

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

Журнал внесено до Міжнародної наукометричної бази даних
«Index Copernicus International» (Польща) і до Міжнародної
наукометричної бази даних EBSCO Publishing, Inc. (США)

1/2020

**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 № 9 від 30.06.2020 р.)*

Філософія права і загальна теорія права : наук.
журн. / редкол.: С. Максимов та ін. – Харків : Пра-
во, 2020. – № 1. – 244 с.

Philosophy of Law and General Theory of Law :
Academic Journal / edit. S. Maksymov and others. –
Kharkiv : Pravo, 2020. – № 1. – 244 p.

1/2020

© Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2020
© Видавництво «Право», 2020
© Yaroslav Mudryi National Law University, 2020
© Publishing House «Pravo», 2020

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 головний редактор
Віктор Смородинський	кандидат юридичних наук, доцент заступник головного редактора
Наталія Сатохіна	кандидатка юридичних наук відповідальна секретарка
Чаба Варга	доктор наук, професор (Угорщина)
Дмитро Вовк	кандидат юридичних наук, доцент
Марсело Галушпо	професор (Бразилія)
Євген Гетьман	доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
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 Фіттішальді	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)
Евгений Гетьман	доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАПрН Украины
Константин Горобец	кандидат юридических наук (Нидерланды)
Мехман Дамирли	доктор юридических наук, профессор (Турция)
Елена Дашковская	доктор юридических наук, профессор
Стефан Кирсте	доктор наук, профессор (Австрия)
Мартин Кригер	профессор (Австралия)
Александр Литвинов	доктор юридических наук, доцент
Бьярн Мелкевик	доктор наук, профессор (Канада)
Сергей Олейников	кандидат юридических наук, доцент
Станислав Погребняк	доктор юридических наук, профессор
Андрей Поляков	доктор юридических наук, профессор
Сергей Рабинович	доктор юридических наук, профессор
Мортимер Селлерз	профессор (США)
Александр Сердюк	доктор юридических наук, профессор
Алексей Стомба	доктор юридических наук
Александр Тихомиров	доктор юридических наук, профессор
Елена Уварова	кандидат юридических наук, доцент
Лариса Удовика	доктор юридических наук, доцент
Эдоардо Фиттипальди	профессор (Италия)
Анна Христова	доктор юридических наук, доцент
Станислав Шевчук	доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАПрН Украины
Петр Шиманец	доктор наук, профессор (Польша)

ACADEMIC COUNCIL

Robert Alexy	Dr. hab., Professor (Germany)
Eugenio Bulygin	Professor (Argentina)
Mykola Kozlyubra	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)
Yevgen Hetman	Doctor of Legal Sciences, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
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
ПРАВО І НЕПРАВО	
Право і неправо: чи можлива негативна онтологія права? (російською) Олексій Стовба (Харків)	16
Недержавне правове регулювання: окремі загальнотеоретичні аспекти Олена Дашковська (Харків)	38
Теологія радянського права Дмитро Вовк (Харків)	53
ПОЛІТИКО-ПРАВОВІ РЕФЛЕКСІЇ ХХ СТОЛІТТЯ	
Політичний світогляд Вацлава Гавела в контексті конституційного праворозуміння Всеволод Речицький (Харків)	87
Риторичний підхід до правового аргументування й правової аргументації Тамара Дудаш (Львів)	110
Праворозуміння Вернера Майхофера як дослідницька проблема у пострадянській філософії права Ірина Бесага (Львів)	132
МИР, ЗАСНОВАНИЙ НА ПРАВАХ ЛЮДИНИ	
Націоналізм, права людини та перспективи миру Девід Лубан (США)	147
Порятунок прав людини від права прав людини Джон Тасіулас (Велика Британія)	172

ДИСКУСІЇ

Неоліберальний вірус у Бразилії та дискусія
з Джорджо Агамбеном (англійською)

Рікардо Евандро С. Мартінс (Бразилія) 216

РЕЦЕНЗІЇ

Матриці і траєкторії конституційного розвитку
(розмірковуючи над монографією В. В. Джуня
«Соціологія конституційного права»)

Сергій Рабінович (Львів) 228

Новий крок харківської наукової школи у розвитку досліджень
та викладання загальнотеоретичної юриспруденції

Петро Рабінович (Львів) 237

СОДЕРЖАНИЕ

От главного редактора (на украинском).....	12
ПРАВО И НЕПРАВО	
Право и неправо: возможна ли негативная онтология права? Алексей Стовба (<i>Харьков</i>)	16
Негосударственное правовое регулирование: отдельные общетеоретические аспекты (на украинском) Елена Дашковская (<i>Харьков</i>)	38
Теология советского права (на украинском) Дмитрий Вовк (<i>Харьков</i>)	53
ПОЛИТИКО-ПРАВОВЫЕ РЕФЛЕКСИИ XX ВЕКА	
Политическое мировоззрение Вацлава Гавела в контексте конституционного правопонимания (на украинском) Всеволод Речицкий (<i>Харьков</i>)	87
Риторический подход к правовому аргументированию и правовой аргументации (на украинском) Тамара Дудаш (<i>Львов</i>)	110
Правовые взгляды Вернера Майхофера как предмет исследования в современной украинской философии права (на украинском) Ирина Бесага (<i>Львов</i>)	132
МИР, ОСНОВАННЫЙ НА ПРАВАХ ЧЕЛОВЕКА	
Национализм, права человека и перспективы мира (на украинском) Дэвид Лубан (<i>США</i>)	147
Спасение прав человека от права прав человека (на украинском) Джон Тасиулас (<i>Великобритания</i>)	172

ДИСКУССИИ

- Неолиберальный вирус в Бразилии и дискуссия
с Джорджо Агамбеном (на английском)
Рикардо Эвандро С. Мартинс (Бразилия) 216

РЕЦЕНЗИИ

- Матрицы и траектории конституционного развития
(размышляя над монографией В. В. Джуня
«Социология конституционного права») (на украинском)
Сергей Рабинович (Львов) 228
- Новый шаг харьковской научной школы в развитии исследований и
преподавание общетеоретической юриспруденции (на украинском)
Петр Рабинович (Львов) 237

CONTENTS

Note of the Editor-in-Chief (in Ukrainian)	12
LAW AND UNLAW	
Law and Unlaw: Does the Negative Ontology of Law Possible? (in Russian) Oleksiy Stovba (<i>Kharkiv</i>)	16
Non-state Legal Regulation: Some General Theoretical Aspects (in Ukrainian) Olena Dashkovska (<i>Kharkiv</i>)	38
Theology of Soviet Law (in Ukrainian) Dmytro Vovk (<i>Kharkiv</i>)	53
POLITICAL AND LEGAL REFLECTIONS OF THE XX CENTURE	
Vaclav Havel's Political Outlook in the Context of Right Constitutional Understanding (in Ukrainian) Vsevolod Rechytskyi (<i>Kharkiv</i>)	87
Rhetorical Approach to Legal Arguing and Legal Argumentation (in Ukrainian) Tamara Dudash (<i>Lviv</i>)	110
Werner Maihofer's Understanding of Law as a Research Problem in the Post-soviet Philosophy of Law (in Ukrainian) Iryna Besaha (<i>Lviv</i>)	132
PEACE BASED ON HUMAN RIGHTS	
Nationalism, Human Rights, and the Prospects to Peace (in Ukrainian) David Luban (<i>USA</i>)	147
Saving Human Rights from Human Rights Law (in Ukrainian) John Tasioulas (<i>Great Britain</i>)	172

DISCUSSIONS

The Neoliberal Virus in Brazil and the Controversy
with Giorgio Agamben

Ricardo Evandro S. Martins (*Brazil*) 216

REVIEWS

Matrices and Trajectories of Constitutional Development
(Reflecting on the monograph of V. V. Dzhun
“The Sociology of Constitutional Law”) (in Ukrainian)

Sergiy Rabinovych (*Lviv*) 228

A New Step of the Kharkiv Scientific School in the Development
of Research and Teaching of General Theoretical Jurisprudence
(in Ukrainian)

Petro Rabinovych (*Lviv*) 237

Сергій Максимов*

Шановні читачі!

У першому номері журналу за 2020 рік, що вийшов, подолавши перепони карантину та інших обмежень, пов'язаних із пандемією коронавірусу, продовжується обговорення фундаментальних проблем філософії та теорії права, збагачене досвідом життя та праці у надзвичайній ситуації та інших загрозах праву, де останнє існує на своїй межі. Саме тому такою актуальною виявилась ключова тема цього номеру – «право і неправо». Визнаємо, що концепт «неправо» виглядає дуже незвично в академічних обговореннях. Але як тут не згадати найкласичнішого з усіх класичних філософів, геніального Георга Вільгельма Фрідріха Гегеля, 250-річчя з дня народження якого відзначається у серпні цього року! Також рівно 200 років тому вийшла його знаменита «Філософія права» (1820), або «Grundlinien der Philosophie des Rechts» – один із найбільш видатних творів у всій історії соціальної та політико-правової думки. Саме Гегель й увів у філософсько-теоретичний обіг категорію неправа (Unrecht), позначив за її допомогою особливу волю, яка демонструє свавілля і свою окремість від загальної волі та загального права. І хоча гегелівська інтерпретація цього явища набула у подальшому й дещо іншого значення (неправо як неправовий закон і неправова держава), але ідея позначати окремим терміном феномен, який протиставляється праву, у його глибинній суті виявилась доволі плідною.

Отже, за рубрикою з цією назвою починається публікація матеріалів до другого Всеукраїнського «круглого столу» «Фундаментальні проблеми юриспруденції – II. Право і неправо». Щорічний «круглий стіл» було започатковано у 2019 р. Національним юридичним університетом імені Ярослава Мудрого та Національною академією правових наук України за підтримки журналу «Філософія права і загальна теорія права» з метою сприяти розвитку фундаментального знання про право і діалогу між

* 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

ORCID ID: 0000-0002-3165-8142

філософією та юриспруденцією. Захід 2020 року було заплановано на квітень, але через карантин він був перенесений на вересень. Отже, у наступному номері очікується продовження публікації статей за темою цього «круглого столу» та повний огляд його матеріалів.

Перша рубрика і номер в цілому починається з публікації статті **Олексія Стовби** «Право і неправо: чи можлива негативна онтологія права?», в якій він застосовує свою концепцію темпоральної онтології права до осмислення досвіду неправа, що випробовується в живому тілесному співбутті. Світові війни, тоталітаризм, табори смерті, геноцид, тероризм, державні перевороти і гібридні війни виявляють себе набагато реальніше, ніж абстрактні правові норми і цінності. Отже, можна припустити, що феномен права існує не континуально, а дискретно, будучи постійно витриманий в запитувальній можливості небуття і відтворюючись в ході людської діяльності. Автор статті підкреслює, що певні неklasичні смислові фігури (правова комунікація, правова подія, правова реальність, правовий діалог) вже включають не лише власне правові, але і протиправні феномени – такі як правопорушення, злочин та ін. Цим феноменам відповідає живий досвід людського співжиття, де можливо виділити досвід безправ'я, досвід правопорушення, досвід не права, а чогось іншого.

Спробу поглянути на право крізь призму концепції недержавного правового регулювання було здійснено в статті **Олени Дашковської**. Як варіант вирішення проблем щодо усунення прогалів у праві авторкою було використано концепцію регулювання суспільних відносин правилами, створеними певною спільнотою, що є втіленням результатів недержавного механізму регулювання. Недержавний механізм регулювання має особливий зміст, з одного боку, має допоміжне значення, а з іншого – в певних випадках може набувати і основне значення по відношенню до державного. Зазначені правила посідають самостійне місце в системі джерел права, при цьому спільне застосування державних і недержавних правил зможе привести до належного регулювання певних приватноправових відносин.

Сумніви щодо відповідності правової системи, що існувала в СРСР, вимогам модерного права висловлює **Дмитро Вовк** у статті «Теологія радянського права». Застосовуючи популярний у політичній філософії концепт політичної релігії, що використовується для описання тоталітарних режимів, автор досліджує, як радянська політична релігія впливала на правову систему СРСР. Символи віри радянського права – сукупність беззаперечних ідей чи догм, які виражають вплив на нього марксизму-ленінізму, – розвивалися радянською юридичною наукою у вигляді теології радянського права. Вони впливали на правову систему та її окремі елементи завдяки концепціям унікальності, публічності і політизованості радянського права, а також концепції соціалістичної законності.

Другу рубрику цього номеру присвячено важливим політико-правовим рефлексіям ХХ ст., які є дуже цінними для розвитку сучасного українського конституціоналізму, теорії аргументації та праворозуміння.

Насамперед хочемо звернути увагу на статтю **Всеволода Речицького** «Політичний світогляд Вацлава Гавела в контексті конституційного праворозуміння». Написана у форматі есе, вона присвячена питанням впливу етики й естетики на формування сучасних конституційних парадигм. Автор доводить, що для ефективної реалізації конституційних норм ключове значення має інтелектуальна чесність, щирість і позитивна моральна установка законодавця. На прикладі аналізу політичної філософії першого президента Чехії Вацлава Гавела автор доводить, що ефективні й неефективні конституційні системи є принципово різними. Однак таку відмінність часто можна помітити лише на рівні тонких нюансів розрізнення в розуміння права та його окремих інститутів.

Виявленню риторичної теоретичної моделі правового аргументування та особливостей реконструкції аргументів, що його пропонує цей підхід, присвячена стаття **Тамари Дудаш**. Авторка підкреслює, що риторичний підхід стосується насамперед правового аргументування як процесу, а меншою мірою правової аргументації як результату цього процесу. При цьому риторичний підхід до правового аргументування розглядається як засіб «вплітання» природного права у право позитивне. Адже риторичне аргументування привносить у позитивне право позамовні фактори, тим самим розширюючи горизонт його розуміння.

Ірина Бесага присвячує свою статтю визначенню внеску пострадянських правознавців в осмислення концепції праворозуміння представника правового екзистенціалізму Вернера Майхофера та виявленню проблемних питань, які потребують подальшої філософсько-правової розробки.

У рубриці «Мир, заснований на правах людини» представлені переклади статей провідних сучасних філософів права, підготовлених на основі пленарних доповідей, що були презентовані ними на останніх Всесвітніх конгресах з філософії права і соціальної філософії: «Мир, заснований на правах людини», що відбувся у липні 2017 року у Лісабоні, Португалія (Девід Лубан, США) і «Гідність. Демократія. Різноманітність», який відбувся у липні 2019 р. в місті Люцерні, Швейцарія (Джон Тасіулас, Велика Британія).

У статті **Девіда Лубана** питання прав людини та перспективи миру розкриваються у контексті аналізу понять суверенітету та націоналізму, який здійснюється на фоні притаманної сьогодні світові тенденції до глобалізму, з одного боку, та набирання обертів тенденції до націоналізму – з іншого. Автором розглядається еволюція концепцій державного суверенітету: від «суверенної рівності, заснованої на праві на самовизначення», до «умовного суверенітету», або «суверенітету як відповідальності», та перспектив так званого «суверенітету як піклування над людством», що в умовах транснаціональних загроз розглядається ним найкращою надією на мир. В останній частині розвивається думка про несумісність націоналізму в його теперішньому вигляді із реалістичною політикою миру, підкреслюється, що сучасний націоналізм втрачає свою історичну прогресивність і стає байдужим до теми прав людини.

У статті **Джона Тасіуласа** «Порятунок прав людини від права прав людини» висувається теза, що міжнародне право прав людини відхилилося від своєї утворюючої мети – виражати і надавати дієвості засадничій моралі прав людини через закріплення індивідуальних юридичних прав, якими наділяються усі індивіди. Розглядаються два основні шляхи такого відхилення: тенденція ігнорувати істотні відмінності між правами людини та універсальними інтересами чи цінностями в цілому та недостатньо критичне просування як легалізації (законодавчого закріплення), так і, що більш важливо, юдиціалізації (забезпечення судовим захистом) в галузі прав людини. Одним з елементів порятунку прав людини розглядається їх порятунок від деформацій, яких вони зазнали в межах міжнародного права прав людини, зокрема й завдяки «популістській реакції» на зовнішні виклики.

У рубриці «Дискусії» пропонується стаття англійською мовою бразильського дослідника **Рікардо Евандро С. Мартінса** «Неоліберальний вірус у Бразилії та дискусія з Джорджо Агамбеном». Полемічні роздуми були спровоковані статтею чинного міністра закордонних справ Бразилії, канцлера Ернесто Араужо, у якій він висловлює занепокоєння тим, що нинішня пандемія, викликана коронавірусом COVID-19, може стати підставою для запровадження виняткових заходів, спрямованих проти бразильської демократії, які можуть привести країну до «комуністичного перевороту» або до уряду, що керує «нацистськими методами». Автор показує, що, обґрунтовуючи тезу про небезпеку пандемії для бразильської демократії посиланням на категорії Джорджо Агамбена, Араужо використовує його ключові категорії некоректно і внаслідок цього перекидає його основну ідею.

У номері також представлено рецензію **Сергія Рабіновича** на монографію В'ячеслава Джуно «Соціологія конституційного права. Кн. 2. Соціокультурні підстави європейського конституціоналізму» (Київ: ІнЮре, 2018) та рецензію академіка НАПрН України **Петра Рабіновича** на підручник «Загальна теорія права» за редакцією О. В. Петришина (Харків: Право, 2020), яку було оцінено як новий крок харківської наукової школи у розвитку досліджень та викладання загальнотеоретичної юриспруденції.

У наступному номері планується продовження обговорення фундаментальної проблеми природи права та його переродження у свою протилежність – неправу, а також інших цікавих і дискусійних тем. 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.

ПРАВО И НЕПРАВО: ВОЗМОЖНА ЛИ НЕГАТИВНАЯ ОНТОЛОГИЯ ПРАВА?

I

Фундаментальные потрясения, пережитые человечеством на протяжении XX–XXI вв., не могли не сказаться и на существующих представлениях о праве. Если ранее право мыслилось как незыблемая основа мироустройства, априори данная в сознании человека (право естественное), либо же как стабильная система социальных норм, строгое и неукоснительное соблюдение которых надежно гарантировалось государственным принуждением (право позитивное), то нынешняя ситуация наглядно демонстрирует всю слабость и хрупкость любого правопорядка. Мировые войны, тоталитаризм, лагеря смерти, геноцид, терроризм, государственные перевороты и гибридные войны являют себя несоизмеримо более реально, нежели абстрактные правовые нормы и ценности. Тем самым можно предположить, что феномен права существует не континуально, а дискретно, будучи постоянно выдержан в вопросительной возможности небытия и воспроизводясь в ходе человеческой деятельности.¹

В попытках осмыслить подобную – изменчивую и непостоянную – правовую реальность философы уже не могут довольствоваться презумпцией континуального бытия естественного либо позитивного права, а вынуждены прибегать к тем методологическим подходам, которые бы позволили постичь закономерности воспроизводства права, специфический «алгоритм» правового бытия. При этом сам предикат «правовой» применительно к бытию не обозначает соответствия своего субъекта нормам естественного либо позитивного права, но скорее его правовую релевантность, способность быть осмысленным в рамках правовых категорий. В этом случае такие неклассические смысловые фигуры, как правовая коммуникация (А. В. Поляков), правовое происшествие (А. В. Стомба), правовая реальность

* Алексей Вячеславович Стомба, доктор юридических наук, адвокат Харьковской областной коллегии адвокатов.

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

e-mail: stovba34@mail.ru

ORCID ID: 0000-0002-8154-8929

¹ Алексей Стомба, *Темпоральная онтология права* (Санкт-Петербург: Алеф-пресс, 2017).

(С. И. Максимов), правовой диалог (И. Л. Честнов) уже не являются «идеальным образцом общественных отношений». Напротив, упомянутые построения указывают на тот факт, что любая попытка осмыслить право во всей полноте его проявлений, т. е. в его бытии, неизбежно предполагает и обращение к феномену правонарушения. Так, например, коммуникация либо диалог по поводу условий гражданско-правового договора имеет смысл лишь в свете возможного в будущем его нарушения, представляя собой превентивную меру с целью снижения рисков и нивелирования возможного ущерба. Ведь любое правовое происшествие характеризуется лишь *вероятностью* наступления правовых последствий (т. е. таковые могут и не настать, и будет иметь место правонарушение), а правовая реальность вообще предполагает в качестве своего компонента *правовую жизнь*, которая включает и негативные явления, релевантные в правовом отношении.

Как известно, категория «правовой жизни» была введена в научный обиход на постсоветском пространстве в начале XXI в. Так, отечественный правовед С. И. Максимов включает правовую жизнь в динамическую структуру правовой реальности, отмечая, что правовая жизнь является наиболее конкретным выражением содержания бытия права² и, вслед за А. Кауфманном, отстаивая онтологический приоритет права в конкретной ситуации.³ В свою очередь, российский ученый А. В. Малько полагает, что

правовая жизнь представляет собой совокупность форм юридического бытия общества, характеризующих его специфику и уровень правового развития. При этом правовая жизнь – именно совокупность, а не система, так как она включает в себя неупорядоченные процессы (например, правонарушения), случайные факторы, т. е. как статику (нечто сложившееся), так и динамику (нечто, находящееся в стадии становления). Тем самым правовая жизнь представляет собой сферу осуществления энергии права, а также совокупность различных форм правовой и противоправной активности участников правоотношений и в силу этого содержит в себе комплекс как позитивных, так и негативных правовых явлений. Поэтому в правовой жизни можно выделить два направления – организующее и дезорганизующее, между которыми идет постоянная конкуренция.⁴

В данном контексте чрезвычайно интересным выглядит и высказывание российского правоведа И. Д. Невважая, который указывает, что

логично было бы связать понятие правовой жизни с той совокупностью отношений между людьми, которая всегда налично существует в виде тех или иных актов, выражающих эти отношения, действия. При этом необходимо выделить фактор, который бы был системообразующим по отношению к системе бытия правовых форм, т. е. без этого фактора

² Сергей Максимов, *Правовая реальность: опыт философского осмысления* (Харьков: Право, 2002), 184.

³ Там же, 187.

⁴ Александр Малько, "Категория правовая жизнь: проблемы становления", *Государство и право* 5 (2001): 6–7.

акты, совершаемые людьми, не тематизируются в качестве правовых. В качестве такового возможно взять понятие ущерба. До тех пор, пока люди не попадают в ситуацию взаимного ущемления свободы, право, являясь мерой такого ограничения, ничем не напоминает о себе. Правовые отношения возникают там, где взаимодействие между людьми может привести к нанесению ущерба одним лицом другому. Вторым обстоятельством является признание необходимости возмещения причиненного ущерба. В соответствии с этим можно определить источник и основу правовой жизни как совокупность возникающих в процессе жизни различных актов, связанных с ситуациями возможности причинения ущерба другому человеку и признания необходимости его возмещения.⁵

Тем самым любая попытка полного и всестороннего осмысления права в его бытии неизбежно сталкивается с негативной онтологией права, неправом, ситуацией причинения ущерба, в которой экзистенциально основано право. Однако, как предупреждал еще Парменид, «ведь никогда не докажут, что то, чего нет, существует». В силу изложенного перед нами ставится вопрос: возможна ли негативная онтология права, и если да, то каковы условия возможности ее осмысления?

II

Ранее мы уже обращались к проблеме описания того опыта, который, будучи релевантным в правовом отношении, является первичной средой существования права. Результатом данного осмысления стало выделение двух типов опыта – правового и юридического, которые испытываются в живом телесном сопresутствии с другими людьми. Вместе с тем за рамками нашего предыдущего разыскания остался опыт бесправия, который неразрывно связан как с правовой, так и с юридической размерностью значимого в правовом отношении опыта.⁶ При этом более пристальное рассмотрение опыта бесправия дает основания предположить его экзистенциально первичный статус в отношении опыта как правового, так и юридического. Иначе говоря, попытка разработать фундаментальную (в Хайдеггеровском смысле) онтологию права приводит к парадоксальной гипотезе о том, что в основе любого знакомства с правом лежит опыт переживания бесправия, противоправного посягательства либо ущерба. Как отмечает австрийский философ права Р. Марчич, «это скандал: человек сквозь окно неправа видит сад права. Неправо помещено в право».⁷ Иными словами, до тех пор, пока человек не сталкивается с произволом, право неактуально для него, представляя собой абстрактную и отвлеченную реальность идей, законов и официальных институтов, с которыми любой здравомыслящий человек старается не иметь ничего общего.

⁵ Игорь Невважай, «Социально-философские основания концепции правовой жизни», *Философская и правовая мысль: Альманах* 4 (2002): 42.

⁶ Алексей Стовба, «(Ис)пытать право: опыт правовой и юридической», *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2019): 42, <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2019.1.186441>.

⁷ Rene Marcic, *Rechtsphilosophie. Eine Einfuehrung* (Freiburg: Verlag Rombach, 1968), 15.

Поясняя данную мысль, следует напомнить, что в социальной коммуникации человек, прежде всего, направлен не на реализацию юридических прав и обязанностей (о которых он зачастую и не представляет), но на удовлетворение своих потребностей. Право при этом для него безразлично и в подавляющем большинстве случаев не тематизируется. При покупке газеты, оплате за проезд в общественном транспорте либо пересечении пешеходного перехода человек, как правило, не воспринимает себя в качестве «управомоченного лица», требующего от продавца либо водителя «исполнения своих юридических обязанностей». Ведь передача товара в обмен на деньги или другой товар – это исходный закон *экономики*, а вовсе не права! Аналогичным образом и обычай пропускать пешехода, а не давить его, возник одновременно с появлением автомобильного движения, являясь имманентным ему. О праве человек начинает вспоминать, не получив товар, оказавшись под колесами автомобиля и т. п. Тем самым право в его обычном понимании, как естественная либо позитивно-правовая норма, по большей части *чужеродно* содержанию любых «нормальных» общественных отношений. Право внутренне присуще «обычным» отношениям между людьми лишь на момент *темпорального разрыва*, отделяющего деяние от правовых последствий содеянного, однако при подавляющем большинстве правоотношений (мелкие бытовые сделки и т. п.) этот разрыв ничтожен.⁸ Таким образом, эксплицитное обращение к праву и осмысление конкретной жизненной ситуации в правовых категориях чаще всего обозначает как раз *невозможность удовлетворения своих потребностей* и, как следствие, «ущербность», «дефективность» соответствующих отношений, чего старается избежать любой здравомыслящий человек.

Отсюда становится ясно, что обращение к праву – отнюдь не прихоть отдельного человека, но та логика осмысления происшествия, которая имманентна самому происходящему. Как писал немецкий философ права В. Майхофер, «и в самом деле, может ли быть, что мы когда-нибудь выпадем из успокаивающей надежности этого привычного повседневного обращения с действительностью права, в зал суда, в тюрьму, в кабинет нотариуса, и нами овладеет вопрос: что это все означает?»⁹ Тем самым, можно предположить, что опыт бесправия исходно есть переживание непонимания, утраты контакта с миром, когда человек в силу испытанной несправедливости оказывается «посторонним» в нем. Мир в ходе опыта бесправия распадается, утрачивает смысл для человека, становится чуждым ему, однако именно в этой возможности людям впервые открывается право. Следовательно, вопрос о праве, как писал еще Г. Гуссерль, неизбежно связан с вопросом о мире. Ведь «имение-мира отчетливо охватывает имение-права. Человеку вместе с его миром даны правовые вещи того общества, к которому он принадлежит. Как “даны”? Вопрос требует размышлений».¹⁰

⁸ Стомба, *Темпоральная онтология права*, 296.

⁹ Werner Maihofer, *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1954), 38.

¹⁰ Герхарт Гуссерль, «Право и мир», *Правоведение* 3 (2015): 137.

Иными словами, как опыт права, так и опыт бесправия, экзистенциально переживаемые в живом телесном соприсутствии, одновременно есть опыты бытия-в-мире. При этом если опыт права всегда есть *совместный* опыт бытия-в-мире, то опыт бесправия исходно «*обособлен*», так как само переживание бесправия изначально есть опыт «замкнутости». Используя такие выражения, как «замкнутость» и «обособленность», мы стремимся подчеркнуть, что вследствие пережитого бесправия «*правда*» того, что произошло, открыта лишь самому потерпевшему. В силу испытанного «мир» разомкнут потерпевшему ущербно, неполно – не как «совместный» с Другими, но как «лишь его мир». Собственно, онтологически-экзистенциальный смысл правосудия исходно и заключается в том, чтобы либо «вернуть в мир» преступника (посредством отбытия им наказания) и жертву (через возмещение причиненного ущерба), либо же (в случае совершения особо тяжких деяний) навсегда исторгнуть правонарушителя из мира (изгнание, смертная казнь, пожизненное заключение). Там же, где в силу отсутствия общего мира совместный опыт бытия-в-мире невозможен в принципе: между жертвой и палачом в лагерях смерти, между врагами на войне либо противоборствующими сторонами в ходе революции, онтологически невозможно и само право. Поэтому осмысление опыта бесправия методологически предполагает концептуальное раскрытие феномена мира как такового, поскольку до сих пор мы употребляли слово «мир» не как термин, но как нечто, само собой разумеющееся.

III

Наиболее полно феномен мира раскрыт в учении фундаментальной онтологии Мартина Хайдеггера. Как известно, немецкий философ ставит себе целью осмыслить бытие как таковое.¹¹ Для этого он осуществляет т. н. «экзистенциальную аналитику», исследуя онтологическое устройство нас самих как «того сущего, которое всегда мы сами есть» и которое получает у него название «сиюбытности» (нем. *Dasein*).¹² В свою очередь, основополагающей характеристикой сиюбытности является «бытие-в-мире». При этом немецкий философ отнюдь не полагает, что сиюбытность есть некий «субъект», который в какой-то конкретный момент времени устанавливает отношение с «объектом» под названием «мир». Как подчеркивает М. Хайдеггер, «Сиюбытность никогда не есть “сначала” как бы свободное-от-бытия-в-сущее, которому порой приходит охота завязать “отношение” к миру. Такое завязывание отношений к миру возможно только потому, что сиюбытность есть, какая она есть, как бытие-в-мире».¹³ Тем самым бытие-в-мире – это не продукт «теоретической рефлексии», но наиболее исходный способ нашего бытия. По словам М. Хайдеггера, «Если бытие-в-мире есть основоустройство сиюбытности, в каком она движется не

¹¹ Мартин Хайдеггер, *Бытие и время* (Москва: Ad Marguinem, 1997), 5.

¹² Martin Heidegger, *Sein und Zeit* (Tuebingen: Max Niemeyer Verlag, 2001), 7. Ссылка на немецкий оригинал дается по причине несогласия с переводом термина “Dasein” как «присутствия».

¹³ Хайдеггер, *Бытие и время*, 57.

только вообще, но преимущественно в модусе повседневности, то это должно всегда уже и онтически ощущаться». ¹⁴ Но даже если феномен «мира» исходно дан нам в опыте «онтического ощущения» бытия со встречаемым в повседневности сущим, то под «миром» уже нельзя понимать простую совокупность такого сущего. Как специально оговаривает М. Хайдеггер, «Мир может быть понят опять же в онтическом смысле, но теперь не как сущее, каким сиюбытность по своей сути не бывает и какое может встретить внутри мира, а как то, “в чем” фактическое присутствие как вот это “живет”». ¹⁵

Более пристальный анализ феномена мира обнажает то обстоятельство, что мы «живем» не просто «среди прочего сущего», но в той *целостности смыслов*, которая наброшена на окружающее нас сущее самим фактом нашего бытия. Как известно, М. Хайдеггер утверждает, что основоструктура нашего повседневного бытия может быть описана как «забота». Под заботой мы понимаем не психологический феномен озабоченности, но постоянную направленность на мир в нашем бытии друг-с-другом. Таким образом, забота представляет собой своеобразный экзистенциально-онтологический аналог *интенциональности* у Э. Гуссерля. Как и иные бытийные феномены, забота у М. Хайдеггера имеет временную структуру, интерпретируясь как *брошенность* (на определенные возможности – прошлое), *набросок* (на будущие возможности), *бытие-при* (повседневно встреченном – настоящее). В свою очередь, эти *экстазы заботы* могут быть *подлинными* (например, забегание в свою собственную смерть) и *неподлинными* (ожидание того, что «подвернется» из будущего). При этом само наше повседневное бытие как забота, т. е. всякая фактическая брошенность, набросок, либо бытие-при определенных возможностях возможно благодаря тому, что эти возможности нам уже открыты, разомкнуты из *мира*, в силу того, что наше бытие есть всегда уже бытие-в-мире, т. е. мир в своей целостности всегда уже доступен, разомкнут нам, хотя и не тематически. ¹⁶ Эти смыслы, доступные нам из *мира*, не составляют нашего личного достояния, но всегда-уже разделены с теми людьми, с которыми мы разделяем и мир в целом, т. е. наш общий мир. Таким образом, выражение «бытие-в-мире» отнюдь не обозначает того, что мы наряду со всем прочим сущим составляем некую общую его сумму под названием «мир», но совместную погруженность в мир как целостность смыслов. В эту целостность смыслов (мир) мы включены не в ходе теоретических спекуляций, но как живое телесное сопричастие. Как указывает М. Хайдеггер,

«Описание» ближайшего окружающего мира, напр. рабочего мира ремесленника, выявило, что вместе с находящимся в работе средством «совстречны» другие, для кого назначено «изделие». В способе бытия этого подручного, т. е. в его имени-дела лежит по сути

¹⁴ Хайдеггер, *Бытие и время*, 59.

¹⁵ Там же, 65.

¹⁶ О заботе более подробно: Хайдеггер, *Бытие и время*, 191 и далее; о мире как целом: там же, 63 и далее.

указание на возможных носителей, кому оно должно быть скроено «по плечу». Равным образом встречен в примененном материале его изготовитель или «поставщик» как тот, кто хорошо или плохо «обслуживает». Поле, к примеру, вдоль которого мы идем «за город», показывает себя принадлежащим тому-то, кем содержится в порядке, используемая книга куплена у..., получена в подарок от... и тому подобное. Заякоренная лодка на мели указывает в своем по-себе-бытии на знакомого, который на ней предпринимает свои ходки, но и как «чужая лодка» она указывает на других. Другие, «встречающие» так в подручной мироокружной взаимосвязи средств, не примысливаются к сперва где-то просто наличной вещи, но эти «вещи» встречают из мира, в котором они подручны для других, каковой мир заранее уже всегда также и мой.¹⁷

Таким образом, мы всегда уже живем в мире как той целостности смыслов, которая является общей для всех нас, превращая кусок земли в «поле», лодку в «чужую собственность», а книгу – в «подарок». Иными словами, всякое социальное благо как «объект права», будь это собственность, свобода либо труд, исходно могут быть осмыслены лишь из феномена совместного бытия-в-мире, живого телесного соприсутствия с другими людьми, каковые и являются первичными ограничителями нашего поведения. Проще говоря, ранее, чем человек встречается с естественным либо позитивным правом, он встречается с тем конкретным Другим, который в своем живом телесном присутствии является для нас мерой нашего бытия, выступая направлением, пределом и модальностью наших поступков.¹⁸

Конкретная мера нашего поведения в отношении другого лица напрямую зависит от того, в каком способе бытия встречается нам Другой. Ведь очевидно, что один и тот же человек, встреченный нами «как судья» в судебном заседании, «как пешеход либо водитель» на дороге либо же «как соперник» на футбольном поле задает нам абсолютно разную меру поведения. Аналогичным образом и мы сами в нашем живом телесном бытии ставим пределы поступкам других людей, указываем им, как можно и как нельзя действовать в отношении нас, направляя их тем самым в совместном бытии с нами. При этом конститутивной для правовой релевантности происходящего является «деперсонификация» подобного бытия, когда как на месте нас, так и на месте Другого может оказаться кто угодно.¹⁹ Как описывал подобное явление В. Майхофер,

кондуктор трамвая, которому я протягиваю свой билет, встречный велосипедист, которому я даю дорогу, торговец продуктами, у которого я покупаюсь, остаются ближайшим образом «персонально» не разомкнутыми мне в подобном обхождении друг с другом. Это «сторона», которая разомкнута мне во Встречном, «лик», который она мне показывает, т. е. кондуктор, с которым я имею дело как пассажир, участник уличного движения, который, поскольку я участвую в уличном движении, «как таковой» *касается* меня *определенным*

¹⁷ Хайдеггер, *Бытие и время*, 117–18.

¹⁸ Более подробно см. Стомба, *Темпоральная онтология права*, 284 и далее.

¹⁹ Подробнее об этом см. там же, 281 и далее.

образом, как и продавец, с которым я имею дело в качестве покупателя (курсив мой. – А. С.). Моя собственная зависимость от практического поведения Других вводит меня в «соприкосновение» с ними, позволяет иметь интерес в них и посредством этого, на почве общей встречи (если даже длящейся лишь мгновение и целиком определенным способом), вступить в коммуникацию с ними. Но при этом в повседневном друг-с-другом Другой мне «освобожден» лишь в отношении этой зависимости, как и я ему «разомкнут» лишь как то, что я в конкретной ситуации, здесь и сейчас для него «означаю».²⁰

Следовательно, люди соприсутствуют друг с другом в бытии-в-мире не «просто так», но *определенным образом*. Этот *образ соприсутствия*, постигнутый из *мира* как всегда-уже явленного Целого отсылка сущего по отношению друг к другу, задает способ поведения по отношению к носителю этого образа. Встречая других в повседневности как врачи, юристы, водители, продавцы мы самим своим образом живого телесного присутствия задаем им меру поведения как больным, клиентам, пассажирам, покупателям. При этом упомянутый *образ* не следует отождествлять с «социальной ролью» либо «правовым статусом» лица. Ведь о роли (правовом статусе) и принадлежащих этой роли правах и обязанностях конкретно встречного нами лица мы можем судить не «вообще», но лишь исходя из того «образа», «которым» он нам встречается. При этом «образ» следует понимать двояко. Во-первых, как «знаково-текстуальную» (говоря языком А. В. Полякова) фигуру, которая «обозначает» для меня что-то посредством униформы (должностное лицо), нахождения за прилавком (продавец) или за рулем транспортного средства (водитель). Конечно, возможна и ошибка, когда мантию судьбы может в шутку одеть на себя секретарь заседания, либо за прилавком случайно окажется не продавец, а директор магазина. Но это уже частный случай, производный от второго смысла «образа» – как того, «в чем» нам встречается этот Другой. Если человек как сторона судебного заседания находится в зале, он воспринимает Другого как «судью» не только и не столько исходя из внешних атрибутов (мантии и т. п.), но из того *дела*, в которое он вовлечен как истец, ответчик, адвокат, прокурор, потерпевший, свидетель и т. п. И наоборот, если человек как сантехник или электрик попадает в зал судебных заседаний для ремонта, то «главный здесь он». Судья, даже пребывающий в этом зале в мантии и во всем прочем, задает для него совершенно иную меру, нежели «участникам заседания», т. к. *происходящее, и то, каким образом человек вовлечен в него*, задает совершенно иные образы соприсутствия: работника и заказчика и т. п. Поэтому можно сделать вывод, что и социальная роль, и правовой статус производны от того *образа*, которым их носитель вовлечен в происходящее.

Отсюда мы можем более четко усмотреть феномен правонарушения как онтологическую основу опыта неправа. Следует отметить, что правонарушение отнюдь не

²⁰ Вернер Майхофер, «Право и бытие», перевод Алексея Стывбы, *Российский ежегодник теории права* 1 (2008): 253.

тождественно «нарушению публичного закона».²¹ Как уже отмечалось, конститутивным для правовой релевантности происходящего является не нарушение нормы, но возможность причинения вреда и необходимость его возмещения тем, кто являет себя в разнообразных модусах живого телесного соприсутствия в мире. Тем самым правонарушение исходно посягает не на естественно-правовую либо позитивную «норму» или «установление», но на «лик» Другого как тот его способ бытия-в-мире, которым он встречен нам в нашем повседневном бытии с ним. Как следует из приведенного выше пассажа Хайдеггера, такой «лик» может быть воплощен как непосредственно в живом телесном присутствии Другого, так и опосредовано – в его собственности («лодке»), том сущем, которое им используется («поле»), либо в иных социальных благах как «следах» его присутствия. Тем самым, отвечая на вышеупомянутый вопрос Г. Гуссерля о модусе данности правовых вещей, следует подчеркнуть, что «вещь» становится «правовой» исключительно в контексте живого телесного соприсутствия как бытия-в-мире. Посягая на чужую собственность либо иные блага, мы посягаем на способ присутствия других людей в мире – как собственника поля или лодки, поставщика продуктов, читателя книги. Поэтому феномен правонарушения изначально заключен не в «нарушении нормы», но именно в прямом либо косвенном причинении ущерба, вреда живому телесному соприсутствию Другого. Вред при этом означает: ущербность в возможностях живого телесного бытия-в-мире с другими людьми. И наоборот, существуя мы на необитаемом острове, позитивно-правовые либо естественно-правовые нормы никуда бы не делись, но в отсутствие иных людей утратили бы всякий смысл, что значит: ничего бы не прояснили нам в окружающем мире.

Таким образом, постольку, поскольку человек в своем живом телесном присутствии есть воплощение права как меры для поступков других людей, правонарушение есть посягательство на такое присутствие, нанесение ему такого вреда либо ущерба, что оно оказывается полностью либо частично «выброшенным из мира» и более не может служить мерой для деяний других людей. Взятое в подобном ракурсе, живое телесное со-присутствие людей в их совместном бытии-в-мире оказывается ни чем иным, как полем *длящегося различания* (в дерридианском смысле) права и неправа. Это различание первично не логическое, а онтологическое по своей сути, свершаясь не умозрительно, а в ходе живого опыта.²² Как собственность, так и все остальные социальные блага могут оказаться потенциальным объектом правонарушения лишь как «след» этого живого телесного соприсутствия, прямо либо опосредованно воплощая в себе его. Тем самым опыт осмысления всякого правонарушения (опыт неправа) будет локализован во временном разрыве между живым телесным соприсутствием как воплощением права и его «следами» в виде «субъективных прав», «юридических

²¹ Хайдеггер, *Бытие и время*, 282.

²² Стомба, «(Ис)пытать право», 41–56.

обязанностей», собственности и пр. Всякая попытка «свершить справедливость» либо восстановить нарушенные права является ничем иным, как попыткой *восполнения* той нехватки живого телесного соприсутствия либо его «следов», которое стало результатом правонарушения. Отсюда координатами дальнейшего нашего осмысления негативной онтологии права (неправа) будут служить *живое телесное присутствие* людей в их совместном бытии друг с другом, а также *опыт* подобного соприсутствия, который разыгрывается во *временном разрыве* между живым телесным соприсутствием и социальными благами и институтами, которые представляют собой некий «суррогат», призванный восполнить нехватку живого соприсутствия. Всякая негативная онтология права, сколь она возможна лишь как опыт, переживаемый в совместном бытии-в-мире, локализована в подобном измерении. В свою очередь, упомянутые *различание, след и восполнение* представляют собой не что иное, как те динамические смысловые фигуры, которые помогут нам описать соответствующий опыт неправа. Далее мы попытаемся осмыслить те разновидности соответствующего опыта, в котором мы в своем живом телесном соприсутствии сталкиваемся с неправом. Среди таковых возможно выделить следующие: опыт бесправия, опыт правонарушения и, наконец, опыт не права, а чего-то иного.

IV

Ранее опыт правовой и юридической анализировались нами в аспекте тела как физического объекта, тела как «субстрата» деяния, а кроме того, в плоскости бытия с Другими и бытия в целом.²³ Напротив, опыт бесправия хотя и переживается также в живом телесном соприсутствии, но по своей сути тотален, захватывая без остатка не просто все человеческое существо как таковое, но и тот способ, каким человек сосуществует с другими людьми.

В отличие от опыта классического субъекта права, активно действующего и приобретающего тем самым права и обязанности, опыт бесправия в живом телесном соприсутствии исходно носит пассивный характер. Тот, кто испытывает бесправие, пассивен, т. е. аффицирован неправом. Однако в этой пассивной аффицированности ему впервые эксплицитно открывается право как таковое. Право в опыте бесправия исходно переживается как его отсутствие, нехватка, т. е. уязвимость в бытии с Другими. Иными словами, в противовес классическим представлениям о рациональном постижении субъектом принадлежащих ему прав и их реализации в ходе актов свободной воли, опыт бесправия дает понять, что право, осмысленное как часть человеческого бытия, есть прежде всего риск, подвешенность в своем существовании на крюк случайности, или, говоря словами М. Хайдеггера, «вопросительная выдержанность в возможности небытия». Право не дает никаких гарантий. Наоборот, там, где могут существовать какие-либо гарантии, право не нужно.

²³ Стовба, «(Ис)пытать право», 41–56.

При этом следует подчеркнуть, что «обычные человеческие возможности» – еда, сон, передвижение превращаются в «субъективные права» лишь при определенных обстоятельствах. Вкратце эти обстоятельства означают такое положение дел, когда упомянутые возможности полностью либо частично утрачены человеком (либо могут быть утрачены), причем не «вообще», но *вследствие действий другого лица*.²⁴ Тем самым, если у меня есть действительно какие-то неотъемлемые возможности – например, иметь свое убеждение либо мнение (пусть и невысказанное), возможность творчества, возможность верить либо не верить в существование богов, возможность совершить самоубийство, то право здесь неприменимо в принципе. Напротив, в тех *особых обстоятельствах*, при которых я могу утратить что-то – жизнь, собственность и т. п. вследствие действий других лиц, мои фактические возможности превращаются в субъективные права, как гарантированную публичным порядком возможность бороться за реализацию моих фактических способностей или же директиву законодателя чиновникам не вмешиваться (ограничить вмешательство) в осуществление таких способностей. Таким образом, институционально право есть «страховка» на случай, если «что-то пойдет не так», а опыт бесправия и есть наиболее короткий путь эксплицитного знакомства с правом.

Переходя к онтическому описанию опыта бесправия, следует отметить, что любая рациональная рефлексия по этому поводу представляет собой уже вторичный и производный шаг. Опыт боли от удара, полученного в ходе боксерского поединка, физически может ничем не отличаться от боли при избиении сотрудником полиции, однако уже в момент его переживания разница очевидна. Если в первом случае боль претерпевается как следствие пропущенного удара и смешана с досадой на собственную неловкость, то во втором случае эта боль сопряжена с разрывом того образа, которым мы соприсутствуем с другими людьми. Точно также потеря кошелька вследствие собственной забывчивости или невнимательности в материальном плане ничем не отличается от утраты аналогичной суммы в ходе кражи или ограбления, что отнюдь не уравнивает соответствующие опыты. Подобным образом человек, провалившийся в яму, ограничен в своем передвижении наравне с тем, кто брошен в тюрьму, однако и здесь переживаемые опыты кардинально различны.

Приведенные выше примеры отнюдь не следует трактовать чисто психологически как различие в переживаемых эмоциях. Они позволяют нам отметить то обстоятельство, что хотя онтически опыт бесправия может быть испытан как телесный ущерб, утрата материальных благ («просадка» живого телесного соприсутствия в его возможностях бытия-в-мире), а также как полная либо частичная утрата свободы как возможности действия, однако его главной чертой является «выброшенность из мира», когда потерпевший от правонарушения уже не может служить мерой для деяний других людей. Соответственно далее следует более детально описать

²⁴ Развитие данной мысли И. Д. Невважая см.: Стомба, *Темпоральная онтология права*, 315.

опыт бесправия так, чтобы выявить его конститутивные черты, отличающие его от простого опыта физической боли, утраты какого-либо блага либо иной ущербности в возможностях бытия-в-мире.

Прежде всего, нужно отметить, что на уровне живого телесного соприсутствия опыт бесправия первично испытывается вследствие обращенного на нас деяния другого лица. Разумеется, это не любое деяние, причиняющее нам вред в одном из трех приведенных выше аспектов. Ведь причинить нам вред может и неосторожное слово, и предательство либо измена близкого человека. Поэтому следует предположить, что спецификой вредоносного деяния как отправной точки опыта бесправия будет его *безличный характер*. Поясняя сказанное, следует вспомнить, что в своем живом телесном соприсутствии с другими людьми мы чаще всего персонально не разомкнуты друг другу. Поэтому мы встречаем друг друга как то, что мы означаем. А означаем мы друг для друга то, чем мы *заняты* в повседневном бытии.²⁵ При этом конститутивной чертой подобной занятости является то, что она носит публичный, совместный характер, задавая нам коррелятивно связанные образы живого телесного соприсутствия. Например, занятость покупками в супермаркете вдвигает нас в образы продавца и покупателя, администратора, охранника, обслуживающего персонала, парковщика и т. п. В свою очередь, товары на полках указывают на своих производителей и поставщиков, но с другой стороны – и на тех, кому и для чего они предназначены. Вся эта цепь отсылок в своей совокупности и составляет тот *мир*, который разомкнут нам в нашем живом телесном соприсутствии в упомянутых выше *образах*. Как «тот» либо «этот» я могу что-то в отношении кого-то иного, кто выказывает себя в своем бытии «как» кто-то, либо же, наоборот, должен воздерживаться от совершения определенных деяний. Тем самым *безличный характер* деяния как конститутивная черта его релевантности в правовом отношении означает то, что его *меры* задана не личностью того, на кого оно направлено или того, кто его совершает, но тем *образом*, какой, в зависимости от конкретных обстоятельств, принимает наше живое телесное соприсутствие. В то же время в сфере морали, уникальных межличностных отношений мы наблюдаем прямо противоположную ситуацию, когда то, что мы позволяем одному человеку, оказывается совершенно недопустимым в общении с другим. Так, например, если близкий друг не отдаст нам долг, мы, скорее всего, простим ему это, в то время как на постороннего человека подали бы в суд. В семье, где допускается насилие, жена может позволить мужу бить себя или пороть детей, в то время как аналогичные действия со стороны других лиц вызвали бы её обращение в правоохранительные органы. Наконец, пьяница, обшаривающий карманы домашних в поисках мелочи на опохмелку, пользуется своей правовой безнаказанностью, поскольку члены его семьи вместо заявления в полицию о краже скорее всего предпочтут душевную беседу, меры физического воздействия или обращение в медучреждение.

²⁵ Хайдеггер, *Бытие и время*, 126.

Сказанное отнюдь не отменяется и тем, что *опыт бесправия* может быть пережит и вследствие деяния близкого человека, действующего по *личным мотивам* (мести, ревности, неприязненных отношений). Анализ процессуальных норм показывает, что в большинстве подобных ситуаций (за исключением убийства) люди испытывают соответствующее воздействие не как опыт бесправия, но как драму личных отношений, и стремятся избежать их осмысления либо разрешения в правовой плоскости. И наоборот, если вследствие пережитого *личные отношения* стерты, перестали что-либо значить, деяние обретает обезличенные черты и становится релевантным в правовом отношении.²⁶

Следовательно, мы можем предположить, что обезличенное деяние испытывается нами как противоправное тогда, когда нарушает ту *меру*, которая задана нашим конкретным образом живого телесного соприсутствия. Следует отметить, что такая мера имеет двойственную природу. *Содержательно* она может быть обусловлена культурно, социально, исторически и т. п. В этом случае мы, принадлежа к общему миру с тем, кто являет себя нам в своем телесном живом соприсутствии, всегда уже знаем, *каким образом* вести себя по отношению к нему. Это знание чаще всего обретается из опыта, социальной практики, посредством усвоения тех обычаев, которые существуют в конкретном обществе. Конкретно-эмпирически упомянутая мера заключается в различии между *возможным и невозможным* поведением в отношении встречного в бытии лица.²⁷ Ситуативно же она определяется из социального опыта: «как вообще» следует себя вести в отношении судьбы, священника, продавца, водителя, т. е. *каким образом* «принято вести себя» в данном обществе при данных обстоятельствах касательно соответствующего лица. При этом, хотя *содержательно* подобная мера может быть любой, *формально* эта мера задается всегда ничем иным, как упомянутым выше *образом встречаемости*.

Разумеется, следует признать, что этот образ не имеет чисто правовой природы, представляя собой сложную, синкретичную взаимосвязь правовых, религиозных, моральных и прочих обычаев и шаблонов поведения. Однако здесь на помощь и приходят те усредненные и обезличенные критерии, о которых говорилось ранее: телесный ущерб, лишение собственности либо иных материальных благ, а также полная либо частичная утрата свободы. При этом особенно важно, что эти критерии не должны применяться чисто *содержательно*, но неразрывно с *образом действия*, посягающего на эти блага. Так, например, карманный воришка причиняет гораздо меньше вреда, чем невозврат депозита банком, и однако же первому угрожает тюрьма, в то время как вторая ситуация квалифицируется как гражданско-правовые отношения.

