можливо, не так часто, щодо статусу прав людини у правових системах і, у більш загальному плані, про статус правових систем в нашому нормативному житті.

Ми бачили питання, які ставляться з усіх сторін, – американськими і скандинавськими правовими реалістами, теоретиками природного права, Гансом Кельзенем й іншими правовими позитивістами, Марком Грінбергом, Рональдом Дворкіним та іншими – щодо первісної природи і реальності права та того, як слід розуміти зміст юридичних положень.

І, звичайно, як і раніше, ведуться жваві дебати про те, чи дійсно правові правила й правові системи створюють обов'язки для громадян, коли і як. Я не пропоную сьогодні остаточної відповіді на ці питання, лише ще один голос, ще одну точку зору.

З усіма суперечностями й невизначеністю на найбільш базових рівнях можна задатися питанням, як право в принципі функціонує. Юристи в будь-якому куточку світу можуть бути спантеличені, коли їх просять дати чітку відповідь, що таке юридичне зобов'язання або що воно тягне за собою; тим не менше, тим самим правникам вдається представляти клієнтів, вести справи в суді і складати юридичні документи таким чином, щоб у цілому і приблизно підтримувати функціонування правового світу.

© Б. Бікс, 2019

## Bibliography

- Alexander, Larry. "The Legal Enforcement of Morality." In *A Companion to Applied Ethics*, edited by R. G. Frey and Christopher Heath Wellman. Wiley-Blackwell, 2003.
- Alexander, Lawrence A. "Was Dworkin an Originalist?" In *The Legacy of Ronald Dworkin*, edited by Wil Waluchow and Stefan Sciaraffa. Oxford, 2016.
- Aquinas, Thomas. *The Treatise on Law*, edited by R. J. Henle, S. J. Notre Dame, 1993.
- Bix, Brian H. *Jurisprudence: Theory and Context*, 7<sup>th</sup> ed. Sweet & Maxwell, 2015.
- Calvocoressi, Peter. *Nuremberg: The Facts, the Law and the Consequences*. London: Chatto & Windus, 1947.
- D'Souza, Frances. "Democracy as a Cure for Famine." *Journal of Peace Research* 31, no. 4 (1994): 369–73.
- Dworkin, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Harvard, 2011.
- Dworkin, Ronald. *Justice in Robes*. Harvard, 2006.
- Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Harvard, 1986.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard, 1978.
- Edmundson, William A. "State of the Art: The Duty to Obey the Law." *Legal Theory* 10 (2004): 215–59.
- Ehrenberg, Kenneth. "Law's Artifactual Nature: How Legal Institutions Generate Normativity." In *Reasons and Intentions in Law and Practical Agency*, edited by George Pavlakos and Veronica Rodriguez-Blanco, 247–66. Cambridge, 2015.



- Enoch, David. "Reason-Giving and the Law." In *Oxford Studies in Philosophy of Law 1*, edited by Leslie Green and Brian Leiter. Oxford, 2011.
- Finnis, John. "Natural Law Theories." In *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, edited by Edward N. Zalta, § 3.1, 2015. <http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/>.
- Finnis, John. "On Hart's Way Out." In *Philosophy of Law: Collected Essays IV*, 248–56. Oxford, 2011.
- Finnis, John. "Reflections and Responses." In *Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis*, edited by John Keown and Robert P. George, 553–6. Oxford, 2013.
- Finnis, John. *Natural Law & Natural Rights*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, 2011.
- Finnis, John. *Reflections and Responses*. Oxford, 2014.
- Glendon, Mary Ann. *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*. Free Press, 1991.
- Greenberg, Mark. "The Moral Impact Theory of Law." *Yale Law Journal* 123 (2014): 1288–1342.
- Greenberg, Mark. "The Moral Impact Theory, the Dependence View and Natural Law." In *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, edited by George Duke and Robert P. George. Cambridge, 2017.
- Greenberg, Mark. "The Standard Picture and its Discontents." In *Oxford Studies in Philosophy of Law 1*, edited by Leslie Green and Brian Leiter, 55–60. Oxford, 2011.
- Hart, H. L. A. "Positivism and the Separation of Law and Morals." *Harvard Law Review* 71 (1958): 594–8.
- Hart, H. L. A. *Essays on Bentham*. Oxford, 1982.
- Hershovitz, Scot. "The End of Jurisprudence." *Yale Law Journal* 124 (2015): 1160–1204.
- Higgins, Ruth C. A. *The Moral Limits of Law: Obedience, Respect, and Legitimacy*. Oxford, 2004.
- Holmes Jr., Oliver W. "The Path of the Law." *Harvard Law Review* 10 (1897): 457–78.
- Hopgood, Stephen. *The Endtimes of Human Rights*. Cornell, 2013.
- Hume, David. *A Treatise of Human Nature*. Oxford: Clarendon Press, 1978.
- Kant, Immanuel. *Perpetual Peace: A Philosophical Essay*, 1795. <https://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/kant/kant1.htm>.
- Kelsen, Hans. *What is Justice?* University of California, 1957.
- Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Translated by Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. Oxford, 1992.
- Kelsen, Hans. *The Pure Theory of Law*. Translated by Max Knight. University of California, 1967.
- Kretzmann, Norman. "Lex Iniusta Non Est Lex: Laws on Trial in Aquinas' Court of Conscience." *American Journal of Jurisprudence* 33 (1988).
- Llewellyn, Karl. "A Realistic Jurisprudence – The Next Step." *Columbia Law Review* 30 (1930): 431–65.
- Michelman, Frank I. "Human Rights and the Limits of Constitutional Theory." *Ratio Juris* 13 (2000): 63–76.
- Minz, Alex, and Nehemia Geva. "Why Don't Democracies Fight Each Other?: An Experimental Study." *The Journal of Conflict Resolution* 37 (1993): 484–503.
- Murphy, Mark C. *An Essay on Divine Authority*. Cornell, 2002.
- Nickel, James. "Human Rights." In *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, edited by Edward N. Zalta, 2014. <https://plato.stanford.edu/entries/rights-human/>.
- Plunkett, David, and Scott Shapiro. "Law, Morality, and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Metanormative Inquiry." *Ethics* (має вийти друком).
- Radbruch, Gustav. "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law." Translated by Bonnie Litschewski and Stanley L. Paulson. *Oxford Journal of Legal Studies* 26 (2006): 1–11.

- Rawls, John. *A Theory of Justice*. Harvard, 1999.
- Raz, Joseph. *Ethics in the Public Domain*. Oxford, 1994.
- Raz, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford, 1986.
- Risse, Mathias. "Approaching Human Rights Law Philosophically: Reflections on Allen Buchanan, The Heart of Human Rights." *Law and Philosophy* 36 (2017): 169–90.
- Schauer, Frederick. "Positivism Through Thick and Thin." In *Analyzing Law; New Essays in Legal Theory*, edited by Brian Bix, 65–78. Oxford, 1998.
- Sen, Amartya. *Development as Freedom*. Anchor, 1999.
- Smith, M. B. E. "Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?" *Yale Law Journal* 82 (1973).
- Waldron, Jeremy. "Jurisprudence for Hedgehogs." 2013. [https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Intellectual\\_Life/LTW-Waldron.pdf](https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Intellectual_Life/LTW-Waldron.pdf).
- Конституція СРСР (уред. 1936р.). <http://www.departments.bucknell.edu/russian/const/1936toc.html>.

### **Браян Бікс. Права людини, мир і взаємозв'язок між моральними та юридичними правами**

**Анотація.** Центральним питанням, над яким роздумує автор статті, є питання про те, чи залежить право у своїй нормативній силі від моралі. У пошуку відповіді автор звертається до аналізу підходів, які у своїх роботах запропонували відомі теоретики і філософи права, які представляють різні течії праворозуміння. Серед них: Дж. Волдрон, Г. Гарт, М. Грінберг, Г. Кельзен, Г. Радбрух, Дж. Раз, Дж. Ролз, А. Сен, Дж. Фінніс та ін.

Автор доходить висновку, що право покликане забороняти, вимагати і уповноважувати, навіть якщо його норми не дотримуються, дотримуються вибірково або не реалізуються в інший спосіб. *Правові* підстави, або *юридичні* обов'язки, там, де вони існують і застосовуються, застосовуються рівною мірою до усіх норм і правил, що діють у розглядуваній правовій системі, незалежно від того, наскільки сильно чи слабо вони реалізуються.

Правова нормативність у цілому та юридичні судження зокрема не зводяться до суджень будь-якого іншого типу й не є еквівалентними їм, правові судження, за своєю природою, *прагнуть бути* судженнями іншого типу.

Контраст полягає в тому, що судження про те, чого вимагає закон, є лише передбаченням того, що будуть робити суди, або такі судження претендують на те, щоб вказати, чого вимагає мораль, або ж фактично утверджують певний вид моральної правди. Яку б підставу не наводив закон, для особи, яка визнає цей закон, така підстава буде мати статус *правової* – підстави, яка походить від права. Так само, як хтось може мати підстави, які походять з етикету, моди, гри у шахи або певного виду приготування їжі. Існують підстави, характерні для певної практики або нормативної системи.

**Ключові слова:** право; мораль; нормативність; правова нормативність; юридичне судження; правова підстава; юридичний обов'язок.

### **Браян Бикс. Права человека, мир и взаимосвязь между моральными и юридическими правами**

**Аннотация.** Центральным вопросом, над которым размышляет автор статьи, является вопрос о том, зависит ли право в своей нормативной силе от морали. В поиске ответа автор обращается к анализу подходов, которые в своих работах предложили известные

теоретики і філософи права, представляючі різні течії правопонимання. Серед них: Дж. Волдрон, Г. Харт, М. Грінберг, Г. Кельзен, Г. Радбрух, Дж. Раз, Дж. Ролз, А. Сен, Дж. Фінніс і др.

Автор приходять до висновку, що право призначено забороняти, вимагати і уповноважувати, навіть якщо його норми не дотримуються, дотримуються вибірково або не реалізуються іншим способом. Правові основи, або юридичні зобов'язання, там, де вони існують і застосовуються, застосовуються в рівній ступені до всіх норм і правил, діючих в розглядаваній правовій системі, незалежно від того, наскільки сильно або слабо вони реалізуються.

Правова нормативність в цілому і юридичні висновки в частині не зводяться до висновкам моральним або висновкам будь-якого іншого типу і не є еквівалентними їм. Правові висновки по своїй природі прагнуть бути висновками іншого типу.

Контраст заключається в тому, що висновки про те, чого вимагає закон, є тільки передсказанням того, що будуть робити суди, або такі висновки претендують на те, щоб вказати, чого вимагає мораль, або ж фактично утверджують певний вид моральної правди. Яке б обґрунтування не надавав закон, для особи, визнаючої такий закон, це обґрунтування буде мати статус правового – обґрунтування, яке походить від права. Також, як хто-то може мати обґрунтування, що походять від етикету, моди, гри в шахи або певного виду приготування їжі. Існують обґрунтування, характерні для певної практики або нормативної системи.

**Ключові слова:** право; мораль; нормативність; правова нормативність; юридичне висновок; правове обґрунтування; юридична зобов'язаність.

### **Brian H. Bix. Human Rights, Peace, and the Relationship of Moral and Legal Rights**

**Abstract.** The central issue that the author ponders is the question of whether law in its normative power depends on morality. In searching for an answer, the author turns to an analysis of the approaches proposed by famous theorists and philosophers of law in their works, representing various currents of law understanding. Among them: J. Waldron, H. L. A. Hart, M. Greenberg, H. Kelsen, G. Radbruch, J. Raz, J. Rawls, A. Sen, J. Finnis and others.

The author concludes that law purports to prohibit, require, and authorize even when its norms are unenforced, selectively enforced, or in some other way under-enforced. *Legal* reasons, or *legal* obligations, where they exist and apply, apply equally to all norms and rules valid in the legal system in question, regardless of how strenuously or laxly they are enforced.

Legal normativity in general, and legal propositions in particular, do not, by their nature, reduce to or equate to propositions of another type, nor do legal propositions, by their nature, *purport to be* propositions of another type.

The contrast is with views that propositions of what the law requires is just a prediction of what courts will do, or purports to be a claim of what morality requires, or is in fact a statement of a certain kind of moral truth. For the person who accepts the law, the sort of reason the law gives is a *legal* reason – a reason that derives from law, just as one might have reasons that derive from etiquette, fashion, the game of chess, or a certain kind of cooking. There are reasons internal to a particular practice or normative system.

**Keywords:** law; morality; normativity; legal normativity; legal proposition; legal reason; legal obligation.

Одержано / Received 15.08.2019

БІЖЕНЦІ ТА НАШІ ОБОВ'ЯЗКИ<sup>1</sup>

## I. Венеціанські уроки

Образ човна, повного чоловіків, жінок та дітей, які походять з інших місць, мають інший колір шкіри та іншу віру, і які ось-ось потонуть у хвилях, але в останній момент їх рятують люди, що виявляться свідомими та сміливими, – це архетипний образ; він був винайдений задовго до 2015 року. У 1562 році (-66) Тінторетто, великий венеціанський художник Пізнього Відродження, намалював картину за мотивами однієї з легенд, що описує життя святого Марка. На ній зображено євангеліста, який рятує «Сарацина» від неминучої смерті у корабельній аварії у бурхливому Середземномор'ї. Звичайно, цей твір, як й інші з тієї ж серії про святого Марка, є відображенням релігійного оповідання, спрямованого, мабуть, на пропаганду й утвердження певної позиції щодо християнства, католицької церкви, можливо, «контрреформації» та Венеції XVI століття.<sup>2</sup> Однак ми не можемо не помітити важливості того факту, що геніальний художник *Republica Serenissima* – Найяснішої Республіки Венеція – звертається до такої події, тобто втручання «святого покровителя» міста задля порятунку життя людини іншої релігії та віднайдення йому прихистку у великій людській спільноті (за умови, звичайно, що він стане християнином, як це вимагалось і від Шейлока у п'єсі Шекспіра «Венеціанський купець»)<sup>3</sup> на славу християнства, католицизму і, зрештою, самої Венеції.

\* Константинос Папагеоргіу, Афіський національний університет імені Каподістрії, Школа Права, Греція.

Konstantinos Papageorgiou, National and Kapodistrian University of Athens, School of Law, Greece.  
e-mail: krapag@law.uoa.gr

<sup>1</sup> Я отримав багато корисних коментарів щодо більш ранніх версій цього документа від колег, студентів та друзів, за які щиро та безмежно вдячний. Я не можу згадати їх усіх тут. Я хочу подякувати, зокрема, Дімітрісу Крістопулосу, Костасу Фармакідісу, Крістел Фріке, Вассо Кінді, Костасу Кукузелісу, Григорісу Молівасу, Джеральду Постемі та Василісу Вуцакісу. Я також хочу подякувати редакторам за їхні коментарі та редакційну підтримку. – *Прим. автора.*

Konstantinos Papageorgiou. The Refugees and our Duties. 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 Катерини Буряковської. – *Прим. редакції.*

<sup>2</sup> Про символічне значення святого Марка у становленні Венеції як республіки див. найвідомішу книгу Гері Уілза: Gary Wills, *Venice: Lion City, The Religion of Empire* (New York, London, Toronto, Sydney, Singapore: Simon & Schuster, 2001), especially chapters 1–5 & 19–20.

<sup>3</sup> Щодо венеціанського гетто та неоднозначності Шейлока див.: Michael Frank, “Finding ourselves in the Venetian Ghetto,” *Boston Review*, March 14, 2017, <http://bostonreview.net/literature-culture/michael-frank-finding-ourselves-venetian-ghetto>.

Проте цей образ не спрацював би як успішний політичний меседж, якби допомога, надана людині іншої раси та релігії, незнайомцю, та його порятунок, не розглядалися б як морально значущі діяння. Отже, ми можемо з упевненістю вважати, що обов'язок допомагати визнавався основним моральним обов'язком, інакше апелювання до нього не мало б жодного сенсу навіть з точки зору політичної риторики та пропаганди.

Однак порятунок та залучення у християнську спільноту людини іншої раси та релігії – це не просто пропаганда, і не лише витончена демонстрація влади – «м'якої влади», як ми би назвали її зараз. Навіть незважаючи на те, що Венеція, мабуть, була першою державою (разом із Римом), де було започатковано ідею та запроваджено практику гетто, тобто створення ізольованих груп іноземців в окремих районах (німців, євреїв, турків, греків, а також *гетер* або куртизанок),<sup>4</sup> не слід випускати з уваги більш глибокий взаємозв'язок між визнанням морального послання для всіх (тобто обов'язку допомагати) та політичним значенням визнання такого послання, що знайшло відображення у методах самопросування, які Венеція, як сильна держава, використовувала. Інакше кажучи, цей посил має більш глибокий вимір, пов'язаний із тим, що ми могли б охарактеризувати як «внутрішні» цінності спільноти, культивування суспільної чесноти через етос милосердя та зміцнення почуття солідарності серед її постійних громадян. Захист та піклування про іноземця, що потребує допомоги, не лише сприймається як вчинок на виконання передусім *морального* обов'язку перед ближньою людиною або – безсумнівно, корисний для міста – спосіб політичної самореклами. Це також і певний спосіб морального й політичного вдосконалення самої демократії та її інститутів. Тут можна сказати, що місто, яке виховує інтерес до долі та свободи інших людей, що не є його громадянами, і шукає способів бути більш справедливим до них, є кращим містом не лише стосовно тих інших, але й щодо себе. Я вважаю, що наведена картина певним чином навіює це.

## II. Політичний контекст захисту

Останніми роками проблема захисту біженців загострюється через драматичні події в Сирії<sup>5</sup> та Іраку, вплив так званої «арабської весни» у багатьох країнах Близького Сходу та Північної Африки, нескінченну війну в Афганістані та жорстокі, багатогранні конфлікти в Африці (особливо в Камеруні, Демократичній Республіці Конго, в Чаді та Центральноафриканській Республіці). Ці події спричинили масове переміщення людей і ознаменували крах суспільно-політичного ладу, здатного поважати та захищати цивілізоване життя й основоположні права. Це основна причина, яка змушує мільйони людей мігрувати. Але це вимушене переміщення не просто висуває на перший

<sup>4</sup> Про юридично і політично неоднозначний характер венеціанського гетто див. блискучий нарис Річарда Сенетта: Richar Sennett, *The Foreigner, Two Essays on Exile* (Notting Hill Editions, 2011).

<sup>5</sup> Зокрема, про випробування сирійських біженців дивіться в арештантській оповіді Вольфгана Бауера: Wolfgang Bauer, *Crossing the Sea with Syrians on the Exodus to Europe* (Los Angeles: & Other Stories, 2016).

план величезне гуманітарне та моральне питання; ідеться також про серйозні політичні наслідки. Багато людей з приймаючих країн розцінюють цих іноземців як економічну, політичну та культурну загрозу, незалежно від того, є вони вимушеними переселенцями чи ні (найчастіше вони без розбору іменуються «економічними мігрантами»). Ці почуття обурення розпалюються популістами у такому контексті, що ніби присутність іноземців, які шукають захисту, може пояснювати всі негаразди, які трапляються у сучасному суспільстві.<sup>6</sup> У той час приймаючі країни закликаються до проведення справедливої та ефективно політики щодо проблеми, яка дестабілізує їх політично, здійснення важкого вибору загрожує ще більшою дестабілізацією. У такому разі можна припустити, що слід брати до уваги політичну нестабільність, спричинену проблемою біженців та міграції в європейських країнах (але також і за межами Європи), і необхідно є розробка нормативного підходу, спрямованого на формулювання політик та їх обґрунтувань, які можуть ефективно протидіяти прояву екстремістських поглядів у європейських демократіях.<sup>7</sup> Це не означає, що тяжке становище тих, хто змушений емігрувати з інших причин, скажімо, через бідність, гідне меншої уваги; це лише означає, що концептуально необхідним, нормативно обґрунтованим та, ймовірно, більш політично ефективним є диференційований підхід до вирішення цих питань. Як нещодавно зауважив Девід Оуен, бажано «перейти від питання, де ми маємо достатньо причин бути більш впевненими у своїх судженнях, до того питання, де ми не впевнені».<sup>8</sup>

### III. Моральна співдружність *vis-à-vis* колективний егоїзм

Почнемо з простої і переконливої гіпотези. Як розумні істоти, що володіють емоційним інтелектом і здатні жити та організовувати своє життя осмислено разом з іншими людьми, ми всі є носіями внутрішньої цінності, і, незважаючи на численні від-

<sup>6</sup> Про значення та цінність емоцій у суспільному житті див. роботу Марти Нуссбаум: Martha Nussbaum, *Political Emotions, Why Love Matters for Justice* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013). Нуссбаум пише: «Суспільні емоції є джерелом стабільності доброго політичного управління та спонукають зробити його ефективним. Таким чином, зосередженість політики на тому, щоб люди відчували певні емоції в певних контекстах з приводу певних предметів осмислення (сама нація, її цілі, конкретні завдання чи проблеми, народ), є природним явищем. Але емоції самі потребують стабілізації. Навіть найбільш позитивні і корисні емоції, такі як симпатія, можуть бути досить мінливими, розширюючись або звужуючись, залежно від того, чи фокус уваги розширюється або звужується» (с. 135). У питанні біженців європейські суспільства пережили весь спектр емоцій щодо них, – від співчуття до відрази. Ця мінливість настроїв служить приводом до використання їх крайніми популістами.

<sup>7</sup> Крім того, більш глибокі причини негативних настроїв щодо біженців не обов'язково пов'язані з расизмом чи ксенофобією. Прояв справедливого ставлення та вияв солідарності з іноземцями може розцінюватись як несправедливість щодо культурно-маргіналізованих та інших уразливих груп населення, особливо в поєднанні з враженням про те, що ці групи беруть на себе більшість витрат, пов'язаних з присутністю незнайомих (менша зарплата, менше робочих місць, посилена конкуренція тощо) у своїй країні. Про переконливе спростування основи таких страхів ідеться у роботі Джилліан Брок: Gillian Brock, *Global Justice* (Oxford/New York: OUP, 2009), 196.

<sup>8</sup> David Owen, "Human Rights, Refugees and Freedom of Movement," *Journal for Human Rights/Zeitschrift für Menschenrechte* Vol. 8 Issue 2 (2014): 50–65.

мінності, ми рівні у тому, що належимо до єдиної для всіх моральної співдружності. Жодна людина не може опинитися нижче стандартів безпеки, що забезпечуються *універсальною моральною співдружністю*.<sup>9</sup> Вважається, що ми маємо *моральні обов'язки одне щодо одного: зазвичай ідеться про моральну заборону заподіювати шкоду одне одному* (*neminem laedere*), але також про *моральний обов'язок допомагати* одне одному у випадку серйозної загрози, якщо це не пов'язано з істотними витратами для тих, хто прагне запобігти загрози. Негативна заборона та відповідна позитивна вимога походять із думки стоїків і християн та через Цицерона,<sup>10</sup> у тій чи іншій формі отримують подальший розвиток у вченнях великих філософів сучасності, від Гроція та Пуфендорфа до Канта. Як ми побачимо, однак, ці обов'язки не можуть бути виконані індивідуально, коли ми стикаємось з великою кількістю складних ситуацій. Вони мають бути опосередковані інституціями. Крім того, ці обов'язки, які ми спочатку сприймаємо як застосовні до індивідів, набувають особливого характеру та потенціалу, як тільки ми бачимо їх у контексті колективної політичної дії. Ідея базового людського інтересу, який ми всі покликані поважати, стає нескінченно складною та нормативно важливою, оскільки інтереси людини мають бути захищені не тільки від зазіхань інших приватних інтересів, які є частиною спільного соціального світу, але й від вищої, домінуючої над людьми, державної влади.

Коли ми обговорюємо більш широку проблему імміграції та більш конкретну проблему біженців, ми маємо усвідомлювати, що так звана міграційна криза (криза біженців) – це не явище, яке прилетіло з космосу та стало внутрішньою проблемою, з якою ми маємо боротися, *розробляючи стратегії попередження та захисту*. Ми не можемо розглядати та вирішувати певні фундаментальні питання, які також стосуються інших, так, *ніби вони не є суб'єктами, а є лише причинами цих проблем. І простий факт того, що ми діємо як колектив, не надає нам моральної переваги*. Колективний егоїзм, сліпота до потреб інших людей та жадливі стереотипи іноді знаходять втілення в ідеї (і практиці) обов'язку та солідарності щодо наших співгромадян. Аргументація виглядає приблизно так: масове вторгнення іноземців з іншою культурою та іншою релігією порушує баланси, загрожує соціальній згуртованості, забирає роботу та витрачає ресур-

<sup>9</sup> Про необхідність та практичний внесок визнання цієї ідеї див. Крістін Корсгаард: Christine Korsgaard, *The Sources of Normativity* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), 90–130. Корсгаард резюмує так: «Якщо ми не розглядаємо нашу людяність як нормативну ідентичність, жодна інша наша ідентичність не може бути нормативною, і тоді ми не можемо мати підстав діяти взагалі. Тому моральна ідентичність неминуча» (с. 129–30).

<sup>10</sup> Cicero, *De Officiis*, I, 23–24.; Cicero, *On Obligation* (Oxford: OUP, 2001), 10. Критичне обговорення цицеронівського підходу див. у: Martha Nussbaum, “Duties of Justice, Duties of Material Aid: Cicero’s Problematic Legacy,” *Bulletin of the American Academy of Arts and Sciences* Vol. 54, No. 3 (Spring, 2001): 15ff. Нуссбаум критикує зневагу Цицерона до віддалених нужденних, і його переконання, що на надання матеріальної допомоги може розраховувати лише «близький і дорогий» (*ut quisque erit conjunctissimus*), за винятком випадків, коли їм можна допомогти без витрат (*sine detrimento*). Нуссбаум стверджує, що вплив Цицерона на західну традицію морально-політичної філософії був дуже згубним щодо цього.

си, підриває релігійну та культурну однорідність, поглиблює невизначеність та невпевненість, від яких щодня страждають люди. Тому держава повинна захистити нас від цих небезпек та загроз. Для когось це не самоочевидні істини. Незалежно від того, скільки проблем та невизначеностей ми вважаємо наслідками присутності біженців, жодна з них не може затьмарити той факт, що біженці – хоч як би ми їх визначали<sup>11</sup> – «переслідуються» у розумінні Женевської конвенції 1951 року, і *через те, ким вони є або у що вони вірять* (Джеймс Гетевей), схоже, піддаються серйозному ризику. Інакше вони не піддавалися б небезпекам своїх відчайдушних Одиссеїв, щоб діставатися наших берегів чи кордонів. То з чого нам почати?

#### IV. Внутрішньополітичні обов'язки та наші відносини з іншими

Почнемо з необхідного уточнення, що базується на деяких відомих і часто ретрансльованих ідеях. Як члени демократичних спільнот, ми справді маємо *особливі* відносини, обов'язки та зобов'язання<sup>12</sup> перед нашими співгромадянами та демократичною державою. Ми можемо говорити про *внутрішньополітичні обов'язки*.<sup>13</sup> Ці особливі взаємовідносини надають нашим співгромадянам пріоритет порівняно з усіма іншими, у низці питань. Ці взаємозв'язки пояснюють, чому ми не зобов'язані насамперед боротися за захист людей,

<sup>11</sup> Офіційне визначення див. у Женевській конвенції (Конвенція про статус біженців 1951 року) Ст. 1 – А. §§ 1, 2. Деякі автори вважають визначення, подане у Конвенції, занадто вузьким. Див. David Miller, *Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration* (Cambridge, Mass/London, UK: Harvard University Press, 2016), 78.

<sup>12</sup> Чудова актуалізація цієї теми представлена у Діан Джеске: Diane Jeske, "Special Obligations," in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta (Spring 2014 Edition). Тут я зосереджуюсь насамперед на спеціальних зобов'язаннях у правовому та політичному контексті. Звичайно, особливі зобов'язання також можуть виникати у сімейних відносинах та дружбі.

<sup>13</sup> Термін «внутрішньополітичні обов'язки», який я використовую тут, має перевагу порівняно з терміном «асоціативні обов'язки», оскільки він не передбачає фактичного відношення, такого як споріднення, дружба чи якась емоційна ідентифікація. Наголошується швидше на юридичному та політичному зв'язках, а не на моральному зобов'язанні, що випливає з фактичного відношення. Девід Міллер, з іншого боку, приділяє особливу увагу національному аспекту спеціальних відносин, національній ідентичності та її культурній основі, що їх він вважає дуже важливим чинником солідарності спільноти. Пор.: Miller, *Strangers in Our Midst*, 26. Щодо класичної позиції див.: Ronald Dworkin, *Law's Empire* (London: Fontana Press, 1986), 195 ff., але також надзвичайно важливі роботи Семмуеля Шеффлера: Samuel Scheffler, *Boundaries and Allegiances* (Oxford: OUP, 2001).

Деякі автори, такі як Міллер, говорять про «патріотичний пріоритет», а інші, такі як Анна Стілц (Anna Stilz, *Liberal Loyalty, Freedom, Obligation and the State* (Princeton Oxford: Princeton University Press, 2009), віддають перевагу терміну «припущення щодо особливостей». Нормативний характер таких об'єднань не впливає лише з самого факту наявності об'єднання, тісних зв'язків, розподілу ролей, спілкування чи обміну. Набагато більш визначальним є той факт, що йдеться про вільних та рівних громадян, які взаємодіють у суверенній, вільній та незалежній демократичній спільноті.



які не є нашими співгромадянами,<sup>14</sup> сплачувати податки в іншій країні, ніж наша власна, підтримувати систему загального медичного та соціального страхування для інших людей або для осіб, які не є членами нашої національної та політичної спільноти. Крім нашої людської природи та зобов'язань, які з неї випливають (не шкодити нікому, допомагати ближнім та поважати основні права людини скрізь, де це можливо), ми не обов'язково поділяємо з усіма людьми на землі спільну соціальну, культурну та політичну мету<sup>15</sup> – хоча, як люди та колективні утворення (держави, соціальні та професійні об'єднання) ми можемо чудово підтримувати приватні чи колективні відносини, які виходять за межі нашої політичної спільноти. Як члени демократичної політичної спільноти насамперед ми зобов'язані поважати та підтримувати один одного і, звичайно, не порушувати закони нашої демократичної держави. Я вважаю правильним, що, як громадяни демократичної спільноти, зважаючи на всі її слабкі сторони, внутрішні розбіжності та недосконалості, ми об'єднані в один спільний проєкт, у який ми всі повинні робити внесок. Такої єдності ми не маємо з жодною іншою групою у світі, незважаючи на те, що ми можемо одночасно (і, найголовніше, вільно) знаходитися у різних видах відносин (дружба, професійні контакти, спільні культурні інтереси тощо) з іншими, хто не є нашими співгромадянами. Це не лише питання факту. Громадянство у вільному суспільстві дозволяє нам жити з іншими людьми як із своїми, що неможливо було б реалізувати в політично децентралізованому та культурно-космополітичному просторі. Наші права та свободи формуються та гарантуються у політичному середовищі, поза яким неможливо повною мірою розкрити наш людський потенціал. Наша природна свобода, наші права – основні та похідні – не можуть мислитися абстрактно, а повинні захищатися як частина спільних, легітимних інститутів. Це також має важливе значення у сенсі того, як ми повинні тлумачити права людини.

<sup>14</sup> Нам, як призовникам, звичайно, доведеться вести оборонну війну на боці союзників або брати участь у відповідній військовій операції, щоб врятувати етнічну чи релігійну групу від геноциду.

<sup>15</sup> Звичайно, це питання до певної міри суперечливе. Представники так званого чистого космополітичного табору (зокрема, Томас Погге, Саймон Кейні, Дарел Молендорф та інші (див. виноску нижче) вважають вимоги справедливості застосовними до глобальної базової структури, способу структурування глобальних інституцій, тоді як більш помірні космополіти (особливо Томас Нагель) вважають, що апелювання до справедливості може застосовуватися лише на внутрішньому рівні між громадянами. Я схильна до останньої тенденції, яку останнім часом захищають Джон Ролз (John Rawls, *The Law of Peoples* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999)), Філіпп Петті (Philip Pettit, "Rawl's Peoples," in *Rawls's Law of Peoples*, ed. Rex Martin and David A. Reidy (Mass/London: Blackwell, Malden, 2006) і Томас Нагель (Thomas Nagel, "The Problem of Global Justice," *Philosophy and Public Affairs* 33(2) (2005): 113–47). Пор. із Leif Wenar, "Why Rawls is not a Cosmopolitan Egalitarian (draft)," in *Rawls's Law of Peoples* і Konstantinos Papageorgiou, "Cosmopolitan Citizenship in a Complex World. Arguments for an Impure View," in *Athenian Legacies European Debates on Citizenship*, ed. Paschalis M. Kitromilides (Firenze: Leo S. Olschki, 2014), 425–48, Kostas Koukouzelis, "Liberal internationalism and global social justice," *Journal of Global Ethics* 5:2 (2009): 97–108. Також див. Konstantinos Papageorgiou, *War and Justice, A Political Philosophy for the World* (in Greek) (Athens: Polis, 2008).

Зараз важливим питанням є те, чи маємо ми, як члени демократичної політичної спільноти, якщо не такі ж самі, то подібні зобов'язання перед тими, хто не є членами нашої спільноти.<sup>16</sup> Обмежуючись цілями цієї статті, я припускаю, що ми не є ані громадянами глобальної держави, ані членами будь-якої іншої глобальної системи із децентралізованим, роздробленим суверенітетом,<sup>17</sup> і я не вважаю обґрунтованим те, що громадяни різних держав повинні ставитися один до одного як до членів єдиного глобального суверенітету або будь-якої іншої системи допоміжного локального та глобального контролю.

Тут, звичайно, можна заперечити: якщо це так, то чи не надаємо ми таким чином нормативного значення тому випадковому факту, що ми народилися громадянами держави А або держави Б, з усіма відмінностями, які з цього випливають? Як зазначалося раніше, нас усіх об'єднує те, що ми називаємо «спільною моральною природою», і тому ми *рівні* у цьому. Але немає сенсу висувати як *erga omnes* абстрактні моральні вимоги (якими б вони не були) та відповідні обов'язки, які передбачає наша «спільна природа» як інтелектуально та емоційно розумних істот; і, що ще важливо, ці обов'язки не можуть бути забезпечені без гарантій захисту демократичної держави. Окрім того, що ми є людьми та моральними суб'єктами, ми також є (і зобов'язані бути!) громадянами конкретних держав, а це означає, що, окрім прав людини, ми маємо певні особливі права та обов'язки, які не стосуються всіх людей, але, як правило, існують – з певними передумовами легітимності – унаслідок зв'язку громадян із своєю демократичною державою. Для цього є вагома причина. За словами Філіппа Петті,

спрощений космополітичний аргумент про те, що держави мають такі ж обов'язки перед іншими народами, як і перед власними, нехтує тим фактом, що держави є корпоративними органами, уповноваженими на застосування примусу, і що цей аргумент може підтримувати ідею про примусову благочинність: ідею, згідно з якою держава без дозволу громадян використовує гроші, які отримує від них, задля досягнення мети, яка не схвалена за загальнодержавними стандартами.<sup>18</sup>

Тому помилково вважати, що вихідним пунктом (в ідеї наших зобов'язань щодо так званих «далеких інших»), які вже не є такими далекими) є перелік моральних обов'язків, адресованих *індивідуально* всім нам від усіх нас, які просто виконуються колегіальними установами, що їх ми зобов'язані (залежно, звісно, від наших можливостей) створювати та підтримувати. Я думаю, що такий образ украй роздуває сенс індивідуального морального обов'язку, і це парадоксально нагадує простий утилітарний підхід.<sup>19</sup> В ін-

<sup>16</sup> Насправді ми, як окремі громадяни, є відповідальними за підтримку політики та відповідних позицій нашої демократичної спільноти.

<sup>17</sup> Дещо про цей вплив див. у: Thomas Pogge, *World Poverty and Human Rights, Polity* (Cambridge, UK/Maldon, Mass., 2002), 168–95 and Simon Caney, *Justice Beyond Borders* (Oxford: OUP, 2005), 148–88.

<sup>18</sup> Philip Pettit, *Just Freedom: A Moral Compass for A Complex World, Norton* (New York, 2014), 184.

<sup>19</sup> Я думаю, що в інший спосіб цю тенденцію відтворюють блискучі та надихаючі роботи Пітера Сінгера (див. його останню роботу *The Most Good You Can Do* (Yale: Yale University Press, 2015). Наше

ституційно несформованій сфері лише моральних обов'язків (і відповідно прав) порівняно легко уявити трансформацію можливого в обов'язкове, однак лише демократична держава має владу *та* легітимні повноваження (авторитет!) виконувати місію захисту прав і свобод.<sup>20</sup>

Отже, альтернатива, яку ми шукаємо, не обов'язково має базуватись на універсальних обов'язках усіх щодо всіх. Я вважаю, що краще мислити в рамках системи суверенних демократичних держав, які в основному мають на меті створити разом з іншими державами загальноприйнятні представницькі інституції, здатні сприяти миру та процвітання у світі. Через обмежені можливості вникати у суть цієї дискусії, я хотів би позначити, що вихідною точкою я обираю концепцію *гібридного державоорієнтованого космополітизму* (а не чистого політичного космополітизму) і припускаю, що крім безумовних прав і обов'язків, які ми маємо як люди стосовно інших людей, існують також окремі зобов'язання, або, що краще, *внутрішньополітичні обов'язки*, оскільки ми одночасно є громадянами, членами конкретних політичних спільнот. Це не означає, що наші співгромадяни користуються абсолютним пріоритетом щодо всіх пунктів; це просто означає, що вони користуються більшими перевагами щодо певних моментів, тому космополітичний підхід не може бути чистим, а є гібридним, тобто він повинен враховувати той факт, що ми маємо достатні підстави бути зв'язаними певними зобов'язаннями як громадяни суверенних держав. Проте той факт, що ми маємо внутрішньополітичні зв'язки із співгромадянами, які відрізняються від можливих позаспільнотних зв'язків, тягне за собою щось більше. Ми повинні знайти спосіб пояснити, чому ми маємо обов'язки перед тими, хто не є нашими співгромадянами, окрім основних обов'язків, які ми маємо як люди перед людьми.

бажання допомагати понад те, що від нас вимагається, звичайно, залежить від нашого розсуду та має заохочуватись, особливо якщо ми готові пожертвувати силою, енергією та іншими життєво важливими ресурсами, чого ніхто не очікує від нас. Дії понад власні обов'язки є схвальними, але не обов'язковими. Однак набагато проблематичнішим є схвалення як обов'язкового правила щодо виконання індивідуального обов'язку допомагати із застосуванням додаткових особистих ресурсів для подолання глобальної бідності. Підтримка такого обов'язку означатиме втрату свободи використання наших індивідуальних ресурсів для альтернативних концепцій блага.

<sup>20</sup> Чисті космополіти не розцінюють універсальні права та обов'язки як такі, що проголошені в політично структурованих відносинах, закладених у традицію народного суверенітету; натомість вони розуміють їх як абстрактні вимоги. Ця дуже специфічна прогалина більш яскраво виражається і посилюється тим, що чистим космополітам не вдалося розробити переконливу теорію глобальної рівності. Їхній егалітаризм, що не зовсім дивно, здається, приваблює модель загального благоденства, недооцінюючи, таким чином, рівну свободу та права. Найважливіші прихильники «чистого космополітизму» (незважаючи на численні «внутрішні» розбіжності): Charles Beitz, *Political Theory and International Relations*, with a new afterword by the Author (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999); Thomas Pogge, *World Poverty and Human Rights* (Cambridge, UK/Malden, MA: Polity, 2002); Darrel Moellendorf, *Cosmopolitan Justice* (Boulder: Westview, 2002); Martha C. Nussbaum, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership* (Cambridge, MA: Belknap (Harvard University Press, 2006), 273–324; Caney, *Justice Beyond Borders* (Oxford: OUP, 2005), 63–147; Gilian Brock, *Global Justice* (Oxford/New York: OUP, 2009).

## V. Межі допомоги як індивідуального морального обов'язку

Якщо взяти ідеальне бачення світу, який складається із незалежних і суверенних демократичних держав (або «конфедерацій» таких держав),<sup>21</sup> у яких живуть вільні і рівноправні громадяни, і якщо припустити, що нам пощастило жити саме у такій державі, що саме ми зобов'язані біженцям і чому?<sup>22</sup> По-перше, ми зобов'язані перед ними у силу того факту, що вони є людськими істотами. Як було сказано раніше, ми зобов'язані *проявляти абсолютну повагу до людини та її основоположних прав*, але також допомагати в надзвичайній ситуації, незалежно від того, є людина нашим співгромадянином чи ні. Як чудово висловився Іммануїл Кант у своїй праці «*Основи метафізики моральності*», якби байдужість до іншого стала універсальним законом, людська раса могла б вижити, але було б явно суперечливим для нас як раціональних істот вважати («хотіти») байдужість до іншої людини універсальним законом, тобто правилом, яке не має винятку.<sup>23</sup> Неможливо, щоб ми «хотіли» жити у світі, керованому такими принципами, і тому ми не можемо бажати, щоб таке правило застосовувалося як мірило наших дій. Тому що кожен з нас може колись опинитися в такому становищі, в якому нам будуть потрібні любов, співчуття та допомога інших. Нерозумно бажати миритися з такою ситуацією. Як би там не було, коли ми стикаємося з ситуацією крайньої та гострої потреби інших, ми повинні діяти, а приклад біженців, яких ми можемо інтуїтивно вважати людьми, які обґрунтовано намагаються уникнути загрозованої ситуації, здається, підпадає під цей принцип. У нас є *моральний обов'язок порятунку* тих, кому ми можемо допомогти без надто великої жертви. Ми не можемо уникнути стрибків у воду,

<sup>21</sup> Щодо аспектів справедливості та солідарності в конфедерації держав див. цікавий доробок Andrea Sangiovanni, "Solidarity in the European Union," *Oxford Journal of Legal Studies* (2013): 1–29.

<sup>22</sup> Це формулювання інкапсулює *гібридний, або змішаний космополітичний погляд*, оскільки він підкреслює той факт, що ми повинні думати і діяти не лише з точки зору морального агента, але і з точки зору індивіда, який також є громадянином морально і політично виправданої держави.

<sup>23</sup> Пор. Іммануїл Кант: «Нарешті, четвертий, якому живеться добре і який бачить, що іншим доводиться боротися з великими труднощами (він мав би повну можливість допомогти їм), думає: яке мені діло до всього цього? Нехай собі кожен буде такий щасливий, як того хоче Всевишній або як це він сам собі може влаштувати; віднімати у нього я нічого не буду, та й заздрити йому не буду; але і сприяти його благополуччю або допомагати йому в біді у мене немає ніякого бажання!». Звичайно, якби такий образ думок був загальним законом природи, людський рід міг би дуже непогано існувати, і, без сумніву, краще, ніж коли кожен базикає про співчуття, про прихильне ставлення і при нагоді навіть намагається так вчинити, але разом з тим, де тільки можна, обманує, зраджує права людини чи іншим чином шкодить людині. Але хоча і можливо, що згідно з такою максимом міг би існувати загальний закон природи, проте не можна хотіти, щоб такий принцип всюди мав силу закону природи. Справді, воля, яка прийшла б до такого висновку, суперечила б самій собі, оскільки все ж іноді можуть бути випадки, коли людина потребує любові та участі інших, тоді як подібним законом природи, що виник з її власної волі, вона забрала б у самої себе будь-яку надію на допомогу, якої вона собі бажає (4:423). Immanuel Kant, *Groundwork for the Metaphysics of Morals*, edited and translated by Allen W. Wood with essays by J. B. Schneewind, Marcia Baron, Shelly Kagan, Allen W. Wood (New Haven and London: Yale University Press, 2002).

щоб врятувати дитину, яка тоне, навіть якщо нам доведеться зіпсувати наш абсолютно новий костюм.

Але чи можемо ми не виконувати цей обов'язок індивідуально? Давайте також на мить припустимо, що ми маємо можливість на короткий проміжок часу захищати біженців індивідуально, забезпечувати їм їжу та притулок і взагалі поводитися з ними так, як ми хотіли б, щоб до нас ставились, якби ми опинилися в тій самій ситуації. Чи цього достатньо? Навіть якщо ми усвідомлюємо свій обов'язок і маємо готовність його виконувати, є деякі очевидні труднощі. *По-перше*, можливості та *ресурси*, якими ми володіємо як приватні особи, є обмеженими. Скільки біженців ми могли б прихистити у своєму будинку і на який термін? *По-друге*, коли багато людей об'єднані однією, імовірно доброю метою, необхідна *координація*, щоб зусилля були більш ефективними. У протилежному випадку існує ризик того, що люди будуть мимоволі заважати одне одному, що призведе до того, що загальні цілі не зможуть бути досягнуті. *По-третє*, розподіл обов'язків з порятунку та допомоги має бути справедливим. Якщо ми допоможемо більше, ніж ми зобов'язані, то ситуації несправедливості очевидно не виникає. Але якщо ми хочемо скоординувати процес, щоб досягти більшої ефективності, то несправедливо буде, якщо одна особа завжди нестиме тягар, а інші будуть спостерігати, навіть якщо одночасне втручання всіх не вимагатиметься щоразу.<sup>24</sup> *По-четверте*, слід зазначити, що суто моральні обов'язки, які змушують нас як моральних істот діяти або утримуватися від певних дій, не обов'язково забезпечені примусом, особливо ті, які стосуються таких позитивних дій, як, наприклад, надання допомоги.

Тому головне питання полягає не в тому, чи ми як люди маємо моральні обов'язки порятунку інших людей, які опинилися у небезпеці. Як ми бачили, відповідь на це питання є однозначно ствердною, якщо тільки допомога нам не коштуватиме великих витрат. Питання полягає в тому, чи маємо ми, члени певної демократичної спільноти, певні обов'язки перед тими, хто не є нашими співгромадянами. Це насамперед стосується біженців, які прибувають до наших країн із потребою у допомозі та захисті. Інакше кажучи, усі ті, хто залишають свої домівки і шукають притулку та захисту в іншій країні, *потребують перш за все особливого морального та громадянського поводження з ними, поваги до їхньої гідності та можливості отримання простору для перебування*. Вони не очікують лише їжі, одягу та притулку (і не обов'язково високого рівня життя). Вони не мають наміру відмовитись від власної ідентичності та отримати нову в обмін на більш високий рівень життя. Американсько-іранська письменниця Діна Найері, спираючись на свій особистий досвід, описує це так:

але існували негласні умови нашого прийняття, і це був секрет, який ми мали розгадати самостійно: ми повинні були бути вдячними. Ненависть була пов'язана не з кольором шкіри або походженням. Йшлося про те, що існували правила вдячності, і ми наважилися про це не знати. Як біженці, ми заборгували їм свою попередню ідентичність. Нам довелося покласти її біля їхніх дверей і радісно відмовитись від неї, щоб заслужити наше місце

<sup>24</sup> Див. Nussbaum, *Frontiers of Justice*, 273–324.

в цій новій країні. Тоді не було б ніякої неоднозначності. Тут немає місця для жодної третьої культури.<sup>25</sup>

Питання полягає в тому, чи можуть країни, які приймають, перевершити очікування. Тут є складнощі, які не обов'язково стосуються моральної бездушності або байдужої самовпевненості. Я думаю, що проблема полягає в тому, що важко сприймати переміщену особу як пораненого громадянина, який приїхав лікувати свої громадянські рани, оскільки немає лікарні, яка б могла забезпечити таке лікування вдома. Неоднозначна поведінка, про яку говорить Наярі, яскраво ілюструє цю особливу слабкість приймаючих громадян та спільнот. Ми хочемо бути з ними добрими, але хто вони насправді?<sup>26</sup> Нерозуміння того, що потреби біженців пов'язані з втратою морального та політично-го світу, цілком пояснюють цю неоднозначність.

## VI. Позаспільнотні обов'язки

Як ми зазначали, наші першочергові обов'язки як громадян спрямовані відносно один одного, але раптом від нас вимагають поводитись із тими, хто не є нашими співгромадянами, так, ніби вони є такими. Ми повинні враховувати цю відмінність. Суверенні держави повинні дозволити своїм громадянам диктувати умови, яких вони зобов'язані дотримуватись; за відсутності такої домовленості, держави вважатимуться домінуючими суб'єктами.<sup>27</sup> Так само держави зобов'язані утримуватись від використання ресурсів своїх громадян для допомоги іншим народам, за винятком випадків, коли їхні громадяни імпліцитно вимагають цього або висувають відповідну окрему вимогу. Отже, не беручи до уваги можливості того, що громадяни вирішать самостійно допомогти тим, хто цього потребує, як ми можемо підтримати твердження про те, що у нас є такі обов'язки (які підлягають виконанню) щодо до інших, хто не є нашими співгромадянами?

Знову ж таки, помилковою є думка про те, що громада людей, яка має обов'язок і право жити та підтримувати організовану демократичну державу, може, заради того, щоб захистити свої права та відстоювати умови особистої та громадської свободи, бути байдужою або навіть ворожою до відповідних потреб інших людей жити вільним, чесним та безпечним життям в умовах правопорядку. Доречними є зауваження Джеральда Постеми:

---

<sup>25</sup> Dina Nayeri, "The ungrateful refugee: 'We have no debt to repay,'" *The Guardian*, April 4, 2017, <https://www.theguardian.com/world/2017/apr/04/dina-nayeri-ungrateful-refugee>.

<sup>26</sup> Про таке ставлення та його трагічні наслідки чудово розповів Брюс Кларк у своїй книзі, присвяченій випробуванням біженців, які прибули з Туреччини до Греції після обміну населенням у 1923 році: Bruce Clarke, *Twice A Stranger: How Mass Expulsion Forged Modern Greece and Turkey* (London: Granta, 2006). Інший підхід до політичних біженців продемонстрував Річард Сеннетт у своєму другому блискучому нарисі, включеному до тому «Іноземець» (див. посилання 3). Про еволюцію громадянства від Римської імперії до сучасного світу див. Frederick Cooper, *Citizenship, Inequality and Difference* (Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2018).

<sup>27</sup> Pettit, *Just Freedom*, 184.

пріоритет, який надається обов'язкам перед членами своєї спільноти, може зробити співгромадян байдужими чи навіть налаштувати їх проти законних очікувань іноземців. Зосередженість на особливих обов'язках перед співвітчизниками може привести до ксенофобії; як функціонування інституту приватної власності може мати великі матеріальні надвитрати, так і звичайна діяльність громад може спричинити великі моральні надвитрати. Таким чином, так само, як права власників при бажанні усувати інших людей від користування їхнім майном були, згідно з давньою традицією політичної філософії, обмежені більш глибокими моральними цінностями, так само ми повинні враховувати моральні межі права виключати, що, на думку багатьох, є важливим для життєздатності громад.<sup>28</sup>

Дозвольте сказати так. Якщо ми маємо «право» об'єднуватись і брати на себе зобов'язання спільно з іншими людьми, які поділяють з нами єдині цілі, то ми повинні розуміти, що ті інші, хто з будь-яких причин (вони цього не бажали, цього не відбулось, для них/нас це не мало жодного значення) не доєдналися до нас раніше, можуть мати таке ж право. Якщо, таким чином, ми визнаємо це право на індивідуальне та колективне «я», особливо якщо ми маємо *свободу виключити* деяких людей із сфери спільних зобов'язань з будь-яких теоретичних чи практичних підстав, ми зобов'язані визнати аналогічне право будь-кого іншого, хто законно шукає захисту для своїх прав і свобод в політично організованому, упорядкованому суспільстві.

Отже, можна сказати, що наші *позаспільнотні* обов'язки перед іншими народами та окремими особами – назвемо їх так, на відміну від *внутрішньополітичних прав та обов'язків* – ґрунтуються на тих самих підставах, які дають нам право і свободу співпрацювати та співіснувати у єдиній, вільній і суверенній політичній спільноті та гідному схваленні спільного життя.<sup>29</sup> На перший погляд виглядає незрозумілим, чи те універсальне право, яке ми зобов'язані визнавати в інших (тобто право робити те, що вимагає їхній раціональний обов'язок, і формувати державу та інститути справедливості та свободи) відповідає певним *нашим обов'язкам*? І якщо так, то до якої міри? Тут ми не беремо до уваги обов'язок утримуватися від будь-якої агресивної чи підірвної поведінки. У форматі звичних роулзівських принципів, чи не достатньо поважати свободу та незалежність інших народів, утримуватися від агресії та (необґрунтованого) втручання, допомагати тим, хто через несприятливі умови не може мати справедливий режим і, врешті-решт, але не в останню чергу, шанувати права людини? Чому ми повинні, крім цього, робити щось більше для інших?

<sup>28</sup> Gerald J. Postema, *Covenant as a Political Idea*, unpublished manuscript. Постема розрізняє аргументи про визнання членства та аргументи про продовження членства. Наш аргумент належить до останнього типу. Однак деякі його зауваження щодо аргументів про визнання можуть бути застосовними і щодо біженців, особливо тих, які залучені до розвитку етосу, «заснованого, втіленого та вихованого у договірній державі» (с. 45).

<sup>29</sup> Деякою мірою кожне політичне суспільство схвалює та «інтерналізує» цю підставу, вона стає фундаментом його легітимності та суверенітету, і, таким чином, можна сказати, що її можна використовувати, незважаючи на те, що вона може виглядати як внутрішньоконвенційний аргумент. Див. посилання нижче. Я не впевнений, що Постема погодився б.

## VII. Політичне самаритянство

Я думаю, що існує багато варіантів відповіді на ці питання. Я вважаю, що найбільш дієвим способом є використання кваліфікованого сенсу самаритянського *обов'язку порятунку*.<sup>30</sup> Я кажу про «кваліфікований» сенс, тому що порятунок у випадку біженців розтягується в часі, цей процес є багатозадачним і вимагає задіяння багатьох людей. Тож почнемо. Якщо ми маємо такий обов'язок, у нас є всі підстави також допомагати іншим уникати природного стану та його небезпек (жити у *status naturalis* означає, що особисті права та основоположні інтереси перебувають під постійною загрозою їх порушення) і створювати для себе основи спільного життя в умовах справедливості та свободи.<sup>31</sup> У чому може полягати цей обов'язок? Це перш за все так званий *природний обов'язок*<sup>32</sup> взяти на себе зобов'язання формувати і підтримувати політично організоване суспільство, щоб допомогти собі, а також врятувати інших (з якими ми регулярно спілкуємось

<sup>30</sup> Щодо обговорення цього принципу як «позаконвенційного аргументу» див. Postema, *Covenant as a Political Idea*, 48. Як підкреслює Постема, «самаритянин, сам будучи чужаком, перев'язує рани людини, яка не є членом його соціальної групи, визнаючи її потреби та відповідаючи на них, не вимагаючи підтвердження членства». Ідея цієї історії полягає в тому, що наш «сусід» – це кожна людина, яка потребує допомоги, а не обов'язково земляк; в основі мотивації тут лежить співчуття, виявлене у відповідь на потребу людини у допомозі. Природа цього обов'язку – гуманістична, а не соціальна. Часто наголошується на реляційному елементі: особа, яка потребує допомоги, є рівноправним членом моральної спільноти (або «дитиною Божою»), але спільноти розширеної, абстрактної, умовної, а не спільноти, об'єднаної конкретними соціальними зв'язками. Тут має місце апелювання не до спільного досвіду чи спільної долі, а до співчуття до важкого становища, у якому колись можеш опинитись і ти. Звернення є космополітичним, універсальним». Цікавим є питання, чи вступає цей принцип «у моральне конкурування з міркуваннями, що становлять моральну основну договору спільноти». Я хотів би стверджувати, що ні, якщо його правильно тлумачити та належним чином «політизувати». Постема справедливо наполягає на тому, що суто гуманітарні міркування (як позаконвенційні аргументи) є вагомими причинами для допомоги тим, хто потребує її, при цьому не обов'язковою умовою надання цієї допомоги є набуття членства у нашій спільноті. Якщо ми зобов'язані лише допомагати, то членство може бути дійсно марним або навіть зайвим. Однак мій аргумент спирається не на прийняття гуманітарного обов'язку допомагати, а на вимогу, що стосується більш структурної потреби. У цьому сенсі швидше за все я використовую внутрішньоконвенційну ідею.

<sup>31</sup> Див.: Christopher Heath Wellman, "Samaritanism and the Duty to Obey the Law," in John Simmons, C. H. Wellman, *Is There a Duty to Obey the Law?* (Cambridge: CUP, 2005), 30 ff. Велман використовує ідею самаритянського обов'язку, щоб, серед іншого, підтримати думку про те, що деякі обов'язки не ґрунтуються на згоді, якщо вони служать для попередження надмірної небезпеки.

<sup>32</sup> Джон Роулз посилається на «природний обов'язок справедливості, який вимагає від нас підтримки та дотримання справедливих інститутів, які існують і застосовуються щодо нас», див. John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1999, 99. Для більш широкого обговорення див. Richard Dagger and David Lefkowitz, "Political Obligation," in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2014 Edition), ed. Edward N. Zalta, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/political-obligation/>. Щодо ретельного дослідження анархістської критики «природного обов'язку» утворення державності див. Dietmar von der Pfordten, *Rechtsethik*, 2 Auflage (München: Verlag Beck), 267–80.



і контактуємо) від небезпек природного стану.<sup>33</sup> Тут ми можемо слідом за Крістофером Хітом Велманом провести аналогію держави з транспортним засобом, який ми використовуємо, щоб захистити себе та інших людей від небезпеки життя в стані нестабільності, з транспортним засобом, який нам потрібен для того, щоб доставити людину до лікарні у випадку небезпеки.<sup>34</sup> Оскільки індивідуально ми маємо обмежені ресурси, щоб щось зробити у цьому напрямі, і ми повинні застосовувати обов'язкову схему координації (оскільки вона не може застосовуватися *à la carte* (на розсуд), нам нічого не залишається, крім як жити у впорядкованому правом суспільстві під захистом держави. Однак моральні істоти, що функціонують як громадяни та об'єднані політично організованим життям, мають інститути, волю та здатність поводитись як єдине ціле, як для себе, так і для інших. Це моральне обґрунтування порятунку інших поширюється на рівень демократично організованого суспільства справедливості та свободи. Але звичайно це *трансформує* обов'язок. Цей образ не просто відтворює доброго самаритянина, який пропонує допомогу пораненому незнайомцю, це не про добрі слова й альтруїзм, а швидше про вчинок, подібний до вчинка святого Марка, – із символічним характером та політичними наслідками *в ім'я усіх громадян*. Небезпека, потреба, спасіння набувають тут складнішого, можна навіть сказати інституційного характеру, відтак, виходить, що святий Марк рятує не лише Сарацина, але і все місто разом з усіма його жителями.

Якщо ми погоджуємось з тим, що ми несемо обов'язки щодо наших співгромадян та держави, які впливають із усвідомлення потреби допомагати одне одному («тим, з ким регулярно спілкуємось і хто є просторово близьким») уникати небезпек політичної нестабільності, то ми можемо сказати, що щось подібне стосується й інших, тобто тих, хто не є нашими співгромадянами. Перш за все вони мають обґрунтовані підстави організувати своє спільне життя аналогічно, тобто *у такий спосіб, що дозволить мінімізувати небезпеки*. Але чи ми також маємо *паралельний обов'язок* допомагати іншим у до-

<sup>33</sup> Джон А. Сіммонс (John A. Simmons, *Justification and Legitimacy* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), як відомо, підтримував ідею «проблеми специфічності» («particularity problem»), яка протиставляється кантівському природному обов'язку «заснувати» державу, якщо ми знаходимось у природному стані або, як альтернатива, дотримуватися законів держави, громадянином якої ми вже є. Найого думку, таке зобов'язання не може бути конкретизованим та застосованим до окремої держави. У будь-якій державі, яка відповідає критеріям справедливості, таке зобов'язання буде існувати. Однак нещодавно Анна Штілц (*Liberal Loyalty*, 197) зробила висновок про те, що з *природного обов'язку* справедливості впливає наш обов'язок дотримуватись загальнообов'язкових законів, дія яких забезпечується державною владою, задля захисту нашої особистої свободи і незалежності та особистісних прав, оскільки іншого способу захисту цих цінностей не існує. Індивідуальна згода не потрібна, зобов'язуючий характер вимоги справедливості впливає з нашої раціональної природи. Крім того, цей обов'язок може бути конкретизований у державі, в якій ми постійно живемо, а отже, впливаємо одне на одного.

<sup>34</sup> Велман робить важливе зауваження, що необхідність координації, яку бере на себе держава, має першорядне значення порівняно з альтернативними способами виконання обов'язку щодо порятунку, наприклад, шляхом підтримки діяльності неурядових організацій.

сягненні такої мети? Я думаю, що наш обов'язок тут<sup>35</sup> можна описати як здатність допомогти запобігти небезпеці, як у випадку з обов'язком доброго самаритянина. Тобто, коли іншому загрожує небезпека, ми можемо врятувати його, якщо це не вимагає надзвичайних жертв; так само існує серйозна небезпека для групи людей, яка з певних причин не може організувати або підтримувати політичне суспільство, здатне поважати основні права та свободи громадян, і ми зобов'язані допомогти запобігти цій небезпеці. Звичайно, що і як потрібно робити не завжди ясно і не може бути описано просто. Те, чим ми можемо допомогти негромадянам, є менш очевидним, порівняно з тим, що нам потрібно зробити для співгромадян. Але якщо ми визнаємо, що ми зобов'язані допомогти тим, чиїм основоположним правам загрожує велика небезпека, то здається, що ми тим більше зобов'язані допомогти тим, хто має підстави для уникнення небезпечного становища і явно це демонструє. То що саме відбувається з біженцями, як ми повинні трактувати їх «небезпечне становище»?

Таким чином, специфічний обов'язок, що ми маємо як громадяни перед іншими людьми, які не є нашими співгромадянами, перетворюється, *на першому рівні*, на так би мовити «політизований» обов'язок порятунку та *надання допомоги*. Можна говорити про політичне самаритянство. Держави, які входять до міжнародного співтовариства, повинні принаймні рятувати та *підтримувати* одна одну подібно до індивідів<sup>36</sup> (наприклад, у випадках стихійних лих, епідемій, голоду тощо). Для цього можуть бути використані різні способи; іноді необхідною буде мінімальна гостинність щодо жертв, постраждалих від катастрофи, коли їхня власна держава практично не здатна допомогти та захистити їх. Однак можливість застосування цього обов'язку до ситуації з біженцями є сумнівною. Особливо, якщо ми беремо до уваги те, що люди, які залишають свої домівки через жорстокий гніт та жорстоку війну, що не є їх власною війною, виступають у відкритій опозиції до влади у своїй країні, чи то через невдоволення її політикою, чи то через її неспроможність їх захистити.<sup>37</sup> З іншого боку, очевидно, що держави повинні поводитися справедливо щодо інших держав, особливо у питаннях розподілу тягаря управління спільними інтересами, такими як захист навколишнього середовища.<sup>38</sup> Однак навіть такі обов'язки держав, як видається, не створюють зобов'язань того типу, який ми намагаємося відшукати щодо біженців.

Найбільш поширеним є підхід, який пов'язує проблему прав біженців із порушенням їхніх *прав людини*. Це найбільш очевидний і виважений підхід, особливо якщо ми маємо на увазі не лише історичну важливість великих універсальних декларацій,<sup>39</sup> а й той

<sup>35</sup> Звичайно, за винятком тих випадків, коли ми зобов'язані відшкодувати шкоду, заподіяну з нашої вини, а також за винятком ситуацій з біженцями, яких Девід Міллер називає «претендентами на особливість» (“particularity claimants”).

<sup>36</sup> Пор. Miller, *Strangers in Our Midst*, 78

<sup>37</sup> Конвенція про статус біженців (1951): «не в змозі користуватися захистом цієї країни або не бажає користуватися таким захистом внаслідок таких побоювань».

<sup>38</sup> Пор. Miller, *Strangers in Our Midst*, 30.

<sup>39</sup> Загальна декларація прав людини ООН, Міжнародні пакти ООН про права людини, Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод.

факт, що ми як моральні істоти об'єднані у моральну спільноту, не обмежену кордонами держав. Звичайно, існує декілька підходів до обґрунтування та тлумачення прав людини (зокрема, договірний, деонтологічний, телеологічний тощо), що з них деякі є більш широкі та всеосяжні, інші – дещо вужчі. Однак з точки зору досліджуваного питання немає сенсу занурюватись у цю дискусію. Аргумент, який я намагаюся відстоювати, полягає у тому, що цей зв'язок не зводиться до безумовного значення і визнання ідеї прав людини та готовності кожної держави і міжнародного права та його інститутів захищати їх у повному обсязі, де б їм не загрожувала небезпека. Проблема прав біженців більше стосується наших якостей як громадян та наших обов'язків не тільки перед співгромадянами, але й перед іншими людьми, які мають запит на повождення з ними як із співгромадянами (у власній державі чи принаймні і певною мірою у приймаючій державі).

### VIII. Кантіанська модель

Якщо ми хочемо дійти першого висновку, то можна сказати, що біженці (включно з тими, хто небезпідставно намагається потрапити під цю категорію) як людські істоти, окрім своїх основних прав (на життя, фізичну недоторканність, свободу, гідність тощо), мають особливу вимогу, *пов'язану з особистим ризиком втрати юридично упорядкованого суспільного ладу, що захищає їхні права та свободи*. Справді, ця особлива вимога породжена нашим громадянським обов'язком порятунку, який ми маємо щодо інших громадян, а не просто щодо інших людей. Як ми щойно бачили, наш політичний обов'язок порятунку пов'язаний з правом інших людей жити в морально та політично унормованому світі, який дозволяє їм організувати своє життя усвідомлено та наповнювати його сенсом, не ризикуючи своїми основними правами, без свавілля та утиску. Між тим, що ми можемо користуватись такими перевагами, а вони – ні, не обов'язково існує причинний зв'язок. Цей факт виявляє інший вимір. Якщо ми маємо можливість користуватись перевагами від життя у суверенній спільноті, де кожному гарантовані права та свободи, то ми також повинні усвідомлювати свої обов'язки перед тими, хто такої можливості не має. Я хотів би зараз зазначити, що існує ще один цікавий аспект у питанні нашого ставлення до біженців, окрім прямого колективного обов'язку перед ними як перед людьми, чії права та можливість жити в упорядкованому суспільстві знаходяться під загрозою.

У кантіанській етиці є надзвичайно цікавий та повчальний аспект, до якого я б хотів звернутися, незважаючи на те, що моральні обов'язки, як відомо, мають іншу природу, ніж юридичні. Я хотів би звернутись до них, але, звісно, не безпосередньо, а в певному сенсі як до аналогії. Кант уже у своїй роботі «*Основи метафізики моральності*» визнає існування обов'язку порятунку, а в «*Метафізиці поглядів*» включає його до категорії обов'язків, *кінцевою метою яких є щастя інших* (звичайно, у тому сенсі, який Кант приписує цьому поняттю). Однак цей обов'язок добродійності (*Pflicht der Wohltätigkeit*) не повинен розумітись у вузькому значенні, як обов'язок, що, наприклад, стосується лише

надзвичайних ситуацій.<sup>40</sup> Що більші наші можливості, то більш імперативним є обов'язок добродетності. При цьому важливе значення має спосіб виконання цього обов'язку: надання допомоги не повинно принижувати її одержувача. Поблажливість чи зневага до особи одержувача або зарозумілість і хвастощі зраджують моральну цілісність добродетності і є мотивами, яких слід уникати.

Саме у цей момент постає вирішальне для наших пошуків питання, відповіді на яке можна декількома способами. Йдеться про те, що поведіння з «отримувачем» благочинних дій також багато говорить нам про самого «благодійника», або, інакше кажучи, про те, що наші взаємозв'язки з іншими стосуються нас певним, не зовсім звичним, чином. Відповідь на нагальне питання про те, чому ми допомагаємо іншим, здається, пов'язана з нашим моральним обов'язком перед самими собою, що є на перший погляд доволі парадоксальним (ідея, яка, безумовно, переує Канту, маючи при цьому інший зміст). На думку Канта, окрім піклування про щастя інших, *паралельно ми є носіями морального обов'язку самовдосконалення*; ми повинні завжди дбати про плекання наших моральних сил і усвідомлення того, що ми зобов'язані собі та іншим.

Але як може кантіанська парадигма *моральних* мотивів та основних цілей поведінки людей працювати в умовах демократичної держави? Ми вже помітили, що в будь-якому випадку проблема захисту біженців виникає здебільшого як питання колективного, а не індивідуального обов'язку, незважаючи на те, що кожна людина особисто може зробити багато важливих речей для допомоги іншим, у тому числі й біженцям. Однак проблема біженців та її *політичні наслідки* викликають питання щодо структури та конкретизації наших обов'язків як членів демократичних держав, обов'язків перед нашим колективним «я» та перед іншими. Розуміння та ефективне вирішення проблем, які стосуються інших, не обов'язково конкурує, принаймні морально чи політично, з нашим національним та політичним устроєм як суверенного народу, і не означає будь-яких необґрунтованих переваг іноземців порівняно з місцевими жителями та громадянами. Інакше кажучи, ми не зобов'язані відмовлятися від нашого ества, зраджувати своїй ідентичності чи *забезпечувати процвітання на відчутному та суттєвому рівні*. Однак подібно до того, як ми, раціональні істоти, несемо моральний обов'язок вдосконалювати і розвивати свої моральні сили (і наш характер), ми також зобов'язані як громадяни демократичних держав розвивати ті сили, які наблизять ці держави до того, чим вони можуть бути.<sup>41</sup>

Але, можливо, ця аналогія врешті-решт є занадто ідеалістичною? По-перше, у само-му кантівському опусі є вказівки на протилежне. Однією з таких вказівок є підхід Канта до розуміння «космополітичного права» та права на гостинність, права на гостин-

<sup>40</sup> На мій погляд, найкраща та найбільш переконлива інтерпретація представлена у Marcia Baron and Melissa Seymour Fahmy, "Beneficence and Other Duties of Love in Kant's Metaphysics of Morals," in *The Blackwell Guide to Kant's Ethics*, ed. Thomas E. Hill, Jr. (Wiley-Blackwell, 2009), 216–7.

<sup>41</sup> Див. John Rawls, *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 1993), 3–88. Про політичний лібералізм Ролза див. Konstantinos Papageorgiou, *The Political Possibility of Justice* (in Greek) (Athens, 1994).

не поводження, без ворожнечі.<sup>42</sup> Справді, тут немає прямого зв'язку з потребами та правами біженців. Ідея цього права полягає не зовсім у захисті «незнайомця» (ідея, яка, як ми бачили, також може приховувати намір маніпуляцій), а швидше у можливості раціонального спілкування з людьми, які не є співгромадянами і котрих ми не завжди чуємо.<sup>43</sup> Це не дуже схоже на широкий жест, а швидше на свідомий, добре відкалібрований хід, який, втім, може пролити світло на умови існування світу та потреби інших людей, і – що ще важливіше – згуртувати демократичне суспільство та його громадян навколо ідеї обов'язків перед іншими, зумовлених тим, що вони мають можливість розвиватися і вдосконалюватись – як окремі індивіди та як суспільство в цілому. Можна сказати, що демократія, незважаючи на свої слабкі сторони, не матиме сенсу та не буде життєздатною без усвідомлення громадянами цього обов'язку, насамперед перед собою.

Незалежно від того, чи поширюємо ми кантіанську ідею обов'язку щодо себе на політичний рівень, ми можемо стверджувати, що ідея демократії сутнісно пов'язана з метою самовдосконалення як ідеєю, що включає взаємно рівний захист та повагу для всіх громадян, об'єднаних розробкою та розвитком спільного проекту. Дійсно, чи можемо ми уявити собі демократичну політику без дорадчих та рефлексивних інституцій, без здатності та волі переглядати та оскаржувати загальні ідеї та дії? Кантіанські ідеї про основоположний обов'язок перед собою, *совість*, *законодавчий* та *судовий* вимір обов'язку наштовхують на думку про політику в умовах демократії. Колективні практики, такі як демократія, особливо потребують культури критичної оцінки, ретельного вивчення та переоцінки свого проекту. Але ми не повинні забувати, що юрисдикція внутрішнього суду не може поширюватись лише на відносини між громадянами, а охоплює також захист колективної моральної свідомості щодо до *всіх* інших.<sup>44</sup> Демократія знаходиться під загрозою без мінімуму ідеалістичного самоаналізу, так ніби вона дивиться на себе ззовні. Держава, яка обманюється хибною думкою про те, що західні суспільства стали жертвами потоків біженців, що прагнуть наживатись на добробуті цих держав, порушує цей фундаментальний обов'язок перед власним «я», деградує і, врешті-решт, підриває себе.

Що тоді ми зобов'язані біженцям і чому? По-перше, ми повинні визнати біженцями, як по суті, так і практично всіх осіб, яких переслідують і основоположні права яких знаходяться під загрозою, тоді як їхні уряди або безпосередньо полюють на них, або

<sup>42</sup> Zum Ewigen Frieden, 8: 357–8. Англійською: “On Perpetual Peace” in *Kant Practical Philosophy* (New York: Cambridge University Press, 1996). Поп. Otfried Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung* (München: Verlag C. H. Beck, 1999), 259.

<sup>43</sup> Більш докладно про це див. у Onora O’Neill, “Cosmopolitanism then and now,” in *Constructing Authorities* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 206 ff.

<sup>44</sup> Отфрід Гьоффе, «кваліфікований космополіт», переконливо говорить про допомагаючого громадянина світу (komplementärer Weltbürger) та почуття світової справедливості (Welt-Gerechtigkeitssinn). Див. Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, 335–48. Про збалансований погляд Гьоффе на право на притулок див. с. 359–60.

виявляють байдужість щодо них, або не спроможні захистити їх у цілому. Що стосується конкретних умов та того, як їх слід тлумачити, то існує розбіжність у теоретичних підходах, хоча на практиці різні юрисдикції застосовують різні критерії. Хтось вважає, що навіть Женевська конвенція є обмежуючою, оскільки, окрім переслідування, вона вимагає наявності певних причин переслідування, як у випадку з релігійними, етнічними чи расовими тригерами (*nexus clause* (умова зв'язку)). На думку інших, конвенція подібна до Священної корови, яку потрібно берегти будь-якою ціною. Моя мета, однак, полягає не в тому, щоб безпосередньо розвивати цю дискусію та її юридичні наслідки; мене цікавить, які основні причини нашого обов'язку діяти певними способами щодо біженців, за умови, що ми повинні інтуїтивно визнати, що біженці – це передусім люди, які з будь-якої причини опиняються перед обличчям серйозного ризику, і у певній формі існує наш обов'язок допомогти їм уникнути цього ризику.

Ця моральна інтуїція успішно функціонує як моральний компас для людей, правило доброго самаритянина. Однак питання полягає в тому, чи можемо ми (і яким чином) підтримувати біженців у такий спосіб, який не тільки є більш ефективним (з урахуванням природних обмежень індивідуальних моральних дій), але й більш тісно пов'язаний зі сприйняттям нашої відповідальності не тільки як осіб з моральною свідомістю, але також як громадян. Ми надали особливої цінності цьому питанню, оскільки проблема біженців є дестабілізуючим чинником у демократичних суспільствах. Цей вплив має, як мінімум, два напрями. З одного боку, державам складно переконувати своїх громадян у необхідності виконання зобов'язань перед біженцями (що періодично змушує їх реагувати наполовину милосердно чи тільки на законні вимоги), а з іншого боку, далі це призводить (в тому числі як побічний ефект від загального небажання виконувати свої обов'язки) до надмірної драматизації питання справедливості в розподілі обов'язків між іншими державами. Справедливість розподілу обов'язків, без сумніву, є важливою вимогою існування єдиної спільноти, але набагато важливіше бути справедливим у відповідь на справедливі вимоги, що є водночас і ефективним. Наші суспільства повинні уникати неприємної дилеми: або практично покинути біженців (осіб, які стикаються з невинувато серйозним ризиком) напризволяще, або стати свідками домінування расистських та ксенофобських поглядів у громадській та політичній сферах. Відповідно ми доводимо можливість встановлення форми обов'язку, сумісного з ідеєю про наш першочерговий обов'язок підтримувати наших співгромадян.

Цей особливий обов'язок, натхненний теорією доброї волі, яка втілена у кантівській «*Метафізиці поглядів*» (та філософії права Канта), має два прояви. У першому випадку перед нами постає обов'язок, який ми маємо щодо біженців. Цей особливий обов'язок певним чином є політичним варіантом морального обов'язку доброго самаритянина. Якщо ми маємо обов'язок об'єднуватись у політичні спільноти та формувати уряди, які захищатимуть наші права і свободи від загроз природного стану, то це стосується й усіх інших, і всі мають таке саме право політично організовуватись з тих самих причин. Водночас цей «політизований» обов'язок доброго самаритянина поєднує, так би мо-

вити, наше право створити державу з правом усіх інших, і з цього випливає обов'язок порятунку тих громадян, чий життя знаходиться під загрозою. Залишається дискусійним питання про те, до якої саме міри ми повинні підтримувати інших в організації їхнього уряду, який втілює свободу та верховенство права (надання політичної та дипломатичної підтримки, ресурсів, фінансове співробітництво). Але якщо ми маємо самаритянський обов'язок і право змушувати когось із наших співгромадян (тих, хто не погодився б) захищати нас усіх від небезпек природного стану, то з цих самих причин нам слід захищати тих, чиїм основоположним правам і обов'язкам загрожує небезпека *через* абсолютну нездатність уряду забезпечити дотримання принципу верховенства права та гарантувати базові свободи. Ми зобов'язані допомагати їм як громадяни, яким *пощастило* жити в країні, що принципово захищає наші права і сприяє розвитку основоположних свобод. Цей простий моральний обов'язок, який походить від обов'язку доброго самаритянина, шляхом посилення політичного змісту трансформується в *обов'язок справедливості*. Усі особи є носіями цього права<sup>45</sup> бути захищеними належно функціонуючим урядом, який втілює у своїй діяльності ідеали свободи та справедливості; кожен має «право мати право». Захист біженців будь-якими з належних способів полягає у реалізації цього права, і кожен, хто перебуває під загрозою небезпеки внаслідок безсилля його уряду,<sup>46</sup> має право висувати обґрунтовані вимоги до тих, хто має повноваження та засоби, якими може допомогти йому.

Для нас важливо усвідомлювати цей обов'язок справедливості щодо тих, хто вважається біженцями, і ставитись до них належним чином. Визнання біженців (і насамперед необхідності надання їм притулку) – це не лише *вираження невдоволення* (Метью Прайс) поведінкою держави їх походження,<sup>47</sup> але разом з тим і спосіб *вираження солідарності* частини громадян приймаючої держави, які, виконуючи свій обов'язок справедливості, розширюють горизонти ідентичності зі своїми співвітчизниками. Таке розширення меж солідарності відбувається не лише для того, щоб громадяни відповідали вимогам справедливості, а й для того, щоб виконувати моральні обов'язки, які громадяни демократичного суспільства мають щодо самих себе.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Право, інституціоналізація якого утворює обов'язок перед собою («ми повинні жити за загальними і обов'язковими законами свободи», в термінології Канта) та перед іншими; і якщо ми маємо таке право, то його мають і усі інші.

<sup>46</sup> Конкретно тут мається на увазі політична неспроможність (або соціальна та фінансова неспроможність, спричинені політичною), а не випадки, які є результатом ситуаційної несправедливості, як, наприклад, відмова людей вступати до збройних сил з релігійних міркувань. Див. Matthew Price, *Rethinking Asylum: History, Purpose and Limits* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 122ff. Крім того, це міркування не стосується громадян тиранічних режимів, окрім випадків, коли їхня ненасильницька політична діяльність чи навіть просто їхнє існування (належність до расових, етнічних чи релігійних меншин) неминуче становлять загрозу для конкретного режиму, внаслідок чого їх переслідують.

<sup>47</sup> Price, *Rethinking Asylum*, 69–94.

<sup>48</sup> Див. наведений Сеннетом приклад про історію грецьких моряків, а також політиків та інтелектуалів у Парижі 1840-х рр., які були соціально інтегровані та стали натхненням для

## Висновок: Розширюючи коло солідарності

Я намагався показати, що цей зв'язок також має першорядне значення для самих демократій, їхніх цінностей та політичних ідеалів. Біженці не схожі на метеори, що спускаються на землю з космосу; вони прибувають з обґрунтованих підстав і становлять для ліберальних демократій істотний морально-політичний виклик. Люди, що живуть у непорядкованому (або «обтяженому») суспільстві, крім першочергової потреби виживання, мають також *право* відновити індивідуальний та колективний виміри свого життя на основі свободи та рівності або вдатись до шляху, який Райнер Форст назвав правом

жити у базовій структурі обґрунтування, члени якої мають засоби для обговорення та прийняття спільного рішення щодо соціальних інститутів, які до них застосовуються, та щодо тлумачення і конкретної реалізації своїх прав. Права людини в цьому сенсі мають рефлексивний характер: це базове право бути частиною процесу, в якому основні права громадян набувають конкретної та юридично обов'язкової форми. Вони є правами вищого порядку, а саме правами не піддаватися впливу соціальних інституцій або юридичних норм, які не мають належного обґрунтування з точки зору тих, кого вони стосуються, та правами бути рівноправними учасниками таких процедур обґрунтування.<sup>49</sup>

Що тоді ми зобов'язані біженцям? По-перше, ми зобов'язані *визнати* їх, фактично та формально, як людських істот, які *переслідуються* та базові людські інтереси яких знаходяться *під загрозою*. Обов'язковою передумовою належного захисту є встановлення чітких умов, які кваліфікують людину як біженця. Перед будь-якою дискусією з приводу того, що робити, чи наші ресурси обмежені, про велику кількість біженців, про масовість, про моральні небезпеки, потенційні ризики для внутрішнього порядку та безпеки, про справедливий розподіл тягарів між приймаючими країнами<sup>50</sup> та про будь-

---

парижан (принаймні для деяких) настільки, що робітники, які працювали на набережній Сени, стали носити грецьку національну форму. Див. другий нарис у роботі «Іноземець» (див. посилання 4).