Тем самым, вследствие нарушения той меры, которая задана конкретным образом нашего живого телесного соприсутствия, мы испытываем опыт бесправия, т. е. оказываемся выброшенными из мира как взаимосвязанной цепи отсылок, полностью

²⁶ Подробнее см. Стомба, *Темпоральная онтология права*, 281 и далее.

²⁷ Там же, 75.

либо частично утрачивая способность ставить предел Другим в нашем совместном бытии-в-мире. В подобном случае мы либо полностью изъяты из живого телесного соприсутствия (как в случае убийства), либо же так или иначе урезаны в возможностях такого соприсутствия вследствие физической травмы, утраты собственности или иных материальных благ, а также ограничения свободы. При этом мы встречаемся с парадоксальной ситуацией, когда обезличенное деяние, наносящее ущерб возможностям живого телесного соприсутствия, вырывает нас из усредненного, «ролевого» способа бытия-в-мире и вдвигает в уникальность и неповторимость нашего существования. Иными словами, в той мере, в какой усредненный образ бытия-в-мире оказывается разрушенным, жертва бесправия воспринимается уже «не как все», но как «индивидуально определенная» посредством последствий противоправного деяния, т. е. ущербного бытия-в-мире. Такое отличие, пусть и в негативном ключе, является экзистенциальным поводом (т. н. «пограничной ситуацией») для опыта бесправия как острого ощущения «своей уникальной жизни», «своей правды», искать которую заставляет пережитый опыт бесправия.

Из подобной ситуации и проистекает тот трагический разрыв, который характерен для опыта бесправия. С одной стороны, опыт бесправия всегда индивидуален, но в то же время «для других» в сфере права он усреднен, из чего и происходит упомянутый разрыв между «своей правдой» потерпевшего либо истца и безразличным отношением к ним «со стороны права» – юристов и чиновников. Парадоксальным образом, лишь отрешившись от индивидуального опыта бесправия и вернувшись в усредненное бытие-как-все, человек может вновь влиться в «нормальное» бытие-с-другими. Опыт бесправия, вырывая из бытия-как-все и приводя к собственному уникальному бытию и опыту выявления права как утраты, аннигилируется лишь путем возврата к обезличенному бытию либо же выходу за пределы права и переходу в иной режим осмысления – морали (прощения), религии (раскаяния) и т. п. Поэтому всякий подлинный опыт, релевантный в правовом отношении, предстает как игра отражений, взаимная отсылка бесправия и права, когда одно перетекает в другое в ходе осмысления происходящего и своего места в нем.

Таким образом, опыт бесправия испытывается как замкнутая миру, пассивная аффицированность живого телесного соприсутствия обезличенным деянием, разрушающим конкретный образ бытия-в-мире посредством причинения физического вреда, лишения собственности либо иных социальных благ, а также ограничения свободы.

V

Вместе с тем человек может столкнуться с неправом, не только будучи аффицирован им в своем живом телесном соприсутствии, но и пребывая «по ту сторону» деяния, т. е. активно творя неправо. Такой опыт мы назовем «опытом правонарушения». В данной разновидности релевантного в правовом отношении опыта человек

также испытывает опыт неправа, при этом не пассивно переживая его, но создавая собственными действиями.

Онтически, на уровне повседневности мы чаще всего отождествляем подобный опыт с нарушением нормы позитивного права. Однако, как уже неоднократно подчеркивалось, большинство людей не знакомы с конкретным содержанием норм закона. Меру своего поведения правонарушитель в основном черпает из устоявшихся социальных обычаев и живого телесного соприсутствия других людей. Поэтому и опыт правонарушения может быть лишь в редких случаях описан как опыт сознательного преступления заранее известной и четко определенной нормы закона. Напротив, большей частью и ближайшим образом опыт правонарушения испытывается в ранее описанных нами координатах – живого телесного соприсутствия как бытия-в-мире, «следов» такого соприсутствия в виде собственности либо иных социальных благ, либо свободы как чистой возможности бытия-в-мире.

Как уже было сказано ранее, онтологическим результатом совершения противоправного деяния является выброшенность жертвы из бытия-в-мире в силу полного либо частичного разрушения того *образа*, посредством которого живое телесное соприсутствие задает меру поведения другим людям. Вместе с тем, как уже отмечалось, подобный образ не представляет собой лика уникального, изолированного существования, но всегда коррелятивен, неразрывно связан с соответствующими образами соприсутствия Других в той либо иной ситуации, а в пределе – составляя мир в целом. Тем самым не будет безосновательным предположить, что, совершая правонарушение, т. е. посягая на образ бытия-в-мире Другого посредством нарушения заданной этим образом меры поведения, правонарушитель одновременно ломает и *свой образ*, которым он задает меру встречным в бытии Другим. Так, сотрудник полиции, который избивает задержанного, перестает «быть-как» сотрудник полиции, но становится таким же правонарушителем, как и тот, кого он задержал. Иными словами, тот *образ*, которым этот человек задавал меру поведения по отношению к себе, оказывается разрушенным, при этом не чьими-то чужими, внешними действиями, но своим собственным деянием.

Следствием подобного деяния является изменение экзистенциального статуса правонарушителя. Разрушив совершенным деянием свой образ, он утрачивает возможность задавать меру поведения в своем живом телесном соприсутствии и становится, таким образом, *уязвимым, доступным*. Правонарушитель вследствие совершенного оказывается в буквальном смысле «вне закона», когда «кон» обозначает ту границу, предел, заступить «за» которую можно лишь с соблюдением той модальности, которая задана соответствующим образом живого телесного соприсутствия. Опыт подобной уязвимости или доступности являет собой обратную сторону ранее описанного нами опыта бесправия. Подобно тому, как живое телесное соприсутствие, будучи аффицировано преступным деянием, вырвано из привычного повседневного бытия-как-все и вдвинуто в уникальность и неповторимость собственного бытия-потерпевшим,

правонарушитель выброшен из усредненной анонимности бытия-как-всех. Тем самым опыт правонарушения также испытывается как опыт «выброшенности из мира», «бытия-посторонним» в нем. Вследствие совершенного деяния правонарушитель утратил свой образ соприсутствия и «выставлен» из мира в Ничто. Весь веер смыслов живого телесного соприсутствия, вовлеченного в то или иное совместное дело, для него замкнут, что означает: замкнутость мира как такового.

На экзистенциальном уровне подобный опыт исторгнутости из мира означает, что выброшенный из мира как Целого отсылка, правонарушитель вынужден скрывать свое Я, обретенное посредством нарушения закона. Поскольку бытие-в-мире для него замкнуто, все встречные правонарушителю в живом телесном соприсутствии воспринимаются им как *угрожающие*. Угроза заключается, прежде всего, в том, что в силу *утраты правонарушителем образа усредненного бытия-как-все*, люди «могут узнать его». Обретенная индивидуальность, Самость бытия тем самым превращается в незримый образ «клейма», т. е. знака, необратимо отделяющего преступника от мира и Других. Пройти этот путь, отделяющий, в силу совершенного деяния, преступника от других людей и мира в целом становится возможным лишь в ходе наказания как казания-на совершенное в ходе расплаты за него своим бытием либо временем (изгнание, тюрьма, вира).²⁸ Тем самым, суммируя сказанное, опыт правонарушения испытывается как переживание доступного, уязвимого, безобразного и безмирного существования, персонифицированного посредством совершенного деяния и вдвинутого тем самым в угрожающее бытие-с Другими.

VI

Переходя к описанию следующей разновидности опыта неправа, следует предварительно отметить, что право традиционно понималось юристами как некая универсальная форма, в которую можно произвольно облечь любое содержание. Иными словами, подобно мольтеровскому Журдену, который не имел понятия о том, что всю жизнь говорил прозой, люди, сидя в кафе с друзьями, выгуливая собаку либо занимаясь спортом, вступают в разнообразные правоотношения, даже не имея понятия о том, что они это делают. Тем самым, абсолютизируя нормативность права, юристы произвольно распространяют его действие на все связи между людьми, безотносительно к их специфике. В результате этого в сознании правоведов сложилась некая абсолютизированная картина правовой реальности, при которой весь мир без остатка оказывается опутанным сетью правоотношений.

Вместе с тем, насколько подобная картина отвечает действительности? Ведь формальная возможность описать соответствующие отношения между людьми сквозь призму права отнюдь не означает адекватности этого описания тому, что происходит между ними. Классическим примером этого тезиса является старик Френкленд из

²⁸ Стомба, *Темпоральная онтология права*, 304.

«Собаки Баскервилей» А. Конан-Дойла. Как известно, он подал иск к доктору Мортимеру на том основании, что последний разрыл могилу доисторического человека, не спросив согласия родственников покойного. Тем самым на ситуацию научных разысканий были экстраполированы абсолютно чуждые им в данном случае правовые нормы. Следовательно, несколько отклоняясь от темы, мы можем констатировать, что происходящее обладает релевантным в правовом отношении смыслом не благодаря формальной возможности правовой регуляции, но вследствие самой сути того, что происходит.²⁹

Тем самым мы наталкиваемся на третий вид опыта неправа, а именно *опыт не права, а чего-то иного*. В противовес ранее упомянутым разновидностям опыта неправа – бесправию и правонарушению, *опыт не права, а чего-то иного* испытывается в так называемых пограничных ситуациях, когда одно и то же деяние может быть осмыслено в самых различных координатах. Так, например, в зависимости от обстоятельств убийство либо кража могут быть трансформированы в деяние, релевантное в религиозном («грех»), моральном («низость»), а также в ряде иных отношений. Аналогичным образом и происходящее в сфере позитивного права (например, судебный процесс) может быть интерпретировано в политическом («репрессия»), экономическом («передел собственности») и ряде прочих аспектов. Однако идет ли в данном случае речь о релятивизме, когда, в зависимости от дисциплинарной принадлежности либо актуальных потребностей, взгляд произвольно смещается на необходимые аспекты ситуации, либо же существуют какие-то объективные критерии, которые бы позволили говорить о *закономерностях* трансформации правового опыта в опыт не права, а чего-то иного?

Как уже было сказано, характерной чертой опыта бесправия является «утрата мира». Пассивно испытывая бесправие, либо активно творя его, человек оказывается «выброшенным» из той цепи смысловых отсылок, в которой разворачивается его живое телесное соприсутствие с другими людьми. Вместе с тем, эта картина верна лишь при наличии *общего мира* у тех, кто вовлечен в происходящее. Так, например, террорист, осуществляя взрыв из религиозных побуждений, вписывает себя в *иной мир*, разделяемый его собратьями по убеждениям. Он ни в коем случае не выброшен из мира, но, наоборот, полагает, что посредством теракта максимально полно приобщился к миру избранной им религии. Аналогичным образом и опыт жертвы в данном случае кардинально отличен от описанного ранее опыта бесправия, когда пострадавший человек отторгнут, выброшен из мира. Ведь он пострадал именно потому, что принадлежит к *этому миру*, против которого и был направлен теракт. Как опыт террориста, так и опыт жертвы в гораздо большей мере схож с опытом войны, которая изначально предполагает *два разных мира* (что, собственно, и служит

²⁹ Подробнее см.: 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>.

поводом не просто к применению силы, но к войне как таковой). В данном случае право «утрачивает власть» над происходящим еще до его начала. При этом под «утратой власти», разумеется, не следует понимать отсутствие юридических полномочий у органов власти осудить террориста, но невозможность целостного осмысления ситуации, которая бы включила происходящее в некий «общий» для преступника и потерпевшего мир. Схожим образом право бессильно при геноциде, концлагерях, государственных переворотах, когда у сторон конфликта нет *общего* мира, а мир того, на кого направлена репрессия, подлежит уничтожению.

Иным примером является осмысление уже пережитого, т. е. совершенного деяния. Как преступник, так и жертва могут в ходе осмысления происходящего «уйти» от права и перейти к совершенно иному способу понимания того, что произошло. Например, человек, попавший в ДТП (или совершивший его), может увидеть в этом «божью кару», «проклятие» либо, наоборот, «благословение», позволяющее «отринуть грешный мир». Чрезвычайно выразителен в этом плане образ героя «Преступления и наказания» Родиона Раскольникова, который осмысляет совершенное им двойное убийство вначале с философско-политических позиций (когда сталкиваются миры «тварей дрожащих» и «право имеющих»), а затем приходит к религиозному раскаянию. В данном случае правовой режим постижения происходящего отходит на второй план, это лишь неизбежная институциональная «страховка» со стороны общества, предохраняющая его от распада. Аналогичным образом и человек, пострадавший от правонарушения, может попытаться *простить* виновного, тем самым переведа происходящее в плоскость межличностных отношений и нивелируя правовой контекст. В этом случае *усредненный* мир права как бы «постфактум» утрачивает власть над происшествием, так как преступник и жертва при раскаянии и/или прощении разделяют тот общий для них мир морали либо религии, где они встречаются *лицом к лицу*, в персонифицированной межличностной связи.

Однако право может утратить власть над ситуацией в пользу чего-то иного не до, и не после совершения соответствующего деяния, но либо в тот самый момент, когда оно совершается, или непосредственно при его выявлении. Речь идет, прежде всего, о так называемых «делах частного обвинения». Как известно, к таким делам традиционно относят деяния, совершенные внутри семьи, – кражи, телесные повреждения и т. п. В данном случае в силу предельной «персонификации» соответствующего деяния на первый план выходит не то, *что* произошло, но *кто* это сделал. Как уже было сказано ранее, конститутивным для правового характера происходящего является его *обезличенность*, которая лишь и делает возможной некую «объективную», усредненную оценку деяния. Когда подобное деяние направлено на близкого человека, только он сам как «воплощение» его меры может определить, стал ли правонарушителем в результате совершенного им для него *безразличным* (и тогда в дело вступает право), либо же, несмотря на содеянное, остается близким ему (и делу «не дают хода»). Тем самым право, вопреки классической догме о его

«абсолютной нормативности», в приведенном выше примере является лишь одним из альтернативных порядков осмысления ситуации, а опыт аффицированности деянием может как трансформироваться в опыт права, так и стать опытом не права, а межличностного конфликта.

Аналогичная ситуация может складываться не только внутри семьи, но и внутри иных сообществ – профессиональных, этнических, религиозных и т. п. Общий мир этих сообществ – семьи, этноса, религии – зачастую не нуждается в правовом режиме своего воспроизводства. Еще Е. Эрлих в своем знаменитом споре с Г. Кельзеном отмечал, что

лишь немногие вопросы доходят до судов. Большинство вопросов решаются сами по себе без каких-либо споров. Существует множество лиц, которые состоят или состояли в бесчисленном количестве правоотношений, но которые никогда не имели дела с судами или чиновниками. Но даже если и возникает спор, он зачастую оказывается мирно урегулированным, либо из-за достигнутого компромисса, либо из-за того, что его продолжение требует много времени и денег.³⁰

Следовательно, мы можем констатировать, что опыт неправа как «не права, а чего-то иного» может быть структурирован по временным векторам, когда релевантный в правовом отношении опыт трансформируется в моральный, религиозный, политический, экономический либо иные виды опыта до, после или в сам момент совершения соответствующего деяния. Ключевым для упомянутой трансформации является принадлежность людей в их живом телесном соприсутствии к тому *общему миру*, который позволяет целостно осмыслить происходящее, отыскав свое место в нем. И напротив, отсутствие такого мира делает невозможным какое-либо общее его осмысление, когда живое телесное соприсутствие являет себя как физическое противостояние, которое может быть окончено лишь уничтожением одной из сторон. Тем самым опыт «не права, а чего-то иного» рождается в некоей «точке неравновесия», ситуации выбора, когда тот, кто аффицирован вредоносным деянием, колеблется между осмыслением происходящего в рамках персонифицированных отношений «Я-Ты» и безличного живого телесного соприсутствия в усредненном образе бытия-как кого-то.

VII

Таким образом, мы приходим к тому, что первичным модусом бытия права является живое телесное соприсутствие, когда мы в своем конкретном образе бытия-в-мире задаем друг другу меру поведения. Как уже было сказано, мера в данном случае представляет собой направление, модальность и предел нашего поведения в живом телесном соприсутствии с другими людьми. Там, где эта мера нарушена, люди оказываются вдвинуты в опыт неправа, специфицируемый как опыт бесправия, опыт правонарушения либо опыт «не права, а чего-то иного». Тем самым можно

³⁰ Евгений Эрлих, «Социология права», *Российский ежегодник теории права* 1 (2008): 600.

сделать вывод о том, что негативная онтология права (онтология неправа) не просто возможна, но экзистенциально равноисходна онтологии права, а само человеческое бытие, взятое как релевантное в правовом отношении, оказывается ничем иным, как ддящимся различием права и неправа, свершающимся в опытах живого телесного соприсутствия в мире. При этом следует подчеркнуть, что если содержательно критерии различения всегда уже заданы исторически, то сама мера как таковая является экзистенциально вписанной в наше бытие-в-мире как живое телесное соприсутствие с другими людьми.

© А. Стовба, 2020

Bibliography

- Ehrlich, Eugen. "Sociology of Law." *Rossiiskii ezhegodnik teorii prava* 1 (2008): 593–603 (in Russian).
- Gusserl, Gerhard. "Law and World." *Pravovedenie* 3 (2015): 136–71 (in Russian).
- Heidegger, Martin. *Being and Time*. Moscow: Ad Marginem, 1997 (in Russian).
- Heidegger, Martin. *Sein und Zeit*. Tuebingen: Max Niemeyer Verlag, 2001.
- Maihofer, Werner. "Law and Being." Translated by Aleksey Stovba. *Rossiiskii ezhegodnik teorii prava* 1 (2008): 186–259 (in Russian).
- Maihofer, Werner. *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1954.
- Maksymov, Sergey. *Legal Reality: The Experience of Philosophical Reasoning*. Kharkov: Pravo, 2002 (in Russian).
- Malko, Aleksandr. "The Concept of 'Legal Life': The Issues of the Forming." *Gosudarstvo i pravo* 5 (2001): 5–14 (in Russian).
- Marcic, Rene. *Rechtsphilosophie. Eine Einfuehrung*. Freiburg: Verlag Rombach, 1968.
- Nevvazhai, Igor. "The Social-philosophical Grounds of the Legal Life Conception." *Filosofskaiia i pravovaia mysl': Almanakh* 4 (2002): 38–52 (in Russian).
- Stovba, Aleksey. *Temporal Ontology of Law*. Saint-Petersburg: Alef-press, 2017 (in Russian).
- Stovba, Aleksey. "Nature of Things or Essence of Matters? Being-As by Werner Maihofer." *Filosofiiia prava i zagal'na teoriia prava* 1 (2019): 262–82. <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2019.1.186555> (in Russian).
- Stovba, Aleksey. "Asking the Law: Experience of Law and Legal Experience." *Filosofiiia prava i zagal'na teoriia prava* 1 (2019): 41–56. <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2019.1.186441> (in Russian).

Олексій Стовба. Право і неправо: чи можлива негативна онтологія права?

Анотація. Фундаментальні потрясіння, пережиті людством упродовж ХХ–ХХІ ст. не могли не позначитися і на існуючих уявленнях про право. Якщо раніше право мислилося як непорушна основа світоустрою, апіорі дана у свідомості людини (право природне), або ж як стабільна система соціальних норм, суворе і неухильне дотримання яких надійно гарантувалося державним примусом (право позитивне), то нинішня ситуація наочно демонструє усю слабкість і крихкість будь-якого правопорядку. Світові війни, тоталітаризм, табори смерті, геноцид, тероризм, державні перевороти і гібридні війни виявляють себе набагато реальніше,

ніж абстрактні правові норми і цінності. Тим самим можна припустити, що феномен права існує не континуально, а дискретно, будучи постійно витриманим у запитувальній можливості небуття і відтворюючись в ході людської діяльності. У спробах осмислити подібну – мінливу і непостійну – правову реальність філософи вже не можуть задовольнятися таким вченням, що догматично постулювало б природне або позитивне право, а вимушені вдаватися до тих методологічних підходів, які б дозволили досягнути специфіку правового буття. При цьому сам предикат «правовий» означає не відповідність свого суб'єкта нормам природного або позитивного права, але скоріше його правову релевантність, здатність бути осмисленим у рамках правових категорій. У цьому сенсі такі неklasичні смислові фігури, як правова комунікація (А. В. Поляков), правова подія (О. В. Стомба), правова реальність (С. І. Максимов), правовий діалог (І. А. Честнов) вже включають не лише власне правові, але і протиправні феномени – такі як правопорушення, злочин та ін. Цим феноменам відповідає живий досвід людського співжиття, де можливо виділити досвід безправ'я, досвід правопорушення, досвід не права, а чогось іншого. Тим самим осмислення досвіду неправа, який випробовується в живому тілесному співбутті, є лідним напрямом сучасної онтології права.

Ключові слова: досвід безправ'я; досвід неправа; право; правопорушення; буття-у-світі.

Алексей Стомба. Право и неправо: возможна ли негативная онтология права?

Аннотация. Фундаментальные потрясения, пережитые человечеством на протяжении XX–XXI вв., не могли не сказаться и на существующих представлениях о праве. Если ранее право мыслилось как незыблемая основа мироустройства, априори данная в сознании человека (право естественное), либо же как стабильная система социальных норм, строгое и неукоснительное соблюдение которых надежно гарантировалось государственным принуждением (право позитивное), то нынешняя ситуация наглядно демонстрирует всю слабость и хрупкость любого правопорядка. Мировые войны, тоталитаризм, лагеря смерти, геноцид, терроризм, государственные перевороты и гибридные войны являют себя несоизмеримо более реально, нежели абстрактные правовые нормы и ценности. Тем самым можно предположить, что феномен права существует не континуально, а дискретно, будучи постоянно выдержан в вопросительной возможности небытия и воспроизводясь в ходе человеческой деятельности. В попытках осмыслить подобную – изменчивую и непостоянную – правовую реальность философы уже не могут довольствоваться догматическим постулированием естественного либо позитивного права, а вынуждены прибегать к тем методологическим подходам, которые бы позволили постичь специфику правового бытия. При этом сам предикат «правовой» обозначает не соответствие своего субъекта нормам естественного либо позитивного права, но скорее его правовую релевантность, способность быть осмысленным в рамках правовых категорий. В этом смысле такие неклассические смысловые фигуры, как правовая коммуникация (А. В. Поляков), правовое происшествие (А. В. Стомба), правовая реальность (С. И. Максимов), правовой диалог (И. А. Честнов) уже включают в себя не только собственно правовые, но и противоправные феномены – такие как правонарушение, преступление и пр. Данным феноменам соответствует живой опыт человеческого общежития, где возможно выделить опыт бесправия, опыт правонарушения, опыт не права, а чего-то иного. Тем самым осмысление опыта неправа, который испытывается в живом телесном сопричастии, является плодотворным направлением современной онтологии права.

Ключевые слова: опыт бесправия; опыт неправа; право; правонарушение; бытие-в-мире.

Oleksiy Stovba. Law and Unlaw: Does the Negative Ontology of Law Possible?

Abstract. Fundamental events, which have happened during the XX-XXI centuries, made the radical changes in the existed legal thought. The classical legal studies represented law as changeless ground of the world, aprioristic content of the moral consciousness (natural law), or as hard and stable system of the social norms, which are fulfilled on the basement of the official enforcement (positive law). At the same time, current situation demonstrates the weakness of law directly. World wars, totalitarianism, death camps, genocide, terrorism express itself much more clearly, that the abstract legal norms and values. So, it is possible to presuppose, that law exists not as continual, but as discrete phenomenon, which is reproduced through the human interaction. In the similar situation legal researchers couldn't consider changeable and inconsistent legal reality by the way of the dogmatic constructions of the natural or positive law. The legal philosophers are forced to create the new methodological approaches, which give possibility to understand the specifics of legal Being. It's worth to mention, that the predicate "legal" or "law" doesn't mark the correspondence of its subject to the norms of law, whether positive or natural, but means its legal relevance, its ability to be considered in the frames of the legal constructions. From the similar point of view the such non-classical sense figures as "law communication" (A. V. Polyakov), "law event" (A. V. Stovba), "legal reality" (S. I. Maksymov), "legal dialogue" (I. L. Chestnov) already include in itself not legal phenomena only, but illegal phenomena also – such as crimes, law-breakings etc. To the named phenomena corresponds the living experience of the human co-existence. Inside the frame of the similar experience it is worth to mark the "rightless" experience, experience of law-breaking, experience "not-of-law-but-something-else". Thus, the reasoning of the experience of "unlaw", which is experienced in the living corporal co-existence, is perspective direction of the legal researches.

Keywords: rightless experience; experience of unlaw; law; law-breaking; Being-in-world.

Одержано/Received 10.04.2020

НЕДЕРЖАВНЕ ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ: ОКРЕМІ ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

Сучасні правові дослідження зазвичай розглядають питання недержавного правового регулювання з точки зору міжнародно-правових аспектів, однак зміст принципу колективної автономії знаходить свою реалізацію й на більш широкому, в тому числі внутрішньодержавному рівні, як система норм, створених і введених у дію недержавними суб'єктами, як джерело правового регулювання, що є альтернативним державному.

Сучасна демократична держава зазнає певних обмежень не тільки з боку інших держав і наднаціональних організацій, але й з боку внутрішньодержавних суб'єктів (громадських організацій, громад, бізнес-корпорацій тощо), які поступово перебирають на себе функції та повноваження, що традиційно вважалися виключно державною монополією, зокрема, повноваження у сфері правотворення. В результаті поряд із державним правопорядком у межах національної правової системи виникає інший – недержавний.¹

Крім державного регулювання, все більше уваги вчені приділяють іншим видам соціального регулювання. Організації саморегулювання можуть або діяти самостійно, виходячи з власної ініціативи, або співпрацювати з державою та виконувати певні делеговані завдання. Залежно від певної сфери суспільного життя вони можуть бути достатньо активними та виконувати важливі функції, зокрема встановлювати автономні режими, які в умовах світової глобалізації формують недержавне регулювання. Вони впорядковуються саморегулюючими організаціями або транснаціональними мережами та можуть породжувати різні форми недержавного регулювання.

До того ж існують такі суспільні відносини, для яких правова форма не є оптимальною формою регулювання. На добровільності виконання засновані альтернативні (недержавні) способи вирішення і врегулювання міжнародних комерційних спорів (міжнародний комерційний арбітраж, примирні процедури): практика свідчить,

* Олена Ростиславівна Дашковська, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри теорії та філософії права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого.

Olena Dashkovska, Doctor of Legal Sciences, Professor at the Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudryi National Law University.

e-mail: dashkovskaolena@gmail.com

ORCID ID: 0000-0003-0145-850X

¹ Zi Sheng Tang, "Non-state Law in Party Autonomy – A European Perspective," *International Journal of Private Law* 5, no. 1 (2012): 24.

що більшість спорів, які виникають в міжнародній торгівлі, вирішуються сторонами шляхом переговорів.²

Вчені-цивілісти відзначають, що торгова діяльність обов'язково веде до утворення правил недержавного регулювання, особливістю яких є високий ступінь впливу звичаєвого права на торговельну практику, широкий розвиток самодіяльності і самоорганізації та самостійної ініціативи дій.³ Отже, трансляція нормативного повідомлення, закладеного в звичайній поведінці, відбувається найчастіше не за допомогою закріплення і подальшого цілеспрямованого поширення письмового тексту серед невизначеного кола осіб, як у випадку із законом, а шляхом безпосереднього сприйняття поведінкового зразка тими, хто зайнятий в подібній сфері діяльності. Найчастіше суб'єкт права дізнається про існування звичаєвої норми не з нормативного документа, а через взаємини з її носіями, безпосередньо спостерігаючи за правозастосовною практикою.

За відсутності будь-яких формальних обмежень недержавний механізм правового регулювання здатний впорядковувати нові суспільні відносини, які тільки зароджуються, або які не можуть знайти належного закріплення в законодавстві. Це стає можливим завдяки особливим властивостям норм, що входять до складу даного механізму: по-перше, такі норми створюються безпосередньо суб'єктами нормотворчості: підприємцями і різними міжнародними організаціями, як урядовими, так і неурядовими; по-друге, застосування подібних норм ґрунтується на волі сторін і може бути виражено різними способами в угоді, зокрема, відсиланням до уніфікованих правил, ділових звичаїв і типових договорів, до загальних принципів права тощо; по-третє, зазначені норми не мають обов'язкової юридичної сили, тому підприємці зазвичай активніше звертаються до них, ніж до державних, імперативних норм; по-четверте, виконання даних норм, що засноване на принципі «самоконтролю», забезпечує наявність неофіційних списків, згадка в яких призведе до формального виключення з тих чи інших спільнот.

Як відомо, державний механізм не здатний повною мірою забезпечити належне регулювання приватноправових відносин. У нових, постійно змінюваних умовах традиційні механізми державного регулювання суспільних відносин не можуть забезпечити регулювання, яке б відповідало сучасним потребам їх учасників. Тому все частіше застосовується механізм більш гнучкого регулювання, який в юридичній науці все частіше визначається терміном «недержавне правове регулювання».

Недержавне регулювання як явище існувало давно, але до цих пір не отримало належного наукового осмислення. Традиційний підхід до розуміння сутності права

² Michael Mustill, "The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years," *Arbitration International* 3 (1988): 33–34.

³ Адольф Гольмстен, *Очерки по русскому торговому праву*, вып. 1 (Санкт-Петербург: Типография Д. В. Чичипадзе, 1895), 14.

як системи регуляторів, встановлених і санкціонованих державою, ігнорує самостійну роль норм недержавного походження в системі джерел права.⁴

Шляхом поступального розвитку недержавне право виробляє власні принципи, правові конструкції, правила, невідомі державному праву. При цьому поняття і зміст даних правил залишаються недостатньо вивченими. У зв'язку з цим правова наука повинна досліджувати потенціал недержавних правил регулювання, їх природу, механізм дії та регулятивні можливості.

Держава, визнаючи принцип свободи та автономії волі, допускає можливість недержавного регулювання, яке повинно здійснюватися в межах її юрисдикції. В цьому проявляється «допоміжне» значення даного виду регулятора, оскільки він діє в більшості випадків одночасно з державним, тобто в безпосередньому зв'язку з тією чи іншою національною правовою системою.

Аналіз зарубіжних та вітчизняних наукових та експертних джерел дав можливість ознайомитись лише із деякими аспектами нового напрямку наукових досліджень, присвячених саморегуляції та децентралізації правового регулювання. Серед українських дослідників можна виокремити таких як С. Максимов, О. Петришин, С. Погребняк, С. Рабінович, О. Уварова, С. Шевчук та ін.; серед зарубіжних – П. Берман, М. Семм, Дж. Недельски, Д. Гірш та ін.

I. Співвідношення правового і неправового регулювання суспільних відносин та їх взаємодія

В умовах державно-організованого суспільства держава є не єдиним суб'єктом, що здійснює правове регулювання. Крім цього, ще до виникнення держави як особливої політичної організації людство накопичувало певний правовий досвід регулювання суспільних зв'язків нормами звичаєвого права, які виникли в давні часи і відображали складну, запутану і довгу практику цієї додержавної стадії.

Таким чином, існування правового регулювання в додержавному суспільстві, а також наявність у різних державах поряд із державними недержавних правил є незаперечним доказом того, що правове регулювання суспільних відносин не зводиться лише до їх державного регулювання і що поняття «правове регулювання» за своїм обсягом ширше поняття «державне врегулювання».⁵

Недержавне регулювання тісно переплітається з саморегулюванням. Різні об'єднання індивідів постійно створюють свої власні правила поведінки.⁶ Феномен

⁴ Raphael Cohen-Almagor, "Between Autonomy and State Regulation: J. S. Mill's Elastic Paternalism," *Philosophy* 87, issue 4 (2012): 558.

⁵ Dennis D. Hirsch, "The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation?" *Seattle University Law Review* 34 (2011): 439–85.

⁶ Diana T. Meyers, *Self, Society, and Personal Choice*, 1st ed. (New York: Columbia University Press, 1989), 112.

саморегулювання відомий суспільству досить давно. В даному випадку ми маємо на увазі «приватні» об'єднання, тобто організації, відмінні від держави.

Відсутність ознак формальної визначеності недержавних правил за безпосередньою участю суб'єктів робить їх найбільш гнучкими і найбільшою мірою пристосованими до регулювання такої динамічної системи, як система приватноправових відносин, а орієнтованість на практику та врахування інтересів учасників відносин перетворюють недержавні правила в один із найпродуктивніших засобів впливу на складні суспільні відносини. В умовах, коли державні джерела права через властиву їм інертність не встигають адекватно реагувати на зміни, що відбуваються в суспільстві, недержавні правила стають іноді єдиним регулятором суспільних відносин. Тим самим, вони є первинним джерелом впливу на складні відносини і виконують функцію їх первинного правового регулювання. Не випадково в літературі зазначається, що звичай був по суті першим регулятором міжнародних комерційних відносин за кілька століть до появи національних правових систем.⁷

Правила недержавного регулювання суспільних відносин існують поряд із законом та судовим прецедентом і є джерелом права, що відображає об'єктивні потреби розвитку суспільства, що зазнає зміни з огляду на динамічність їх розвитку. Чинне законодавство має прогалини і колізії, суди та інші правозастосовні органи на практиці нерідко стикаються з необхідністю їх вирішувати. Розглядаючи спір, суд визначає норми права, що підлягають застосуванню. Аналізуючи норми права, він оцінює їх буквальне значення – зміст, який виводиться із системного тлумачення цієї норми, тобто у взаємозв'язку з іншими законоположеннями. Однак іноді навіть системне тлумачення правових норм не дозволяє заповнити наявну прогалину у правовому регулюванні. У цьому випадку суди вдаються до недержавних правил.

Недержавне регулювання суспільних відносин стає одним з обов'язкових правових інструментів реалізації значного потенціалу інститутів громадянського суспільства.⁸ Спільнота враховує думки сторін при створенні правових форм регулювання суспільних відносин, оскільки цей процес включає формування правил, що походять із суспільного середовища. По суті, недержавні правила застерігають від появи норм, які не беруть до уваги дійсну волю сторін, що часом трапляється з нормами, які закріплені в законодавстві.

При формуванні джерел позитивного права первинним є питання закріплення і відображення певних юридичних режимів, що виражають політику у різних сферах суспільних відносин. Наприклад, в роки державного планового управління економікою правове регулювання багатьох відносин, пов'язаних із здійсненням господарської

⁷ Francesko Parisi, "Spontaneous Emergence of Law: Customary Law?" in *Encyclopedia of Law & Economics*, vol. 5 (Elgar, 2000), 603–30.

⁸ Kenneth A. Armstrong, "Rediscovering Civil Society: The European Union and the White Paper on Governance," *European Law Journal* 8, no. 1 (March 2002): 104.

діяльності, реалізувалося переважно в умовах режиму імперативно-централізованого регулювання, в якому домінували нормативні акти, що містять такі правові засоби, як приписи і заборони. Перехід до ринкової економіки спричинив відмову від переважного використання адміністративно-командних засобів управління економікою, виробництвом і працею, які базувалися на створюваних державою нормативно-правових актах. Відповідно в даний час особливо актуалізується юридичний режим диспозитивно-децентралізованого регулювання, який більшою мірою спирається на недержавні джерела права, що містять такі правові засоби, як дозвіл (стимулювання), і меншою мірою – як припис.⁹

Розглядаючи і порівнюючи недержавні джерела права і джерела позитивного права, необхідно зазначити, що і ті, й інші регулюють поведінку, наділяючи суб'єктів правовідносин суб'єктивними правами і покладаючи на них обов'язки; і ті, й інші не мають абсолютного значення і змінюються протягом історії відповідно до зміни суспільних відносин. Однією з істотних відмінностей є спосіб виникнення того чи іншого виду норм: норма закону виникає виключно з волі законодавчих органів держави, відповідно до порядку і формальних умов законодавчого процесу, що зумовлено певною формою державного устрою; виникнення норми права спільноти комерсантів відрізняється від зазначеного порядку. Отже, специфічна ознака недержавного права (відсутність участі законодавця в створенні норм) поєднується з сутнісними моментами, які визначають створення цього права.

В умовах розвитку сучасного суспільства роль держави в процесі правотворення значна, але не має виняткового характеру, що повною мірою стосується процесу формування і дії права різних недержавних суб'єктів.¹⁰

Недержавне регулювання суспільної діяльності впливає на зміст норм позитивного права, на юридичні конструкції, механізм дії норм. Суспільство не завжди здатне відтворити в своїй нормативній поведінці навіть те, що є для нього справжньою цінністю, причинами цього можуть бути, зокрема, зовнішні чинники (економічні, геополітичні та ін.). Оскільки право – це сукупність правил поведінки, які повинні реально дотримуватися, законодавець не повинен включати до зовнішніх джерел права ті цінності, які хоча і мають справжнє значення для суспільства, але не можуть бути ним реально відтворені в нормативній поведінці. Створюючи юридичні конструкції, які впроваджують механізм приватноправового регулювання, законодавець використовує недержавне право, право корпорацій. Так, наприклад, вдосконалення нормативних конструкцій позасудового захисту прав людини відбувається шляхом

⁹ Marcelo Halpern and Ajay K. Mehrotra, "From International Treaties to Internet Norms: The Evolution of International Trademark Disputes in the Internet Age," *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* (2000): 155.

¹⁰ Markku Suksi, "The Characteristics of Autonomy v. Federalism," in *Sub-State Governance through Territorial Autonomy: A Comparative Study in Constitutional Law of Powers, Procedures and Institutions* (Berlin and Heidelberg: Springer, 2011), 102.

ратифікації державою міжнародних конвенцій, появи нових редакцій актів уніфікації приватного права.

Цілі правового впливу, які підтримуються тими чи іншими спільнотами, залежать від того, влаштовують їх прийняті норми позитивного права чи ні. Якщо спільноту влаштовують існуючі норми, то вона створює ефективний механізм правового впливу на суспільство. Відповідно до цілей правового регулювання використовуються певні засоби правового регулювання, які утворюють цілісний механізм. Якщо норми позитивного права не влаштовують спільноту, то створюється механізм нейтралізації цих норм, механізм модифікації правового регулювання.

Статична складова механізму правового регулювання суспільних відносин включає заборони, дозволи і приписи. За її допомогою фіксуються ідеальні моделі поведінки, які здобувають загальнообов'язкове значення шляхом їх закріплення в офіційно визнаних джерелах права. Недержавне право за таких умов може ефективно виконувати функції «провідника нормотворчості», забезпечувати гармонійну взаємодію норм моралі, бізнес-етики та законодавства шляхом розробки стандартів поведінки, кодексів кращих практик, типових правил ведення бізнесу та кодексів етики. До правових засобів, які при цьому використовуються, належать: 1) правові засоби, які використовуються безпосередньо суб'єктами права для досягнення фактичних цілей права (сукупність таких засобів визначена спільними і спеціальними статусами громадян, правоздатністю юридичних осіб, а також вони впливають з компетенції державних органів і посадових осіб); 2) «засоби про засоби», тобто ті правові інструменти, використання яких вводить в дію розпорядження, засоби, що належать до першої групи. До них належать внутрішні організаційні норми спільнот, а також правоположення, вироблені юридичною практикою: юридичні аксіоми, презумпції, правові ідеї та ін.¹¹

II. Вплив недержавного регулювання суспільних відносин на різні аспекти життя суспільства

Недержавне регулювання суспільних відносин впливає насамперед на формування правосвідомості, що включає трансформування суспільних потреб на основі норм права відповідної спільноти. Право спільноти складається в усіх сферах життєдіяльності суспільства, незалежно від законотворення. На основі даного джерела визначається склад і зміст умов нових суспільних відносин. Зокрема, укладаючи договір, не передбачений законом, сторони керуються правом спільноти.¹²

У зв'язку з тим, що правові норми не можуть існувати самі по собі, а мають своєрідний каркас, форма і зміст правового тексту можуть не збігатися з формою

¹¹ Jan-R. Sieckmann, *The Logic of Autonomy: Law, Morality and Autonomous Reasoning Law and Practical Reason* (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012), 200.

¹² Jennifer Nedelsky, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law* (New York: Oxford University Press, 2013), 402.

і змістом правової норми. Правовий текст, крім правової норми, може відображати історію виникнення того чи іншого правового інституту, в ньому можуть також бути програмні заяви, пояснення тощо. Тому правові тексти можуть мати не тільки правове значення, а й естетичне, художнє, наукове, моральне, релігійне, ідеологічне, політичне і т. д. Отже, і правова норма, що міститься в правовому тексті, є результатом інтерпретації не окремого правового тексту,¹³ а всіх тих, які мають текстуально-правовий зв'язок з первинним правовим текстом, тобто текстом, що запускає механізм права відповідної спільноти.

Недержавне регулювання суспільних відносин виконує також функцію тлумачення норм позитивного права. Водночас у разі наявності прогалини в законодавстві застосовується недержавне право.

Недержавне регулювання впливає на безпосередню реалізацію і виконання прав і обов'язків суб'єктами права, при цьому використовуються різні організаційно-правові засоби. Недержавне регулювання містить конкретизуючі норми, які покликані полегшити застосування норм позитивного права.

Використання основних форм фіксації юридичної практики потребує правових засобів забезпечення правил поведінки, що в них містяться, які формулюються у вигляді заборон, приписів і дозволів. Роль таких засобів можуть виконувати два досить типових способи регулювання поведінки людей: позитивне стимулювання і негативна відповідальність, яка виражена у виключенні з певного об'єднання.

Для ринкової економіки, яка переважно ґрунтується на механізмах саморегулювання підприємницької діяльності, характерним є посилення ролі правових засобів локального, групового та індивідуального характеру, в чому спостерігається прояв ринкової свободи і об'єктивна необхідність відмови держави від надмірно широкого використання негнучких за своєю природою централізованих засобів загального та галузевого значення, які не характерні для ринку в цілому. Розвиток ринкової економіки викликає необхідність відмови від використання цих авторитарних засобів управління, а в більш широкому плані зумовлює необхідність заміни загальнодержавного режиму директивного управління соціально-економічним життям країни на більш гнучкий режим її нормативно-стимуляційного регулювання та договірного саморегулювання. На теоретичне обґрунтування побудови і ефективного застосування цього механізму якраз і слід спрямувати зусилля юридичної науки.¹⁴

Сьогодні можна виділити тенденцію взаємопроникнення правового і неправового методів регулювання. В цілому це призводить до підвищення ефективності правової системи за рахунок зростання певної кількості норм, і як наслідок, зменшення відповідної

¹³ Amanda Perreau-Saussine and James B. Murphy, eds., *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives* (New York: Cambridge University Press, 2007), 115.

¹⁴ George G. Triantis, "Organizations as Internal Capital Markets: The Legal Boundaries of Firms, Collateral, and Trusts in Commercial and Charitable Enterprises," *Harvard Law Review* 117 (2004): 1110.

кількості прогалін, підвищення ступеня мобільності регулятивних механізмів, поява комбінованих механізмів регулювання та ін.

Слід зазначити, що у первинних формах проблема дії права в практичному аспекті знаходить відображення на досить ранніх етапах розвитку людської цивілізації. Вже в період зародження державності право використовувалося як потужний інструмент управління суспільством, тому разом із законом виникали органи, покликані забезпечувати його виконання.¹⁵

Принципово важливо звернути увагу на два моменти. По-перше, вже стародавні держави офіційне загальнообов'язкове значення надавали лише ustalеним правилам поведінки, апробованим життям, тобто реально діючим звичаям спільноти; по-друге, норми закону забезпечувалися досить якісними (з точки зору умов того часу) юридичними механізмами. Незважаючи на їх надмірну жорсткість, сам підхід характеризував прагнення держави забезпечити дієвий вплив прийнятих норм.

Формально-догматичний підхід до права (як до певної сукупності державних приписів) закриває доступ до дослідження тих його сторін, які пов'язують право з життям, відображають його дієвий, такий, що перетворює, характер. Представники цього напрямку виходять із того, що головне призначення права, образно кажучи, – діяти.¹⁶ Саме в догматичній юриспруденції активно розроблялася проблема правової політики, яка виступає системою тактичних способів, прийомів, що забезпечують реалізацію права.

Ближче до вивчення проблеми чинного права підійшли представники соціологічного напрямку. С. А. Муромцев вважав, що «ані теорія, ані історія права не повинні підмінятися описом текстів законів. Соціологічна історія права, на його думку, покликана показати виникнення і розвиток права в його конкретній дійсності».¹⁷ Принципово важливим є те, що С. А. Муромцев обґрунтував значущість дослідження дій для розвитку юридичної науки. «Потреби, – зазначав він, – задовольняються діями, тому дії відтворюють вагомий інтерес».¹⁸

У роботах О. В. Тарановського звертається увага на те, що питання про реалізацію права або зовсім не береться до уваги в загальному вченні про право, або розглядається в занадто вузьких межах, частіше за все, з точки зору аналізу судових рішень або ж щодо розгляду приватних спорів про право. Отже, тільки незначна частина юридичних відносин доходять до суду, а значна частина правового обігу здійснюється шляхом позасудової реалізації права, якби більша частина юридичних

¹⁵ Jean Blondel, *Comparative Government: An Inundation* (London: Macmillan, 1990), 87.

¹⁶ Александр Башилов, *Русское торговое право*, вып. I (Санкт-Петербург: Типография А. С. Суворина, 1887), 80.

¹⁷ Олександр Петришин, «Проблеми соціалізації права та соціологізації юридичної науки», *Право України* 8 (2011): 131–41.

¹⁸ Петро Рабінович, «Праворозуміння: сутність, класифікації, нездоланність плюралізму», *Бюлетень Міністерства юстиції України* 5 (2007), 26–32.

відносин супроводжувалася спором, вимогами судових рішень, право не виконувало б своєї функції, і суспільне життя відчувало б постійні потрясіння.¹⁹

Дія суб'єкта права не може розглядатися інакше як елемент, сторона правовідносини (правового спілкування), що є результатом і одночасно засобом (гарантом) забезпечення правомірності його дії. Тому правова дія як компонент даної категорії є правомірною поведінкою взаємодіючих партнерів або є взаємодією сторін певних правовідносин.

III. Особливість правил недержавного регулювання

Певна специфіка реалізації правил недержавного регулювання полягає у збігу якостей, що визначають його дійсність і дію, в цьому його перша особливість. Ще в стародавніх суспільствах панував принцип: якщо норма діє, значить, вона є чинною. Недіючий або такий, що «погано діє», закон продовжує бути правом аж до його офіційного скасування. Проте такий закон, зазвичай, фактично перестає виконувати нормативні функції, не застосовується в життєвих ситуаціях, втрачає якості права, втрачає свою дійсність. Звичай існує, поки він застосовується, поки він діє. Його можуть перестати застосувати і поступово забути, але не можуть скасувати. Чинність звичаєво-правової норми виражається в її дії та вимагає свого безперервного підтвердження (застосування) учасниками правового спілкування.

Друга особливість дії недержавних правил пов'язана безпосередньо з процесом їх застосування. Право корпорацій, як і сучасне законодавство, є інституціалізованим, але в ньому немає тієї офіційної формальності, на якій тримається закон. Існування в часі недержавних правил регулювання суспільних відносин є безперервним, що підтверджується постійно або із задалегідь відомою періодичністю. Перерва – це завершення його існування, що ніколи не настає випадково. Це означає, що соціальні та психологічні чинники, які сформували типові форми поведінки або звичаї, вичерпали самі себе і що ці форми фіксації юридичної практики повинні зникнути або змінитися, щоб діяти в іншому вигляді, який відповідає новим умовам життя суспільства. Право кожної спільноти завжди супроводжувалося рухом культури, процесом збагачення культурних традицій. Так, наприклад, досить згадати торгові і морські звичаї, стандарти і правила купецької діяльності, що зародилися в епоху Середньовіччя, щоб в повній мірі оцінити їх вплив на подальший розвиток всього торгового права. Необхідно відзначити, що на дію недержавних регуляторів впливає також юридична сила окремих способів їх фіксації.²⁰

При цьому нормативність є спільною ознакою для будь-якого соціального регулювання – правового і неправового, державного і недержавного. Відповідно

¹⁹ Владислав Бачинин, *Основы социологии права и преступности* (Санкт-Петербург: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2001).

²⁰ Jan H. Dalhuisen, *Dalhuisen Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, vol. 2 (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013), 205.

недержавне регулювання може бути правовим і неправовим. Тому важливо розмежовувати правове недержавне та неправове недержавне регулювання суспільних відносин. Ключовим для проведення такого розмежування є визначення ознак права. Отже, недержавне правове регулювання відрізняють від інших видів соціального регулювання такі ознаки: зв'язок з певним центром публічної влади, інституційна забезпеченість, чіткий, заздалегідь визначений зміст правил поведінки і негативних наслідків, принципова можливість забезпечити практичне настання таких наслідків.

Виходячи з характеристик процесу регулювання, концепція регулювання в традиційному розумінні видається недостатньо обґрунтованою для пояснення виникнення недержавного регулювання, тобто альтернативних форм регулювання. Дійсно, вони обумовлюють децентралізацію концепції державного регулювання. Аналіз регулювання може бути корисним для розширення розуміння поняття регулювання та визначення альтернативних форм регуляторних дій. Такий аналіз охоплює розгляд питань, починаючи від ролі держави та регуляторного дизайну до більш фундаментальних питань розуміння регулювання. Він пропонує можливість розширити поняття правового регулювання, щоб охопити його інші форми.

У традиційному розумінні поняття «правове регулювання», яке розуміється як таке, що походить від держави та зосереджено на державі, – це форма управління і контролю, яку здійснює держава. Важливим аспектом розмежування понять «правове» та «соціальне регулювання» є відносини між державою та окремими особами чи суб'єктами ринку в економіці. Однак такий підхід не дозволяє повною мірою впоратися з усіма питаннями, виходячи з вузького розуміння концепції правового регулювання. Залежно від предмета правового регулювання необхідними є різні регуляторні заходи, які вважаються більш адекватними. Таким чином, поняття правового регулювання слід розглядати як поняття, яке не обмежується централізованою діяльністю уряду.

Значні перспективи має концепція правового регулювання з точки зору багатосуб'єктного підходу. Можливим є всебічне розуміння поняття правового регулювання та його взаємодії з іншими аспектами соціального життя. Регулювання зазвичай охоплює значно ширший набір методів та інструментів. Поняття регулювання в широкому значенні може приймати різні форми залежно від сфери регулювання, що визначається регуляторними потребами та характеристиками.

Поняття правового регулювання більше не обмежується ідеєю «державного регулювання». Розширюючи поняття правового регулювання, обираючи шлях більш широкого розуміння правового регулювання, ця ідея заміщується концепцією «регуляторного суспільства». Останнє є джерелом виникнення автономних регуляторних режимів та альтернативних форм регулювання.

Децентралізація правового регулювання не є остаточно визначеною політичною концепцією. Єдиної форми децентралізованого регулювання не існує, навпаки, воно може приймати різноманітні форми і може охоплювати різні види взаємодії з політикою.

Отже, правове регулювання може проявлятися в різних контекстах і приймати різні форми. Мається на увазі вдосконалення чітко визначених процедур, які можуть бути незадовільними або неадаптованими до конкретних ситуацій або не надавати очікуваних результатів, залучення суб'єктів приватного права, які наділені правом нормотворчої ініціативи в окремих сферах суспільних відносин. Поняття правового регулювання з точки зору децентралізованого підходу передбачає, що держава не має монополії на формування та визначення правил поведінки в усіх сферах суспільних відносин. Нормотворчі функції повинні бути поширені або фрагментовані між різними суб'єктами суспільних відносин. Децентралізовані підходи, що пропонують гнучкість рішень, можуть швидко адаптуватися до особливостей та потреб на різних рівнях регулювання.

Висновок

Підводячи підсумок, слід констатувати таке: по-перше, складний характер відносин, що формуються в сучасному суспільстві, не може забезпечуватися лише державним механізмом регулювання; по-друге, як варіант вирішення проблем щодо усунення сформованого правового вакууму може бути використана концепція регулювання суспільних відносин правилами, створеними певною спільнотою, що є втіленням результатів недержавного механізму регулювання; по-третє, недержавний механізм регулювання має особливий зміст, оскільки, з одного боку, має допоміжне значення, а з іншого – в певних випадках може набувати і основне значення; по-четверте, зазначені правила посідають самостійне місце в системі джерел права, при цьому спільне застосування державних і недержавних правил зможе привести до належного регулювання певних приватноправових відносин.

Широке розуміння правового регулювання надає можливість інтегрувати уявлення про те, що таке соціальне регулювання. Межі правового регулювання стають більш динамічними. Підходи, що характеризують правове регулювання як продукт суто державної діяльності, підлягають застосуванню все менше і менше.

Таким чином, вочевидь не існує права (особливо в сучасних демократичних суспільствах), яке б створювалося виключно державою. Різні суб'єкти громадянського суспільства в різних інституційних формах мають можливість цілком реальної участі у розробці змісту юридичних норм, лобюванні прийняття/неприйняття певних правових рішень. Правова доктрина є одним із джерел права. Існує принцип контекстного застосування і тлумачення норм права (з урахуванням конкретної соціальної ситуації) і судова практика як джерело права тощо.

Недержавне право регулює суспільні відносини у тих випадках, коли йдеться про: а) корпорації, які набувають певного правового статусу в результаті правозастосування; б) встановлення вимог до корпоративної нормотворчості, її правового регулювання; в) визначення обов'язкових елементів змісту корпоративних актів (наприклад, статутних документів господарських товариств); г) можливість судового захисту

корпоративних норм – відстань між недержавним правом і державою не виглядає такою значною. І очевидно, що саме корпоративне право в певних своїх частинах доволі відчутно пов'язане з державою, що нівелює його характеристики як права недержавного. Концепція правового регулювання з точки зору децентралізованої перспективи є складним завданням. Вона залежить від численних елементів, що походять від характеру відносин між державою та суспільством, а також від відносин усередині суспільства.

© О. Дашковська, 2020

Bibliography

- Armstrong, Kenneth A. "Rediscovering Civil Society: The European Union and the White Paper on Governance." *European Law Journal* 8, no. 1 (March 2002): 102–32.
- Bachinin, Vladislav. *Fundamentals of the Sociology of Law and Crime*. Saint-Petersburg: Publishing house of St. Petersburg University, 2001 (in Russian).
- Bashilov, Alexander. *Russian Commercial Law*, vol. I. Saint-Petersburg: Printing house of A. S. Suvorin, 1887 (in Russian).
- Blondel, Jean. *Comparative Government: An Inundation*. London: Macmillan, 1990.
- Cohen-Almagor, Rahael. "Between Autonomy and State Regulation: J. S. Mill's Elastic Paternalism." *Philosophy* 87, issue 4 (2012): 557–82.
- Dalhuisen, Jan H. *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, vol. 2. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013.
- Golmsten, Adolf. *Essays on Russian Commercial Law*, vol. 1. Saint-Petersburg: Printing house of D. V. Chichipadze, 1895 (in Russian).
- Halpern, Marcelo, and Ajay K. Mehrotra. "From International Treaties to Internet Norms: The Evolution of International Trademark Disputes in the Internet Age." *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* (2000): 523–33.
- Hirsch, D. Dennis. "The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation?" *Seattle University Law Review* 34 (2011): 439–80.
- Meyers, Diana Tietjens. *Self, Society, and Personal Choice*, 1st ed. New York: Columbia University Press, 1989.
- Mustill, Michael. "The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years." *Arbitration International* 3 (1988): 33–34.
- Nedelsky, Jennifer. *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*. New York: Oxford University Press, 2013.
- Perreau-Saussine, Amanda, and James B. Murphy, eds. *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives*. New York: Cambridge, 2007.
- Petrishin, Oleksandr. "Problems of Social Law and Social Legal Science." *Pravo Ukrainy* 8 (2011): 131–41 (in Ukrainian).
- Rabinovich, Petro. "Right-handedness: Sluggishness, Classification, Lack of Pluralism." *Biuletyn Ministerstva yustytysii Ukrainy* 5 (2007): 26–32 (in Ukrainian).

- Sieckmann, Jan-R. *The Logic of Autonomy: Law, Morality and Autonomous Reasoning (Law and Practical Reason)*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012.
- Parisi, Francesco. "Spontaneous Emergence of Law: Customary Law?" In *Encyclopedia of Law & Economics*, vol. 5, 603–30. Elgar, 2000.
- Suksi, Markku. "The Characteristics of Autonomy v. Federalism." In *Sub-State Governance through Territorial Autonomy (A Comparative Study in Constitutional Law of Powers, Procedures and Institutions)*. Berlin and Heidelberg: Springer, 2011.
- Tang, Ziyang Sophia. "Non-state Law in Party Autonomy – A European Perspective." *International Journal of Private Law* 5, no. 1 (2012): 22–39.
- Triantis, George G. "Organizations as Internal Capital Markets: The Legal Boundaries of Firms, Collateral, and Trusts in Commercial and Charitable Enterprises." *Harvard Law Review* 117 (2004): 1103–62.

Олена Дашковська. Недержавне правове регулювання: окремі загальнотеоретичні аспекти

Анотація. У статті здійснено спробу поглянути на право крізь призму концепції недержавного правового регулювання. Вочевидь, що в сучасних суспільствах не існує права, яке б створювалося виключно державою. Різні суб'єкти громадянського суспільства в різних інституційних формах мають можливість цілком реальної участі у розробці змісту юридичних норм, лобюванні прийняття/неприйняття певних правових рішень.

У статті зазначено, що складний характер відносин, що формуються в сучасному суспільстві, не може забезпечуватися лише державним механізмом регулювання. Як варіант вирішення проблем щодо усунення прогалин у праві може бути використана концепція регулювання суспільних відносин правилами, створеними певною спільнотою, що є втіленням результатів недержавного механізму регулювання. Недержавний механізм регулювання має особливий зміст, з одного боку, має допоміжне значення, а з іншого – в певних випадках може набувати і основне значення по відношенню до державного. Зазначені правила посідають самостійне місце в системі джерел права, при цьому спільне застосування державних і недержавних правил зможе привести до належного регулювання певних приватноправових відносин. Концепція правового регулювання з точки зору децентралізованої перспективи є складним завданням. Вона залежить від численних елементів, що походять від характеру відносин між державою та суспільством, а також від відносин усередині суспільства.

Підкреслено, що недержавне регулювання може бути правовим і неправовим. Ключовим для проведення такого розмежування є визначення ознак права. Недержавне правове регулювання відрізняє від інших видів недержавного соціального регулювання такі ознаки: зв'язок з певним центром публічної влади, інституційна забезпеченість, чіткий задалегідь визначений зміст правил поведінки і негативних наслідків, принципова можливість забезпечити практичне настання таких наслідків.

Ключові слова: децентралізація правового регулювання; колективна автономія; недержавне право; корпоративна нормотворчість.

Олена Дашковская. Негосударственное правовое регулирование: отдельные общетеоретические аспекты

Аннотация. В статье предпринята попытка взглянуть на право сквозь призму концепции негосударственного правового регулирования. Очевидно, что в современных обществах не

существует права, которое бы создавалось исключительно государством. Различные субъекты гражданского общества в различных институциональных формах имеют возможность вполне реального участия в разработке содержания юридических норм, лоббировании принятия/непринятия определенных правовых решений.

В статье указано, что сложный характер отношений, формирующихся в современном обществе, не может обеспечиваться только государственным механизмом регулирования. В качестве варианта решения проблем по устранению пробелов в праве может быть использована концепция регулирования общественных отношений правилами, созданными определенной общностью, является воплощением результатов негосударственного механизма регулирования. Негосударственный механизм регулирования имеет особый смысл, с одной стороны, имеет вспомогательное значение, а с другой – в определенных случаях может приобретать и основное значение по отношению к государственному. Указанные правила занимают самостоятельное место в системе источников права, при этом совместное применение государственных и негосударственных правил сможет привести в надлежащему регулированию определенных частноправовых отношений. Концепция правового регулирования с точки зрения децентрализованной перспективы является сложной задачей. Она зависит от многочисленных элементов, происходящих от характера отношений между государством и обществом, а также от отношений внутри общества.

Подчеркнуто, что негосударственное регулирование может быть правовым и неправовым. Ключевым для проведения такого разграничения является определение признаков права. Негосударственное правовое регулирование отличается от других видов негосударственного социального регулирования следующие признаки: связь с определенным центром публичной власти, институциональная обеспеченность, четкий заранее определенный смысл правил поведения и негативных последствий, принципиальная возможность обеспечить фактическое наступление таких последствий.

Ключевые слова: децентрализация правового регулирования; коллективная автономия; негосударственное право; корпоративное нормотворчество.

Olena Dashkovska. Non-state Legal Regulation: Some General Theoretical Aspects

Abstract. The article attempts to look at law through the prism of the concept of non-state legal regulation. It is obvious that in modern societies there is no right that would be created exclusively by the state. Different subjects of civil society in different institutional forms have the opportunity to participate in the development of the content of legal norms, lobbying for the adoption / non-adoption of certain legal decisions.

The article states that the complex nature of relations that are formed in modern society cannot be provided only by the state regulatory mechanism. As a variant of solving the problems of closing the gaps in the law, the concept of regulating public relations by rules created by a certain community, which is the embodiment of the results of the non-state regulatory mechanism, can be used. The non-state mechanism of regulation has a special meaning, on the one hand, has an ancillary value, and on the other – in some cases may acquire a basic meaning in relation to the state. These rules occupy an independent place in the system of sources of law, with the joint application of state and non-state rules, can lead to proper regulation of certain private law relations. The concept of legal regulation from the point of view of a decentralized perspective is a difficult task. It depends on the many elements that come from the nature of the relationship between the state and society, as well as the relationship within society.

It is emphasized that non-state regulation can be legal or non-legal. The key to such a distinction is to identify the features of the law. Non-state legal regulation distinguishes from other types of non-state social regulation the following features: connection with a certain center of public power, institutional security, clear predetermined content of rules of conduct and negative consequences, the fundamental possibility to ensure the practical occurrence of such consequences.

Keywords: decentralization of legal regulation; collective autonomy; non-state law; corporate rule-making.

Одержано/Received 31.05.2020

ТЕОЛОГІЯ РАДЯНСЬКОГО ПРАВА

«Товарищ Сталин –
Вы большой ученый,
В языкознании знаете вы толк...»
Юз Алешковський

Вступ

На початку 1950-х рр. мій науковий керівник, у подальшому доктор юридичних наук і професор Марк Веніамінович Цвік був аспірантом Харківського юридичного інституту, де готувався захистити кандидатську дисертацію з радянського права. Його праця «Радянське законодавство» стосувалася суто юридичних питань: природа радянських законів, співвідношення права та законодавства, ієрархія правових актів у Радянському Союзі. Коли його кафедра рекомендувала дисертацію до захисту, вийшла нова стаття Йосипа Сталіна «Марксизм та проблеми мовознавства». Незважаючи на те, що стаття Сталіна стосувалася питань, які були досить далекими від радянського законодавства, підготовка до захисту була негайно зупинена і дисертацію було повернуто авторові для врахування положень статті. Це не мало нічого спільного з якістю дисертації або видатною науковою значимістю творів Сталіна. Дослідження просто не могло вважатися завершеним, якщо у ньому не було цитат з останніх статей чи книг радянського очільника, Маркса, Енгельса та Леніна. Усі вони могли бути використані як остаточний аргумент у дискусіях – як істина в останній інстанції. Середньовічні богослови так само цитували Біблію, отців Церкви чи Аристотеля.

Приблизно в цей же час науковий керівник мого керівника, завідувач кафедри теорії держави і права, а до Революції 1917 р. – приват-доцент в Харківському імператорському університеті Володимир Сливичський мав звичку не пускати на свої лекції нікого, крім власних студентів. Якщо він бачив незнайому людину, то залишав аудиторію, побоюючись, що його можуть неправильно зрозуміти. У радянські часи він не писав ні слова; його академічні погляди залишилися лише у спогадах, наукових

* Дмитро Олександрович Вовк, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, керівник Центру дослідження верховенства права і релігії Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

Dmytro Vovk, Candidate of Legal Sciences, Senior Research Fellow, Director for the Center for Rule of Law and Religion Studies, Yaroslav Mudryi National Law University.

e-mail: dmtr.vovk@gmail.com

ORCID ID: 0000-0001-7424-5156

працях та лекціях його учнів. Це було наслідком страху, що його часто відчують ті, хто живе в тоталітарному режимі. Однак думка про те, що читання лекцій про Закони дванадцяти таблиць або про види норм права може суперечити Марксу чи Леніну, які нічого не писали і не говорили з цих питань, нагадує мені більш давній страх перетнути тонку та часто мінливу межу, що відокремлює теологію від ересі.

Таку саму релігійність можна виявити і в радянських юридичних текстах та конституційних актах. Конституція СРСР 1924 р. починається з цілком апокаліптичного опису: світ поділений на два табори, соціалістичне царство добра, де панує мир, свобода і рівність, і капіталістичне пекло, де панують нерівність, рабство, погроми і шовінізм. Релігійна риторика проходить і через інші радянські конституційні тексти. В Конституції Української Соціалістичної Радянської Республіки 1919 р. обов'язок людини працювати підкріплюється майже прямою цитатою святого Павла: «Хто не працює, той і не їсть».

Мета цієї статті полягає у тому, щоб показати, що в основі радянського права лежала марксистсько-ленінська філософія, що мала статус квазірелігії, оскільки вона спиралася на задалегідь визнану безпомилковість їх авторів. Вироблені нею методологічні положення не підлягали науковій чи будь-якій іншій критиці; їх обговорення оберталось навколо пошуку правильної інтерпретації цих положень та їх належного використання при дослідженні права. Ці положення становлять «символ віри» радянського права, який розвинувся у правове вчення, окремі складові якого більше нагадують теологію, ніж філософію права.

Джерело цієї релігійності було не в самому радянському праві, а в радянському тоталітарному політичному режимі, який можна описати за допомогою концепцій політичної релігії. Ця концепція виходить із того, що тоталітарні режими запозичують чи спотворюють релігійні засоби підтримки влади і контролю над суспільством та окремими індивідами та регулювання їхнього життя, а в основі тоталітарної політичної влади завжди лежить суперідея, задля втілення в життя якої держава звільняється від будь-яких правових обмежень. На мій погляд, концепція політичної релігії є адекватним інтелектуальним інструментом для вивчення певних аспектів радянського права, що дозволяє більш глибоко поглянути на принципи, доктрини та практики радянського права, ніж це роблять традиційні аналітичні підходи, що описують радянське право в межах дихотомії «право – свавілля», як це було зроблено Густавом Радбрухом,² Г. Л. А. Хартом,³ Гарольдом Берманом⁴ або Деннісом Ллойдом⁵ (з різними висновками).

² Густав Радбрух, "Законне неправо і надзаконне право," *Проблеми філософії права*, вип. II (2004): 83–94.

³ Herbert Hart, *Concept of Law*. 3d ed. (Oxford: Oxford University Press, 2012), 210–12; Herbert Hart, "Separation of Law and Morals," *Harvard Law Review* 71, no. 4 (February 1958): 593–629.

⁴ Harold Berman, "Soviet Law and Government," *Modern Law Review* 21, no. 1 (January 1958): 22; Harold Berman, "Soviet Justice and Soviet Tyranny," *Columbia Law Review* 55, no. 6 (June 1955): 805–06.

⁵ Lloyd, Dennis. *The Idea of Law* (London: Penguin Books, 1952), 204.

Я також стверджую, що традиційні підходи є недостатніми для розуміння основи радянського права. Дж. Патон⁶ писав, що радянське право було «мечем для виконавчої влади, а не щитом для приватного громадянина», тобто що радянське право було свавіллям держави. З цим можна загалом погодитись. Справді, для політичних дисидентів або будь-якої особи чи соціальної групи, підозрюваних у нелояльності, радянське право було інструментом покарання за нелояльність. Але водночас для політично лояльних осіб, у цивільних, сімейних та трудових відносинах або навіть у деяких відносинах з публічною владою радянське право могло бути щитом. Більше того, навіть якщо Патон має рацію, незрозуміло, чому радянська концепція права не вкладається у рамки жорсткого позитивізму, що давало би змогу державі зручно розмахувати своїм «правовим мечем».

Ще менш зрозуміло, чому філософію радянського права важко перекласти традиційною мовою філософії права. Будь-яка філософія права виходить, як мінімум, з певної цінності чи хоча б значущості та відносної автономії права від інших соціальних інститутів. Тільки за цієї умови мають право на життя основоположні питання філософії права: право і мораль, право і закон, валідність права. Філософія радянського права була спрямована на підпорядкування права політиці, при цьому проголошуючи, що право і політика є продуктами економіки та класової боротьби. Основна ідея тут полягала не в тому, що право було тим, що держава визнала правом, а скоріше що право мало сенс настільки, наскільки воно сприяло державі у просуванні радянського суспільства до вельми невизначеного комуністичного ідеалу. Дотримання будь-якого правового принципу, норми чи процедури має вторинне значення відносно цього кардинального завдання держави.

Я також хочу довести, що теологія радянського права була не лише сукупністю ідей. Ці ідеї значною мірою вплинули на правову систему СРСР, визначивши траєкторію її розвитку. Нарешті, мені здається, що розуміння релігійних рис радянського права може бути важливим для розуміння певних особливостей пострадянських правових систем, чого я торкнувся наприкінці статті.

Окреслені вище цілі статті визначають її структуру. Спочатку я коротко поясню концепцію політичної релігії як спосіб пояснення природи тоталітарних політичних режимів, далі я охарактеризую те, що я називаю «символ віри радянського права» – сукупність беззаперечних ідей чи догм, які виражають вплив марксизму-ленінізму на радянське право, потім покажу, як радянська юридична наука розвивала ці ідеї, а наприкінці, знову ж таки коротко, продемонструю, як ці ідеї впливали на радянську правову систему, на прикладі таких її ознак, як унікальність, публічність та політизованість, а також на прикладі доктрини соціалістичної законності.

⁶ George Paton, "Soviet Legal Theory," *Res Judicatae*, no. 58 (1947): 62.

I. Радянський комунізм як політична релігія

Історію політики можна легко написати як історію політики та релігії. Вічні політичні питання – чим держава відрізняється від групи грабіжників (навіть якщо єдиною реальною різницею між ними є стаціонарний характер однієї з груп цих грабіжників), чому державі потрібно підкорятися і чому вона має право на примус – на всі ці питання в історії людства пропонувалися релігійні відповіді: наприклад, божественний статус давніх монархів, висловлювання святого Павла про всяку владу від Бога (Рим., 13:1), статус монарха як глави Церкви, середньовічне вчення про божественне право короля та відповідні міфи, символи та ритуали. Релігія включала політичну владу в метаполітичний контекст того, що колись Лео Штраус⁷ називав «уявною досконалістю», і пов'язувала її з трансцендентними силами та потойбічними цілями, що надають смисл життю людини, тобто Град Божий, спасіння чи небо.

Таким чином, релігія та санкціоноване нею право норматизували відносини між людиною та політичним порядком. Якщо монарх є одним із богів або сином Бога чи Неба, або божественною є сама природа державного урядування чи право монарха володарювати над своїми підданими, то влада уряду є частиною вічного божественного порядку і повинна сама дотримуватися вимог Бога, а не діяти на виключно свій власний розсуд. Страх і безсилля, які відчувала людина перед могутністю суверена, відтворювались у відповідному страху і безсиллі суверена перед могутністю бога чи богів та його обов'язку правити за божественними приписами; і правитель, і підкорена особа обидва несли відповідальність перед Богом.

Реальні політичні практики, звичайно, були складнішими і в аспекті джерел легітимності державної влади, і в аспекті реального відчуття монархом власної зв'язаності божественною метою його влади, що підтверджується у першому випадку політичними формами, де релігійна легітимація державної влади переплітається з елементами політичного представництва (наприклад, Рим часів республіки), а у другому випадку – численними філіппіками старозавітних пророків проти несправедливих монархів і продажних суддів.

Секуляризація політики та права, тобто витиснення релігійного контексту з політико-правового дискурсу, змінює цю схему. Політика стає виключно або переважно справою цього, а не потойбічного світу. Посилаючись на історичне дослідження Крістофера Хілла, Джеффри Стаут⁸ вказує, що вже в середині XVII ст. цитування Священного Писання в англійському парламенті могло викликати хіба що сміх, що означає, що публічний дискурсивний авторитет Біблії зменшився. Божественне право короля не завадило Вищому суду справедливості відправити Карла I на шибеницю.

⁷ Leo Strauss, "Three Waves of Modernity," in *Introduction to Political Philosophy* (Detroit: Wayne State University Press, 1989), 86.

⁸ Jeffrey Stout, *Democracy and Tradition* (New Jersey: Princeton University Press), 94–95.

Водночас віра, релігійний спосіб аргументувати владу, символізм та ритуали, які раніше пов'язували політичну систему з традиційною релігією, повністю з політики не зникли. Еміліо Джентіле⁹ пише, що у новітні часи відбувається перехід від сакралізації політичної влади до сакралізації політичної системи. Іншими словами, сама політика набуває рис релігії, різниця полягає лише в тому, що зміст релігії, як зазначає Ерік Фогелін,¹⁰ вже не виходить за межі світу, а стає іманентним йому. Іншими словами, віра та прихильність релігійного типу та відповідні практики починають спрямовуватися на речі цього світу – батьківщину, людство, клас, расу, минуле, історію, стосунки між правителем і підлеглими, які або були зачаровані (Георг Зіммель) або залякані (Ерік Фромм) правителем.

Джентіле говорить про дві форми цієї світської релігії: громадянська релігія та політична релігія. Він пише:

Громадянська релігія – це концептуальна категорія, яка містить форми сакралізації політичної системи, що гарантують плюралізм ідей, вільну конкуренцію у здійсненні влади та здатність підлеглих змінювати тих, хто ними управляє, за допомогою мирних та конституційних методів... Політична релігія є сакралізацією політичної системи, заснованою на незмінній монополії влади, ідеологічному монізмі, обов'язковому та безумовному підпорядкуванні індивідів та спільнот її кодексу заповідей.¹¹

Тоталітарний режим претендує на те, щоб бути більше, ніж формою правління. Він бачить себе вершителем історії, творцем нового суспільства або нової соціально-економічної формації, джерелом світової революції, захисником раси чи нації, яка перебуває під загрозою. Ця священна місія виправдовує монополію уряду на політичну та економічну владу, тотальний контроль над суспільством та будь-яке свавілля та терор стосовно окремих людей, оскільки, як наголошується, ці засоби ведуть до омріяної кінцевої мети. У цьому сенсі будь-яка реальна тоталітарна держава є сумішшю страху та перспективного щастя – «раєм по цей бік могили» (Йозеф Шумпетер¹²), де страх перед всемогутньою та всезнаючою машиною влади, яка не зв'язана жодними обмеженнями, компенсується офіційною перспективою майбутнього щастя: комуністичним безкласовим суспільством чи Тисячорічним рейхом, до якого людство, як проголошував плакат у Соловецькому таборі, потрібно вести «залізним кулаком».

Я не буду окремо обговорювати питання про те, чи політичні релігії копіюють чи замінюють традиційну релігію.¹³ Мені здається, що цілі тоталітаризму, тотальної

⁹ Emilio Gentile, *Politics as Religion* (New Jersey: Princeton University Press, 2006), XIV.

¹⁰ Eric Voegelin, *Political Religions* (Lewiston, New York: E. Mellen Press, 1986), 14.

¹¹ Gentile, *Politics as Religion*, XV.

¹² Joseph Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy* (London, New York: Routledge, 2006), 6.

¹³ Peter Baehr and Hannah Arendt, *Totalitarianism and the Social Sciences* (New York: Stanford University Press, 2010).

James Gregor, *Totalitarianism and Political Religion: An Intellectual History* (Redwood City: Stanford University Press, 2012).

монополізації влади та контролю над суспільством та індивідами, їх поведінкою та свідомістю підштовхують таку політичну систему до широкого (можливо, спотвореного) використання та відтворення релігійних підходів та концепцій. Для тоталітарних режимів релігійні способи обґрунтування і здійснення влади сприяють досягненню цих цілей.¹⁴ І тому деякі «острівці» – вільні від політичної ідеології та правові інститути (такі як цивільно-правові договори), в умовах розквіту тоталітаризму є винятком.

Ми можемо розглядати радянський політичний режим з його офіційною комуністичною ідеологією, підтримуваною культами, міфами, символами, ритуалами, практиками та інститутами як політичну релігію, спираючись на яку, Ленін та його партія більшовиків захопили, монополізували та змогли тривалий час утримувати владу.

Основу ідеології радянського комунізму склало ленінське та згодом сталінське тлумачення марксизму. Вчення Маркса про неминучу пролетарську революцію та побудову комуністичного безкласового та бездержавного суспільства нагадує не стільки наукову теорію, скільки пророцтво чи «пророчу релігію» (Карл Поппер¹⁵) про останніх, які стануть першими, про «світовий пожар у крові» та Град Божий на землі. Це важливий момент, адже таке тлумачення класової боротьби виводить її за межі політики та економіки, а політичний режим – за межі управління справами суспільства. Звільнення пролетаріату разом із усім людством стає питанням бою добра і зла, вигнання несправедливості з цього світу,¹⁶ а не лише політичного протистояння і боротьби за справедливий розподіл економічних ресурсів. Тому не дивно, що марксизм, як пише Б'ярн Мелкевік,¹⁷ швидко став об'єктом культу та майже релігійної відданості тих, хто, вірячи в Комуністичний маніфест, чекав і своїми діями наближав створення комуністичної «співдружності, в якій вільний розвиток кожного є умовою вільного розвитку всіх».¹⁸

Ленінська інтерпретація марксизму посилила цю релігійну складову, прагнучи підлаштувати вчення Маркса під власні політичні цілі.

По-перше, Ленін відкинув будь-які інтерпретації марксизму, що пропонували мінімізувати класову боротьбу та експлуатацію еволюційним шляхом без революції.

¹⁴ У «Тероризмі та комунізмі» Лев Троцький ставить питання, як змусити буржуазію підкорятися, якщо пролетарська держава не матиме «загробних кар» та «попівського пекла». Для нього відповіддю був терор. Однак терор не був би ефективним, а політичний порядок не був би стабільним без ідеології, до якої не було залучено більшість населення (Leon Trotsky, *Terrorism and Communism. A Reply to Karl Kautsky* (Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1961), 22).

¹⁵ Karl Popper, *Open Society and Its Enemies, Vol. II: The High Tide of Prophecy: Hegel, Marx, and the Aftermath* (Princeton: Princeton University Press, 1963), 198.

¹⁶ Baehr and Arendt, *Totalitarianism and the Social Sciences*, 193.

¹⁷ Bjarne Melkevik, *Marxisme et Philosophie de Droit: le Cas Pasukanis* (Paris: Buenos Books International, 2010), 7.

¹⁸ Karl Marx and Friedrich Engels, *The Communist Manifesto* (London: Penguin Books, 1985), 105.

По-друге, Ленін, з посиланням на Маркса та Енгельса, обґрунтував, що перехід від капіталістичного суспільства до комунізму має містити одну проміжну і дуже важливу зупинку. Революція не є засобом знищення держави; вона замінює буржуазну державу на державу перехідного типу, пролетарську державу, що почне відмирати з поступовим зникненням класових суперечностей.¹⁹ Держава диктатури пролетаріату (насправді, його та його партії власної диктатури) – єдиний шлях до побудови комунізму. Ленін підкреслював, що експлуататорів можна швидко розбити, але не можна швидко знищити,²⁰ тому після революції держава пролетарської диктатури має зберегтися і бути достатньо сильною для битви з буржуазією та її посібниками. Сталін додав до цієї ідеї тезу про зростання класових протиріч під час переходу до комунізму та про неможливість зникнення держави у СРСР, поки країна перебуває в оточенні капіталістичних держав,²¹ що дозволило обґрунтувати потребу у навіть ще більш потужнішій державі, котра була б підготовлена до бою проти ворогів усередині та ззовні. Тим самим відмирання держави стало питанням далекого майбутнього, а сама радянська держава постала як необхідний провідник суспільства у новий безкласовий світ, де, за словами Леніна, кожен матиме змогу «отримувати від суспільства без будь-якого контролю за працею окремого громадянина будь-яку кількість трюфелів, автомобілів, піаніно тощо».²² Ця месіанська роль дозволила державі виправдати будь-яке поводження із суспільством та окремими індивідами.

По-третє, марксизм-ленінізм був виведений з-під будь-якої наукової критики. Тексти Маркса, Енгельса, Леніна та Сталіна (за часів його правління) стали офіційним канонам, тоді як усі інші версії марксизму (анархічна, релігійна, соціал-демократична тощо) оголошувалися збоченнями або наклепом. Цю традицію заклав сам Ленін, якому верифікація висновків Маркса та Енгельса видавалась абсурдним завданням. Складність, однак, полягала в тому, що твори «апостолів комунізму» (Джордж Гінз²³) містили внутрішні доволі серйозні протиріччя, які майже неминучі, коли усі твори певного мислителя, включаючи навіть його листи, сприймаються як єдине ціле.

¹⁹ Vladimir Lenin, *State and Revolution* (New York: International Publishers, 1932), 15–16.

²⁰ Vladimir Lenin, *The Proletarian Revolution and the Renegade Kautsky* (Moscow: Foreign Languages Publishing House, 1952), 48.

²¹ Розвиваючи цю думку, Андрій Вишинський стверджував, що держава не зникне, доки усі країни світу не стануть соціалістичними (Andrey Vyshinsky, *Issues of Theory of State and Law* (Moscow: State Publishing of Law Literature, 1948), 227; Andrey Vyshinsky, *The Teachings of Lenin and Stalin on Proletarian Revolution and the State*, trans. A. Rothstein (London: Soviet News, 1948), 116–17). Іронія, однак, полягала в тому, що Енгельс справді писав про посилення публічної влади під час зростання класових протиріч всередині держави. Але він мав на увазі буржуазну державу, а не державу, де пролетарська революція вже досягла успіху (Friedrich Engels, *The Origin of the Family, Private Property, and the State: in the Light of the Researches of Lewis H. Morgan* (New York: International Publishers, 1972), 230).

²² Lenin, *State and Revolution*, 80.

²³ George Constantine Guins, *Soviet Law and Soviet Society* (The Hague: M. Nijhoff, 1959), 70.

Більше того, канон марксизму-ленінізму часто не відповідав або прямо суперечив фактичній політичній практиці більшовиків.

Внутрішні протиріччя у вченні марксизму-ленінізму долалися так само, як і внутрішні протиріччя в Біблії. Подібно до середньовічних схоластів Ленін та його послідовники жонгливали цитатами, щоб узгодити ці протиріччя, або продемонструвати, що проблема полягає не в уявному протиріччі, а в нерозумінні «правильного» революційного марксизму – символу віри, який відкрився саме більшовикам і більше нікому.²⁴ Ленін присвятив свою основну теоретичну роботу «Держава та революція», як він сам каже, «реанімації справжнього вчення Маркса про державу» і очищенню його від «опортуністичного спотворення».²⁵ Слова «спотворення» та «очищення» є надзвичайно показовими. Це риторика боротьби з ерессю, а не наукової дискусії. Як Йозеф Шумпетер писав про марксизм в цілому, для правовірного марксиста, як і для будь-якого віруючого, опонент – не просто людина, що помиляється, а людина, яка впала у гріх.²⁶

Відсутність політичних прав у радянській системі є логічним наслідком цієї тези. У ліберальних порядках критики влади мають такий самий моральний статус, як і прихильники влади. Але коли політика стає релігією, то політичні права (свобода зібрання для критиків влади, багатопартійна система тощо) посягають на ексклюзивно «істинний» політичний порядок так само, як гарантування релігійної свободи, у тому числі право не вірити, зазіхає на ексклюзивну істинність державної релігії, а критики влади впадають у такий самий гріх, що і еретики чи атеїсти. Карл Шмітт був цілком відвертим в одній зі своїх робіт нацистського періоду: «Зараз [після приходу до влади націонал-соціалістів] немає рівності, а точніше, відсутності дискримінації між ворогом Держави та її другом, між товаришем народу та чужаком».²⁷ Ця думка заслуговує на увагу ще й тому, що вона демонструє риторичну відповідність критики політичного гріха критиці концепції прав людини з боку деяких релігій, для якої використовується заперечення «відмінності» на аргументи про рівність та недискримінацію. Відповідно до цієї критики виключення жінок з певних видів професій чи видів діяльності не видається дискримінаційним, оскільки чоловіки та жінки є юридично рівними, але природно різними та мають різні соціальні ролі; гетеросексуальні та гомосексуальні відносини мають регулюватися по-різному, оскільки перші відповідають (релігійній) моралі, а другі є гріхом тощо.

²⁴ Наприклад, Ленін писав, що, коли Маркс говорив про «майбутню державність комуністичного суспільства», він зовсім не суперечив базовому уявленню про комунізм як бездержавний лад (Lenin, *State and Revolution*, 84).

²⁵ Lenin, *State and Revolution*, 6–7.

²⁶ Joseph Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy* (London and New York: Routledge, 2006), 5.

²⁷ Carl Schmitt, *State, Movement, People: The Triadic Structure of the Political Unity* (Corvallis: Plutarch Press, 2001), 4.

Протиріччя між офіційною ідеологією та реальним життям долалися шляхом того, що Ханна Арендт назвала «тоталітарною зневагою до фактів».²⁸ Усі дії режиму, що суперечили його ідеології чи офіційно заявленим цілям, вважалися нереальними, неіснуючими. Таким чином, на радянських заводах не було робітників, зобов'язаних працювати у майже рабських умовах, бо працівники Леніна були «авангардом»²⁹ трудящих та господарями світу, які «жартувати із собою нікому не дозволять».³⁰ Не було фактичної Верховної Ради СРСР – карикатури на представницький орган, що не мала жодного впливу на уряд, бо Маркс критикував буржуазну демократію саме за свавілля виконавчої влади та недостатній контроль за нею з боку парламенту,³¹ а сам парламент називав «режим хвилювання», що живе у боротьбі та боротьбою.³²

Месіанська роль держави у формуванні нового суспільства радянських людей та просуванні до комунізму доповнювалася марксистсько-ленінськими вченнями у всіх сферах суспільного життя, навіть найнесподіваніших, оскільки релігійний характер радянського комунізму вимагав спроможності створити цілісну картину світу, в якому всі першочергові питання людського життя знайдуть відповідь. «Марксизм зможе зробити все», – запевняє персонаж у забороненому антиутопічному романі Андрія Платонова «Котлован». Відповідно марксистсько-ленінське вчення може бути застосоване скрізь: від науки до сексу, де марксизм-ленінізм міг навчати, як насправді відбувається генетична мутація, або пояснювати, що у статеві стосунки можна вступати лише із «класово близькими» партнерами.

Інституційний аспект радянського комунізму складала не лише держава, а й масові об'єднання адептів комуністичного вчення (партія, державні асоціації молоді, художників, письменників тощо). Членство в цих рухах, як приналежність до державної релігії у несвітських суспільствах, було не лише способом залучення населення до офіційної ідеології, але і джерелом певних привілеїв або, частіше, умовою недискримінації.

Як і будь-яка традиційна релігія, радянська політична релігія мала власну міфологію, свої культи та антикульти, ритуали та «сакральні» місця. Усе це мало підвищувати легітимність політичного режиму та лояльність і контрольованість населення, виробляти нібито наукове пояснення і обґрунтування переваг радянської системи й емоційну установку на підтримку дій «партії та уряду». Одночасно з цим політичний режим постійно боровся із традиційною релігією, яку сприймав як ідеологічного та політичного конкурента за владу. Це дуже добре помітно в агресивній емоційності

²⁸ Hannah Arendt, *Origins of Totalitarianism* (New York: Schocken Books, 2004), 590.

²⁹ Lenin, *The Proletarian Revolution and the Renegade Kautsky*, 39.

³⁰ Lenin, *State and Revolution*, 85.

³¹ Bob Fine, *Democracy and the Rule of Law: Marx's Critique of the Legal Form* (New Jersey: Blackburn Press, 2002), 112.

³² Karl Marx, "Critique of the Gotha Programme," in *Later Political Writings* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), 71.

марксового визначення релігії «як зітхання пригніченого створіння, серця безсердечного світу, духа бездушних порядків, опіуму для народу»,³³ «дурману, від якого потрібно звільнити своє сумління»,³⁴ або у ленінському порівнянні віри у Бога з некрофілією.³⁵

На рівні ідеології, як пише Девід Уелш, «присутність божественного Творця поставила під загрозу весь проект самоспасіння людства шляхом революційних дій»,³⁶ тоді як на рівні політичної практики церкви та релігійні громади становили, мовою Ханни Арендт, природного «об'єктивного ворога»³⁷ – прихильників та членів класу експлуататорів, які вигравали від його могутності, чи навіть елемент урядової машини.

Ідеологія комуністичного атеїзму вирішує обидві ці проблеми. З одного боку, вона дозволяє державі присвоїти собі «функції та прерогативи Бога» (Уолтер Ліппманн).³⁸ Селянський поет Микола Ключев в написаному одразу після революції вірші «Ленін» чує в декретах свого героя «ігуменський окрик» і радіє, що революція дала народові «свою», а не «казенну» церкву. А з іншого боку, комуністичний атеїзм стає виправданням для відмови від свободи совісті на користь державної боротьби «проти релігійного опіуму, що дурманить народ»,³⁹ тобто війни за звільнення віруючих від «неправильних» переконань, які, стверджував один радянський дослідник релігії, є перешкодою на шляху до їхнього щастя.⁴⁰

Догмати, вчення та практики радянського комунізму впливали на нормативну систему радянського суспільства. Права і моралі, які виражали б лише логіку класової боротьби, у чистому вигляді ніколи не існувало. Те, що в СРСР називалося комуністичною мораллю, було скоріше поєднанням комуністичних цілей, патріотизму, загальних людських цінностей та правил співжиття. Те саме можна сказати і про радянське право. Існувала низка суттєвих особливостей, зумовлених вченням марксизму-ленізму та природою радянської держави. Водночас радянське право не було повністю відмежоване від свого минулого і навіть мало певні спільні риси із західним правом. У цьому сенсі правова система СРСР нагадувала правову систему нехристиянської країни, де норми релігійного права могли конкурувати з місцевими звичаями чи світськими законами і навіть могли панувати над ними, не маючи змоги їх повністю витіснити.

³³ Karl Marx, *Critique of Hegel's 'Philosophy of Right'* (Cambridge: Cambridge University Press, 1970), 131.

³⁴ Karl Marx, "The Eighteenth Brumaire of Louis Bonaparte," in *Later Political Writings* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), 31–127.

³⁵ Vladimir Lenin, *On Religion* (Moscow: Progress Publishers, 1969).

³⁶ Уелш також наводить інші цитати з Маркса на користь думки, що той розглядав релігію скоріше як ідеологічного супротивника чи конкурента, ніж чуже для його уявлень про світ явище.

³⁷ Arendt, *Origins of Totalitarianism*, 11.

³⁸ Walter Lippmann, *Public Philosophy* (New Brunswick: Transaction Publishers, 1989), 83.

³⁹ Lenin, *State and Revolution*, 76.

⁴⁰ Михаил Мчедлов, *Религия и современность* (Москва: Госполитиздат, 1982), 243.

II. Символ віри радянського права

Символ віри радянського права – це сукупність беззаперечних ідей чи догм, які виражають вплив марксизму-ленінізму на радянське право. Ці ідеї стосуються природи радянського права, його ролі в суспільстві та русі до комунізму, взаємодії права з політикою та державою, а також взаємозв'язків із буржуазним правом.

Марксизм-ленінізм розглядає право як частину надбудови над економічним базисом – відносинами виробництва та обміну. Перший розділ Маніфесту комуністичної партії починається з твердження, що історія усіх суспільств, що досі існували, є історією боротьби класів.⁴¹ Там, де засоби виробництва товарів є достатньо досконалими, щоб утворювалися залишки для обміну, існують класи та класова боротьба. Економічно домінуючий клас, який володіє засобами виробництва та привласнює надлишки, закріплює у вигляді політичних та правових інститутів своє домінування над іншими класами. Тому право завжди закріплює або фактичну нерівність, або навіть фактичну та формальну нерівність між людьми різних класів. У цьому сенсі буржуазна держава та її право є способом закріплення та вираження панування буржуазії як правлячого класу над пролетаріатом та близькими до нього соціальними групами.⁴²

Соціалістична революція призводить до того, що раніше пригнічений пролетаріат разом зі своїми прихильниками, використовуючи насильство, перебирають владу на себе і встановлюють, в інтересах тих, хто працює, державу диктатури пролетаріату. Після придушення опору з боку класу експлуататорів, зокрема, після встановлення суспільної власності на засоби виробництва, ця держава стає усенародною. Право у такій державі також є всенародним, тобто виражає інтереси усіх людей, а не окремих класів. Це, за зауваженням Леніна, «буржуазне право без буржуазії», тобто право, яке закріплює формальну рівність (і фактичну нерівність), але не застосовує цей принцип для класового пригноблення. Ленін писав, що соціалістична держава (перший етап переходу до комунізму) зберігає формальну рівність у розподілі продуктів споживання, коли кожен за рівну кількість праці отримує рівну заробітну плату (принцип «від кожного відповідно до його можливостей, кожному відповідно до його праці»). Тим самим буржуазно-правовий принцип формальної рівності використовується для знищення класів.⁴³

Усенародна соціалістична держава є останньою політичною формою перед комунізмом – безкласовим суспільством самоврядних громад, в якому держава і право відмирають. Всупереч іншим версіям марксового вчення Ленін підкреслював, що державу можна зруйнувати лише після руйнування класів соціалістичною революцією та встановлення соціалізму, що призводить до відмирання держави. Крім того, стверджував перший радянський лідер, після отримання політичної влади пролетаріат має

⁴¹ Marx and Engels, *The Communist Manifesto*, 79.

⁴² Ibid, 92–93.

⁴³ Lenin, *State and Revolution*, 82.

повністю зруйнувати стару державну машину і замінити її на нову, що складається з організації озброєних робітників.⁴⁴

Таким чином, зміст права, як й інших елементів надбудови – політики, релігії, мистецтва, – визначається природою економічних відносин та класовою боротьбою в конкретний історичний період. Картини Рембрандта і романи Діккенса, середньовічне *droit coutimier* та формальна рівність буржуазного права, вибори та права людини, Бог і шлюб – все це виражає економічні умови життя в даному суспільстві та його класові суперечності. Змінюється економічний порядок – змінюються й ідеологічні форми його розуміння та вираження.

Що це означає для права?

По-перше, право є жертвою історичного розвитку. Коли настане фінал історії і утвориться комуністичне суспільство, право як інструмент примусу відіме. Відповідно призначення і фатум радянських юристів – жити в епоху відмирання того, чому вони присвятили своє професійне життя, та своїми діями наближати смерть права.

По-друге, якщо право є похідним від економічних відносин, його самостійний вплив на суспільство вельми обмежений. Правова форма потрібна для закріплення нового економічного ладу (наприклад, шляхом ухвалення і виконання законів про націоналізацію власності капіталістів, переслідування класових ворогів, зміцнення політичного режиму). Право – також і засіб просування комуністичних ідей; воно має виховну функцію. Однак право не здатне змінити існуючий економічний порядок. Натомість право, як частина надбудови, змінюється лише тоді, коли змінюється економічний базис.

Більше того, якщо головне екзистенційне питання стосується зміни економічного порядку, то задля побудови суспільства без класових суперечностей держава, що веде його до комунізму, може використовувати правові інструменти – закони та декрети, суди та судові процеси, як і всі інші елементи надбудови від політики до філософії, як їй заманеться. У таких випадках вся надбудова може стати ідеологічною зброєю в боротьбі добра (соціалістична держава на шляху до комунізму) проти зла (капіталістична система). Це не означає, що ця боротьба визначає зміст будь-якого закону, адміністративного акта, судового рішення чи будь-якої лекції в будь-якій юридичній школі, так само як і зміст книги чи фільму, але означає, що цей зміст завжди може бути зумовлений такою боротьбою. Якщо держава цього потребує, то закон та суд (а також і підручник з римського права, дитячі мультфільми або навіть п'єси Шекспіра) можуть бути мобілізовані на захист політичної системи. Поль Рікер писав:

Якщо уважається, що усі ці сфери [право, політика, релігія, культура] не є автономними, то держава сталінського типу є цілком можливою. Аргумент тут такий, що якщо економічний базис превалює, а усі інші сфери – лише його відображення, тіні чи відлуння, то тим

⁴⁴ Lenin, *State and Revolution*, 94.

самим ми допускаємо можливість маніпулювання цими сферами заради вдосконалення економічного базису.⁴⁵

Принаймні, що стосується права, ця держава настільки ж сталінська, як і ленінська. Ленін вказує, що інтереси революції вищі, ніж формальні права демократично обраного представницького органу (Всеросійських установчих зборів).⁴⁶ Іншими словами, правовими нормами можна знехтувати, якщо цього вимагає революція або ленінські уявлення про неї. У своєму листі до Дмитра Курського Ленін безпосередньо вимагає швидких, заснованих на революційній доцільності, показових судових процесів проти політичних ворогів радянської влади та агентів буржуазії та наголошує на ролі партійного впливу на суддів та членів революційних трибуналів для досягнення цього результату.⁴⁷ У цій вимозі політичної розправи над опонентами, що мала бути освячена рішенням суду, легко побачити майбутні сталінські показові процеси над ворогами народу і роль юридичної форми у встановленні нового соціалістичного ладу.

З точки зору політичної релігії юридична форма цінна настільки, наскільки вона відповідає проголошеним або фактичним цілям радянського режиму, в першу чергу, забезпечення лояльності державі та її політиці. Тому Ленін у згаданому листі кілька разів підкреслює роль більшовицької партії в «покращенні» роботи суддів і чиновників. Мова не йде про альтернативне джерело правосуддя або нормотворчості (на основі партійної моралі, партійних рішень тощо), оскільки після революції партія не становить окремої від держави публічно-владної сили. Ленін має на увазі вплив політики на право, коли юридичні конструкції і принципи на кшталт презумпції невинуватості або *due process* є менш значимими, ніж політична доцільність, адже цілі політичної релігії вище юридичних принципів.

По-третє, епоха соціалізму має «своє власне» соціалістичне право як частину, етап комуністичного ідеалу, що поступово збувається, втілюється в життя. Це право у більшості концепцій радикально відрізняється від буржуазного права. Його можна порівнювати з буржуазним правом тільки з урахуванням того, що останнє, навіть одягнене в тогу прав людини або демократії, завжди виражає класовий примус і нерівність, а перше завжди виражає протилежне. У роботі «Пролетарська революція і ренегат Каутський» Ленін писав: «Візьміть основні закони сучасних держав, візьміть управління ними, візьміть свободу зібрань або преси, візьміть “рівність громадян перед законом”, – і ви побачите на кожному кроці добре знайоме кожному чесному і свідомому робочому лицемірство буржуазної демократії».⁴⁸

⁴⁵ Paul Ricoeur, *Lectures on Ideology and Utopia* (New York: Columbia University Press, 1986), 115.

⁴⁶ Lenin, *The Proletarian Revolution and the Renegade Kautsky*, 75.

⁴⁷ Владимир Ленин, *Полное собрание сочинений*, 5-е изд., т. 44 (Москва: Издательство политической литературы, 1970), 396–97.

⁴⁸ Lenin, *The Proletarian Revolution and the Renegade Kautsky*, 34.

Це зручна рамка, яка дозволить радянській юридичній науці дивитися на буржуазне право так само, як Володимир Маяковський дивився на нью-йоркську буржуазію в поемі «Бродвей» – «зверху»:

Я в восторге от Нью-Йорка города.
Но кепчонку не сдерну с виска.
У советских собственная гордость:
На буржуев смотрим свысока.

У буржуазному праві немає і не може бути гарантій «реальних» прав людини або «реальної» справедливості. Натомість існують лише правові норми, процедури та інститути, за допомогою яких капіталісти забезпечують своє політичне домінування та поневолення експлуатованих класів.

Підтримка цього міфу у радянському праві спиралася на вже згадане «тоталітарне презирство до фактів» – альтернативний світ минулого, сьогодення і майбутнього права, часто дуже далекий від реального світу. У розпал сталінських репресій 1938 р., коли щодня суди і квазісудові трибунали («трійки») відправляли невинних людей на смерть, автор найвідомішого радянського підручника кримінального процесу докладно розмірковує про незалежність радянських суддів і їх підпорядкування лише закону.⁴⁹ Того ж року Андрій Вишинський писав про необхідність встановлення індивідуальної вини у кожному конкретному злочині⁵⁰ на тлі практики покарання членів сім'ї ворогів народу. В іншій своїй роботі Вишинський вказує, що принципова особливість радянського конституціоналізму – це реальність конституційних прав, фактична можливість їх використовувати, тоді як буржуазне конституційне право є мистецтвом перекручення дійсності.⁵¹ В реальності зазвичай все було з точністю навпаки: право на мітинг радянські громадяни могли реалізувати тільки в формі демонстрації на підтримку партії та уряду. Радянські конституції декларували право суб'єктів радянської федерації вийти з її складу, хоча насправді юридичний механізм виходу так і не було встановлено, а будь-які подібні спроби кваліфікувалися б як сепаратизм, буржуазний націоналізм і зрада Батьківщині.

Минуле, сьогодення і майбутнє в цьому альтернативному світі права могло змінюватися залежно від політичної ситуації. Футуристичні прогнози радянських юристів про швидке відмирання права в роботах першого десятиліття після Жовтневої революції практично зникають в наступні роки, оскільки держава бачить в ідеї відмирання загрозу власної могутності. Впливовий радянський теоретик права й

⁴⁹ Михаил Строгович, *Природа Советского уголовного процесса и принцип состязательности* (Москва: Юридическая пресса Народного комиссариата министерства юстиции СССР, 1939), 39.

⁵⁰ Vyshinsky, *Issues of Theory of State and Law*, 109.

⁵¹ *Ibid*, 113.

юрист Євген Пашуканіс наприкінці 1930-х р. ХХ ст. перетворюється в керівника банди ворогів народу, а його концепція права стає шкідницькою, щоб знову стати актуальною і цитованою вже після смерті Сталіна. В середині 1920-х рр. Андрій Вишинський в одній зі своїх робіт шанобливо цитує Миколу Криленка як аргумент правильності власних думок. А через дюжину років називає розстріляного в 1938 році Криленка фальсифікатором науки і шкідником і звинувачує його в «наклепницькому викладі [ідей] Леніна».⁵²

Радянське право було також секуляризованим, тобто повністю емансипованим від традиційної релігії. Вище я торкався мотивів конфлікту радянської політичної релігії і традиційних релігій. Бог кидав тінь на всемогутність держави, релігія була ідеологічним конкурентом і об'єктивним політичним ворогом тоталітарної системи. Для права це означало три основні моменти. По-перше, релігійне праворозуміння було повністю виключено з правового дискурсу, хоча сам цей дискурс, що існував в рамках описаної мною догми, був в значній мірі релігійним за своєю природою. Всі подібні концепції (наприклад, неотомізм Жака Марітена) вважалися реакційними і ненауковими. По-друге, співвідношення релігії та права розглядалося виключно в рамках проблем історії права або порівняльного правознавства. Для того, щоб перерахувати спеціальні теоретико-правові дослідження права і релігії, вистачить пальців однієї руки; провідні радянські теоретики воліли триматися від цієї теми подалі. У цьому була логіка, адже релігія – пережиток минулого, форма терапії для пригноблених і спосіб освячення влади пануючого класу в умовах соціалізму – повинна відмерти, при чому значно швидше держави і права. По-третє, правова форма використовувалася як інструмент боротьби проти релігії (обмеження священників в політичних правах, кримінальна відповідальність за релігійну пропаганду серед неповнолітніх тощо).

III. Розвиток теології радянського права

У цій частині я розгляну питання про те, як теологія радянського права розвивала свій символ віри за допомогою чотирьох взаємопов'язаних проблем: 1) «смерть» права; 2) співвідношення соціалістичного та буржуазного права; 3) зв'язки між правом і політикою; 4) економічна природа права (проблема базису-надбудови). Термін «теологія» тут, звичайно, є умовним. Я використовую його, щоб підкреслити, що в дослідженнях радянських юристів не було чіткого розрізнення між філософією чи теорією права та релігійними тлумаченнями марксизму-ленінізму. Семюель Шуман порівнював радянську філософію з «теологічною екзегезою, а не з будь-чим, що може бути визначено як професійний продукт таких людей, як Платон, Кант або Юм».⁵³ Спостереження Шумана є особливо доречним після уніфікації

⁵² Vyshinsky, *Issues of Theory of State and Law*, 109.

⁵³ Samuel Shuman, "Soviet Legality as Revealed by Soviet Jurisprudence," *Wayne Law Review*, no. 2 (Spring 1959): 112. Термін «екзегеза» стосовно творів ленінських та сталінських філософів також

в радянській науці підходів до права, проведеної Андрієм Вишинським наприкінці 1930-х рр. Проте теологія радянського права мала просувати цілком раціональні цілі тоталітарного політичного режиму: централізація влади, максимальна присутність держави у суспільному житті та контроль над суспільством, лояльність населення і його (законо)слухняність.