<sup>49</sup> Rainer Forst, "The Justification of Human Rights and the Basic Right to Justification: A Reflexive Approach," *Ethics* Vol. 120, No. 4 (July 2010): 736. Пор.: «Права людини – це основні права, без яких статус істоти, яка має право на обґрунтування, не є забезпеченим та захищеним. Вони включають у себе основоположні права особисті, політичні та соціальні права, необхідні для встановлення того, що я називаю соціальною структурою обґрунтування; по-друге, вони включають ті субстантивні права, існування яких для інших ніхто в такій структурі обґрунтування не може виправдано заперечувати, не порушуючи при цьому вимог взаємності та загальності» (с. 737).

<sup>50</sup> Приймаючі країни повинні взяти на себе тягар, пропорційний їх спроможності (населення, розмір тощо) та ресурсам, але не повинні уникати своєї справедливої частки відповідальності. Більші, але бідніші країни могли б погодитися прийняти більшу кількість за умови спеціальної фінансової підтримки з боку менших, але багатших країн. Відмова держав брати на себе свою частку відповідальності може потягнути за собою політичний тиск та санкції. Однак той факт, що деякі держави не виконують свій обов'язок, не повинен бути причиною відмови у підтримці тим, хто її потребує. У цьому питанні див. прояснюючий і надихаючий погляд Джозефа Х. Керна,



які інші фактори, що служать певним обмеженням для нашої допомоги їм, ми повинні нарешті серйозно сприйняти той факт, що біженці – це люди, яким загрожує смертельна небезпека, і це сталося не з їх власної вини.<sup>51</sup> На мою думку, цей процес усвідомлення передбачає відмежування явища біженства від імміграції. Що менше ми робимо розрізнення між цими двома процесами, то більше ми затьмарюємо факт нагальної потреби, що визначає положення біженців.<sup>52</sup> Можна сказати, що краще звільнити десятьох винних, ніж засудити невинних; аналогічним чином, краще приймати деяких іммігрантів, щодо яких ми не впевнені, чи відповідають вони критеріям, ніж відмовляти біженцям, які втікають від реальної небезпеки.

Отже, що ми повинні *робити* для них, і яким має бути хід наших думок? Що ми повинні робити, якщо ми стикаємось із ситуацією, коли люди потрапляють у *небезпеку*, і цілком зрозуміло, що це сталося не з їхньої вини, і вони не можуть контролювати це. Ми повинні захищати їх будь-якими доступними засобами, пропонуючи притулок (у вузькому та в ширшому розумінні) чи застосовуючи ефективні заходи там, де їм загрожує безпека. Цей захист потрібно розуміти і тлумачити як *специфікацію* та *розширення* обов'язків, які ми маємо як громадяни, що користуються благами свободи, перед людьми, яким бракує таких благ, і які наражаються на небезпеку, щоб набути або принаймні не втратити їх. Якщо загальні ідеали свободи та справедливості зближують нас як громадян політичної суверенної спільноти, ті самі ідеали зобов'язують нас проявляти солідарність щодо тих, хто позбавлений своєї свободи. Дійсно, можна сказати, солідарність, якою ми зобов'язані перед ними, можливо, слід розуміти як таку, що має більшу інтенсивність і більш високий ступінь, ніж та, яку ми проявляємо до наших співгромадян, з якими ми в умовах демократії можемо на законних підставах мати су-

---

викладений у його блискучій праці (Joseph H. Carens, *The Ethics of Immigration* (New York: Oxford University Press, 2013), 219–20). Він пише: «Коли США відмовилися приймати єврейських біженців із *Сент-Луїса* (лайнер), ті, хто захищав це рішення, стверджували, що Америка вже зробила свій внесок у справу переселення біженців, особливо зважаючи на складні економічні обставини того часу. Коли я критикую це рішення і запевняю у тому, що американська реакція на єврейських біженців була глибоким моральним провалом, я не стверджую, що мав бути якийсь наднаціональний орган, який би вирішив, скільки біженців приймуть Сполучені Штати. Я просто кажу, що американці повинні були прийняти інше рішення, і що їхнє колективне моральне судження було глибоко хибним. Самий лише факт того, що члени потенційного приймаючого суспільства вважають, що вони вже зробили достатньо для виконання своїх зобов'язань щодо біженців, недостатній для того, щоб підтвердити, що вони зробили достатньо».

<sup>51</sup> Це, звісно, не стосується тих, хто сам вчинив тяжкі злочини, скажімо, брав участь в актах геноциду, але знаходиться у небезпеці та шукає захисту. У цьому випадку захист, швидше за все, буде полягати у затриманні, поки ці особи не будуть доставлені до міжнародного суду. І навпаки, солдати, яким загрожує небезпека саме тому, що вони відмовляються вчиняти воєнні злочини, мають право на захист та притулок.

<sup>52</sup> Іноді небезпека спричинена не безпосередньо поведінкою держави, від гніту якої люди втікають, а її нездатністю захистити їх від насильства з боку певних груп або від природної стихії. Девід Міллер вважає, що у цьому випадку ми повинні визначити, чи можна запобігти небезпеці вживаючи заходів на місцях. Див. Miller, *Strangers in Our Midst*, 82.

перечності та не погоджуватися. Щодо біженців, які позбавлені всього (життя та інституційного середовища), ми не маємо такої свободи. Як громадяни, ми є не просто людьми із совістю, але й політично вільними істотами, здатними судити, усвідомлюючи цінність демократії для свободи, а також її тендітну та вразливу сутність. Отже, у нас є кілька причин бути особливо чутливими до ситуацій жорстоких переслідувань людей, які борються за можливість існування як людських істот та як громадян за несприятливих обставин, і ми маємо особливий обов'язок захищати та прихистити їх, – не обов'язково тих, хто бореться за те, щоб певна група мала переваги над іншою, але обов'язково тих, хто прагне жити в політичній спільноті в умовах законності та поваги до свободи. Ми, як свободолюбиві люди, керуємось життєвою важливістю допомоги тим, хто потребує правопорядку, свободи та демократії, інакше кажучи, здійснити *компенсацію* політичної солідарності, якої їм не вистачає і яку їхня власна політична спільнота може запропонувати лише частково або у свавільній манері. Обставини життя в охоплених війною країнах настільки жахливі, а небезпеки настільки усюдисущі, що незалежно мислячим особам неможливо пристосуватись до цього. Як красномовно пише молодий афганський поет, Садід Бахар, «в іншій країні, принаймні, я можу піднятися на гору, сидіти біля води. Принаймні, мій розум буде розслаблений».<sup>53</sup>

Як я намагався довести, ми, як громадяни, маємо обов'язки щодо біженців, подібні до тих, що ми маємо один щодо одного. Я також хотів би припустити, що демократична держава, громадяни якої керуються таким почуттям обов'язку перед іншими людьми, що знаходяться в небезпеці, також має з цього користь. Я не обов'язково маю на увазі переваги, які ми можемо отримати, здійснюючи так звану м'яку силу. Прояв солідарності щодо інших має цінність і, безсумнівно, зміцнює нашу демократичну спільноту, нагадуючи нам, серед іншого, про виклики для нашого життя в умовах свободи та справедливості. Як і у випадку індивідуального кантіанського обов'язку допомагати іншим, ми, як вільні демократичні суспільства, зобов'язані допомагати спільнотам у ситуаціях безладу, а особливо їх членам, які перебувають у небезпеці, коли вони намагаються стати на ноги та вижити на шляху досягнення своїх цілей. У будь-якому випадку, коли в якийсь момент повернеться мир, біженці стануть найціннішим елементом для створення кращого і вільнішого суспільства, і щонайменше з цієї причини збереження їх моральної та психологічної стійкості є надважливим питанням.

Однак не лише похвальний характер солідарності змушує нас відчувати, що ми зобов'язані підтримувати та захищати тих, хто перебуває в небезпеці, оскільки вони також хотіли б бути громадянами вільного суспільства. На високу оцінку заслуговує ототожнення нас із ними, але передовсім ми повинні визнати, що наша *солідарність засновується на обов'язку дотримуватись справедливості*. Люди, що живуть в неупорядкованих суспільствах, мають право, крім потреби виживання тут і тепер, *відновити*

<sup>53</sup> Mujib Mashal, "In Afghanistan's Season of Crisis, 'Words Do Not Have the Strength,'" *New York Times*, October 17, 2018, <https://www.nytimes.com/2018/10/17/world/asia/afghanistan-election-crisis.html>.

своє індивідуальне та колективне життя на основі свободи та рівності. Якщо ми наділені таким правом, то вони також. Тому ми їм зобов'язані цим, а захист їхньої недоторканності – лише перший крок. З іншого боку, біженці – це не «жебраки процвітання», а люди, які страждають внаслідок своєї боротьби за моральне та політичне виживання, за право на життя в обставинах упорядкованої свободи, і, як пише Ганна Арендт,<sup>54</sup> у світлі іншого досвіду, за право повернути «місце у світі, яке робить думки вагомими, а дії ефективними». Ось як ми повинні ставитись до біженців. Ми зобов'язані захищати і прихистати їх не лише як люди людей, а як громадяни, що мають привілей 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 сформувати майбутню громадянськість своєї країни і збагатити нашу. Проте з іншого боку, виявляючи (індивідуально і колективно) справедливість щодо тих, хто перебуває під гнітом та переслідуванням, ми зміцнюємо нашу власну демократичну політичну спільноту, ми стаємо громадянами з більш глибокою демократичною свідомістю. Але не варто недооцінювати ще один аспект – ми також сприяємо просуванню демократичних і мирних відносин у навколишній світ.

© К. Папагеоріу, 2019

### Bibliography

- Arendt, Hanna. *The Origins of Totalitarianism*. Cleveland and New York: Meridian Books, 1962.
- Baron, Marcia, and Melissa Seymour Fahmy. "Beneficence and Other Duties of Love in The Metaphysics of Morals." In *The Blackwell Guide to Kant's Ethics*, edited by Thomas E. Hill, Jr., 209–28. Wiley-Blackwell, 2009.
- Bauer, Wolfgang. *Crossing the Sea with Syrians on the Exodus to Europe*. Los Angeles: & Other Stories, 2016.
- Beitz, Charles. *Political Theory and International Relations*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999.
- Brock, Gilian. *Global Justice*. Oxford/New York: OUP, 2009.
- Caney, Simon. *Justice Beyond Borders*. Oxford: OUP, 2005.
- Carens, Joseph H. *The Ethics of Immigration*. New York: Oxford University Press, 2013.
- Cicero. *On Obligation*. Oxford: OUP, 2001.
- Clarke, Bruce. *Twice A Stranger: How Mass Expulsion Forged Modern Greece and Turkey*. London: Granta, 2006.
- Cooper, Frederick. *Citizenship, Inequality and Difference*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2018.

<sup>54</sup> Див. прекрасний та проникливий текст про «Перипетії прав людини» у класичній роботі Ганни Арендт (Hanna Arendt, *The Origins of Totalitarianism* (Cleveland and New York: Meridian Books, 1962), 290–302). Цитата з цього ж тексту. Див. коментарі Стефана Кірсте (Stephan Kirste, "The Human Right to Democracy as a Capstone of Law," in *Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies*, eds. Marcelo Campos Galuppo, Monica Sette Lopes, Karine Salgado, Thomas Bustamante, Lucas Gontijo (Suttgart: Franz Steiner Verlag, 2015), 26.

- Dagger, Richard, and David Lefkowitz. "Political Obligation." In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, edited by Edward N. Zalta (Fall 2014 Edition). <https://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/political-obligation/>.
- Owen, David. "Human Rights, Refugees and Freedom of Movement." *Journal for Human Rights/Zeitschrift für Menschenrechte* Issue 2 Vol. 8 (2014): 50–65.
- Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. London: Fontana Press, 1986.
- Forst, Rainer. "The Justification of Human Rights and the Basic Right to Justification: A Reflexive Approach." *Ethics* Vol. 120 No. 4 (July 2010): 711–40.
- Frank, Michael. "Finding ourselves in the Venetian Ghetto." *Boston Review* (March 14, 2017). <http://bostonreview.net/literature-culture/michael-frank-finding-ourselves-venetian-ghetto>.
- Jeske, Diane. "Special Obligations." In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, edited by Edward N. Zalta. Spring 2014 edition. <https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/special-obligations/>.
- Höffe, Otfried. *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*. München: Verlag C. H. Beck, 1999.
- Kant Practical Philosophy. New York: Cambridge University Press, 1996.
- Kant, Immanuel. *Groundwork for the Metaphysics of Morals*. New Haven and London: Yale University Press, 2002.
- Kirste, Stephan. "The Human Right to Democracy as a Capstone of Law." In *Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies*, edited by Marcelo Campos Galuppo, Monica Sette Lopes/Karine Salgado, Thomas Bustamante, Lucas Gontijo. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2015.
- Korsgaard, Christine. *The Sources of Normativity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- Koukouzelis, Kostas. "Liberal Internationalism and Global Social Justice." *Journal of Global Ethics* 5:2 (2009): 97–108.
- Mashal, Mujib. "In Afghanistan's Season of Crisis, 'Words Do Not Have the Strength.'" *New York Times*, October 17, 2018. <https://www.nytimes.com/2018/10/17/world/asia/afghanistan-election-crisis.html>.
- Miller, David. *Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration*. Cambridge, Mass/London, UK: Harvard University Press, 2016.
- Moellendorf, Darrel. *Cosmopolitan Justice*. Boulder: Westview, 2002.
- Nagel, Thomas. "The Problem of Global Justice." *Philosophy and Public Affairs* 33(2) (2005): 113–47.
- Nayeri, Dina. "The Ungrateful Refugee: 'We have no debt to repay.'" *The Guardian*, April 4, 2017. <https://www.theguardian.com/world/2017/apr/04/dina-nayeri-ungrateful-refugee>.
- Nussbaum, Martha C. "Duties of Justice, Duties of Material Aid: Cicero's Problematic Legacy." *Bulletin of the American Academy of Arts and Sciences* Vol. 54, No. 3 (Spring, 2001): 38–52.
- Nussbaum, Martha C. *Frontiers, of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*. Cambridge, MA: Belknap (Harvard University Press), 2006.
- Nussbaum, Martha C. *Political Emotions, Why Love Matters for Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013.
- O'Neill, Onora. "Cosmopolitanism Then and Now". In *Constructing Authorities*, 199–214. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Papageorgiou, Konstantinos. *War and Justice, A Political Philosophy for the World*. Athens: Polis, 2008.
- Papageorgiou, Konstantinos. "Cosmopolitan Citizenship in a Complex World. Arguments for an Impure View." In *Athenian Legacies European Debates on Citizenship*, edited by Paschalis M. Kitromilides. Firenze: Leo S. Olschki, 2014.

- Pettit, Philip. "Rawls's Peoples. In *Rawls's Law of Peoples*, edited by Rex Martin and David A. Reidy. Malden, Mass/London: Blackwell, 2006.
- Pettit, Philip. *Just Freedom: A Moral Compass for A Complex World*. New York, 2014.
- Pfordten, Dietmar von der. *Rechtsethik*. 2 Auflage. München: Verlag Beck, 2011.
- Pogge, Thomas. *World Poverty and Human Rights*. Cambridge, UK/Maldon, Mass.: Polity, 2002.
- Postema, Gerald J. *Covenant as a Political Idea*, unpublished manuscript.
- Price, Matthew. *Rethinking Asylum: History, Purpose and Limits*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*. Oxford University Press, 1999.
- Rawls, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.
- Rawls, John. *The Law of Peoples*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.
- Sangiovanni, Andrea. "Solidarity in the European Union." *Oxford Journal of Legal Studies* (2013): 1–29.
- Scheffler, Samuel. *Boundaries and Allegiances*. Oxford: OUP, 2001.
- Sennett, Richard. *The Foreigner, Two Essays on Exile*. Notting Hill Editions, 2011.
- Simmons, John A. *Justification and Legitimacy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- Singer, Peter. *The Most Good You Can Do*. Yale: Yale University Press, 2015.
- Stilz, Anna. *Liberal Loyalty, Freedom, Obligation and the State*. Princeton Oxford: Princeton University Press, 2009.
- Wellman, Christopher Heath. "Samaritanism and the Duty to Obey the Law." In *Is There a Duty to Obey the Law?* Edited by John Simmons and C. H. Wellman. Cambridge: CUP, 2005.
- Wenar, Leif. "Why Rawls is not a Cosmopolitan Egalitarian (draft)." In *Rawls's Law of Peoples: A Realistic Utopia?* Edited by Rex Martin and David Reidy. Blackwell, 2006.
- Wills, Gary. *Venice: Lion City, The Religion of Empire*. New York, London, Toronto, Sydney, Singapore: Simon & Schuster, 2001.

### **Константинос Папагеоргіу. Біженці та наші обов'язки**

**Анотація.** У цій статті грецький професор пояснює своє бачення підстав моральних та політичних обов'язків, що існують у нас як громадян своїх держав стосовно біженців. Автор вважає, що доволі поширене у багатьох суспільствах сприйняття біженців як тягара та загрози для приймаючої держави є абсолютно хибним і використовується доволі часто для виправдання інших негараздів, які жодним чином не пов'язані із біженцями.

Натомість автор вважає, що, допомагаючи та прихищаючи біженців, суспільства зміцнюють власну демократичну політичну спільноту, а громадяни приймаючих держав набувають більш глибокої демократичної свідомості. Окрім того, апелюючи до Канта, автор наголошує на тому, що ми, як розумні істоти, не можемо бажати, щоб байдужість стала універсальним законом, а на місці кожного біженця, який тікає від загроз його життю і основоположним правам, щомиті може опинитись будь-хто з нас.

Біженці, які втрачають захист від своїх держав, не можуть бути залишені напризволяще, адже усі люди об'єднані між собою універсальним моральним обов'язком – не завдавати навмисної шкоди одне одному та допомагати одне одному у випадку серйозної загрози, якщо це не пов'язано із жертвністю. Цей моральний обов'язок щодо жителів чи громадян інших держав, що автор називає політичним самаритянством, що виглядає як солідарність

та компенсація за втрачений правопорядок. Це у кінцевому рахунку сприяє утвердженню справедливості. Виконання цього обов'язку, звичайно, опосередковується державними інституціями. При цьому, автор наголошує, що лише демократична держава має владу та авторитет виконувати місію захисту прав і свобод іноземців, які опинились у небезпеці. Держави повинні подбати про те, щоб розробити політики стосовно допомоги біженцям, в яких відобразиться об'єктивна оцінка їх спроможностей, механізми координації процесів допомоги, справедливий розподіл тягарів та ресурсів.

Автор робить важливе застереження: слід завжди пам'ятати, що допомога не може змушувати біженців позбавлятися власної ідентичності та отримувати нову в обмін на більш високий рівень життя. Приймаючі суспільства повинні уникати зневаги та поблажливості до біженців, зарозумілості та хвастошів, які зраджують моральну цілісність добродетності.

**Ключові слова:** біженці; демократична держава; моральний обов'язок; політичне самаритянство; порятунок; права і свободи; справедливість; суспільно-політичний порядок.

### **Константинос Папагеоргіу. Беженцы и наши обязанности**

**Аннотация.** В этой статье греческий профессор объясняет свое видение оснований моральных и политических обязанностей, которые существуют у нас как граждан своих государств в отношении беженцев. Автор считает, что достаточно распространенное во многих обществах восприятие беженцев как бремени и угрозы для принимающего государства является абсолютно ложным и используется довольно часто для оправдания других проблем, которые никоим образом не связаны с беженцами.

Оказывая же помощь и предоставляя приют беженцам, как считает автор, общества укрепляют свою собственную демократическую политическую общность, а граждане принимающих государств обретают более глубокое демократическое сознание. Кроме того, апеллируя к Канту, автор отмечает, что мы, как разумные существа, не можем желать, чтобы равнодушие стало универсальным законом, а на месте каждого беженца, который бежит от угроз его жизни и основополагающим права, в любой момент может оказаться любой из нас.

Утрата беженцами возможности получать защиту прав и основных свобод от своего государства не означает, что они должны быть оставлены на произвол судьбы. Все люди объединены между собой универсальным моральным долгом: не наносить умышленного вреда друг другу и помогать друг другу в случае серьезной угрозы, если это не связано с жертвенностью. Этот моральный долг по отношению к жителям или гражданам другого государства автор называет политическим самаритянством, что выглядит как солидарность и компенсация беженцам за их утраченный правопорядок. Это в конечном счете способствует утверждению справедливости. Выполнение этой обязанности, конечно, опосредуется государственными демократическими институтами. Автор считает, что государства должны позаботиться о том, чтобы разработать политики помощи беженцам, в которых отразится объективная оценка их возможностей, механизмы координации процессов помощи, справедливое распределение бремени и ресурсов.

Автор делает важную оговорку: помощь не может заставлять беженцев отказываться от собственной идентичности и получать новую в обмен на более высокий уровень жизни. Принимающие общества должны избегать пренебрежения и снисходительности к беженцам, высокомерия и хвастовства, которые предадут моральную целостность благотворительности.

---

**Ключевые слова:** беженцы; демократическое государство; моральный долг; политическое самаритянство; спасение; права и свободы; справедливость; общественно-политический порядок.

**Konstantinos Papageorgiou. The Refugees and our Duties**

**Abstract.** In this article, the Greek professor explains his vision of the reasons for the moral and political duties that we have as citizens of our own countries towards refugees. The author considers that quite common in many societies and heated up by populists the perception of refugees as a burden and a threat to the receiving state is absolutely false and is used often enough to justify various other problems that are in no way related to refugees.

Author argues that by helping and sheltering refugees, societies strengthen their own democratic political community, and democratic conscience of its' citizens becomes deeper. In addition, appealing to Kant, the author emphasizes that we, as reasonable beings, cannot desire indifference to become a universal law, and every moment instead of every refugee fleeing from threats to his life and fundamental rights can be any of us.

The lack of protection of basic rights and fundamental freedoms for refugee does not mean they can be forsaken. All people are bound by universal moral duties: not to intentionally harm one another and to help one another in the event of a serious threat, if not related to sacrifice. This moral obligation towards residents or citizens of other states, the author calls political samaritanism. People living within law and order are obliged to help refugees by enabling them to enjoy the protection of their state, thus showing solidarity and compensating them for lack of law and order. This ultimately contributes to the affirmation of justice. The fulfilment of this duty is, of course, mediated through public democratic institutions. States should implement policies of assistance to refugees that will reflect an objective assessment of their capabilities, coordination of assistance processes, fair sharing of burdens and resources.

The author makes an important remark: the help cannot force refugees to lose their identity and gain a new one in exchange for a higher standard of living. Host societies should avoid the neglect and condescension of refugees, show arrogance and boast that betrays the moral integrity of the beneficence.

**Keywords:** democratic community; legally ordered society; moral duties; political samaritanism; refugees; rights and freedoms; salvation; justice.

Одержано / Received 23.08.2019

## IDOL, DEDUCED FROM AN IDEAL?

### Rule of Law, Universalization, Degradation<sup>1</sup>

“All people of broad, strong sense have an instinctive repugnance to the men of maxims; because such people early discern that the mysterious complexity of our life is not to be embraced by maxims, and that to lace ourselves up in formulas of that sort is to repress all the divine promptings and inspirations that spring from growing insight and sympathy. And the man of maxims is the popular representative of the minds that are guided in their moral judgment solely by general rules, thinking that these will lead them to justice by a ready-made patent method, without the trouble of exerting patience, discrimination, impartiality – without any care to assure themselves whether they have the insight that comes from a hardly-earned estimate of temptation, or from a life vivid and intense enough to have created a wide fellow-feeling with all that is human.”

George Eliot<sup>2</sup>

“There is no need at all for different people, religions and cultures to adapt or conform to one another. [...] I think we help one another best if we make no pretenses, remain ourselves, and simply respect and honor one another, just as we are.”

Vaclav Havel<sup>3</sup>

---

\* Professor Emeritus, Philosophy of Law Institute of the Catholic University of Hungary & Research Professor Emeritus, Institute for Legal Studies of the Hungarian Academy of Sciences.

Чаба Варга, почесний професор, Інститут філософії права Католицького університету Угорщини, почесний професор-дослідник, Інститут правових досліджень Угорської академії наук.  
e-mail: [varga@jak.ppke.hu](mailto:varga@jak.ppke.hu)

<sup>1</sup> An earlier version of the paper was published as “Eszményből bálvány? A ‘joguralom’ és csapdahelyzetei” [An idol, out of an ideal? ‘Rule of law’ and the traps while referring to it] *Valóság* [Reality] LIX (Budapest 2016): 2, 28–40 & [http://epa.oszk.hu/02900/02924/00038/pdf/EPA02924\\_valosag\\_2016\\_02\\_028-040.pdf](http://epa.oszk.hu/02900/02924/00038/pdf/EPA02924_valosag_2016_02_028-040.pdf).

<sup>2</sup> George Eliot, *The Mill on the Floss* (1860) Book 6, chap. 2, <https://www.gutenberg.org/files/6688/6688-h/6688-h.htm#41>.

<sup>3</sup> Quoted in Philip K. Howard, “Vaclav Havel’s Critique of the West,” *The Atlantic* (December 20, 2011), <http://www.theatlantic.com/international/archive/2011/12/vaclav-havels-critique-of-the-west/250277/>.



For more than a quarter of a century, the almost mechanical and unreflective *reception* of Western mainstream trends across the entire Central and Eastern European region has made the chance of any fresh start the function of a soullessly estranged doctrinarism, declaring its newest inventions the law of the day, profoundly self-defeating for those countries concerned.<sup>4</sup> For whatever its present state – even if it appears obsolete, strange or crude to an external observer at first glance – within a given civilizational level it is only *tradition*, the accumulation of generations' lived experience – i.e., the historically evolving culture of each and every community – that can offer an integrative force to any given society, and dignity to the persons belonging to it.<sup>5</sup>

Just to start with our central concept, it is a degrading paradox to realize how much the English-American legal heritage strives to become the Number One teacher of Europe in making it to understand what the overemphasized and overused notion «*Rule of Law*» means. For it is surprising to notice that – as to the *English past* – an ideal is extended to gain acceptance worldwide as a universal model that has from the beginning targeted the preservation of the

<sup>4</sup> Cf., as to the once Soviet Union's destiny, Csaba Varga, "Failed Crusade. American Self-confidence, Russian Catastrophe," in *Transition? To Rule of Law? Constitutionalism and Transitional Justice Challenged in Central & Eastern Europe* (PoLiSz Series Books 7, Pomáz: Kráter, 2008), 199–219, <http://mek.oszk.hu/14800/14851>. A general overview with an assessment has recently been made by Stephen Holmes and Ivan Krastev, *The Light That Failed. Why the West Is Losing the Fight for Democracy* (New York: Pegasus Books, 2020).

<sup>5</sup> We are hardly longing for reviving the nomadic life of the Steppe again, but the political and social wisdom of its ordering may have been adequate and thoroughly balanced in its time. Abdumalik Nysanbayev, "Kazakhstan. Cultural Inheritance and Social Transformation," in *Kazakh Philosophical Studies I – Cultural Heritage and Contemporary Change Series IIIC Central Asia 2* (Washington, D. C., Council for Research in Values and Philosophy, 2004), <http://www.crvp.org/book/Series03/IIIC-2/chap-2.htm>, ch. II: "Common Law Philosophy of the Kazakhs: Potentials for Democracy". Cf. also Csaba Varga, "Ősnépeink jogszemlélete" [The legal mentality of our ancient ancestries], *Hitel* 28, no.11 (2015): 83–96, <http://www.hitelfolyoirat.hu/sites/default/files/pdf/17-varga.pdf>. While the Albanian Highland's "Blood Feud" [*gjakmarrja*] will scarcely be regarded positively today, nevertheless, "Albanians have a reverence for honesty and good faith that plays an almost sacred role in their customary law. These same values can bring justice to modernity, and control the atomism and the positivism that have defaced the rule of law in other, more modern, European societies." Genc Trnavci, "The Interaction of Customary Law with the Modern Rule of Law in Albania and Kosova," in *The Rule of Law in Comparative Perspective Series: Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* Vol. 3 (Dordrecht, Springer Science+Business Media B. V., 2010), 201–15, at 215. Cf. also Arburim Iseni, Ylber Sela, and Adem Beadini, "A Comparative Study of Albanian Customary Law with the Code of the West and the Common Law of England. Lex Scripta vs. Lex Non Scripta," *Journal of Law, Policy and Globalization* 18 (2013): 50–60, <http://www.iiste.org/Journals/index.php/JLPG/article/viewFile/8498/8437>.

The first comparative attempt at drawing a legal map of the world genuinely based on tradition is Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), with parts detailing the varied roles tradition has always played especially in classical Jewish and Islamic understandings and practices of law. For the variety of roles tradition used to play, see Csaba Varga, *Comparative Legal Cultures. On Traditions Classified, their Rapprochement & Transfer, and the Anarchy of Hyper-rationalism* (Budapest: Szent István Társulat, 2012), 83–5, <http://mek.oszk.hu/15300/15386>.

autonomy (or independence from the royal power) of the judiciary. And ironically, the most essential feature, i. e. that common law has never been embodied in clear rules and that the incessantly growing mass of precedents cannot but be based on an *ex post facto* declaration of what the kingdom's law has always allegedly been, that is, plainly retroactive for the contended case,<sup>6</sup> is not disputed by either its classic or contemporary jurisprudence.<sup>7</sup> And as to the *United States of America's presence*, their understanding of what the rule of law stands for is founded on the political and hierarchical supremacy of judicial power, in such a way close as to amount to the breaking down of what has been left from their founding fathers' ideas on democracy and representation. As to the motives – as domestic critics repeatedly claim, – it is rooted in the short-term striving to win, characteristic of American culture, including politics. And in its main orientation of not losing, the state power's democratic (representative) machinery, legislation-cum-government, is oriented to attract voters' favor, and therefore frequently passes on, obstinately, those issues that risk unanimous popular consent, to readily available judicial fora. For this reason, divisive issues – that is, those that would indeed need disputing at a *demos* level – are, instead of achieving the people's representatives' democratic consent, decided *in camera* by a judicial forum, throughout homogenized and formalized in law, not exceptionally on crucial issues as well, pioneering over the stance of huge parts of massively shared popular values.<sup>8</sup> As an added and self-multiplying effect, there is also constitutional adjudication imposed upon legislation: the law enacted by the sovereign representative is, if brought to judicial fora, dependent on reaffirmation by a professional body which is not representative, not easily accessible to democratic control either, and acts, again, in a legally homogenized and formalized way. In its own self-generating turn, this offered an invitation to the recently deceased Ronald Dworkin to propose judicial review for assessing political party programs as well, before a party may launch its agenda before the public. Moreover, even American rule-based law itself gets increasingly deformed in legislative practice so that it can easily serve juristocratic interests:<sup>9</sup> it gets drafted in a manner to ease decisional options for the future judge should the regulated issue be contested.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Richard Ekins, "Rights, Interpretation and the Rule of Law," in *Modern Challenges to the Rule of Law*, ed. Richard Ekins (Wellington: LexisNexis NY, 2011), 165–87, 166–7, 174–8.

<sup>7</sup> E.g., John Philip Reid, *The Rule of Law. The Jurisprudence of Liberty in the Seventeenth and Eighteenth Centuries* (DeKalb, Ill.: Northern Illinois University Press, 2004) and James R. Silkenat, James E. Hickey Jr., and Peter D. Barenboim, eds, *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 38 (Heidelberg: Springer, 2004).

<sup>8</sup> "Legislation is far more likely to reflect majority sentiment while judicial activism is likely to represent an elite minority's sentiment." Robert H. Bork, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law* (New York: Simon and Schuster 1990), 17.

<sup>9</sup> Cf. *Die Stufenweise Entstehung des Juristokratischen Staates / The Gradual Emergence of the Juristocratic State*, ed. Béla Pokol & András Téglási (Budapest: Dialóg Campus, 2019) & <[http://www.dialogcampus.hu/users/default/dialogcampus/ebooks/978-615-6020-71-0/pdf/pdf\\_die\\_stufenweise\\_entstehung\\_des\\_juristokratischen\\_staates\\_the\\_gradual\\_.pdf](http://www.dialogcampus.hu/users/default/dialogcampus/ebooks/978-615-6020-71-0/pdf/pdf_die_stufenweise_entstehung_des_juristokratischen_staates_the_gradual_.pdf)>.

<sup>10</sup> Eric Helland and Jonathan Kick, "Regulation and Litigation: Complements or Substitutes?" in *The American Illness. Essays on the Rule of Law*, ed. F. H. Buckley (New Haven, London: Yale University Press, 2013), 118–36.

In reaction, oppositional scholarly literature has in the meantime emerged addressing the destructive effects of this new “*political religion*”,<sup>11</sup> calling attention, among others, to the intellectual climate, in the womb of which quantities of unrestrained law professors, rivalling each other to arrive at intellectually constructed extremes, alongside profit-hungry advocates, skilled in filling available or artificially established gaps in the law, and who construct their own rule of law – to the detriment of the one-time ideals of the founding fathers.

What have they produced and what may have produced them? As a sign of the dissolution of social trust and the disintegration of the social network in American society over the last fifty years, divorce has multiplied by four, birth out of wedlock by twelve, violent crime by ten, at a time when, as critics allege, the hypertrophically increasing curve of regulatory intervention and litigation had already corroded faith in the law.<sup>12</sup> Instead of being a remedy, law has itself become the problem, a *major pathogenic factor* in the sickening of America, as repeatedly stated by home critics.<sup>13</sup> Accordingly, at a stage when representative democracy is forced back by the triumphal judicial power<sup>14</sup> and mainstream ideology (upheld by some from a minority partisan background) is estranged from basic human needs, the cry for “Government by real people, not theories” has also surfaced as a new re-vindication.<sup>15</sup> Or, proud and arrogant “*American exceptionalism*” (recognizing, in the mirror of America, the “end-of-history” type<sup>16</sup> universal ideal of human existence) is already seen and diagnosed by some as a repressed impotence-cum-chauvinism, characterized by an over-expensive legal order, artfully legalized wrangling, and an influential lawyer cast parasitic on corruption.<sup>17</sup> It is usual to attribute this more and more to the proliferating brainchildren, easy and irresponsible, of elite universities acting as “short-sighted, self-interested groups”,<sup>18</sup>

<sup>11</sup> Ran Hirschl, *Constitutional Theocracy* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2011).

<sup>12</sup> Francis Fukuyama, *The Great Disruption. Nature and the Reconstitution of the Social Order* (New York: The Free Press, 1999). Cf. also Csaba Varga, “Humanity Elevating Themselves? Dilemmas of Rationalism in our Age,” in his *Theory of Law. Norm, Logic, System, Doctrine & Technique in Legal Processes, with Appendix on European Law*, Philosophiae Iuris (Budapest: Szent István Társulat, 2012), 131–64, <http://mek.oszk.hu/15400/15409>.

<sup>13</sup> F. H. Buckley, *The American Illness. Essays on the Rule of Law* (New Haven – London: Yale University Press, 2013) is itself an inquiry into, as stated in the Preface, “whether the U. S. legal system is contributing to the country’s long post-war decline”. Cf. also, as a reflection on Paul F. Campos, *Jurismania. The Madness of American Law* (New York: Oxford University Press, 1998), comments by Csaba Varga, “Legal Mentality as a Component of Law. Rationality Driven into Anarchy in America,” *Curentul Juridic* XVI, no. 1 (2013): 63–77, [http://revcurentjur.ro/arhiva/attachments\\_201301/recjurid131\\_7F.pdf](http://revcurentjur.ro/arhiva/attachments_201301/recjurid131_7F.pdf).

<sup>14</sup> Ran Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge, MA and London: Harvard University Press, 2004).

<sup>15</sup> Philip K. Howard, *The Rule of Nobody. Saving America from Dead Law and Broken Government* (New York: W. W. Norton & Company, 2014), heralded as a chapter title; cf. also Philip K. Howard, *The Death of Common Sense. How Law is Suffocating America* (New York: Random House, 1994).

<sup>16</sup> Cf. Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man* (New York: The Free Press, 2006).

<sup>17</sup> F. H. Buckley, “The Rule of Law in America,” in *The American Illness*, 3–39.

<sup>18</sup> Philip K. Howard, *The Collapse of the Common Good. How America’s Lawsuit Culture Undermines our Freedom* (New York: Ballantine Books, 2002).

that social solidarity has molded. Or, as has been concluded, “the legal foundation of the road to serfdom was devised by law professors,” at a time when “social policy litigation has corroded democracy and contributed to public polarization and the fiscal crisis.”<sup>19</sup> That is, thanks to the overall mass of laws, and lawyers wedging themselves extensively into the available ongoing processes and movements of habitual social practices, medical expenditure is hypertrophically higher and litigation costs have multiplied by four to nine times as compared to other countries; with the end-result of an “overlawyered, overregulated country with multiple access points for bureaucrats and special interests to interfere with business decisions.”<sup>20</sup> Not by chance, some months before his assassination, Robert F. Kennedy, too, on the mainstream understanding of the Rule of Law ideal, opined on “the gross national product [ ... that ... ] measures everything, in short, except that which makes life worthwhile. And it tells us everything about America except why we are proud to be Americans.”<sup>21</sup>

Well, now it seems as if such new developments were at the same time anticipating *European Union* political and legal reality as well. For, as recently stated: “The European Union (EU) is not driven by the Rule of Law as an institutional ideal. Instead, the Union deploys the ‘Rule of Law’, viewed to a large extent through the lens of the autonomy of the EU legal order, to shield its law from potential internal and external contestation. This is precisely the opposite of what the classical understanding of the Rule of Law would imply. The perverse semantics of the Rule of Law in the EU legal context would not be worthy of a lengthy investigation, if it were not for the fact that far-reaching destructive consequences of this perversion directly affect the very constitutional essence of the European Union and its Member States by undermining the values – the Rule of Law included – on which both constitutional levels are purportedly built.”<sup>22</sup>

And what has happened, what about the consequences? By now, on a widened scene, both domestic and international agencies (mostly the non-lawyer representatives of political bodies and international agencies, including the United Nations<sup>23</sup>) use, overuse and abuse

<sup>19</sup> Randy E. Barnett and Philip K. Howard, quoted by Walter Olson, *Schools for Misrule. Legal Academia and an Overlawyered America* (New York: Encounter Books, 2011), 407.

<sup>20</sup> Richard M. Reinsch II, *America’s Rule of Law Sickness* (2013) <http://www.libertylawsite.org/2013/07/24/americas-rule-of-law-sickness/>. As background, cf. Csaba Varga, “Law, Ethics, Economy: Independent Paths or Shared Ways?” in his *Theory of Law. Norm, Logic, System, Doctrine & Technique in Legal Processes, with Appendix on European Law*, *Philosophiae Iuris* (Budapest: Szent István Társulat, 2012), 202–215, <http://mek.oszk.hu/15400/15409>.

<sup>21</sup> Robert F. Kennedy at the University of Kansas on March 18, 1968, quoted by Vishal Majithia, *Great Leaders are Made, not Born* (October 27, 2006), <https://www.flickr.com/photos/vm1757/280433501> from Robert F. Kennedy, *Make Gentle the Life of the World. The Vision of Robert F. Kennedy*, ed. Maxwell Taylor Kennedy (New York: Harcourt Brace, 1998).

<sup>22</sup> Dimitry Kochenov, “EU Law without the Rule of Law. Is the Veneration of Autonomy Worth It?” *Yearbook of European Law* 34, no. 1 (2015): 74, <https://ssrn.com/abstract=2642689>.