Філософію і теорію радянського права об'єднує кілька загальних методологічних прийомів:

1) обов'язкові посилання на канонічні тексти марксизму-ленізму як спосіб обґрунтування правильності власних висновків;

2) класовий підхід як єдиний науковий і об'єктивний підхід до права; всі інші способи пояснити права помилкові або обмежені, оскільки не враховують роль класової боротьби;

3) протиставлення соціалістичного (радянського) і буржуазного права (звідси використання в назвах різних юридичних наук прикметників «соціалістичний» або «радянський»: теорія соціалістичного права, радянське кримінальне право, радянський цивільний процес);

4) політизація й ідеологізація наукової дискусії шляхом політичної оцінки опонентів (наприклад, вказівка на його класову чи партійну приналежність), яка, як вважалося, визначає і пояснює сутність і зміст їхніх теорій. Якщо твій ідейний супротивник – буржуазний юрист, він ніколи не погодиться із класовою природою права або правомірністю пролетарської революції, адже це суперечить інтересам його класу. Самі подібні дискусії між західними і радянськими юристами розглядалися останніми як форма ідеологічного протистояння, де політична лояльність важливіша академічної чесності;

5) нерозривний зв'язок держави і права. Право не мислиться існуючим до державної організації суспільства і поза публічно-владним примусом. Показово, що починаючи з 1940-х рр. базовий предмет всіх юридичних шкіл СРСР, з якого починалося вивчення юриспруденції, і відповідна наукова дисципліна називалися теорія держави і права, а не «загальна теорія права», як це існує у країнах континентальної традиції.

Відмирання права – найпростіше, напевно, питання в символі віри радянського права. Оскільки право не існує без примусової сили держави, відмерти вони повинні разом із настанням комунізму. Вище я вже зупинявся на тому, чому в розумінні марксизму-ленізму держава не може відмерти відразу після соціалістичної революції. Вона потрібна для боротьби з поваленим класом експлуататорів, який «з подесятереною енергією, шаленою пристрастю, з ненавистю, збільшеною у сто разів» кидається в бій за повернення «забраного раю» свого панування.⁵⁴ Логіка класової боротьби і потім охорони завоювань революції від внутрішніх і зовнішніх ворогів відповідає цілям тоталітарної системи, дозволяючи державі безкінечно посилюватися. Теза про

вживав і Карл Шмітт (*Schmitt, State, Movement, People: the Triadic Structure of the Political Unity*, 63).

⁵⁴ Lenin, *The Proletarian Revolution and the Renegade Kautsky*, 39.

поступове відмирання держави і права цілям цієї системи не відповідає, оскільки навіть на рівні лінгвістичного аналізу відмирання означає поступове ослаблення права аж до його «смерті». Тому радянська юриспруденція швидко еволюціонує від відмирання як реального майбутнього права до відмирання як процесу, що знаходиться за горизонтом подій.

Пашуканіс⁵⁵ вважає, що відмирання права пов'язане з ліквідацією приватної власності і утвердженням планових засад в економіці. Як зазначає Б'ярн Мелкевік, для Пашуканіса відмирання права повинно слідувати за занепаданням ринкового суспільства, а не у зв'язку з якимось політичним рішенням чи ідеологічним дискурсом.⁵⁶ Однак у пізніших роботах Пашуканіс робить важливе уточнення. Якщо спочатку він веде мову про відмирання, вивітрювання буржуазного права при переході до комунізму, то потім, спираючись на ідею Маркса і Леніна про буржуазне право без буржуазії, Пашуканіс говорить вже про право як «спадщину буржуазної епохи, якій судилося пережити саму буржуазію», перехідне радянське право, що існує, доки зберігається еквівалентне відношення між трудовими затратами і винагородою за працю.⁵⁷ Пов'язане з цим уявлення про те, що право відмирає лише після досягнення повної матеріальної рівності в суспільстві, сформулював Петро Стучка⁵⁸ та Михайло Рейснер. Останній зазначав, що «формула, яка передбачатиме нерівне до нерівного, вб'є право».⁵⁹ Дискусію дуже показово підсумовує Андрій Вишинський:

Право відіме тільки тоді, коли люди настільки звикнуть до дотримання основних правил співжиття, що будуть їх виконувати без будь-якого примусу. А до того потрібен загальний контроль, потрібна жорстка дисципліна у праці і співжитті, потрібне повне підпорядкування всієї роботи нового суспільства дійсно демократичній державі.⁶⁰

Це дійсно була крапка в дискусії. Після Вишинського тема відмирання права як події, що наближається, вже ніколи в радянській юридичній науці серйозно не обговорювалася. Утопія, в якій абсолютно всі люди дотримуються абсолютно всіх

⁵⁵ Безсумнівно, Пашуканіс є найпомітнішим за межами СРСР радянським теоретиком права. Його книга «Загальна теорія права і марксизм» була перекладена кількома європейськими мовами. Ідеї та думки Пашуканіса згадувалися у таких класичних творах, як «Моральність права» Лона А. Фуллера та «Вступ до філософії права» Роско Паунда. За словами Б'ярна Мелкевіка, Паунд навіть вивчав російську мову, щоб читати твори Пашуканіса (Bjarne Melkevik, *Marxisme et Philosophie de Droit: le Cas Pasukanis* (Paris: Buenos Books International, 2010), 87). Нарешті, Пашуканіс – єдиний радянський учений-юрист, ідеї якого досі привертають увагу філософів права (див. чудову книгу професора Мелкевіка).

⁵⁶ Melkevik, *Marxisme et Philosophie de Droit: le Cas Pasukanis*, 48.

⁵⁷ Евгений Пашуканис, *Избранные произведения по общей теории права и государства* (Москва: Наука Пресс, 1980), 50, 55.

⁵⁸ Пётр Стучка, *Революционная роль права и государства* (Москва: Советская законодательная пресса, 1932), 102.

⁵⁹ Михаил Рейснер, *Право, наше право, чужое право, общее право* (Ленинград: Государственное издательство, 1925), 259.

⁶⁰ Vyshinsky, *Issues of Theory of State and Law*, 44.

суспільних правил і готові трудитися щосили, щоб отримати рівну з усіма кількість ленінських «трюфелів, автомобілів, піаніно», передбачувано реальністю не стала на відміну від другої частини цитати Вишинського про всезагальний контроль і повне підпорядкування.

Співвідношення соціалістичного і буржуазного права розглядається з позиції згаданої концепції унікального «буржуазного права без буржуазії». Будь-яке право виражає волю панівного класу і підтримується примусовою силою держави. Соціалістичне право, як пише Петро Стучка, – це право перехідного періоду від капіталізму до комунізму.⁶¹ У ньому є класовість і примусовість, але особливого роду. Соціалістичне право не служить інструментом гноблення більшості (пролетаріат, селяни) меншістю (буржуазія), а класова воля пролетаріату втілена в ньому в інтересах всього народу. Хоча це все ще право формальної рівності і фактичної нерівності, проте в ньому, стверджує Андрій Вишинський, вже присутні елементи фактичної рівності: суспільна власність на засоби виробництва, якою кожен володіє в рівній мірі, принцип «хто не працює, той не їсть», рівні для всіх трудівників соціальні права на освіту, медицину, пенсійне забезпечення, допомога багатодітним сім'ям тощо.⁶² Вишинський підкреслював, що всі ці переваги надавали «радянська влада» та «радянська держава».⁶³ Таким чином, держава виступає оператором народного багатства (насправді – реальним власником) і розподільником суспільних благ, що зміцнює необхідний тоталітарному порядку патерналістський характер відносин держави з суспільством.

Вище я вже казав, що природу радянського права важко описати звичною мовою філософії права. На думку Дж. Патона, філософія радянського права – це не природне право, оскільки немає жодного граничного критерію, якому право завжди має відповідати.⁶⁴ Рене Давід, який досліджував правові системи СРСР та інших соціалістичних держав як частину юридичної карти світу, вбачав у радянській філософії права риси і позитивізму, і природного права, оскільки хоча право ототожнюється з законом, але сам законодавець пов'язаний реаліями матеріального і духовного порядку.⁶⁵ Радянські юристи (наприклад, Володимир Туманов) також заперечували зв'язок марксизму з природним правом.⁶⁶ Сергій Максимов зазначає, що інтерпретування марксистського праворозуміння як позитивістського є сильним спрощенням його методологічних позицій, оскільки марксизм виходить з нерозривності

⁶¹ Пётр Стучка, *Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права* (Рига: Латвийская государственная пресса), 102

⁶² Vyshinsky, *Issues of Theory of State and Law*, 43.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Paton, "Soviet Legal Theory," 59.

⁶⁵ Rene David and John Brierley, *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law*, 2nd ed. (London: Stevens & Sons, 1978), 197–98.

⁶⁶ Владимир Туманов, *Буржуазная правовая идеология. К критике учений о праве* (Москва: Наука, 1971), 342–43.

сущого і належного і вбачає онтологічні підвалини права у суспільних, передусім економічних, відносинах, чим протиставляє себе юридичному позитивізму, що ототожнює право із законом. Водночас, вважає Максимов, марксизм протистоїть також і суб'єктивістським концепціям природного права, вважаючи, що «нормативність існує не стільки у свідомості суб'єкта, скільки впливає з властивостей соціальних відносин».⁶⁷

У 1920-х і на початку 1930-х р. існувало кілька конкуруючих версій марксистського розуміння права. Євген Пашуканіс розвивав «обмінну теорію права». Первинною клітинкою правової тканини, де право здійснює реальний рух, виступає юридичне відношення обміну товарами між автономними формально рівними суб'єктами.⁶⁸ Тому право – це в першу чергу буржуазне право, де принцип формальної рівності (і фактичної нерівності), на якому заснований ринковий обмін, проявляється в найбільшій мірі. Якщо відносини склалися, то значить право виникло; якщо ж був виданий закон або декрет, але відповідних відносин на практиці не виникло, значить мала місце невдала спроба створити право. Отже, підсумовує Б'ярн Мелкевік, держава у Пашуканіса має монополію на прийняття правових норм,⁶⁹ але не має монополії на їхню розробку, оскільки виконання цього завдання в рівній мірі забезпечується за рахунок економіки, релігії, політики та звичаю.⁷⁰

Як систему суспільних відносин, які відповідають інтересам панівного класу і охороняються його організованою силою, розуміє право і Петро Стучка.⁷¹ Самі правові відносини Стучка визначає як конкретну форму права, а закони, в яких організована сила панівного класу (тобто в звичайних умовах держава) їх закріплює, – як абстрактну форму права. Абстрактна форма може співпадати з конкретною, а може розходитися з нею у вигляді, наприклад, застарілого закону, закону, що випереджає суспільний розвиток, чи закону, який не можна виконати. Ця розбіжність корегується на рівні тлумачення і застосування права, які завжди мають класовий характер: буржуазний суддя буде захищати інтереси панівного класу буржуазії, навіть коли закон охороняє феодальні порядки або захищає пролетаріат, а радянський суддя у всіх випадках невизначеності закону повинен виходити з інтересів пролетаріату і його влади, навіть якщо суспільні

⁶⁷ Сергей Максимов, *Правовая реальность. Опыт философского осмысления* (Харьков: Право, 2002), 64.

⁶⁸ Акт обміну – ключове поняття, за допомогою якого Пашуканіс характеризує будь-які право-відносини. Кримінальне право також побудоване на логіці обміну: злочинець «обмінює» свій злочин на власну свободу.

⁶⁹ Правова роль держави у Пашуканіса зводиться до регулювання через законодавство і правозастосовну практику відносин товарного обміну в інтересах пануючого класу. Під час загострення класових протиріч держава застосовує прямі класові репресії. Проте такі дії – сфера політичної доцільності, а не права (Евгений Пашуканис, *Избранные произведения по общей теории права и государства* (Москва: Наука Пресс, 1980), 168).

⁷⁰ Melkevik, *Marxisme et Philosophie de Droit: le Cas Pasukanis*, 67.

⁷¹ Стучка, *Революционная роль права и государства*, 9.

відносини все ще базуються на буржуазних інтересах.⁷² Таким чином, для розуміння правових норм потрібно звернути увагу як на право в книгах, так і на право у дії.

Близькі до Стучки погляди мав Яків Магази́нер, який розуміє під правом систему загальнообов'язкових норм, проте уточнює, що держава закріплює і охороняє ці норми в інтересах пануючого класу, а створюються ці норми самим суспільством. Магази́нер підкреслює, що норми, які ще не діють або вже не діють, не є правовими. Крім того, норми законів «перетворюються, переломлюються і проводяться в життя... практикою адміністративних і судових органів».⁷³

Інший авторитетний радянський юрист Михайло Рейснер з'єднує класовий підхід з психологічною теорією права Леона Петражицького. На думку Рейснера, кожен клас має свої уявлення про право, які можна назвати інтуїтивним класовим правом. «Загальне» право кожного суспільства – це компроміс окремих класових «прав», в якому сильною стороною є панівний клас. Цей компроміс закріплюється в законі – «слові, яке народжується від свого батька-влади і матері-права».⁷⁴

Ці теорії здаються соціологічними (або певним поєднанням соціологічних підходів та правового позитивізму), оскільки тут чинність права пов'язана не лише із встановленням норм права певним правовим авторитетом, а й з їхньою реальною дією у суспільстві. Соціологічні теорії права суперечать логіці тоталітарної системи, яка не готова визнати та прийняти будь-які системні обмеження її законодавчих повноважень та її права впливати на суспільство та змінювати його за допомогою правових засобів. Перспектива знайти право у реальній адміністративній та судовій практиці, а не в законодавчих актах, звичайно, здається спокусливою – це дає можливість державним чиновникам та суддям маніпулювати законами, виконуючи забаганки керівників держави чи партії. Але надання надто великої дискреційної сили рядовим «гвинтикам» державної машини суперечить тоталітарній меті концентрації та централізації влади. Замість того, щоб максимально слідувати волі законодавця, такі чиновники і судді, керуючись своєю правосвідомістю, отримали б фактично можливість створювати власні норми права.

Ближче до правового позитивізму був Микола Криленко, який акцентував увагу на примусовій силі правових норм. Для Криленка право – це все, що держава захищає як право, хоча він додає, що пролетаріат «може хоробро і безстрашно йти вперед і робити свою пролетарську справу, незважаючи та навіть всупереч... будь-яким формальним законам та незалежно від них».⁷⁵ Ця ідея влаштувала більшовиків до їхнього приходу до влади (на подібні аргументи Ленін спирався, обґрунтовуючи примусовий розпуск Всеросійських установчих зборів), оскільки дозволяла виправдати

⁷² Стучка, *Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права*, 130–31, 172, 186–87.

⁷³ Яков Магази́нер, *Избранные труды по общей теории права* (Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2006), 68–70.

⁷⁴ Рейснер, *Право, наше право, чужое право, общее право*, 117, 130.

⁷⁵ Николай Крыленко, *Беседы о праве и государстве* (Москва: Красная Новь, 1924), 28, 119.

революцію та будь-які волюнтаристські заходи щодо захисту та зміцнення нової пролетарської держави. Водночас ця ідея навряд чи влаштувала більшовицьку державу, оскільки вона дозволяла виправдати також і заколот вже проти самих більшовиків.

Більше того, тоталітарна система загалом погано сумісна з дискусіями про природу права. Будь-яка незгода і розбіжність поглядів, будь-які філософські школи, фракції чи партії, будь-які протистояння ідей заохочують плюралізм думок, що шкодить соціальній мобілізованості та лояльності до держави. Ісає Берлін писав, що саме тому, отримавши усю повноту влади, Сталін припинив усі ідеологічні дискусії, оголосивши перемогу тієї чи іншої (часто випадково обраної) школи.⁷⁶ Підходи до природи права уніфікуються Андрієм Вишинським наприкінці 1930-х років.⁷⁷ Він визначив право таким чином:

Право – це сукупність правил поведінки, що виражають волю панівного класу, встановлених в законодавчому порядку, а також звичаїв і правил співжиття, санкціонованих державною владою з метою охорони, закріплення і розвитку суспільних відносин і порядків, вигідних і бажаних для панівного класу.⁷⁸

Це визначення може здатися природно-правовим, оскільки, на перший погляд, легітимність права пов'язана з його відповідністю позаправовому критерію – класовій волі. Саме це робить правову норму правовою. Однак будь-яка концепція природного права передбачає (1) відмінність між природним і позитивним правом і (2) вирішення питання, що робити, якщо друге не відповідає першому (наприклад, формула Радбруха, конституційний контроль, *contra legem* тощо). У Вишинського ж норми права завжди виражають волю пануючого класу і завжди закріплені або санкціоновані державою. Іншими словами, позитивне право завжди відповідає природному, а держава – це єдиний «транслятор» волі панівного класу, яку він і «дарує за указом указ». Поза державою і тим більше всупереч державі воля й інтереси панівного класу не можуть бути артикульовані, адже радянська держава – перша у світі держава, де перемогла пролетарська революція і запанувала соціальна справедливість. Більш того, держава, цілком у душі її месіанської ролі, краще знає цю волю, ніж сам панівний клас, і тому уповноважена закріплювати норми, що відображають не дійсну класову волю, а те, що йому буде вигідно в майбутньому «в цілях... розвитку суспільних відносин..., вигідних панівному класу». І, що цілком логічно, концепція Вишинського не передбачає жодних

⁷⁶ Isaiah Berlin, "The Silence in Russian Culture," *Foreign Affairs* 36, no. 1 (1957): 13.

⁷⁷ Ці дебати закінчилися у буквальному сенсі. Стучка і Рейснер померли. Дочка Рейснера була близькою до Льва Троцького, тож щодо його долі, якби він дожив до 1930-х років, немає особливих сумнівів. Пашуканіса, деяких його послідовників та Криленка розстріляли як «ворогів народу». Тут примітно, що трагічний кінець життя Пашуканіса не згадується у збірці його творів, опублікованих в СРСР у 1980-х роках, хоча цей факт не був секретом навіть за кордоном. Лон Фуллер згадував цей факт у своїй статті 1948 р. (Lon Fuller, "Pashukanis and Vyshinsky: A Study in Development of Marxian Legal Theory," *Michigan Law Review* 47, no. 8 (1949): 1159).

⁷⁸ Vyshinsky, *Issues of Theory of State and Law*, 83.

інститутів, здатних, кажучи мовою Густава Радбруха, віддати перевагу «надзаконному праву» перед «законним неправим». Навпаки, деякі радянські юристи доводили, що оскільки в радянському суспільстві немає антагонізму держави і людини, а значить і немає суперечок між державою і приватними особами, отже, і немає необхідності в інституті судового перегляду адміністративних актів (мова про індивідуальні рішення, але думка про перегляд нормативних актів у зв'язку з цим ще більш абсурдна).⁷⁹

Проте Вишинський, всупереч думкам багатьох, і не чистий позитивіст. Легітимація права в позитивізмі повинна ґрунтуватися на внутрішньому для правової системи критерії (волі суверена у Остіна, *Grundnorm* у Кельзена, правилі визнання у Харта тощо). Панівний клас, його воля і вигоди, що двічі згадуються у визначенні Вишинського, таким критерієм не є. Однак саме таке з'єднання законодавчої волі держави і волі панівного класу, ексклюзивним виразником якої є сама держава, дозволяє обґрунтувати ключовий принцип радянського права – так звану «соціалістичну законність», тобто неухильне виконання норм закону всіма суб'єктами права за винятком самої держави, яка, виходячи з політичних цілей і посилаючись на волю і вигоди панівного класу, може від цих норм відступати, ігноруючи їх або довільно змінюючи.

Філософія права Вишинського спрощує і копіює (або пародіює) релігійне обґрунтування права. Держава як оракул класової волі і єдиний творець права виступає в ролі юридичного бога. Як грізний Бог зі Старого Завіту вона «укладає завіт» (Бут., 17:1-2) з обраним радянським народом – єдиним народом, який перейшов на новий, соціалістичний щабель розвитку, і вимагає виконання його заповідей в обмін на досягнення особливої мети – перехід до комунізму. Їхня взаємна лояльність заснована не на юридичних конструкціях, а на комуністичній ідеї, так само як взаємна лояльність нацистської держави і народу у Карла Шмітта заснована на етнічній ідентичності.⁸⁰ Держава карає народ або окремих людей, коли ті відступають від її заповідей, тобто не тільки порушують якісь правила, але і проявляють політичну нелояльність. При чому сама держава в цьому завіті пов'язана саме згаданою метою, а не правовими нормами або принципами.

Як я вже говорив, це не означає, що норми права завжди застосовуються свавільно. Більш того, в низці сфер (приватне право, дрібні правопорушення, не політичні злочини) може забезпечуватися досить високий рівень законності, тобто дотримання встановлених норм права, які, втім, далеко не завжди відповідають верховенству права. Лешек Колаковський перебільшує, говорячи, що радянського права не існувало, адже воно не захищало людей від держави.⁸¹ Радянське право могло захистити індивіда від держави там, де сама держава це дозволяла. Наприклад, несправедливо звільнений

⁷⁹ Сергей Абрамов, "В советском праве не может быть административного иска," *Социалистическая законность*, no. 1 (Март 1947): 8–10.

⁸⁰ Schmitt, *State, Movement, People: The Triadic Structure of the Political Unity*, 48.

⁸¹ Leszek Kolakowski, *My Correct Views on Everything* (South Bend, Ind.: St. Augustine's Press, 2005), 32.

з державного заводу працівник мав шанси бути поновленим на роботі, подавши позов до суду, звернувшись до профільного міністерства або навіть написавши скаргу в місцевий підрозділ КППС. Однак працівник, звільнений через те, що розповів політичний анекдот, або студент, якого виключено з університету через участь в дисидентському русі, таких шансів зазвичай не мав, незалежно від формальної причини звільнення. У будь-який момент держава могла проігнорувати будь-яку юридичну процедуру, правило чи принцип, якщо йшлося про індивідів, соціальні чи етнічні групи, які кваліфікувалися як «зрадники», «вороги народу», «дисиденти», оскільки політичні цілі важили більше, ніж будь-які правила або принципи. Це саме той випадок, коли право обертається на терор:

Якщо ж не послухаєте Мене і не будете виконувати всіх заповідей цих, і якщо знехтуєте Мої постанови, і якщо душа ваша зневажить Мої закони, так що ви не будете виконувати заповідей Моїх, порушивши завіт Мій, – то і Я зроблю з вами це: пошлю на вас жах, чахлість і гарячку, від яких стомляться очі і змучиться душа, і будете сіяти насіння ваше марно, і вороги ваші з'їдять його (Лев. 26:15-17).

І звичайно, філософія права Вишинського з гіперболізованою роллю держави і політики нескінченно далека від уявлень самого Маркса, для якого «безсилля політики» (Карл Поппер⁸²) і права перед економікою були очевидною істиною. У «Державі і революції» Ленін дорікає своїм політичним опонентам, що вони перетворюють Маркса в «безпечну ікону».⁸³ Однак це саме те, у що Маркс був перетворений сталінською системою, частиною якої і був Андрій Вишинський, і як теоретик, і як практик.

Підхід Вишинського домінував до смерті Сталіна, після чого був частково відкинтий в рамках десталінізації правової науки. Надалі деякі радянські філософи і теоретики права, зберігаючи зовнішню відданість дихотомії «базис – надбудова», класовій природі права і уявленню про право як про сукупність примусових правил, намагалися зробити цю концепцію права менш політизованою і етатистською, юридизуючи державу (наприклад, через обов'язок неухильного дотримання юридичних процедур органами влади) і включаючи в поняття права крім правових норм правові відносини, правову свідомість та інші явища.

В кінці 1970-х рр. найпрестижніший радянський юридичний журнал «Радянська держава і право» проводив одну зі своїх дискусій про праворозуміння, в якій взяла участь багато відомих радянських вчених. Усі учасники дискусії цитували Маркса, Енгельса, Леніна, Леоніда Брежнєва, постанови з'їздів КППС, що не заважало їм відстоювати різні підходи до визначення права: право як закон, право як воля держави, право як явище, яке не зводиться до позитивного права, розмежування юридичного і соціального права тощо. Хоча ці дебати позиціонувалися як повернення

⁸² Popper, *Open Society and Its Enemies, Vol. II: The High Tide of Prophecy: Hegel, Marx, and the Aftermath*, 119.

⁸³ Lenin, *The Proletarian Revolution and the Renegade Kautsky*, 5.

до «правильного марксизму», їх учасники навряд чи були переконаними марксистами. Як і Біблія в англійському парламенті середини XVII ст., роздуми про відмирання права в науці пізнього СРСР могли викликати хіба що посмішку. Радше вчені просто шукали компроміс між своїми уявленнями про право і символом віри радянського права, відійти від якого вони не могли.

Наприклад, Лев Явич писав, що право не лише підпорядковує людей умовам виробництва й обміну, але й є способом активізації їхньої творчості.⁸⁴ Для Явича право, безумовно, визначалося економічною системою суспільства та класовими відносинами, але також і слугувало гарантією певного обсягу індивідуальної свободи, навіть в умовах феодального чи буржуазного права. Цей методологічний «фокус», як і процес певної юридизації радянської держави, були одними з багатьох проявів поступового ідеологічного ослаблення радянської політичної релігії.

Опосередковано це можна підтвердити кількома простими прикладами. Один з учасників дискусії у «Радянській державі і праві» – блискучий радянський фахівець з цивільного та римського права Олімпіад Іоффе на початку 1980-х рр. був позбавлений кафедри і професорського звання за те, що дозволив своїй дочці емігрувати до Ізраїлю (без цього дозволу вона не змогла б поїхати). Після цього Іоффе емігрував в США, де ще довго працював професором в різних американських університетах, включаючи Гарвардський університет. Його роботи американського періоду наповнені досить точною оцінкою стану радянської юридичної науки і далекі про відтворення марксистських догм. Те саме можна сказати і про наукову долю багатьох інших учасників тієї дискусії у «Радянській державі і праві» після розпаду СРСР в 1991 р. На хвилі плюралізації юридичної науки хтось став прихильником природного права, хтось – юридичного позитивізму, і більша частина ідей радянського права – відмирання права, класовий підхід або ідея про базис і надбудову – перестали грати в їхніх дослідженнях хоч якусь серйозну роль

IV. Вплив на правову систему

Право – це не тільки і не стільки філософія й інтелектуальні спекуляції, скільки норми, принципи, доктрини, процедури і відносини. Тому тут я хочу показати, що ідеї, що випливають з символу віри радянського права, впливали на юридичну практику. Для цього я виокремлю три ознаки радянського права (унікальність, публічність, політизованість) та одну з його засадничих доктрин (соціалістична законність), що випливають з описаного вище символу віри, і покажу, як та якою мірою кожна з цих концепцій впливала на радянську правову систему або її окремі елементи: законодавство, правозастосування, тлумачення права, юридичну науку тощо.

Унікальність. Радянське право, як вважалося, радикально відрізняється від права буржуазних (капіталістичних) країн. Ця відмінність має історичний вимір (тобто

⁸⁴ Лев Явич, *Суцність права* (Ленинград: Издательство Ленинградского университета, 1985), 10.

радянське право проголошувалося відмінним від права Російської імперії) і географічний вимір (відмінність від правових систем країн Західного світу). У зв'язку з цим західними компаративістами використовувався термін «соціалістична правова сім'я»⁸⁵ або «сім'я соціалістичного права»,⁸⁶ підкреслюючи відмінності права СРСР, а після Другої світової війни й інших соціалістичних держав, від сімей континентального і загального права. З політичного боку теза про унікальність була важлива для критики західного права і західних правових цінностей (верховенства права та правової держави, демократії, поділу влади, судового контролю тощо). Правова держава називалася міражем, які прийшли на заміну релігійній ідеології,⁸⁷ верховенство права оголошувалося культом,⁸⁸ а права людини – правами для багатих. Одночасно з цим радянська наука пропонувала доктрину «справді» правової держави, соціалістичної демократії, де селянин з віддаленого колгоспу може стати депутатом парламенту і формально брати участь у законодавчій роботі, а всіх суддів (знову ж таки формально) обирають, і доктрину прав людини, що виводилися з його «соціальної природи»,⁸⁹ тобто приналежності до соціалістичного політичного й економічного порядку. У певному сенсі аргументацію радянських юристів можна порівняти з релігійним дискурсом про права людини, в якому використовуються ті самі базові категорії, що і в секулярному дискурсі (гідність, свобода, рівність), однак цим категоріям надається інше значення. (Наприклад, гідність у релігійних концепціях, як показує Аарон Барак, зв'язується з богоподібністю людини⁹⁰ і, як наслідок, її здатністю, як *Imago Dei*, слідувати вимогам (релігійно обґрунтованої) моралі. Тому грішник і добродісна людина мають різну гідність, на відміну від ліберального дискурсу, де законслухняний громадянин і злочинець, вірний чоловік і подружній зрадник, відданий віруючий й атеїст користуються однаковими гарантіями від посягань на їхню гідність.)

Насправді ж і в історичному, і в географічному сенсі можна говорити лише про відносну унікальність радянського права. Хоча Ленін писав, що суддею може бути будь-хто,⁹¹ а Петро Стучка, колишній Народний комісар юстиції РРФСР, радив суддям після скасування усього імперського законодавства керуватися класовою свідомістю, досить швидко радянський уряд зробив вибір на користь писаного, кодифікованого,

⁸⁵ Konrad Zweigert and Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, 2nd ed. Vol. 2: *The Framework* (Oxford: Clarendon, 1987), 296–358.

⁸⁶ Rene David and John Brierley, *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law*, 25.

⁸⁷ Пашуканис, *Избранные произведения по общей теории права и государства* (Москва: Наука Пресс, 1980), 113.

⁸⁸ Туманов, *Буржуазная правовая идеология. К критике учений о праве*, 68.

⁸⁹ Там само, 346.

⁹⁰ Aharon Barack, *Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 18–23.

⁹¹ Piers Beirne and Alan Hunt, "Law and the Constitution of Soviet Society: The Case of Comrade Lenin," *Law & Society Review* 22, no. 3 (1988): 74.

створеного професіоналами для застосування професійними чиновниками і юристами права. У цьому сенсі право СРСР мало спільні риси і з правом пізньої Російської імперії («Це більше ніж радянське право, це російське право, укорінене в російській історії», – писав один з учнів Петражицького Микола Тімашев⁹²), і з правом країн континентальної Європи. Це особливо відчувалося в приватному праві, де було багато інститутів, ідентичних або близьких до буржуазного права (купівля-продаж, яка, говорив Петро Стучка, ніколи не стане соціалістичною, деякі інші контракти, відшкодування шкоди, взаємні права подружжя тощо). Олімпіад Іоффе вказував на вплив римського права на радянське цивільне право,⁹³ що також зближувало його з континентальними правовими системами.

Водночас низка інститутів, процедур і доктрин радянського права, дійсно, були оригінальними, зумовленими особливостями радянського ладу та ідеями і цілями радянського комунізму. Я буду говорити про них, характеризуючи публічність і політизованість радянського права і соціалістичну законність.

Публічність радянського права, під якою я розумію надмірне розширення публічно-правового регулювання і домінування публічного права над приватним, – це наслідок прагнення будь-якої тоталітарної системи до тотальної публічності і централізованості регулювання, проникнення у приватне життя індивідів та його максимально можливе унормування, що важливо для забезпечення системного контролю над суспільним життям. Ленін писав: «Ми нічого приватного не визнаємо, для нас все у галузі господарства є публічно-правове, а не приватне».⁹⁴ Тому на рівні доктрини до прийнятого в континентальному праві поділу права на приватне і публічне в радянській науці зберігалося негативне ставлення.

У конституційному й адміністративному праві публічність проявлялась у принципі централізації, тобто суворому підпорядкуванні нижчих державних і партійних органів вищим, формальності радянського федералізму, де уряди союзних республік були просто ще одним щаблем, місцевим підрозділом федерального уряду, і запереченні поділу влади. У цивільному, трудовому, сімейному праві публічність зумовлювала непропорційне втручання в приватну сферу суспільних відносин. Наприклад, все, що стосувалося господарських відносин за участю держави, відносилось радше до адміністративного, ніж до цивільного права. Окремо варто згадати про концепцію «особистої власності» на засоби споживання, яка протиставлялася скасованій в СРСР «приватній власності» на засоби виробництва (можна було придбати автомобіль, щоб поїхати на курорт, але не можна було купити механізовані засоби для збору врожаю на продаж). Сімейне право не визнавало сімейних відносин, якщо шлюб не був зареєстрований державою. У трудовому праві держава суттєво обмежувала умови трудових договорів, про які наймач і працівник могли домовитися між собою (розмір

⁹² Nikolay Timashev, "Is Soviet Law a Challenge to American Law?" *Fordham Law Review* (1950): 182.

⁹³ Olympiad Ioffe, "Soviet Law and Roman Law," *Buffalo University Law Review* (1982).

⁹⁴ Lenin, *Complete Works Collection*, 396.

оплати, графік роботи, індивідуальні вимоги і привілеї працівника тощо).⁹⁵ Крім того, сама праця була конституційним обов'язком, а не правом. І працюю, за деякими винятками, не вважалася робота на себе. На тих, хто був здатний працювати, але не працював, могли накладатися адміністративні та кримінальні санкції. Публічність права також означала, що державні інтереси мають пріоритет щодо приватних інтересів у сенсі їхньої охорони засобами юридичної відповідальності. Так, наприклад, крадіжка державної власності каралася суворіше, ніж крадіжка приватної власності. Згідно з відомим Указом Ради народних комісарів від 7 серпня 1932 р. особа, яка викрала колгоспне майно будь-якої цінності, може бути засуджена до смертної кари.

Політизованість, тобто домінування політики (і, як наслідок, необмеженого державного свавілля) над правом, проявлялась у декількох аспектах.

По-перше, право, як і держава, офіційно мало ціллю захист комуністичної ідеології. У ст. 6 Конституції СРСР 1977 р. згадувалися марксистсько-ленінське вчення як основа суспільного розвитку і Комуністична партія СРСР як «керівна і спрямовуюча сила радянського суспільства». Існує спокуса порівняти комуністичну партію зі свого роду марксистською «церквою». Однак церква завжди є окремою організацією зі своїми політичними інтересами, навіть коли мова йде про візантійську симфонію з державою. Партія, особливо після сталінських чисток, була частиною величезної державної машини, яка не мала і не могла мати ніяких окремих від держави цілей і інтересів. Глава КПРС був також фактичним, а іноді й юридичним главою радянської держави. Тому згадана стаття Конституції СРСР насправді говорить не про роль партії як суспільного інституту, а про обов'язкову ідеологію, підтримувану засобами державного примусу, і про вимогу до населення бути лояльним до цієї ідеології та її інституційного втілення – радянської держави.

По-друге, політика, тобто все, що стосувалося держави, могло бути виведено зі сфери звичайного правового регулювання. У найбільш жорсткому варіанті це проявилось у період сталінських репресій, коли правова оболонка санкціонувала терор, розгорнутий проти політичних опонентів, окремих груп населення, народу в цілому. Для цього кримінальні кодекси та спеціальні закони встановлювали максимально широкі і невизначені склади політичних злочинів (наприклад, участь в антирадянській організації або антирадянська агітація). Однак і після смерті Сталіна закони і суди могли виступати засобом боротьби з інакомисленням (процеси проти дисидентів). Подібні суди були лайт-версією сталінських показових судів. Вони найчастіше не припускали активного самовикриття з боку підсудних і не закінчувалися вимогою розстріляти підсудних «як скажених собак», проте їх результат був відомий заздалегідь, що добре розуміли суддя, прокурор, адвокат і сам підсудний. Крім судів застосовувалися й інші юридичні інструменти репресій: звільнення з роботи, заслання,

⁹⁵ Водночас варто відмітити, що посилення публічно-правових засад регулювання трудових відносин відбувається у ХХ ст. і в Європі, хоча там це має на меті, передусім, захистити працівників від сваволі роботодавців.

примусове психіатричне лікування, висилка з СРСР і позбавлення громадянства тощо. Конкретне покарання, яке застосовувалося до «винної» особи, визначалося також скоріше політичними міркуваннями, а не юридичними аргументами. Як правило, більш відомі широкому загалу люди каралися легше, ніж менш відомі.

Тут важливо розуміти, що політичний фактор міг визначати не лише долю реальних або уявних опонентів влади. Політика могла бути причиною перегляду судового рішення або додання кримінальному закону зворотної сили і в неpolітичних справах. Відомі справа Рокотова – Файбішенко – Яковлева, в якій на вимогу Микити Хрушова декілька разів змінювався у бік посилення кримінальний закон з наданням цим змінам зворотної сили і переглядалися вироки підсудним, що у підсумку призвело до їхнього розстрілу, є одним із найяскравіших прикладів політизації права у справі, не пов'язаній з безпосередньою загрозою політичному режимові.

По-третє, політизованість права виключала існування будь-яких абсолютних правових обмежень державної влади, таких як права людини. Будь-які права були політичними в тому сенсі, що індивіди ними володіли як лояльні радянські громадяни. І тому, як я писав вище, політичних прав протестувати проти держави або конкурентних виборів в СРСР не існувало, оскільки вони були проявом нелояльності, тобто запереченням самих себе.

По-четверте, політична лояльність була умовою доступу до більшості юридичних професій. Уже згадувалося, що професора права, так само як голову суду або прокурора регіону було важко увести без партійного квитка в кишені. Юристом міг бути і безпартійний, але успішна юридична кар'єра майже завжди вимагала вступу в партію. Натомість політична нелояльність цю кар'єру майже завжди виключала.

Соціалістична законність. Строго кажучи, радянське право починається не з ідеї законності, а з ідеї революційної (класової) правосвідомості. В умовах, коли закони Російської імперії були вже скасовані, а закони нової радянської держави ще не створені, судді і чиновники мали розглядати індивідуальні справи, виходячи з політичної доцільності, спираючись на свої (або партійні) уявлення про те, що добре для пролетарської революції і радянської влади, а що ні. Якщо довести цю думку до логічної межі, то отримаємо орвелівський світ повної правової невизначеності, де немає ніяких чітких правових процедур і термінів, так само як і немає писаних джерел права, в тому числі і тих, що визначають юридичну відповідальність.

Як я вже писав, регулювання за допомогою класової свідомості здається привабливим і зручним для тоталітарної системи. Однак така правова система розмиає владу між усіма чиновниками і суддями, які щодня творять право. (І творять вони різне право, адже їх класова свідомість не може бути ідентичною, тобто виникає ефект множинності правових систем, як це називав Г. Харт⁹⁶.) Вони всі (чиновники і судді) стають нормотворчими авторитетами, що суперечить централізації влади як важливій меті тоталітарної політичної системи. Тому радянський уряд створив величезну кількість

⁹⁶ Hart, *Concept of Law*, 25.

указів, інструкцій та наказів, що формально обмежували довільну владу посадових осіб та органів. Метою режиму було не надавати чиновникам можливість необмеженого розсуду, а дозволити їм ігнорувати правові норми під час переслідування політичних опонентів чи використання примусової праці ув'язнених, з тим щоб, коли необхідно, держава могла покарати цих чиновників за їхнє свавілля.

Відмінність соціалістичної законності від законності як складової верховенства права полягає в тому, що в доктрині верховенства права законність збалансована з іншими принципами (правами людини, правовою визначеністю, поділом влади, належного процедури, адміністративною юстицією і т. ін.), що забезпечує певну якість закону і підпорядковує закону саму державу. Соціалістична законність підпорядковує волі держави приватних осіб, а сама держава здатна вибирати, коли потрібно дотримуватися встановлених правил, а коли «інтереси панівного класу», тобто самої держави, вимагають від цих правил відступити. У такому вигляді підпорядкування закону стає самоціллю, а не виправдується більш сильними принципами (правами людини, наприклад). У цю логіку цілком вписується, наприклад, те, що СРСР визнав нікчемними абсолютно всі юридичні акти, вчинені в період окупації частини його території нацистами, хоча розумність вимагала би визнати чинність тих актів, які безпосередньо не стосувалися функціонування нацистського режиму (наприклад, шлюби).

Соціалістична законність максимально обмежувала кількість правомірних ситуацій, коли індивід може діяти всупереч загальній нормі закону. Зокрема, радянське кримінальне право СРСР допускало застосування необхідної оборони, тобто насильства для захисту своїх прав або прав третьої особи, тільки коли немає можливості сховатися або звернутися за допомогою до правоохоронних органів. Це означало, що якщо вас намагаються вбити у темному кутку, а ви у відповідь вбиваєте нападника чи завдаєте йому серйозної шкоди, а за рогом стоїть міліціонер, або ви є професійним бігуном, то, цілком можливо, має місце перевищення необхідної оборони. Можна припустити, що водієві Алісі, яка у відомому прикладі Ентоні Д'Амато порушила правила дорожнього руху, щоб не збити дитину, також довелося б довго пояснювати свої дії працівниками міліції. У цивільному праві закон завжди превалує над договором, як формою автономної нормотворчості. Договірне регулювання, відмінне від закону, було можливе тільки там, де закон це прямо дозволяє (в сучасному цивільному праві України діє протилежний принцип). У сімейному праві СРСР договірне регулювання взагалі не застосовувалося, права і обов'язки подружжя визначалися тільки законом.

Висновки

Так склалося, що Андрія Вишинського і мене відділяє одне рукостискання (чи інша форма вітання). Я почав цю статтю з описання складнощів, з якими стикнувся мій науковий керівник при захисті своєї дисертації на початку 1950-х. Незадовго до

пригоди з дисертацією він брав участь у конференції в Інституті держави і права АН СРСР, де Вишинський був доповідачем.

Сьогодні конституції всіх пострадянських держав наповнені доверху положеннями про верховенство права та підзвітність уряду перед індивідами. У кожній з цих конституцій ми можемо знайти розлогий каталог прав людини та всіх тих принципів, на яких ґрунтуються стабільні ліберальні демократії – поділ влади, конституційний та судовий перегляд, *due process*. Однак на основі цих риторично схожих конституцій діє низка дуже різних політичних режимів, починаючи від жорстких автократій в Центральній Азії і закінчуючи балтійськими демократіями, що живуть у парадигмі Європейського Союзу.

Безумовно, такий стан речей зумовлений багатьма економічними, політичними, історичними і духовними факторами, яким присвячено велику кількість книжок і статей. Мене ж тут цікавить легкість, з якою пострадянські суспільства підходять до своїх конституцій, трактуючи власні відносно нові засадничі політико-правові документи так, ніби вони є просто деклараціями чи обов'язковими, але не дуже практично значущими атрибутами всіх незалежних держав.

Таке ставлення до конституції відсилає нас до первинного елементу радянської правової традиції – політизації права; підпорядкованість правової системи політиці зберігається і в пострадянських суспільствах. Якщо після розпаду СРСР політична кон'юнктура чи підтримка західних країн вимагали прийняття ліберальних конституцій, то чому б цього не зробити? Але якщо ліберальне ставлення до моралі або до фундаментальних прав, або обов'язку дотримуватися правової процедури не відповідає нашим соціальним потребам або нашим суспільним цілям, то чому б не ігнорувати їх?

Справжнє прощання з радянською правовою традицією відбудеться лише тоді, коли право набуде незалежної від політики цінності, тобто коли право більше не буде пов'язане з політикою відносинами підпорядкування. Це можна уявити як рух від теології до філософії права. Я не закликаю до такого собі «юридичного Просвітництва», тобто повного звільнення правової системи від емоційних та трансцендентних по відношенню до самого права підстав. Як і всі цінності, юридичні цінності, особливо права людини, завжди несуть елемент емоційної прихильності. Можливо, саме в цьому сенсі Отфрід Ґьофе стверджує, що права людини становлять сучасну громадянську релігію.⁹⁷ Я лише кажу про те, що право не має розглядатися лише як засіб виконання політичних рішень і предмет політичних маніпуляцій.

Лише в такому випадку можна розраховувати на розрив із радянською політичною релігією, яка дозволяла державі бути зв'язаною правовими нормами і принципами лише в тій мірі, в якій держава вважала це за потрібне для виконання її функції про-сування суспільства у напрямку дивного нового світу.

© Д. Вовк, 2020

⁹⁷ Stefan Gosepath and Georg Lohman, *Philosophy of Human Rights* (Kyiv: "Nika-Centre" Publishing House, 2008), 32.

Bibliography

- Abramov, Sergey. "There Cannot Be Administrative Lawsuit in Soviet Law." *Soczialisticheskaya zakonnost'*, no. 3 (March 1947): 8–10 (in Russian).
- Arendt, Hannah. *Origins of Totalitarianism*. New York: Schocken Books, 2004.
- Baehr, Peter, and Hannah Arendt. *Totalitarianism and the Social Sciences*. New York: Stanford University Press, 2010.
- Barack, Aharon. *Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Beirne, Piers, and Alan Hunt. "Law and the Constitution of Soviet Society: The Case of Comrade Lenin." *Law & Society Review* 22, no. 3 (1988): 575–614.
- Berlin, Isaiah. "The Silence in Russian Culture." *Foreign Affairs* 36, no. 1 (1957): 1–24.
- Berman, Harold J. "Soviet Law and Government." *Modern Law Review* 21, no. 1 (January 1958): 9–26.
- Berman, Harold J. "Soviet Justice and Soviet Tyranny." *Columbia Law Review* 55, no. 6 (June 1955): 795–807.
- David, Rene, and John E. C. Brierley. *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law*. 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1978.
- Engels, Friedrich. *The Origin of the Family, Private Property, and the State: In the Light of the Researches of Lewis H. Morgan*. New York: International Publishers, 1972.
- Fine, Bob. *Democracy and the Rule of Law: Marx's Critique of the Legal Form*. New Jersey: Blackburn Press, 2002.
- Fuller, Lon L. "Pashukanis and Vyshinsky: A Study in Development of Marxian Legal Theory." *Michigan Law Review* 47, no. 8 (1949): 1157–66.
- Gentile, Emilio. *Politics as Religion*. New Jersey: Princeton University Press, 2006.
- Gosepath, Stefan, and Georg Lohman. *Philosophy of Human Rights*. Translated from German. Kyiv: "Nika-Centre" Publishing House, 2008 (in Ukrainian).
- Gregor, A. James. *Totalitarianism and Political Religion: An Intellectual History*. Redwood City: Stanford University Press, 2012.
- Guins, George Constantine. *Soviet Law and Soviet Society*. The Hague: M. Nijhoff, 1959.
- Hart, Herbert. *Concept of Law*. 3d ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Hart, Herbert. "Separation of Law and Morals." *Harvard Law Review* 71, no. 4 (February 1958): 593–629.
- Ioffe, Olympiad. "Soviet Law and Roman Law." *Buffalo University Law Review* (1982): 701–25.
- Ioffe, Olympiad. *Soviet Law and Soviet Reality*. Dordrecht; Boston: M. Nijhoff Publishers; Hingham, MA, USA: Kluwer Academic Publishers, 1985.
- Kolakowski, Leszek. *My Correct Views on Everything*. South Bend, Ind.: St. Augustine's Press, 2005.
- Krylenko, Nikolay. *Talks on Law and State*. Moscow: Krasnaya Nov, 1924 (in Russian).
- Lenin, Vladimir. *On Religion*. Translated from Russian. Moscow: Progress Publishers, 1969.
- Lenin, Vladimir. *Complete Works Collection*. 5-ed. Vol. 44. Moscow: Political Literature Publishing House, 1970 (in Russian).

- Lenin, Vladimir. *The Proletarian Revolution and the Renegade Kautsky*. Moscow: Foreign Languages Publishing House, 1952.
- Lenin, Vladimir. *State and Revolution*. New York: International Publishers, 1932.
- Lippmann, Walter. *Public Philosophy*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1989.
- Lloyd, Dennis. *The Idea of Law*. London: Penguin Books, 1952.
- Magaziner, Yakov. *Selected Works on General Theory of Law*. Saint-Petersburg: Legal Centre Press, 2006 (in Russian).
- Maksymov, Sergey. *Legal Reality: The Experience of Philosophical Reflection*. Kharkov: Pravo, 2002 (in Russian).
- Marx, Karl. *Critique of Hegel's 'Philosophy of Right'*. Translated from German. Cambridge: Cambridge University Press, 1970.
- Marx, Karl. "The Eighteenth Brumaire of Louis Bonaparte." In *Later Political Writings*, 31–127. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- Marx, Karl. "Critique of the Gotha Programme." In *Later Political Writings*, 208–26. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- Marx, Karl, and Friedrich Engels. *The Communist Manifesto*. London: Penguin Books, 1985.
- Mchedlov, Mikhail. *Religion and the Present*. Moscow: Gospolitizdat, 1982 (in Russian).
- Melkevik, Bjarne. *Marxisme et Philosophie de Droit: le Cas Pasukanis*. Paris: Buenos Books International, 2010.
- Paton, G. W. "Soviet Legal Theory." *Res Judicatae*, no. 58 (1947): 58–68.
- Pashukanis, Evgeny. *Collected Works on General Theory of Law and State*. Moscow: Nauka Press, 1980 (in Russian).
- Popper, Karl R. *Open Society and Its Enemies, Vol. II: The High Tide of Prophecy: Hegel, Marx, and the Aftermath*. Princeton: Princeton University Press, 1963.
- Radbruch, Gustav. "Statutory Lawlessness and Supra-statutory Law." *Problemy' filosofiyi prava*, vol. II (2004): 83–94 (in Ukrainian).
- Reysner, Mikhail. *Our Law, Foreign Law, Common Law*. Leningrad, 1925 (in Russian).
- Ricoeur, Paul. *Lectures on Ideology and Utopia*. New York: Columbia University Press, 1986.
- Schmitt, Carl. *State, Movement, People: The Triadic Structure of the Political Unity*. Corvallis: Plutarch Press, 2001.
- Schumpeter, Joseph A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. London and New York: Routledge, 2006.
- Shuman, Samuel I. "Soviet Legality as Revealed by Soviet Jurisprudence." *Wayne Law Review*, no. 2 (Spring 1959): 209–25.
- Stalin, Joseph. *Leninism: Selected Writings*. New York: International Publishers, 1942.
- Stout, Jeffrey. *Democracy and Tradition*. Princeton: Princeton University Press, 2004.
- Strauss, Leo. "Three Waves of Modernity." In *Introduction to Political Philosophy*. Detroit: Wayne State University Press, 1989.
- Strogovich, Mikhail. *Nature of Soviet Criminal Procedure and Principle of Adversary*. Moscow: Law Press of People's Commissariat of Justice of the USSR, 1939 (in Russian).
- Stuchka, Pyotr. *Works on Marxism-Leninism Theory of Law*. Riga: Latvian State Press, 1964 (in Russian).

- Stuchka, Pyotr. *State and Civil Law*. Moscow: Krasny Pechatnik, 1924 (in Russian).
- Stuchka, Pyotr. *Revolutionary Role of Law and State*. Moscow: Soviet Legislation Press, 1932 (in Russian).
- Studenikina, M. S. *State Control in the Sphere of Governance*. Moscow: Uridicheskaya literatura, 1974 (in Russian).
- Timasheff, Nikolay. "Is Soviet Law a Challenge to American Law?" *Fordham Law Review* (1950): 182–91.
- Trotsky, Leon. *Terrorism and Communism. A Reply to Karl Kautsky*. The University of Michigan Press, 1961.
- Tumanov, Vladimir. *Bourgeois Legal Ideology. Critique of Theories of Law*. Moscow: Nauka, 1971 (in Russian).
- Vyshinsky, Andrey. *Issues of Theory of State and Law*. Moscow: State Publishing of Law Literature, 1948.
- Vyshinsky, Andrey. *Trial Speeches*. Moscow, 1938 (in Russian).
- Vyshinsky, Andrey. *The Teachings of Lenin and Stalin on Proletarian Revolution and the State*. Translated from Russian. London: Soviet News, 1948.
- Voegelin, Eric. *Political Religions*. Lewiston, New York: E. Mellen Press, 1986.
- West, Robin. "Law's Emotions." *Richmond Journal of Law & the Public Interest* 19, no. 4 (2016): 339–62.
- Walsh, David. *After Ideology: Recovering the Spiritual Foundations of Freedom*, 2nd ed. Washington, DC: Catholic University of America Press, 1995.
- Yavich, Lev. *The Essence of Law*. Leningrad: Leningrad University Press, 1985 (in Russian).
- Zweigert, Konrad, and Hein Kötz. *Introduction to Comparative Law*, 2nd ed. Vol. 2: The Framework. Translated from German. Oxford: Clarendon, 1987.

Дмитро Вовк. Теологія радянського права

Анотація. У статті я намагаюсь застосувати популярний у політичній філософії концепт політичної релігії до дослідження радянського права. Політична релігія використовується для описання тоталітарних режимів, які для зміцнення своєї легітимності та контролю над суспільством використовують релігійні по своїй природі доктрини, символи, ритуали і практики. Я досліджую, як радянська політична релігія впливала на правову систему СРСР. Спочатку я коротко характеризую радянську політичну релігію. Далі я формулюю «символ віри» радянського права – сукупність беззаперечних ідей чи догм, які виражають вплив марксизму-ленінізму на радянське право. Ці ідеї стосуються природи радянського права, його ролі в суспільстві та русі до комунізму, взаємодії права з політикою та державою, а також взаємозв'язків із буржуазним правом. Після цього я показую, як радянська юридична наука розвивала ці ідеї у вигляді теології радянського права. І нарешті в кінці статті я доводжу, що ці ідеї впливали на правову систему чи її окремі елементи.

Ключові слова: політична релігія; радянське право; тоталітарна держава; марксизм-ленінізм; право і політика; секуляризація права.

Дмитрий Вовк. Теология советского права

Аннотация. В статье я предпринял попытку применить популярный в политической философии концепт политической религии к исследованиям советского права. Политическая религия

используется для описания тоталитарных режимов, которые для укрепления своей легитимности и усиления контроля над обществом используют религиозные по своей природе доктрины, символы, ритуалы и практики. Я исследую, как советская политическая религия влияла на правовую систему СССР. Сначала я коротко характеризую советскую политическую религию. Далее я формулирую «символ веры» советского права – совокупность неоспоримых идей или догм, выражающих влияние марксизма-ленинизма на советское право. Эти идеи касаются природы советского права, его роли в обществе и движении к коммунизму, взаимодействию права с политикой и государством, а также соотношение советского и буржуазного права. После этого я показываю, как советская юридическая наука развивала эти идеи в форме теологии советского права. В конце статьи я доказываю, что эти идеи влияли на советскую правовую систему или ее отдельные элементы.

Ключевые слова: политическая религия; советское право; тоталитарное государство; марксизм-ленинизм; право и политика; секуляризация права.

Dmytro Vovk. Theology of Soviet Law

Abstract. That paper is one of my works, in which I try to apply the concept of political religion to Soviet law studies. Many political philosophers and scholars use this concept for describing the nature of totalitarian regimes, for which metapolitical goals (achieving communism, Nation defense etc.) and the tasks of their own legitimacy strengthening and increasing the control of society presuppose the usage of means which are religious by their nature. Political studies of political religion are quite developed, but legal theory pays almost no attention to such concept. So, in the paper I am trying to answer the question: if Soviet political regime can be defined as political religion, what does it mean for law?

In this paper I pay significant attention to Soviet law theology, that is the development of Marxism-Leninism dogmas in legal realm, which I call the “symbol of faith” of Soviet Law. I show how the “symbol of faith” guided Soviet legal studies, what philosophical and legal problems they raised and the ways Soviet scholars solved them. I mean such problems as connection between law and economics, law and state, law and factual social relations, the role of law in achieving communism. In 1920s there were different versions of Marxist legal theory (Evgeny Pashukanis, Mikhail Reysner, Pyotr Stuchka, and others), but at the beginning of 1930s the unification of approaches was being made (the 1938 narrow-normative definition of law by Andrey Vyshinsky became its). The Vyshinsky’s definition was partly rejected during post-Stalin era, the new attempts to substantiate the broader understanding of law by connecting it with legal conscience and legal relations appeared. Though these conceptions were formally substantiated as attempts to find “the right one” Marxist understanding of law, their authors were rather trying to reconcile their own vision of law with official ideology.

In the paper I also delineate how Soviet law theology influenced Soviet law system. By using some examples, I argue that this theology was not just the set of ideas far from legal practice. For example, Soviet ideological dogmas determined the development of the socialistic legality doctrine as the key doctrine of Soviet legal order. At the same time Soviet legal system has never been developed exclusively under influence of Soviet political religion; it always was a mixture of influences, including Marxist-Leninist teachings, civil law tradition, political reasons etc.

Keywords: political religion; Soviet law; totalitarian state; Marxism-Leninism; law and politics; secularization of law.

Одержано/Received 31.05.2020

ПОЛІТИЧНИЙ СВІТОГЛЯД ВАЦЛАВА ГАВЕЛА В КОНТЕКСТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВОРОЗУМІННЯ

З апропоноване читачам есе є значною мірою підсумковим у низці вже відомих публікацій автора, присвячених проблематиці сучасного конституційного праворозуміння.¹ При цьому зовсім не випадково воно є прив'язаним до особливостей політичного світобачення Вацлава Гавела. Останній, на відміну від багатьох політичних лідерів країн Центральної та Східної Європи кінця ХХ ст., не лише раціонально розумів, але також морально й естетично виправдовував вектор посткомуністичного відродження Чехословаччини (Чехії), повернення її до цінностей інтелектуальної свободи й ринково-капіталістичного порядку. Подібно до своїх уславлених братів по перу – Чеслава Мілоша й Мілана Кундери, Вацлав Гавел практично не відчував у собі залишків соціалістичних сентиментів. Але, що також є досить рідкісним, йому пощастило уникнути й посткомуністичного цинізму. Не лише в публіцистиці, але й у своїх конкретних політичних діях він залишався гранично відвертим, чесним і послідовним.

При цьому характерна для Вацлава Гавела емоційність поширювалася не лише на політику, але також на його розуміння етики й естетики подолання тоталітаризму. Не меншою мірою вона відобразилася на економічній практиці «повернення в лоно цивілізації» (Горбачов) його просякнутої європейською культурою батьківщини. Усі ці обставини роблять алгоритм Гавелової поведінки актуальним для новітнього східноєвропейського (українського) конституціоналізму в цілому. Адже успішна європейська конституція – це не просто авторитетний нормативний акт вищої юридичної сили. Насамперед це зібрання й нормативне втілення актуальних, але водночас непростих ідей, символів і сенсів.

Деніел Белл свого часу глибоко проаналізував і описав культурні прояви й протиріччя капіталізму.² Однак ще тривалий час після цього у нас все одно вважалось, що

* Всеволод Володимирович Речицький, кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного права України, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого.

Vsevolod Rechytskyi, Candidate of Science (Law), Associate Professor, Yaroslav Mudryi National Law University.

e-mail: vsevolodrechytskyi@windowsslive.com

¹ Всеволод Речицький, “Неформальний конституціоналізм, ефект США,” *Критика* 7–8 (2018): 2–14; Всеволод Речицький, “Про новітній український конституціоналізм,” *Критика* 9–10 (2019): 28–36.

² Daniel Bell, *The Cultural Contradictions of Capitalism* (New-York: Basic Books, 1997).

капіталізм – «матеріалістичний». Тогочасні лідери були переконані в тому, що для посттоталітарної України найбільше значення має матеріальний комфорт західного світу. Навернення ж суспільної свідомості до переконання в тому, що «переслідуючи власні інтереси, людина <...> реальніше служить інтересам суспільства, ніж тоді, коли свідомо прагне це зробити»,³ в Україні лише тепер знаходить своє розуміння. Навіть на заході України усвідомлення цього принципу не є всеохоплюючим.

Між тим, це класичне заперечення соціалізму й водночас виправдання капіталістичного індивідуалізму авторства Адама Сміта з непідробним ентузіазмом підтримував Вацлав Гавел. «Історія системи, – наполягав він, – у якій я живу, переконливо довела, що без плюралізму економічних ініціатив та суб'єктів, без конкурсу, конкуренції, ринку та їхніх інституційних гарантій економіка потрапляє у стагнацію й занепадає».⁴ Не дивно, що

там, де немає природного плюралізму економічних ініціатив, <...> зникає гра конкурентних виробників та їхніх конкурентних підприємницьких ідей, гра пропозиції й попиту, ринку праці й товарів, <...> зникають стимули до творчості та її ризики, драма економічних підйомів та падінь. Отже, людина як виробник непомітно перестає бути учасником чи творцем економічних історій і перетворюється на байдужу машину.⁵

Тобто Гавел думав майже так само, як і сучасні фахівці з еволюційної антропології й психології, які дійшли важливого висновку про те, що «людська природа» є ринково орієнтованою вже з кінця кам'яного віку, й що «інстинкт обміну» необхідно оцінювати як «елемент базової людської природи».⁶ Дисидент Гавел був рафінованим інтелектуалом, але в його випадку звертає на себе увагу не лише широкий світогляд, начитаність і ерудиція, але також його глибокий *інстинкт*, органічні психічні установки.

Політична філософія й економічні очікування Гавела були засновані на правдиво західному (західноєвропейському) психічному архетипі. На відміну від більш-менш раціонально налаштованих прихильників земельного ринку в Україні, Вацлав Гавел, захищаючи свободу підприємництва й економічного маневру, звертався не лише до раціональних, але й до ірраціональних ментальних установок і стереотипів. У його випадку йдеться не стільки про владу розуму в дусі просвітителів XVIII ст., скільки про владу інстинктивних поведінкових реакцій, владу віри, спектр пантеїстичних рефлексій і естетично витончені почуття.

Емоції керують людьми більш владно, ніж розум, що в наш час підтверджує низка досліджень від авторитетних поведінкових економістів. Не дивно, що різниця між українським раціональним про-ринковим політичним курсом, з одного боку,

³ Адам Сміт, *Дослідження про природу й причини багатства народів* (Київ: Наш формат, 2018), 346.

⁴ Вацлав Гавел, *Промови та есеї* (Київ: Комора, 2016), 106.

⁵ Там само, 107.

⁶ Дипак Лал, *Возвращение «невидимой руки»: актуальность классического либерализма в XXI веке* (Москва: Новое издательство, 2009), 227.

й стихійною вірою Вацлава Гавела в економічну свободу – з іншого, пролягає на рівні тонких, але принципово важливих нюансів. Останні ж, як засвідчує філософія символічних форм, відіграють незамінну роль у механізмах як цивілізаційного занепаду, так і глобального зростання.

На користь такого висновку щодо ролі нюансів свідчить багато аргументів. По-перше, як про це писав ще Вальтер Беньямін, глибинний зміст будь-якого твердження можна зрозуміти, лише занурившись по-справжньому у тонкощі предмета.⁷ По-друге, саме тонкі нюанси розрізнення, а не щось інше, відрізняють шедевр від підробки, а деміурга – від ремісника-копіста. Як був переконаний Сантаяна, «саме розрізнення, безкінечна мала відмінність усього від усього іншого містить в собі сутність».⁸ Звісно, що будь-які нюанси – це більшою мірою маркери особливих сутностей, але зрозуміти й усвідомити значущість останніх без розуміння ролі нюансів неможливо.

Тобто нюанси розрізнення, а тому сприйняття й глибокого усвідомлення будь-якого змісту є визначальними в процесах орієнтації людини в найрізноманітніших обставинах часу й місця. Зокрема, саме тонкі нюанси розрізнення відрізняють (відтіняють) конституційний дизайн капіталізму Сполучених Штатів від юридичної організації бізнесу, фінансів і ринку в країнах Євросоюзу. Подібних прикладів можна навести чимало.

У нашому ж випадку йдеться про зовні малопомітні, але насправді принципово важливі особливості конституційних парадигм країн ядра, з одного боку, й правових стратегій (доктрин, парадигм) країн периферії та напівпериферії – з іншого, якщо говорити в термінах світ-системної теорії Валлерстайна. Як відомо, мистецтвом оцінювання економічних перспектив на основі нюансів розрізнення геніально володів Адам Сміт. Зокрема, ще на початку 70-х рр. XVIII ст. він помітив, що американські колоністи володіють такою стилістикою організації економічного життя, що... їх вже нікому не наздогнати.

Очевидно, що саме стиль, тонкі й незримі флуктуації психічної матерії, а не географія, природні ресурси чи промисловість відрізняють картинку українського сьогодення від більш привабливого й строкатого життя наших польських сусідів. Як це стисло демонструє в «Балтійцях» Чеслав Мілош, про геополітичні перспективи країни чи їх відсутність іноді може свідчити навіть манера пригостити дитину чаєм.

Повертаючись до розгляду конкуруючих між собою концепцій раціонально організованого (посттоталітарного), з одного боку, та ірраціонально-хаотичного (західного) – з іншого, життя під кутом зору конституційних нюансів, мусимо визнати, що справжній успіх демонструє лише економіка хаотично-стохастичного типу. Як свідчить економічний аналіз, гарантованого успіху можна очікувати в наш час лише тоді, коли у всіх миттєвостях часу й за всіх можливих обставин буде існувати ринок

⁷ Вальтер Беньямін, *Вибране* (Львів: Літопис, 2002), 100.

⁸ Джордж Сантаяна, *Скептицизм и животная вера* (Санкт-Петербург: Владимир Даль, 2001), 181.

для всіх можливих товарів.⁹ Наслідки тоталітаризму може подолати, так би мовити, лише тотальний ринок. Що ж стосується загальної ефективності посттоталітарного конституціоналізму перехідного типу, то він вимагає, щоб емоційна матриця капіталізму й нюанси конституційного дизайну були «сплавлені» на генетичному рівні.

Тобто для подолання посттоталітарної кризи (як от в Україні) законодавець зобов'язаний оволодіти не лише західними знаннями, але й адекватним емоційним досвідом, інтуїцією, обертонами ринкової свободи. У свою чергу, з цього випливає те, що відновлювальний потенціал успішної конституції має ґрунтуватися не на спрощених світоглядних доктринах на зразок соціалізму, фашизму чи націоналізму, а на «правологічній» (не за Кельзенем) конституції свідомо постмодерного типу.

Як писав з цього приводу Вацлав Гавел, наш час вимагає вивільнити з тюрми такі сили, як ... архетипова мудрість; неповторний досвід світу; почуття справедливості; здатність дивитися на світ чужими очима; особиста відповідальність; смак, мужність і співчуття; віра в таємницю й важливість конкретних вчинків, які не є універсальним ключем до порятунку.¹⁰ З Гавелом важко сперечатися. Адже очевидна для більшості сила «золотого мільярду» проявляється саме в його орієнтації на майбутнє, в запереченні плану, в «постійній боротьбі за ідеали індивідуалізму та свободи» (Пітер Геральник)¹¹, а також у парадоксальній відданості ірраціональному поведінковому початку.

На відміну від колективістичного соціалізму, індивідуалістичний капіталізм не прагне заволодіти особистим багатством; не забороняє індивідам купувати зброю; не вимагає від зірок вдягатися «розумно»; не перешкоджає приватним особам запускати кораблі на Марс і дозволяє витратити на косметику більше, ніж Росія на оборону. Американський капіталізм винайшов не лише джаз, але й імпровізаційний стиль життя в цілому. Він навчив людство шанувати атональну музику й «безпредметне» мистецтво, створив Інтернет й розширив виднокруг науки завдяки програмам Woodrow Wilson та Fulbright.

Якщо Мадлен Олбрайт має рацію й фашизм як різновид хворобливого колективізму являє в своїй основі модель раціонально організованого життя, то політичну філософію Вацлава Гавела, так само як і філософію науки Пола Фейєрабенда, можна вважати ефективними ліками від подібного світоглядного спрощення. Утім, фашизм, нацизм і комунізм затавровані нині на конституційному рівні. Закони «озброєних демократій» не толерують надто «простих» партій радикального спрямування, а законодавство України забороняє навіть символіку подібного змісту.

Але якщо придивитися до життя на пострадянському просторі в контексті засторог від Гавела й Олбрайт більш уважно, то стане зрозумілим, що з подоланням фашизму,

⁹ Вилфред Долфсма, *Провали державства. Общества, рынки и правила* (Москва: Институт Гайдара, 2017), 230.

¹⁰ Див.: Всеволод Речицький, *Символическая реальность и право* (Львов: ВНТЛ-классика, 2007), 393.

¹¹ Пітер Геральник, *Сем Філіпс: винахідник рок-н-ролу* (Київ: КМ БУКС, 2019), 670.

нацизму й сталінізму загрози, що традиційно вважаються проявами загального посттоталітарного синдрому, ще далеко не вичерпалися. Й хоча подібні загрози не вічні, вони мають розвинену здатність до мутації й видозміни.

Наприклад, багато з того, що раніше називалося в Україні тоталітаризмом, виступає нині як: «розумні» застереження щодо ринкової, інформаційної та академічної свободи; унікальна стилістика життя в ОРДЛО й сірій зоні; маргінальний шовінізм. Як наслідок, у комунікативному просторі країни продовжують існувати «грубість» і «жорстокість» (цими словами Джон Кеннеді коротко окреслив свої враження від СРСР у 1939 р.). Вацлав Гавел описував подібний стан соціуму через зникнення в ньому... «щирості», «відкритості», «ненав'язливої приязні», «розслабленості», «радості» та «спонтанності».¹²

Тобто Гавел розглядав посттоталітарні системи не просто як надмірно раціональні способи забезпечення «загального блага» чи як різновид периферійних технологій влади (макіавеллізм), які Захід може при потребі «загнати в рамки демонстрацією власної сили».¹³ Гавелове розуміння й визначення посттоталітарних загроз є більш цікавим і глибоким.

На думку Гавела, колишніх тоталітарних вождів і диктаторів нині прагне замінити безликий і на все готовий активіст, апаратник, функціонер, професіонал з риторики й політичних маніпуляцій, такий собі фахівець з безпомилкових суджень. При цьому верховенство права (конституціоналізм) ризикує перетворитися на чергову рутинну атрибутику державного механізму, юридичний інструмент в руках об'єктивістської влади, узаконеної наукою, кібернетикою, ідеологією й ще чим завгодно, тільки не особистою відповідальністю перед близькими йому й неповторними особистостями.¹⁴

Тому не дивно, що цінність політичної філософії Гавела пояснюється не тільки його рішучим запереченням класичного тоталітаризму, а й тим, що в зірковий момент своєї біографії він зумів піднятися до усвідомлення тих неочевидних цивілізаційних загроз, що зуміли вижити навіть після повного тріумфу «Оксамитової революції» як втілення чеської версії лібералізму.

Справді, як зазначає Девід Фрідман, «ніхто, крім кількох брамінів у Делі та двох-трьох троцькістів у Нью-Йорку, більше не вірить, що рай на землі можна забезпечити завдяки націоналізації».¹⁵ Соціалізм як ідеологія пролетарських мас відійшов у минуле. Однак різниця між реальним капіталізмом чи «американським стилем життя», з одного боку, й посттоталітарним синдромом в Україні – з іншого, продовжує пригнічувати нашу уяву. Розділення тут, знову ж таки, проходить по лінії зовні малопомітних нюансів. Як показує досвід, ці останні буває важко навіть просто усвідомити, не те що критично аналізувати.

¹² Гавел, *Промови та есеї*, 116.

¹³ Там само, 62.

¹⁴ Там само, 60.

¹⁵ Девід Фрідман, *Механізм свободи. Анархія вільного ринку* (Київ: Наш формат, 2019), 132.

Нюанси розрізнення, як уже почасті зазначалося вище, – це далеко не дрібниця. Як свого часу помітив Балтус, «фрукти Сезанна є ніби нічим й водночас всім».¹⁶ Нюанси культурних відмінностей є ніби й незримими, але водночас добре відчутними. Їх також важко (якщо взагалі можливо) раціонально пояснити. Подібні нюанси люди відчують на моральному чи естетичному рівні, у більшості випадків вони не можуть вказати на них конкретно чи просто перелічити. Працюючи в театрі високого класу, Інґмар Бергман якось помітив, що завіса в його головній залі «злітала й падала з тим витонченим артистизмом, який не може замінити жоден мотор з градуїтованими швидкостями».¹⁷ Як свого часу помітив також Люїс Мамфорд, мистецьки довершена скриня відрізняється від функціонально придатної лише своєю красою.

Хоча всі ми живемо тепер у каталогізованому світі, картини Міро й скульптури Мура, повісті Кундери й п'єси Гавела впливають на людей (крім снобів) таємничими шляхами, флюїдами невлішого й неповторного стилю. «Пейзаж в Овері після дощу» Ван Гога майже не відрізняється від його цифрової фотокопії. Однак справжній «Овер» причаровує назавжди, а його віддзеркалення – лише на короткий проміжок часу. Приблизно так само відрізняються між собою всі інші – справжні й несправжні символічні форми. Верифікація їх – іноді величезної – цінності відбувається на світових ринках, причому чим ринок є ширшим, тим верифікація точніша. Кращої перевірки достоїнств своїх творінь людство просто не винайшло.

І хоча у це не так просто повірити, тонкими нюансами розрізнення *контрастують* між собою всі нині існуючі в світі органічні й неорганічні конституційні системи. Класичним прикладом подібного контрасту може послужити відома Мілошева оцінка тону життя в зовні успішних соціалістичних країнах.

Як пише в своєму «Поневоленому розумі» Чеслав Мілош,

є щось невліме в атмосфері таких столиць народної демократії, як Варшава чи Прага. Колективний флюїд, що виникає із взаємного обміну й підсумовування індивідуальних флюїдів, – нехороший. Це аура сили й нещастя, внутрішнього паралічу й метушливої активності. Якими б словами її не називати, можна сказати напевно, що якби пекло гарантувало своїм мешканцям комфортабельні квартири, гарний одяг, кращу їжу й усілякі розваги, але змушувало б їх при цьому постійно відчувати подібну ауру, то цього було б цілком достатньо для пекельного випробування.¹⁸

При цьому, як додає Мілош, будь-які раціональні пояснення не можуть схопити суті даного феномену. Дане правило працює також й у зворотному керунку. «Я щасливий, як тварина», – сказав якось на початку вісімдесятих ХХ ст. один з радянських дисидентів-емігрантів, щойно зміг вийти на прогулянку у Сан-Франциско. Відомо,

¹⁶ Balthus, *Vanished Splendors: A Memoir* (New-York: Harper Collins Publishers, 2002), 75.

¹⁷ Інґмар Бергман, *Жестокій мир кино* (Москва: Вагриус, 2006), 191.

¹⁸ Чеслав Мілош, «Порабощенный разум», в *Личные обязательства* (Москва: Дом интеллектуальной книги, 1999), 134.

що інтелектуали з СРСР цінували не стільки західний матеріальний комфорт, скільки унікальну атмосферу, неповторну ауру цього вкрай індивідуалістичного й ринково організованого суспільства.

Утім, як писав у «Громадянинові світу» Олівер Голдсміт ще століттям раніше, англійський колоніальний чиновник, зазвичай оточений в Індії винятковим комфортом, відчував непідробну радість свободи лише в тіснєві вільних співвітчизників на морському поромі. Як зазначає з цього приводу Річард Познер, ми дивимося на світ довкола нас і бачимо, що в цілому люди, які живуть в тих прагматичних суспільствах, де ринкам дозволено працювати більш-менш вільно, є не лише багатшими від людей в інших суспільствах, але й у них більше політичних прав, більше свободи й гідності, вони більш задоволені. Це підштовхує нас до зовні парадоксального висновку про те, що саме максимізація багатства, а не щось інше є найкоротшою дорогою до величезної кількості моральних цілей.¹⁹

Отже, запорука конституційного успіху є закодованою в формулах економічного розрахунку. Своєю чергою, економічні принципи цілком адекватно віддзеркалюються в етиці, моралі й естетиці прогресуючого суспільства. Дійсно ринкова економіка, з одного боку, й обмежено ринкова (посттоталітарна) економіка – з іншого, мають здатність впливати на індекси щастя так само суттєво, як суттєво по-різному впливають на мистецьку аудиторію шедеври мистецтва *versus* їх недосконалі підробки. Справжнє мистецтво сповнює нас почуттям тріумфу, копії ж лише дивним чином поглиблюють фрустрацію й смуток. У царині права це виглядає так, що не справжній (органічний), а лише штучно підроблений «під Захід» конституціоналізм здатен зруйнувати життя й мораль ще не одного покоління.

Для того щоб допомогти індивіду стати успішним і щасливим, потрібні свобода, приватна власність і по можливості необмежений доступ до ринків. Очевидно, що в Україні запровадженню ринку має передувати повномасштабна приватна власність на основний національний ресурс – землю. У свою чергу, класична власність спирається на індивідуалізм. Враховуючи ту обставину, що в своїх проявах капіталізм не терпить сірості й тяжіє до екстремумів, це має бути не просто індивідуалізм, а ... «індивідуалізм передусім – та індивідуалізм будь-якою ціною, індивідуалізм у вищій мірі» (Пітер Геральник).²⁰

Як зазначає з цього приводу Вілфред Долфсма, «успіх може прийти до ринку лише тоді, коли у всіх можливих моментах часу й за всіх можливих обставин існуватиме ринок для всіх можливих товарів».²¹ На жаль, в Україні розуміння подібних конституційних нюансів тільки починає торувати собі дорогу. Наш посттоталітарний конституціоналізм, так би мовити, все ще не призвичаївся до непідробної відкритості, відвертості й прямоти

¹⁹ Николас Меркуро і Стивен Медема, *Экономическая теория и право. От Познера к постмодернизму и далее* (Москва: Институт Гайдара, 2019), 189.

²⁰ Геральник, *Сем Філіпс: винахідник рок-н-ролу*, 575.

²¹ Долфсма, *Провали государства*, 230.

швидко прогресуючого суспільства. Сьогодні його все ще насторожує «політика мінімальних деформацій змісту».²² Адаже думати одне й говорити інше – завжди було характерною ознакою тоталітарних практик.

Хоч це й прикро, але майже все, що лишається в ділянці права підозріло-провокативним для України, давно вважається класикою євроатлантичного правового порядку як такого.²³ Як про це розповідають студентам в західних університетах, перші ринкові ідеї, спрямовані на заохочення індивідуалізму, з'явилися в актах з сімейних питань Папи Григорія I у VI ст. Цей тренд був підтриманий буллами з питань власності Папи Григорія VII у XI ст. Відтак саме «ці події можна охарактеризувати як подвійну папську революцію» (Діпак Лал), в результаті якої в Західній Європі були запроваджені інституціональні засади ринкової економіки, а сам західний світ пішов у економічному сенсі зовсім не тією дорогою, що її обрали для себе євразійські цивілізації.²⁴

Піднесення Заходу розірвало пута, які стримували «інстинкт торгівлі», а пізніше різке вплинуло на євразійські моральні орієнтири, засновані на традиційно неприхильному ставленні до маржі й міжнародних негодіантів як таких. З плином часу еволюція європейської свідомості призвела до економічного зростання «сучасного типу»,²⁵ що не могло не позначитися на всіх існуючих – формальних і неформальних – конституційних модельних зразках і проектах. Особливо яскравим виявився прямий і непрямий вплив бізнесової винахідливості й ринку на американську конституційну парадигму.

Майже до кінця XIX ст. суди США дотримувались вузько обмеженого розуміння приватної власності як власності споживацької, а не мінової (ринкової). Саме у цих нормативних кордонах американські суди застосовували П'яту та Чотирнадцяту конституційні поправки. Однак уже в 1870-х рр. ідея власності як цінності, що виникає в процесі ринкового обміну, почала проникати в «особливі думки» членів американського Верховного суду. Рубікон же було перейдено в 1890-х, коли Верховний суд США свідомо перейшов від визначення власності як майна, що має споживацьку цінність, до її визначення як *мінової* (*суто ринкової*) цінності товарного об'єкта.

Згодом Верховний суд США дійшов революційного висновку про те, що «позбавлення власників мінової цінності <...> є рівнозначним позбавленню їх власності» як такої.²⁶ А в 1897 р. Верховний суд США остаточно погодився з тим, що обрахунок мінової вартості, яка підлягає судовій компенсації, має обов'язково враховувати фактор «свободи доступу до ринків». Таким чином, еволюція конституційних нюансів розуміння власності в США дозволяє стверджувати, що інститут власності

²² Долфсма, *Провали государства*, 227.

²³ Поняття *конституційної парадигми* тут вживається для позначення *широкої концепції розвитку* в ділянці конституційного права.

²⁴ Лал, *Возвращение «невидимой руки»*, 229.

²⁵ Там само, 230.

²⁶ Меркуро и Медема, *Экономическая теория и право*, 394.

в Основному Законі України все ще перебуває в тенетах застарілих правових уявлень. Зокрема, страх перед широкою й гострою конкурентною торгівлею з іноземцями досі належить до типових українських фобій.

Утім, конституційна доктрина США ще й сьогодні продовжує еволюціонувати. Зокрема, в 1982 р. старе (1968 р.) нормативне визначення ринку як економічної конструкції, яка складається з товару й певної кількості покупців, було замінено конструкцією, яка складається з товару та його просторово-географічного оточення («ринкового довкілля»). З іншого боку, нестача адекватного розуміння подібних конституційних нюансів у посттоталітарних країнах дозволяє нам бачити глибинні причини того феномену, який Гавел називав безнадією й «апатією» усупільнення й появу якого звичайно провокує позбавлене економічної довіри до індивіда «збайдужіле суспільство».²⁷

Як зазначає Гавел, всім похідним від тоталітаризму системам притаманний особливий бактеріальний характер. І хоча сьогодні подібні системи відмовляються від примусу й нібито прагнуть працювати без насильства, зміна на краще в методах ще не означає справжньої відмови від суті. Просто екстраполяція старого патерналізму разом з колективізмом здійснюється тепер інакше. У результаті підсвідомі й тому майже непомітні впливи продовжують отруювати душі й деморалізувати людей.²⁸

Безнадія усупільнення приводить до апатії, апатія – до пристосуванства, пристосуванство – до рутинної роботи, доводив Гавел. У підсумку все це формує характерне для колективістичних суспільств уявлення про «нормальну поведінку» – уявлення дуже песимістичне по своїй суті.²⁹ Не дивно, що частина молодих людей з України використовує американську програму Work and Travel просто для того, щоб попрощатися з малорухливим суспільством. Малорухливе й надміру передбачуване життя країни завжди витісняє з неї таланти. У випадку України це могли бути Станіслав Христенко й Іван Путров, Вадим Глузман і Зоряна Кушплер, Оксана Линів і Олександра Хільдебранд. Звісно, їх конкретні мотиви можуть варіювати.

«Можливо, – писав Вацлав Гавел з приводу життя без авантур і зрушень, – це навіть є той знаменитий “момент правди”. Людина раптом опиняється поза будь-якими відносинами, вона ніби залишається на публіці – але все ж сама з собою. Обличчя, які тут бачиш, здебільшого напрочуд порожні, замучені, ніби без життя, без надії, без бажання».³⁰ До цього додається спровокована страхом перед «капіталізмом» бідність. І хоча бідність не перетворює сама по собі українську Конституцію на «закон для незаможних», вона все-таки схиляє український Конституційний Суд до тлумачення її норм в патерналістському дусі.

²⁷ Гавел, *Промови та есеї*, 16.

²⁸ Вацлав Гавел, “Путь без насилия,” *Известия*, Февраль 24, 1990, 5.

²⁹ Гавел, *Промови та есеї*, 17.

³⁰ Там само, 115.

Хоча нині країн з плановою економікою в світі майже не залишилось, різниця між тонусом життя в посттоталітарній Україні й правдиво капіталістичній Польщі нині просто кидається нам у вічі. Але якщо придивитися до нюансів розрізнення, про які тут йдеться, то неважко помітити, що польський успіх був запрограмований практично від початку. Комуністична Польща мала такі насичені тонким гумором, смаком і стилем журнали «Szpilki», «Kino», «Film» та «Ekran», не кажучи вже про більш традиційні «Kobieta i Zycie» чи «Dookola Swiata», що її триумф від поновленої свободи просто не міг не стати ефективним.

У той час, коли дослідники поведінкової економіки на Заході вивчають спонтанну (грайливу) природу підприємницької активності, помноженої на множинність, строкатість і варіативність її цілей³¹ економіка України все ще намагається просто зрушити з місця. Якщо західні економічні актори наважуються грати водночас на багатьох ринках, то в Україні сам по собі феномен особистого багатства все ще вимагає елементарного морального виправдання.

З одного боку, як про це писав Гавел, «перед вірусом зубожіння не заховаєшся в жодній резервації»,³² з іншого – заснована на недовірі до приватного власника конституційна парадигма провокує уніфікацію й криміналізацію принципу множинності й розрізнення.³³ У свою чергу, несприйняття аксіоматики приватного початку творить сумних людей з уподібненими біографіями. Не кращим є й те, що воно є «великим виробником банальності».³⁴

Важливим елементом політичної філософії Вацлава Гавела є також заперечення ним інтелектуального міщанства, обивательського «здорового глузду». І хоча Гавел не застерігав, як свого часу Михайло Грушевський, проти наміру побудувати в себе «ще одну міщанську республіку», його реально непокоїла перспектива становлення пожадливого-прагматичного суспільства, яке постійно ризикує в такий спосіб «повертатися до середньовіччя».³⁵

Тут інтелект Гавела працював одразу на два фронти: проти цинічної зневіри в усьому, що веде до світоглядного мракобісся; проти ситуативно популярного міфу про нібито реальну «об'єктивність» науки. Як вважав Гавел, «раціоналістичний дух сучасної науки, заснованої на абстрактному розумі та припущенні безособової об'єктивності», з одного боку, й «теорія політики як раціональної технології влади» – з іншого, є тими характерними спокусами, що завжди залишаються найбільш небезпечними й привабливими для державної влади.³⁶

Глибина цієї проблеми є також прихованою в нюансах. Радянський тоталітаризм перестав бути реальністю в Україні. Але він все ще залишається в підсвідомості

³¹ Гарольд Уинтер, *Вопросы права и экономики* (Москва: Институт Гайдара, 2019), 372.

³² Гавел, *Промови та есеї*, 115.

³³ Vaclav Havel, *Open Letters* (New-York: Vintage Books, 1992), 339.

³⁴ Гавел, *Промови та есеї*, 105.

³⁵ Там само, 54.

³⁶ Там само, 59.

українців й продовжує впливати на тонус національних економічних, політичних і культурних практик. Йдеться, насамперед, про українську недовіру до земельного ринку, низький рівень соціального капіталу, підозріле ставлення національної інтелігенції до свободи думки і слова. Збереження цього політичного архетипу спостерігається майже всюди, де розум десятиліттями уникав «власного досвіду, власного сумління і власної відповідальності» як ... «абсолютного горизонту».³⁷ Не дивно, що в загальному підсумку, як пише Гавел, обиватель пристає на слоган: «краще червоний, ніж мертвий» – сервільне гасло, що у випадку України відобразилося мало не на конституційному рівні.

Тобто тут ми знову стикаємося із стереотипною посттоталітарною свідомістю законодавця, який оперує максимами, не усвідомлюючи обертонів їх змісту. Життя людини – «найвища соціальна цінність» – типова соціалістична агітка, що виникає внаслідок перекичування морального імперативу, відповідно до якого життя людини – це найвища *індивідуальна* цінність. Якщо життя людини – цінність особиста, кожен індивід має право розпоряджатися своїм життям на власний розсуд. Останнє передбачає право індивіда не лише захищати своє життя зі зброєю в руках, але й героїчно принести його в жертву. Але якщо життя людини – цінність соціальна, тоді долю індивіда має визначати найбільший колективістичний суб'єкт – держава.

На думку Гавела, подібне гасло «насправді означає одне: ніщо не варте того, аби за нього пожити життям». Але ж, з іншого боку, додає він, «це філософія повного заперечення людяності. Радянському тоталітаризму така філософія тільки політично допомагає».³⁸ Не виключено, що українські батьки-засновники, формулюючи ст. 3 Основного Закону, прагнули до чогось іншого. Але їх побудована на колективістичних кліше правова свідомість дала характерний збій.

Нині є очевидним, що політичний світогляд Вацлава Гавела виявився набагато краще підготовленим до посттоталітарних трансформацій, ніж інтелект і політична уява правлячого класу України. Цілком можливо, що Чехословаччина зуміла безболісно роз'єднатись на дві суверенні держави ще й з тієї причини, що її президент-постмодерніст знав про те, що «основною передумовою історії є множинність прав, «логік» та суб'єктів ухвалення рішень і діяльності».³⁹

У Гавела логіка історії є подібною до логіки ділової гри.

Наперед невідомо, який із потенціалів одного з «гравців» розбудить і до якого вчинку його спровокує та чи інша дія «супротивника». Хоча б тому сутнісним виміром кожної історії є таємниця. Історією до нас не говорить певний суб'єкт правди – перед нами виникає людський світ як захопливий простір перетину багатьох таких суб'єктів.⁴⁰

³⁷ Гавел, *Промови та есеї*, 59.

³⁸ Там само, 71.

³⁹ Там само, 94.

⁴⁰ Там само.

Можливо, якби український істеблїшмент дійсно мав глибинну здатність до філософських узагальнень, Україні пощастило б уникнути того роздвоєння політичної свідомості, що вона його демонструє по відношенню до «формули Штайнмайєра» й «Мінських угод» водночас. Принаймні все виглядає поки що так, ніби українські політики вищого рангу – президент, прем'єр і ключові міністри – усвідомлюють засади терпимості до «іншого» лише тоді, коли фізично перебувають на Заході, й швидко позбавляються цієї здатності, щойно повертаються додому.

Утім, мало не все українське суспільство продовжує вірити в міфічного «єдиного, центрального й монопольного суб'єкта всієї правди та влади», який просто не наважується функціонувати належним чином у просторі «конфронтації різних більш-менш дієздатних суб'єктів».⁴¹ Українці вимагають мужності й рішучості там, де більшою мірою потрібна мудрість.

З огляду на розгортання подій в Україні, світобачення Вацлава Гавела періоду дев'яностих років ХХ ст. все ще випереджає український час. Alas! Його політична філософія не зупиняється в очікуванні, що ми її от-от наздоженемо, а продовжує розгортати свій потенціал далі. Від захисту терпимості Гавел переходить до заперечення патерналізму, а по дорозі принагідно пориває з інтелектуальним міщанством. За Гавелом, «холодний» Захід – це зовсім не «гарячий» Схід, здатний побудувати Гулаг «в ім'я країни, демократії, прогресу й військової дисципліни, щоби утримувати всіх, хто відмовиться брати участь в зусиллях – хто через наївність, хто з принципу, страху або хворобливої волі».⁴² Гавел чить, відмовляючись повчати й рішуче заперечує інтелектуальну зверхність.

Політична філософія Гавела нищить «естетику банальності, що оселилася на території бадьорої маломіщанської моралі». Засуджуючи «сентиментальну філософію сусідської гуманності» й «кухонної удаваної ласкавості», він відкидає для себе «провінційну концепцію світу, що базується на вірі в його принципову доброту». Гавел ненавидить «естетику, що тримається на культурі розважливості посередності, що стоїть на фундаменті затхлого національного самозадоволення і керується принципом подрібнення, розтирання і згладжування, що згодом переростає в брехливий оптимізм однієї з найвульгарніших інтерпретацій лозунгу “Правда переможе!”»⁴³

Аристократично толеруючи фетиші середнього класу, Гавел цілився в яблучко, що висить набагато вище. У листі до Гусака він називає зрадою й підміною комуністичну орієнтацію на матеріальний добробут – «можливість вільно обирати, який холодильник чи пральну машину <...> купити».⁴⁴ Справжніми важелями прогресу він вважає особисте культурне удосконалення й інтелектуальну свободу.

⁴¹ Гавел, *Промови та есеї*, 94.

⁴² Havel, *Open Letters*, 261.

⁴³ Гавел, *Промови та есеї*, 27.

⁴⁴ Там само, 20.

Усвідомлюючи грандіозний масштаб людської уяви й виробленої нею символічної реальності, Гавел намагається переконати посттоталітарні еліти в тому, що їх провінційна орієнтація на добробут ризикує насправді опустити суспільне життя «до рівня біологічної вегетації, тобто до саме тієї “глибинної” деморалізації, яку породжує втрата всіх надій та криза розуміння сенсу життя».⁴⁵ Посттоталітарний матеріалізм видається йому небезпечним, тому що «разом зі зростанням отупілості, природно, притупаються і здатність усвідомлювати це отупіння».⁴⁶

Нині майже все, про що попереджав Гавел, здобуло своє запізнале підтвердження на українських теренах. Подібно до того, як прихильник поганства, ставши християнином, інфікується нетерпимістю від шойно здобутого монотеїзму (Еміль Чоран),⁴⁷ українські інтелектуали старшого покоління, яким пощастило пережити репресії радянського КДБ та фронду з марксизмом, схиляються нині до фанатизму «державництва», а не до західних терпимості й політичного лібералізму.

А тому українська свобода, звільнившись від радянських пут, ризикує потрапити нині в нові тенета. Швидко міняючи спікерів і президентів, українці надто повільно при звичаються до думки, що їх життя може стати по-справжньому прийнятним лише після глибокої світоглядної перебудови. Але чи відбувається в їх свідомості ця остання? Хоча український Основний Закон забороняє визнання «обов'язкових» для держави ідеологій (ст. 15), революційні цінності української «Ради Майдану» (2014) майже повністю співпадають з консервативними орієнтирами української ж «Ради церков».

Чи означає все це, що Україні вкотре загрожує примара інтелектуального спрощення, яке західна професура ототожнює іноді з сучасним фашизмом? Як упевнено стверджує Мадлен Олбрайт,

фашистська позиція формується тоді, коли нема соціальних якорів і коли посилюється відчуття, що кожен бреше, краде і піклується лише про свої інтереси. Саме тоді починається туга за сильною рукою, що захистить від ворожого «іншого» – єврея, мусульманина, чорношкірого, так званого мужлана чи так званої еліти.⁴⁸

Подібна ідеологія існує й проникає в світогляд людей на рівні нюансів. Але, проти очікувань, вона являє собою не виняток з гуманізму, а цілком життєздатний сегмент ураженого вірусом спрощення людського мозку. І хоча основні гасла фашизму заперечити нескладно, впевнено ідентифікувати його щоденні прояви вміють лише одиниці. Невипадково еволюція статусу Слободана Мілошевича від національного лідера до підсудного в Гаазькому трибуналі відбулася, так би мовити, цілком «демократично».

⁴⁵ Гавел, *Промови та есеї*, 22.

⁴⁶ Там само, 23.

⁴⁷ Эмил Чоран, *После конца истории. Философская эссеистика* (Санкт-Петербург: Симпозиум, 2002), 47.

⁴⁸ Мадлен Олбрайт, *Фашизм: засторога* (Київ: Форс Україна, 2019), 16.

Як би там не було, застерігає Мадлен Олбрайт, але «визначення: [поставте назву країни] передусім!» як золоте правило міжнародних стосунків виправдовує в усіх випадках дії тиранів згідно з їхніми інтересами». ⁴⁹ Не менш актуальним для вчасного розпізнавання подібної загрози є також те, що фашистське чи будь-яке інше подібне спрощення картини політичного світу заперечує не демократію, а свободу. Як нагадують нам філософи, плебеї оплакували свого часу Нерона, а також Фіделя Кастро, Сталіна й Мао Цзедуна. Не є новиною, що розгортання харизми публічних фігур спирається зазвичай на соціальний інстинкт, а не на людську критичну здатність.

Судді українського Конституційного Суду отримують нині винагороду, яка є у 20–25 разів більшою за зарплату вітчизняного професора (у США ці зарплати є приблизно однаковими). При цьому жоден з вищих жерців правосуддя не визнав публічно, що подібний розрив є несправедливим і суперечить здоровій моралі. Зовні все подається так, ніби фантастичний в умовах України побутовий комфорт для суддів є елементом державної боротьби з корупцією. Однак насправді конституційні судді завдяки цим зарплатам стали рабами Української держави. Замість того, щоб бути суворими обмежувачами державної влади на користь відкритого ринку й свободи громадянського суспільства, конституційні судді перетворилися на її надійну опору. «Обмежувати» – значить «підсилювати», мав би сказати Орвелл.

Не менш проблематичним виглядає й те, що окреслена в ст. 11 Основного Закону України ідея етнічної консолідації нації суперечить есхатологічним засадам Європейського Союзу, до членства в якому Українську державу заохочує знедавна конституційна Преамбула. Адже створення Євросоюзу має на меті не лише розширення ринку для його держав-членів. Не менш амбітною метою тут є також усвідомлення половиною «золотого мільярду» своєї... «просто європейськості» (Олбрайт).

На жаль, контекстуальний аналіз Конституції 1996 р. свідчить про те, що Україна ставить на перше місце ідею народоправства, а не свободи народу й необхідних для цієї свободи індивідуалізму й ринку. Як уже зазначалося в літературі, Конституція України взагалі не знає категорії «свободи народу». Основні акценти Основний Закон робить не на приватній власності, свободі підприємництва й вільній торгівлі, а на риторичі егалітарного народоправства.

Що з цього приводу міг би сказати президент Гавел? На його думку, в світі існує величезна кількість ціннісних систем, що заперечує стандартизацію людської поведінки, в тому числі й хорошої. Крім того, український істеблшмент мав би замислитися над тим, що незаможна більшість – це небезпечний конкурент свободі, а відсутність конкуренції й суперництва на ринках – це майже пряма дорога до паралічу не тільки громадянського суспільства, але й держави. ⁵⁰

⁴⁹ Мадлен Олбрайт, *Фашизм: загорога* (Київ: Форс Україна, 2019), 289.

⁵⁰ Havel, *Open Letters*, 75.

Україна поки що не спромоглася виробити послідовну конституційну ідеологію свободи. Що ж стосується позиції Гавела, то його сприйняття свободи було вкрай прагматичним. Найважливішою він вважав свободу пересування в найширшому значенні цього слова.⁵¹ Відповідно до його уявлень, недопустимо ні морально засуджувати, ні фізично стримувати вітчизняних емігрантів. Оскільки люди – це вищі істоти, їх свобода пересування не повинна поступатися свободі, що її «кожна ластівка має».⁵²

Чи не був, однак, Гавел наївним ідеалістом? Навряд, бо в іншому місці він дуже прагматично визнає: «бувають ситуації, коли єдиною гарантією свободи залишається вірність авторитету, який подарував цю свободу раніше».⁵³

Усвідомлюючи масштаб свого не лише літературного обдарування, Гавел все-таки не боявся визнавати того, що його світогляд є насправді невизначеним, туманним і вразливим з позицій майбутнього. Людський розум не може пояснити сам себе, тим більше його чекає фіаско в спробі передбачити результат взаємодії необмеженої кількості умів. Водночас Гавел ніколи не вірив у те, що рецепт спасіння людства повинен й може обрахувати якийсь суперкомп'ютер.⁵⁴ Будучи за стилістикою поведінки легким і постмодерним, Вацлав Гавел ніколи б не дозволив перекласти на чужі плечі президентську відповідальність за долю країни.

До того ж він виробив доволі оригінальні уявлення про політичну харизму. Ефективними політиками Гавел вважав людей, здатних ефективно протистояти культурній ентропії. Й саме на них він покладав місію особливого спротиву: спостережливого, уважного й вдумливого спротиву по відношенню до будь-яких проявів анонімної й негуманної влади ідеологій, систем, апарату, гасел і політичної мови.⁵⁵ Ідеалом політичного лідера для нього завжди була людина, наділена не лише совістю, але також смаком і стилем. Подібно до англійської королеви-матері у її зізнанні акторці Мії Фарроу,⁵⁶ Гавел справді високо цінував гарні манери.

Якщо індивід є скромним і зовсім не прагне до влади, писав він, це зовсім не означає, що у владі йому не місце. Навпаки, саме в політичній діяльності його чекатиме справжнє визнання.⁵⁷ З іншого боку, за будь-яких обставин лідер не повинен втрачати віру в себе. Вірність собі й віру в себе Гавел розглядав як той моральний зв'язок, який політик зобов'язаний постійно тримати зі світом.⁵⁸

⁵¹ Havel, *Open Letters*, 122.

⁵² Ibid, 228.

⁵³ Вацлав Гавел, "Искушение," в *Трудно сосредоточиться* (Москва: Художественная литература, 1990), 346.

⁵⁴ Владимир Яковлев, "О мировоззрении Вацлава Гавела," в *Социально-политические науки* 1 (Москва: 1991), 62.

⁵⁵ Havel, *Open Letters*, 267.

⁵⁶ Mia Farrow, *What Falls Away* (USA: Bantam Books, 1997), 151–52.

⁵⁷ Вацлав Гавел, "Политику требуются принципы и хорошие манеры," *За рубежом* 47 (1991): 6.

⁵⁸ Havel, *Open Letters*, 233.

Нині попит на політиків постмодерного типу швидко зростає. Про це свідчить як загальна висока турбулентність політичних процесів, так і труднощі у вирішенні сучасних завдань політиками традиційного складу. У цьому сенсі американським лібералам довелося пристосовуватися до Дональда Трампа приблизно так само, як українському консервативному електорату – до Володимира Зеленського. Попри дуже різний масштаб політичної дії, обидва вони не вкладаються в ложе традиційних очікувань виборців. Провокативна стилістика Трампа є помітною вже на відомому фото 2006 р. на летовищі у Палм Біч авторства Енн Лейбовіц. Що ж стосується нешаблонного політичного стилю Володимира Зеленського, то одним із перших його спробував пояснити російський інтелектуал Дмитро Биков.

Не менш цікавим для усвідомлення особливостей посттоталітарного конституціоналізму є звернення до Гавелових принципів в царині свободи слова. Не довіряючи ідеологіям як системно організованим сукупностям ідей, Гавел називав їх «бутафорією» й «вуаллю надособистого буття».⁵⁹ При цьому сила слова, так само як і його свобода, залишалася для Гавела «неоднозначною й непрозорою». З одного боку, писав він, є «звільнювальна сила слова» Леха Валенси, «застережлива сила слова» Андрія Сахарова й «не просто сила слова Русдї». З іншого – фанатичне слово аятоли Хомейні. У результаті, доходить висновку Гавел, «поряд із словом, що електризує суспільство своєю свободою і правдивістю, тут є слово, яке гіпнотизує, вводить в оману, фанатизує, слово божевільне, небезпечне, смертоносне». У підсумку слово – це вектор, «слово – це стріла».⁶⁰

Слово Ульянова-Леніна видавалося Гавелу «постійно розлюченим», а слово Маркса – «непомітним празародком усіх пізніших страшних Гулагів», «гіпнотично-зурочливим» і «нереально божевільним словом» пересічного маломіщанина.⁶¹ Обдарований талантом широкого спектру, Гавел глибоко відчував і усвідомлював сугестивну таємничу силу символічної реальності як такої. Володіючи словом на рівні його тонких літературних і політичних нюансів, Гавел вбачав у слові «явище таємниче, двозначне, амбівалентне, зрадливе». Слово може бути промінчиком світла в імперії п'ятми, але також і смертоносним посланням. Утім, справді вражаючим є висновок Гавела про те, що «слово може бути трохи тим, трохи іншим, ба навіть і тим, і іншим одночасно!»⁶²

Нині неможливо дізнатися, чи погодився б Гавел з твердженням Чорана про те, що «обов'язок книги – бути небезпечною»,⁶³ або з ексцентричною гіпотезою Девіда Вуттона відносно того, що наука – це просто системно уживаний здоровий глузд, кристалізовані погляди пересічної людини.⁶⁴ Ставлення Вацлава Гавела до відомих

⁵⁹ Вацлав Гавел, «Сила бессильных», *Новое время* 16 (1991): 41.

⁶⁰ Гавел, *Промови та есеї*, 124.

⁶¹ Там само, 125.

⁶² Там само.

⁶³ Чоран, *После конца истории*, 185.

⁶⁴ Дэвид Вуттон, *Изобретение науки* (Москва: Колибри, 2018), 471.

і невідомих можливостей людської уяви було в чомусь містичним. Як і Альфред Барр,⁶⁵ він вважав символічні продукти цивілізації *складними*. Так чи інакше, інтелектуальна чесність Вацлава Гавела не дозволяла йому вдаватися до спрощень насамперед у тих питаннях, у яких він обґрунтовано вважав себе професіоналом.

Гавел був переконаний у тому, що здоровий політичний процес передбачає перманентне наближення до «морального ідеалу». Цю тенденцію він називав «практичною моральністю». І хоча морально детерміновану політику він називав «виключно непрактичною й важкою для засвоєння у повсякденному житті», однак при цьому додавав, що у такої політики насправді не існує кращої альтернативи.⁶⁶ Здоровою основою людських вчинків він вважав особисту моральну екзистенцію. Принаймні для себе він не допускав інших суттєвих спонукань чи мотивацій.