<sup>23</sup> Thomas Fitschen, “Inventing the Rule of Law for the United Nations,” *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 12 (2008), 347–80.

catchwords such as ‘rule of law’, ‘democracy’ and ‘human rights’, as if such sphinx-like expressions could stand for genuine legal authorities themselves.<sup>24</sup> Almost like political slogans, these are appealed to as if they were implied normatively well-defined and legally operative measures, able to offer exhaustively exclusive and lawyerly manageable criteria. For that matter, they do this fully aware of the fact that, indeed, both their meaning and the consequences of what have been attributed to them by politically and legally maneuvering actors are ambiguously open. After all, this performance is a barely disguised, ill-concealed *political rule*, practiced by manipulation with the tone of the exclusivity of some quasi-absolutism.<sup>25</sup> This is that makes such claims over-generalized, emptied of their historically established context and original meaning. And assuming the above characterization proves to be a correct premise, what is left cannot be more or less than lost conceptualization, transformed into a merely referential idol, qualified as “meaningless thanks to ideological abuse and general over-use.”<sup>26</sup>

## II

Three decades ago, those now in government, at the time my own university students in the metropolitan law faculty in *Hungary*, organized an international conference on the understanding of the Rule of Law, at a time when they already perceived the dawn of the collapse of the communist regimes.<sup>27</sup> John Finnis of Oxford, attending the conference, set the tone with a surprising but upbeat and pertinent admonition. There is an immense number of books dedicated to the topic – he said – with all of them addressing you in your

<sup>24</sup> In the meantime, the once balance of duties/rights have been unilateralised, with an “expansion of the language of rights [...] without boundaries and without responsibility” – Paolo G. Carozza, *The Protean Vocabulary of Human Rights* (Chambésy: Caritas in Veritas Foundation, no year), <http://www.fciv.org/downloads/Carozza.pdf> –, a pattern having become almost exclusive. Mary Ann Glendon, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse* (New York: The Free Press, 1991). By today, it is human rights and the rule of law that are emphasised in pair as embodying the supreme human values to be guarded by law, whose activation can only be guaranteed by all-social participation wedged in through the various forms of soft law. Isabel Trujillo, “*Human Rights, Peace, and the Concept of Law: The Story of an Incomplete Legal Revolution*,” Plenary lecture at the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy XXVIII World Congress, Lisboa (July 20, 2017). Thereby a new kind of legal pluralism seems to be born, ending in the flowless dissolution of what has ever been known as law.

<sup>25</sup> Reminding of repeated times with “the intervenors [who], when challenged, always resort to a moral justification – natural law and Christianity in the sixteenth century, the civilizing mission in the nineteenth century, and human rights and democracy in the late twentieth and twenty-first centuries.” Immanuel Wallerstein, *European Universalism. The Rhetoric of Power* (New York: New Press, 2006), 27.

<sup>26</sup> Judith Shklar, “Political Theory and the Rule of Law,” in *The Rule of Law. Ideal or Ideology*, ed. Allan C. Hutchinson, and Patrick Monahan (Toronto: Carswell, 1987), 1 et seq. on 1. Cf., as recently monographised, by a constitutional justice, a member of the Venice Commission, ex deputy *procureur générale* of Hungary, András Zs. Varga, *From Ideal to Idol? The Concept of the Rule of Law* (Budapest: Dialog Campus, 2019).

<sup>27</sup> E.g., Joseph Raz, “The Politics of the Rule of Law” *Ratio Juris* 3, no. 3 (1990), 331–9 refers expressly to the lecture he delivered at the time, reformulated later as an academic paper.

endeavor in rebuilding your country after communism. But don't bother with them, please – he added. It would be meaningless for you. There is only one single sentence out of them all that may have a particular message for you. One, from my own book. And it reads: “Rule of law is not and cannot be a pact of collective suicide.”<sup>28</sup> Well, what was meant by such a cryptic, sharp and shocking formulation? As he explained, the Rule of Law stands for the *culture* of the exercise of state power. This has developed differently in differing countries, responding to local contingent challenges. And challenges being *hic et nunc*, that is, particular with varied emphases and cultural contexts, there is *no exclusive response* available. And whatever response eventually arose, there and then, it was solely a response to the urgently felt need in the first place, with no specific concern for an abstract posterity. That is, the Rule of Law is a *civilizing idea* of how state power can pacify and humanize: a tool to achieve the public good as a strategic target, but not an excuse not being able to achieve it. All in all, in principle, it is the function of any given state exactly what culture it cultivates and how it is to implement its measures in various situations.

This amounts to stating that the Rule of Law cannot become a fetish. Moreover, it cannot even be treated like an artificially dichotomized duality, in the style of all-or-nothing, without counting with gradualism<sup>29</sup> and – of course, ethically and juristically also thoroughly balanced – practicality.<sup>30</sup> After all, the Rule of Law ideal is not an operational concept; it has

<sup>28</sup> John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Law Series (Oxford: Clarendon Press, 1980) holds indeed that security of law being a public good and rule of law being having the potential to secure all aspects or even the essence thereof, by choosing, in the dilemma of unconditional legality and a statesman's act, one may be forced to renounce its full implementation.

By the way, since Justice Jackson's dissent in *Terminiello*, 337 U. S. at 36 in 1949, calling the Court to temper its doctrinaire logic with a little practical wisdom for it will not “convert the constitutional Bill of Rights into a suicide pact”, this argumentation has been accepted by the Supreme Court of Israel, among others. As quoted by its president – Aharon Barak, “The Role of a Supreme Court in a Democracy, and the Fight against Terrorism,” *University of Miami Law Review* 58 (2003): 132, [http://www.antonioacasella.eu/archica/Aharon\\_Barak\\_2003.pdf](http://www.antonioacasella.eu/archica/Aharon_Barak_2003.pdf): 132 – “A constitution is not a prescription for suicide, and civil rights are not an altar for national destruction. The laws of a people should be interpreted on the basis of the assumption that it wants to continue to exist. Civil rights derive from the existence of the State, and they should not be made into a spade with which to bury it.”

<sup>29</sup> Cf., e.g., Charles Sampford, *Retrospectivity and the Rule of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006), who holds that retroactivity, to a certain extent, is characteristic of practically all well-arranged societies, independently of whether this is perceived or not.

<sup>30</sup> F. A. Hayek, *The Road to Serfdom* (Chicago: University of Chicago Press, 1944) on 22 emphasizes, for instance, that “retrospective legislation can be beneficial when it corrects some legislative slip or permits the overcoming of some hardship to some persons without injury to the rights of others.” Kameshwar Nath Chaturvedi, “Legislative Retrospectivity and Rule of Law,” *Statute Law Review* 34, no. 3 (2013): 207–20 adds that it may be legally unproblematic as well. And what is if it runs counter earlier expectations, perhaps conform to formally legal tenets of the day, especially after the path of transition from dictatorship to rule of law is covered? Well, Andrei Marmor, “The Rule of Law and its Limits,” *Law and Philosophy* 23, no. 1 (2004): 20 responds, referring to efforts at coming to terms with the past after a dictatorial regime, that “If the legal system is profoundly corrupt, citizens are not morally entitled to assume that whatever is legal at the time is something that they are permitted to do.”

no commonly accepted notion in law either.<sup>31</sup> This is also to say that it belongs to those concepts which are from the beginning *essentially contested*. Such is the typical feature of conceptualizations to which neither narrowing (or reductive dogmatism) nor widening (or open-ended eclecticism) can offer a solution. Expressive of value-content and very varied considerations by definition, their unending democratic disputation, controversy, polemics and argumentation are – instead of making them sharp to induce one single conclusion – only select from the variety of equally defensible understandings, in themselves each conceivable and viable in law.<sup>32</sup> For what is at stake with the Rule of Law is not an accomplished and positivized system but a *living culture*, built step to step by each and every relevant occasional action. Developing through the unending chain and accumulation of challenges and responses, it draws from the *hic et nunc* historical experience of any given people. Moreover, taking into consideration the most intimate connection and overall embeddedness of any given stage within the cultural patterns prevailing there and then, it cannot – roughly speaking – be more than a synthetic average of what is ordered from above and what its popular assistance dictates on a changing – perhaps daily – basis.<sup>33</sup>

No need to add that as a cultural aspiration, the Rule of Law ideal can spread through peoples with whom there has evolved some demand for a mutual learning process. Thereby, on the one hand, kinds of assimilation may eventuate (in order to form types characteristic of given historical periods) and, on the other, common development can ensue (in order to form types characteristic mostly of, e.g., the Common Law or the Civil Law). However,

<sup>31</sup> “Firm adherents are locked in great disagreement about what the rule of law really is.” This is the statement introduced by Ronald Dworkin, *The Rule of Law as a Practical Concept*, Keynote Speech. Venice Commission Conference (2012), <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL%282013%29016-e>. Cf., as an already classical overview Richard H. Fallon, Jr, “The Rule of Law” as a Concept in Constitutional Discourse,” *Columbia Law Review* 97, no. 1 (1997): 1–56, followed by, e.g., Daniel B. Rodriguez, Mathew B. McCubbins, and Barry R. Weingast, “The Rule of Law Unplugged,” *Emory Law Journal* 59, no. 6 (2010): 1493, [https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.hu/&httpsredir=1&article=5990&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.hu/&httpsredir=1&article=5990&context=faculty_scholarship), concluding on 1493 that “It is likely that no single definition of Rule of Law will ever achieve consensus among those who make Rule of Law promotion their central goal. Aggregating all of the existing measures into an ordinal scale or index, which is the most common approach, does little to overcome this definitional divide and only serves to violate every tenet of measurement theory.”

<sup>32</sup> Walter Bryce Gallie, “Essentially Contested Concepts,” *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series 56 (1955–1956): 167–98; cf. also [https://en.wikipedia.org/wiki/Essentially\\_contested\\_concept](https://en.wikipedia.org/wiki/Essentially_contested_concept).

<sup>33</sup> “The Rule of Law probably cannot exist in a society unless people engage in constant argument what the Rule of Law amounts to” – holds Jeremy Waldron, “Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (In Florida)?” *Law and Philosophy* 21, no. 2 (2002): 164 —, therefore – as stated in the classic F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty* (Chicago: University of Chicago Press, 1960), 206 – “many of the applications of the rule of law are also ideals which we can hope to approach very closely but can never fully realise. If the ideal of the rule of law is a firm element of public opinion, legislation and jurisdiction will tend to approach it more and more closely. But if it is represented as an impracticable and even undesirable ideal and people cease to strive for its realisation, it will rapidly disappear. Such a society will quickly relapse into a state of arbitrary tyranny.” That is to say, there is a sensitive balance to be drawn and re-drawn all through.

the constant formation of how the ideal is implemented via actual moves, measures and provisions that are necessary to meet current needs does not make it a universal (or universalizable) pattern either: it remains the living culture of the peoples concerned, responding to their own challenges according to their own ways as part of solely their own heritage – independently of whether or not, in the persistent whirling of imperialisms and globalisms on our globe, there are power centers endeavoring to impose their own routines, as if they were a universal pattern, on others.<sup>34</sup> And now, what follows? It has, what was in the past the myth of the civilizing “white man”, followed by the Spanish/English and French/Dutch colonizing “European superiority” and “cultural supremacy”, in the meantime transubstantiated into “*American exceptionalism*”.<sup>35</sup> Aggrandizing their great power and sole global power ethno-centrism,<sup>36</sup> it is now used to excel in denouncing even modest local assertions of others’ national interests as hideous “nationalism”.

By its nature, the Rule of Law withstands encapsulation into dogmas. Its guiding spirit is far from any clear-cut command as to how to proceed in a concrete case or take an individual decision. It is *weighing and balancing* in situations where equally legitimate, relevant considerations, values and interests are in conflict and competition, in situations the optimum fulfilment of which can only be something of a middle course, a compromise solution.

After all, the most acute and vigorous idea of the ‘rule of law’, ‘democracy’, ‘human rights’ and so on – as the Polish Pope of yesterday also reminded us<sup>37</sup> – embodies an *instrumental*

<sup>34</sup> Cf. Csaba Varga, “Transfers of Law. A Conceptual Analysis,” in *Hungary’s Legal Assistance Experiences in the Age of Globalization*, ed. Mamoru Sadakata (Nagoya: Nagoya University Graduate School of Law Center for Asian Legal Exchange, 2006), 21–41, <http://mek.oszk.hu/17500/17543> [Reproduced: “Rule of Law through Legal Transfer. Historical Patterns and Contemporary Dilemmas,” *East European & Russian Yearbook of International and Comparative Law* 4–5 (2010–2011): 45–61]. Even pieces of historical particularity are universalised when such a feature unreproducible elsewhere – Thomas M Franck, “The New Development. Can American Law and Legal Institutions Help Developing Countries?” *Wisconsin Law Review* 12, no. 3 (1972): 783 – gets implemented not only in the reach of Common Law but also in dissimilar cultures like South-Africa and Israel. Cf. Hirschl, *Towards Juristocracy*. On ideological overgeneralisation and universalisation of the winner’s interests at any time, see the classic Karl Marx, and Friedrich Engels, *Die deutsche Ideologie. Kritik der neuesten deutschen Philosophie in ihren Repräsentanten Feuerbach, B. Bauer u. Stirner u. des deutschen Sozialismus in seinen verschiedenen Propheten, 1845–1846*. [Volksausgabe der ersten ungekürzten vollständigen Erstausgabe der Marx-Engels-Verlag im Auftrag der Marx – Engels – Lenin-Institut Moskau.] Hrsg. Vladimir V. Adoratskij (Wien – Berlin: Verlag für Literatur u. Politik, 1932).

<sup>35</sup> Cf. [https://en.wikipedia.org/wiki/American\\_exceptionalism](https://en.wikipedia.org/wiki/American_exceptionalism) and <http://nationalinterest.org/about-the-national-interest>, respectively.

<sup>36</sup> One of the early realisations was the account drawn in re of one of the major American targeted interventions in aid policy; cf. James A. Gardner, *Legal Imperialism. American Lawyers and Foreign Aid in Latin America* (Madison: University of Wisconsin Press, 1980).

<sup>37</sup> Cf. Csaba Varga, “Buts et moyens en droit,” in *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio. (Omaggio dei giuristi a Sua Santità nel XXV anno di pontificato.)*, ed. Aldo Loiodice, and Massimo Vari (Roma: Bardi Editore – Libreria Editrice Vaticana, 2003), 71–5 [cf. its expanded version in translation, Csaba Varga, *The enigma of law and of legal philosophising: Selected works*, ed.



*value*, nothing more. For law is a category of social mediation, as language is: they are neutral in themselves. What they mediate is taken over from other social complexes.<sup>38</sup> So they are to mediate fundamental values, among others, too, and the ultimate value of the instrumental value of ‘rule of law’, ‘democracy’, ‘human rights’, and so on, is dependent on what *are* those values in the occurrence they actually are or allege to mediate.<sup>39</sup>

An excellent recapitulation has been given by the president of the Supreme Court of Justice [*Curia*] in Hungary, messaging that “values laying the foundations of legal order and substantiating why society is legally organised – like dignity, liberty, and the peace of persons and communities – have to be asserted and condensed in the very notion of the rule of law. But the implementation of such values is from the beginning impaired if other rule of law notional components – like legal security – are granted absolute priority. For legal security and rule by law embody values themselves, on the one hand. But values can conflict and therefore need balancing, on the other. Once instrumental value protecting the law’s consistency conflicts with a fundamental value, this latter has priority.”<sup>40</sup>

---

M. V. Antonov (Saint Petersburg: Publishing House Ltd. “Alef-Press”, 2015 (in Russian), 173–84, [http://93.174.95.29/\\_ads/9166F93B38A410059DC56C227D339861](http://93.174.95.29/_ads/9166F93B38A410059DC56C227D339861)], as already clearly formulated by Aristotle saying that there are “things good in themselves” and “things good for the sake of things good in themselves”, which latter can only serve as “instruments to them”; cf. Aristotle, *Nicomachean Ethics*, rev. ed. Robert Crisp, Cambridge Texts in the History of Philosophy (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), Book I (para 10–15) on 8–9.

<sup>38</sup> Csaba Varga, *The Place of Law in Lukács’ World Concept*, 3rd (reprint) ed. with Postface (Budapest: Szent István Társulat, 2012), <http://mek.oszk.hu/14200/14249/> and Csaba Varga, “The Contemporaneity of Lukács’ Ideas with Modern Social Theoretical Thought. The *Ontology of Social Being* in Social Science Reconstruction with Regards to Constructs like Law,” *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 99, no. 1 (2013), 42–54. [Reprint, From the *Ontology of Social Being to the Law’s Ontology*, *Journal of the Siberian Federal University Humanities and Social Sciences* 8, no. 10 (2015): 2002–17 [http://elib.sfu-kras.ru/bitstream/2311/19820/4/01\\_Varga.pdf](http://elib.sfu-kras.ru/bitstream/2311/19820/4/01_Varga.pdf).

<sup>39</sup> Csaba Varga, “Goals and Means in Law,” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* LI, no. 1–2 (2010): 263–74, <http://www.thomasinternational.org/projects/step/conferences/20050712budapest/varga1.htm>.

<sup>40</sup> Péter Darák, “Társadalmi problémák – jogi megoldások” [Social problems – legal solutions], in (*L)ex cathedra et praxis. Ünnepi kötet Lábady Tamás 70. születésnapja alkalmából*, ed. Zoltán Csehi, András Koltay, Balázs Landi, and Anett Pogácsás, Xenia (Budapest: Pázmány Press, 2014), 591, note 6. It is worthwhile to note that in a scandalous precedent made a quarter of a century ago, the Constitutional Court of Hungary practically declared all abuses of the past murderous regime no longer prosecutable, referring to the mere passing of time under statutory limitations, denying the relevance of the fact that an obstinately criminal state-organized police network as actor had also excluded, even retaliated brutally on their occurrence, any lawful intent at investigation according to the criminal and procedural codes made by the socialist state in force at the time. As declared in both justification and excuse, but setting its future tone, the Constitutional Court opined that “Legal certainty based on formal and objective principles is more important than necessarily partial and subjective justice.” A Magyar Köztársaság Alkotmánybírósága [1992] Constitutional Court of the Republic of Hungary No. 11/1992 (in Hungarian), <http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/A0D36B21A86C45BEC1257ADA0052B4F7?OpenDocument>.

## III

In such a perspective, it is not only the hyperactivity, doctrinarianism and excessive formalism of some *constitutional courts* in the region that are to blame in representing a genuine and long-term danger. Albeit their activism's supreme illegality may have called into question why the rule of law is worthwhile at all, and hindered (if not simply blocked) the chance of a true(r) transition,<sup>41</sup> nowadays what is even more troubling is the *European Union's* manipulation, maneuvering with unfounded criticism on a daily basis as a quasi-legal intervention, in order for it to *marshal domestic issues* as well. This is perhaps a post-modern imperialism, springing to the attack with the sacred passion of a new ideologist, the incarnation of the final truth.

Ideologists today act as a *judgeocracy*, working with soft law.<sup>42</sup> Due to this, the benefits of representative power, parliamentary sovereignty and the underlying meaning of democracy may be impoverished and minimized.<sup>43</sup> Once *law in action* is freed from the *law in books* by the judiciary, widening or narrowing of the law's scope becomes discretionary, menaced by *sabotage judiciaire ou révolte* as well.<sup>44</sup> As is known, balances and proportions that come to frame and structure institutions and ideologies at any time are confused by new claims, if advanced and pushed under voluntarist pressure. This is necessarily an outcome, because

<sup>41</sup> Cf., Csaba Varga, *Transition to Rule of Law. On the Democratic Transformation in Hungary*, Philosophiae Iuris (Budapest: "ELTE Comparative Legal Cultures" Project, 1995), <http://mek.oszk.hu/14700/14760/>.

<sup>42</sup> All over the world the topic is feverishly cultivated covering both its international and domestic application as can be seen (as reduced to national uses) from, among others, Linda Senden, *Soft Law in European Community Law*, Modern Studies in European Law 1 (Oxford – Portland, Oregon: Hart Publishing, 2004); Ulrika Mörtz, *Soft Law in Governance and Regulation. An Interdisciplinary Analysis* (Cheltenham & Northampton: Edward Elgar, 2004); Lui Haocai zhu bian, *Ruan fa de li lun yu shi jian* [The theory and practice of soft law], Ruan fa yan jiu xi lie [Soft law series] (Beijing Shi: Beijing da xue chu ban she, 2010); Luo Haocai, *Soft Law Governance. Towards an Integrated Approach*, trans. Ben Armour & Tang Hailong (from Chinese, 2009) (Buffalo, N. Y.: William S. Hein & Co, 2013); *Soft Law. Scandinavian Studies in Law* 58, ed. Peter Wahlgren. (Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2013); Endō Naoya cho, *Sofuto rō demokurashī ni yoru hōkaikaku. / Reform of Japanese Law via Soft Law Democracy* (Tōkyō: Atodeizu, 2014); Greg Weeks, *Soft Law and Public Authorities. Remedies and Reform*, Hart Studies in Comparative Public Law 11 (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2016); *Soft law et droits fondamentaux. Actes du colloque du 4 et 5 février 2016*, Publications de l'Institut international des droits de l'homme 33 (Paris: Pedone, 2017).

<sup>43</sup> Hirschl, *Towards Juristocracy*; cf. also *The Global Expansion of Judicial Power* ed. C. Neal Tate, and Torbjörn Vallinder (New York: New York University Press, 1995); Walter K. Olson, *The Rule of Lawyers. How the New Litigation Elit Threatens America's Rule of Law* (New York: St. Martin's Press, 2003); Leslie Friedman Goldstein, "From Democracy to Juristocracy?" *Law & Society Review* 38, no. 3 (2004): 611–29; Alec Stone Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe* (Oxford: Oxford University Press, 2010); as well as Bernd Rüthers, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2014).

<sup>44</sup> For a historical case study, cf. Yves-Louis Huftreau, *Le référé législatif et le pouvoir du juge dans la silence de la loi*, Travaux et recherches de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris, Série Droit privé 2 (Paris: Presses Universitaires de France, 1965).

all kinds of artificial and imposed developments enforce new kinds of *homogenization* that disfigure the original setting. The assertion of a single consideration, mostly alien to what the matter is strictly about, may distort the whole process.<sup>45</sup> For instance, the human rights centered approach as pressed by the western mainstream nowadays can corrupt and spoil any other consideration, reducing the complexity of adjudication to a single point of view, mostly extraneous to the matter.<sup>46</sup> Similarly, introducing judicial control over government actions may easily lead to ignoring what the proper essence may have truly been. For, then, social acceptance, economic gain, political rationality, even national survival itself may be confronted with mere legality, which may prove to be irrelevant socially and even politically at the time.<sup>47</sup> For, as is known, reductionism equals simplification, homogenization and denaturing, implying falsification. Like a whitewash, when a four-star Pentagon general was told by the supreme commander on duty as an exoneration: “we don’t know what to do [ ... ], but we’ve got a good military, and we can take down governments. I guess if the only tool you have is a hammer, every problem has to look like a nail.”<sup>48</sup>

Is this *the* progress we are committed to marching for?

#### IV

In a brief overview of the historical development of what law in Europe has duly meant, and consisted in, from its earliest appearances to its present day variations we are talking about, the ancient *dikaion* justice stood for guidance as a springboard in order to arrive at a there-and-then just solution, with *ius* serving as an airy ideal. Later on, by positing it and thereby also exhaustively embodying it in forms of *lex*, reduced the ideal to what could be realized therefrom within the realm of the *lex*. At the same time, that which was once *regola*, that is, a simplified summary characterization of ongoing decisional practice, became *regula*, that is, accurately drafted and specified normative building blocks in creating the law. In order to make the law an aggregate of unquestionable rules, in European history law-givers repeatedly resorted to prohibition of interpretation. All this notwithstanding, however, the inventiveness of lawyerly tricks would erode original meanings so much in later times that

<sup>45</sup> Howard, *Collapse*.

<sup>46</sup> Csaba Varga, “Az emberi jogok problematikája” [Problematics of human rights], *Társadalomkutatás* 32, no. 2 (2013): 1–15, [http://www.vmtt.org.rs/mtn2013/063\\_082\\_Varga\\_A.pdf](http://www.vmtt.org.rs/mtn2013/063_082_Varga_A.pdf). [cf. in translation, Varga, *The enigma of law*, 173–84, [http://93.174.95.29/\\_ads/9166F93B38A410059DC56C227D339861](http://93.174.95.29/_ads/9166F93B38A410059DC56C227D339861)].

<sup>47</sup> E.g., Carol Harlow, “European Governance and Accountability,” in *Public Law in a Multi-layered Constitution*, ed. Nicholas Bamforth, and Peter Leyland (Oxford: Hart Publishing, 2003), 79–102. A telling series of instances were used from the World Bank’s ample documentation as examples in Varga, “Transfers of Law,” and, as to the basic change, even complete switch-off, of coming-to-terms-with-the-past-in-law endeavours in the post-dictator areas of the world, in Juan E. Méndez, “Accountability for Past Abuses,” *Human Rights Quarterly* 19, no. 2 (1997): 255–82.

<sup>48</sup> In Wesley Clark, “Gen. Wesley Clark Weighs Presidential Bid. I Think About It Every Day,” interview, March 02, 2017, [http://www.democracynow.org/2007/3/2/gen\\_wesley\\_clark\\_weighs\\_presidential\\_bid](http://www.democracynow.org/2007/3/2/gen_wesley_clark_weighs_presidential_bid) and <http://genius.com/General-wesley-clark-seven-countries-in-five-years-annotated>.

Martin Luther, for instance, could only qualify their players as *Juristen, böse Christen*.<sup>49</sup> Not much later, processing and developing the law via logical means, resulted in both conceptualizing it and building it into a coherent system, from which a formal conceptual doctrine, *Rechtsdogmatik*, would result, with an added new essence never heard of in either Jewish or Islamic development, or within the range of Common Law. Conceptualization and subsequent ratiocination would then turn into formal positivism, with a peak of extremity in the exegetic application of nothing but the given provisions of the freshly promulgated French *Code civil*.

Today's ontological knowledge informs us that even if law is a text consisting of signs, their message can only be drawn from their meaning, which necessarily leads us to the law's hermeneutic understanding. In turn, hermeneutics itself leads to recognizing society at large as the exclusive holder and player of law, giving by its *hic et nunc* understanding the actual contents by which it can exert its influence exclusively.

Law is usually seen as a specific text, objectified and externalized in an enacted form. However, with *law in action* distinguished from *law in books*, the overall picture of the legal phenomenon will certainly be irreducible to posited law alone. According to the scheme I once proposed,<sup>50</sup> the triple realm of law consists of components *enacted* and/or *enforced* and/or *socially lived in*, and once visualized, all together forming three partially intersecting circles, which concludes that the question of what law is turns out to be a complex issue, depending upon at least four aspects in approaching and naming it. One, there are components of law figured as slices of the respective circles which do and, respectively, which do not overlap with others; consequently any query as to "what is the law?" needs to be complemented by its qualifier "in what respects?"; thus, all legal phenomena can only be recorded as more or less having, or sharing with, the quality of the 'distinctively legal',<sup>51</sup> as compared to others. Two, the life of law represented by these three circles is in principle in constant movement as an unending process, into which and from which new parts are to enter and to recede, ceaselessly. Three, independently of whether or not prevailing ideology and legal machinery force the unitary view of the law as a single entity of what has been enacted in due form and procedure, those three slices of components and the generative factors behind them are in permanent rivalry, simply by pressing their presence or just for

<sup>49</sup> "Lawyers, wicked Christians"; cf. Maximilian Herberger, "Juristen, böse Christen," in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte II*, ed. Adalbert Erler (Berlin: Erich Schmidt Verlag, 1978), 482–3.

<sup>50</sup> Csaba Varga, "Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques," *Archives de Philosophie du Droit XVIII* (1973), 205–41. [Reprint in <http://mek.oszk.hu/15300/15333/#>, 7–33] respectively Csaba Varga, "Anthropological Jurisprudence? Leopold Pospíšil and the Comparative Study of Legal Cultures," in *Law in East and West. On the Occasion of the 30<sup>th</sup> Anniversary of the Institute of Comparative Law* (Tokyo: Waseda University Press, 1988), 265–85. [Reprint in <http://mek.oszk.hu/15300/15333/#>, 437–457.

<sup>51</sup> Philip Selznick, "The Sociology of Law," in *International Encyclopedia of the Social Sciences* 9, ed. David L. Sills (New York: MacMillan and The Free Press, 1968), 51.

mastering the rest. Four, the professional deontology with the adequate law-consciousness involved, characteristic of different legal cultures, is not something added from outside to law as merely an external complement, but forms part of the ontological being of the said law.<sup>52</sup>

Today's challenge leads to a path along which tradition is broken. The relevancy test of rules against *principles*, described and prescribed by Dworkin, has moreover already duplicated legal regimes unduly: it did so practically as a function of the extent of the lawyerly contribution to a case's judicial processing. Next, centering upon the 'human rights' approach has led to distorting the very merits of the case through their homogenizing reductionism. And last but not least, 'rule of law' is to remain a mere catch-word, claiming more and better but without sufficient rigor to be able to serve as an operative yardstick. After all, the organic construction of human societies with integrative forces as key elements cementing it, is overshadowed by present day hesitations on whether or not, and to what extent, individual rights are to be balanced by the rights of the collectivity, on the one hand, and rights are predicated by duties,<sup>53</sup> on the other, while the chance of practical anarchy through society's atomization with ensuing disintegration has also to be kept in mind. Ending the list, *soft law* with discretionary guidelines as a basic constituent of a number of new civil codes around the world and law rendered soft by the manner it is used by power centers in many quarters, including the decision-making organs of the European Union, may vary according to the users' explicit or hidden intentions.

In any case, the prevailing juristocracy and the globalizing elites, with an army of internationalized foreign NGOs' partisan interventionism, may easily overcome local democracies, so that sooner or later model legal regimes with model constitutions will be seen entering the scene, for the sake of which they will implement a new world, in which old – genuine – states, constitutions and legal regimes will be degraded into pseudo-entities than real ones. This then may lead to the establishment of the old dream of a global culture which, in its turn, may become the forum of final definition, effecting, through institutionalized cultural or sheer ideological pressure, enforced in law, a kind of contextual pre-determination.

Thus, from the ancient dedication to the concrete, that is, a case and its just solution, step by step in the historical process of two millennia, we seem to have arrived not only at the cultivation of reducing the former's mass to generalizable features (common treatments,

<sup>52</sup> For these developments, see Csaba Varga, *The Paradigms of Legal Thinking*, enlarged 2nd ed., (1996/1999), Philosophiae Juris (Budapest: Szent István Társulat, 2012), <http://mek.oszk.hu/14600/14657/>.

<sup>53</sup> Since developments at the end of the World War Two, human rights discourse has become an evolution with new items, families, even, of advanced rights continually put on the agenda. For "rights always agitate for more rights: they create ever new areas of claim and entitlement that again prove insufficient. We keep demanding and inventing new rights in an endless attempt to fill the lack, but desire is endlessly deferred." Costas Douzinas, *Human Rights and Empire. The Political Philosophy of Cosmopolitanism* (Abingdon and New York: Routledge and Cavendish, 2007), 49.

types, subsystems, governing principles one after another and, as a natural conclusion, their summing up and hierarchization in constitutions) but also, as a postmodern hope for some more realistic rather than purely utopian Great Experiment, close to their worldwide synthetization and homogenization, too, when perhaps exclusively final value-assertions by a global power are already about to rule, in a manner freely interpretable by those to whom this unique power belongs to enact, and to enforce, the last word that can be pronounced within the realm of the law. According to the above picture, the history of adjudication is nothing other than the evolution of growing abstraction with an open invitation to whatever discretion, imbued with an innate logic of development leading to complete self-emptying at a point when consequences can already be imputed arbitrarily only.<sup>54</sup>

In the final analysis, the issue is on the divisive question of who is to master; this having remained the eternal query for centuries and millennia, and indeed, from the earliest time human memory now can at all recover or reconstruct intellectually. Then, if it proves to be true, the whole issue will be seen at least partly to be a political one, as it is all on the various sides of being either power-centered or power-dependent, and therefore in need of consideration and treatment, as well as an answer, from a political science approach as well.

## V

The more it is characteristic of our epoch to learn from everyone and everything from the past and present alike and to recognize that continuous learning grows into a supradomestic softening of the law in an *All the world's a courtroom* type soft unification of world practices into a global corpus of available and stressed-for modes of judicial argumentation,<sup>55</sup> the more it is an abuse on the part of international agencies to use political slogans as operative terms in law, only so that big and forceful entities' daily routines can be imposed upon the rest as a universal panacea. For, in the perspective of historical generalization, impositions are to impoverish the subject, depriving it of what should have been a potential part of it. Thereby benevolence can also turn into its opposite. External dictates are closer to following a *circus trainer* mentality with in-built interest, while those taking pains to assist and nothing else are closer to the type of a *gardener* who is passionate about nothing else except his/her plants, primarily ambitious for their well-being.<sup>56</sup>

Law is shaped by human needs and serves human interests. It has to withstand fetishization as well as reification ending in alienation. For law is a human adventure transforming historical experience into ordering and planning tools. But "life is nonstandard", the fact

<sup>54</sup> In this sense and from the perspective of alleged reconstruction, the process of deconstruction seems to be equivalent to constructing some kind of conceptual synthesis by lifting historical or living textualities out of their own living cultural and traditional context in a manner that is rationalized by none else than an abstracted systemic ideal with a purely formalistic logic.

<sup>55</sup> Shirley S. Abrahamson, and Michael J. Fischer, "All the World's a Courtroom. Judging in the New Millennium," *Hofstra Law Review* 26, no. 2 (1997): 273–91.

<sup>56</sup> Varga, "Transfers of Law."

notwithstanding that “The modern era has been dominated by the culminating belief that the world [...] is a wholly knowable system governed by finite number of universal laws that man can grasp and rationally direct [...] objectively describing, explaining, and controlling everything.” This is why “[t]he more systematically and impatiently the world is crammed into rational categories, the more explosions of irrationality there will be to astonish us.”<sup>57</sup>

Accordingly, the commensurability of the law’s regimes is definitely limited. In order to assess them, experienced wisdom formed from long practice has to accompany knowledge.<sup>58</sup>

© Cs. Varga, 2019

## Bibliography

- Abrahamson, Shirley S., and Michael J. Fischer. “All the World’s a Courtroom. Judging in the New Millennium.” *Hofstra Law Review* 26, no. 2 (1997): 273–91.
- Aristotle. *Nicomachean Ethics*. Rev. ed. by Robert Crisp. Cambridge Texts in the History of Philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- Barak, Aharon. “The Role of a Supreme Court in a Democracy, and the Fight against Terrorism.” *University of Miami Law Review* 58, no. 1 (2003): 125–41.
- Bork, Robert H. *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*. New York: Simon and Schuster, 1990.
- Buckley, F. H. *The American Illness. Essays on the Rule of Law*. New Haven – London: Yale University Press, 2013.
- Buckley, F. H. “The Rule of Law in America.” In *The American Illness. Essays on the Rule of Law*, edited by F. H. Buckley, 3–39. New Haven – London: Yale University Press, 2013.
- Carozza, Paolo G. *The Protean Vocabulary of Human Rights*. Chambésy: Caritas in Veritas Foundation, no date. <http://www.fciv.org/downloads/Carozza.pdf>.
- Campos, Paul F. *Jurismania. The Madness of American Law*. New York: Oxford University Press, 1998.
- Chaturvedi, Kameshwar Nath. “Legislative Retrospectivity and Rule of Law.” *Statute Law Review* 34, no. 3 (2013): 207–20.
- Clark, Wesley. “Gen. Wesley Clark Weighs Presidential Bid. I Think About It Every Day.” Interview, March 02, 2017. [http://www.democracynow.org/2007/3/2/gen\\_wesley\\_clark\\_weighs\\_presidential\\_bid](http://www.democracynow.org/2007/3/2/gen_wesley_clark_weighs_presidential_bid) and <http://genius.com/General-wesley-clark-seven-countries-in-five-years-annotated>.
- A Magyar Köztársaság Alkotmánybírósága [1992] Constitutional Court of the Republic of Hungary, No. 11/1992 (in Hungarian). <http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/A0D36B21A86C45BEC1257ADA0052B4F7?OpenDocument>.
- Darák Péter. “Társadalmi problémák – jogi megoldások” [Social problems – legal solutions]. In *(L) ex cathedra et praxis. Ünnepi kötet Lábaday Tamás 70. születésnapja alkalmából*, edited by Zoltán Csehi, András Koltay, Balázs Landi, and Anett Pogácsás. Xenia. Budapest: Pázmány Press, 2014.

<sup>57</sup> Cf. note 2.

<sup>58</sup> Csaba Varga, “Visszavont emberi teljesség? Eszmeuralom és tetszőlegesség” [Fullness of being withdrawn? Ideocracy & randomness], *PoLiSz* no. 82 (2005):14–21.

- Douzinas, Costas. *Human Rights and Empire. The Political Philosophy of Cosmopolitanism*. Abingdon and New York: Routledge and Cavendish, 2007.
- Dworkin, Ronald. *The Rule of Law as a Practical Concept*. Keynote Speech. Venice Commission Conference. 2012. <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL%282013%29016-e>.
- Ekins, Richard. "Rights, Interpretation and the Rule of Law." In *Modern Challenges to the Rule of Law*, edited by Richard Ekins, 165–87. Wellington: LexisNexis NY, 2011.
- Eliot, George. *The Mill on the Floss*. 1860. <https://www.gutenberg.org/files/6688/6688-h/6688-h.htm#41>.
- Fallon, Richard H., Jr. "'The Rule of Law' as a Concept in Constitutional Discourse." *Columbia Law Review* 97, no. 1 (1997): 1–56.
- Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. Clarendon Law Series. Oxford: Clarendon Press, 1980.
- Fitschen, Thomas. "Inventing the Rule of Law for the United Nations." *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 12 (2008): 347–80.
- Franck, Thomas M. "The New Development. Can American Law and Legal Institutions Help Developing Countries?" *Wisconsin Law Review* 12, no. 3 (1972): 767–801.
- Fukuyama, Francis. *The Great Disruption. Nature and the Reconstitution of the Social Order*. New York: The Free Press, 1999.
- Fukuyama, Francis. *The End of History and the Law Man*. New York: The Free Press, 2006.
- Gallie, Walter Bryce. "Essentially Contested Concepts." *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series 56 (1955–1956): 167–98.
- Gardner, James A. *Legal Imperialism. American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*. Madison: University of Wisconsin Press, 1980.
- Glendon, Mary Ann. *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*. New York: The Free Press, 1991.
- Glenn, Patrick. *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*. 5th. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Goldstein, Leslie Friedman. "From Democracy to Juristocracy?" *Law & Society Review* 38, no. 3 (2004): 611–29.
- Haocai zhu bian, Lui. *Ruan fa de li lun yu shi jian*. [The theory and practice of soft law]. Ruan fa yan jiu xi lie [Soft law series]. Beijing Shi: Beijing da xue chu ban she, 2010.
- Haocai, Luo. *Soft Law Governance. Towards an Integrated Approach*. Translated by Ben Armour & Tang Hailong [from Chinese, 2009]. Buffalo, N. Y.: William S. Hein & Co, 2013.
- Harlow, Carol. "European Governance and Accountability." In *Public Law in a Multi-layered Constitution*, edited by Nicholas Bamforth, and Peter Leyland, 79–102. Oxford: Hart Publishing, 2003.
- Hayek, F. A. *The Road to Serfdom*. Chicago: University of Chicago Press, 1944.
- Hayek, F. A. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press, 1960.
- Helland, Eric, and Jonathan Kick. "Regulation and Litigation: Complements or Substitutes?" In *The American Illness. Essays on the Rule of Law*, edited by F. H. Buckley, 118–36. New Haven, London: Yale University Press, 2013.
- Herberger, Maximilian. "Juristen, böse Christen." In *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte II* edited by Adalbert Erler, 482–3. Berlin: Erich Schmidt Verlag, 1978.