Невідомо, чи задовольняла Вацлава Гавела концептуально американська Перша поправка (1791), відповідно до якої «хибних ідей» поза оцінкою ринку просто не існує. Не можна знати напевно й те, чи боявся Гавел геополітичного провінціалізму, що його зазвичай провокує обмежене знайомство з великим світом. Як відомо, Юрій Шерех вважав провінційність головним культурним ворогом України. Так виглядає, що подібні переживання мав і Еміль Чоран, пишучи про Молдову як про «провінцію, що причаровує своєю майже незносною безнадією».⁶⁷

Неможливо також сказати, чи погодився б Гавел із світоглядними установками таких авторитетів, як Жан-Жак Руссо («релігія без храмів, вівтарів чи ритуалів»), Томас Пейн («мій розум – ось моя церква») чи Томас Джефферсон («я сам є сектою») – цими концептуальними, як пише Хосе Казанова, «виразами модерної індивідуальної релігійності на рівні високої культури».⁶⁸

У будь-якому випадку, незважаючи на притаманні його часу й оточенню сентименти, можна сказати, що Гавел був завжди стратегічно орієнтований на Захід і... Rolling Stones. Він був рафінованим постмодерністом в політиці так само, як в музиці й драматургії. Читаючи Гавела, можна сказати, що його політична мудрість постійно перегукувалася з вишуканістю естетичної думки. Його відданість моральному початку могла б конкурувати з відданістю мистецтву у Володимира Набокова, але насправді йшла навіть далі, бо свій досвід він намагався зробити надбанням всього посттоталітарного світу.

З іншого боку, ми не знаємо, чи погодився б Гавел з доволі провокативною думкою Чорана на зразок: «Біда лівих у тому, що вони відстоюють принципи, що виключають

⁶⁵ Сибил Гордон Кантор, *Альфред Барр и интеллектуальные истоки Музея современного искусства* (Москва: Ад Маргинем Пресс, 2019), 335.

⁶⁶ Havel, *Open Letters*, 269.

⁶⁷ Чоран, *После конца истории*, 350.

⁶⁸ Хосе Казанова, *По той бік секуляризації: релігійна та секулярна динаміка нашої глобальної доби* (Київ: Дух і літера, 2017), 33.

цинізм».⁶⁹ Словник Гавела не контрольований, але гранично чесний, без зумисного епатажу. Він був завжди інтуїтивно переконаний у тому, що піднесення Заходу відбулося всупереч раціональним передбаченням Маркса. Як і Ежен Іонеско, Гавел повністю усвідомлював високу креативну здатність і водночас дивовижну терпимість капіталізму.

Будучи зірковим східноєвропейським дисидентом, Гавел одним із перших у соціалістичній Європі зрозумів, що по-справжньому дієздатним конституційним зразком для наслідування є лише «англосаксонська модель капіталізму» (Діпак Лал). При цьому особливо переконливим для нього виявилось не те, що капіталізм забезпечує вищий з можливих на планеті матеріальний комфорт і добробут, а те, що західна свобода, індивідуалізм і ринок є фантастично продуктивними в царині культури.

Вацлав Гавел був не єдиним, хто повністю усвідомлював, що ототожнення капіталізму з меркантилізмом – є примітивним по своїй суті. Тим більше, що саме в «меркантильних» країнах успішно ставалися його доволі абстрактні постмодерністські п'єси. Гавел чудово розумів, що саме здатний до сприйняття найтонших нюансів розрізнення, які тільки можуть існувати в нашому світі, капіталізм зробив надбанням людства не лише хмарочоси й «Титанік», але також Шенбергових «Уцілілих з Варшави», *modern dance* і *modern ballet*, а також усе «абстрактне мистецтво».

Утім, Вацлав Гавел умів цінувати не просто тонкі й привабливі культурні здобутки Заходу, але й саму атмосферу капіталістичного ринку, його особливу конституційну ауру, неповторні нюанси. Цілоком закономірно, що політична філософія Вацлава Гавела мала б безпосередньо впливати на східноєвропейський конституційний дизайн. Гавел цінував Захід за його боротьбу «з усілякою стандартизацією та єдністю», за несприйняття ідеї «зоднаковлювання», за жадобу «розрізнення», за «неспокій трансцендентальності», за «пригоду нового, заперечення статус-кво» й «постійну таємницю».⁷⁰

Будучи двічі обраний президентом, Гавел ніколи не переставав відчувати той зв'язок, що існує між надлишковою державною дисципліною, з одного боку, й громадянською смертю – з іншого. Усвідомлюючи цю загрозу, Гавел завжди й усюди намагався вести свій політичний корабель на маяк свободи. На відміну від багатьох європейських інтелектуалів, Гавел завжди глибоко усвідомлював відповідальність політичних лідерів за рівень національного індексу щастя. «Хоча людські душі й не кухлі, – писав він, – у котрі будь-хто може налити що завгодно, <...> багато в чому саме від лідерів залежить, які з протилежних схильностей, закладених у спільноті, буде мобілізовано, які з них матимуть шанс проявитися, а які, навпаки, буде притлумлено».⁷¹

Як писав свого часу Томас Джефферсон, Конституція США була ухвалена безпосередньо для того, щоб «зробити наших співвітчизників найщасливішими і найбільш

⁶⁹ Чоран, *После конца истории*, 285.

⁷⁰ Гавел, *Промови та есеї*, 34.

⁷¹ Там само, 48.

захищеними серед тих, над ким сяяло сонце».⁷² На відміну від Джефферсона, президент Гавел не так часто мислив категоріями права. Однак загальний намір у них обох був майже той самий – внести емоційний початок у публічну сферу.

У певному сенсі світобачення Гавела допустимо порівнювати з етичним кодексом Скотта Фіцджеральда. Йдеться про усвідомлення кожним із нас громадянства світу, ненависть до фальші, іронічне ставлення до авторитетів та індивідуалізм («одиноке серце»)⁷³. Як і Фіцджеральд, Гавел терпіти не міг удаваного патріотизму, компанійського духу і благочестя клерків. Для нього завжди було очевидним те, що в «порядку буття є щось, що явно виходить за межі нашої компетенції».⁷⁴ Відтак дороговказом для людини має бути не ідеологія, реклама чи навіть наука, а особиста моральна екзистенція.

На думку Гавела, публічна активність повинна мати індивідуальні джерела. У цьому сенсі він міг би посперечатися з математиком Володимиром Лефевром, який порівнював вплив совісті з «роботою автоматичного процесора, імплантованого в людську істоту». З іншого боку, він мав би погодитися з Лефевром у тому, що совість не тільки регулює активність індивідів, але й забезпечує «суб'єктивний план такого регулювання – моральні терзання». З огляду на це, всі люди наділені совістю приблизно так само, як вони наділені свідомістю, мисленням і мовою.

По-перше, писав Лефевр, усе те, що ми називаємо *добром* і *злом*, визначається епохою, країною й культурою, до яких ми належимо. Саме тому ми не можемо розглядати моральні судження як відображення чогось абсолютного. По-друге, все це не заперечує існування глибокої істини: правила використання понять *добра* і *зла* є не менш універсальними, ніж правила операцій з поняттями *істинного* й *хибного* в межах формальної логіки.⁷⁵ Кожна вільна людина не може уникнути суду власної совісті після того, як вчинила вибір. За цих обставин суд совісті діятиме автоматично й безжально.⁷⁶

Усе це має велике значення в контексті аналізу й порівняння зовні подібних конституційних парадигм Заходу й країн посттоталітарного світу. Як це випливає з політичної філософії Вацлава Гавела, існує принципова різниця між справжнім (євроатлантичним) конституційним правовим порядком, з одного боку, й відмінним від нього на рівні нюансів розрізнення посттоталітарним конституціоналізмом – з іншого. На додачу, саме у цьому випадку «правдоподібність є найзлішим ворогом істини» (Лутц Клевеман).⁷⁷ Якщо правдиво західний конституціоналізм ефективно

⁷² Томас Джефферсон, *Світло і свобода: роздуми про прагнення до щастя* (Харків: Літера нова, 2019), 22.

⁷³ Френсіс Скотт Фіцджеральд, *Заметки о моем поколении* (Москва: Колибри, 2019), 107.

⁷⁴ Гавел, *Промови та есеї*, 73.

⁷⁵ Владимир Лефевр, *Логика совести* (Москва: Когито-центр, 2003), 2.

⁷⁶ Там само, 311.

⁷⁷ З рукопису російського перекладу: Lutz C. Kleveman, *Lemberg. Die vergessene Mitte Europas* (Aufbau Verlag GmbH & Co.KG, 2017).

працює за законами свободи й ринку, то конституціоналізм пострадянський все ще вимагає вилучення з нього отруйних токсинів соціалізму.

Хотілося б вірити в те, що повернення повноцінної приватної власності на землю в Україні буде не таким болючим, як свого часу був «Голодомор», депортація кримських татар чи колективізація. Однак в морально-етичному плані, як зауважила Ганна Сухоцька, українцям треба готуватися «не до дискусії, а до битви».⁷⁸ Обсяги приватних капіталів в Україні максимізуються нині приблизно так само, як свобода економічного маневру й доступ до ринків. Що ж стосується актуального видалення посттоталітарних пасток в конституційному праві, то з боку України даний процес нагадує собою дегустацію французьких вин чи парфумів. Поки що все виглядає так, ніби українські нувориші приглядаються до монохромних шедеврів Барнета Ньюмена навіть більш заповзято, ніж вітчизняні політичні еліти до притлумленого нашою епохою західного конституційного потенціалу.

Трансформація посттоталітарних практик в органічний конституціоналізм західного типу відбувається у формі модернізації конституційних текстів разом з «емансипацією» менталітету конституційних суддів. Але якщо на першому етапі це завдання вирішувалось в Україні на основі раціонально розроблених МВФ і Світовим банком технологічних рецептів, то нині процес переходить у фазу нюансів праворозуміння. Просування вперед на основі гасел і матеріального заохочення виконавців уже майже не діє. Відтак нова ситуація вимагає від політичного класу й нового розуміння. Істеблшмент починає, так би мовити, відчувати брак не стільки знань, скільки особливого виховання й стилю.

Директива, наказ і примус поступаються звабленню й інтелектуальній спокусі. Очевидно, що подібна трансформація не може не позначатися на конституційному праві. Нова конституційна парадигма пропонує надати індивіду реальне право вчиняти по-своєму, «тринькати гроші» й не боятися виглядати при цьому абсурдним. Адже з точки зору нюансів західної конституційної парадигми, людина – це амбівалентна й непередбачувана по своїй суті істота. «Зразковий індивід» Фрейда має схильність до егоїзму, альтруїзму, творчості й гедонізму водночас. Його філософія життя передбачає, що кожен має право необмежено й власною дорогою підніматися вгору. Маючи схильність до війн і конфліктів, люди все-таки продовжують найбільше цінувати символічні форми. Сучасні синхрофазотрони свідчать про це так само успішно, як і ціни на Sotheby's.

Що ж стосується української конституційної перспективи, то філософія Вацлава Гавела є принципово важливою для нас уже просто тому, що Україна й Чехія володіють рідкісним «досвідом життя на далекому острівці сучасної дегуманізованої влади». Це покладає на нас обов'язок «про такий досвід інформувати, свідчити про нього й передавати тим, кому пощастило його не пережити. Ми, таким чином, маємо

⁷⁸ З виступу Ганни Сухоцької в центрі «Парковий» 25 лютого 2020 р., м. Київ.

можливість певною мірою допомогти тим, хто допомагає нам, допомогти їм у наших спільних інтересах, в інтересах людини».⁷⁹

Однак при цьому, як просить нас не забувати Вацлав Гавел, «Декларацію прав людини і громадянина» 1789 р. однією з перших підписала людина, яку невдовзі стратили в ім'я тої ж таки «свободи, рівності й братерства». Схоже на те, що беззастережне прагнення до вищих чеснот може обернутися жахливим фіаско для не здатних до застережної рефлексії й самоіронії революціонерів.

© В. Речицький, 2020

Bibliography

- Albright, Madeleine. *Fascism. A Warning*. Kyiv: Fors Ukraina, 2019 (in Ukrainian).
- Balthus. *Vanished Splendors: A Memoir*. New-York: Harper Collins Publishers, 2002.
- Bell, Daniel. *The Cultural Contradictions of Capitalism*. New-York: Basic Books, 1997.
- Benjamin, Walter. *Selected Essays*. Lviv: Litopys, 2002 (in Ukrainian).
- Bergman, Ingmar. *Cruel World of Cinema*. Moscow: Vagrius, 2006 (in Russian).
- Casanova, Jose. *Beyond Secularization*. Kyiv: Duh i Litera, 2017 (in Ukrainian).
- Cioran, Emile Michel. *After the End of History*. Sankt-Petersburg: Symposium, 2002 (in Russian).
- Dolfsma, Wilfred. *Government Failure. Society. Markets and Rules*. Moscow: Institut Gaidara, 2017 (in Russian).
- Farrow, Mia. *What Falls Away*. USA: Bantam Books, 1997.
- Fitzgerald, Scott. *Notes on My Generation*. Moscow: Kolibri, 2019 (in Russian).
- Friedman, David. *The Machinery of Freedom. Guide to a Radical Capitalism*. Kyiv: Nash format, 2019 (in Ukrainian).
- Guralnick, Peter. *Sam Phillips: The Man Who Invented Rock-n-Roll*. Kyiv: KM Books, 2019 (in Ukrainian).
- Havel, Vaclav. "The Power of Powerless." *Novoe Vremia* 16 (1991) (in Russian).
- Havel, Vaclav. *Open Letters*. New-York: Vintage Books, 1992.
- Havel, Vaclav. "A Politic Needs the Principles and Good Manners." *Za Rubezhom* 47 (1991) (in Russian).
- Havel, Vaclav. "Road Without Violence." *Izvestia*, February 24, 1990 (in Russian).
- Havel, Vaclav. *Speeches and Essays*. Kyiv: Komora, 2016 (in Ukrainian).
- Havel, Vaclav. *It's Difficult to Concentrate*. Moscow: Khudozhestvennaya literatura, 1990 (in Russian).
- Jefferson, Tomas. *Light and Freedom*. Kharkiv: Litera Nova, 2019 (in Ukrainian).
- Kantor, Sybil Gordon. *Alfred H. Barr, Jr. and the Intellectual Origins of the Museum of Modern Art*. Moscow: Ad Marginem, 2019 (in Russian).
- Kleveman, Lutz C. *Lemberg. Die vergessene Mitte Europas*. Aufbau Verlag GmbH & Co.KG, 2017.
- Lal, Deepak. *The Case for Classical Liberalism in the Twenty-first Century*. Moscow: Novoe izdatelstvo, 2009 (in Russian).
- Lefebvre, Vladimir. *Algebra of Conscience*. Moscow: Kogito-zentr, 2003 (in Russian).
- Mercuro, Nicholas, and G. Steven Medema. *Economics and the Law from Posner to Postmodernism and Beyond*. Moscow: Institut Gaidara, 2019 (in Russian).

⁷⁹ Гавел, *Промови та есеї*, 76.

- Milosz, Czeslaw. "The Captive Mind." In *Personal Obligations*. Moscow: Dom intelektual'noj knigi, 1999 (in Russian).
- Rechytskyi, Vsevolod. *Symbolic Reality and Law*. Lvov: VNTL Klassika, 2007 (in Russian).
- Rechytskyi, Vsevolod. "Informal Constitutionalism." *Kritika* 7-8 (2018): 2–14 (in Ukrainian).
- Rechytskyi, Vsevolod. "On New Ukrainian Constitutionalism." *Kritika* 9-10 (2019): 28–36 (in Ukrainian).
- Santayana, George. *Skepticism and Animal Faith*. Saint-Petersburg: Vladimir Dal', 2001 (in Russian).
- Smith, Adam. *The Wealth of Nations*. Kyiv: Nash format, 2018 (in Ukrainian).
- Winter, Harold. *Issues in Law and Economics*. Moscow: Institut Gaidara, 2019 (in Russian).
- Wootton, David. *The Invention of Science. A New History of the Scientific Revolution*. Moscow: Kolibri, 2018 (in Russian).
- Yakovlev, Vladimir. "On Outlook of Vaclav Havel." *Sotsialno-Politicheskie Nauki* 1 (1991) (in Russian).

Всеволод Речицький. Політичний світогляд Вацлава Гавела в контексті конституційного праворозуміння

Анотація. Есе присвячено питанням впливу етики й естетики на формування сучасних конституційних парадигм. Автор доводить, що для ефективної реалізації конституційних норм ключове значення має інтелектуальна чесність, щирість і позитивна моральна установка законодавця. На прикладі аналізу політичної філософії Вацлава Гавела автор доводить, що ефективні й неефективні конституційні системи є принципово різними. Однак таку відмінність часто можна помітити лише на рівні тонких нюансів розрізнення в розумінні права та його окремих інститутів.

У есе стверджується, що вироблення сучасних ефективних конституцій у посттоталітарних країнах стикається зі значними труднощами, оскільки в таких країнах все ще не відновилося позитивне ставлення політичних еліт і суспільного загалу до категорій свободи, ринку, приватної власності, індивідуалізму й «невидимої руки» Адама Сміта. Автор застерігає політичні еліти й законодавців від прийомів філософського спрощення в законодавчому процесі, яке в деяких випадках може призводити до відродження в праві прихованої ідеології фашизму.

Значна частина есе присвячена аналізу філософських поглядів президента Чехії Вацлава Гавела. Автор аналізує окремі складові частини його політичного успіху, зупиняється на рисах притаманної йому харизми. Успіх політики Вацлава Гавела пояснюється його глибокою пост-модерністською культурою, здатністю відчувати характерні особливості західного розуміння політики, права, мистецтва й стилю в широкому контексті.

Ключові слова: конституція; конституціоналізм; конституційні парадигми; нюанси розрізнення; політика; мораль; свобода; індивідуалізм; ринок; власність; політична філософія; мораль; фашизм; спрощення; стиль; смак; манери.

Всеволод Речицький. Политическое мировоззрение Вацлава Гавела в контексте конституционного правопонимания

Аннотация. Эссе посвящено вопросам влияния этики и эстетики на формирование современных конституционных парадигм. Автор доказывает, что для эффективной реализации конституционных норм ключевое значение имеет интеллектуальная честность, искренность и положительные нравственные установки законодателя. На примере анализа политической

філософії Вацлава Гавела автор доводить, що ефективні та неефективні конституційні системи є принципово різними. Однак на практиці таке відміння часто можна помітити лише на рівні тонких нюансів відміння в розумінні права та його окремих інститутів.

В есе утверджується, що розробка сучасних ефективних конституцій в посттоталітарних країнах стикається зі значущими складнощами, оскільки в таких країнах ще не відновилось позитивне ставлення політичних еліт та широкого суспільства до категорій свободи, ринку, приватної власності, індивідуалізму та «невидимої руки» Адама Сміта. Автор попереджає політичні еліти та законодавців від прийомів філософського спрощення в законодавчому процесі, яке в ряду випадків може призводити до відродження в праві прихованої ідеології фашизму.

Значуща частина есе присвячена аналізу філософських поглядів президента Чехії Вацлава Гавела. Автор аналізує окремі елементи та особливості його політичного успіху, зупиняється на розборі окремих рис притаманних йому харизми. При цьому успіх політики Вацлава Гавела пояснюється його глибокою постмодерністською культурою, здатністю схватувати характерні особливості західного розуміння політики, права, мистецтва та стилю в дуже широкому контексті.

Ключові слова: конституція; конституціоналізм; конституційні парадигми; нюанси відміння; політика; мораль; свобода; індивідуалізм; ринок; власність; політична філософія; мораль; фашизм; спрощення; стиль; смак; манери.

Vsevolod Rechytskyi. Vaclav Havel's Political Outlook in the Context of Right Constitutional Understanding

Abstract. The essay deals with the influence of ethics and aesthetics on the formation of modern constitutional paradigms. The author proves that the intellectual honesty, sincerity and positive moral attitude of the legislator are of key importance for the effective implementation of the constitutional norms. Based on the analysis of Vaclav Havel's political philosophy, the author argues that effective and inefficient constitutional systems are fundamentally different. However, such a difference can often be seen only at the level of subtle nuances of distinction in the understanding of law and some of its institutions.

The essay argues that the development of modern effective constitutions in post-totalitarian countries faces considerable difficulties, since in these countries the positive attitude of political elites and the public in the categories of freedom, the market, private property, individualism and the 'invisible hand' of Adam Smith has not yet been restored. The author warns political elites and legislators against the methods of philosophical simplification in the legislative process, which in some cases may lead to a revival of the hidden ideology of fascism.

Much of the essay is devoted to an analysis of the philosophical views of Czech President Vaclav Havel. The author analyzes individual components of his political success, drawing on the traits inherent in his charisma. The success of Vaclav Havel's politics is explained by his deep postmodern culture, his ability to experience the characteristic features of Western understanding of politics, law, art and style in a broad context.

Keywords: constitution; constitutionalism; constitutional paradigms; nuances of differentiation; politics; morality; freedom; individualism; market; property; political philosophy; morality; fascism; simplification; style; taste; manners.

Одержано/Received 30.03.2020

РИТОРИЧНИЙ ПІДХІД ДО ПРАВОВОГО АРГУМЕНТУВАННЯ Й ПРАВОВОЇ АРГУМЕНТАЦІЇ

Вступні зауваги

Підходи до розуміння й дослідження правової аргументації є предметом досліджень зарубіжних і вітчизняних науковців. Риторичний підхід – один із трьох визнаних підходів до дослідження правової аргументації поряд із логічним й діалектичним.¹ Актуальність дослідження таких підходів, зокрема й риторичного, зумовлена тим, що вони сприятимуть покращенню правового аргументування у різних юридичних сферах, що є нагальною потребою в Україні, насамперед у правозастосовчій практиці. Питанням підходів до правової аргументації присвячені праці зарубіжних та вітчизняних дослідників, зокрема, Ф. Ван Емюрена, Е. Фетеріс, Є. Стельмаха, Б. Брожека, В. Титова, О. Юркевич, М. Козюбри, О. Щербини, В. Кістяника.² Проте риторичний підхід все ж залишається недооціненим у вітчизняній юридичній практиці як такий, що не сприяє визначеності правозастосовчої практики. Проте, з нашого погляду, саме риторичний підхід до правового аргументування сприятиме вдосконаленню такої практики, насамперед у частині збагачення засобів правового аргументування. Окремо наголосимо, що топічний підхід як різновид риторичного, а також правова аргументація у правозастосовуванні є самостійним аспектом дослідження правової аргументації, що перебувають поза межами цієї статті.

* Тамара Іванівна Дудаш, кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії та філософії права, Львівський національний університет імені Івана Франка.

Tamara Dudash, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Department of Theory and Philosophy of Law, Ivan Franko National University of Lviv.

e-mail: tamara.dudash@lnu.edu.ua

ORCID ID: 0000-0002-4424-052X

¹ Див. детальніше про підходи до правової аргументації: Тамара Дудаш, “Основні методологічні підходи до розуміння й дослідження правового аргументування й правової аргументації,” *Вроцлавсько-Львівський юридичний збірник* 8 (2017): 103–23.

² Див., наприклад, Володимир Титов, “Основні західні теорії юридичної аргументації,” *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2014): 193–201; Олена Юркевич та інші, *Юридична аргументація: Логічні дослідження*, за заг. ред. проф. Олени Юркевич (Харків: Вид. Іванченко І. С., 2012); Олена Щербина, *Логіка та юридична аргументація* (Київ: Вид.-полігр. центр «Київ. ун-т», 2013); Микола Козюбра, “Теорія юридичної аргументації,” у *Загальна теорія права*, за заг. ред. Миколи Козюбри (Київ: Ваїте, 2015), 264–85; Володимир Кістяник, “Правова аргументація: сучасні підходи до її розуміння в зарубіжних дослідженнях,” *Наукові записки НАУКМА*, том 129 *Юридичні науки* (2012): 20–22.

Риторичний підхід до дослідження аргументації об'єднує бачення такої аргументації тих вчених, які вибудовують теоретичну модель аргументації на основі антропологічної концепції раціональності (якщо відштовхуватися від термінології Ф. Ван Ємюрена та співавторів підручника з теорії аргументації).³ Нагадаємо, що суть цієї концепції раціональності полягає в тому, що у ній аргументацію вважають прийнятною тоді, коли її вважають раціональною члени певної комунікативної спільноти. Риторична теоретична модель аргументування виявляє ті властивості аргументувального дискурсу, котрі відіграють вирішальну роль у переконуванні аудиторії у прийнятності певної точки зору і залежать від контексту аргументування.

Мета цієї статті полягає у виявленні ознак риторичного підходу до правової аргументації шляхом аналізу основних праць представників цього підходу, зокрема, С. Тулміна, Х. Перельмана, Л. Ольбрехт-Тітеки, К. Сандерса, Г. Грейвера, Г. Гогмана, Е. Боденгеймера, С. Фосс, Ф. Мутза, на предмет застосованої теоретичної моделі аргументування та реконструкції аргументації, що вони пропонують. Крім цього, розмежувавши правове аргументування як процес і правову аргументацію як результат,⁴ спробуємо визначити поняття правового аргументування та правової аргументації крізь призму цього підходу.

I. Риторичний підхід до правової аргументації: загальна характеристика

До появи праць С. Тулміна та Х. Перельмана риторичний підхід до аргументації вважали нераціональним і не сумісним з ідеями раціональної дискусії. Його раціональність було зреабілітовано після появи праць зазначених філософів. Як вказав Ф. Ван Ємюрен, у 80–90-х рр. XX ст. такі вчені, як Д. Вензель, О. Ребоуль наголошували на тому, що риторика за значимістю поступається лише діалектиці, пропонували спиратися на риторику у поєднанні з логікою та діалектикою. Діалектика як мистецтво ведення дискусії є частиною риторики, оскільки забезпечує останню інтелектуальним апаратом.⁵ Згодом поняття дискурсу стало невід'ємною частиною побудови риторичної теоретичної моделі аргументування – майданчиком для переконування аудиторії риторичними засобами аргументації.

³ Frans van Eemeren et al., *Handbook of Argumentation Theory* (Dordrecht: Springer Science+Business Media, 2014), 10.

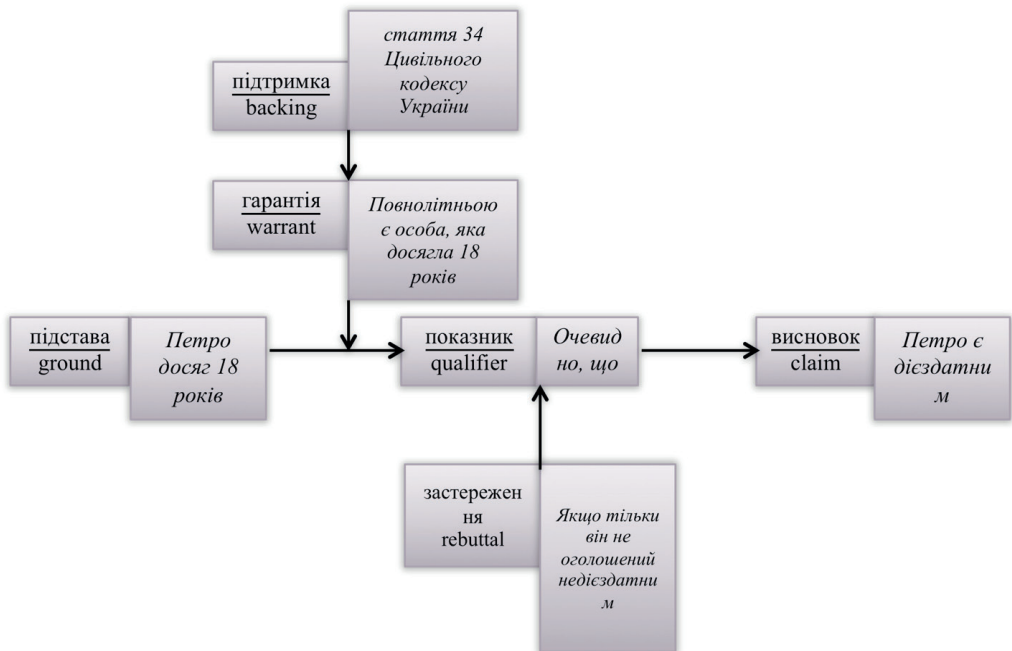
⁴ Як доводилося зазначати (Дудаш, "Основні методологічні підходи," 104), українська мова дозволяє на термінологічному рівні розмежувати процес (аргументування) і результат аргументації (власне аргументацію). В англійській же мові найчастіше вживають один термін «*argumentation*» для позначення обидвох, що спричинило необхідність розмежування «контексту виявлення» й «контексту обґрунтування» у аргументації. Визначення правового аргументування й аргументації залежить від обраного підходу до їх розуміння і може постати за результатами дослідження правової аргументації крізь призму певного підходу, зокрема й риторичного.

⁵ Франс ван Емюрен, "Современное состояние теории аргументации," в *Важнейшие концепции теории аргументации*, пер. с англ. В. Ю. Голубева, С. А. Чахоян, К. В. Гуджовой, науч. ред. А. И. Мигунов (Санкт-Петербург: Филологический факультет СПбГУ, 2006), 21.

Як зазначав американський дослідник риторичного підходу до правової аргументації К. Сандерс, цінністю теорій аргументування Х. Перельмана та С. Тулміна є те, що у них аргумент досліджено не як такий, що створює норми, а такий, що описує норми. Він особливо наголошував на тому, що праці зазначених вчених були поверненням до ідей Аристотеля, який вважав, що більшість справжніх аргументів були практичними за своєю суттю і їхнє місце є поза жорсткими системами логічного й математичного доведення.⁶ Розглянемо зміст відповідних концепцій правового аргументування.

Теорія аргументації С. Тулміна розвиває загальну аргументацію, але має за основу процес аргументування, що його здійснюють у праві. У праці «Використання аргументу» 1958 р. С. Тулмін поставив під сумнів прийнятність дедуктивного аргументування у практичній аргументувальній діяльності, надав своє бачення того, як потрібно будувати аргумент і структурні частини аргументу. З його погляду, процедура аргументування є незмінною для аргументувальної діяльності у будь-якій сфері. А вже матеріальні критерії оцінювання аргументації залежать від тієї сфери, у якій його здійснюють.

С. Тулмін запропонував схему аргументування з шести складників – трьох основних та трьох додаткових:



⁶ Kurt M. Saunders, "Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument," *Journal of the Association of Legal Writing Directors*, vol. 3 (2006): 166–67.

Першим і основним складником схеми побудови аргументу є твердження (*claim*) – дослівно – теза, яку висловлюють і будуть аргументувати. Проте, як зазначає С. Фосс, у моделі С. Тулміна – це *висновок аргументу*, який аргументувач прагне переконливо обґрунтувати, або «кінцева точка подорожі». Цей складник надає відповідь на питання «Куди ми рухаємося?»⁷

Другим складником схеми побудови аргументу є підстави (*grounds*) – це факти чи інша інформація, на якій ґрунтується аргумент. С. Фосс вважає, що цей складник надає відповідь на питання «Що ми маємо продовжувати?»⁸ Цей складник С. Тулмін ще називає «дані» (*data*).⁹

Третім складником аргументу є гарантія (*warrant*) – це норма або принцип, що підтверджує факти, але стосується питань права. Як зазначає С. Фосс, цей складник аргументу авторизує наш перехід від підстав (*grounds*) до висновку (*claim*); він дозволяє оцінити, чи «подорож» від підстав до висновку є легітимною. Він відповідає на питання «Як ми переконливо обґрунтуємо перехід від підстав до висновку?»¹⁰ Водночас Р. Алексі вважає, що цей складник аргументу слід на будь-якому рівні розуміти як засновок.¹¹

Інші складники аргументу є додатковими або вторинними.

Підтримка (*backing*) – це джерело гарантії (*warrant*), що підтверджує її прийнятність. Як зазначає К. Сандерс, цей складник забезпечує довіру до гарантії і може бути наданий тоді, коли аудиторія не бажає беззаперечно прийняти гарантію.¹²

Показник модальності (*modal qualifier* або *qualifier*) використовують тоді, коли треба уточнити, якою мірою гарантію (*warrant*) можна застосувати до цього висновку. Як вважає К. Сандерс, показник модальності вказує на ступінь сили або достовірності, яким володіє висновок (*claim*); він перетворює аргумент з абсолютного у правдоподібний.¹³

Застереження (*rebuttal*) – це певні умови чи винятки з загального правила, за наявності яких висновок (*claim*) є недійсним; цей складник заздалегідь враховує заперечення, які можуть висловити проти аргументу для спростування висновку (*claim*).¹⁴

З огляду на те, що основними складниками моделі аргументування С. Тулміна є факти (*data, ground*), гарантія (*warrant*) й висновок (*claim*), її ще називають модель «факти-гарантія-висновок». Критерієм доладності (*soundness*) аргументування у ній слугує її переконливість для будь-якої розумної людини.

⁷ Sonja K. Foss et al., *Contemporary Perspectives on Rhetoric* (Illinois: Prospect Heights, 1985), 118.

⁸ Ibid.

⁹ Stephen Toulmin, *Uses of Argument* (Cambridge: University Press, 2003), 89–100.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. R. Adler and N. MacCormick (Oxford: Clarendon Press, 1989), 92.

¹² Saunders, "Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument," 169.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

У праці 1978 р. «Вступ до обґрунтування» С. Тулмін зі співавторами сформулювали критичні питання, які відображають послідовність кроків з аргументування, що отримали назву «аргументувальний тест Тулміна».

- . На яких фактах (*data*) ґрунтується висновок (*claim*)?
- . Як Ви переконливо обґрунтовуєте (*justify*) крок від цих фактів до твердження?
- . Чи справді надійний цей крок?
- . Наскільки сильним є Ваш висновок?
- . Що може зробити цей аргумент неприйнятним?¹⁵

Оцінювання ролі теоретичної моделі аргументування С. Тулміна є неоднозначним. Е. Фетеріс зазначає, що ця модель має обмежене застосування до правового аргументування з огляду на те, що вона дозволяє аналізувати лише прості справи, а для складних справ є непридатною, бо не враховує необхідності тлумачення норми та кваліфікації фактів у складних справах.¹⁶ Ці ж застереження, до речі, часто висловлюють і до логічного підходу до правової аргументації.

Натомість, з погляду К. Сандерса, модель С. Тулміна є гнучкішою порівняно з силлогістичною моделлю аргументування, оскільки, визнаючи показники модальності (*modal qualifiers*), вона враховує місце правдоподібності й непевності у судовому обґрунтуванні й процесі ухвалення рішень. Крім того, ефективний аргумент повинен містити елемент застереження (*rebuttal*); адже суд очікує, що юрист робитиме спроби спростувати контраргументи. К. Сандерс особливо наголошує на тому, що модель С. Тулміна придатна не для оцінювання аргументів, а лише для їхнього створення. Якщо її використовувати для оцінювання аргументації, на результат оцінювання можуть вплинути неточності тлумачення, зокрема, відмінності між фактами та нормами зникнуть, якщо норма є експліцитною, а факти прихованими.¹⁷

Незважаючи на критику концепції С. Тулміна з боку Е. Фетеріс, Ф. Ван Емюрена,¹⁸ вважаємо, що вона має евристичний потенціал як теоретична модель правового аргументування хоча б з огляду на те, що вона розширює і деталізує поняття правової кваліфікації (привносить у нього показник модальності, застереження й підтвердження як невід'ємні елементи, пов'язані з переходом від фактів і правила до висновку).

Нова риторика Х. Перельмана. Ще однією стрижневою риторичною концепцією правової аргументації є нова риторика Х. Перельмана. Правник за фахом Х. Перельман розробив як загальну модель аргументування, відмінну від логічної, так і модель правового аргументування, яке відштовхувалося від його бачення аргументування загального. Його модель аргументування, так само як і модель С. Тулміна, ґрунтується на антропологічній концепції раціональності, в якій критерієм

¹⁵ Stephen Toulmin et al., *An Introduction to Reasoning* (New York: Macmillan, 1984), 38, 46, 62, 86.

¹⁶ Eveline Feteris, *Foundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on Justification of Judicial Decisions* (Dordrecht: Springer, 1999), 47.

¹⁷ Saunders, "Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument," 172.

¹⁸ Eemeren et al., *Handbook of Argumentation*, 243.

доладності (*soundness*) аргументації є її переконливість – переконливість саме для аудиторії (єдність тих, на кого мовець хотів би вплинути своєю аргументацією¹⁹), до якої звертається аргументувач. Крім того, як і С. Тулмін, Х. Перельман вважає, що формальна логіка чи демонстрація не придатні для оцінювання щоденних аргументів, котрі ґрунтуються на оцінних судженнях, оскільки оголошує такі аргументи нераціональними. Х. Перельман не лише наголошує на функції переконувального обґрунтування аргументу, як і С. Тулмін, але й перевершує останнього у тому сенсі, що вважає, що ні абсолютна істинність, ні правильність не притаманні для практичного аргументування.²⁰ Апелювання до розуму є зверненням до схвалення аудиторії; доладний аргумент є ефективним аргументом.

Як зазначає К. Сандерс, теза Х. Перельмана про те, що щоденне аргументування відбувається неформально, а не відповідно до логічних форм та теорем, особливо добре пасує до правового аргументування. Юридичні твердження не можна довести формально чи емпірично. Натомість їх має оголосити обґрунтованими спеціально уповноважений суб'єкт; юрист повинен домогтися схвалення позиції його клієнта з боку аудиторії. Другою точкою дотику теорії Х. Перельмана й правового аргументування К. Сандерс вважає той факт, що двозначності в останньому ніколи не можна цілком уникнути через мову, яку постійно використовують і яка завжди відкрита для множинних тлумачень.²¹

Важливим моментом у теоретичній моделі Х. Перельмана є і те, що переконування не можна досягнути формально-логічним доказуванням у складних справах. Адже аргументувач змушений зважувати цінності для того, щоб обрати те чи інше тлумачення норми, яку він застосовує, тлумачить чи реалізовує. А тоді він має переконати правову аудиторію у тому, що обране тлумачення є найбільш справедливим та юридично правильним. Х. Перельман наголошує, що аргументувач має показати, що вибір, який він зробив, та цінності, які він використав для виправдання свого рішення, не ґрунтуються на суб'єктивному виборі. Він має продемонструвати, що вибір є обґрунтованим та може бути виправданим як інтерсуб'єктивно прийнятний, тобто що прийняте рішення не є свавільним.²²

Наголосимо, що Х. Перельман не відкидав формальну логіку як таку. Як він сам зазначав, у «Трактаті з аргументації» він і пані Л. Ольбрехт-Тітека «запропонували неформальну логіку як теорію аргументації, яка *доповнює* (курсив наш. – Т. Д.) теорію демонстрації, що є предметом формальної логіки».²³

¹⁹ Chaim Perelman and Lucie Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation*, trans. John Wilkinson and Purcell Weaver (Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 1969), 19.

²⁰ Sławomira Wronkowska and Zygmunt Ziemiński, *Zarys teorii prawa* (Poznań: Ars boni et aequi, 2001), 77.

²¹ Saunders, "Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument," 173.

²² Feteris, *Foundamentals of Legal Argumentation*, 52.

²³ Chaim Perelman, "Justice and Justification," trans. S. Rubin, *Natural Law Forum* 10, no. 1 (1965): 4.

Як зазначив Е. Боденгеймер, для Х. Перельмана аргументація, підтримана фактами, була легітимним доповненням до формальної логіки, інша за своїм характером, але така, що все ж залишається у межах *ratio*. Х. Перельман вважав, що не лише описові твердження, але й оцінні судження є належним предметом для раціональної дискусії. Він не погоджувався з поглядом логіків-позитивістів, що оцінні судження залежать лише від ірраціонального вибору, який ґрунтується на особистому інтересі, пристрастях, упередженнях чи міфі.²⁴

Теоретична модель аргументування Х. Перельмана охоплює і аргументувальну техніку, що “працює” в межах дискурсу. Для переконливого (ефективного) аргументування Х. Перельман пропонує відштовхуватися від **аналізу аудиторії та вихідних точок**. Аудиторію він вирізняв універсальну та окрему (яка включала спеціалізовану, елітну, окремого співрозмовника та самого себе).²⁵ Правова аудиторія згідно з Х. Перельманом може бути трьох типів: 1) сторони спору, 2) фахівці-юристи, 3) громадськість; а усі три вони разом становлять уявну аудиторію, яка є наріжним каменем розумності (*the touchstone of reasonableness*) для судді.²⁶ Якщо поняття вихідної точки (позиції) у тому чи іншому формулюванні є наскрізним для усіх підходів до правового аргументування (логічного, риторичного й діалогічного), то поняття правової аудиторії є специфічним саме для риторичного підходу.

Аргументи повинні ґрунтуватися на вихідних точках, які приймає або вважає обґрунтованими аудиторія, бо сприйняття аудиторії є мірою переконливості. Такі вихідні точки Х. Перельман поділяє на *реальні та бажані*. Факти, аксіоми та презумпції є реальними вихідними точками, а цінності, ієрархії цінностей та лінії аргументу (*loci*) є бажаними. Факти набувають статусу фактів лише тоді, коли їх визнає такими аудиторія. Істинами Х. Перельман вважає ширші принципи, теорії чи концепції, сформовані пов’язаними між собою фактами. Презумпції набувають такого статусу, якщо вони не спростовані. Вихідні точки, що їх Х. Перельман вважає бажаними, охоплюють *абстрактні цінності* (як-от: правда, віра чи справедливість); *ієрархії цінностей*, у якій певна цінність поставлена вище, ніж інша (наприклад, свобода понад лояльність, справедливість понад корисність, чесність понад доброзичливість); та *loci* або підстави для класифікування аргументів, які ще називають лініями аргументів.²⁷ Чи не найбільше питань виникає щодо *loci*, які трактують по-різному дослідники правового аргументування.

К. Сандерс, посилаючись на працю Х. Перельмана та Л. Ольбрехт-Тітеки, зазначає, що *loci* зокрема охоплюють поняття кількості, якості, порядку, причини, сутності,

²⁴ Edgar Bodenheimer, “Perelman’s Contribution to Legal Methodology,” *Northern Kentucky Law Review* 391, vol. 12 (1985): 403.

²⁵ Chaim Perelman, *The Realm of Rhetoric*, trans. William Kluback (Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1982), 30.

²⁶ Chaim Perelman, *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, tłum. T. Pajor (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1984), 124.

²⁷ Perelman and Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric*, 75.

автономії. *Loci* аргументу схоже на аристотелівський топ як місце зберігання для аргументів. Воно так само є загальним *loci communes* – характерним для всіх сфер, і спеціальним *loci specifici* – для певних наук.²⁸ Щодо юридичних *loci* Перельман конкретизував, що загальні принципи права становлять лише права, тоді як найбільш загальні твердження, що є принципами вихідних точок для неспецифічної рефлексії, виконують роль, аналогічну до аксіом у формальній системі.²⁹

Е. Фетеріс вважає *loci* Х. Перельмана «вподобаннями конкретної аудиторії, які мають гранично загальну природу та можуть бути використані для переконливого обґрунтування цінностей та ієрархій цінностей».³⁰ Водночас, описуючи модель правового аргументування Х. Перельмана, вона зазначає, що «*loci* відіграють роль вихідних точок у праві. Для отримання схвалення правової аудиторії (максимально широко – правової спільноти. – Т. Д.) використовують загальноприйняті правові цінності, які можна вважати *loci*»,³¹ якими можуть слугувати загальні принципи права.³²

Згідно з позицією Є. Стельмаха та Б. Брожека, роль *loci* у правовій аргументації виконують загальні правові принципи, як-от: *pacta sunt servanda, clara sunt interpretanda* (зрозуміле не потребує тлумачення) чи *nemo iudex idoneus in propria causa* (ніхто не може бути суддею у своїй власній справі) та ін. Незважаючи на те, що Х. Перельман вирізняв загальні *loci* та спеціальні *loci*, вони наголошують, що у різних ситуаціях одні і ті самі топи можуть бути як загальними, так і спеціальними. Тому лише місце та час уживання дозволяють встановлювати, в якій ролі – загального чи спеціального *loci* вжито той чи інший принцип.³³ Відштовхуючись від прийнятих принципів, аргументувач намагається отримати схвалення аудиторії щодо конкретної, але суперечливої точки зору. Для цього важливо, щоб він пояснив, чому норма права має бути витлумачена саме у такий спосіб. А для цього, своєю чергою, аргументувач використовує такі аргументи, які використовують у тлумаченні норм права, а саме: *argumentum a contrario* (аргумент від супротивного), *argumentum a simili* (аргумент щодо подібності), аргумент за аналогією, *argumentum a fortiori* (аргумент з досвіду), *argumentum a completudine* (аргумент з цілісності), *argumentum a coherentia* (аргумент з узгодженості), психологічний аргумент, історичний аргумент, апагогічний аргумент, телеологічний аргумент, *argumentum ab exemplo* (аргумент з прикладу), системний аргумент). Як наголошують Є. Стельмах та Б. Брожек, дуже важливу роль на шляху від «спільних місць» (*loci*) до переконаності аудиторії відіграють риторичні фігури: посилення, повтори, вживання очевидно непрямого мовлення, візуалізація і, насамкінець, перетворення часів для посилення впливу аргументації.³⁴ Зазначені автори

²⁸ Saunders, "Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument," 174.

²⁹ Perelman, *Logika prawnicza*, 161.

³⁰ Feteris, *Foundamentals of Legal Argumentation*, 50.

³¹ *Ibid*, 53.

³² *Ibid*.

³³ Jersy Stelmach and Bartosz Brożek, *Methods of Legal Reasoning* (Dordrecht: Springer, 2010), 134.

³⁴ *Ibid*, 133–34.

дуже вдало виокремили *засоби риторичного підходу* до правового аргументування. Окремо наголосимо, що набір таких засобів є специфічним саме для цього підходу і лише частково перетинається з засобами аргументування діалектичного й логічного підходів.

Отже, незважаючи на те, що зміст *loci* тлумачать по різному, тим самим доповнюючи автора, для цілей побудови риторичної теоретичної моделі правової аргументації оптимально і найбільш практично погодитися з тими авторами, що розглядають їх як «спільне місце» – правові цінності, принципи та інші оцінні поняття, які імпліцитно чи експліцитно слугують вихідними точками правового аргументування риторичними засобами.

Поняття «*вихідна точка*» є аналогом засновків у логічному підході. Як зазначив К. Сандерс, для юриста вихідною точкою є питання фактів або права. *Вихідна точка реального виду* пов'язана з фактом чи презумпцією і допомагає зрозуміти часом тонку різницю між юридично значущим фактом та юридичною презумпцією. *Вихідна точка бажаного виду* стосується способу організації цінностей залежно від порядку їхньої важливості. Х. Перельман зазначав про абстрактні та конкретні, гомогенні та гетерогенні ієрархії. У гомогенних ієрархіях порівнюють подібні цінності, такі як поміркованість та суворість, що робить визначальним вимірювання ступеня та інтенсивності таких цінностей. У гетерогенних ієрархіях різні цінності вступають у конфлікт, наприклад, чесність може конфліктувати з добротою, доброта з істиною тощо. Найчастіше у правовому аргументуванні використання ієрархій та обговорення місця цінностей у них пов'язані з політичними аргументами (чесна конкуренція проти вільної конкуренції, покладання ризиків на продавця проти покладання ризиків на покупця).³⁵

На цій стадії аргументування має бути ідентифіковано те, що Е. Фетеріс назвала *standpoint*, а К. Сандерс назвав *claim*. Це висновок або теза, у прийнятності якої будуть переконувати аудиторію на наступних стадіях аргументування. При цьому К. Сандерс наголошує, що перельманівське поняття «*вихідних точок*» допомагає юристу виявити тезу – питання факту та права, яке обговорюють. «*Вихідні точки*» пропонують широку схему для виокремлення того, щодо чого є згода, від того, що не погоджено, а також для виокремлення типів аргументу.³⁶

Отже, на першій стадії риторичної теоретичної моделі правового аргументування оцінюють правову аудиторію, виявляють вихідні точки (засновки) й тезу (висновок), що здатні переконати таку аудиторію.

Наступним кроком у аргументуванні після аналізу аудиторії та встановлення вихідних точок є ***систематичне розвивання тези шляхом обміну інформацією*** [*liaison*]. Поняття обміну інформацією характеризують створенням асоціації та дисоціації

³⁵ Saunders, "Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument," 174.

³⁶ Ibid.

засновків. Х. Перельман наголошував, що ці дві техніки взаємно доповнюють одна одну і працюють одночасно.

Під асоціюванням Х. Перельман розумів аргументувальні схеми, які спрямовані на поєднання роз'єднаних елементів та встановлення єдності між ними з метою організування або ж оцінювання таких елементів позитивно чи негативно через посередництво самих цих елементів. Для створення асоціації використовують три техніки: 1) квазілогічний аргумент; 2) аргумент, ґрунтований на структурі дійсності; 3) аргумент, ґрунтований на встановленні структури дійсності. Перша техніка для створення асоціації – квазілогічний аргумент – запозичена з логічних та математичних зв'язків – суперечностей, тотожностей, об'єднань частина-ціле – які не є формальними демонстраціями. Квазілогічні аргументи створюють після формально-логічних операцій, але без презумування внутрішньої правильності. Друга техніка – аргумент, ґрунтований на структурі дійсності, – охоплює асоціації слідування та сумісності. Асоціації слідування відсилають до аргументів причини та наслідку, або антецеденту та консеквенту, тоді як асоціації сумісності відсилають до створення зв'язку між особою та дією або між дією та сутністю. Наприклад, аргументи авторитету є аргументами співіснування, які встановлюють зв'язок між особою та дією. Третя техніка асоціації – аргумент, ґрунтований на встановленні структури дійсності, – має два види 1) аргументи з прикладу, ілюстрації та створення моделі та 2) аргументи за аналогією та метафору.³⁷ Аргументи за асоціюванням створюють зв'язки слідування та сумісності між вихідною точкою та засновком.

Х. Перельман вважав, що техніка *дисоціації* пропонує механізм для розуміння й усунення суперечностей між поняттями дійсності. Техніка дисоціації прагне навести мости між ідеями. Зазвичай аргументи за дисоціюванням поділяють поняття на дві частини для усунення несумісності. Як зазначив Б. Гарсен, застосування дисоціювання призводить до формулювання нового визначення поняття або ж до його конкретизації. За допомогою цього прийому можна істотно підвищити ступінь переконливості аргументації.³⁸

К. Сандерс вважає, що дисоціацію найчастіше використовують у аргументах, пов'язаних з тлумаченням закону, коли дослівний текст закону, ймовірно, суперечить його законодавчій меті.³⁹ З погляду Х. Перельмана, зусилля для усунення невідповідностей докладають на кожному рівні юридичної діяльності – і законодавець, і теоретик права, і суддя. Коли суддя розглядає юридичну антиномію у справі, що він розглядає, він не може ігнорувати одну з двох норм за рахунок іншої. Він повинен переконливо обґрунтувати свій спосіб дії, обмежуючи сферу застосування кожної норми через її тлумачення, що відновлює когерентність юридичної системи. Він

³⁷ Perelman and Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric*, 193–95.

³⁸ Барт Гарсен, “Схеми аргументації,” в *Важнейшие концепции теории аргументации*, 104.

³⁹ Saunders, “Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument,” 176.

запропонує відмінності з метою узгодження того, що без таких відмінностей було б неузгоджуваним.⁴⁰

Отже, аргументувальні техніки, що їх використовують для обміну інформацією, є аргументувальними схемами, тобто засобами риторичного підходу. Вони органічно вплетені в теоретичну модель правової аргументації Х. Перельмана і спрямовані на переконання правової аудиторії у праводоподібності позиції аргументувача.

Наступним кроком у аргументуванні після обміну інформацією є **проявленість** (*presence*). Переконаливо обґрунтовуючи висновок, аргументувач повинен надати значущості засновкам та зв'язкам, що містяться в аргументі. Обираючи виокремлення або наголошення певних характеристик у аргументі, привертає увагу аудиторії до цих характеристик і, таким чином, надає їм проявленість, що запобігає їхньому ігноруванню. Проявленість діє безпосередньо на чутливість аудиторії через відібрання того, що включати, а що не включати у аргумент. Проявленість має і негативний вимір: ненаголошування на інформації також можна використати стратегічно.⁴¹ У контексті права проявленість можна знайти у формах доказів, вміщених у свідчення у судовому засіданні та у викладенні фактів у короткому викладі справи.⁴²

Вважаємо, що цей складник теоретичної моделі правової аргументації Х. Перельмана є специфічним саме для риторичного підходу і пов'язаний із застосуванням риторичних прийомів та оцінюванням оптимальних доступних можливостей переконати правову аудиторію як додатку до застосування аргументувальних схем. Загалом же концепцію Х. Перельмана можна вважати придатною для дослідження правової аргументації теоретичною моделлю аргументування, спрямованою на побудову аргументів з метою переконання правової аудиторії у правовому дискурсі. Крім того, сам Х. Перельман уважав свою концепцію аргументації такою, що забезпечує взаємодію між правовим позитивізмом та доктриною природного права. З погляду К. Кукурика, концепція Х. Перельмана не передбачає системи природного права, але відхиляє позитивістський погляд на право як такий, що обмежує себе до регуляторів і норм, які встановлені людьми як суверенним органом.⁴³

Інші концепції правового аргументування. Г. Гогман застосував положення класичної риторичної теорії до сучасної правової аргументації, запропонувавши своє бачення рівнів аргументації. Він вважає сутнісною ознакою правової аргументації, так як і його попередники, необхідність переконати аудиторію в аргументувальній ситуації.⁴⁴

⁴⁰ Perelman and Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric*, 414–15.