- Hirschl, Ran. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, MA and London: Harvard University Press, 2004.
- Hirschl, Ran. *Constitutional Theocracy*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2011.
- Holmes, Stephen, and Ivan Krastev. *The Light That Failed. Why the West Is Losing the Fight for Democracy*. New York: Pegasus Books, 2020.
- Howard, Philip K. *The Death of Common Sense. How Law is Suffocating America*. New York: Random House, 1994.
- Howard, Philip K. *The Collapse of the Common Good. How America's Lawsuit Culture Undermines our Freedom*. New York: Ballantine Books, 2002.
- Howard, Philip K. "Vaclav Havel's Critique of the West." *The Atlantic* (December 20, 2011) <http://www.theatlantic.com/international/archive/2011/12/vaclav-havels-critique-of-the-west/250277/>.
- Howard, Philip K. *The Rule of Nobody. Saving America from Dead Law and Broken Government*. New York: W. W. Norton & Company, 2014.
- Hufteau, Yves-Louis. *Le référé législatif et le pouvoir du juge dans la silence de la loi*. Travaux et recherches de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris, Série Droit privé 2. Paris: Presses Universitaires de France, 1965.
- Isemi, Arburim, Ylber Sela, and Adem Beadini. "A Comparative Study of Albanian Customary Law with the Code of the West and the Common Law of England. Lex Scripta vs. Lex Non Scripta." *Journal of Law, Policy and Globalization* 18 (2013): 50–60. <http://www.iiste.org/Journals/index.php/JLPG/article/viewFile/8498/8437>.
- Kennedy, Robert F. *Make Gentle the Life of the World. The Vision of Robert F. Kennedy*, edited by Maxwell Taylor Kennedy. New York: Harcourt Brace, 1998.
- Kochenov, Dimitry. "EU Law without the Rule of Law. Is the Veneration of Autonomy Worth It?" *Yearbook of European Law* 34, no. 1 (2015): 74–96. <https://ssrn.com/abstract=2642689> and <https://www.deepdyve.com/lp/oxford-university-press/eu-law-without-the-rule-of-law-is-the-veneration-of-autonomy-worth-it-YPkB2tWD3v>.
- Majithia, Vishal. Great Leaders are Made, not Born. October 27, 2006. <https://www.flickr.com/photos/vm1757/280433501>.
- Marmor, Andrei. "The Rule of Law and its Limits." *Law and Philosophy* 23, no. 1 (2004): 1–43.
- Marx, Karl, and Friedrich Engels. *Die deutsche Ideologie. Kritik der neuesten deutschen Philosophie in ihren Repräsentanten Feuerbach, B. Bauer u. Stirner u. des deutschen Sozialismus in seinen verschiedenen Propheten, 1845–1846*. [Volksausgabe der ersten ungekürzten vollständigen Erstausgabe der Marx-Engels-Verlag im Auftrag der Marx – Engels – Lenin-Institut Moskau.] Hrsg. Vladimir V. Adoratskij. Wien – Berlin: Verlag für Literatur u. Politik, 1932.
- Méndez, Juan E. "Accountability for Past Abuses." *Human Rights Quarterly* 19, no. 2 (1997): 255–82.
- Mörth, Ulrika. *Soft Law in Governance and Regulation. An Interdisciplinary Analysis*. Cheltenham & Northampton: Edward Elgar, 2004.
- Naoya cho, Endō. *Sofuto rō demokurashī ni yoru hōkaikaku. / Reform of Japanese Law via Soft Law Democracy*. Tōkyō: Ātodeizu, 2014.
- Nysanbayev, Abdumalik. "Kazakhstan. Cultural Inheritance and Social Transformation." In *Kazakh Philosophical Studies I – Cultural Heritage and Contemporary Change Series IIIC: Central Asia 2*,

- Washington, D. C.: Council for Research in Values and Philosophy, 2004. <http://www.crvp.org/book/Series03/IIIC-2/chap-2.htm>.
- Olson, Walter K. *The Rule of Lawyers. How the New Litigation Elite Threatens America's Rule of Law*. New York: St. Martin's Press, 2003.
- Olson, Walter. *Schools for Misrule. Legal Academia and an Overlawyered America*. New York: Encounter Books, 2011.
- Reid, John Philip. *The Rule of Law. The Jurisprudence of Liberty in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*. DeKalb, Ill.: Northern Illinois University Press, 2004.
- Reinsch, Richard M., II. *America's Rule of Law Sickness*. 2013. <http://www.libertylawsite.org/2013/07/24/americas-rule-of-law-sickness/>
- Rodriguez, Daniel B., Mathew B. McCubbins, and Barry R. Weingast. "The Rule of Law Unplugged." *Emory Law Journal* 59, no. 6 (2010): 1455–94. [https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.hu/&httpsredir=1&article=5990&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.hu/&httpsredir=1&article=5990&context=faculty_scholarship).
- Rüthers, Bernd. *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
- Sampford, Charles. *Retrospectivity and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Selznick, Philip. "The Sociology of Law." In *International Encyclopedia of the Social Sciences* 9, edited by David L. Sills. New York: MacMillan and The Free Press, 1968.
- Senden, Linda. *Soft Law in European Community Law*. Modern Studies in European Law 1. Oxford – Portland, Oregon: Hart Publishing, 2004.
- Shklar, Judith. "Political Theory and the Rule of Law." In *The Rule of Law. Ideal or Ideology*, edited by Allan C Hutchinson and Patrick Monahan, 21–38. Toronto: Carswell, 1987.
- Silkenat, James R., James E. Hickey Jr., and Peter D. Barenboim, eds. *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 38. Heidelberg: Springer, 2004.
- Soft law et droits fondamentaux. Actes du colloque du 4 et 5 février 2016*. Publications de l'Institut international des droits de l'homme 33. Paris: Pedone, 2017.
- Stone Sweet, Alec. *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Die Stufenweise Entstehung des Juristokratischen Staates / The Gradual Emergence of the Juristocratic State*, edited by Béla Pokol & András Téglási. Budapest: Dialóg Campus, 2019.
- Tate, C. Neal, and Torbjörn Vallinder, eds. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.
- Trnavci, Genc. "The Interaction of Customary Law with the Modern Rule of Law in Albania and Kosova." In *The Rule of Law in Comparative Perspective Series: Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, Vol. 3. Dordrecht, Springer Science+Business Media B. V., 2010.
- Trujillo, Isabel. "Human Rights, Peace, and the Concept of Law: The Story of an Incomplete Legal Revolution." Plenary lecture at the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy XXVIII World Congress, Lisboa, July 20, 2017.
- Varga, Csaba. "Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques." *Archives de Philosophie du Droit* XVIII (1973): 205–41.

- Varga, Csaba. "Anthropological Jurisprudence? Leopold Pospíšil and the Comparative Study of Legal Cultures." In *Law in East and West. On the Occasion of the 30<sup>th</sup> Anniversary of the Institute of Comparative Law*, 265–85. Tokyo: Waseda University Press, 1988: 265–85.
- Varga, Csaba. *Transition to Rule of Law. On the Democratic Transformation in Hungary*. Philosophiae Iuris. Budapest: "ELTE Comparative Legal Cultures" Project, 1995. <http://mek.oszk.hu/14700/14760/>.
- Varga, Csaba. "Buts et moyens en droit." In *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio. (Omaggio dei giuristi a Sua Santità nel XXV anno di pontificato.)*, edited by Aldo Loiodice, and Massimo Vari, 71–5. Roma: Bardi Editore – Libreria Editrice Vaticana, 2003.
- Varga, Csaba. "Visszavont emberi teljesség? Eszmeuralom és tetszőlegesség" [Fullness of being withdrawn? Ideocracy & randomness]. *PoLiSz* no. 82 (2005): 14–21.
- Varga, Csaba. "Transfers of Law. A Conceptual Analysis." In *Hungary's Legal Assistance Experiences in the Age of Globalization*, edited by Mamoru Sadakata, 21–41. Nagoya: Nagoya University Graduate School of Law Center for Asian Legal Exchange, 2006. <http://mek.oszk.hu/17500/17543>. [Reproduced: "Rule of Law through Legal Transfer. Historical Patterns and Contemporary Dilemmas." *East European & Russian Yearbook of International and Comparative Law* 4–5, (2010–2011): 45–61].
- Varga, Csaba. "Failed Crusade. American Self-confidence, Russian Catastrophe." In *Transition? To Rule of Law? Constitutionalism and Transitional Justice Challenged in Central & Eastern Europe*. PoLiSz Series Books 7, Pomáz: Kráter, 2008. 199–219. <http://mek.oszk.hu/14800/14851>.
- Varga, Csaba. "Goals and Means in Law." *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* LI, no. 1–2 (2010): 263–74. <http://www.thomasinternational.org/projects/step/conferences/20050712budapest/varga1.htm>.
- Varga, Csaba. *The Place of Law in Lukács' World Concept*. Third (reprint) edition with Postface. Budapest: Szent István Társulat, 2012. <http://mek.oszk.hu/14200/14249/>.
- Varga, Csaba. *The Paradigms of Legal Thinking*. Enlarged second edition. (1996/1999.) Philosophiae Iuris. Budapest: Szent István Társulat, 2012. <http://mek.oszk.hu/14600/14657/>.
- Varga, Csaba. *Comparative Legal Cultures. On Traditions Classified, their Rapprochement & Transfer, and the Anarchy of Hyper-rationalism*. Philosophiae Iuris. Budapest: Szent István Társulat, 2012. <http://mek.oszk.hu/15300/15386>.
- Varga, Csaba. *Theory of Law. Norm, Logic, System, Doctrine & Technique in Legal Processes, with Appendix on European Law*. Philosophiae Iuris. Budapest: Szent István Társulat, 2012. <http://mek.oszk.hu/15400/15409>.
- Varga, Csaba. "Humanity Elevating Themselves? Dilemmas of Rationalism in our Age." In *Theory of Law. Norm, Logic, System, Doctrine & Technique in Legal Processes, with Appendix on European Law*, by Csaba Varga, 131–64. Philosophiae Iuris. Budapest: Szent István Társulat, 2012. <http://mek.oszk.hu/15400/15409>.
- Varga, Csaba. "Law, Ethics, Economy: Independent Paths or Shared Ways?" In *Theory of Law. Norm, Logic, System, Doctrine & Technique in Legal Processes, with Appendix on European Law*, by Csaba Varga, 202–15. Philosophiae Iuris. Budapest: Szent István Társulat, 2012. <http://mek.oszk.hu/15400/15409>.
- Varga, Csaba. "The Contemporaneity of Lukács' Ideas with Modern Social Theoretical Thought." *The Ontology of Social Being in Social Science Reconstruction with Regards to Constructs like Law*.

- Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 99, no. 1 (2013): 42–54. Reprint, “From the Ontology of Social Being to the Law’s Ontology.” *Journal of the Siberian Federal University Humanities and Social Sciences* 8, no. 10 (2015): 2002–17. [http://elib.sfu-kras.ru/bitstream/2311/19820/4/01\\_Varga.pdf](http://elib.sfu-kras.ru/bitstream/2311/19820/4/01_Varga.pdf).
- Varga, Csaba. “Legal Mentality as a Component of Law. Rationality Driven into Anarchy in America.” *Curentul Juridic* XVI, no. 1 (2013): 63–77. [http://revcurentjur.ro/arhiva/attachments\\_201301/recjurid131\\_7F.pdf](http://revcurentjur.ro/arhiva/attachments_201301/recjurid131_7F.pdf).
- Varga, Csaba. “Az emberi jogok problematikája [Problematics of human rights].” *Társadalomkutatás* 32, no. 2 (2013): 1–15. [http://www.vmtt.org.rs/mtn2013/063\\_082\\_Varga\\_A.pdf](http://www.vmtt.org.rs/mtn2013/063_082_Varga_A.pdf).
- Varga, Csaba. *The enigma of law and of legal philosophising: Selected works*. Edited by M. V. Antonov. Saint Petersburg: Publishing House Ltd. “Alef-Press”, 2015 (in Russian). [http://93.174.95.29/\\_ads/9166F93B38A410059DC56C227D339861](http://93.174.95.29/_ads/9166F93B38A410059DC56C227D339861).
- Varga, Csaba. “Ősnépeink jogszemlélete” [The legal mentality of our ancient ancestries]. *Hitel* 28, no. 11, (2015): 83–96. <http://www.hitelfolyoirat.hu/sites/default/files/pdf/17-varga.pdf>.
- Varga, Zs. András. *From Ideal to Idol? The Concept of the Rule of Law*. Budapest: Dialóg Campus, 2019.
- Wahlgren, Peter, ed. *Soft Law. Scandinavian Studies in Law* 58. Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2013.
- Waldron, Jeremy. “Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (In Florida)?” *Law and Philosophy* 21, no. 2 (2002): 137–64.
- Wallerstein, Immanuel. *European Universalism. The Rhetoric of Power*. New York: New Press, 2006.
- Weeks, Greg. *Soft Law and Public Authorities. Remedies and Reform*. Hart Studies in Comparative Public Law 11. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2016.

### **Csaba Varga. Idol, Deduced from Ideal? Rule of Law, Universalization, Degradation**

**Abstract.** The Rule of Law idea is defined worldwide by one single legal culture today, the one in which declaration of what the law is is done *ex post facto* (as in English common law) or in the case of political pragmatism which relocates legal innovation from elected representative bodies to the administration of justice (as in the USA). Moreover, Rule of Law used as a political catchword results in ideocratic idealisation. Rule of Law, embodying instrumental value (even if international pressure groups fundamentalise it), represents a particular culture in the play of *hic et nunc* challenges and responses (even if globalism universalises it). Developed under varied conditions particular to place and time, it cannot be more than a series of living cultures of the countries concerned, based on a historically evolving civilising and humanising ideal. Law as an aggregate of values to be defended equally faces values that conflict with one another in daily enforcement, crying for weighing and balancing in a compromise solution at most. Far from standing for all-or-nothing absolutism, oneness or homogenisation – idolising legal certainty (as the Hungarian Constitutional Court did) or subjecting government action to judicial or human rights control – may sacrifice justice, with popular support and *raison d’être* vanishing. Moreover, fetishising its own homogeneity may distort the merits it claims to serve. A globalising judgeocracy tries to monopolise the worldwide learning process while isolating local developments from their natural context, in order to enforce its own creation. After all, the quest for those who can master the law is crucial in assessing the interventionism of either international agencies or the European Union in local issues under the aegis of the Rule of Law.

**Keywords:** rule of law; ideal; legal cultures; values; universalization.

**Чаба Варга. Ідол, виведений з ідеалу? Верховенство права, універсалізація, деградація**

**Анотація.** Ідея верховенства права визначається сьогодні в усьому світі однією правовою культурою, тією, в якій дещо проголошується правом *ex post facto* (як в англійському загальному праві) або в силу політичного прагматизму правові нововведення у правосудді залежать від обраних представницьких органів (як у США). Більш того, верховенство права, що використовується як політичний слоган, призводить до ідеократичної ідеалізації. Верховенство права, втілюючи інструментальну цінність (навіть якщо міжнародні групи впливу фундаменталізують її), представляє певну культуру у грі викликів і відповідей *hic et nunc* (навіть якщо глобалізм універсалізує її). Розвинене в різних місцях і в різні часи, воно не може бути чимось більшим, ніж низка живих культур зацікавлених країн, заснованих на такому, що еволюціонує історично, цивілізуючому та гуманізуючому ідеалі. Право як сукупність цінностей, які підлягають захисту, водночас стикається з конфліктом цінностей у щоденному правозастосуванні, що зазвичай вимагає зважування та балансування в пошуку компромісного рішення. Не відстоюючи абсолютизм «все або нічого», однобічність або гомогенізацію, варто все ж зазначити, що перетворення правової визначеності на ідола (як це зробив Конституційний Суд Угорщини) або підпорядкування дій уряду судовому або правозахисному контролю може обернутись принесенням у жертву справедливості за підтримки народу і зникнення *raison d'être*. Більш того, фетишизація власної гомогенності може викривити переваги, яким вона прагне служити. Глобалізована влада суддів намагається монополізувати всесвітній навчальний процес, відокремлюючи місцеві події від їх природного контексту, щоб нав'язати себе. Зрештою, питання про те, хто може опанувати право, є вирішальним при оцінці втручання міжнародних органів та Європейського Союзу в місцеві справи під гаслом верховенства права.

**Ключові слова:** верховенство права; ідеал; універсалізація; справедливість; глобалізована влада суддів; інтервенціонізм.

**Чаба Варга. Идол, выведенный из идеала? Верховенство права, универсализация, деградация**

**Аннотация.** Идея верховенства права определяется сегодня во всем мире одной правовой культурой, той, в которой нечто провозглашается правом *ex post facto* (как в английском общем праве) или в силу политического прагматизма правовые нововведения в правосудии зависят от избранных представительных органов (как в США). Более того, верховенство права, которое используется как политический слоган, приводит к идеократической идеализации. Верховенство права, воплощая инструментальную ценность (даже если международные группы влияния фундаментализуют ее), представляет определенную культуру в игре вызовов и ответов *hic et nunc* (даже если глобализм универсализирует ее). Развиваясь в разных местах и в разное время, оно не может быть чем-то большим, чем ряд живых культур заинтересованных стран, основанных на цивилизующем и гуманизирующем идеале, который эволюционирует исторически. Право как совокупность ценностей, подлежащих защите, одновременно сталкивается с конфликтом ценностей в повседневном правоприменении, что обычно требует взвешивания и балансирования в поиске компромиссного решения. Не отстаивая абсолютизм «все или ничего», односторонность или гомогенизацию, стоит все же отметить, что превращение правовой определенности в идола (как это сделал Конституционный Суд Венгрии) или подчинение действий правительства судебному или правозащитному контролю может обернуться

принесением в жертву справедливости при поддержке народа и исчезновении *raison d'être*. Более того, фетишизация собственной гомогенности может исказить преимущества, которым она стремится служить. Глобализованная власть судей пытается монополизировать всемирный учебный процесс, отделяя местные события от их естественного контекста, чтобы навязать себя. В конце концов, вопрос о том, кто может овладеть правом, является решающим при оценке вмешательства международных органов и Европейского Союза в местные дела под лозунгом верховенства права.

**Ключевые слова:** верховенство права; идеал; универсализация; справедливость; глобализованная власть судей; интервенционизм.

Одержано / Received 20.10.2019

## ЕСТЕСТВО ДЕЛА<sup>1</sup>

### Введение: идея «естества дела» в истории философии права и правовой науки

**О**бъявленная мертвой критицизмом и позитивизмом идея естества дела<sup>2</sup> в современной правовой теории и практике ожила в той же мере, в какой она была жива на пике популярности старого естественного права. Удивительное возрождение – которое, однако, может удивить лишь тех, кто, под тяжестью критических суждений всех направлений, принадлежащих к строгому методологическому дуализму, утратил способность ощущать вес двухтысячелетней истории этой идеи, которая со времен античности – будь это учение греческой философии о “*phusei dikaion*”<sup>3</sup> («естественной справедливости» – греч., прим. пер.), либо же учение римской юриспруденции о “*regum natura*”<sup>4</sup> («природе вещей» – лат., прим. пер.) – двигала европейским духом с тех пор, как появилось нечто подобное философии права либо же правовой науке.

\* Вернер Майхофер (1918–2009) – выдающийся немецкий философ права. Очерк о жизненном и творческом пути мыслителя, а также перевод его работы «Естественное право как экзистенциальное право» были опубликованы в предыдущем номере журнала. См.: Вернер Майхофер, “Естественное право как экзистенциальное право,” *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2019): 231–61, <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2019.1.186550>; Алексей Стомба, “Природа вещей или естество дела? Бытие-как Вернера Майхофера,” *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2019): 262–82, <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2019.1.186555>.

<sup>1</sup> Настоящий перевод выполнен по изданию: Werner Maihofer, “Die Natur der Sache,” in *Die Ontologische Begründung des Rechts*, 52–86 (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965). Перевод Алексея Стомбы. – *Прим. редакции.*

<sup>2</sup> Данный текст представляет собой расширенную версию доклада, прочитанного в ходе Конгресса IVR в Саарбрюккене (2–4 октября 1957 года) (см. ARSP, XLIII, S. 575 и далее). Примечания сведены к самым необходимым. В общем набросанное здесь объяснение «естества дела» расширено в работе с таким же названием. – *Прим. автора.*

Здесь и далее в переводе сохранены оригинальные ссылки В. Майхофера. – *Прим. пер.*

<sup>3</sup> См. к этому: E. Wolf, *Griechisches Rechtsdenken*, Bd. II, *Rechtsphilosophie und Rechtsdichtung im Zeitalter der Sophistik*, в особенности S. 78 и далее (Гиппия), а также S. 91 и далее (софист Антифон, у которого «*physis*» превращается в «основной источник», более исходный, нежели номос, живущий как «благо» внутри самой «жизни», а не приложенная к ней постфактум закономерность).

<sup>4</sup> См. к этому: G. Radbruch, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, Exkurs II: *Rerum natura* (Лукреция), in *Laun-Festschrift*, 1948, S. 166 и далее [во втором издании появилась как самостоятельное сочинение в Дармштадте в 1960 г.], а также R. Voggenesperger, *Der Begriff des*

В Средние века идея естества дела превратилась в дедуцирование из “*rei natura*”<sup>5</sup> («природы вещи» – лат., прим. пер.) или “*natura obiecti*” («природы объекта» – лат., прим. пер.),<sup>6</sup> одной из основных опор системного здания теологического, а позднее – философского естественного права. По сути, на ней покоится всякое конкретное естественное право отдельно взятого правового положения дел: институтов, и в то же время абстрактное естественное право всеобщих правовых основоположений – принципов, которые выводились из животных либо нравственных сущностных определений «естества человека» (здесь и далее курсив. – В. М.).

Однако вера в вечные, неизменные, абсолютно действенные правовые основоположения, выводимые из естества человека либо же его разума, была утрачена как раз после расцвета превращенной в науку системы естественного права – позднейшего права разума в естественно-правовых кодификациях наступившего Нового времени, и последовавшего затем в идеализме так называемого краха естественного права. Напротив, старый, основополагающий для конкретного естественного права правового положения дел естественно-правовой метод дедукции и аргументации из «естества» либо «разумного положения дел»: *rerum natura* (природа вещей) или *naturalis ratio* (естественный разум) в качестве научного процесса беспрепятственно перешел в правовую догматику пандектики и ее несущую основу – враждебную естественному праву правовую теорию исторической школы права.<sup>7</sup>

Сегодня мы с удивлением узнаем, что вопреки громко и самоуверенно звучащему пароллю нашего времени: «естественное право умерло!» – естественно-правовое мышление покоится непосредственно в средоточии общеправовой науки того времени, пробуждаясь к новой жизни из источника всякого конкретного естественного права: римской юриспруденции. В 19-м веке сокрытое и замалчиваемое естественно-правовое мышление действительно ничуть не в меньшей степени, нежели в веке 18-м; как правовая наука, так и философия права наполнены дедукцией и аргументацией из естества дела.

“*jus naturale*” im Roemischen Recht, 1952, в особенности S. 85 и далее (Павел), и S. 100 и далее (Гай), чье обоснование права из *naturalis ratio* («естественного разума» – лат., прим. пер.) также отсылает к имманентной вещи *natura rerum*.

<sup>5</sup> Так, прежде всего обстоит дело в высокой схоластике Фомы Аквинского, который наряду с правовыми положениями абстрактного естественного права разрабатывал подход к конкретному естественно-правовому мышлению из имманентной правовому положению “*natura rei*” («природы вещи» – лат., прим. пер.). Основания этого Фома отыскал у Аристотеля в «отмеченности», «соразмерности» и «соответствии» сущего друг другу, как «по природе» существующего “*adaequatio*” («соответствия» – лат., прим. пер.) и “*commensuratio*” («соразмерности» – лат., прим. пер.) мужа – жене, родителей – детям, господина – слуге; см. к этому в особенности *Summa Theologica*, II-II, 57 art. 2–4, Deutsche Thomas Ausgabe, T. 18, 1953, S. 8 и далее, а также комментарий Utz, S. 432 и далее.

<sup>6</sup> Как, например, в поздней испанской схоластике, прежде всего у Luis de Molina, см. к этому: E. Luno Pena, *Historia de la filosofía del derecho*, T. 2, 1954, S. 89 и далее, а также E. Wolf, *Das Problem des Naturrechtslehre, Versuch eine Orientierung*, 1955, S. 48.

<sup>7</sup> См. к «естественному криптоправу» правовой науки Пандектов: F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1952, S. 228 и далее.



Даже у самого Савиньи, наряду с его учением о возникновении права из народного духа,<sup>8</sup> мы отыскиваем идеи, ничем не отличающиеся от старых теорий естественного права, наподобие Пуфендорфа, доводя до конца мысль о том, что абстрактные естественно-правовые определения из естества людей совпадают с конкретными естественно-правовыми заключениями из естества дела. Так что для Савиньи и его эпохи *естество дела* равно превращается в институциональное следствие из *естества человека*. Способом, для нас сегодня весьма напоминающим «экзистенциальный», Савиньи, исходя из человеческого естества и «его нравственного определения по свободе и достоинству»,<sup>9</sup> обозначает отдельные правовые институты как результат обнаружения этого достоинства, буквально «обустройство этой свободы посредством правового института, со всем тем, что исходит из естества и определения этого института посредством его практических следствий и что новомодно зовется естеством дела».<sup>10</sup>

Рассмотренное в таком ракурсе право, как гласит знаменитое высказывание Савиньи, «само по себе не обладает никаким бытием, его существование составляет в большей мере жизнь самих людей, рассмотренную с определенной точки зрения»;<sup>11</sup> каковое (право. – А. С.), как мы продолжим, представляет собой обращенную к Другим внешнюю сторону своей институциональной конкретизации. Именно об этих «жизненных отношениях» идет речь в том высказывании Дернбурга, которое сегодня повторяется во всех дискуссиях о естестве дела: «они, по мере своего развития, несут в себе свою меру и порядок. Этот, живущий внутри вещей порядок, можно назвать естеством дела. Мыслящий юрист должен обращаться к нему в том случае, когда позитивная норма отсутствует, либо же она неполна или непонятна».<sup>12</sup> Также и Иеринг не признает ничего другого для своего «естественно-исторического метода» «юридической конструкции», «едва ли существует иное выражение, которое бы настолько истинно передавало созерцание как фактов, так и имен», как выражение «естество дела».<sup>13</sup>

Только в крайнем позитивизме рубежа веков становится общепринятым цинизм Бергбома, который первый иронизировал: «естество дела все еще может обладать принудительной силой по отношению к норме права, которой пока еще не существует».<sup>14</sup> И лишь затем понятие «естества дела», «ославленное» как естественно-правовое, превращается в пуризм чистого учения о праве в ненаучное выражение.

И все же сегодня, с нашей исторической дистанции, теория и философия правового позитивизма, которые превращают ученого в полицейского, а судью – в автомат за-

<sup>8</sup> На самом деле учение о естественном праве, развернутое в историчности конкретного народа.

<sup>9</sup> Существует старое базовое определение *libertas* и *dignitas humana* (свобода и достоинство человека – лат., прим. пер.) у Пуфендорфа, *De iure naturae et gentium*, II, в особенности глава I, 5 и II, 1.

<sup>10</sup> F. C. von Savigny, *System des heutigen roemischen Rechts*, I, 1840, S. 55.

<sup>11</sup> Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit fuer Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3-е изд., 1892, S. 18.

<sup>12</sup> Dernburg, *Pandekten*, I, 5 изд., 1896, S. 87.

<sup>13</sup> *Geist des Roemischen Rechts*, 3 изд., 1872, S. 370 и далее, и S. 388.

<sup>14</sup> *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, T. 1, 1892, S. 353.

конодателя, представляются нам эпохой убаюкивающей интермедии, обманчивой уверенности в хороших законах и обманчивой веры в хорошего законодателя; либо же прелюдией той эпохи, которая в своей собственной пустоте брошена на произвол материального содержания Левиафана, каковая эпоха со своим «закон есть закон» в конце концов, оказывается отданной, без внутренней и без внешней поддержки и опоры, на волю чистого порядка власти, вырождающегося в государственный произвол. Крушение этой веры в законодательный позитивизм, доведенной до абсурда самим законодателем, затронуло глубинную философско-правовую позицию даже такого осторожного мыслителя, как Радбрух, с его идеологическим учением о праве, построенном на неокантианском методологическом дуализме и необходимо ведущим к релятивизму и позитивизму. Его учение о естестве дела, настоятельнейшие разыскания в этом направлении в последние полстолетия,<sup>15</sup> являются для нас примерным отражением перемены, которая свершилась в наши дни.

### I. Современное учение о «естестве дела» как «смысле» жизненных отношений

В своей философии права, возникшей в Веймарскую эпоху расцвета позитивизма, Радбрух ближайшим образом объясняет заключенное в правовой материи *естество дела* («природу вещей») как голое свойство *правового материала*, который, так или иначе, должен приспособлять к реальности идею права, подобно тому, как идея произведения искусства приспособляется к материалу,<sup>16</sup> и становится чем-то иным, реализуясь в бронзе или мраморе.

Правовой материал по отношению к идее права для Радбруха есть то, что было уже у Ласка: «вещественная определенность идеи права»:<sup>17</sup> заключенная в правовом веществе инертность и сопротивляемость материи, которая устанавливает земные границы для «чистого» осуществления идеи права.

Подобно тому, как скульптор навязывает свою художественную идею мраморному блоку, который есть лишь безобразный, бессодержательный, аморфный материал, в который встроено «все возможное», так для Радбруха правовое вещество обретает форму и содержание, смысл и ценность единственно из идеи права, каковая посредством этого материализуется в реальность. Юрист тем самым равно превращается в свободно формирующего образы художника, для которого может быть значимым и то, что совершенно невозможно в реальности, но правильно по идее. Как раз поэтому Радбрух

<sup>15</sup> В особенности, содержащиеся в сочинениях: “Rechtsidee und Rechtsstoff” (Kant-Festschrift des Archiv fuer Rechts und Wirtschaftsphilosophie, 1924, S. 343, и далее). “La natura della cosa come forma giuridica di pensiero” (Rivista int.d. Filosofia d. Diritto, 1941, S. 1 и далее), “Die Natur der Sache als juristische Denkform” (Laun-Festschrift, 1948, S. 157 и далее), а также в его Rechtsphilosophie, см. 5-е изд., 1956, в особенности S. 98 и далее, 120 и 127, а также в Vorschule der Rechtsphilosophie, 1948, S. 19 и далее.

<sup>16</sup> Rechtsphilosophie, S. 98.

<sup>17</sup> Rechtsphilosophie, a.a.O., ссылки на E. Lask.

отнюдь не случайно постоянно приводит слова Гете: «кто хочет невозможного, мне мил!».<sup>18</sup> В подобной трактовке реальность в отношении идеи должна лишиться всякого собственного смысла и ценности, всякого собственного веса и значимости.

Исходя из строгого методологического дуализма Гейдельбергской школы, Радбрух с позиций критического познания равно отрицает и всякую возможность научного опыта естества дела. Таковой опыт для него есть лишь «удачная интуиция» подобно визуальному созерцанию художественной идеи в материи: идеизирующему видению, непригодному, однако в качестве метода научного познания.<sup>19</sup> Для него, как и для Кельзена, подобная ситуация в разрезе «методического познания» остается лишь догмой, утверждением, согласно которому «установления Должного могут быть дедуктивно выведены лишь из иных установлений Должного и не могут быть индуктивно основаны в фактах бытия».<sup>20</sup>

Тем не менее, Радбрух отводит идее естества дела особое место, а именно там, где этого обычно не замечают – в своем учении о справедливости.

Исходя из упоминающегося в нашем конкретном и абстрактном естественном праве различия – справедливости (*Gerechtigkeit*): как дедуктивного развития верного права из общих основоположений, и правильности (*Billigkeit*): как справедливости в отдельном, частном случае, он отчетливо определяет его как «интуитивное познание правильного права из “естества дела”».<sup>21</sup> Вслед за Савиньи он уравнивает *naturalis ratio* (естественный разум) и *aequitas* (уравнивающую справедливость),<sup>22</sup> признавая, однако, правовую ценность правильности (*Billigkeit*) лишь в том случае, если фундированный в отдельном случае закон способен возвыситься до соответствия мыслительной операции категорического императива: «всеобщему закону».<sup>23</sup>

Однако Радбрух не делает отсюда очевидных выводов. Прежде всего, он остается при таких воззрениях на мышление, которые, продуманные до своего конца, с необходимостью ведут к тому, чтобы «снять» столь прочно установленные догматические и методологические основания своей релятивистской и позитивистской ценностной философии права.

Сегодня нам может показаться удивительным, что Радбрух не осознавал тогда целостную сомнительность перенятого у Ласка «основополагающего» уравнивания материи права с вещественным материалом наподобие скульптурного. Не наталкивает ли нас

<sup>18</sup> Rechtsphilosophie, S. 97. Напротив, см. характеристику правовой политики как «искусства возможного» там, где Радбрух утверждает: «“кто хочет невозможного, мне мил” нельзя превратить в девиз правовой философии либо политики права» (S. 21).

<sup>19</sup> Rechtsphilosophie, S. 99.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Ibid, S.127.

<sup>22</sup> Savigny, System I, S. 116 и напротив, В. W. Leist, Die Realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts, 1877, S. 4 и далее.

<sup>23</sup> Radbruch, ук. соч. К объяснению категорического императива как «стань всеобщим» см.: Maihofer, Vom Sinn menschlicher Ordnung, 1956, S. 17 и далее.

всякая юридическая работа с конкретными фактическими проблемами на вывод, что так называемая материя права обладает основополагающим отличием от чисто материалистически объяснимой материи, сырья, которое еще бесформенно и безжизненно, само по себе бессмысленно и не имеет ценности, впервые обретая форму, смысл и ценность посредством воплощения эстетической идеи в материи?<sup>24</sup>

Уже согласно повседневному пониманию положения дел нам кажется, что *отношения реальности и идеальности применительно к практической идее права* скорее обратные.

Мы ощущаем, что не можем просто вкладывать в «материю» правовые идеи подобно художественным, но, скорее, должны *вычитывать их* оттуда. Ведь мы не равны, хотя Радбрух и утверждает это, Микеланджело, стоящему перед задачей увидеть возможного Давида в мраморном блоке, но должны вытянуть из этого блока Давида действительного.

Не имеет ли право прямо противоположной задачи, как это может показаться в этом идеалистическом произрастании идеи из реальности и равно материалистического опустошения реальности идеи, а именно возвысить до духовной действительности заданные в естестве дела форму и содержание, в которых из духа вершится правопорядок, тем самым выводя на свет сознания живущие в них смысл и ценность?

Подобные сомнения могли бы поколебать Радбруха, когда он вместе со своим ценностным релятивизмом, основанном на строгом методологическом дуализме, беспомощно упирается в правовой позитивизм, им самим научно обоснованный, для которого все равнозначно, а потому и в равной мере возможно, даже и тогда, когда это явно противоречит разуму вещей, естеству дела.

Он должен был признать, что опустошение идеалистической составляющей естества дела в пользу чисто материального оформления идеи права открывает интеллектуальный путь к порабощению реальности во имя чьих-либо идеалов либо идеологий. Тем самым отнюдь не случайно в последние десять лет жизни Радбруха мышление естества дела превратилось для него в ключевой момент для кардинальной перемены философских позиций (неокантианства), даже если он и не смог до конца выявить методологические и систематические следствия этого. Осмысление этих его последних соображений обладает показательным значением для нашей проблемы, вплоть до настоящего времени обозначая крайнюю точку дискуссии на эту тему, вокруг которой она до сих пор движется.

1. *Философско-правовое истолкование «естества дела» как «связанного с идеей права смысла жизненных отношений» (Радбрух).*

В своих постоянно возобновляемых мыслительных попытках Радбрух, в конце концов, не просто приходит к пониманию естества дела «как связанного с идеей права смысла жизненных отношений»,<sup>25</sup> либо же – как он более основательно формулирует это: как «*осуществляемого в бытии Должного, выявляющейся в реальности ценности*».<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Для Радбруха она является чисто аморфным материалом, без собственной кристаллической структуры, для которой смысл и ценность номиналистически привнесены извне, а не присущи ей самой как таковой.

<sup>25</sup> Natur der Sache, S. 162.

<sup>26</sup> Ук. соч., S. 172, в экскурсе V о «юридических конструкциях».

Равно Радбрух отстаивает принципиальную познаваемость естества дела не только благодаря «удачной интуиции», но и на пути строго рациональной дедукции, а точнее – *редукции отдельного жизненного отношения к его юридическому смыслу*: разлагая, посредством мысли, жизненное отношение на его юридически релевантные составляющие для того, чтобы в заключительном целостном созерцании обрести ту действительность,<sup>27</sup> которая была бы очищена от индивидуальных случайностей и логично сконструирована по типу соответствующих правовых институтов, т. е. идеальных схем. Подобную мысль мы можем встретить в требуемом еще Шиллером для анализа (и синтеза) естества дела выделении в явлении всего того, «что рассматривается в чем-то исключительно как случайное, и потому может быть отброшено без ущерба для сущности этого чего-то».<sup>28</sup> В подобных мыслительных схемах жизненных отношений, обретенных на пути «*юридического конструирования*», в том, что принадлежит им сущностным образом, а тем самым, необходимо, Радбрух усматривает «*идеальные типы*» *правовых институтов* в смысле Макса Вебера, в которых «охватывается наиболее существенное, смысл эмпирических явлений, а тем самым естество дела».<sup>29</sup> Отсюда естество не является чем-то незначительным для дела, но по сути необходимо принадлежит ему, представляя собой интеллектуально необходимый минимум его бытийного определения.

Однако, по сути, подобное мышление восходит к старой предпосылке, которая должна означать для всякого кантианца задачу его собственной позиции: «то же самое есть бытие и мышление» (Парменид) по умолчанию уравнивается с *необходимо-следует-мыслить-именно-так и не-мочь-мыслить-иначе и необходимо-быть-так и не-мочь-быть-иначе*.

Но тогда, по меньшей мере, если понимать по Радбруху опосредованный юридическими конструкциями смысл жизненных отношений не как привнесенный в эти отношения посредством мышления, но как нечто, что, «как смысл этой данности, движется по направлению к бытию»<sup>30</sup> то это предполагает, что мышление выглядит как мост, ведущий через очерченную критицизмом пропасть между познающим субъектом и познаваемым объектом, на котором раскрывается путь для научной дедукции из естества дела, между тем как основанный на удачной интуиции прыжок через эту пропасть уже невозможен.

Но это означает не менее чем то, что посредством мышления естества дела разрушается не только мост между объектом (бытием) и субъектом (сознанием), но также и между бытием и Должным, т. е. Должным, требуемым бытием и Должным, требуемым сознанием.

Однако Радбрух не замечает этих молчаливых предпосылок своего учения, а также с необходимостью вытекающих из этого выводов. Несмотря на то, что он отчетливо признает возможность охвата смысла данностей со стороны бытия путем строго ра-

<sup>27</sup> Ук. соч., S. 172, в экскурсе V о «юридических конструкциях».

<sup>28</sup> См. к этому: Radbruch, ук. соч., S. 166, в экскурсе I о Шиллере и Гете.

<sup>29</sup> Ук. соч., S. 172.

<sup>30</sup> Radbruch, Vorschule, S. 21.

циональных конструкций, он остается на позиции методологического дуализма вплоть до неопубликованного послесловия к новому изданию «Философии права».<sup>31</sup> Несмотря на признание того, что из естества дела следуют научно достоверяемые требования смыслового оформления данной правовой материи, он до конца стоит на дуализме мира бытия и мира Должного.<sup>32</sup>

Для нас сегодня весьма интересно, устоят ли те теоретико-правовые основания, которые Радбрух предлагает нам в качестве оснований для своих сомнений в отношении кажущихся неизбежными следствий, не решается ли именно в них не что иное, как *вопрос: естественное право или правовой позитивизм?*

Но в таком случае мы должны признать дедукцию из естества дела как действительный способ возникновения действующего права не только тогда, когда позитивное право отсылает на этот путь или оставляет для него место. В таком случае мыслительная форма «естества дела» обладает гораздо более основополагающей функцией, нежели «средство интерпретации» либо же «источник права» *внутри* позитивного права.

2. *Теоретико-правовое объяснение «естества дела» как «ultima ratio (высший разум) интерпретации и улучшения закона» (Радбрух)*

Сам Радбрух вступает в противоречие с теоретико-правовыми следствиями своего учения о «естестве дела». Его теоретико-правовой ответ на вопрос об обязывающем характере дедукции из естества дела для позитивного права должен нас поражать, учитывая его философско-правовое объяснение естества дела как «осуществляемого в бытии Должного» жизненных отношений.

И это несмотря на объяснение подобной дедукции из естества дела как призыва к «законодателю вообще».<sup>33</sup> Однако это не мешает Радбруху допускать подобный призыв лишь там, где «для регулирования жизненных отношений нельзя отыскать доказательств идеи, которой руководствовался законодатель».<sup>34</sup>

Радбрух до последнего признает мышление в форме естества дела лишь функцией «средства истолкования и заполнения пробелов»: «некоей *ultima ratio истолкования и улучшения закона*» в той мере, в какой «выявленный из естества дела смысл жизненных отношений и идея, на которой оно основывается, не вступает в противоречие с духом закона».<sup>35</sup>

<sup>31</sup> См. к этому предисловие издателя (E. Wolf) к 5-му изданию Rechtsphilosophie, S. 12. Также и сам Радбрух в своем послесловии настаивает как на методологическом дуализме, так и на релятивизме: «обе мысли со временем изменили свой облик, но остались как таковые».

<sup>32</sup> См. Vorschule, S. 21, где Радбрух единственно делает подобную уступку: естество дела служит для того, чтобы «жесткий дуализм ценности и действительности, бытия и Должного в чем-то превзойти, но не снять»; см. к этому введение издателя (E. Wolf) к 5-му изданию Rechtsphilosophie, S. 70 и далее.

<sup>33</sup> Natur der Sache, S. 163.

<sup>34</sup> Ibid, S. 162 и далее.

<sup>35</sup> Ibid, S. 162.

Но тем самым для него в случае противоречия закона и естества дела остается лишь старый позитивистский ответ: «*fiat justitia, pereat mundus*» («Да свершится правосудие и да погибнет мир» – лат., прим. пер.).