⁴¹ Perelman, *The Realm of Rhetoric*, 35.

⁴² Див. детальніше: Saunders, "Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument," 177–78.

⁴³ Krzysztof Kukuryk, "Nowa retoryka prawnicza Chaima Perelmana," in Z. Władek, J. Stelmasiak, G. Gogłóza, K. Kukuryk, ed., *Księga życia i twórczości. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Romanowi A. Tokarczykowi*, tom V Prawo (Lublin, 2013), 173.

⁴⁴ Hanns Hohmann, "The Dynamics of Stasis: Classical Rhetorical Theory and Modern Legal Argumentation," *The American Journal of Jurisprudence* 1, vol. 34 (1989): 171–97.

Ф. Мутз працює на межі риторики і герменевтики, досліджуючи питання права. Він поєднав герменевтичну філософію Г. Гадамера та риторичну філософію Х. Перельмана для оцінювання юридичної практики на предмет дотримання принципу справедливості. Від Г. Гадамера він запозичив метафору герменевтичного розуміння як спілкування (онтологію), але оцінив останнє як активну риторичну практику (методологію). Він дійшов висновку, що справедливість є риторично-герменевтичною цілісністю, а не набором приписів.⁴⁵ Зазначена праця написана у формі есе, а його тези є гранично абстрактними і не дозволяють вичленувати риторичну теоретичну модель аргументування. Проте вони містять елементи антропологічної концепції раціональності на філософському рівні дослідження правової аргументації.

Ще одним науковцем, що працює у межах риторичного підходу до правового аргументування, є Г. Грейвер. Він запропонував бачення прецедентного права як прикладної риторики, яку розумів як спосіб, у який отримують підтримку точки зору через аргумент.⁴⁶ При цьому риторика не заміщує логіку й емпіричне знання у тих ситуаціях, коли вони надають відповіді на певні запитання. Проте зазвичай останні не надають відповіді на запитання, які ставлять правники стосовно того, що ж відбулося у конкретній справі, як різні ситуації слід кваліфікувати та розсудити відповідно до правових норм і як можна отримати підтримку такого погляду на певні обставини. Риторика уможливає отримання підтримки тих тверджень, правильність яких не можна продемонструвати через логічні висновки та надійні докази. Йдеться, насамперед, про твердження стосовно цінностей та норм.⁴⁷ Те, чи лінія аргументування буде переконливою, залежить від таких трьох факторів: 1) наскільки аргументувачу можна довіряти; 2) як це узгоджене з доказами й іншими аргументами і 3) як докази й такі аргументи впливають на реципієнта. Тому Г. Грейвер доходить висновку, що є три основні питання для того, хто хоче вирішити юридичні питання: 1) яка лінія аргументування є найбільш переконливою (*логос*); 2) як здаватися таким, хто викликає довіру (*етос*) та 3) чого необхідно досягти певним людям, до яких звертаються у конкретній справі (*патос*).⁴⁸ Він окремо розглянув кожне з цих питань.

Стосовно переконливості лінії аргументування (*логосу*) Г. Грейвер пропонує розвивати ще чотири питання, три з яких класичні риторичні, а четверте додав Квінтіліан. Перше – чи щось існує? – стосується фактів та оцінювання доказів. Друге – що це? – стосується того, які правові норми можна застосувати, умов застосування цих правових норм й актуальної кваліфікації. Третє – яка його суть? – стосується юридичних наслідків: чи порушення призводить до сплати компенсації, чи спроба правильно владнати питання призводить до юридичної недійсності тощо. Четверте

⁴⁵ Francis J. Mootz, *Law, Hermeneutics and Rhetoric* (New York: Routledge, 2016), xv-xvii.

⁴⁶ Hans Petter Graver, "Sense and Sensibility – Classic Rhetoric as a Model for Modern Legal Thinking," *Scandinavian Studies in Law*, vol. 53 (2008): 234.

⁴⁷ *Ibid*, 235.

⁴⁸ *Ibid*, 236.

питання стосується виправдання застосування норм у справі. Його можна розглядати як суто технічне питання, що стосується умов звернення до суду та юрисдикції суду, а також через нього порушувати питання, чи є виправдання тому, що певні норми не взяли до уваги у конкретній справі.⁴⁹ Отже, логос більше стосується доказового аргументування.

Щодо етосу Г. Грейвер наголошує на тому, що йдеться про засоби здобуття авторитету й довіри у реципієнтів аргументування. Правники розвивають довіру до їхніх бачень, вибудовуючи довіру до права загалом, запозичуючи таку довіру до права, коли вони будують аргументи та здобувають особистий авторитет чи етос. Основним засобом здобуття довіри та авторитету у правовому аргументуванні вчений уважає мову й стиль викладу: вибір слів і термінів, вживання латинізмів, сталих юридичних словосполук, синонімів створюють враження освіченості й юридичної обізнаності аргументувача. Такий самий вплив має складання судових рішень від третьої особи (наприклад, «суд уважає»), за винятком написання окремих думок суддів; використання конструкцій «звідси випливає», «можна дійти висновку» тощо. Останнє створює враження, що судді роблять логічний висновок, але насправді вони самі формулюють великий (норму) і малий (факти) засновки та зважують інтереси. Ще одним засобом надання авторитетності аргументам є використання посилань, що часто зовсім не має за мету вказати на джерело тієї чи іншої інформації. Крім того, правнича мова має низку метафор, які допомагають аргументувачам посилити враження об'єктивності і послабити суб'єктивний елемент у юридичному аргументуванні. Звернення до «джерел права», а також «зважування інтересів», які привели до остаточного висновку, надають об'єктивних властивостей аргументам.⁵⁰

Стосовно патосу правової риторики, тобто співчуття до аргументувача, Г. Грейвер наголошує на тому, що людей легко переконати тоді, коли вони хочуть бути переконані, і на це часто впливають нераціональні фактори, зокрема й потреби та інтереси. Важливо не ґрунтувати аргументи на усіх типах поглядів, а лише на тих, які поділяє обрана група людей. Можна змінити деякі з них, але не всі водночас. Важче переконати у чомусь, що суперечить фундаментальним поглядам, ніж у тому, що суперечить периферійним.⁵¹

Отже, концепція правової аргументації Г. Грейвера містить риторичну теоретичну модель правового аргументування і риторичний стандарт раціональності – переконливість аргументації. Її елементи, зокрема мовні індикатори правової аргументації, дозволяють реконструювати аргументи.

Апологетом риторичного підходу до правового аргументування став і Н. Мак-Кормік. У праці 2005 р. «Риторика та верховенство права» [*Rhetoric and the Rule of Law*]

⁴⁹ Hans Petter Graver, "Sense and Sensibility – Classic Rhetoric as a Model for Modern Legal Thinking," *Scandinavian Studies in Law*, vol. 53 (2008): 237.

⁵⁰ Ibid, 241.

⁵¹ Ibid, 243–44.

він частково переглянув свої погляди, висловлені у праці «Правове обґрунтування і правова теорія» [Legal Reasoning and Legal Regal Theory] 1978 р., і вважає, що всі питання критеріїв пояснення і форм належного правового аргументування повинні розглядатися у контексті основоположних цінностей, які ми привносимо у правовий порядок. Аргументування щодо правозастосовування у світлі таких цінностей є таким, що переконує, а не демонстративним. Деякі аргументи справді є кращими за інші, хоча суддя з досвідом завжди знайде правильне рішення. У таких випадках все одно треба ухвалювати остаточні, хоч і не ідеальні рішення. Для цього можна використовувати такий спосіб вирішення тих справ, які необхідно вирішити в інтересах справедливості та порядку, як голосування більшістю. Це все робить внесок у верховенство права.⁵²

Н. Мак-Кормік як теоретик правової аргументації вибудовує теоретичну модель останньої на основі поєднання різних підходів до правової аргументації, проте домінує у ній підхід логічний. Він вважає правову риторику надбудовою над правовою логікою. Якщо правовий силогізм вважати таким, що проявляє межі правового аргументування, яке включає і правозастосовування, то є лише обмежені випадки, коли потрібно вдатися до в принципі не дедуктивного, а риторичного аргументування для їхнього розв'язання. Він наводить чотири такі випадки, використовуючи спрощену формулу «якщо оперативні факти (далі – ОФ), то нормативний висновок (далі – НВ)».

1) Наявність жодного ОФ, заявленого у обвинувальному акті чи у процесі обміну змагальними документами, не було доведено відповідно до стандартів доказування – «проблема доказування».

2) Те, що було заявлено, незалежно від того, чи було це доведено, не було належним чином схарактеризовано як випадок ОФ у розумінні чинного права – «проблема кваліфікації». Йдеться про ті випадки, коли до ОФ включають оцінне судження чи оцінне поняття-стандарт на кшталт «розумний», «добросовісний», «справедливий» та подібні.

3) Справа залежить від прочитання визнаного правила «якщо ОФ, то НВ» відповідно до певного витлумачування ОФ чи НВ, чи обох – «проблема тлумачення».

4) задоволення позову чи обвинувачення залежить від тлумачення джерела права, яке генерує норму «якщо ОФ, то НВ» так, що твердження про кримінальну винність чи про цивільну відповідальність є підставними, враховуючи ймовірні або навіть доведені факти; але відповідна норма не впливає належним чином з джерела права як його розумна конкретизація чи висновок з нього. Цей випадок умовно названо «проблема релевантності».⁵³

На кожен із зазначених вище випадків Н. Мак-Кормік наводить приклади справ, вирішення яких потребувало відходу від дедуктивного аргументування, тобто

⁵² Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning* (New York: Oxford University Press, 2010), 1–2.

⁵³ MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, 43.

доведення. При цьому він назвав такі справи «складними», визначивши їх як такі, «у яких виникла проблема тлумачення права, де є сильні аргументи для кожного з конкурентних розумінь чи тлумачень права, наведені сторонами або від імені сторін».⁵⁴ «Легкими» ж він назвав справи, які «ніхто ще не зробив проблемними або у конкретній справі, або ж у більш теоретичному юридичному контексті... але це не означає, що їх не зможуть зробити проблемними у майбутньому».⁵⁵

Стосовно логіки та риторики у правовому аргументуванні Н. Мак-Кормік наголосив на помилковості твердження, що правове аргументування має логічний та риторичний складники. Навпаки, звернення до правового силогізму є необхідною частиною риторики правового обґрунтування, з огляду на те, що повага до верховенства права вимагає поваги до норм права. І коли справа виявилася легкою, то її належне обґрунтування, навіть якщо воно представлено неформально, є дедуктивним по суті.⁵⁶

Отже, як бачимо, Н. Мак-Кормік, хоча і включає риторичний підхід до своєї теоретичної моделі правового аргументування, проте останній слугує у його концепції як доповнення до логічного та діалогічного.

Окремо торкнемося питання *реконструкції правової аргументації* крізь призму риторичного підходу. З погляду М. Аньеса Ван Різа риторична реконструкція аргументації не є дослідженою. Основний акцент зроблено на описі елементів, що становлять об'єкт реконструкції, а не на тому, як враховувати контекст. Взагалі не порушені питання про те, яким чином ці елементи можна виявити, які основні елементи можна використати для реконструювання аргументації, які стратегії можна застосовувати для цього.⁵⁷

М. Аньес Ван Різ вважає, що в межах риторичного підходу запропоновано такі різновиди аналізу аргументування залежно від риторичної концепції: неоаристотелівський (виокремлюють частини мовлення, тексти за жанрами, методами й прийомами переконування), типологічний (риторичні засоби співвідносять з типами ситуацій), метафоричний (визначають основні метафори, що є в основі аргументування), наративний (виявляють елементи структури розповіді) та ін.⁵⁸ Вважаємо, що для реконструкції правової аргументації крізь призму риторичного підходу придатний лише перший – неоаристотелівський, що працює з поняттями Аристотеля та його послідовників. До нього можна віднести і концепцію Г. Грейвера. На неоаристотелівську реконструкцію аргументування може претендувати, вважаємо, і теоретична модель С. Тулміна. К. Сандерс наголосив, що її можна використати для встановлення складників досудового опрацювання справи: визначення очікуваного

⁵⁴ MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, 50.

⁵⁵ *Ibid*, 52.

⁵⁶ *Ibid*, 54.

⁵⁷ Аньес Ван Реес М., “Интерпретация и реконструкция аргументации,” в *Важнейшие концепции теории аргументации*, 224.

⁵⁸ Там само, 223.

результату, збирання фактів й генерування відповідної юридичної позиції (теорії). По-друге, саме теоретична модель С. Тулміна допомагає зрозуміти, що цей процес є зворотно організованим: використовуючи юридичні засоби чи бажаний результат справи, юрист працює у зворотному напрямі й доходить до відповідної правової позиції (теорії), яка ґрунтується на фактах, що мають юридичне значення.⁵⁹ Отже, реконструкція правової аргументації у риторичному підході спрямована на те, щоб виявити елементи, які впливають на переконання аудиторії.

II. Проблемні питання застосування риторичного підходу до правового аргументування

Як було зазначено, представники теорії правової аргументації, зокрема, Е. Фетеріс, Ф. Ван Ємюрен, піддають критиці окремі риторичні концепції правової аргументації. Проте Г. Грейвер узагальнив і навів такі застереження до правової риторики, які простежено у літературі, а також свої міркування щодо них.

По-перше, *риторика не визнає нормативності права* – не визнає, що застосування позитивного права полягає у виявленні того, що буде актуальним для певного життєвого випадку правом, а важливо те, чи певне рішення узгоджене чи суперечить чинним правовим нормам, а не те, чи хтось у цьому переконаний. Для того, щоб зробити щось правильне, треба знати, що є правильним. Правовий метод має надавати такі знання. Проблема такого бачення, на думку Г. Грейвера, полягає у тому, що нема загальновизнаного методу виявлення того, що є правильним, крім посилань на оцінні поняття на кшталт «правового розсуду» чи «правової інтуїції». Коли ми наводимо підстави для рішення чи точки зору без достатнього критерію розмежування правильного і неправильного, це не означає, що щось є правильним або неправильним. Це лише означає, що є ступінь імовірності того, що це правильно або неправильно, залежно від того, як ми це сприйняли саме у певний момент. Риторика завжди пов'язана з переконанням через аргументування та дискутування. Факт того, що наші точки зору не є вирішальними, а їх постійно слід перевіряти через дискусію та нове переконання, є особливо важливим у сфері права, де дискусії проводять без стійкого базису, але їхні результати імплементують силою закону.⁶⁰

По-друге, *риторика не визнає наукового підходу до права*. Правовий метод є науковим методом, а риторика розвиває техніки для здобуття схвалення. Оскільки такі техніки містять нерациональні складники, на кшталт апелювання до авторитету, достовірності та емоцій, метою має бути витіснити їх з юридичної практики, а не розвивати. Г. Грейвер наголошує на тому, що аргумент у правовій доктрині і спеціальний юридичний аргумент передбачають «проникнення» в основоположні цінності, які є опорою права і на які спрямований аргумент. Проте від правової доктрини очікують, що пов'язані

⁵⁹ Saunders, "Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument," 170.

⁶⁰ Graver, "Sense and Sensibility," 247–48, 250.

з цінностями засновки розвиватимуть у більш цілісний, глибинний та комплексний спосіб, ніж у випадку спеціального правового аргументу. Юриспруденція не стає менш науковою у разі застосовування риторичного підходу. Пошук, розвивання та представлення аргументу певного рішення є риторичною практикою. Єдиним застереженням проти риторики у правозастосовуванні у цьому аспекті може бути те, що вирішальним для рішення може бути не лише раціональний аргумент, але безпідставна довіра, ірраціональні емоції та схвалення. Тут можна відповісти, що це не риторика привносить такі аспекти у правовий процес формування рішень. Риторика апелює до того, що і так вже є насправді. Тому саме правова наука повинна це описувати, а правозастосовувач – втілювати на практиці.⁶¹

По-третє, *риторика не визнає раціональності права*. Це відбувається тому, що вона привносить все ті ж ірраціональні складники в аргументування. Згідно з риторичним підходом основним засобом переконання є доладні (*sound*) аргументи. Риторика стосується того, як розвивати належну лінію аргументування. Це не дуже відрізняється від традиційного правового методу. Найбільша відмінність полягає у тому, що правова риторика йде понад докази та аргументи і переконана у тому, що мова, послідовність і формулювання аргументів, вживання звернень і метафор можуть вплинути на те, чи твердження буде прийняте. Це не применшує раціональність у праві, а допомагає її аргументувати. Увага до таких питань може допомогти їх детальніше вивчити.⁶²

По-четверте, *риторика підриває передбачуваність права*. Риторика має справу і з такими засобами переконання, як дебатування того, що офіційно не підлягає дебатуванню, пошук аргументів не застосовувати писане чи неписане правило чи відмову прийняти справжнє знання у сфері права, що підриває юридичну визначеність. Тому риторика «розчищує дорогу» для свавілля. Відповідаючи на це застереження, Г. Грейвер зазначив, що твердження про право часто не можуть бути правильними чи неправильними. Натомість важливо, чи твердження отримало наше схвалення як твердження про право. Правильність тверджень про право не залежить від того, чи вони відповідають нормі або методу, а перебуває у соціальному аспекті, тобто залежить від того, чи воно переконує нас або інших. Застосовуючи риторичну як метод, ми бачимо право як щось, що можна створити або перетворити у соціальній взаємодії. Риторика показує доступні у кожному випадку засоби переконання та як їх використати. Більшість не є абсолютним критерієм правильності, а таким критерієм у ситуації соціальної взаємодії є відсутність когось, хто бачить можливість дебатувати й отримувати схвалення позиції, відмінної від позиції більшості.⁶³

Підсумовуючи, Г. Грейвер зазначив, що риторика не зменшує, а збільшує юридичну визначеність з двох причин. Відкрите визнання й описування того, що сприяє надійності

⁶¹ Graver, "Sense and Sensibility," 251.

⁶² Ibid, 252.

⁶³ Ibid, 253.

та прихильності до аргументів, полегшує передбачення того, у яких напрямках правозастосувачі можуть дозволити переконати себе у різних ситуаціях.⁶⁴

По-п'яте, *риторика не пропонує нічого нового у правовому методі*. Стосовно цього застереження Г. Грейвер висловлює низку аргументів, які викладемо коротко. Риторика пропонує альтернативний погляд на ядро правового методу – як аргументувати правову точку зору. Вона переносить наголос з пошуку «домінівного права» на отримання схвалення від інших – судді, особи, яка приймає екзамен; це є практичною ціллю, яку будь-хто може поставити й проаналізувати. Риторичний підхід ґрунтується на аргументі тією мірою, щоб можна було зосередитися на тому, що важливо, тобто які висновки правильні, а які неправильні у логічному слідуванні, які докази можна використати на свою користь та які аргументи є переконливими або непереконливими. Правова риторика пропонує значно кращу можливість аналізувати оцінювання права, що його надав правозастосувач, ніж це впливає з розмитого поняття «міркування справедливості». Це зумовлено тим, що вона допомагає структурувати аргументи, зокрема і завдяки доктрині топів, включаючи загальні вимоги логіки та загальніше сформульовані емпіричні твердження. Доктрина «міркувань справедливості» може бути доповнена риторичною доктриною топіки.⁶⁵

Отже, незважаючи на критичні зауваження, риторичний підхід до правового аргументування пропонує власні теоретичні моделі, які дозволяють урізноманітнити інструментарій правового аргументування, з тим, щоб зробити правову аргументацію більш ефективною (переконливою).

Замість висновків: ознаки риторичного підходу до розуміння й дослідження правового аргументування та правової аргументації

Риторичний підхід більш придатний для дослідження правової аргументації в «контексті виявлення», а не в «контексті обґрунтування». З огляду на це, риторичний підхід (на відміну від логічного) «має справу» насамперед з правовим аргументуванням як процесом, а меншою мірою з правовою аргументацією як результатом цього процесу.

Про риторичний підхід до правового аргументування й правової аргументації йдеться за наявності таких ознак: 1) на філософському рівні автор відштовхується від антропологічної концепції раціональності, що спричиняє до прийняття стандарту раціональності, в якому критерієм доладності правової аргументації є її переконливість для правової аудиторії (максимально широко – правової спільноти); 2) риторичні теоретичні моделі правового аргументування, що їх розробляють представники риторичного підходу, є ідеальними моделями правового аргументування і а) враховують контекст останнього, б) стосуються, насамперед, побудови аргументів таким чином, щоб вони були переконливими, в) розглядають такі аргументи в інтерсуб'єктивній

⁶⁴ Graver, "Sense and Sensibility," 254–55.

⁶⁵ Ibid, 256.

аргументувальній діяльності як дискурсу; 3) на емпіричному рівні дослідження правової аргументації крізь призму риторичного підходу йдеться не стільки про реконструкцію реальних аргументів, скільки про описування елементів, що здатні переконати у процесі аргументувального дискурсу. Тобто немає чіткого розмежування емпіричного рівня досліджень на аналітичний та практичний компоненти, а емпіричний рівень зведений до дискриптивного.

Риторичний підхід у чистому виді не трапляється – на рівні теоретичної моделі чи на рівні реконструювання аргументів привносять елементи підходу логічного (через демонстраційно-дедуктивну модель вирішення так званих «легких справ» [Х. Перельман та його послідовники]) та/чи діалогічного (через поняття дискурсу [Н. Мак-Кормік, Г. Грейдер] та через критичні запитання [С. Тулмін]).

Риторичний підхід до правового аргументування є засобом «вплітання» природного права у право позитивне. Адже риторичне аргументування привносить у позитивне право позамовні фактори, тим самим розширюючи горизонт його розуміння чи то з боку правозастосувача, правотлумача, чи то праводійснювача, що виступають аргументувачами. Риторичні теоретичні моделі правового аргументування враховують передрозуміння правової авдиторії, що дозволяє ефективніше її переконувати. Якщо в логічному підході в аргументуванні домінує силогізм, то у риторичному він не лише втратив домінуючу роль, але й поступився потребам, інтересам, емоціям аргументувача й авдиторії, а також їхній взаємодії. Тому до риторики у праві завжди було багато запитань з боку позитивізму. Водночас жоден представник риторичного підходу до правового аргументування не відкидає цілком дедукційну логіку як таку, а пропонує інструменти для згладжування її слабких сторін.

Аналіз риторичних теоретичних моделей правового аргументування й особливостей реконструювання аргументації згідно з риторичним підходом дозволив запропонувати варіанти відповідей на питання онтологічного характеру, а саме щодо розуміння поняття правового аргументування й правової аргументації згідно з цим підходом. Згідно з риторичним підходом *правове аргументування* – це спосіб впливу на правову авдиторію шляхом застосування комунікаційних та взаємодійних засобів, переконливість яких залежить від контексту аргументувальної ситуації, у якій здійснюють аргументувальний дискурс щодо юридично значущих питань. *Правова аргументація* – це результат такого впливу, втілений у системі аргументів, побудованих з метою переконання правової авдиторії у процесі аргументувального дискурсу в підставності точки зору щодо певних юридично значущих питань.

© Т. Дудаш, 2020

Bibliography

Alexy, Robert. *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Translated by R. Adler and N. MacCormick. Oxford: Clarendon Press, 1989.

- Bodenheimer, Edgar. "Perelman's Contribution to Legal Methodology." *Northern Kentucky Law Review* 391, vol. 12 (1985): 391–417.
- Dudash, Tamara. "Overview of Methodological Approaches to Understanding and Research of Legal Argumentation." *Wroclaw-Lviv Law Studies* 8 (2017): 103–23 (in Ukrainian).
- Feteris, Eveline. *Foundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on Justification of Judicial Decisions*. Dordrecht: Springer, 1999.
- Foss, Sonja et al. *Contemporary Perspectives on Rhetoric*. Illinois: Prospect Heights, 1985.
- Garsen, Bart. "Argumentation Schemes." In *Crucial Concepts in Atgumentation Theory*. Translated by V. Golubyeva, S. Chachoyan, K. Gudkova, edited by A. Migunov, 99–122. Saint-Petersburg, 2006 (in Russian).
- Graver, Hans Petter. "Sense and Sensibility – Classic Rhetoric as a Model for Modern Legal Thinking." *Scandinavian Studies in Law*, vol. 53 (2008): 231–58.
- Hohmann, Hanns. "The Dynamics of Stasis: Classical Rhetorical Theory and Modern Legal Argumentation." *The American Journal of Jurisprudence* 1, vol. 34 (1989): 171–97.
- Kistyanyk, Volodymyr. "Legal Argumentation: Modern Approaches to its Understanding in Foreign Studies." *Naukovi zapysky NAUKMA*, vol. 129 (2012): 20–22 (in Ukrainian).
- Koziubra, Mykola. "Теорія юридичної аргументації." In *General Theory of Law*, edited by Mykola Koziubra, 264–85. Kyiv: Vaite, 2015 (in Ukrainian).
- Kukuryk, Krzysztof. "Nowa retoryka prawnicza Chaima Perelmana." In *Księga życia i twórczości. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Romanowi A. Tokarczykowi*, edited by Z. Władek, J. Stelmasiak, G. Gogłoza, K. Kukuryk, tom V Prawo, 172–92. Lublin, 2013 (in Polish).
- MacCormick, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*. New York: Oxford University Press, 2010.
- Mootz, Francis J. *Law, Hermeneutics and Rhetoric*. New York: Routledge, 2016.
- Perelman, Chaim, and Lucie Olbrechts-Tyteca. *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation*. Translated by John Wilkinson and Purcell Weaver. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1969.
- Perelman, Chaim. "Justice and Justification." Translated by S. Rubin. *Natural Law Forum* 10, no. 1 (1965): 1–20.
- Perelman, Chaim. *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, tłum. T. Pajor. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1984 (in Polish).
- Perelman, Chaim. *The Realm of Rhetoric*. Translated by William Kluback. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1982.
- Saunders, Kurt. "Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument." *Journal of the Association of Legal Writing Directors*, vol. 3 (2006): 166–78.
- Sherbyna, Olena. *Logic and Legal Argumentation*. Kyiv: Kyiv. un-t, 2013 (in Ukrainian).
- Stelmach, Jerzy, and Bartosz Brożek. *Methods of Legal Reasoning*. Dordrecht: Springer, 2010.
- Toulmin, Stephen et al. *An Introduction to Reasoning*. New York: Macmillan, 1984.
- Toulmin, Stephen. *Uses of Argument*. Cambridge: University Press, 2003.

- Tytov, Volodymyr. "Basic Western Theories of Legal Argumentation." *Filosofiya prava i zagal'na teoriya prava* 1-2 (2014): 193–201 (in Ukrainian).
- Van Eemeren, Frans et al. *Handbook of Argumentation Theory*. Dordrecht: Springer Science+Business Media, 2014.
- Van Eemeren, Frans. "The State of the Art in Argumentation Theory." In *Crucial Concepts in Argumentation Theory*. Translated by V. Golubyeva, S. Chachoyan, K. Gudkova, edited by A. Migunov, 14–34. Saint-Petersburg, 2006 (in Russian).
- Van Rees, Agnes M. "Argument Interpretation and Reconstruction." In *Crucial Concepts in Argumentation Theory*. Translated by V. Golubyeva, S. Chachoyan, K. Gudkova, edited by A. Migunov, 198–238. Saint-Petersburg, 2006 (in Russian).
- Wronkowska, Sławomira, and Zygmunt Ziemiński. *Zarys teorii prawa*. Poznań: Ars boni et aequi, 2001 (in Polish).
- Yurkevych, Olena, ed. *Legal Argumentation: Logical Research*. Kharkiv: Vyd. Ivanchenko I. S., 2012 (in Ukrainian).

Тамара Дудаш. Риторичний підхід до правового аргументування й правової аргументації

Анотація. Метою статті є виявлення риторичної теоретичної моделі правового аргументування та особливостей реконструкції аргументів, що його пропонує цей підхід. З'ясовано, що риторичний підхід стосується насамперед правового аргументування як процесу, а меншою мірою правової аргументації як результату цього процесу. Сформульовано ознаки риторичного підходу до правового аргументування. З'ясовано, що риторичний підхід до правового аргументування є засобом «вплітання» природного права у право позитивне. Адаже риторичне аргументування привносить у позитивне право позамовні фактори, тим самим розширюючи горизонт його розуміння. Запропоновано визначення понять правового аргументування й правової аргументації згідно з риторичним підходом.

Ключові слова: риторичний підхід; правове аргументування; правова аргументація; риторична теоретична модель правового аргументування; антропологічна концепція раціональності.

Тамара Дудаш. Риторический подход к правовому аргументированию и правовой аргументации

Аннотация. Цель статьи – выявить риторическую теоретическую модель правового аргументирования и особенности реконструкции аргументов в данном подходе. Установлено, что риторический подход касается, прежде всего, аргументирования как процесса и в меньшей степени правовой аргументации как результата этого процесса. Сформулированы признаки риторического подхода к правовому аргументированию. Артикулировано, что риторический подход является средством «вплетения» естественного права в позитивное право, поскольку риторическое аргументирование привносит в него внеязыковые факторы, тем самым расширяя горизонт его понимания. Предложено определение понятий правового аргументирования и правовой аргументации в соответствии с данным подходом.

Ключевые слова: риторический подход; правовое аргументирование; правова аргументация; риторическая теоретическая модель правового аргументирования; антропологическая концепция рациональности.

Tamara Dudash. Rhetorical Approach to Legal Arguing and Legal Argumentation

Abstract. The article is devoted to legal argumentation, namely to its research by rhetorical approach. The aim of the article is to determine characteristic features of rhetorical approach to legal argumentation.

Rhetorical approach to the research of legal argumentation should include philosophical, theoretical, empirical components. Philosophical component of legal argumentation research consists in the anthropological conception of rationality i.e. the philosophical axiomatic idea about rationality of legal argumentation if in is acknowledged by the members of legal community. Rhetorical theoretical model of legal argumentation ensures persuasion of legal audience via legal argumentation. Rhetorical approach deals with legal argumentation mainly in the “context of discovery”, i.e. with legal arguing. Rhetorical approach to legal arguing implies specific standard of soundness of the argumentation – persuasion standard. Empirical component of legal argumentation includes description of arguments and persuasive techniques. Rhetorical approach insures interaction between natural law and positive law.

Rhetorical approach to legal argumentation lets us assume some ontological issues concerning legal argumentation. Legal argumentation is considered as the mode of impact on the audience via application of communicative and interactional means which persuasive force depends on the context of argumentative legal discourse. Legal argumentation is the result of such impact embodied in the system of arguments to persuade the legal audience in the arguability of the standpoint.

Keywords: legal argumentation; legal arguing; rhetorical approach; rhetorical conception of rationality; rhetorical theoretical model of argumentation.

Одержано/Received 01.05.2020

ПРАВОРОЗУМІННЯ ВЕРНЕРА МАЙХОФЕРА ЯК ДОСЛІДНИЦЬКА ПРОБЛЕМА У ПОСТРАДЯНСЬКІЙ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА

Методологічний монізм, притаманний філософії права радянського періоду, гадаємо, вже залишився у минулому. Необмежене панування доктрин матеріалізму, економічного детермінізму, а також легістського праворозуміння, заснованого на етатизмі й ототожненні права і закону, дедалі частіше поступаються місцем новим концептуальним підходам, передусім некласичній філософії права і непозитивістському, «юснатуралістичному» розумінню права, один із періодів «відродження» якого настав після краху тоталітаризму.

Своєю чергою, природно-правові доктрини, як відомо, тяжіють до проблем антропології права – проблем, які за доби глобальної інформаційної й технологічної революції, актуалізуються особливим чином. Адже триваючі процеси олюднення юридичної науки сьогодні відбуваються в суперечливій взаємодії з технократизацією й інструменталізацією правового регулювання.

Відтак гуманізація правознавства нині залишається нагальним завданням, що свідчить про необхідність вирішення вітчизняною філософською юриспруденцією питань антрополого-правового ґатунку. Йдеться про питання, пов'язані, зокрема, із визначенням місця людини у праві, осмисленням її правового буття, розкриттям правових модусів людського існування в соціумі, а права – як особливого способу такого існування.

Помітне місце серед некласичних людиноцентристських концепцій, які пропонують розв'язання означених питань, займає правовий екзистенціалізм, одним із широко визнаних представників якого є видатний німецький правознавець Вернер Майхофер (Werner Maihofer (1918–2009)).

Дослідження поглядів В. Майхофера здійснювалось уже в філософській та юридичній літературі радянського періоду.¹ На постсоціалістичних теренах новий,

* Ірина Васиївна Бесага, аспірант кафедри теорії та історії держави і права, конституційного та міжнародного права, Львівський державний університет внутрішніх справ.

Iryna Besaha, post-graduate student of the Department of Theory and History of State and Law, Constitutional and International Law, Lviv State University of Internal Affairs.

e-mail: animespirit12@ukr.net

ORCID ID: 0000-0002-2736-4985

¹ Визначенню внеску радянських науковців в аналіз та інтерпретацію поглядів німецького правознавця присвячена попередня публікація автора. Див.: Сергій Рабінович та Ірина Бесага,

некласичний етап в інтерпретації ідей В. Майхофера пов'язаний насамперед із розвідками Г. В. Мальцева, С. І. Максимова, О. В. Стовби, а також С. П. Рабіновича.²

Мету пропонованої статті становить визначення внеску пострадянських правознавців в осмислення концепції праворозуміння В. Майхофера та виявлення на матеріалах їхнього творчого доробку з означеної проблеми тих питань, які потребують подальшої філософсько-правової розробки.³

Розвиваючи ідеї філософського екзистенціалізму (К. Ясперс, Ж. П. Сартр) та фундаментальної онтології М. Гайдегера, В. Майхофер інтерпретував право як феномен, обумовлений екзистенціальними структурами, модусом буття людини у суспільстві. Цей модус у В. Майхофера отримує назву Буття-як (*Als-Sein*).⁴ Водночас, оскільки людина у своєму бутті завжди поєднує кілька статусів (як-батько, лікар, продавець і т. д.), праву відводиться роль регулятора конкретної життєвої ситуації, у якій актуалізується та чи інша соціальна роль людини.⁵ Право закладене у самій життєвій ситуації, у соціальних зв'язках між людьми. Тому право, за В. Майхофером, стає видимим шляхом «осмислюваного аналізу ситуації в цілому, зі всіма типовими констеляціями очікувань та інтересів, що зустрічаються в подібних зв'язках». При цьому такі очікування та інтереси виступають життєвими прагненнями її учасників.⁶

“Філософсько-правова концепція Вернера Майхофера як предмет дослідження в радянському правознавстві,” *Соціально-правові студії* 2(4) (2019): 8–15.

² Сергей Максимов, *Правовая реальность: опыт философского осмысления* (Харьков: Право, 2002), 4, 17, 21, 160, 191; Сергій Максимов, “Антропологічні передумови правової теорії: досвід класичної філософії права,” *Вісн. Львів. ун-ту. Сер. Юридична*, вип. 37 (2002): 64–69; Сергій Максимов, “Предмет і методологічні засади правової антропології,” *Антропологія права: філософський та юридичний вимір (стан, проблеми, перспективи)*: Матер. 1-го Всеукр. кругл. столу, 240–48 (Львів: Край, 2006); Геннадій Мальцев, *Понимание права: подходы и проблемы* (Москва: Прометей, 1999), 123–25; Алексей Стовба, “Вернер Майхофер: от “Бытия и времени” к “Праву и бытию”,” *Российский ежегодник теории права* 1 (2008): 175–85; Алексей Стовба, “О месте права в фундаментальной онтологии Мартина Хайдеггера. К ранним исследованиям Вернера Майхофера,” *Проблеми філософії права VI–VII* (2008–2009): 25–41; Алексей Стовба, *Правовая ситуация как исток бытия права* (Харьков: ФОП Лисяк Л. С., 2006), 32, 104, 125; Алексей Стовба, “Право естества: в попытках переосмысления естественного права,” *Российский ежегодник права* 2 (2009): 81–95; Олексій Стовба, *Право і час* (Харків: ТПП, 2016), 66, 73, 90–91, 133, 163–97, 318; Сергей Рабинович, “От сущностной возможности – к социальной функции человека? (полемиические заметки о “Праве естества”),” *Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)*: Статті уч-ків VII Міжнар. «кругл. столу», 472–78 (Львів: Галицький друкар, 2012).

³ Розвідки сучасних західних авторів та їхні критичні зауваження до концепції В. Майхофера вже були проаналізовані й узагальнені О. В. Стовбою, про що ще йтиметься далі. Водночас, як видається, більш докладний розгляд згаданої критики і вироблення контраргументів заслуговують на те, щоби стати предметом самостійної публікації.

⁴ Werner Maihofer, *Naturrecht als Existenzrecht* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1963), 32.

⁵ Werner Maihofer, “Die Natur der Sache,” in *Die Ontologische Begründung des Rechts* (Darmstadt, 1965), 75.

⁶ Werner Maihofer, *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1954), 23.

Відтак німецьким правознавцем здійснюється спроба трактування права як укоріненої у конкретній ситуації екзистенційної вимоги, що випливає із буття людини та відповідає природі виконуваної нею соціальної ролі.

В кінці ХХ – на початку ХХІ ст. таке специфічне поєднання в поглядах В. Майхофера екзистенціалізму та соціального філософствування привернуло увагу провідних правознавців. Першим із правознавців посттоталітарної доби, які розкрили наукову цінність ідей В. Майхофера, став знаний російський теоретик права Г. В. Мальцев. У праці «Розуміння права. Підходи і проблеми»⁷ вперше у пострадянському правознавстві було здійснено аналіз філософських проблем праворозуміння вже без традиційної ідейно-політичної забарвленості.

Г. В. Мальцев виділяє нормативістські, ідеолого-ціннісні та соціологічні підходи до визначення права. Віднесення концепції праворозуміння до одного з них здійснюється шляхом встановлення визначальних елементів нормативно-регулятивної системи, обґрунтування якій надає той чи інший правознавець (ідеї, норми чи відносини). Вчений також виокремлює деонтологічні та онтологічні підходи до розуміння права. В основу деонтологічних правових вчень покладена ідея повинності як апіорної і метафізичної конструкції, що первинно притаманна розуму і відділена від емпіричної сфери. Ця повинність чинна, а її імперативи цінні і обов'язкові незалежно від фактичних умов і характеру їх реалізації у соціальній дійсності.⁸ Для онтологічної моделі, натомість, характерним є заперечення протиставлення (відриву) суцього і повинного та перенесення феномену природного права у сферу буття як суцього. Повинне у такому трактуванні постає як похідне від суцього, як те, що повинно бути, як особлива форма буття.⁹

Оскільки онтологічна аргументація права потребує історичного та соціологічного підходів до нього,¹⁰ дослідник звертається до концепції В. Майхофера, порушуючи проблему методологічних засад поєднання природно-правових підходів із соціологічними. У цьому контексті розглядувана концепція оцінюється як вдала спроба нормативного осмислення буття людини: представлення суцього і повинного в їх онтологічному та екзистенційному синтезі.

За визначенням Г. В. Мальцева, право у В. Майхофера виводиться «не з аналізу соціальних фактів, але з екзистенції фактів, онтологічного змісту того, що існує».¹¹ Категорія ж природи, яка, на думку російського дослідника, «служить чудовим трампліном для соціологізації природного права», у В. Майхофера розкривається як «природа людської екзистенції». Такий підхід дав підставу ідентифікувати правові погляди німецького філософа права як онтологічну екзистенціальну концепцію, яка,

⁷ Мальцев, *Понимание права*.

⁸ Там само, 54–55.

⁹ Там само, 108.

¹⁰ Там само.

¹¹ Там само, 123–25.

незважаючи на використання її автором соціологічних категорій, зберігає ознаки теорій ідеального рівня.¹²

На противагу дуалістичній суб'єкт-об'єктній «діаматівській» гносеології радянського періоду і теорії відображення, які фактично усували необхідність розробки онтології права, сучасні українські філософи права переважно спираються на інтерсуб'єктивний підхід як на засіб пояснення існування права, його пізнання та онтологічних побудов. Це, своєю чергою, може слугувати поясненням як актуальності ідей В. Майхофера, так і її евристичного значення для філософської думки сьогодення.¹³

На початку ХХІ ст. значимим внеском в інтерпретацію та популяризацію правових поглядів В. Майхофера на пострадянському просторі стали праці вітчизняного філософа права С. І. Максимова, який вперше у вітчизняній науці розглянув методологічні особливості екзистенціально-феноменологічних правових концепцій і, зокрема, концепції В. Майхофера – в аспекті відображення у ній «інтерсуб'єктивної моделі правосвідомості». ¹⁴ Ідеї В. Майхофера стали інструментом для здійснюваного українським правознавцем концептуально-теоретичного аналізу феномену правової реальності. ¹⁵ Приділяючи особливу увагу методологічній основі концепції німецького філософа права – інтерсуб'єктивному підходу, С. І. Максимов звертається до проблем онтологічного підґрунтя життєвої ситуації у В. Майхофера і особливостей трактування ним поняття «природи речей». ¹⁶ На думку правознавця, саме погляди В. Майхофера «повинні стати методологічною основою відродженої філософії права». ¹⁷ Важливе значення для подальшого дослідження поглядів В. Майхофера має запропонована С. І. Максимовим класифікація типів праворозуміння (способів осмислення правової реальності. – С. М.). На думку цього автора, слід виділяти чотири основні підходи до розуміння права: правовий позитивізм, об'єктивізм, суб'єктивізм (або класичні концепції природного права) та інтерсуб'єктивність (або неklasичні концепції природного права). ¹⁸ С. І. Максимов вбачає у філософсько-правовій конструкції німецького правознавця риси, притаманні неklasичним типам праворозуміння.

¹² Мальцев, *Понимание права*, 125.

¹³ У сучасному філософсько-правовому дискурсі обговорюються можливості використання правової філософії екзистенціалізму В. Майхофера для розв'язання актуальних питань праворозуміння (О. В. Стівба, С. П. Рабінович). До цього див.: Алексей Стівба, ред., *Некласическая философия права: вопросы и ответы*: колективна монографія (Харьков: Библиотека международного журнала «Проблемы философии права», 2013).

¹⁴ Максимов, *Правовая реальность*; Максимов, «Антропологічні передумови правової теорії;» Максимов, «Предмет і методологічні засади правової антропології;» *Некласическая философия права*; Олег Данильян, ред., *Философия права: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл.* (Харків: Право, 2009).

¹⁵ Максимов, *Правовая реальность*, 121.

¹⁶ Там само, 4, 117, 121, 170, 207–08, 249.

¹⁷ Там само, 2.

¹⁸ Там само, 34.

Зокрема перехід до принципу інтерсуб'єктивності,¹⁹ який використовується для обґрунтування онтологічних філософсько-правових конструкцій, у тому числі тих, що представлені правовим екзистенціалізмом (екзистенціальною феноменологією). До останніх С. І. Максимов також відносить концепцію В. Майхофера. Концептуальні побудови останнього, на думку українського правознавця, сконструйовані на підставі антропологічного (онтологічного) способу обґрунтування права, зміст якого «не розчиняється у свідомості суб'єкта чи у зовнішньому соціальному світі, а розглядається як результат зустрічі суб'єктів, занурених в життєвий світ».²⁰

Суттєвий внесок у використання й творчий розвиток ідей німецького правознавця на пострадянських теренах належить сучасному вітчизняному філософу права О. В. Стовбі.²¹ У монографії «Право і час» О. В. Стовба, репрезентуючи власну концепцію праворозуміння – темпоральну онтологію права, – відводить висвітленню ідей В. Майхофера окремий підрозділ.²² Тут послідовно розкривається зміст головних праць німецького правознавця, наводяться основні аргументи критиків майхоферівської концепції та дається оцінка евристичного потенціалу ідей німецького правознавця. Деякі з ключових ідей В. Майхофера стали методологічним підґрунтям для розроблюваної українським вченим концепції темпоральної аналітики правового буття.²³ О. В. Стовба спирається на концептуальні побудови В. Майхофера при

¹⁹ У згаданому монографічному дослідженні С. І. Максимов пропонує подальше обґрунтування принципу інтерсуб'єктивності. Інтерсуб'єктивність є «процес та результат взаємодії суб'єктів, що відкриває людині світ іншого «Я». Механізм розкриття Іншого у свідомості людини, вияв його суб'єктивності зводиться до аналізу спогадів про самого себе з використанням концепції «життєвого світу» (як соціальної, колективної реальності. – І. Б.), що покладена в основу всіх міжлюдських зв'язків». До цього див.: Максимов, *Правовая реальность*, 112 і далі.

²⁰ Там само, 116, 121.

²¹ Див. зокрема: Вернер Майхофер, «Право и бытие», пер. Алексея Стовбы, *Российский ежегодник теории права* 1 (2008): 186–259; *Неклассическая философия права*; Стовба, «Вернер Майхофер»; Алексей Стовба, «Жизнь и творчество Артура Кауфманна», *Правоведение* 6 (2013): 200–09; Стовба, «О месте права в фундаментальной онтологии Мартина Хайдеггера», Алексей Стовба, «Право и событие. Экзистенциально-онтологический анализ», *Российский ежегодник теории права* 4 (2011): 133–46; Стовба, *Правовая ситуация*; Алексей Стовба, «Феномен права как фундаментально-онтологическая основа правосудия», *Проблемы философии права VI-VII* (2008–2009): 147–53; Алексей Стовба, «Что есть право?» *Правоведение* 4 (2013): 178–86; Стовба, «Право естества», Алексей Стовба, «Нуждается ли теория права в идеях М. Хайдеггера? (ответ на полемические замечания проф. А. В. Полякова)», *Правоведение* 5 (2014): 56–72; Стовба, *Право і час*; Олексій Стовба, «Правова ситуація як онтологічна основа правової реальності» (Дис... канд. юрид. наук: 12.00.12. Філософія права, Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого, Харків, 2005); Олексій Стовба, «Темпоральна онтологія права» (Дис. ... доктора юрид. наук: 12.00.12. Філософія права, Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, Харків, 2017); Олексій Стовба, «Право і за-мовлення: до витоку сучасного мислення права», *Право України* 8 (2011): 71–78; Герхард Шпренгер, *О месте права в фундаментальной онтологии Мартина Хайдеггера. К ранним исследованиям Вернера Майхофера*, пер. Алексея Стовбы, <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/13622/03-Sprenger.pdf?sequence=1>.

²² Стовба, *Право і час*, 90–91, 133, 162–97.

²³ Там само, 9, 66, 149, 163–97, 318.

конструюванні власного способу прояснення фундаментально-онтологічного змісту й основ правової ситуації та характеристики одного з елементів формально-логічного каркасу права – правопорядку.²⁴

О. В. Стівба обґрунтовує власну класифікацію типів праворозуміння, виділяючи класичні та некласичні підходи. Некласичні об'єднують дві групи: правовий пост-модерн (феміністський і расовий підходи) та інтерсуб'єктивну філософію права (феноменологія, екзистенціалізм, герменевтика, комунікативно-дискурсивний напрям). В концепції В. Майхофера український правознавець вбачає переважання ідей феноменологічного-екзистенціального змісту. Такого висновку згаданий автор доходить на підставі аналізу методологічних прийомів, якими послуговується В. Майхофер. Та виділяє серед них, зокрема, феноменологічну редукцію, екзистенціальний аналіз та інтерсуб'єктивний метод, що характеризують саме цей тип праворозуміння.²⁵

Таким чином, обидва українські філософи права, так чи інакше, спираються на екзистенціально-феноменологічний підхід, покладений в основу правової онтології В. Майхофера, та використовують окремі ідеї німецького правознавця як методологічні засоби для розбудови власних концепцій праворозуміння. Це переконливо підтверджує, зокрема, плідність підходів В. Майхофера для сучасного філософсько-правового дискурсу та значний евристичний потенціал його концепції. Водночас, звісно, сказане вище не свідчить про відсутність підстав для критичної оцінки її окремих положень.

Так, зокрема, О. В. Стівба, відзначаючи цінність окресленої В. Майхофером мети «обґрунтувати право з основоустрою його буття», вбачає у запропонованій німецьким правознавцем концепції певний брак розробки її підґрунтя. Цей недолік стосується взаємних відношень між феноменами буття і права і, на думку О. В. Стівби, зумовлює неможливість онтологічного обґрунтування права та зупиняє В. Майхофера на спробі власне екзистенціального його обґрунтування. За визначенням українського філософа права, ця спроба також не мала значного успіху через відсутність визначення місця права у т. зв. *сьогобутності* (нім. *Dasein*), внаслідок чого «право у В. Майхофера, виявилось, по суті, “підвішеним” у невідомості».²⁶ Автор також звертає увагу на «онтологічну аморфність» запропонованого В. Майхофером визначення права, і на відсутність чітко сформульованої відповіді на запитання «як саме відбувається право?»²⁷

Окремою проблемою О. В. Стівба виділяє спосіб поєднання екзистенціалістського і соціологічного підходів у концепції праворозуміння В. Майхофера. Поручуючи питання поєднання філософського екзистенціалізму з соціологічними складниками, український філософ права також відзначає, що В. Майхофер у працях, наступних

²⁴ Стівба, *Правова ситуація*, 32, 104, 125.

²⁵ Там само, 31–32.

²⁶ Стівба, *Право і час*, 195.

²⁷ Там само, 197.

після «Права і буття», «скочується у соціологічний позитивізм...». Доречно звернути увагу, що така констатація відрізняється від загальної оцінки майхоферівської концепції, даної Г. В. Мальцевим.

О. В. Стівба систематизував та узагальнив критичні зауваження зарубіжних дослідників щодо філософсько-правових позицій В. Майхофера.²⁸

Окрім використання ідей В. Майхофера у складі методологічної основи власної концепції, філософсько-правового аналізу поглядів німецького правознавця, перекладу його найважливіших праць, а також систематизації зауважень зарубіжних дослідників щодо концепції В. Майхофера, О. В. Стівбою окреслено власне бачення як основних переваг та недоліків концепції німецького правознавця, так і шляхів її подальшого розвитку. На думку О. В. Стівби, це завдання можна вирішити через доповнення концепції В. Майхофера методологією темпоральної аналітики правової події.²⁹

Окрему увагу варто приділити питанням уточнення перекладу понятійно-категоріального апарату, використовуваного В. Майхофером. Таке уточнення, своєю чергою, вимагає порівняння існуючих перекладів та тлумачень німецькомовної термінології. Сказане стосується, зокрема, категорії «Natur der Sache» (дослівно – «природа речі»),³⁰ яка у трактуваннях вітчизняних правознавців найчастіше постає як «природа речей» (Г. В. Мальцев, С. І. Максимов, С. П. Рабінович)³¹ або ж «природа діла». В онтологічних філософсько-правових концепціях категорія природи речей використовується на позначення природної норми, закладеної в самому існуванні речі (предмета, факту, відносин і т. д.).³² Вирішити щось відповідно до природи речей означає «засвоїти зміст життєвих фактів та феноменологічно додумати їх до кінця»³³ або ж пережити їх екзистенційно.³⁴

У «Права і бутті» («Recht und Sein», 1954 р.) – першій із перекладених О. В. Стівбою праць німецького автора використовується саме термін «природа речей»,³⁵ однак у більш пізніх роботах дослідник обґрунтовує доцільність уже іншого слововживання – «природа діла».³⁶ Визначаючи смисл цього поняття, О. В. Стівба робить висновок, що у В. Майхофера «правове значення надається “речам” не їхньою “природою”, але фактом їх залученості в те, що відбувається – “саму справу”, “єство”, сутність якого

²⁸ Стівба, *Право і час*, 187–97.

²⁹ Там само, 197.

³⁰ Щодо способів інтерпретації категорії «природи речей» у німецькомовній літературі див. *Naturrecht und Natur der Sache*, 1. Aufl. (Berlin: Duncker und Humblot, 1976).