И тогда в результате естество дела действительно лишь там, где «ему явно либо скрыто оставлено место источником права», естество дела – как объясняет Радбрух целиком в русле предшествующих теорий правового позитивизма, «*не есть нечто действительное само по себе, не источник права*». <sup>36</sup>

Этот ключевой теоретико-правовой результат в контексте столь разноплановых ключевых философско-правовых высказываний Радбрух обосновывает позитивистской догмой о том, что естество дела действует лишь там, где оно не противоречит «духу закона». И там, где так называемый дух закона наталкивается на разумное начало вещей, на естество дела, Радбрух стоит на том, что Должное неудачного закона должно обладать преимуществом в отношении Должного, которое осуществляется в бытии, хотя сам Радбрух в другом месте характеризует ту руководящую мысль, которой подчинен «конкретный законодатель», как идею права и «неотделимое от нее» естество дела. <sup>37</sup>

Мы ощущаем глубокую неудовлетворенность и дискомфорт в отношении этих теоретико-правовых последствий, неустойчивых вследствие кардинальных колебаний в философско-правовом объяснении естества дела.

Должно ли это стать итогом обсуждения упомянутой проблемы? Рассмотрение до сих пор существующих отзывов, начиная от сводящихся либо к Дербургской дефиниции «естества дела» как «живущего внутри вещей порядка» (как у Коинга), <sup>38</sup> или же к Радбруховской характеристике как «связанного с идеей права смысла жизненных отношений» (как у Фехнера) <sup>39</sup> до ранних попыток «теоретико-правового проблематизирования естества дела» Штратенверта <sup>40</sup> видимым образом подтверждают это.

<sup>36</sup> Natur der Sache, S. 162.

<sup>37</sup> Ibid, S. 163.

<sup>38</sup> Для Коинга понятие «естества дела» схватывает не только «естество людей», но сверх этого «своеобразие фактических закономерностей в нем, каковое присуще как отдельным областям деятельности людей, так и человеческой общности в целом», вследствие чего он в конечном итоге приходит к «расширенному представлению о сквозном порядке социальных вещей» (Coing, Grundzuege der Rechtsphilosophie, S. 119, 122).

<sup>39</sup> Fechner, Rechtsphilosophie, 1956, S. 147.

<sup>40</sup> Штратенверт подводит свое объяснение «природы вещей» к всеобщему основополагающему положению дел, которое Велцель зафиксировал в понятии «фактологической структуры». Напротив, Радбрух, Коинг и Фехнер употребляют это понятие для обозначения отдельного положения дел в ходе попытки доказать в этих, заранее данных координатах, относительность всякой «фактологической позиции», которая для них следовала из изменчивой ценностной перспективы, выявляющейся из «исходного ценностного пункта законодателя», обязывающего по отношению к закону. Это означает откат к последовательному ценностному релятивизму в смысле юго-западной немецкой школы, которая, по Радбруху, исходит из догмы, в большей степени возможной, относительно равной значимому, исходному ценностному пункту, о правильности которого судят не «по делу», а по воле законодателя. См. к этому: Stratenwerth, Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache, 1957, в особенности S. 8, 20, 27 и далее. А также см. результаты, полученные Weischedel, Recht und Ethik, 1956, см. в особенности S. 6 и далее, S. 10 и далее.

Кажется, что накатанная колея, проторенная идеализмом и философией ценностей, не в состоянии сдвинуть проблему с того места, на котором она оказалась благодаря усилиям Радбруха.

В следующих двух частях нашего разыскания мы хотели бы предпринять попытку совершить несколько пробных шагов в ином направлении.

## II. «Естество дела» как «естество» жизненного положения дел

Мы задаем себе тот вопрос, перед которым мы оказались поставлены в конце нашего предыдущего мыслительного пути. Что же такое это «естество дела», которое иногда противоречит «духу закона» либо «идее права», а иногда – соответствует тому либо другому?

Куда ведут все выводы либо обоснования права из «естества дела»? В сферу по ту, либо по эту сторону позитивно-правовых установлений? Т. е. к естественному праву?

Чтобы лучше понять направление, в котором нас ведет этот вопрос, мы попытаемся, прежде всего, исключить те дедукции и аргументации «из самих дел», которые вследствие многозначности понятия «естества дела» ведут к совершенно иным целям и которые легко могут увести нас по неправильному пути.

Дедукции и аргументации из «естества дела» являются попытками вывести уложение долженствования позитивного права из чего-то, пребывающего вовне позитивно-правовых положений, однако не путем дедукции абстрактного естественного права из высших правовых оснований, но конкретного естественного права всех времен из самого правового положения дел, заключенного в правовой материи. Тем самым они обосновывают должные уложения позитивного права не иными всеобщими уложениями долженствования, но возводят их – как говорил Радбрух – обратно к «Должному, осуществляемому в бытии».

Вследствие этого мы должны исключить из нашего дальнейшего разыскания все излюбленные выводы понятийной юриспруденции, когда правовые положения выводятся из логического бытия понятия права или систематических взаимосвязей правовой системы, которые охотно выдаются за дедукцию из природы собственности или владения, договора или обещания, сколь часто в них опосредованная дедукция из правового положения дел скрывается под видом логических либо систематических выводов. Тогда правовое положение дел не является, как утверждал Райнах, «специфически-правовым фундаментальным понятием», которое можно познать во внутреннем созерцании в его бытии, подобном бытию математических и геометрических образований,<sup>41</sup> но положением дел «снаружи в мире», перед которым мы «находимся»: не правовые образования, но, одним словом: *жизненное положение дел*.

---

<sup>41</sup> О котором Райнах утверждает: «Правовые образования... например, требования и обязательства, обладают собственным независимым бытием, подобно домам и деревьям. В отношении последних значимо то, что мы можем вычитать в актах чувственного восприятия, наблюдения, из мира внешнего. В целом иначе дело обстоит с утверждениями, которые действительно в отношении



Но что же такое это жизненное положение дел, которое согласно Радбруху претендует на новое объяснение всех тех дел, о которых, собственно, идет речь в нашем понятии естества дела?

1. *Жизненное положение дел как комплекс происшествий между субъективностью (человеком) и объективностью (миром).*

Жизненное положение дел есть «комплекс происшествий» в мире снаружи.<sup>42</sup> Дела здесь – это не изолированные вещи либо предметы, но комплексное положение дел человеческой жизни между субъективностью (человека) и объективностью (мира). Другими словами: способы человеческого поведения по отношению к миру: бытия-в-мире, вокруг разметки, а тем самым обеспечения и утверждения которого, согласно нашей точке зрения, вращается всякий порядок права и нравственности.<sup>43</sup> В качестве такого жизненного положения дел нам встречаются купля-продажа и наем, кража и обман, как те образы происшествий, сбывающихся между человеком и миром, которые снабжены позитивной либо негативной разметкой, другими словами, как расположенные изначально либо неизначально способы человеческой коэксистенции. Напротив, те всеобщие, основополагающие положения дел, которые возможно вычитать из всего этого – деяние – неправо – вина – наказание, структуру «логики дел» которых мы стараемся охватить в так называемых общих учениях уголовного либо гражданского права, исходно всего лишь мыслительные абстракции, посредством которых мы пытаемся овладеть устройством всех этих правовых положений дел.<sup>44</sup>

Так мы узнаем, что «дела», о которых идет речь во всяком мышлении из естества дела, есть те жизненные положения дел, которые встречаются нам снаружи в мире. Но что мы имеем ввиду, ставя ключевой вопрос нашего разыскания, когда говорим о «естестве» этого жизненного положения дел и пытаюсь обосновать из этого наши утверждения касательно права?

2. *Естественные закономерности жизненного положения дел как естественные факты.*

Все эти жизненные положения дел как образы происшествий в мире людей разыгрываются в двояком измерении. Как обладающие физиологическими и психологическими

правовых образований. Здесь нет никакого мира, перед которым мы пребываем, и из которого можем вычитать какое-то положение дел. Здесь в нашем распоряжении иная, более глубокая возможность. Поскольку мы углубляемся в сущность этих образований, постольку мы усматриваем, что то, что закономерно значимо для них, мы постигаем во взаимосвязи аналогичной тому, как мы бы углублялись в сущность чисел и геометрических образований...» (A. Reinach, Zur Phaenomenologie des Rechts, Neuauflage der Apriorischen Grundlagen des Buergerlichen Rechts, 1953, S. 14 и далее).

<sup>42</sup> Maihofer, Vom Sinn menschlicher Ordnung, 1956, S. 41 и далее.

<sup>43</sup> Maihofer, Recht und Sein, 1954, S. 125 и Vom Sinn menschlicher Ordnung, S. 52.

<sup>44</sup> Всякое общее, основополагающее положение дел может быть охвачено лишь в мысленном абстрагировании от конкретного материального содержания, такого как мошенничество либо купля-продажа, как формальная схема, лежащая в основе всех этих способов человеческого поведения: «действительно» в жизненном мире людей существуют лишь мошенничество или же купля-продажа, но не «поведение вообще». Тем самым имеется формальное (всеобщее) и материальное, особое (конкретное) «естество дел».

асpekтами, они онтичны. Они представляют собой *естественные факты*, которые исполняются согласно определенным естественным закономерностям. Даже позитивизм не в состоянии отрицать заключенных здесь заданностей: «donees» (фр. «данные, сведения» – прим. пер.)<sup>45</sup> как «реалии законодательства».<sup>46</sup> Законодатель, который со своими правовыми установлениями перескакивает через естественно заданный ход вещей (как, например, беременность), утрачивает суть дела, создавая противоестественный, а тем самым – противоправный порядок. Начиная с учения римских юристов о *rerum natura* (природе вещей), понимаемой как естественные закономерности естественных фактов, не существовало никаких сомнений относительно существования фактически-законодательного априори правового положения дел. Но, как показывает уже попытка Буркхарда Вильгельма Лейста обосновать *априорное учение о праве*<sup>47</sup> на «фактической природе жизненных отношений» и их «физиологических» закономерностях, объясняемых естественным образом, подобные «чистые» естественные факты, из которых следуют естественные закономерности для «противопоставления природы отношений и содержания позитивных правовых установлений», являются весьма непрочным основанием. Однако эта первая попытка заслуживает внимания уже благодаря тому, что она систематически исследует то Нечто, которое пребывает «по ту сторону позитивных правовых установлений»<sup>48</sup> и не «создано правовой волей, но либо адаптируется, либо отклоняется ею» для того, чтобы обрести тот *tertium comparationis* (третий член сравнения – лат., прим. пер.), из которого мы лишь и можем прийти к действительно удовлетворительному пониманию тех правовых положений,<sup>49</sup> что различным образом оформляются в зависимости от эпох и народов. Такое понимание отнюдь не представляет собою собрания древностей и курьезов, заботящихся лишь историю права, но должно лежать в основе всякого подлинного сравнения права, которое не сводит себя к голому сопоставлению с зарубежной правовой наукой.

Первый решительный шаг в этом направлении был совершен уже Пуфендорфом, который объяснял природу права как заданную фактическими закономерностями не только *entia physica* (физическое начало – лат., прим. пер.), но и *entia moralia* (моральное начало – лат., прим. пер.).<sup>50</sup>

Легко заметить, что естество жизненного положения дел не может быть постигнуто исключительно из естественных фактов и естественных закономерностей, лежащих

<sup>45</sup> F. Geny, *Science et technique en droit prive positif*, I, 1922, S. 96 и далее, и II, 1915, S. 370 и далее.

<sup>46</sup> E. Huber, *Ueber die Realien der Gesetzgebung*, в: *Zeitschrift fuer die Rechtsphilosophie*, 1914, S. 39 и далее, а также: *Recht und Rechtswirklichkeit*, 1921, S. 281 и далее.

<sup>47</sup> См. к этому критическую полемику с Райнахом, ук. соч., S. 225, и *Radbruch, Natur der Sache, Exkurs IV ueber B. W. Leist*, S. 170 и далее.

<sup>48</sup> См. Leist bei Reinach, там же.

<sup>49</sup> *Ibid.* См. к этому критику А. Райнаха, ук. соч., S. 225.

<sup>50</sup> См. к учению об «entia moralia» у Пуфендорфа: E. Wolf, *Grosse Rechtsdenker*, 3 Auflage, 1951, S. 338 и далее; H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2 Auflage, 1955, S. 146 и далее, и: Maihofer, *Recht und Sein*, S. 109.

в основе происшествий в качестве их «двигателя». Напротив, уже простейшие правовые феномены, такие как владение либо обещание, указывают нам на совершенно иную сторону их «природы». Они не являются естественными фактами, физиологическое либо психологическое протекание которых проходит согласно определенным естественным закономерностям, но *культурным положением дел*: комплексом происшествий в мире культуры, человеческом мире «морального бытия»: «*entia moralia*». В чем же заключается эта сторона «природы»?

3. *Вопрос о фактических закономерностях жизненного положения дел в качестве культурного положения дел (entia moralia) как «вечная тема».*

Вопрос о «моральном естестве» жизненного положения дел, взятого как культурное положение дел, представляет для нас ключевую проблему всякого мышления из естества дела. Ведь это не только проблема философии права – ответить на него, тем самым решив *вопрос нашей эпохи: естественное право либо правовой позитивизм?* Здесь мы сталкиваемся с «вечной темой» философии и теологии. Не спрашиваем ли мы при этом о «вещи в себе» в практической философии, о вопросе, предворяющем все исследование материальной этики ценностей, а тем самым – об основополагающей проблеме старого спора об универсалиях: являются ли добро и зло теми модусами, которые живут внутри вещей, «вложенные» туда божественным разумом либо свободной волей Господа, либо же, как утверждает позднейшее естественное право, «вложены» туда посредством разума человека либо его свободной воли.

Подобное рассмотрение неимоверной значимости данного вопроса уберезит нас от поспешного ожидания – прийти к этой «вечной теме», исходя из рамок вводных предпосылок, очерчивающих современное состояние этого вопроса иначе, нежели из прояснения пути, ведущего к ответу, из философии нашего времени. Итак, примем за дело.

### **III. «Моральное бытие» культурного положения дел как структура фактических закономерностей социальных жизненных ролей и жизненных положений**

Вопрос, который является ключевым для нас, звучит так: в чем заключается бытие («естество») того необозримого многообразия жизненных отношений, которые встречаются нам в человеческом мире культуры как купля-продажа либо наем, но также и как кража либо обман? Чем вырабатывается их «моральное бытие» культурного положения дел: их бытие в измерении *entia moralia*, а тем самым смысла и ценности?

На первый взгляд, самое простое – помыслить подобное естество дела как культурное положение дел согласно старой схеме субстанции и акциденции: как состояние дел, сравнимое с онтическими свойствами субстанции, живущей внутри вещей, и состояниями, присущими этой субстанции в качестве акциденции, такими как твердость либо цвет. Следуя подобным путем, мы в состоянии постичь состояние купли-продажи как *дела*, однако то, что представляет собой *купля-продажа как положение дел в мире морали*, остается для нас сокрыто. Напротив, все подобные онтические данные ведут

нас к тому, чтобы воспринять нечто совершенно иное, нежели «сами дела», а именно то их «естество», о котором здесь идет речь. С первого взгляда на подобный «комплекс происшествий», которые встречаются нам как правовые феномены собственности и купли-продажи, либо же кражи и обмана, нам становится ясным, что всякая подобная попытка – охватить «моральное бытие» этого жизненного положения дел как субстанцию и акциденцию некоего объекта, должна провалиться. Подобное *жизненное положение дел как комплекс происшествий между субъективностью (человек) и объективностью (мир)* не обладает, как видел еще Ницше, никаким бытием наподобие изолированной в субъекте либо объекте субстанции.<sup>51</sup> Это бытие заключено в том, что сбывается между двумя полюсами происшествия, в том процессе «снятия» субъективности в объективности и наоборот, *экзистенции кого-то (человека) в чем-то (мире)*. Те «объективации»,<sup>52</sup> которые исполняются во всех подобных способах поведения человека в отношении мира, создают комплекс тех происшествий, синтезы которых могут быть разрушены в анализе субъект-объектного состава, а тем самым равно разъединятся целостная связь бытия и смысла происшествия.

Если мы взглянем более пристально в такое жизненное положение дел, как купля-продажа, то нам ближайшим образом станет ясно, что как вопрос о «субстанции купли-продажи», так и вопрос о ее «сущности» по сути является бессмысленным, поскольку речь здесь идет не о какой-то «вещи» купли-продажи, но о «положении дел»: о *способе коэкзистенции*, об отношении *бытия-покупателем и бытия-продавцом как определенном способе встречи людей в мире повседневности*.

С кажущейся банальной интерпретации этого происшествия не как *реальной вещи*, но *экзистенциального положения дел*, нам неожиданно открывается путь к ответу на ведущий нас вопрос о бытии такого положения дел, как культурного. Во всех подобных *культурных положениях дел* мы сталкиваемся с определенными «свойствами» людей: как покупателя и продавца, арендатора и арендодателя, врача и пациента, ученика и учителя, собственника, обладателя, отца, матери, крестьянина, гражданина, ..., свойствами, которые уже не понимаются как отыскиваемые в изолированном субъекте «состояния», наподобие протяженности либо сопротивляемости, но выявляющиеся как средоточие того смысла жизненного положения дел, о котором идет речь: «естество этого дела». Подобные свойства, которые следуют не из *субстанции*, но из *экзистенции*, можно назвать *обстоятельствами*.<sup>53</sup>

Как мы утверждаем, моральное бытие того культурного положения дел, которое служит предметом рассмотрения (*entia moralia*), отнюдь не заключено в их субстанции либо же присущих ей онтических свойствах, но основано в тех обстоятельствах, кото-

<sup>51</sup> Ф. Ницше: «Протяженность, самождественность, бытие не присущи ни тому, что зовется субъектом, ни тому, что зовется объектом: это комплексы происшествий». См. к этому: Maihofer, Vom Sinn menschlicher Ordnung, 1956, S. 30 и далее, S. 41 и далее.

<sup>52</sup> О феномене «объективации»: Maihofer, Recht und Sein, S. 103 и далее.

<sup>53</sup> Об этом весьма обстоятельно: Heidegger, Sein und Zeit, 1927, S. 83 и далее. К объяснению «обстоятельств» как «характера» бытия-как: Maihofer, Vom Sinn menschlicher Ordnung, S. 65.

рые следуют из экзистенции человека в мире. Но что здесь зовется *моральным бытием*? А *экзистенцией*? И прежде всего, в чем основаны эти странные обстоятельства и что следует из них? Это те вопросы, к которым мы хотим подступиться.

Все рассматриваемые нами культурные положения дел суть комплексы происшествий между человеком и миром: способы бытия-в-мире человека, модусы бытия его экзистенции. Их бытие и смысл заключены в определенных *жизненных образах: социальных позициях*, таких как покупатель, отец либо гражданин, а также в тех *жизненных положениях*, которые встречаются этим людям: *социальные ситуации*, такие как необходимая оборона либо же крайняя необходимость. Эти жизненные образы и положения являются тем персональным и реальным пространством, в котором исполняется индивидуальное проявление отдельного человека в мире Других, как «*вечное возвращение того же самого*»,<sup>54</sup> а также представляют собой основание мира «*объективного духа*».

В этих жизненных образах человек выступает из субъективности в объективность сверхиндивидуальной бытийной и смысловой взаимосвязи того мира в целом, экзистируя в котором он в подлиннейшем смысле слова может «состояться».<sup>55</sup> Тем самым из тех жизненных ролей, в которых он объективируется, человеку, как увидел уже Пуфендорф, приписывается «моральное качество» как его «статус»,<sup>56</sup> которым он обладает в мире Других. Это бытие в определенном социальном образе либо положении не придано ему извне, он привносит его с собой, приходит в это состояние «изнутри», как в ту роль или на то место,<sup>57</sup> которые локализируют его в устройстве порядков мира культуры.

Если мы пытаемся более четко постичь фактические закономерности структуры этих образов либо ролей, то мы узнаем, что все они в своих очертаниях обладают таким устройством, из которого даны не только их «*бытие*» либо «*смысл данности в бытийном аспекте*»,<sup>58</sup> но также и их «характер» как «*выявляющейся в действительности ценности*», а тем самым – «*осуществляемого в бытии Должного*».<sup>59</sup>

1. *Бытийная структура социальных жизненных ролей и положений: отсылка и соответствие.*

Базисом структуры бытия этих жизненных образов являются определенные отсылки сущего в отношении друг друга, и эти отсылки имеют своими полюсами получение<sup>60</sup>

<sup>54</sup> О «метафизическом» оправдании всякого существующего порядка из мысли о «вечном возвращении» (бытия-как): Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 78 и далее, прим. 68.

<sup>55</sup> Об объективации этих жизненных образов (*paradeigmata*) бытия Самости в бытии-как – социальных образов, в которых осуществляется индивидуальное развертывание в «мире Других»: в частности, Maihofer, *Recht und Sein*, S. 101 и далее, S. 112 и далее, в особенности примечание 111, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 47 и далее, S. 57 и далее, S. 64 и далее.

<sup>56</sup> К вопросу «первичного» и «вторичного» статуса: Maihofer, *Recht und Sein*, S. 97 и далее, S. 117 и далее. А также *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 71.

<sup>57</sup> Об осмыслении порядка (*Ordnung*) как локализации (*Ortung*): Maihofer, *Recht und Sein*, S. 105 и далее, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 52, S. 70 и далее.

<sup>58</sup> См. Radbruch, *Vorschule*, S. 21.

<sup>59</sup> Radbruch, *Natur der Sache*, S. 172.

<sup>60</sup> «Основание» всякого «*infirmitas*» («бессилие» – лат., прим. пер.) (Гроций) или «*imbecillitas*» (слабость, немощь – лат., прим. пер.) (Пуфендорф) людей. См. к этому: Maihofer, *Recht und Sein*, S. 86 и далее.

и предрасположенность<sup>61</sup> (от кого-то кем-то, кого-то к кому-то), в каковых всякие потребности и употребления имеют свое онтологическое основание.<sup>62</sup>

Так что покупатель и продавец, врач и пациент, учитель и ученик изменчивым образом отсылают друг к другу.

Эти отсылки создают соответствие сущего в отношении друг друга,<sup>63</sup> на котором (соответствии. – А. С.) покоится фундамент строя порядка всего мира культуры.<sup>64</sup> Этот мир обладает двумя уровнями – соподчинения чего-то чему-то (врач и пациент) и координации (пациента с пациентом), в которых всякое равенство и неравенство имеет свое онтологическое основание.<sup>65</sup> Тем самым покупатель и продавец, учитель и ученик, но также и покупатель и покупатель, учитель и учитель пребывают в отношении друг друга в определенных способах как «равно» либо «неравно» «соответствующие» друг другу образы порядка в устройстве человеческого: правового, нравственного либо же экономического порядков.

2. *Смысловая структура социальных жизненных ролей и положений: обстоятельство и значение.*

Всякие подобные соответствия создают обстоятельства сущего по отношению друг к другу,<sup>66</sup> или более точно: обстоятельства чего-то как чего-то для чего-то. Например, одного как продавца для другого как покупателя, одного как учителя для другого как ученика. Такие обстоятельства являются онтологическим основанием всякого отношения друг к другу либо же имени-дела друг с другом как таковых. Эти обстоятельства более уже не имеют своего основания в бытии отдельного взятого сущего, но в том,

<sup>61</sup> Не только социологическое либо психологическое, но и онтологическое «основание» всяческого «*appetitus societatis*» («стремление общности» – лат., прим. пер.) (Гроций), а также всякого «*socialitas*» («общества» – лат., прим. пер.) (Пуфендорф) людей.

<sup>62</sup> См. Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 64 и далее.

<sup>63</sup> О «бытии порядка» как «соответствия» см. Maihofer, *Recht und Sein*, S. 85 и *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 64 и далее.

<sup>64</sup> Уже Фома Аквинский и Аристотель усматривают в этом соответствии одного другому: *der «adaequatio»* (соответствия) или «*commensuratio*» (соразмерности), мужа – жене, родителей – ребенку, хозяина – слуге, «основание» всякой связи с Другими, а тем самым «меру» всякой справедливости как таковой: мужа в отношении («*comparatio*») жены, родителей – к ребенку, хозяина – к слуге, также как и наоборот (см. Thomas, *Summa Theologica*, II–II, 57, 2–4, ук. соч., S. 8, 11, 14 и далее, а также Aristotle, *Nikomachische Ethik*, I, 5 и далее, V, 4 и далее). Ни на чем другом не строятся и представления Лейбница о «предустановленной гармонии» космоса природы, как универсума культуры, на котором основана связь с миром монад (бытия Самости) в их соответствии бытию-как, когда всякие монады раскрыты одновременно как «окна» во взгляде на мир (как *ens percipiens* («вещь воспринимающая» – лат., прим. пер.)) и «двери» становления мира (как *ens appetens* («вещь вождедеющая» – лат., прим. пер.)) (см. к этому Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 62 и S. 65 и далее, примеч. 54).

<sup>65</sup> Maihofer, ук. соч., S. 68 и далее.

<sup>66</sup> Нечто подобное в бытии сущего: обстоятельства, в которых основана подручность вещи как определенного средства, присутствие лица как определенного кого-то уже Гегель понимал как «подлиннейшую субстанциональность» сущего (см. Maihofer, *Recht und Sein*, S. 87 и *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 65).

что мы назвали бытием-как (Alsein),<sup>67</sup> вокруг которого, как средоточия своего смысла, вращается всякий человеческий порядок.

Эти обстоятельства, посредством обратной отсылки к бытию того сущего, которое указывает друг на друга и тем самым соответствует друг другу, придают такому сущему определенные значения в отношении друг друга.<sup>68</sup> Значения как чего-то для чего-то: покупателя для продавца, отца для сына, учителя для ученика «как таковых».

Данные значения являются онтологическим основанием для того особого «веса», который мы приобретаем в отношении Других, а они – для нас в мире повседневности: выражение зависимости или независимости сущего по отношению друг к другу: основание того, что нам чего-то не хватает, когда мы теряем Другого как такового.<sup>69</sup> Но почему нам не хватает Другого как такового?

3. *Ценностная структура социальных жизненных ролей и положений: ожидание и интерес.*

Нам не хватает Другого, поскольку всякие значения, определяющие Других как таковых, основаны в естестве дела: жизненных образах, в которых заключены ожидания в отношении друг друга – ожидания в отношении кого-то как кого-то:<sup>70</sup> отца в отношении сына, учителя в отношении ученика как таковых. Эти ожидания суть онтологическое основание для того интереса, что выявляется из естества дела и обозначается как «естественный» либо «разумный» и каковым мы обладаем в отношении бытия и поведения Других как таковых, а также большой либо малой ценности этого поведения Других как таковых в отношении нас. Но необходим ли он для нас при исполнении нашего собственного бытия как такового? Ведь учитель нужен ученику точно также, как и ученик учителю, одного «не существует» без другого как такового. То, что подобные «естественные» либо «разумные» ожидания меняются с ходом времени, не исключает того, что их характер «связан» с правом. Право, которое никто «не принимает во внимание», есть «ничейное право» (ein Niemandrecht); «удовлетворять» те ожидания, которых никто «не имеет», как судье, так и законодателю должно показаться бессмысленным трудом, не имеющим никакой ценности. Однако может ли их «правовая задача» состоять единственно в том, чтобы «исполнять» те ожидания, которые обращены разумным покупателем или продавцом, врачом либо пациентом, работодателем либо работником к Другому в соответствии с его ролью и соразмерно

<sup>67</sup> Maihofer, *Recht und Sein*, S. 33 и далее, S. 114 и далее, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 47 и далее.

<sup>68</sup> См. к этому Хайдеггерское «естественное понятие мира» как «целостности отсылок» «значимости» (*Sein und Zeit*, S. 83 и далее) для объяснения «характера бытия-как»: Maihofer, *Recht und Sein*, S. 84 и далее, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 65.

<sup>69</sup> См. к этому основополагающий Хайдеггерский анализ «модуса выпадения» (*Sein und Zeit*, S. 72 и далее), а также Maihofer, там же.

<sup>70</sup> Об этих «типических ожиданиях» как из «естества дела» следующем основании всех «типичных интересов» фактически говорит уже Веберовское понятие социального деяния в: *Wirtschaft und Gesellschaft*, 3 изд., 1947, S. 11 и далее, а из современников – Coing, *Rechtsphilosophie*, S. 121.

его поведению? Всякое право помыслено и «содеяно» из горизонта ожиданий постольку, поскольку оно посредством «по праву» заданного масштаба этих (позитивных либо негативных) «ожиданий» предписывает всем Другим границы как Должного, так и Недолжного, в то время как исполнение этих ожиданий гарантируется и необходимым образом устанавливается посредством правового принуждения.<sup>71</sup>

Но тем самым мы оказываемся около пункта, ключевого для нашего разыскания, однако наиболее смутного для нашего человеческого опыта. Мы в состоянии признать в качестве само собой разумеющегося, непосредственно охватывая это духовным взором, то, что бытие рассмотренного жизненного отношения как экзистенциального положения дел состоит из *отсылок* и *соответствий*, а смысл его заключен в *обстоятельствах* и *значении*. Вероятно, мы также в состоянии усмотреть, что из этих значений даны определенные *ожидания*, каковые на языке повседневности характеризуются как «естественные» либо «разумные» и исполнение которых имеет ключевое значение для ценности или ничтожности бытия и поступков Других. Но каким образом мы должны из этого, исполненного смысла и ценности бытия, перейти через ранее упомянутую пропасть к Должному: должному поведению? Мы верим, что здесь существует мост – путь, который можно пройти строго научным образом. Как мы полагаем, он ведет от *ожиданий* и *интересов*, данных из естества жизненных образов и положений, к выводимым из них требованиям к встречным Другим как таковым, к их поведению, которое со своей стороны соответствовало бы естеству их ролей и положений.

#### 4. Структура Должного социальных жизненных ролей и положений: требование и долг.

То, что путь через «мост» «от бытия к Должному» возможно пройти, является само собой разумеющимся для донаучного опыта права. Дилетант, который обитает в правовом мире повседневности, «экзистирует» (в подлиннейшем смысле этого слова) из понимания смысла того, что принадлежит к отдельным жизненным образам и положениям, тем самым «принадлежит» ему как таковому. Он обитает в той *донаучной достоверности*, что из упомянутых ожиданий в отношении Других как таковых, описанных как «естественные» либо «разумные», даны само собой разумеющиеся требования того, что «соответствует» Другим как таковым, как принадлежащее к их роли либо положению, а потому (как это хорошо слышится в языке), им как таковым принадлежащему (*gehorende*) либо «подобающему» (*gehorige*) поведению. Но мы обладаем также и *научной достоверностью* того, что на самом деле здесь имеется нечто, что «не обусловлено» образом и положением, а следует из самого заключенного в этом естества дела, задавая те «соответствующие» естеству дела «подлинные» требования,<sup>72</sup>

<sup>71</sup> Исходный пункт, из которого Штратенверт отстаивал «относительность» этих «ожиданий» (ук. соч., S. 21 и далее), не находится «в жизни»: но в праве, переживаемом дилетантами на основе «естественных» либо «разумных» ожиданий (а не исходя из предписаний закона) в мире права повседневности не где угодно и когда угодно, но здесь и сейчас.

<sup>72</sup> На самом деле мы согласны с Ясперсом, который в отношении этих образов бытия-с, посредством «участия» в которых для индивида становится возможным «исполнять бытие в объективности общества», утверждает: «из этих образов вытекают осмысленные требования,



которые создают *онтологические основания* для всех тех *естественных* либо *разумных* обязанностей, что встречаются нам как таковым в нашем бытии и поведении, и выполнение каковых имеет решающее значение для определения подобающего либо неподобающего характера нашего поведения по отношению к Другим. Такие «обязанности» или «*требования дня*», как именует их Гете наряду с Эпиктетом,<sup>73</sup> как заключенное в объективности этих образов и положений требование к нам, являются той мерой поведения, согласно которой «направляются» люди в их встречаемости друг другу в мире права повседневности в двояком смысле «дике»: набрасывая-себя и отбрасывая-себя (*des Sich-Ent-werfens und des Ver-werfens*). Они представляют собой то, что причитается каждому согласно его бытию, и что послужило истоком для греческого мышления права.<sup>74</sup> «Право», «причитающееся» каждому согласно тому, «что» он «есть» в устройстве этого порядка, – в целостном смысле этого общеупотребительного, но, тем не менее, непостижимого слова: того, что ему «учинено» (теμισ),<sup>75</sup> и что ему тем самым согласно его месту (топосу) и положению (статусу) подобает, как мы обычно говорим, «по чину и праву». В научном опыте подобное, данное из естества дела Должное, ставится под вопрос посредством раскладываемой на два шага мыслительной постановки вопроса.

Мы должны себя ближайшим образом поместить в роль или положение Других, спросив себя, что мы как таковые ожидаем от Других как таковых и можем правомочно требовать. Так мыслится всякое право, из роли и положения Других. Тем самым мы, как преподаватели, врачи, покупатели должны поместить себя в роли учеников, пациентов, продавцов и наоборот, спрашивая, что мы как таковые «естественным», а потому «правомочным» образом должны ожидать от «разумного» учителя, врача,

---

которые на этом, исторически сложившемся месте и для этого рода занятий безусловны и тем самым подлинны» (Jaspers, Philosophie, 2 изд., 1948, S. 621). Даже если Ясперс затем говорит об обезценивании подобной объективной коммуникации в сравнении с единственно «подлинной» для него, «объективной» и «истинной» «экзистенциальной коммуникацией»: от «Самости к Самости», в которой более «невозможна никакая заменимость», и каковая более не может соответствовать изначальному «характеру» этих «ролей» как *жизненных образов бытия Самости в бытии-как*.

<sup>73</sup> Целиком в духе Эпиктета пишет Гете в его размышлениях о «человеке и мире»: «как можно познать самого себя? Не посредством созерцания, но лишь через поступок. Пытайся исполнить свой долг, и ты поймешь, что в тебе есть. Но каков твой долг? Требования дня». Да и для Эпиктета человеческое существование не заключено ни в чем другом, как в том, чтобы жить в отношении других людей соразмерно своему месту, обретенному по природе либо по своей воле: отца, сына, брата, гражданина, мужа, жены, соседа, друга, повелителя или подданного. Мы соответствуем этому месту, когда «исполняем долг» соседа, гражданина, должностного лица, который мы «познаем», когда «приучаемся» «внимательно рассматривать эти жизненные положения». См. об этом: Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 53 и далее, в особенности S. 62 и далее.

<sup>74</sup> Подобное «дике» уже у Гомера понималось не только как «притязание и право на то, что подобает всякому согласно его собственной сути», но равносходно как «уделение того, что подобает, посредством решения, которое присуждает» (E. Wolf, *Greichisches Rechtsdenken*, T. 1, *Vorsokratiker und fruehe Dichter*; см. к этому также: W. Maihofer, *Recht und Sein*, S. 32).

<sup>75</sup> О мышлении «themis» см.: E. Wolf, *ук. соч.*, S. 76 и далее (у Гомера) и Maihofer, *ук. соч.*

продавца и т. п. Это и есть изначальный смысл того исконного опыта правила: *золотого правила, основного правила* всякого «подлинного» порядка.<sup>76</sup> Также и позитивное право отсылает нас к этому исходному пункту – разумного лица, когда закон должен передать судье материальное исполнение своих предписаний.

Эти «*правомочные*» ожидания мы можем возвести для себя в ранг «оправданных требований» и присущих Другим «оправданных обязательств» в том случае, когда мы в состоянии «*сделать значимым*» установленное Должное поведения, тщательно проверяя его пригодность, как следующего из естества дела *всеобщего закона поведения*, для всех Других в подобной роли или положении. В этом и состоит *изначальный смысл* открытого Кантом *категорического императива, основного закона всякого «всеобщего» порядка*.<sup>77</sup> Всякое право помыслено и «сотворено» как обобщение того *должного поведения*, которое возведено в ранг *закона поведения* и дано из естества дела определенных, изотопных, возобновляющихся в мире повседневности ролей и положений.

Этот закон поведения значим не для каждого «*езде и всюду*», но *обязывает*, поскольку на деле правомочен, для *всякого в подобной роли или положении*.

Подобная дедукция закона поведения из структуры Должного социальных ролей и положений посредством золотого правила и категорического императива двояким образом ограждает выведение требуемого сознанием Должного из Должного, осуществляемого в бытии, от опасности голого субъективного мнения и произвола.

С постановкой вопроса золотого правила об естественных либо разумных ожиданиях Других в отношении меня как такового, я в мышлении выступаю из субъективности моей собственной позиции и ситуации в то, что противостоит ей с другой сто-

<sup>76</sup> Это *основное правило всякой социальной этики*, как восточной, так и западной, а в узком смысле является христианским. Его можно отыскать уже у Конфуция: «существует центральный принцип, который пронизывает все мое учение, принцип противоположностей». «*Не делай другому того, чего не хотел бы, чтобы он сделал тебе*». (См. об этом: Kungfutsse, Gespraechе, [Lun Yue], 1955, V, 11; XII, 2; XV, 23, а также Fechner, Rechtsphilosophie, 1956, S. 102 и далее, прим. 31). То же самое и в изречениях «семи мудрецов» греческой античности (Питака из Лесбоса): «*избегай делать то, что возмущает тебя в ближних*» (См. W. Kranz, Vorsokratische Denker, 2. Auflage, 1949, S. 32 и далее). Также и в Ветхом Завете: «*чего ты не можешь стерпеть, когда это исходит в отношении тебя от другого, того и ты никому другому не делай*» (Tobias 4, 15), на чем базируется известное определение: «*чего не желаешь, чтобы делали тебе, того и другому не причиняй*». Аналогичным образом и в Новом Завете Иисус говорит в Нагорной проповеди: «*все, чего следует вам желать, чтобы люди должны были делать вам то, что вы делаете им. Это закон и пророчество*» (Math. 7, 12). О «золотом правиле» в общем см. H. Reiner, Die Goldene Regel, in: Zeitschrift fuer Phil. Forschung, 1948, S. 74 и далее. О его объяснении как «*правой меры нашего поведения*» при «*набрасывании нашего бытия в устройство порядка соответствия бытия-как*» см.: Maihofer, Vom Sinn menschlicher Ordnung, Vorwort, S. 81 и далее, в особенности S. 86.

<sup>77</sup> Об объяснении категорического императива как основного закона «*всеобщего*» порядка см.: Maihofer, Vom Sinn menschlicher Ordnung, S. 17 и далее. О «*космическом*» оправдании «*всеобщего*» порядка в «*царстве культуры*» (согласно всеобщему культурному закону) по аналогии со «*всеобщим порядком в царстве природы*» (согласно всеобщему естественному закону), ук. соч., S. 79, прим. 69.

роны. Тем самым для меня не только возможно полагать себя в *объективности ролей и положений соответствующих Других*, «задающих меру» моего должного поведения, но, оставляя собственный исходный пункт в пользу местопребывания Других, «снять» свою личную задетость, предрешенную вчувствованием в личную задетость Других. Поведение, которое с этой точки зрения «соответствует» моей роли или положению и выявляется в качестве «подобающего» мне как таковому, равно вычитывается перед лицом моей объективности извне, уже более не исполняясь изнутри, из «персонального исходного пункта» изначальной самости.

Отнюдь не случайно то, что мы в поисках объективного «горизонта блага», а именно исходного пункта справедливости,<sup>78</sup> выступающего за пределы личной, ограниченной отправной точки, в предрешении нашей повседневности инстинктивно наталкиваемся на постановку вопроса, согласно которой осознаем *золотое правило как основополагающее для всякого «истинного» порядка*. Всецело из самих себя мы вопрошаем и «направляем» себя в нашем повседневном поведении на то, чего «соответствующий» Другой в его роли и положении разумно, а потому правомочно ожидает от нас, тем самым требуя этого от нас как справедливого и подходящего ему.

Не иначе дело обстоит и с постановкой вопроса *категорическим императивом*, который отсылает нас к заданному делом, второму из ранее отмеченных, сверхперсональному исходному пункту, расширяющему горизонтальное усмотрение, из которого мы, сверяясь с усмотрением вертикальным, удостоверяем объективность должного поведения, исходя из собственной роли и положения.

Ни на что другое не нацелена и рекомендованная Кантом проверка пригодности фундированного должного поведения законом поведения, общим для каждого в моей роли и положении<sup>79</sup> – врача либо учителя, супруга или брата. Если я могу пожелать, чтобы фундированная максима поведения как поведенческий закон должна быть действительна для всякого «подобного мне», то здесь мое желание отрывается от субъективного основания произвола и превращается в «подлинную волю» разумного лица в этой позиции и ситуации.

И эта же постановка вопроса, которая дает нам осознать *категорический императив* как *основополагающий для всякого «всеобщего» порядка*, инстинктивно направляет нас в повседневных решениях, когда мы испытующе спрашиваем себя, что бы произошло, если бы всякий Другой, «подобный нам»: в нашей роли и положении, вел себя также, как поступаем либо же хотим поступить мы. Но если мы желаем и посредством нашей второй попытки подтвердить *безусловную действительность* фундированного закона поведения, используя в качестве краеугольного камня категорический императив, то мы не сможем отрицать безусловной значимости для нас упомянутого закона Долж-

<sup>78</sup> Который уже Ницше определил как «функцию всеобозрительной силы, которая... обладает более широким горизонтом блага, обладая видением чего-то, что есть нечто большее, нежели то либо иное отдельное лицо» (см. об этом Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 73).

<sup>79</sup> См. в частности об этом: Maihofer, ук. соч., S. 17 и далее, S. 86 и далее.

ного как «объективного»: равно «подлинного» и «всеобщего», независимо от того, соответствует ли нашим личным склонностям и желаниям, или же нет – направлять себя согласно ему и давать направить себя, как и всякий «разумный Другой» в подобной роли и положении. Желать избавиться от его действительности означает здесь вступить в противоречие с самим собой как таковым.

То, что практический взгляд на культурные закономерности возобновляющихся ролей и положений объективен, что подобное повседневное понимание смысла объективно приличествующего и справедливого не просто дано, но из них следует весь наш целостный универсум культуры,<sup>80</sup> не может отрицать даже теоретик позитивизма либо нигилизма, сам на практике опровергая это. Ведь если его не будет вести понимание смысла этих ролей и положений как живущих внутри «естества этого дела» «естественных» обстоятельств и значений, без определяющего усмотрения следующих из них «разумных» ожиданий и интересов, требований и обязанностей, он не сможет отыскать того единственного, объективно правильного решения в необозримом многообразии ролей и положений, в которых мы, повседневно объективируясь, «приводим в положение» наше существование.

Таким образом, хотя теоретически мы можем самоуверенно отрицать естественное право, однако практически мы, как дилетанты, так и юристы, «живем» не по *должным установлениям позитивного права*, как это охотно изображает позитивизм, но направляемся теми установлениями *Должного внепозитивного права*, которые отрицаемы в качестве права естественного и «основаны» в «естестве дела»: *правомочных ожиданиях и интересах, справедливых требованиях и обязанностях*, которые обладают значимостью и действительностью для нас как таковых – в определенной роли и определенном положении. Эти *естественные интересы и обязанности* являются «основанием» тех *правовых благ и правовых норм*, посредством которых наш абстрактный правопорядок основан в конкретном жизненном порядке в той мере, в какой правопорядок не желает быть лишь формальным порядком ради порядка, безотносительно своего содержания, но *материальным порядком*, желая предписывать *фактическую правильность и человеческую справедливость*, обеспечивая и устанавливая таковые.

То, что подобные естественные интересы и обязанности в определенных, социально локализованных и социально типологизированных ролях и положениях, изменчивы в пространстве и во времени, не отрицает их «исторической» *безусловности*: их конкретной действительности и значимости здесь и сейчас, в этой роли и этом положении. И это соответствует исторической «изначальности» самого бытия.

Это не та историчность субъективности бытия Самости в изначальности ее бытия-в-мире, которая постулировалась предыдущей экзистенц-философией, но совершенно иная историчность – мира «вечного возвращения того же самого» (Ницше), мира

<sup>80</sup> Подобно тому, как космос природы проявляет себя из естественных закономерностей. Об этой аналогии закона Должного в царстве культуры и закона бытия в царстве природы еще у Канта см.: Maihofer, ук. соч., S. 79, прим. 69.

«объективного духа» (Гегель), другими словами: *историчность объективности бытия-как, изначальность бытия-как* отца либо брата, супруга или сына, судьбы или врача, однако не где угодно и когда угодно, но здесь и теперь.

В этой историчности изначальности бытия-как заключена проблема *историчности естественного права*,<sup>81</sup> та история бытия и смысла объективности, которая исполняется не в онтической истории социологической смены свойств и качеств этих ролей и положений, но представляет собой онтологическую историю обстоятельств и значений: историю *естества дела как изначальности бытия-как*.

#### IV. Следствия: четыре тезиса о значении «естества дела» для правовой науки и философии права

В заключение из «предваряющих» положений нашего разыскания мы очертим ответы на те вопросы, которые Радбрух оставил свободно парить.

##### 1. Теоретико-правовое значение «естества дела» как источника права.

Основополагающее «да» в отношении вопроса о выведении Должного из бытия,<sup>82</sup> превращает «естество дела» во внепозитивный источник права, стоящий рядом с законом.<sup>83</sup>

Является ли все же всякое абстрактное правовое положение закона ничем иным, как попыткой предложить решение для фактически правильной и человечески справедливой оценки конкретного правового положения дел, будучи «обязательным» лишь постольку, поскольку оно здесь и сейчас касается «дела»? Тем самым его «*гипотетическое суждение*» наряду с «законом и правом», явным образом обязывающими судью, подчинено *условию согласования* того Должного, которое предписано абстрактным правовым положением, с тем Должным, которое требуется в конкретном правовом положении дел самим «естеством дела» (социальных ролей и положений).

Подобное теоретико-правовое объяснение «естества дела» делает неизбежной перестройку унаследованного позитивистского учения об источниках права, основанного на «правотворческой монополии законов государства» и «превосходстве закона».<sup>84</sup>

<sup>81</sup> См. как антипод подход А. Кауфманна, основанный на неотомизме: A. Kaufmann, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, 1957, в особенности S. 30, прим. 50.

<sup>82</sup> Имеет ли это место в отношении *фактически закономерной структуры* всеобщего базового положения дел на проторенном еще Радбрухом пути «юридической конструкции» (см. выше I. 1. и прим. 43), или же «*по естеству дела*» отдельно взятого правового положения дел, посредством анализа естественных ожиданий и интересов, требований и обязанностей в социальных ролях и положениях, конституирующих конкретное жизненное положение дел.

<sup>83</sup> О проблематике современных учений об источниках права см. прежде всего Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, в особенности S. 132 и далее, а также Wieacker, *Gesetz und Richterkunst, Zum Problem der Aussergesetzlichen Rechtsordnung*, 1958.

<sup>84</sup> Wieacker, *ук. соч.*, S. 15 и далее.

## 2. Философско-правовое объяснение «естества дела» как конкретного масштаба материальной справедливости.

Тем самым «естество дела» превращается во внепозитивный масштаб фактической правильности и человеческой справедливости для всякого материального позитивно-го права, равно обязывая как законодателя, так и судью.

Если вследствие этого «естество дела» входит в явное противоречие с так называемым «духом законов», то можно сказать, что при интерпретации и обобщении закона «естество дела» заступает на его (духа законов. – А. С.) место. Лишь так мы сможем не допустить того, чтобы закон, как предписание, обеспечение и установление осмысленного и ценностно соразмерного должного поведения, требуемого из естества жизненных отношений, из смысла превратился в бессмыслицу, из благодеяния – в наказание.

Возможные здесь отдельные ошибки ученого или судьи не так трагичны, их возможно «снять», нежели те, что угрожают нам посредством плохого закона, принятого бездарным, аморальным либо бесчеловечным законодателем. Лишь в подобной великой свободе *от закона* мы достигаем великой свободы *для справедливости*.

Ни с чем иным мы не сталкиваемся и при споре «естества дела» с т. н. «идеей права», когда «естество дела» равнозначно во всех тех случаях, где речь идет об осмысленном и ценностно соразмерном материальном, а не просто формальном порядке, содержание которого предшествует всяким иным требованиям, данным из «идеи права». Эти следствия были явными уже для Радбруха. Не существует ли для всякого, кто отстаивает истину права – справедливость и ее конкретный материальный масштаб: «естество дела», по меньшей мере, в отношении материальной области нашего правопорядка, над которым стоит правовая определенность – никаких иных основополагающих выводов, несмотря на те многообразные вопросы, которые ставятся здесь в отдельной правовой сфере.

## 3. Отыскание права из «естества дела» как конкретное естественно-правовое мышление.

*Естественное право и позитивное право* в ходе подобного объяснения не оказываются явлениями, стоящими рядом безо всякой связи и опосредования. Уже согласно современному позитивному праву, они разнообразно воздействуют и дополняют друг друга, будь это сокрыто под покровом таких специфических правовых понятий, как «параллельная ценность в сфере дилетантов» либо же «сознание неправа» (основополагающее сегодня для уголовно-правовой вины или невиновности), либо всецело открыто имеет место в генеральных клаузулах любой области права, как, например, «добросовестность и честность» в гражданском праве<sup>85</sup> либо «социальная адекватность» в уголовном праве.<sup>86</sup> Такая ситуация представляет собой не что иное как дверь,

<sup>85</sup> Wieacker, ук. соч., S. 13, а также в: Zur rechtstheoretischen Praeisierung des paragraphe 242 BGB, 1957, в особенности S. 18 и далее, о «золотом правиле» см. также S. 31 и далее.

<sup>86</sup> Которое также стоит ни на чем ином, как на том, чего можно *ожидать* «естественным образом» от «разумного лица» в роли и положении того, кто совершил деяние, а тем самым «правомочно» требуя от него должного поведения. См. об этом: Maihofer, Der Unrechtsvorwurf in: Rittler-Festschrift, 1957, S. 141 и далее, в особенности S. 156 и далее.

широко распахнутую современным позитивным правом конкретному правовому мышлению из естества дела.

Подобное «естество дела», исправляющее и дополняющее позитивное право, основано не в некоем «Нечто», потустороннем в отношении позитивного права, но по эту сторону права, в жизни: в том праве дилетантов, которое в повседневном мире права переживается не из закона, но из «естества дела». Где так называемое *право юристов* противоречит этому праву дилетантов, юрист должен ставить «здравый смысл» (*common sense*) «разумного лица»<sup>87</sup> превыше ученого правопонимания юристов. Лишь так он служит тому, вокруг осмысленного и ценностно соразмерного исполнения чего вращается, в конечном итоге, всякое право и мораль: жизни.

#### 4. *Философия права из «естества дела» как конкретное естественное право.*

Исходя из подобного объяснения «естества дела», равно как и из призыва современной философии «к сути дела» (*zu den Sachen selbst!*), для философии права следует новая, и вместе с тем старая задача: разработать *tertium comparationis* (третий член сравнения – лат., прим. пер.) всякой подлинной правовой науки, будь это история права или сравнительное правоведение, в виде учения о фактических правовых закономерностях, которое соединяло бы в себе подходы как философской антропологии и социологии права, так и «априорного учения о праве».

Подобно тому, как отдельная, отраслевая правовая наука не может оставаться простым отражением закона, но должна превратиться в изложение *фактических закономерностей этого региона правового положения дел*, так и философия права должна вновь стать отражением *тех основных черт права, которые заключены в «естестве дела»: конкретным естественным правом.*

© Вернер Майхофер, 2019

## Bibliography

Aristotle. *Nikomachische Ethik*.

Berqbohm, Karl. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Leipzig, 1892.

Coing, Helmut. *Grundzuege der Rechtsphilosophie*. Berlin, 1950.

Dernburg, Heinrich. *Pandekten*, I. 5 Aufl. Berlin, 1896.

Esser, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübingen: Mohr, 1956.

Fechner, Erich. *Rechtsphilosophie*. Tübingen, 1956.

Geny, François. *Science et technique en droit prive positif*, I. Paris, 1922; II. Paris, 1915.

Heidegger, Martin. *Sein und Zeit*. 1927.

Huber, Eugen. “Ueber die Realien der Gesetzgebung.” In *Zeitschrift fuer die Rechtsphilosophie*, 39–94. Leipzig, 1914.

Jaspers, Karl. *Philosophie*. 2 Aufl. Berlin/Göttingen/Heidelberg, 1948.

<sup>87</sup> Некое «*ius commune*» («общее право» – лат. прим. пер.) несущее «согласие», которое, как говорит Виакер, если даже и «чистый *vox populi*» («глас народа» – лат., прим. пер.), все же остается и «*vox Dei*» («глас Бога» – лат., прим. пер.) в старом, основном смысле как голос сверхличностного истока и усредненного правила» (*Gesetz und Richterkunst*, S. 15).

- Jhering, Rudolf von. *Geist des Roemischen Rechts*. 3 Aufl. 1872.
- Kaufmann, Arthur. *Naturrecht und Geschichtlichkeit*. J. B. C. Mohr, 1957.
- Kranz, Walther. *Vorsokratische Denker*. 2 Aufl. Berlin, 1949.
- Kungfutse. *Gespraechе [Lun Yue]*. Düsseldorf/Köln, 1955.
- Leist, Burkard Wilhelm. *Die Realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts*. Jena, 1877.
- Luno Pena, Enrique. *Historia de la filosofia del derecho*. T. 2. Barcelona, 1954.
- Maihofer, Werner. "Der Unrechtsvorwurf." In *Rittler-Festschrift*. Aaalen, 1957.
- Maihofer, Werner. *Recht und Sein*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1954.
- Maihofer, Werner. *Vom Sinn menschlicher Ordnung*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1956.
- Pufendorf, Samuel von. *De iure naturae et gentium*.
- Radbruch, Gustav. "Die Natur der Sache als juristische Denkform." In *Festschrift für Rudolf Laun*, 157–76. Hamburg: Toth, 1948.
- Radbruch, Gustav. "La natura della cosa come forma giuridica di pensiero." *Rivista int. d. Filosofia d. Diritto* (1941).
- Radbruch, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 5 Aufl. Stuttgart, 1956.
- Radbruch, Gustav. "Rechtsidee und Rechtsstoff." *Kant-Festschrift des Archiv fuer Rechts und Wirtschaftsphilosophie* Bd. 17 (1924): 343–50.
- Radbruch, Gustav. *Vorschule der Rechtsphilosophie*. Heidelberg, 1948.
- Reinach, Adolf. *Zur Phaenomenologie des Rechts, Neuauflage der Apriorischen Grundlagen des Buergerlichen Rechts*. Munich, Kösel-Verlag, 1953.
- Reiner, Hans. "Die Goldene Regel." *Zeitschrift fuer Phil. Forschung* 3 (1) (1948): 74–105.
- Savigny, Friedrich Carl von. *System des heutigen roemischen Rechts, I*. Berlin, 1840.
- Savigny, Friedrich Carl von. *Vom Beruf unserer Zeit fuer Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Freiburg, 1892.
- Stratenwerth, Günter. *Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache*. J. B. C. Mohr, 1957.
- Thomas Aquinas. "Summa Theologica." In *Die Deutsche Thomas-Ausgabe: Band 18*. Heidelberg-München: F. H. Kerle, 1953.
- Voggensperger, Rene. *Der Begriff des "jus naturale" im Roemischen Recht*. Basel, 1952.
- Weber, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. 3 Aufl. Tübingen: Mohr, 1947.
- Weischedel, Wilhelm. *Recht und Ethik*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1956.
- Welzel, Hans. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. 2 Aufl. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1955.
- Wieacker, Franz. *Gesetz und Richterkunst*. Karlsruhe, 1958.
- Wieacker, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1952.
- Wieacker, Franz. *Zur rechtstheoretischen Praeisierung des paragraphe 242 BGB*. 1957.
- Wolf, Erik. *Das Problem des Naturrechtslehre. Versuch eine Orientireung*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1955.
- Wolf, Erik. *Griechisches Rechtsdenken. Bd.II: Rechtsphilosophie und Rechtsdichtung im Zeitalter der Sophistik*. Frankfurt, 1952.
- Wolf, Erik. *Grosse Rechtsdenker*. 3 Aufl. Tübingen, 1951.

### **Вернер Майхофер. Сутнісність справи**

**Анотація.** У відповідь на руйнування в ХХ ст. класичних раціональних уявлень про світ та місце людини в ньому, включно з уявленнями про природне право та права людини,



у другій половині ХХ ст. правознавці та практичні юристи здійснили спробу реанімувати природно-правові погляди, розвиваючи їх на методологічній базі сучасних філософських вчень. Йдеться насамперед про феноменологічну філософію, філософію екзистенції, герменевтичну філософію, які стали фундаментом для розвитку правознавства. Прикладом намагання переосмислення права в розрізі людського буття – екзистенції – та буття взагалі стала книга відомого німецького філософа права Вернера Майхофера, яка отримала назву «Сутнісність справи». Полемізуючи з традиційними поглядами на природне право, коли останнє досягалося як виключно ціннісне утворення, Вернер Майхофер прагне зрозуміти право як буттєве явище, яке існує не в деонтологічному світі Належного, але у нашому повсякденному соціальному співіснуванні з іншими людьми. Аналогічним шляхом права індивіда трансформуються із суто інтелектуальної побудови на буттєві якості людини. Витоком такого екзистенційного права є не позитивна норма закону, прийнята офіційним органом, і не якісь «життєві» закономірності. Виключно людина, яка існує як відповідальна та поставлена перед ситуацією вільного вибору, має можливість вирішити, що таке природне право як право екзистенційне. В результаті цього замість авторитетного можновладця, наприклад, Бога, Космосу чи Суверена виступає людська істота, яка, однак, не тільки має свободу волі, але і має відповідати за свої вчинки, скоєні завдяки вільному вибору. У такому разі людина, яка бере участь у правовій події, виявляється сам-на-сам із світом, коли місія людини полягає у самореалізації та одночасній реалізації права. Відтак буттєві умови співіснування з іншими людьми є не апіорними координатами нашого існування на Землі, але виступають як справжнє природне право – право екзистенції.

**Ключові слова:** природне право; екзистенційне право; екзистенційні суб'єктивні права; людина; історична екзистенція.

### **Вернер Майхофер. Естество дела**

**Аннотация.** В ответ на разрушение у ХХ в. классических рациональных представлений о мире и месте человека в нем, включая представления о естественном праве и правах человека, во второй половине ХХ в. правоведы и практикующие юристы осуществили попытки реанимации естественно-правовых взглядов, развивая их на методологической базе современных философских учений. Речь идет прежде всего о феноменологической философии, философии экзистенции, герменевтической философии. Данные течения стали фундаментом для развития правоведения. Примером попыток переосмысления права в разрезе человеческого бытия – экзистенции – а также бытия в целом, стала книга известного немецкого философа права Вернера Майхофера, которая получила название «Естество дела». Полемизируя с традиционными взглядами на естественное право, когда это последнее понималось как исключительно ценностное образование, Вернер Майхофер стремится понять право как бытийное явление, которое существует не в деонтологическом мире Должного, но в нашем повседневном социальном совместном бытии с другими людьми. Аналогичным путем права индивида трансформируются с чисто интеллектуальной конструкции в бытийные свойства человека. Истоком такого экзистенциального права является не позитивная норма закона, принятая официальным органом, и не какие-то «жизненные» закономерности. Исключительно тот человек, который существует как человек ответственный, может быть поставлен перед ситуацией свободного выбора и может решить, чем является естественное право как право экзистенциальное. В результате этого место авторитетного субъекта, наподобие Бога, Космоса или Суверена, занимает

человек, который, однако, не только имеет свободу воли, но и должен отвечать за свои поступки, совершенные благодаря свободному выбору. В таком случае человек, который принимает участие в правовом происшествии, оказывается один на один с миром, когда миссия человека состоит в самореализации и одновременно в реализации права. Таким образом, бытийные условия сосуществования с другими людьми являются не априорными координатами нашего существования на Земле, но выступают как подлинное естественное право – право экзистенции.

**Ключевые слова:** естественное право; экзистенциальное право; экзистенциальные субъективные права; человек; историческая экзистенция.

### **Werner Maihofer. Essence of Matters**

**Abstract.** In the XX century, the classic rational representations about the world and the place of the human Being in such world, including the representations about the natural law and human rights, were destroyed. In response, the legal philosophers and practical lawyers in the second half of the XX century made an attempt to reanimate the ideas of natural law and the human rights by the way of its development on the methodological ground of the contemporary philosophical doctrines. We speak primarily about the phenomenological philosophy, existential philosophy, hermeneutical philosophy. The similar trends became the ground for the legal-philosophical researches. The example of the attempt to think law in the light of the human Being – existentia – and Being as such became the book of the famous German legal philosopher Werner Maihofer, which was received the title “Essence of Matters”. In polemics with the traditional point of view, when the natural law is considered as the value phenomenon only, Werner Maihofer tried to understand law as the ontological event, which is existed not in the deontic world of the Ought, but in our everyday social Being with one another. By the same way the individual rights transform itself from the pure intellectual construction in the being qualities of the human. The origin of the existential law is not the positive norm of law, which was approved by the official power. Also, it’s not the “living” circumstances. The one and only that man, who exists as the man responsible, can stand in front of the situation of the free choice. The one and only similar human being can decide, what natural law as existential law is. As the consequence of the similar decision human being replace the subject of authority, such as God, Natural reason or Sovereign. This human being has not the freedom of will only, but also has to response for his deeds, which were committed on the ground of the free choice. In this case, man, which is participated in the legal event, stands face-to-face with the world, when his mission is consisted in the self-realization and at the same time in the realization of law. Thus, the ontological conditions of the co-existence with another people are not the aprioristic coordinates of our existence on the Earth, but present itself as the true natural law – law of existence.

**Keywords:** natural law; existential law; existential right; human Being; historical existence.

Одержано / Received 15.08.2019

## У ПОШУКАХ ЦІННОСТІ ТА МЕТИ ПРАВА. РЕЦЕНЗІЯ НА КНИГУ «THE VALUE AND PURPOSE OF LAW. ESSAYS IN HONOR OF M. N. S. SELLERS»

У Видавництві Франца Штайнера (Franz Steiner Verlag) вийшла книга «Цінність та мета права» (The Value and Purpose of Law),<sup>1</sup> у якій обговорюються фундаментальні питання права і справедливості.<sup>2</sup> Авторами цієї книги є п'ятнадцять провідних представників філософії та теорії права, які досліджують питання природи, цінності та мети права з найширших концептуальних перспектив, включно з аналітичною, ліберальною та республіканською школами права. Положення та висновки, які представлені у цій книзі, репрезентують сучасну філософсько-правову думку і дають необхідну основу для майбутнього вивчення вимог справедливого, ефективного та легітимного права і суспільства.

Видання присвячено 60-річчю від дня народження Мортімера Ньюліна Стеда Селлерза (Mortimer Newlin Sted Sellers), регент-професора університетської системи Меріленда, професора права юридичного факультету та директора Центру міжнародного та порівняльного права Університету Балтимора (США), президента Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (2015–2019), з яким мені пощастило бути знайомим особисто як учаснику Всесвітніх конгресів з філософії права та соціальної філософії останніх 15 років. Особливо хотілось би зазначити, що професор Селлерз є також членом редколегії журналу «Філософія права і загальна теорія права». Тому мені дуже приємно привітати його із ювілеєм і з виходом чудової книги із дружніми привітаннями колег у вигляді глав-пазлів, що складають мозаїчну картину сучасних поглядів на світ права.

В основі назви цієї книги знаходиться тема інаугураційної лекції, яку професор Селлерз прочитав при вступі на посаду регент-професора університетської системи

---

\* 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>1</sup> The Value and Purpose of Law. Essays in Honor of M. N. S. Sellers, ed. Joshua Kassner and Colin Starger (Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2019). ISBN 978-3-515-12460-7 (Print) ISBN 978-3-515-12462-1 (E-Book).

<sup>2</sup> Книга вийшла як додаток 160 до періодичного видання Архів філософії права і соціальної філософії (Archiv Für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft 160).

штату Меріленд 11 квітня 2003 р., в якій відзначалася цінність права в його служінні справедливості, цінність справедливості в служінні суспільству та цінність суспільства в його служінні людській природі, що значною мірою виявляється у людській прихильності (любві) як однієї з найважливіших і корисних емоцій. Через обговорення цих та інших положень наукової спадщини професора Селлерза і складається зміст цієї книги. Особливо слід зазначити його роль у відродженні «республіканської» теорії права, заснованої на загальних благах і соціальній солідарності, що особливо важливо в умовах глобального правового і політичного повороту до індивідуалізму, домінування та жорстокості. Книга вийшла за науковою редакцією колег професора Селлерза з факультету філософії (професор Джошуа Касснер) та школи права (професор Колін Старгер) Університету Балтімора.

Книга починається із захоплюючого огляду розвитку концепції права в давньогрецькій культурі, який робить професор філософії Університету Джона Гопкінса (м. Балтімор, США) Річард Бетт (Richard Bett) у главі із назвою «*Природа та мета права у ранній грецькій думці*». Він підкреслює, що для думки цього періоду характерною є інтерпретація права як прояву сили соціальної гармонії та згуртованості, яка виправдовувалася з двох протилежних принципових позицій: на підставі уявлень про боже-ственну або суто людську природу права.

У другій главі «*Розмови про верховенство права: суспільний інтерес та ідеали права*», професорка юриспруденції в Університеті Еразмуса (Роттердам, Нідерланди) Санне Такема (Sanne Taekema) зміщує нашу увагу від античної мудрості до сучасної теорії. Для неї верховенство права означає не керування загальними благами (що характерно для республіканської концепції права), а певний процедурний механізм, що призводить до зменшення свавілля. Отже, вона виступає за теорію верховенства права, яка є реляційною, розглядаючи право як кваліфікаційні відносини між носіями влади та тими, хто їй підкорюється.

У третій главі продовжує розвиватися тема ролі права в опосередкуванні відносин влади. У «*Нарисі на захист республіканського розуміння взаємозв'язку свободи і права*» професор Університету Балтімора (США) Джошуа Касснер (Joshua Kassner) порівнює два поняття свободи: лібертаріанське (свобода як невтручання) та республіканське (свобода як недомінування), а потім подає ретельне аргументування на користь республіканської концепції. Професор Касснер протиставляє лібертаріанську точку зору про те, що право є презумптивно морально неправильним, якщо воно перешкоджає індивідуальній свободі, республіканській точці зору, що право є презумптивно морально дійсним, якщо воно є життєво важливим для соціальних інститутів, які захищають людей від домінування. Отже, на думку автора, республіканізм є врахуванням внутрішньої цінності спільноти в нашому суспільному та політичному існуванні.

У четвертій главі «*Право та емоції: як емпатія формує почуття справедливості суддів*», професор філософії права Католицького університету і Федерального університету штату Мінас Жірайс (Бразилія) Марсело Галуппо (Marselo Galuppo) майстерно роз-

криває зв'язок між фактичною справедливістю та почуттям справедливості, а потім детально описує, як співпереживання (емпатія) виступає механізмом, за допомогою якого в суддів формується почуття справедливості. Хоча професор Галуппо стверджує, що співпереживання допомагає суддям забезпечувати справедливе тлумачення правових норм, він наполягає на тому, що емоційно забарвлене почуття справедливості повинно бути обмежене розумом, що є необхідним для відмежування справедливості від несправедливості.

П'ята глава – «Коротка історія ідеї національного права: виняток стає правилом» – розвінчує міф догматичного уявлення про те, що право залежить від національних держав і завжди було національним за своїм характером. Професор школи філософії Індустріального університету Сантандера (Колумбія) Андрес Ботеро-Бернал (Andres Botero Bernal), підкріплюючи власні роздуми стислим оглядом доволі багатой бібліографії, простежує розвиток правових систем від середньовіччя до сучасності та стверджує, що правовий монізм, концепція права, що має особливу чинність відповідно до держави, не існував у повній мірі до XIX ст., тобто нині домінуюча ідея національного права – це швидше виняток, а не правило. Він простежує множинні та гібридні коріння сучасних правових систем, їх «глокальний» характер.

Професорка публічного права Університету Париж-Нантер (Франція) Веронік Шампель-Десплат (Veronique Champeil-Desplats) аналізує дуже актуальну для сьогодення проблему виняткового режиму надзвичайного стану та його наслідків для верховенства права в шостій главі – «Сучасні виняткові положення та верховенство права». Спираючись на надзвичайне становище Франції у 2015–2017 рр. як тематичний випадок та спираючись на теоретиків від Джорджо Агамбена до Мішеля Фуко, професорка Шампель-Десплат висуває гіпотезу, що французький досвід надзвичайних ситуацій може слугувати прикладом політичної та правової реакції, яку нинішні демократичні держави, що претендують на повагу до верховенства права, мають у відповідь на різні проблеми безпеки та тероризму. Її гнучкий аналіз підкреслює складний потенціал сучасних демократій, прихильних до верховенства права, включати виняткові режими, що відступають від звичайного законодавства та обмежують основні права та свободи. Професорка Шампель-Десплат у підсумку характеризує застосування виняткових режимів у рамках верховенства права як питання розмивання виняткового та звичайного законодавства як на практичному, так і теоретичному рівнях.

У сьомій главі книги – «Запитування щодо морального розуміння права» – професор права Університету Любляни (Словенія) Мар'ян Павчнік (Marijan Pavcnik) звертається до одвічної теми зв'язку права з мораллю. Навіть виходячи із тези про відмінність права і моралі, він вважає, що позитивізм повинен мати етичні основи, щоб його претензія на авторитет була чинною. Такою основою є права людини як моральні цілі права. Основні права людини – це основна змістовна база, яку ми зобов'язані шанувати, оскільки моральні цінності, які вони виражають, забезпечують найтвердішу моральну основу права в плюралістичних суспільствах.

У восьмій главі – «*Що ми вивчаємо, коли вивчаємо право?*» – заслужений професор загальної теорії права Університету Буенос-Айресу (Аргентина) Рікардо Гібурґ (Ricardo Guibourg) проводить систематичне дослідження природи правових знань та юридичної науки. Він приходить до висновку: щоб юридична думка нарешті наздогнала інші галузі й отримала власну узгоджену систему, юридична наука повинна протистояти тій точці зору, що головна робота юристів – це вигравати справи (а не розвивати, поліпшувати право).

Заслужена професорка права і заслужена професорка філософії Університету Юта (США) Леслі Френсіс (Leslie Francis) у дев'ятій главі «*Як феміністка повинна думати про правовий позитивізм?*» викладає феміністичну точку зору на природу права. Звертаючись до класичних дебатів позитивізм / природне право авторка детально пояснює, чому фемініст може віддавати перевагу позитивістській моделі Харта перед природно-правовими моделями Фуллера, Дворкіна та інших. Вона стверджує, що позитивістська соціальна метафізика може допомогти в подальшому досягти більшої справедливості для жінок, створюючи простір, в якому можна побачити, як суперечливі моральні погляди стали вбудовуватися в право, незважаючи на моральну підозру, зокрема як розвивалося законодавство про сексуальні домагання.

У десятій главі «*Право як трансформація*» професор та голова академічної групи філософії права Університету Зальцбурґу (Австрія) Стефан Кірсте висуває тезу, що особливістю права є перетворення моралі та соціальної поведінки у формально прийняті та визнані соціальні практики. Щоб подолати явну непримиренність змістовних і формальних концепцій права, професор Кірсте використовує теоретичну концепцію трансформації – зміну норми на нову форму. Він демонструє, як право формує власні самоперетворюючі процедури, які руйнують різні форми соціальних норм, а потім реконструюють їх у законно захищені інтереси. Ця трансформація визначає природу права та його істотний вплив на суспільство.

Професорка права Університету Анкари (Туреччина) Гюлріза Уйгур (Gulriz Uygur) в одинадцятій главі – «*Право та несправедливість у кризові часи*», спираючись на широку палітру творів мистецтва та певні теоретичні концепції, творчо досліджує, як неідеальна теорія справедливості може пояснити природу права під час кризи. За її точки зору, несправедливості в кризові часи розкривають витoki права в основних потребах людства. Щоб подолати страх і забути кризові часи, професорка Уйгур закликає розглядати теперішню кризу як момент для прийняття правильного рішення, виправляючи помилки минулого, згадуючи єдність і гармонію, що передували існуванню правових норм.

Професор філософії права, соціології права і міжнародного публічного права Університету Цюріха (Швейцарія), діючий президент Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії Маттіас Мальман (Matthias Mahlmann) у дванадцятій главі «*Конституціоналізм та ідея права*», незважаючи на критичне дослідження ключових елементів конституціоналізму, дає чітке та своєчасне ставлення до викликів, з якими ми стикаємося в епоху зростання авторитаризму, політики постправди та зміни клімату. Він підкреслює, що конституції – це інституційні вираження ідеї прав

людини та демократії; конституціоналізм забезпечує гарантії проти найгірших проявів людського суспільства, а конституційним нормативним обов'язком є поважати людську гідність, свободу, рівність та солідарність.

Професор юридичної риторики і філософії права на факультеті права в Університеті Віторія (Бразилія) Жоао Маурісіо Адеодато (João Mauricio Adeodato) із захоплюючим шармом в тринадцятій главі – «*Природа*» права в *реалістичній та риторичній філософії*» піддає сумніву сам предмет, що обговорюється у книзі. Виходячи з аналітичної та реалістичної точки зору, професор Адеодато стверджує, що дослідження «природи» чогось є метафоричним, і попереджає, що твердження про природу часто приховують стратегічні способи нав'язування (суперечливих) думок. Він заперечує усю аргументацію різних підходів до розуміння права, відкидаючи об'єктивні уявлення про істину та справедливість на користь реалістичного риторичного підходу, який він розглядає як створення більш демократичної етики та процесів, щоб рухати право у напрямі толерантності.

Скептицизм щодо аналітичних досягнень будь-якого дослідження «природи та мети права» також знаходить гучне відлуння у передостанній главі книги – «*Право як мова та інтерпретація*», яку написав професор юриспруденції в Інституті правової філософії імені Тарелло Університету Генуї (Італія) П'єрлуїджі К'ясоні (Pierluigi Chiassoni). Величезний науковий внесок професора К'ясоні містить поглиблені дебати науковців щодо поняття «право як мова» та «право як інтерпретація». Професор К'ясоні зосереджується на критиці прагматичного формалізму Ендрю Мармора. Він робить висновок, що прагматичний формалізм врешті-решт не спроможний дати пояснення юридичній інтерпретації, та робить нарис прагматичного реалізму, що краще пояснює всюдисутність інтерпретації як ціннісно-рефлексивної діяльності у повсякденній роботі правових порядків.

У заключній главі «*Деякі міркування про цінність та мету права*» професор Селлерз заперечує сучасний скептицизм щодо визначення відповідного місця справедливості в праві. Він міркує про істину, основою якої є давня мудрість. Як і Цицерон, професор Селлерз вважає право найвищою підставою, яка вимагає те, що потрібно робити, і забороняє те, що не повинно бути зроблено для встановлення справедливості. Слідом за Платоном та Арістотелем, професор Селлерз закликає нас розуміти справедливість як таку, що полягає у тих соціальних устроях, які найкраще служать загальному благу всіх членів суспільства, включаючи всіх без жодних винятків. У кінці професор Селлерз наводить влучне твердження про перші принципи, визначаючи терміни – розум, мораль, свободу та інше – а потім пояснює місце цих нетривіальних термінів у нормативній науці права.

Вважаю, що знайомство із сучасним дискурсом щодо природи, цінності та мети права, що представлений у цій книзі, буде цікавим і корисним для усіх, хто захоплюється фундаментальними проблемами філософії і теорії права. І цей висновок робиться мною із власного досвіду.

© С. Максимов, 2019

**Сергій Максимов. У пошуках цінності та мети права. Рецензія на книгу «The Value and Purpose of Law. Essays in Honor of M. N. S. Sellers»**

**Анотація.** Огляд книги «The Value and Purpose of Law. Essays in Honor of M. N. S. Sellers». Видання присвячене 60-річчю від дня народження Мортімера Ньюліна Стеда Селлерза, регент-професора університетської системи Меріленда, директора Центру міжнародного та порівняльного права Університету Балтімора, президента Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (2015–2019).

**Сергей Максимов. В поисках ценности и цели права. Рецензия на книгу «The Value and Purpose of Law. Essays in Honor of M. N. S. Sellers»**

**Аннотация.** Обзор книги «The Value and Purpose of Law. Essays in Honor of M. N. S. Sellers». Издание посвящено 60-летию со дня рождения Мортимера Ньюлина Стеда Селлерза, регент-профессора университетской системы Мэриленда, директора Центра международного и сравнительного права Университета Балтимора, президента Международной ассоциации философии права и социальной философии (2015–2019).

**Sergiy Maksymov. In Search of the Value and Purpose of Law. Book Review «The Value and Purpose of Law. Essays in Honor of M. N. S. Sellers»**

**Abstract.** Review of the book «The Value and Purpose of Law. Essays in Honor of M. N. S. Sellers». The publication is dedicated to the 60th birthday of Mortimer Newlin Stead Sellers, Regents Professor of the University System of Maryland, Director of the University of Baltimore Center for International and Comparative Law, President of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy (2015–2019).

Одержано / Received 30.11.2019



## РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ Г. ХРИСТОВОЇ «ПОЗИТИВНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ДЕРЖАВИ У СФЕРІ ПРАВ ЛЮДИНИ: СУЧАСНІ ВИКЛИКИ»<sup>1</sup>

Упродовж історії розвитку людства вплив прав людини на всі явища та фактори суспільної дійсності був суттєвим; вони визначали сутність, зміст права, його цінність та процес функціонування. Виникло навіть поняття «етика прав людини» для обґрунтування загального статусу прав людини і вказівки на те, що ними має керуватися у своїх вчинках кожна людина. В умовах гуманізації національного й міжнародного права «людський вимір» стає головним критерієм оцінки внутрішньої та зовнішньої політики держав, покладаючи на держави дедалі більше зобов'язань як негативного, так і позитивного характеру. За даних умов монографія Г. Христової «Позитивні зобов'язання держави у сфері прав людини: сучасні виклики» є своєчасним і ґрунтовним відгуком на новітні виклики у сфері прав людини, що постали перед світовою спільнотою на початку ХХІ століття.

У рецензованій монографії на підставі новітніх підходів до розуміння прав людини визначено типи й особливості зобов'язань держави у сфері прав людини, проаналізовано зміст, обсяг та межі позитивних зобов'язань з урахуванням свободи розсуду держави та принципу пропорційності, а також охарактеризовано національні правові рамки їх виконання. Авторкою представлено систематизований виклад позитивних зобов'язань держави стосовно основоположних прав і свобод у світлі сталої практики Європейського суду з прав людини й узагальнено відповідні європейські стандарти таких зобов'язань. З огляду на сучасні виклики розглянуто підходи до позитивних зобов'язань держави в особливих умовах й запропоновано типологію таких зобов'язань у ситуаціях збройного конфлікту, тимчасової окупації та внутрішнього переміщення.

Значущість монографії Г. Христової полягає, перш за все, у тому, що в ній розкрито одну з сутнісних ознак сучасного етапу розвитку концепції прав людини – важливість активної й добросовісної поведінки держави щодо захисту і забезпечення прав людини.

\* Віталій Олександрович Серьогін, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри конституційного і муніципального права, Харківський національний університет імені В. Н. Каразіна.

Vitalii Serohin, Doctor of Legal Sciences, Professor at the Department of Constitutional and Municipal Law, V. N. Karazin Kharkiv National University.

e-mail: 4. v. a. seryogin@karazin.ua

<sup>1</sup> Ганна Христова, *Позитивні зобов'язання держави у сфері прав людини: сучасні виклики* (Харків: Право, 2018). Ganna Khrystova, *Positive Human Rights Obligations of the State: Current Challenges* (Kharkiv: Pravo, 2018) (in Ukrainian).

Загалом рецензована монографія являє собою цілісне і професійно оформлене дослідження широкого кола взаємопов'язаних наукових проблем щодо концептуалізації позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини в умовах мирного часу та суспільної небезпеки, з урахуванням принципів і підходів Європейської конвенції прав людини як конституційного інструменту європейського публічного порядку.

Передусім слід відзначити вдалу спробу авторки окреслити обсяг та межі розуміння засадничих категорій дослідження («права людини», «право прав людини», «зобов'язання держави у сфері прав людини» тощо) і запропонувати їх типологію, що має методологічне значення в контексті представленої праці. До надважливих висновків роботи у цьому аспекті належать твердження про уніфікацію підходів до розуміння прав людини та відповідних зобов'язань держави (з урахуванням окремих неминучих елементів фрагментарності), адже в протилежному випадку це загрожувало б стабільності та передбачуваності різних систем захисту прав людини, призводило до їх дисбалансу.

Так, авторкою послідовно доведено, що, виходячи з їх основних принципів та властивостей, сучасне право прав людини прагне єдності міжнародних прав людини та основоположних прав, захищених конституціями й конкретизованих на рівні національного законодавства. Адже всі права людини та основоположні свободи, незалежно від засобів їх інституціоналізації та інструментів захисту на міжнародному чи національному рівнях, мають мати єдиний (або принаймні близький) зміст та є неподільними, взаємопов'язаними та взаємозалежними.

У рецензованій монографії переконливо продемонстровано, що сформовані в різних системах правозахисту (оонівській, європейській, міжамериканській) зобов'язання держави за «трирівневою» типологією поважати, захищати й забезпечувати права людини не суперечать сучасним уявленням про дихотомію негативних і позитивних зобов'язань, зобов'язання дії й результату, а також про зобов'язання належної сумлінності (належної уваги). Авторкою справедливо стверджується, що узгоджене розуміння різних типів зобов'язань держави у сфері прав людини має принципово важливе значення для вдосконалення механізму їх реалізації, адже держави мають гарантувати права людини у межах національної правової системи відповідно до своїх міжнародних зобов'язань.

Заслуговує на беззастережну підтримку теза авторки про те, що обов'язок держав вживати заходів (законодавчих, судових, адміністративних, освітніх та ін.) для забезпечення особам можливостей задовольняти основні потреби, гарантовані правом прав людини, що не можуть бути задоволені їх особистими зусиллями, стосується не тільки економічних, соціальних та культурних прав, але й громадянських та політичних. Фактично це означає, що системний характер мають не тільки основні права людини, але й кореспондуючі їм обов'язки держави, що має позначатися на її політиці.

На особливу увагу заслуговує ключовий висновок про те, що позитивні зобов'язання також можуть бути «наслідком негативного права». Авторкою обґрунтовується, що

виключно негативний підхід до гарантування прав людини не може забезпечити їх реального й ефективного захисту, оскільки поведінка приватних осіб може загрожувати правам людини так само, як і діяльність (бездіяльність) органів, що наділені публічною владою. Відповідно держава має вживати всіх належних та можливих заходів для попередження зазіхань і захисту від порушень усіх категорій прав людини також з боку приватних осіб. Як наголошується, цінність такого підходу не у тому, щоб принципово замінити собою поділ прав на негативні та позитивні, а у тому, щоб жодний теоретик не міг би наполягати, що «конкретна реальність реалізації певного права» настільки проста, що може бути зведена лише до негативних чи позитивних зобов'язань.

Такий підхід зміщує акценти у розумінні позитивних зобов'язань від суто «забезпечувальної» діяльності держави стосовно соціально-економічних прав, у бік «захисного обов'язку держави» від можливих порушень усіх груп прав людини як з боку держави в особі органів публічної влади, так і з боку приватних осіб. Це дозволяє пересмислити роль держави, адже позитивні зобов'язання стосуються держави як гаранта, «надійного партнера» у захисті від зазіхань на права людини та їх відновленні, на відміну від розуміння держави як «потенційного порушника» прав людини, що має негативні зобов'язання, тобто зобов'язання утримуватися від втручання, або «всевадного покровителя» в умовах державного протекціонізму.

Г. Христова цілком слушно звертає увагу на маловідому у вітчизняній юриспруденції концепцію зобов'язань «належної сумлінності» (або «належної уваги» чи «належної обачності») (англ. «due diligence obligations»), яка вимагає від держави застосування всіх можливих заходів для попередження порушень тих чи інших прав людини, захисту від таких порушень, покарання за них та належної компенсації постраждалим. Важливо, щоб ця концепція отримувала дедалі більше відображення в національному законодавстві та політико-правовій практиці України.

Досить продуктивним виявився проведений авторкою аналіз досвіду врахування Європейської конвенції та доктрини прав людини у конституційній юриспруденції України з урахуванням принципу дружнього ставлення до міжнародного права у тлумаченні Конституційного Суду України, що має узгоджуватися з практикою ЄСПЛ. Цілком обґрунтованою є теза авторки про те, що запроваджена в Україні модель «нормативної» конституційної скарги не стане національним «фільтром» для всіх справ перед спрямуванням індивідуальних заяв до ЄСПЛ, оскільки на практиці порушення прав людини частіше спричинені не «технічно правильним застосуванням» неконституційного закону, який може бути оскаржено через цей вид скарги, а є результатом неконституційного індивідуального акта, який можливо, але не обов'язково, прийнятий на підставі закону, що відповідає Конституції. Заслуговує на підтримку пропозиція авторки щодо забезпечення можливості визнання неконституційності закону через наявність у ньому законодавчої прогалини всупереч вимогам Конституції, що призвело до порушення прав людини через невиконання позитивних зобов'язань (принаймні у випадках, коли мінімальний обсяг відповідних зобов'язань чітко визнаний у сталій

практиці ЄСПЛ, інших міжнародних юрисдикційних органів з прав людини або національній конституційній юриспруденції).

Розкриваючи основні елементи доктрини позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини, Г. Христова слушно пропонує розрізнати так звані «горизонтальні» й «соціальні» позитивні зобов'язання. Перші стосуються захисту прав людини між приватними особами, а другі відтворюють функцію, на виконання якої спрямовані такі зобов'язання, а саме забезпечення «ефективного користування правами людини у соціальній дійсності» задля реалізації повної автономії та свободи особи. Авторка підкреслює, що вказані групи позитивних засобів можуть бути *юридичними* (напр., законодавче закріплення прав людини, встановлення юридичних вимог для здійснення певного роду діяльності або нормативна регламентація поведінки певних категорій осіб), чи *практичними* (зокрема, обов'язок держави вжити всіх практичних заходів для запобігання вбивству чи нанесенню тілесних ушкоджень особам, які перебувають під вартою, або запобігти самогубству засуджених). Крім того, авторкою виокремлено *матеріальні* («*субстантивні*») позитивні зобов'язання, які передбачають забезпечення основних засобів, необхідних для повного володіння й користування гарантованими правами людини, та *процедурні* (напр., проведення ефективного, оперативного й невідкладного розслідування випадків порушення прав людини незалежними компетентними особами).

Не лише академічна, а й істотна практична, інструментальна цінність дослідження визначається представленим у монографії широким узагальненням та систематизацією позитивних зобов'язань держави щодо окремих прав і свобод з урахуванням практики ЄСПЛ (права на життя, заборони катування, рабства і примусової праці, права на свободу та особисту недоторканність, на справедливий суд, на повагу до приватного і сімейного життя, свободи думки, совісті і релігії, вираження поглядів, зібрань та об'єднання, права безперешкодно володіти своїм майном, права на вільні вибори, на освіту, заборони дискримінації). Викладені у монографії положення, які розкривають детальний зміст відповідних обов'язків держави, покликані сприяти вдосконаленню національного судового захисту прав людини, включно з конституційним правосуддям, через застосування практики ЄСПЛ як джерела права, а також спрямуванню щоденної діяльності адміністративних і правоохоронних органів України у бік виконання позитивних зобов'язань держави.

Нарешті, досить сміливою, але разом із тим успішною видається спроба Г. Христової продемонструвати застосовність конструкції позитивних зобов'язань держави до ситуації збройного конфлікту, тимчасової окупації та вимушеного внутрішнього переміщення. Відповідна проблематика вимагала від авторки скрупульозного загальнотеоретичного осмислення, передовсім у контексті функціонування національних правових систем в особливих умовах. Це, зокрема, стосується питань відступу держави від зобов'язань у сфері прав людини під час суспільної небезпеки, екстратериторіальної дії права прав людини, відповідних зобов'язань окупаційної держави та держави, постраждалої від збройного конфлікту, та ін. У підсумку авторці вдалося довести, що підходи (стандарти),

які визначають наявність позитивних зобов'язань, їх обсяг і характер, а також використовуються для оцінки їх виконання з боку держави, є ідентичними в умовах мирного часу та в ситуації суспільної небезпеки, що загрожує життю нації.

Загалом слід відзначити, що монографія Г. Христової «Позитивні зобов'язання держави у сфері прав людини: сучасні виклики» відзначається високим науково-методологічним рівнем виконання, вмільм використанням сучасного науково-методологічного арсеналу, виваженістю й обґрунтованістю висновків, високою правовою культурою теоретичних побудов. Переважна більшість висновків авторки являють собою суттєве прирощення наукового знання у сфері теоретичної юриспруденції та можуть бути успішно використані на практиці. Специфіка предмета дослідження вимагала від авторки глибоких знань не тільки з загальної теорії держави і права, але й з міжнародного права, а також конституційного, цивільного і низки інших галузей національної системи права, і вона такі знання яскраво виявила, успішно вирішивши всі поставлені перед нею наукові завдання. Рецензована монографія, без сумніву, буде корисною як фахівцям у галузі загальної теорії права, прав людини, конституціоналізму, так і широкму колу громадськості, усім, хто цікавиться проблематикою прав людини в умовах мирного часу й суспільної небезпеки.

© В. Сergyin, 2019

**Віталій Сergyin. Рецензія на монографію Г. Христової «Позитивні зобов'язання держави у сфері прав людини: сучасні виклики»**

**Анотація.** Аналіз змісту монографії Ганни Христової «Позитивні зобов'язання держави у сфері прав людини: сучасні виклики» як своєчасного й ґрунтовного відгуку на новітні виклики у сфері прав людини, що постали перед світовою спільнотою на початку ХХІ століття.

**Віталій Серегин. Рецензия на монографию А. Христовой «Позитивные обязательства государства в сфере прав человека: современные вызовы»**

**Аннотация.** Анализ содержания монографии Анны Христовой «Позитивные обязательства государства в сфере прав человека: современные вызовы» как своевременного и глубокого отклика на новейшие вызовы в сфере прав человека, стоящие перед мировым сообществом в начале ХХІ века.

**Vitalii Serohin. A Review of Monograph by G. Khrystova «Positive Human Rights Obligations of the State: Current Challenges»**

**Abstract.** Review of the book by Ganna Khrystova «Positive Human Rights Obligations of the State: Current Challenges» (in Ukrainian) as a timely and thorough response to the resent human rights challenges facing the world at the beginning of the 21st century.

Одержано / Received 15.11.2019

### ГІДНІСТЬ. ДЕМОКРАТІЯ. РІЗНОМАНІТНІСТЬ (XXIX ВСЕСВІТНІЙ КОНГРЕС З ФІЛОСОФІЇ ПРАВА ТА СОЦІАЛЬНОЇ ФІЛОСОФІЇ)

У липні 2019 р. в місті Люцерн (Швейцарія) відбувся XXIX Всесвітній конгрес Міжнародної асоціації філософії права та соціальної філософії (IVR), який об'єднав понад 1300 учасників з усіх куточків світу навколо трьох ключових ідей, що вони подібно до трьох вимірів простору роблять поняття людяності об'ємним: гідність (*dignity*), демократія (*democracy*), різноманітність (*diversity*). Як зазначив у своєму вступному слові президент IVR *Мортімер Селлерз*, ці три принципи визначають розвиток юриспруденції протягом останніх декількох століть та її ймовірне майбутнє. Коли ми говоримо про гідність, нам йдеться про повагу та увагу, на які заслуговує будь-яка жива істота і з яких випливають право та справедливість. Демократія являє собою принципи включення, охоплення всіх і недопущення ігнорування жодного. Різноманітність є наслідком цього зобов'язання поваги та включення, багатством краси і досвіду, що робить наше життя вартим того, щоб його прожити. Разом, – резюмував професор Селлерз, – ці прекрасні абстракції породжують право і надають значущості нашому спільному існуванню.

Концепт людської гідності становить осердя сучасних дискусій у світовій філософії права та соціальної філософії, з одного боку, піддаючись потужній критиці та деконструкції, а з другого – здобуваючи нові обґрунтування. Конгрес мав на меті осмислення окремих аспектів цієї ідеї в контексті теорії прав людини, історії відповідного поняття, його змісту, способів обґрунтування, напрямів критики та особливостей вираження в різних культурних контекстах, а також висвітлення інноваційних та суперечливих підходів до гідності, зокрема, концепції гідності тварин і навіть природи в цілому, що її втілено у положенні Конституції Швейцарії, яке гарантує, поряд із захистом людської гідності, захист «гідності живих істот».

У свою чергу, демократія наразі стикається з кількома проблемами – від загроз з боку нових антидемократичних політичних сил до викликів, зумовлених новими формами

---

\* 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](mailto:nataliasatokhina@gmail.com)

політичного дискурсу, опосередкованими Інтернетом. Ураховуючи це, а також з огляду на давню та специфічну традицію демократії у Швейцарії, демократія стала однією з головних тем Конгресу. Зокрема, увагу було зосереджено на очевидній кризі представницької системи та різних викликах, з якими вона сьогодні стикається, – від популярності до новітніх форм демократії, які стали можливими завдяки початку цифрової доби.

Насамкінець, поняття різноманітності стосується властивого сучасному світу культурного та релігійного плюралізму і питань, які він ставить перед політичною та правовою системами. Плюралізм передбачає різноманітність форм життя, але йдеться водночас і про процеси розрізнення та диференціації, які можуть суперечити принципу рівності та становити виклик для концепції демократичного громадянства: чи сумісні наслідки чимдалі зростаючої глобалізації світу з політикою надання притулку та/або інтеграції, або ж ці виклики свідчать про те, що глобалізація наближається до своїх меж, поступаючись новій «локалізації»?

У цих загальних рамках особливу увагу було спрямовано на дослідження взаємозв'язку гідності, демократії та різноманіття. Чи має людська гідність фундаментальне значення для концептуалізації, легітимації та нормативного структурування демократії й політичної автономії? Чи, навпаки, теорія демократії не потребує ідеї гідності? Чи покладають права людини якісь межі ухваленню рішень більшістю? Як релігійне, культурне та мовне різноманіття може бути включене в демократичні структури? Чи суперечить різноманіття ідеї універсальності прав людини та людської гідності, чи, навпаки, якнайкраще їм відповідає? Чи є певні форми демократії (пряма або представницька, централізована або федеральна) кращими або гіршими з точки зору різноманіття? Ці та інші питання розглядалися з перспективи міжнародного порядку та глобального верховенства права, з урахуванням як тенденції подальшої глобалізації, так і нових форм локалізації.

Протягом п'ятих днів у рамках Конгресу відбулись 8 пленарних лекцій, 151 спеціальний семінар та 28 дискусій у робочих групах.<sup>1</sup> Крім того, було проведено 5 спеціальних заходів: подійна дискусія «Демократія у кризі?», панельна дискусія «Природа міжнародного права», круглий стіл з переможцем книжкової премії IVR Брайаном Таманагою «Реалістична теорія права»,<sup>2</sup> а також панелі, присвячені Енциклопедії IVR та академічній свободі.

---

<sup>1</sup> Повний перелік спеціальних семінарів та робочих груп, організованих в рамках Конгресу, включно з матеріалами цих заходів, можна знайти тут: <https://www.ivr2019.org>.

<sup>2</sup> Див.: Brian Z. Tamanaha, *A Realistic Theory of Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017). Автор, відомий вітчизняному читачу за книгою «Верховенство права. Історія, політика, теорія», у своєму новому дослідженні пропонує теорію права, яка ґрунтується в досвіді та застосовну до різних суспільств. На відміну від теорії природного права та аналітичної юриспруденції, що вони обидві є, на думку Таманаги, занадто вузькими, абстрактними, аісторичними та відірваними від реальності, його власна теорія являє собою цілісне бачення права в суспільстві, що розвивається у зв'язку із соціальними, культурними, економічними, політичними, екологічними та технологічними чинниками. Він відроджує забутий погляд на право, що походить від Монтеск'є і завдяки правовим реалістам зберігається до сьогоднішнього дня. Книга «Реалістична теорія права» пояснює, чому класичне питання «Що таке право?» ніколи не буде вирішено,

Академічну програму Конгресу відкрила одна з найбільш цитованих авторок сучасної англійської юриспруденції *Кетрін Еліс МакКіннон* (США) з пленарною лекцією «Гідність: аналіз з точки зору рівності», у якій гідність було осмислено як вимір рівності, а приниження гідності – як фактичну нерівність. Гідність, – стверджує лекторка, – за своєю суттю є егалітарним поняттям і являє собою «субстанцію» рівності. Більшість посягань на гідність є прикладами фактичної нерівності, хоча часто й не розглядаються у такий спосіб суддями та законодавцем, незважаючи на те, що багато форм фактичної нерівності, такі як сексуальне насильство та експлуатація, являють собою драматичне, але нерідко ігнороване, приниження гідності. Як поняття, що використовується у праві в усьому світі, гідність заслуговує на критику, якщо вона абстрагується від контексту нерівності. І навпаки, на думку професорки МакКіннон, концепт гідності слід усіяко підтримати, якщо вона контекстуалізується як аспект фактичної рівності, що відповідає не теоретичному, а практичному погляду на людську гідність.

Зв'язок людської гідності та рівності опинився також у фокусі уваги відомої представниці ісламської феміністичної думки *Азизи аль-Хібрі* (США), яка презентувала в однойменній лекції ісламський погляд на людяність, що становить невід'ємну частину ісламського світогляду. Тему було розкрито з точки зору духовності та філософії з оперттям на ісламські священні тексти та відомості про життя пророка Мухаммада. Професорка аль-Хібрі звертається до двох основоположних віршів Корана. У сурі Аль-Ніса (4:1) Коран чітко говорить, що Бог створив усіх людей з однієї душі, зробив їх чоловіком та жінкою, а з них створив решту людства. У сурі Аль-Худжурат (49:13) додається, що з цих чоловіка й жінки Бог зробив нас націями та племенами, щоб ми познайомились одне з одним, і що найбільш шанованими серед нас в очах Бога є найбільш побожні. Ці дуже ясні й прості твердження становлять фундамент для різноманітного, але спільного світу співпраці, в якому чеснота є найвищою цінністю. Однак світ, у якому ми живемо, не наслідує таку модель. Це стосується, зокрема, й мусульманського світу, в якому чвари останнім часом досягли критичної точки. В основі цих чвар, – стверджує лекторка, – зарозумілість різноманітних ідеологій, які зачумлюють землю. Давні як людство, у найпростішому вигляді продемонстровані ще Каїном, сьогодні вони урізноманітнилися відповідно до різноманітності нашого світу. Основними серед них є патріархат, расизм та класицизм. Через аналіз згаданих положень Корану та поняття зарозумілості доповідачка показує, як ці ідеології було або неправильно витлумачено юристами, або неправильно використано політиками для створення пригноблюючої ієрархії, що

---

та бере під сумнів існування необхідних і універсальних істин про право. Таманага розробляє теорію права як соціального інституту, який набуває різних форм та функцій, простежуючи його розвиток від спільноти мисливців-збирачів до сучасної держави та поза нею. Ця теорія проясняє взаємний вплив права та суспільства, взаємозв'язок права та панування, проблеми багатофункціонального використання права урядом, правового плюралізму, міжнародного права та інші питання юриспруденції, яким зазвичай приділяють недостатньо уваги.



руйнує зв'язки в суспільстві. Натомість професорка аль-Хібрі пропонує ґендерно справедливе тлумачення цих віршів, засноване на класичних засадах права, які вказують сучасному світу шлях до справжньої демократії та поваги людської гідності, а це, у свою чергу, уможливує справедливий і стабільний світ, позбавлений кровопролиття та потрясінь.

Загалом, примітно, що майже у всіх пленарних доповідях так чи інакше йшлося про необхідність пригадати класичні підстави права і прав людини, на позір більше не потрібні останнім, а насправді такі, що тільки й здатні зупинити стрімку втрату смислів у сучасному світі.

Так, австралійсько-британський філософ *Джон Тазіулас* зазначив, що попри існування сьогодні насправді безпрецедентних зовнішніх викликів міжнародному праву прав людини (далі – МППЛ), не менш важливо зосередитись на внутрішніх дефектах цієї доктрини, які він пов'язує із систематичним відхиленням МППЛ від свого справжнього призначення – надання належного вираження та дієвості засадничій для прав людини моралі, наскільки це можливо зробити через медіум індивідуальних юридичних прав, що визнаються за всіма людьми.<sup>3</sup> При цьому МППЛ відхиляється від цієї, конститутивної для нього, мети, як мінімум, у два способи: 1) через розмивання різниці між правами людини (яким кореспондують зобов'язання) та універсальними людськими інтересами, або ширше – цінностями (рівень нормативних засад МППЛ), і 2) через некритичний ентузіазм щодо юридизації прав людини (рівень інституціонального втілення норм). Однак найбільш значущі відхилення від мети виникають на третьому рівні, коли йдеться про належну відповідь на порушення МППЛ. У цьому зв'язку на особливу увагу заслуговує використання МППЛ у кампаніях з розширення правових підстав військового втручання та обмеження імунітетів від кримінального переслідування за порушення прав людини. Обидва ці моменти свідчать про ерозію державного суверенітету, частково спричинену зростаючим останніми роками домінуванням МППЛ у сфері міжнародного правопорядку. Відтак, – наголошує доповідач, – права людини сьогодні слід рятувати не лише від ворогів, а й від багатьох їхніх друзів. Зокрема, йдеться про врятування прав людини від деформацій, яких вони зазнають у рамках МППЛ. А вихідним пунктом цієї рятувальної операції є визнання того, що права людини є передовсім моральними стандартами, і що конститутивна мета МППЛ полягає в наданні цим стандартам належного юридичного вираження та дієвості.

Професорка *Неус Торбіско-Касальс* (Італія) запропонувала увазі учасників Конгресу доповідь «Порятунок прав людини: виклики ідентичності та плюралізму в добу глобалізації», в якій окреслила альтернативу мінімалістським підходам до прав людини,

---

<sup>3</sup> Український переклад доповіді Джона Тазіуласа, а також доповідей Неус Торбіско-Касальс, Джона Міхаїла та Ейліс Бітон планується опублікувати в наступних випусках цього журналу. Доповнену версію доповіді професора Тазіуласа англійською див. у: John Tasioulas, "Saving Human Rights from Human Rights Law," *Vanderbilt Journal of Transnational Law* vol. 52 (2019): 1167–207.

що сьогодні стають дедалі впливовішими, оскільки пропонують відповідь на критику прав людини як універсальних стандартів у плюралістичному світі. Загалом такі підходи розглядаються як спроба врятувати проєкт прав людини через звуження фокусу задля забезпечення вищого рівня згоди. Прагнучи захистити права людини від викликів різноманітності та ризику тривіалізації такого, що постійно розширюється, дискурсу прав людини, мінімалістські підходи зосереджуються на виявленні низки природних пріоритетів (загальнолюдських цінностей, що виражають «перекриваючий консенсус», у термінології Ролза), на яких могла б ґрунтуватись міжкультурна толерантність. Проте, – зауважує доповідачка, – якщо МППЛ має сприйматись серйозно та діяти як ефективне обмеження державного суверенітету, амбіції прав людини повинні бути скромнішими.

З метою критичного аналізу мінімалістської позиції з огляду на виклики, що постають перед засадничим для неї наративом прав людини, професорка Торбіско-Касальс зосередилась на напрузі, що виникає між традиційною прихильністю універсальності – з одного боку, та претензіями на ідентичність і необхідністю врахування маргіналізованих етнокультурних груп – з другого. На думку доповідачки, нормативний підхід до прав людини у добу глобалізації повинен не просто наполягати на обмеженні державного суверенітету, а охоплювати концепцію політичного членства у «глобальній спільноті». На противагу «вузькій» моделі прав, така позиція дозволяє протистояти сприйняттю проєкту прав людини як упередженого неоколоніалістського західного конструкта, позаяк передбачає визнання різноманітності та гарантування включення всіх у глобальні інституції, залучені до багатопланового обґрунтування прав людини. Інакше кажучи, проблема полягає не в тому, що сфера прав людини занадто розширена, а в тому, що систематичне виключення когось з цього простору позбавляє права людини нормативної сили. МППЛ навряд чи сприятиме позитивним змінам, якщо воно не буде зважати на окремі групи людей, які постійно ігноруються законодавцем. Отже, необхідно переосмислити права людини та підтвердити прихильність розширенню, а не обмеженню простору, в якому люди можуть формувати свої прагнення.

Пленарну лекцію професора Джона Міхаїла (США) «Природне право, когнітивна наука та права людини» було присвячено реабілітації теорії природного права як підстави прав людини. Класичне обґрунтування природного права полягає в тому, що певні основні морально-правові принципи викарбувані у свідомості людини як своєрідний вроджений інстинкт. Подібним чином упродовж багатьох століть правознавці та юристи-практики вбачали граничну підставу *jus gentium*, природної справедливості, різниці між *mala in se* та *mala prohibita* у моральному почутті, або сумлінні, яке «природа зробила універсальним для всього виду». Виходячи з цього, вони вважали певні дії та інститути за своєю суттю неправильними, або несправедливими, а отже, такими, що порушують права людини. Позитивісти, як-от Бентам, Остін, Холмс, Кельзен, спрямували проти цих ідей потужну критику, дуже часто, однак, перекручуючи їх або зображуючи в карикатурному вигляді. Останнім часом науки про свідомість, мозок та

поведінку почали реабілітувати ідею про те, що принаймні деякі моральні норми та основні інтуїції, на яких вони ґрунтуються, можуть бути універсальними та вродженими. У своїй лекції професор Міхаїл окреслив цю нову царину досліджень і пояснив, як вона підтримує одну зі сторін у традиційних дебатах між школою природного права та юридичним позитивізмом. Він стверджує, що найкраще розуміння прав людини не заперечує існування культурного різноманіття, а зосереджується на тому, які обмеження цього різноманіття є важливими.

Професор *Йошикі Вакамуцу* (Японія) у лекції «Різноманітність: важливість і релевантність» зауважив, що попри визнання важливості різноманітності, ми далеко не завжди маємо чітке розуміння її значення та цінності. Відповідно до поширеного уявлення, ми можемо збільшити різноманітність певної множини (назвемо її множиною  $S$ ), додавши до неї новий, відмінний від наявних, елемент ( $S \cup \{t\}$ ). Однак перш ніж збільшити різноманітність множини, ми повинні перевірити, чи буде більш різноманітна множина більш цінною. Звичайно, якщо доданий елемент ( $t$ ) кращий за всі інші елементи  $S$  ( $t > \forall x \in S$ ), новий набір ( $S \cup \{t\}$ ) є кращим, ніж вихідний набір  $S$ . Однак цей випадок не свідчить про цінність різноманітності, оскільки збільшення цінності, спричинене додаванням, цілком можна пояснити цінністю доданого елемента  $t$ , а зовсім не цінністю різноманітності як такої. Щоб підкреслити важливість різноманітності, ми повинні розглянути випадок додавання найгіршого елемента  $v$  ( $v < \forall x \in S$ ) до  $S$ . Чи додавання найгіршого елемента  $v$  до  $S$  робить нову множину ( $S \cup \{v\}$ ) кращою за оригінальну множину  $S$ ? У своєму есеї «Про свободу» Джон Стюарт Мілль, який рішуче захищає різноманітність, стверджує, що це так: «розмаїття являє собою благо, навіть незважаючи на те, що <...> воно може завдавати й певної шкоди».<sup>4</sup> Професор Вакамуцу розмірковує над цією загадковою тезою Мілля та пояснює, як додавання найгіршого варіанта може збільшити цінність множини, або, цитуючи Мілля, «корисність у найширшому розумінні, базовану на вічних інтересах людини як прогресивної істоти». Думка про те, що додавання до множини найгіршого варіанта може збільшити її цінність, може бентежити. Однак ця плутанина зумовлена припущенням, що наші вподобання з часом не змінюватимуться. Проте насправді ми є «прогресивними» істотами, а тому часто змінюємо свої вподобання та змінюємось самі. Відтак, – зауважує доповідач, – різноманітність є особливо актуальною, коли ми не впевнені у своїх майбутніх уподобаннях. У цьому випадку ми можемо виправдати визнання та підтримку різних типів елементів з огляду на наші майбутні потреби. Тому різноманітність важлива, навіть якщо ми зараз і не вважаємо певні відмінності цінними.

Переможець премії IVR для молодих вчених *Ейлід Бітон* (США) виступила з доповіддю «Заміна стану переслідування біженством», у якій запропонувала переглянути умови надання статусу біженця, передбачені Конвенцією про статус біженців 1951 р.: 1) перебування за межами країни своєї громадянської належності та 2) обґрунтовані

<sup>4</sup> Тут і далі українськомовний текст наведено за перекладом Євгена Мірошниченка: Джон Стюарт Мілль, *Про свободу* (Київ: Основи, 2001).

побоювання стати жертвою переслідувань за ознакою расової належності, релігії, громадянства, належності до певної соціальної групи чи політичних поглядів. Зокрема, було детально проаналізовано другу вимогу на тлі припущення, що першу має бути знято. Розглянувши аргументи як захисників Конвенції, так і її критиків, авторка зрештою дійшла висновку, що умова переслідування необґрунтовано звужує ідею біженства, позбавляючи захисту деяких осіб, права яких не можуть бути захищені в інший спосіб, крім надання їм статусу біженця. На думку пані Бітон, наразі украї необхідно усунути ці прогалини в захисті, а тому умову переслідування слід замінити чимось ширшим. Таке альтернативне визначення біженства має задовольняти три вимоги: 1) воно повинно усувати прогалини в захисті; 2) його запровадження повинно бути можливим у такому світі, як наш, і 3) воно повинно поважати той факт, що біженство є вочевидь політичним засобом захисту.

Завершила програму пленарних заходів панельна дискусія «Людська гідність: виклики, суперечності та сподівання» за участю *Хайнера Білефельдта* (Німеччина), *Пітера Шабера* (Швейцарія) та *Симони Цурбухен* (Швейцарія) – трьох філософів, які займаються проблемою людської гідності та прав людини в різних контекстах. Поділяючи думку про важливість ідеї гідності людини в морально-правовому дискурсі, учасники дискусії пропонують різні точки зору на значення людської гідності та її вплив на право і суспільство. Для того, щоб виявити сильні та слабкі сторони позицій дискутантів, їм було запропоновано висловитись з приводу основних викликів, з якими людська гідність стикається зараз і з якими може зіткнутись у майбутньому. Пітер Шабер наголосив на проблемі обґрунтування людської гідності: з одного боку, ми зазвичай сприймаємо як належне розуміння гідності як гідності людини, а водночас надзвичайно складно сформулювати концепцію гідності, яку можна було б приписати усім людям. Проте, – запитує професор Шабер, – чи є це дійсно серйозною проблемою для теорії гідності? У свою чергу, професорка Цурбухен розглядала виклики людській гідності з боку постгуманізму: за умови серйозного ставлення до критики людської винятковості, що пропагується екологічною філософією, а також феміністичними та постколоніальними дослідженнями, чи можливо й досі захищати особливий статус або цінність людини? Що ми розуміємо під «нашою спільною людяністю», і що це означає для не-людських істот (тварин, постлюдей тощо)? На завершення дискусії Хайнер Білефельдт висловив критичне ставлення до сучасних тенденцій обґрунтування людської гідності виходячи з індивідуальних вмінь, здібностей або вчинків. На думку професора Білефельдта, з огляду на основоположне значення людської гідності для будь-якої людської взаємодії, її слід однаково визнати за «всіма членами людської сім'ї» (Загальна декларація прав людини). Хоча сфера моральної відповідальності наразі охоплює й турботу про не-людських живих істот, нести цю відповідальність можуть тільки люди. Якщо розуміти людську гідність як статус, що його ми вважаємо в людях як адресатах моральної відповідальності, поширювати поняття гідності на не-людських істот украї небезпечно.

Україну на Конгресі було представлено харківською школою філософії права – Сергієм Максимовим, Наталією Сатохіною та Олексієм Стовбою, які презентували доповіді «Досвід людської гідності», «Досвід права і досвід безправ'я: герменевтична перспектива» та «Досвід правовий і досвід юридичний» у рамках організованого ними спеціального семінару «Досвід права». Ініціатива харків'ян об'єднала 18 учасників з 8 країн, які запропонували власне бачення правового досвіду з різних епістемологічних перспектив – від неокантіанства та психологічної теорії права до феноменологічної герменевтики й постмодернізму. Чотири тематичні панелі стосувались різних вимірів правового досвіду – загальної феноменології права і безправ'я, психологічних аспектів досвіду нормативності та дійсності права, правових смислів взаємного визнання та відповідальності, пам'яті й забуття, відновлювальної справедливості та правосуддя перехідного періоду. Попри розмаїття візій правового досвіду, спільна інтенція полягала у прагненні переосмислити основне питання філософії права та розглядати право не як об'єкт пізнання або технічного панування, а як те, що відбувається з нами.<sup>5</sup> Зокрема, й ідея людської гідності – осердя сучасних політико-правових дискусій – наразі переживає кризу обґрунтування й потребує переосмислення передовсім не з точки зору норм та інституцій, а з перспективи людського досвіду.

© Н. Сатохіна, 2019

## Bibliography

- Dignity. Democracy. Diversity. XXIX IVR World Congress. <https://www.ivr2019.org>.
- Mill, John Stuart. *On Liberty*. Translated by Yevhen Miroshnychenko. Kyiv: Osnovy, 2001 (in Ukrainian).
- Tamanaha, Brian Z. *A Realistic Theory of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Tasioulas, John. "Saving Human Rights from Human Rights Law." *Vanderbilt Journal of Transnational Law* vol. 52 (2019): 1167–207.
- The Experience of Law. Collection of Articles and Essays*, eds. Oleksiy Stovba and Natalia Satokhina. Kharkiv: Publisher Oleg Miroshnychenko, 2019.
- XXIX World Congress of the International Association for Philosophy of Law & Social Philosophy. Dignity. Democracy. Diversity*. Lucerne, Switzerland. 7–12 July 2019. Lucerne, 2019.

### **Наталія Сатохіна. Гідність. Демократія. Різноманітність (XXIX Всесвітній конгрес з філософії права та соціальної філософії)**

**Анотація.** Огляд XXIX Всесвітнього конгресу Міжнародної асоціації філософії права та соціальної філософії «Гідність. Демократія. Різноманітність», що відбувся у липні 2019 року в місті Люцерн (Швейцарія), містить інформацію про тему Конгресу та його академічну

<sup>5</sup> Матеріали семінару видані як збірка статей та есеїв: *The Experience of Law. Collection of Articles and Essays*, eds. Oleksiy Stovba and Natalia Satokhina (Kharkiv: Publisher Oleg Miroshnychenko, 2019). Окремі статті опубліковані також у цьому журналі: Алексей Стовба, "(И)спытать право: опыт правовой и юридической," *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2019): 41–56, <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2019.1.186441>; Наталья Сатохіна, "Опыт права и опыт бесправия: герменевтическая перспектива," *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2019): 57–70, <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2019.1.186444>.

програму, включно з основними тезами пленарних лекцій, тематикою панельних заходів та оглядом спеціального семінару «Досвід права». Три концепти, навколо яких розгортаються ключові дискусії в сучасній філософії права та соціальній філософії, розглядаються у їх суперечливому взаємозв'язку в контексті викликів сьогодення.

**Ключові слова:** XXIX Всесвітній конгрес Міжнародної асоціації філософії права та соціальної філософії; гідність; демократія; різноманітність; права людини.

**Наталья Сатохина. Достоинство. Демократия. Разнообразие (XXIX Всемирный конгресс по философии права и социальной философии)**

**Аннотация.** Обзор XXIX Всемирного конгресса Международной ассоциации философии права и социальной философии «Достоинство. Демократия. Разнообразие», который проходил в июле 2019 года в городе Люцерн (Швейцария), содержит информацию о теме Конгресса и его академической программе, включая основные тезисы пленарных лекций, тематику панельных мероприятий и обзор специального семинара «Опыт права». Три концепта, вокруг которых разворачиваются ключевые дискуссии в современной философии права и социальной философии, рассматриваются в их противоречивой взаимосвязи в контексте вызовов нашего времени.

**Ключевые слова:** XXIX Всемирный конгресс Международной ассоциации философии права и социальной философии; достоинство; демократия; многообразие; права человека.

**Natalia Satokhina. Dignity. Democracy. Diversity (XXIX World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy)**

**Abstract.** Review of the XXIX World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy “Dignity. Democracy. Diversity”, which was held in July 2019 in Lucerne (Switzerland), contains information on the lead theme of the Congress and its academic program, including the main theses of plenary lectures (“Dignity: An Equality Analysis” by Catharine A. MacKinnon, “Human Rights Overreach” by John Tasioulas, “The Islamic View of Humanity” by Azizah Y. al-Hibri, “Replacing the Persecution Condition for Refugeehood” (IVR Young Scholar Prize Lecture) by Eilidh Beaton, “Rescuing Human Rights: Challenges of Identity and Pluralism in an Age of Globalisation” by Neus Torbisco-Casals, “Natural Law, Cognitive Science and Human Rights” by John Mikhail, “Diversity: Importance and Relevance” by Yoshiki Wakamatsu, “Human Dignity: Challenges, Controversies and Promise” by Heiner Bielefeldt, Peter Schaber and Simone Zurbuchen), the themes of panel events, and an overview of the special workshop “Experience of Law”.

The Congress has brought together over 1,300 participants from all over the world around three key ideas that, like the three dimensions of space, make the concept of humanity voluminous: dignity, democracy, diversity. Three concepts around which key discussions unfold in modern philosophy of law and social philosophy were considered in their contradictory interconnection in the context of the major challenges that they currently face, and may face in the future – from populist ideologies promoting inequality to radical environmentalism and posthumanism.

**Keywords:** XXIX World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy; dignity; democracy; diversity; human rights.

Одержано / Received 05.10.2019

## ІНФОРМАЦІЯ ДЛЯ АВТОРІВ

Редколегія приймає до розгляду статті, переклади, рецензії, огляди, інформацію про події у царині філософії права та загальної теорії права.

Статті мають містити наукову новизну, враховувати провідні сучасні публікації з відповідної проблематики й історію її розгляду, відповідати науковому профілю журналу. З тексту має бути зрозуміло, яку проблему поставлено, якою є мета статті та які висновки з поставленої проблеми зроблено.

Рішення щодо можливості прийняття до друку здійснюється за результатами «повдвійного сліпого» рецензування.

Передрук опублікованих матеріалів журналу здійснюється тільки з дозволу автора і редакції.

### Підготовка та подання рукопису

Рукопис подається українською, англійською або російською мовами.

Рукопис повинен містити:

1) 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);

2) основний текст статті;

3) бібліографію;

4) ім'я та прізвище автора, назву статті, анотацію та ключові слова (5–10 слів) трьома мовами (українська, російська, англійська).

Уся інформація повинна міститись в одному файлі у форматі .doc або .docx. Назва файлу має складатися з прізвища автора та перших 3–4 слів назви.

Рекомендований обсяг рукопису – від 20 до 40 тис. знаків (за погодженням з редакцією – до 60 тис. знаків).

Поля – 2 см, відступ від лівого краю – 1 см, шрифт *Times New Roman*, розмір шрифту 14, міжрядковий інтервал – 1,5. Бібліографія та анотації подаються шрифтом 12.

Матеріали подаються електронною поштою [philosophyoflawjournal@gmail.com](mailto:philosophyoflawjournal@gmail.com).

### Написання анотації

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. З тексту анотації має бути зрозуміло, яку проблему поставлено, у чому полягає особливість дослідницького підходу, які висновки зроблено

та в чому полягає їх наукова новизна. Анотація до полемічної статті має містити опис полемічних позицій.

### **Оформлення бібліографії**

Бібліографію необхідно розміщувати після тексту статті та складати згідно з *Чикаго стиль: виноска та бібліографія* (*Chicago style: notes and bibliography*). Див. [https://www.chicagomanualofstyle.org/tools\\_citationguide/citation-guide-1.html](https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html). Джерела розміщуються за алфавітом. Назви журналів скорочувати не потрібно. Список використаних джерел має бути надрукований з виступом 0,5 см. Бібліографія подається латиницею. Назви кирилических джерел необхідно перекласти англійською, а в кінці посилання зазначити мову оригіналу, наприклад:

Sartre, Jean-Paul. *Being and Nothingness: An Essay on Phenomenological Ontology*. Kyiv: Osnovy, 2001 (in Ukrainian).

Назви джерел мовами, які використовують латиницю, англійською не перекладаються.

Після списку джерел латиницею подається той самий список мовами оригіналу.

### **Правила цитування й посилання на джерела**

У тексті статті мають бути дотримані загальні правила цитування й посилання на використані джерела згідно з *Чикаго стиль: виноска та бібліографія*. Посилання на нормативні акти та судові справи подаються згідно з міжнародним стилем цитування та посилання в наукових роботах *Оскола стиль* (*OSCOLA Style*). Див. [https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola\\_4th\\_edu\\_hart\\_2012.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edu_hart_2012.pdf) (С. 13–31).

Необхідно використовувати підрядкові бібліографічні посилання, які подаються мовою оригіналу. 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.

Для виділення в тексті цитат використовуються лапки «...». Якщо в цитованому тексті, узятому 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 (блокова цитата), подається в тексті з нового рядка 12 шрифтом з абзацним відступом зліва для всієї цитати і не береться в лапки. Перед блоковою цитатою та після неї йде один рядок відступу.

Якщо автор статті, наводячи цитату, виділяє у ній деякі слова, робиться спеціальне застереження, напр.: (курсив мій. – С. І.).



Підписано до друку з оригінал-макета 21.02.2020.  
Формат 70×100 <sup>1</sup>/<sub>16</sub>. Папір офсетний. Гарнітура Times.  
Ум. друк. арк. 24,19. Обл.-вид. арк. 18,62. Вид. № 2516.  
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 Татарчук С. І.  
Тел. (057) 717-25-44

***ДЛЯ НОТАТОК***

---