³¹ Мальцев, *Понимание права*, 123–24; Максимов, *Правовая реальность*, 117–19; Сергій Рабінович, *Природно-правові підходи в юридичному регулюванні* (Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010).

³² Мальцев, *Понимание права*, 123–24.

³³ *Die ontologische Begründung des Rechts*, hrsg. von Arthur Kaufmann (Darmstadt, 1965), 13.

³⁴ Мальцев, *Понимание права*, 115.

³⁵ Майхофер, «Право и бытие.»

³⁶ Алексей Стівба, «Природа вещей или естество дела? Бытие-как Вернера Майхофера,» *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2019); Стівба, *Право і час*, 163–97.

і задає втягнутому правовий спосіб буття»,³⁷ а тому мова повинна йти саме про «природу діла». Однак чи слід вважати саме «ділом», зокрема, зв'язки між батьком і дитиною, які в Майхофера трактуються як правові? З огляду на це, на нашу думку, заслуговує на додаткове обговорення питання, які із запропонованих у літературі інтерпретацій дозволяють найбільш точно відтворити авторський смисл згаданої природно-правової конструкції в концепції німецького правознавця.

Також доречно звернути увагу на факт звернення В. Майхофера до категоричного імперативу («золотого правила») – питання, яке О. В. Стівба оминає у своїх розвідках, з огляду на особливості дослідницького інтересу, сконцентрованого передовсім на розбудові темпоральної онтології права. Водночас, як видається, це питання небезпідставно піднімалося вже науковцями радянської доби.³⁸ На думку останніх, ця обставина може розглядатись як заперечення онтологічного підґрунтя ідей В. Майхофера та фактично звести нанівець онтологічний пафос його концепції. Відтак для подальших досліджень становить інтерес з'ясування того, яким чином специфічне включення деонтологічних положень в екзистенціалістську правову концепцію В. Майхофера впливає на її онтологічну ідентичність.

Деяких ідей В. Майхофера торкається також С. П. Рабінович, полемізуючи з окремими положеннями концепції О. В. Стівби. С. П. Рабіновичем окреслюється спектр проблем, уже сам спосіб формулювання та постановки яких, а також спроби надати на них відповідь О. В. Стівбою становлять значний інтерес для поглибленого розуміння філософсько-правових ідей В. Майхофера та наближення до сутності права на підставі концепції німецького правознавця як філософсько-методологічної основи подальших досліджень у згаданій сфері.³⁹

С. П. Рабінович формулює низку питань, які прямо чи опосередковано відсилають, в тому числі, і до праворозуміння німецького правознавця: 1) переоцінка зв'язку соціально-правових статусів і *Буття-як* в «праві ества», наслідком чого може бути «редукування «права ества» до соціально-рольового (сущого) права;⁴⁰ 2) яким чином вимога, виведена із «права ества», не даючи жодних змістовних приписів, може задавати спосіб «ко-екзистенції»⁴¹ буття-з?; 3) підміна сутності права іншим поняттям, а також похідні від цього запитання – чи являє собою формальна вимога

³⁷ Стівба, «Природа вещей или естество дела?» 269–70.

³⁸ До цього див.: Рабінович та Бесага, «Філософсько-правова концепція Вернера Майхофера»; Maihofer, «Die Natur der Sache.»

³⁹ *Некласическая философия права*; Рабінович, «От сущностной возможности – к социальной функции человека?»

⁴⁰ Питання взаємозв'язку між екзистенціалістським і соціологічними аспектами праворозуміння у концепції В. Майхофера вже ставали предметом дослідження у Г. В. Мальцева, який, однак, не вбачає підстав для висновку про перетворення концепції німецького правознавця «з теорії ідеального рівня в звичайну соціальну доктрину». До цього див.: Мальцев, *Понимание права*, 123–24.

⁴¹ Ко-екзистенція розуміється як необхідність одного буття для іншого для здійснення його власного буття як такого.

“збереження взаємної розімкнутості екзистуючих у *Бутті-з*” саме правову вимогу (а не загальнобуттєву чи моральну)?;⁴² чи всі образи Буття-як як “віяла можливостей” варто відносити до правових?; 4) чи варто вважати *Буття-як* власне автентичним способом себе-казання,⁴³ а не неминучістю соціальної ролі?⁴⁴

На особливу увагу, як видається, заслуговує проблема «юридизації буття», що піднімається С. П. Рабіновичем та є наскрізною для всіх правових концепцій, які намагаються обґрунтувати укоріненість права у бутті людини. С. П. Рабінович ставить питання про не виправдане розширення та можливу підміну у таких концепціях сутності права сутністю буття як такого.⁴⁵ І хоча безпосереднім приводом для цього питання стали ідеї О. В. Стовби, імпліцитно означена проблема не меншою мірою торкається концепції В. Майхофера.

Відповідаючи на поставлене питання, О. В. Стовба стверджує, що про підміну сутностей може йтися лише в тому випадку, якщо право мислиться як певне суще (ставиться питання про те, «що є право?»). Розгляд же права з неklasичної перспективи як особливого, *правового* способу існування (відповідь на питання «як саме існує право?»), на думку О. В. Стовби, виключає можливість підміни сутностей.⁴⁶ Однак в принципі те саме питання могло би бути поставлене також і таким чином: Чи не підміняється сутність правового способу існування сутністю деякого іншого, неспецифічно правового способу існування? І, відповідно, чи не є спосіб існування права у В. Майхофера «загальним» способом існування людини, її екзистенцією як такою?

Окрім цього, навіть розглядаючи право не як суще, тобто не як емпіричне явище, слід визнати, що прояви, «сліди» й наслідки його здійснення або ж, навпаки, нездійснення, завжди отримують своє вираження у реальності, тобто у вигляді певного сущого. За такого підходу питання відмежування «процесуальної» сутності такого сущого від сутності інших сущих (моралі, релігії, політики тощо), на нашу думку, не отримало вичерпної відповіді у В. Майхофера і тому потребує більш детального розгляду. Останнє є важливим для подальшого дослідження концепції В. Майхофера ще й з огляду на те, що і сам О. В. Стовба, здається, також непрямо погоджується із принциповою можливістю визнання підміни сутностей у концепції В. Майхофера,⁴⁷ для якого право виступає як певне суще.⁴⁸ Відтак можна констатувати, що сьогодні

⁴² Це питання також побіжно виділяє О. В. Стовба. До цього див.: Стовба, “Природа вещей или естество дела?” 268.

⁴³ Себе-казання – термін, введений О. В. Стовбою для позначення вимоги до екзистенції явити себе в своєму естві, “казати” себе як хтось.

⁴⁴ *Некласическая философия права*, 253–71; Рабінович та Бесага, “Філософсько-правова концепція Вернера Майхофера.”

⁴⁵ *Некласическая философия права*, 260.

⁴⁶ Там само, 260–61.

⁴⁷ Там само, 260.

⁴⁸ *Maihofer, Recht und Sein*, 53.

почасти ще залишаються непроясненими підстави виокремлення смислових меж власне правового модусу існування людини у концепції В. Майхофера.

С. П. Рабінович також ставить питання про особливості відношення повинного із сущим у теоретичних побудовах О. В. Стовби, у яких використано ідеї В. Майхофера. С. П. Рабінович робить висновок, що тут імплікується поділ буття на ціннісно-позитивну і ціннісно-негативну або ж нейтральну сфери. Перша ідентифікується як «деонтичні образи та ідеали» – сутнісні можливості, що являють собою «справжнє Буття-як» та «сьогобутність». Саме вони, в остаточному підсумку, і формують змістові вимоги «буття-як», тобто – зміст права. Нездійснення же сутнісних можливостей має наслідком збування того, що може бути позначене як неправо, та що сприймається/оцінюється як негативне чи нейтральне явище.⁴⁹

О. В. Стовба, натомість, відкидає подібний закид, посилаючись на онтологічний статус власної концепції (що, гадаємо, цілком відноситься і до концепції В. Майхофера), а відтак на відсутність будь-яких підстав для визнання в її рамках опозиції суще/повинне. За такого підходу, на думку О. В. Стовби, екзистенціали «сьогобутність» та «буття-як» в жодному випадку не є «ідеалами, буттєво вкоріненими в емпірії сущого».⁵⁰

Інтерпретація же С. П. Рабіновичем цих екзистенціалів крізь призму правової деонтології підводить до питання про способи вираження нормативних і ціннісних проблем в онтологічних правових концепціях. На думку С. П. Рабіновича, нормативність як невід'ємна ознака права неодмінно тягне за собою необхідність розгляду питання про відношення ідеального (як здатного бути нормуючим масштабом) та емпіричного. Втрата правом його нормативності унеможливає його існування як нормативно-регулятивної системи.

Аналіз позицій обох вчених дозволяє зробити висновок про те, що розгляд проблематики поєднання онтологічних та деонтологічних елементів у концепції В. Майхофера насамперед вимагає використання учасниками диспуту спільного категоріального апарату. Однак чи можливе плідне вирішення спору між правовою онтологією та деонтологією за умови, що питання ставляться лише з позицій та у межах одного із цих підходів, а відповіді, натомість, пропонуються в межах іншого? Як вбачається зі змісту діалогу, складну проблему зв'язку повинного із сущим у онтологічних філософсько-правових концепціях, зокрема особливостей проявів цього зв'язку в майхоферівському екзистенціалі «буття-як» також поки що не можна вважати задовільно розв'язаною. Причиною цього є, зокрема, дискурсивні обмеження, пов'язані з відмінностями філософських парадигм та використанням різнопорядкових філософсько-правових категорій.

С. П. Рабіновичем ставляться і інші питання, які прямо стосуються концепції німецького автора, і пошук відповідей на які, на наш погляд, міг би сприяти більш

⁴⁹ Неклассическая философия права, 265–66.

⁵⁰ Там само, 265–70.

глибокому розумінню проблем онтології права, порушених у працях В. Майхофера. З методологічного погляду видаються важливими також запропоновані згаданим автором доповнення до існуючих схем типологізації природно-правових доктрин та аналіз відношень доповнюваності між юснатуралістичним та соціологічним підходами у правознавстві.⁵¹

Таким чином, підсумовуючи полемічні питання, що ставилися пострадянськими правознавцями до концепції В. Майхофера, можна дійти висновку, що всі вони стосувалися переважно методологічних проблем поєднуваності екзистенціалізму із соціологічними підходами; визначення сутності права та його місця у бутті; співвідношення права з мораллю та іншими соціальними регуляторами.

Висновки

Радянськими вченими вже констатувалися зміни, які відбувалися у західних непозитивістських («юснатуралістичних») концепціях права ХХ ст.: перехід від статичного до динамічного природного права; від абстраговано-метафізичного і раціонально-теоретичного пізнання сутності правових явищ у площину життєвої конкретики; заміна «вічного» змісту права змістом, що змінюється чи перебуває у становленні. Ці трансформації були зовнішніми проявами більш глибокого процесу парадигмального зсуву, переходу від класичної філософії права до неklasичної.

Сьогодні звернення до філософсько-правової спадщини В. Майхофера на пострадянському просторі пов'язане вже не з ідеологізованою критикою його концептуальних ідей, а із їх теоретичним дослідженням, використанням і творчим розвитком. При цьому звернення до теоретичних здобутків В. Майхофера здійснюється з різноманітних методологічних засад і з загальною установкою на мультипарадигмальність.

Особливий інтерес до ідей німецького правознавця проявляють прибічники неklasичного природного права і соціологічного правознавства. Так, питання співвідношення повинного з сущим та проблема нормативності права у концепції В. Майхофера нині осмислюються з позицій феноменології, герменевтики та екзистенціалістської фундаментальної онтології (О. В. Стовба, С. І. Максимов). Прихильники соціологічного праворозуміння (Г. В. Мальцев, С. П. Рабінович) розглядають соціологізовані категорії майхоферівського праворозуміння крізь призму діалектичного поєднання соціально-емпіричних та ціннісно-сміслових, метафізичних аспектів права.

Попри відмінні типи праворозуміння та світоглядно-методологічні й концептуальні підходи, на які спираються пострадянські науковці, практично всі вони визнають онтологічний статус концепції В. Майхофера (в окремих випадках – із деякими застереженнями). Окрім цього, для розглядуваних досліджень спільним є визнання евристичної цінності категорії «Буття-як», яка виступає об'єднувальною ланкою онтологічних, екзистенціальних та соціологічних аспектів концепції німецького філософа права.

⁵¹ *Некласическая философия права*; Рабінович, “От сущностной возможности – к социальной функции человека?”

Відзначаючи вагомі здобутки вчених, праці яких розглядалися вище, у дослідження творчості В. Майхофера, слід констатувати, що в сучасній філософії права, зокрема українській, ще залишаються недостатньо з'ясованими деякі теоретико-методологічні і прикладні аспекти творчості німецького дослідника. Перспективи їх подальшої розробки зумовляються, по-перше, необхідністю дати відповіді на питання, поставлені критиками його концепції; по-друге, наявністю суперечливих оцінок коментаторів; по-третє – браком дослідницької уваги до її окремих аспектів. Зокрема, потребують уточнення як типологічна характеристика праворозуміння німецького мислителя, так і логіко-сміслова зумовленість низки його відмітних рис, оцінюваних коментаторами як теоретичні здобутки або недоліки.

Так, поки що не отримала свого продовження та переконливого завершення полеміка з питання про належність концепції права В. Майхофера до онтологічних чи деонтологічних. Вимагають поглибленого аналізу та об'єктивної переоцінки такі аспекти концепції, як обґрунтування нормативності повинного, виведеного із конкретної ситуації; специфіка зв'язку суцього з повинним в екзистенціалі «буття-як» та критерії правильності екзистенціалістського правового рішення. Для майбутніх досліджень є важливим питання про смислові межі власне правового модусу існування людини у майхоферівській концепції. Як видається, розгляд цих питань, які перебувають, так би мовити, «на стику» онтологічної та деонтологічної філософських парадигм, повинен супроводжуватися виробленням єдиного категоріального апарату, який уможлиблював би їх найбільш продуктивне обговорення.

Залишається відкритою й дискусія про належність поглядів В. Майхофера до екзистенціалістичних чи соціологічних, юснатуралістичних чи позитивістських, продовження якої потребує опертя на сучасні деталізовані типології й класифікації концепцій праворозуміння. Плідне осмислення тих аспектів концепції німецького філософа права, які почасти залишаються поза увагою, зумовлює необхідність ширшої та діалогічної контекстуалізації, звернення до її ідейних витоків, зокрема виявлення ймовірних впливів на неї, з одного боку, філософських поглядів І. Канта, М. Гайдегера, Е. Гусерля, Е. Вольфа, та, з іншого боку – підходів мислителів соціологічного спрямування. З іншого боку, становить інтерес з'ясування впливів творчості В. Майхофера на погляди його зарубіжних послідовників.

Цікавою видається також демонстрація можливостей прикладного використання майхоферівської концепції у юридичній, зокрема судовій, практиці. Вирішенню означених вище завдань планується присвятити наступні публікації.

© I. Бесара, 2020

Bibliography

- Danilian, Oleg, ed. *Philosophy of Law*. Kharkiv: Pravo, 2009 (in Ukrainian).
- Kaufmann, Arthur, hrsg. *Die ontologische Begründung des Rechts*. Darmstadt, 1965.
- Maihofer, Werner. "Die Natur der Sache." Im *Die ontologische Begründung des Rechts*, 52–86. Darmstadt, 1965.

- Maihofer, Werner. "Law and Being." Translated by Alexey Stovba. *Rossyjsky jezhegodnyk teoryi prava* 1 (2008): 186–259 (in Russian).
- Maihofer, Werner. "Natural Law as Existential Law." Translated by Alexey Stovba. *Filosofiya prava i zahalna teoriya prava* 1 (2019): 231–61 (in Russian).
- Maihofer, Werner. *Naturrecht als Existenzrecht*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1963.
- Maihofer, Werner. *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1954.
- Maksymov, Sergey. *Legal Reality: The Experience of Philosophical Reflection*. Kharkiv: Pravo, 2002 (in Russian).
- Maksymov, Sergiy. "Anthropological Prerequisites of Legal Theory: The Experience of Classical Philosophy of Law." *Visnyk Lvivskoho universytetu*. Ser. Yurydychna, vyp. 37 (2002): 64–69 (in Ukrainian).
- Maksymov, Sergiy. "Subject and Methodological Principles of Legal Anthropology." In *Anthropology of Law: Philosophical and Legal Dimension (State, Problems, Prospects)*, 240–48. Lviv: Kray, 2006 (in Ukrainian).
- Maltsev, Gennadiy. *Understanding of Law: Approaches and Problems*. Moscow: Prometey, 1999 (in Russian).
- Naturrecht und Natur der Sache*. 1 Aufl. Berlin: Duncker und Humblot, 1976.
- Rabinovych, Sergiy, and Iryna Besaha. "Philosophical and Legal Concept by Werner Maihofer as a Subject of Study in Soviet Jurisprudence." *Sotsialno-pravovi studiyi* 2(4) (2019): 8–15 (in Ukrainian).
- Rabinovich, Sergey. "From the Essential Possibility to the Social Function of Man? (Polemical Notes on the «Law of Nature»)." In *Anthropology of Law: Philosophical and Legal Dimension (State, Problems, Prospects)*, 472–78. Lviv: Halytskyy drukar, 2012 (in Russian).
- Rabinovych, Sergiy. *Natural Legal Approaches in Legal Regulation*. Lviv: Lvivskyy derzhavnyy universytet vnutrishnikh sprav, 2010 (in Ukrainian).
- Rabinovich, Sergey. "Temporal Ontology of Law and the Problem of Overcoming Legal Metaphysics." *Izvestiya vuzov. Pravovedeniye* 5 (334) (2017): 218–28 (in Russian).
- Shprenger, Gerkhard. *On the Place of Law in Martin Heidegger's Fundamental Ontology. To the Early Studies of Werner Mayhofer*. Translated by Alexey Stovba. <http://dspace.nbu.gov.ua/bitstream/handle/123456789/13622/03-Sprenger.pdf?sequence=1> (in Russian).
- Stovba, Aleksey. "Does the Theory of Law need the Ideas of M. Heidegger? (Response to Polemic Remarks by Prof. A. V. Polyakov)." *Pravovedeniye* 5 (2014): 56–72 (in Russian).
- Stovba, Alexey, ed. *Non-Classical Philosophy of Law: Questions and Answers*. Kharkov: Biblioteka mezhdunarodnogo zhurnala «Problemy filosofii prava», 2013 (in Russian).
- Stovba, Aleksey. "Law and Coexistence. Existential Ontological Analysis." *Rossiyskiy yezhegodnik teorii prava* 4 (2011): 133–46 (in Russian).
- Stovba, Aleksey. *Legal Situation as the Source of Law*. Kharkov: FOP Lisyak L. S., 2006 (in Russian).
- Stovba, Aleksey. "Natural Law: in Attempts to Rethink Natural Law." *Rossiyskiy yezhegodnik prava* 2 (2009): 81–95 (in Russian).
- Stovba, Aleksey. "Nature of Things or Essence of Matters? Being-As by Werner Maihofer." *Filosofiya prava i zahalna teoriya prava* 1 (2019): 262–82 (in Russian).

- Stovba, Aleksey. "On the Place of Law in Martin Heidegger's Fundamental Ontology: to Werner Maihofer's Early Research." *Problemi filosofii prava VI-VII* (2008–2009): 25–41 (in Russian).
- Stovba, Aleksey. "The Life and Work of Arthur Kaufmann." *Pravovedeniye* 6 (2013): 200–09 (in Russian).
- Stovba, Aleksey. "The Phenomenon of Law as a Fundamental Ontological Basis of Justice." *Problemi filosofii prava VI-VII* (2008–2009): 147–53 (in Russian).
- Stovba, Aleksey. "Werner Mayhofer: from «Being and Time» to «Law and Being»." *Rossiyskiy yezhegodnik teorii prava* 1 (2008): 175–85 (in Russian).
- Stovba, Aleksey. "What is Law?" *Pravovedeniye* 4 (2013): 178–86 (in Russian).
- Stovba, Oleksiy. "Law and Speech: Towards the Origins of Modern Thinking Law." *Pravo Ukrainy* 8 (2011): 71–78 (in Ukrainian).
- Stovba, Oleksiy. *Law and Time*. Kharkiv: Tim Pabliish Hrup, 2016 (in Ukrainian).
- Stovba, Oleksiy. "Legal Situation as the Ontological Basis of Legal Reality." Candidate of legal science diss., Yaroslav Mudryi National Law Academy of Ukraine, 2005 (in Ukrainian).
- Stovba, Oleksiy. "Temporal Ontology of Law." Doctor of legal science diss., Yaroslav Mudryi National Law University, 2017 (in Russian).

Ирина Бесага. Праворозуміння Вернера Майхофера як дослідницька проблема у пострадянській філософії права

Анотація. Стаття присвячена визначенню внеску пострадянських правознавців в осмислення концепції праворозуміння В. Майхофера та виявленню проблемних питань, які потребують подальшої філософсько-правової розробки. Аналізуються особливості звернення вітчизняних правознавців до ідей німецького мислителя як до однієї зі складових методологічних основ власних концепцій праворозуміння. Окреслюються напрями подальших наукових розвідок творчої спадщини В. Майхофера, зумовлені, зокрема, необхідністю дати відповіді на питання, поставлені критиками його концепції, наявністю суперечливих оцінок та браком дослідницької уваги до її окремих аспектів.

Ключові слова: Вернер Майхофер; екзистенціалізм; праворозуміння; екзистенціальна філософія права; соціологічний підхід.

Ирина Бесага. Правопонимание Вернера Майхофера как исследовательская проблема в постсоветской философии права

Аннотация. Статья посвящена определению вклада постсоветских правоведов в осмысление концепции правопонимания В. Майхофера и выявлению проблемных вопросов, требующих дальнейшей философско-правовой разработки. Анализируются особенности обращения отечественных правоведов к идеям немецкого мыслителя как к одной из составляющих методологических оснований собственных концепций правопонимания. Очерчиваются направления дальнейших научных исследований творческого наследия В. Майхофера, обусловленные, в частности, необходимостью дать ответы на вопросы, поставленные критиками его концепции, наличием противоречивых оценок и недостатком исследовательского внимания к отдельным ее аспектам.

Ключевые слова: Вернер Майхофер; экзистенциализм; правопонимание; экзистенциальная философия права; социологический подход.

Iryna Besaha. Werner Maihofer's Understanding of Law as a Research Problem in the Post-soviet Philosophy of Law

Abstract. Legal existentialism holds a prominent place in the center-of-human philosophical and legal concepts. One of the most widely recognized representatives of legal Existentialism is the eminent German jurist Werner Maihofer.

The article is dedicated to contribution of post-Soviet jurists to understanding the concept of W. Maihofer's legal thinking and to identifying in their work underlined issues that need further philosophical and legal development.

The results of the study revealed that contemporary Ukrainian law philosophers mainly rely on an intersubjective approach as a means of explaining the existence of law and its cognition, which may explain both the relevance of the ideas of the German jurist and its role for the philosophical thought of the present. It was found that in independent Ukraine, S. I. Maximov was the first one to address views of W. Maihofer. He adopted Maihofer's phenomenal logic of his ideas in developing the concept of legal reality. Based on the author's classification of ways of understanding was determined the place of the Maihofer's concept in non-classical law philosophy. The most significant contribution to the study and popularization of legal views of W. Maihofer in the post-Soviet space was made by O. V. Stovba. He first introduced the main publications of the German jurist to scientific circulations; systematized and summarized the critical remarks of foreign researchers regarding the legal ideas of the German jurist; outlined his own vision of the main advantages and disadvantages of the Maihofer's concept and suggested ways of its further development; analyzed and implemented the original reinterpretation of his understanding; demonstrated the heuristic potential of his ideas as part of the methodological basis for the concept of temporal ontology of law. The prospects of further elaboration of philosophical and legal problems of W. Maihofer's work are determined. They are conditioned by the need to answer the questions posed by critics of his concept; the existence of conflicting assessments of commentators; lack of research in certain aspects of the concept.

Keywords: Werner Maihofer; existentialism; legal thinking; existential philosophy of law; sociological approach.

Одержано/Received 31.03.2020

НАЦІОНАЛІЗМ, ПРАВА ЛЮДИНИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ МИРУ**

I

Найприємніше та найспокійніше місце у моєму рідному місті Вашингтоні – старовинний особняк під назвою Думбартон-Окс. У 1940 р. власники особняка подарували його Гарвардському університету, і сьогодні це одна із улюблених (та не менш відомих) вашингтонських туристичних пам'яток. У Думбартон-Окс розміщено музей-скарбницю з візантійським і доколумбовим мистецтвом та великий сад середземноморського стилю вражаючої краси. Саме в цьому місці Ігор Стравінський написав свій Концерт для камерного оркестру мі-бемоль мажор у той час, коли був гостем Думбартон-Окс.

Восени 1944 р., в один із днів кінця Другої світової війни, Думбартон-Окс став свідком ще однієї події, спрямованої на прояв миролюбності: саме тут відбулася перша післявоєнна конференція зі створення Організації Об'єднаних Націй. Менш ніж через рік Статут ООН був прийнятий у Сан-Франциско.

Дуже холодно і непривітно відбулась зустріч у Думбартон-Окс рівно через два тижні після того, як Сполучені Штати скинули атомну бомбу на Хіросіму. Можливо, це було лицемірним для миротворців зустрітися в столиці тієї країни, яка непробачно скинула бомбу. Але ми знаємо, що лицемірство – це пошана, яку порок віддає чесноті.

* Девід Лубан, професор університету та професор права і філософії, Джорджтаунський університет, Вашингтон, Округ Колумбія, США.

David Luban, University Professor and Professor of Law and Philosophy, Georgetown University, Washington, D. C., USA.

e-mail: david.luban@gmail.com

Я представив варіанти цього есе як пленарні доповіді на Конгресі IVR «Мир, заснований на правах людини» у Лісабоні та на конференції «За межами держави: управління, законність, політична мораль» в Університеті Макмастера в Канаді в 2017 році. Дякую учасникам щорічного семінару з питань майбутнього ведення війни в Центрі етичного лідерства імені Стокдейла Американської військово-морської академії: Шарлотті Асдал, Еду Барретту, Андрію Беллу, Адаму Бетцу, Маркусу Хедалу, Девіду Лефковичу, Мітг Риган, Майклу Скеркеру та Камерон Вегенер. Також дякую Каті Геринг та Девіду Волицу за корисну критику, а також Евану Крідду та Евану Фокс-Дісенту за допомогу по розділу VI. – *Прим. автора.*

** David Luban. Nationalism, Human Rights, and the Prospects to Peace. 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 з англійської Сергія Максимова. – *Прим. редакції.*

У Статуті ООН зазначено, що метою ООН є «позбавити прийдешні покоління нещастя війни, яка двічі в нашому житті принесла людству невимовне горе». «Невимовне горе» було чистою правдою, а не риторикою. Друга світова війна забрала життя 60 мільйонів людей, три відсотки світового населення; це трапилося менш ніж через тридцять років після Першої світової війни, у якій загинуло 15 мільйонів. Невимовне горе залишило незгладимий слід у ландшафтах та обелісках.

Преамбула продовжує: «... знову утвердити віру в основні права людини, у гідність і цінність людської особистості, у рівноправність чоловіків та жінок і в рівність прав більших та малих націй». Акцент на правах людини і людській гідності безумовно правильний: близько 12 мільйонів смертей від війни – навмисне вбивство безпорадних цивільних та військовополонених. І все-таки, значення прав людини не було відразу очевидним, центральну роль правам людини було надано пізніше в процесі розробки Статуту. Думбартонський проєкт майже не згадував про права людини на самому початку. У Сан-Франциско південноафриканський дипломат Ян Сматс представив права людини в Преамбулі, пов'язавши з ними «священність» людського життя. Тоді Вірджинія Гільдерслеєв, єдина жінка в делегації США, змінила «священність» на «гідність».¹ Преамбула не вимальовує чіткого зв'язку між миром і основами прав людини.

Свого роду пояснення відбулося чотири роки потому, коли Генеральна Асамблея ООН прийняла Загальну декларацію прав людини. Преамбула ЗДПЛ починається так: «Визнання гідності, яка властива всім членам людської сім'ї, і рівних та невід'ємних їх прав є основою свободи, справедливості та загального миру».

Чому повага до людської гідності та прав людини є основою миру? Імовірно, аргумент полягає в тому, що без такої поваги ніщо не обмежуватиме нашу агресивність та грубу силу, навіть зафіксована у Статуті заборона на загрозу застосування сили. Далі Декларація стверджує, що без захисту своїх прав пригноблені люди будуть «змушені звернутися до повстання». Повстання можуть поставити під загрозу міжнародний мир: тиранії часто намагаються уникнути повстання шляхом початку військових дій; тоді коли повстання вириваються з-під контролю, сусідні держави можуть бути втягнуті в цей процес. Такими є аргументи на користь того, що повага до прав людини є необхідною умовою миру.

Основні миротворчі засоби ООН складаються із заборони на погрозу або застосування сили державами проти інших держав та сил Ради Безпеки, які повинні діяти проти загрози миру. Але чільне місце прав людини в Статуті передбачає те, що розробники вбачали у забезпеченні внутрішньодержавних прав людини важливий внесок у мир, якщо це не провокує незгод, які призводять до повстань і війн. Звернемося до твердження, що забезпечення прав людини буде великим внеском у мир, тобто до *гіпотези про права миру*. Упродовж кількох десятиліть дослідники знайшли щонайменше декілька

¹ Sam Moyn, "Why Is Dignity in the Charter of the United Nations?" *Humanity Journal*, June 10, 2014, <http://humanityjournal.org/blog/why-is-dignity-in-the-charter-of-the-united-nations-2/>.

доказів, які підтверджують, що держави, які найкраще виконують роботу із захисту прав людини, також є найменш войовничими у зовнішній політиці.²

Впровадження програми прав миру на практиці вимагає більше, ніж створення державами міжнародної організації. Також це вимагає, щоб ці держави віддали принаймні деякі із своїх суверенних прав. Вони відтепер не тільки «утримуються від погрози або застосування сили» один проти одного, а також мають, принаймні, деякі виконавчі повноваження у Раді Безпеки. З часом, через основні договори з прав людини, більшість держав на міжнародному рівні пов'язали себе з дотриманням прав людини всередині країни, і деякі з цих договорів стали механізмом зовнішнього моніторингу та примусового виконання. Відмова навіть від цих крихт суверенітету – привілею розпочинати війни та привілею порушувати права власних громадян – примушує державу відступити від найжорстокіших форм націоналізму.

Сьогодні Організація Об'єднаних Націй – це лише один вузол величезної мережі міжнародних організацій, неурядових організацій, трибуналів, договірних режимів та регіональних органів, які разом складають повоєнний міжнародний порядок. Деякі є створіннями ООН, але більшість із них не є такими. Тим не менше, я продовжу говорити про «систему ООН» як про символ чи синекдоху післявоєнного міжнародного порядку. Справа в тому, що цей порядок поділяє закладені ООН цілі миру та прав людини і в значній мірі поділяє амбіції миру *через* права людини.³

Тепер я визнаю, що я щойно розповів наївну та ідеалізовану історію. Кожен, хто вивчає дипломатичну історію, розуміє, що там було безліч безжалюбних макіавеллівських розрахунків, включених в проєкт ООН. У 1945 р. імперські держави не мали наміру відмовлятися від своїх колоній, і великі держави не мали наміру дозволяти більш слабким державам казати їм, що робити, висувати претензії щодо економічної справедливості проти них.⁴ Не всі держави поділяють фундаментальну віру в права людини, і на Генеральній Асамблеї голосуючи за ЗДПЛ, десять держав утрималися від голосування. Філософська основа людської гідності і прав людини, як і раніше, суперечлива; Жак Марітен, опитуючи інтелектуальних та духовних лідерів про те,

² Mary Caprioli and Peter F. Trumbore, “Human Rights Rogues in Interstate Disputes, 1980-2001,” *Journal of Peace Research* 43(2) (2006): 131–48; Caprioli and Trumbore, “Identifying ‘Rogue’ States and Testing Their International Conflict Behavior,” *European Journal of International Relations* 9(3) (2003): 377–406; David M. Sobek et al., “The Human Rights Peace: How the Respect for Human Rights at Home Leads to Peace Abroad,” *Journal of Politics* 68(3) (2006): 519–29; Timothy M. Peterson and Leah Graham, “Shared Human Rights Norms and Military Conflict,” *Journal of Conflict Resolution* 55(2): 248–73; Michael Tomz and Jessica L. P. Weeks, “Human Rights and Public Support of War,” draft Nov. 2015, <https://web.stanford.edu/~tomz/working/TomzWeeks-HumanRights-2015-11-17.pdf>.

³ Стівен Ратнер стверджує, що мир і права людини є подвійною основою (двома стовпами) усього морально обґрунтованого сучасного міжнародного права. Steven Ratner, *The Thin Justice of International Law* (Oxford University Press, 2015).

⁴ Для скептичного погляду на ЗДПЛ див. Martti Koskenniemi, “The Preamble of the Universal Declaration of Human Rights,” in *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*, eds. Gudmundur Alfredsson and Asbjørn Eide (Martinus Nijhoff, 1999), 27–39.

що має містити ЗДПЛ, зазначив: «Ми погоджуємося з правами, але ніхто не запитує нас чому».⁵

Я все ж хочу серйозно поговорити про ООН та ЗДПЛ. Навіть найбільш безжалісні циніки, що сиділи в Думбартон-Окс та Сан-Франциско, справді були нажахані невимовним смутком війни і хотіли зробити щось, щоб світова війна ніколи не повторилася. І я вірю, що принаймні деякі з цих безжальних циніків відчували відразу до нападів на людську гідність, бо вони самі були свідками війни. Навіть якщо вони не вірили у шляхетні слова, які вони викладають у преамбулі, мільйони їх громадян вірили і продовжують вірити, і це створює політичну перевірку урядам.

Сьогодні ООН переживає проблеми; вона слабка та політично розірвана, недофінансована, принаймні трохи корумпована, і часто безпорадна. Це висуває дві принципові теми для будь-якого обговорення питань міжнародного врядування, які поділяють аксіоматичне ставлення системи ООН до миру та прав людини: яка сьогодні перспектива миру? А чи проєкт миру за допомогою прав людини все ще справедливий через сімдесят років після Думбартон-Окс? Ми всі знаємо, що сьогоднішній світ відходить від того, що ще називають «глобалізмом», «космополітизмом» та «ліберальним інтернаціоналізмом».

Націоналізм набирає обертів, і деякі держави здійснюють гротескні порушення прав людини в масовому масштабі без вибачення і з явною безкарністю. Де це залишає нас сьогодні?

II

Перш ніж вирішувати ці питання, необхідна певна історична перспектива. За три століття до побудови системи ООН інша політична ініціатива створила міжнародний порядок: суверенну національну державу, уособлену у Вестфальському мирі. Він також був наслідком жажливої війни і мав за мету відновлення миру.⁶ Незважаючи на те, що вона з'явилася в Європі, суверенну державу виявилось легко трансплантувати: в епоху деколонізації колишні колонії, зі зрозумілих причин, прагнули власного суверенітету. Сьогодні вони ревно оберігають його, так само ревно, як і великі держави. Сама ООН базується на принципі суверенної рівності, а дві зобов'язуючі статті про права людини вельми усвідомлено починаються з права на самовизначення – права народів визначати свою власну долю.

Рання державна діяльність включала чотири елементи: консолідацію малих політичних одиниць у великі; супровідне створення (часто силою) нібито єдиного «народу» з усіх неоднорідних місцевих груп на території держави; заміну суперечливих юрисдикцій територіальними державами з винятково необмеженими повноваженнями на своїй власній території; монополію держави на легітимне застосування насильства.

⁵ Jacques Maritain, *Human Rights: Concepts and Interpretations* (London: Wingate, 1949), 9.

⁶ Treaty of Münster, art. 64–65 (1648), http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp.

Гоббс назвав цей результат «великий ЛЕВІАФАН, чи вірніше, висловлюючись більш шанобливо ... смертний бог, якому ми зобов'язані... своїм миром і своїм захистом».⁷ До дев'ятнадцятого століття націоналізм став ідеологією національної держави; це ствердження народності та самовизначення, а народи без держав прагнуть своїх власних смертних богів.

Національні держави вели жорстокі війни, але насправді їм вдалося скоротити загальне насильство. Стівен Пінкер в «Кращих ангелах нашої природи» збирає несподівані, але потужні свідчення того, що сучасна епоха є найменш смертельною в історії людства, значною мірою завдяки ефективності національної держави в її левіафанівській функції придушення приватного насильства і захисту від насильства публічного. Антропологічні дані вказують на те, що смертність від вбивства була набагато вищою в недержавних суспільствах, ніж в суспільствах державних.⁸

Але, як всім відомо, ДНК суверенної держави містила гени зі смертельним потенціалом. Відповідно до консенсуальної теорії міжнародного права, що виникла в ХІХ ст., держави зберігали право на війну, якщо тільки вони не поступилися цим правом за власним бажанням. Недарма Кант уподібнював юристів-міжнародників, які підтверджують це право, «даремним розрадникам» Йова (Йов 16: 2), трьом «друзям», які пояснили Йову, чому його страждання були справедливими.⁹ Найбільш драматичним виглядає те, що ексклюзивна влада держави над власним народом дозволяє їй протидіяти людям і здійснювати те, що ми зараз називаємо «злочинами проти людства». І правовий принцип суверенної рівності (*par in better non harmet imperium*) означав, що держава не може бути притягнута до юридичної відповідальності іншими державами. Це патологія суверенітету дев'ятнадцятого та двадцятого століть, яку система ООН, з її заборонаю на застосування сили, наголосом на правах людини та міжнародним трибуналом, хотіла б викоринити.

Є очевидні та драматичні невдачі – на Балканах, в Африці, на Близькому Сході, в М'янмі та на Філіппінах. Але в порівнянні з іншими епохами цей проєкт вдався. Невимовне горе першої половини двадцятого століття супроводжувалося повною відсутністю війни між великими державами за сімдесят років. Враховуючи те, що деякі з великих держав володіють термоядерною зброєю, це є немалим досягненням. І не тільки великі держави: бази даних, складені Інститутом досліджень миру в Осло та Упсальською програмою даних про конфлікти, показують, що як за кількістю, так і за смертністю, війни різко скоротилися в епоху ООН. З кінця 1940-х років щорічні

⁷ Thomas Hobbes, *Leviathan*, ed. Michael Oakeshot (Oxford: Basil Blackwell, 1957), 112 (ch. 17).

⁸ Steven Pinker, *The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined* (Viking: 2011), 49, Fig. 2-2. Барато що в судженнях Пінкера суперечливо. Див., наприклад, Herfried Münkler, "Steven Pinker: Gewalt: Alle Kurven weisen auf den ewigen Frieden," *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Oct. 18, 2011; John Gray, "Steven Pinker is Wrong about Violence and War," *The Guardian*, March 13, 2015. Але суперечливість в основному стосується його загальної теорії та інтерпретації даних, а не самих даних і, зокрема, не даних, згаданих тут.

⁹ Immanuel Kant, *Toward Perpetual Peace* (1795), 8:355. Many editions.

смертельні втрати в результаті бойових дій знизились на 90%.¹⁰ Сьогоднішній конфліктний світ залишається, на подив, самим мирним в історії людства.

III

Система ООН залишається по суті системою суверенних держав, які об'єднуються при спробі посягань на їх суверенітет. Зрештою, ми можемо думати, що держава є наймовірним інструментом утримання миру. Один із класичних поглядів стверджує, що держава є не що інше, як кримінальне угруповання, яке перемогло інші злочинні угруповання і було легітимізовано часом і звичкою. У своїй праці «Про Град Божий» Августин пише: «Що таке держави, як не великі зграї розбійників? Так само як і розбійничі зграї є ніщо інше, як держави в мініатюрі... Якщо... [зграя розбійників] здобуває територію... і підкорює народи, вона набуває назви держави більш відкрито».¹¹ Девід Юм погоджується: «Майже всі уряди, які існують в даний час, або про які лишилась хоч якась згадка в історії, спочатку були засновані на узурпації або завоюванні, або на них обох». В очах Юма, люди підкорюються Левіафану через легковажні звички, а Левіафан гарантує своє панування «шляхом застосування іноді насильства, іноді обману».¹² Чарльз Тіллі доповнює теорію грабіжника Августина іншою кримінальною аналогією:

Якщо вважати, що захищені шахраї являють собою організовану злочинність у найбільш сприятливій формі, то ті злочинці, що розв'язують ризиковані війни задля створення держави, є квінтесенцією захищених злочинців, які мають перевагу у вигляді легітимності, і вони кваліфікуються як найбільш відомий приклад організованої злочинності.¹³

Держави піддають свій народ ризику війни, а потім вимагають багатства та покірності як ціну за захист.

Назвемо цей цинічний спосіб мислення *дефляційним поглядом на державу*. Це, безумовно, співвідноситься з однією із складових міжнародного права – доктриною, яка зазначає, що для визнання свого суверенітету урядам достатньо ефективного контролю над територією.¹⁴ Ефективний контроль означає домінування без вимог

¹⁰ Pinker, *The Better Angels of Our Nature*, 302. Див. дані UDCP / PRIO, узагальнені Пінкером на стор. 298–305. Також див. Katherine Sikink, *Evidence for Hope: Making Human Rights Work in the 21st Century* (Princeton University Press, 2017).

¹¹ *The City of God*, Bk. IV, ch. 4, ed. and trans. R. W. Dyson (Cambridge University Press, 1998), 147–48.

¹² Обидві цитати з David Hume, “Of the Original Contract,” in *Essays: Moral and Political*, ed. Eugene F. Miller (Liberty Classics, 1985), 471.

¹³ Charles Tilly, “War Making and State Making as Organised Crime,” in *Bringing the State Back In*, eds. Peter Evans, Dietrich Rueschmeyer, and Theda Skocpol (Cambridge University Press, 1985), 169.

¹⁴ Ця точка зору закріплена в Конвенції Монтевідео про права та обов'язки держав (1933 р.) та класичному рішенні *Острів Пальмас*. Рішення *Острів Пальмас* було арбітражним, але його автор був відомим міжнародним юристом (Макс Хубер), і це мало значення. Суперечка є примітною: спір між Сполученими Штатами та Нідерландами стосовно того, хто володіє цим крихітним островом, (також відомий як Міангас) був аргументом у спорі між Філіппінами та Індонезією. Аргумент США базувався на думці, що Іспанія «відкрила» острів у 1526 році і заявила про це, передавши його

до належного управління чи навіть посереднього управління. Навіть дефляційні держави, які не піклуються про добробут або права населення, користуються повним суверенітетом, якщо вони ефективно контролюють свою територію та людей.

На протилежному дефляційному погляді полюсі знаходяться ті, хто ототожнює державу із нацією (тобто народом) і дивиться на неї із великою пошаною, ніби це бог, – це політична теологія, яка тісно пов'язана із націоналізмом¹⁵. Назвемо це *романтичним поглядом на державу*, хоча можна також назвати це *перебільшеним поглядом на державу*. Занадто часто зустрічаються протиріччя: тирані і клептократи прикривають, як ширмою, романтикою національної держави те, що насправді є великим кримінальним угрупованням.

Чи є можливість перекачувати кисень у дефляційну країну, не охоплюючи метафізичні та теологічні надмірності романтичного погляду? Відома і правдоподібна відповідь у душі ЗДПЛ полягає в тому, що те, що починається як банда злочинців, стає законним сувереном, але не просто з контролем території, а й повагою і просуванням прав людей свого народу. Кофі Аннан висловив цю точку зору у своєму зверненні 1999 р. до Генеральної Асамблеї ООН: «Державний суверенітет, у його основному сенсі, переосмислюється... Держава в даний час широко розуміється як слуга свого народу, а не навпаки. У той же час, індивідуальний суверенітет, і я маю на увазі права людини і основні свободи кожної окремої людини – ...було посилено».¹⁶

Такий погляд на державну легітимність через права людини зазвичай називають «умовним суверенітетом» або «суверенітетом як відповідальністю».

Це різні поняття, але для наших цілей ми можемо розглядати їх як артикуляції переформулювання суверенітету Аннаном.¹⁷

Умовою суверенітету за цією привабливою концепцією є те, що держави є слугами своїх народів і, зокрема, захисниками їхніх прав людини; і суверенна відповідальність – це обов'язок поважати, захищати та забезпечувати права власних народів. Таким чином,

Сполученим Штатам після іспано-американської війни. Голландська претензія полягала в тому, що вона керувала Східною Індією з 1677 року. Хубер знайшов рішення на користь Нідерландів, оскільки вони здійснювали ефективний контроль; і тим самим (пояснює він) маєть на увазі той, хто може ефективно захищати іноземні інтереси. Навіть елементарний натяк на те, що 750 жителів Міанґа мають висловитись, відсутні в рішенні – як і думка про те, що ефективний контроль може потребувати належного управління з точки зору жителів.

¹⁵ Дехто стверджував, що статизм не є секуляризованою теологією, а навпаки: теологією секулярної держави. Див., напр., Ernst H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology* (Princeton University Press, 1957); Carl Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (1922); Paul W. Kahn, *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty* (Columbia University Press, 2011) and *Sacred Violence: Torture, Terror, and Sovereignty* (University of Michigan Press, 2009).

¹⁶ Secretary General Address, Sept. 20, 1999, <https://www.un.org/press/en/1999/19990920.sgs7136.html>.

¹⁷ «Умовний суверенітет» свідчить про те, що базова концепція суверенітету є абсолютною, при цьому на нього покладені сторонні обмеження – умови. «Суверенітет як відповідальність» ближче до ідеї Аннана про те, що базовий суверенітет не є абсолютним.

ми повинні запитати, чи достатньо повноти відповідальності держав за просування прав власного народу для забезпечення миру, як це пропонує гіпотеза про мир.

Моя відповідь – ні. Як я стверджую, сьогоденні загрози миру виходять за межі та повноваження держав. Щоб відповісти на них, нам потрібна третя концепція суверенітету, яка розширює державні обов'язки, включаючи відповідальність за співпрацю через кордони для боротьби з транснаціональними загрозами миру. У цьому сенсі ми справді вийдемо за межі держави – принаймні поза межі Вестфальської держави, яка домінувала у міжнародному праві після Віденського конгресу.

IV

Які це загрози? Щоб відповісти на це запитання, я звертаюся до демографів, футурологів, але, перш за все, до творів людей, діяльність яких полягає в тому, щоб передбачити майбутні загрози миру: до пошуків військових планувальників протягом двадцяти років.¹⁸ Я зосереджуюся на двох речах: соціальних умовах, які створюють збройні конфлікти, та нових військових технологіях.

Я почну цю історію з того, що, безумовно, вважається одним із найбільших досягнень в галузі прав людини в історії: різке падіння глобальної бідності впродовж останньої половини століття. У 1970 р. 60% населення світу жили в крайній бідності; сьогодні це менше, ніж 10%.¹⁹ Зниження рівня бідності може бути пов'язане з індустріалізацією, технологіями та досягненнями у сільському господарстві. Але не тільки знизився рівень бідності, очікувана тривалість життя різко зростає. Наприклад, французька жінка сьогодні має тривалість життя на 40 років довше, ніж століття тому.²⁰

Оскільки економіка переходить від сільського господарства до промисловості та сервісу, відбувається ще одна помітна зміна: коли багатодітна родина перетворюється з економічно вигідної на економічно збиткову сім'ю. У традиційній сільськогосподарській економіці діти можуть працювати на фермах з раннього віку. Згідно з даними

¹⁸ Найцікавіше, що я знайшов, – це UK Ministry of Defence's *Global Strategic Trends – Out to 2045*. Fifth edition, 2014, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/348164/20140821_DCDC_GST_5_Web_Secured.pdf. Я також спираюся на подібні документи, розроблені американською розвідкою та аналітичними центрами: U.S. Joint Chiefs of Staff, *Joint Operating Environment 2035 (JOE 2035): The Joint Force in a Contested and Disordered World*, July 14, 2016, http://www.dtic.mil/doctrine/concepts/joe/joe_2035_july16.pdf; David T. Miller, *Defense 2045: Assessing the Future Security Environment and Implications for Defense Policymakers*, Center for Strategic and International Studies (CSIS) (Rowman & Littlefield: Nov. 2015), https://csis-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/legacy_files/files/publication/151106_Miller_Defense2045_Web.pdf; Atlantic Council, *Global Risks 2035: The Search for a New Normal (2016)*, http://www.atlanticcouncil.org/images/publications/Global_Risks_2035_web_0922.pdf; U.S. National Intelligence Council (NIC), *Global Trends 2030: Alternative Worlds* (Dec. 2012), https://www.dni.gov/files/documents/GlobalTrends_2030.pdf.

¹⁹ Див., *The Visual History of World Poverty*, slide 12, at <https://ourworldindata.org/slides/world-poverty/#/declining-world-poverty-1820-2015-step1>; World Bank Poverty and Equity Data, <http://povertydata.worldbank.org/poverty/home/>.

²⁰ National Institute of Aging, WHO, et al., *Global Health and Aging* (2011), Figure 4, https://www.nia.nih.gov/sites/default/files/global_health_and_aging.pdf.

Організації Об'єднаних Націй, у міській, промисловій економіці діти потребують більш тривалого періоду навчання та підготовки, перш ніж вони починають працювати, – від п'ятнадцяти до сімнадцяти років.²¹ Сім'я з десятима дітьми перетворюється з джерела багатства на джерело бідності.²²

Одним із наслідків є значне падіння народжуваності в більшості країн світу, яке знищило мальтузіанський «популяційний бум», що передбачався в 60-х роках. Іншим наслідком є те, що жінки більше не витрачають весь свій життєвий цикл на дітей та виховання, звільняючи себе для досягнення інших амбіцій – економічного та матеріального розвитку, що допомагає розвинути моральні зобов'язання системи ООН з рівноправ'я жінок.²³ Це не тільки посилення прав людини, а й користь для миру: є дані, що держави з більшою рівністю між чоловіками й жінками менш імовірно вдаються до першого використання сили в міжнародних кризах, ніж держави, де існує більша гендерна нерівність.²⁴ Один з аналітиків пропонує емансипацію жінок як часткове пояснення: жінки-виборці менш підтримують війну, ніж чоловіки, – від 5 до 15 відсотків менше, за даними досліджень у західних демократіях. Цього достатньо для того, щоб провести вибори та зробити політиків чуйними.²⁵

Однак ці досягнення створюють нові загрози миру у вигляді непередбачених наслідків, і я хочу зосередитись саме на них. Краще здоров'я та більша тривалість життя дозволяють старшим людям працювати довше. Але це має непередбачувані наслідки у вигляді «заморожування» ринку праці для молоді – безробіття серед молоді є джерелом соціальних хвилювань та насильства. Автоматизація також знищує робочі місця, і це стане ще більш вираженим, коли штучний інтелект буде більш досконалим. Конкуренція з боку жінок у вигляді робочої сили додатково пригнічує перспективи розвитку молодих людей – а молодь завжди була найбільш пригніченою категорією людства.

Ще одним із наслідків цього процесу є негативний вплив на права жінок, зазвичай підтримуваний традиційними релігіями з нав'язливим акцентом на сексуальну мораль та контроль над жінками. Окрім того – ненависть до іммігрантів і образа іноземців, яких бачать (часто неправильно) як економічних конкурентів. У розвинутому світі безробітні молоді люди загрожують соціальній стабільності; в країнах, що розвиваються, поліція та демобілізовані солдати, які не мають ніяких навичок, окрім бойових дій, становлять безперервну загрозу. У той же час старіння населення виснажує ресурси розвиненого світу.

Далі розглянемо світову тенденцію до інтенсивної урбанізації. Вже зараз мешканці міст перевищують сільське населення, а до 2030 р. 60% населення світу мешкатимуть

²¹ George Friedman, *The Next 100 Years: A Forecast for the 21 st Century* (Anchor Books, 2009), 55.

²² Ibid, 56.

²³ Ibid, 55–61

²⁴ *Global Strategic Trends – Out to 2045*, 5–6.

²⁵ Azar Gat, *War in Human Civilization* (Oxford University Press, 2006), 606–07.

у містах. Уряд Китаю прогнозує, що в найближчі п'ятнадцять років лише в Китаї десь від 250 до 300 мільйонів людей переселяться із сільських районів у міста.²⁶ Кількість мегаполісів з населенням понад 10 мільйонів за останню чверть століття зростає в три рази, і ООН прогнозує, що до 2030 р. буде 41 мегаполіс, головним чином в південних країнах.²⁷

Проблема полягає в тому, що більшість цих мегаполісів будуть мати в своїх межах величезні міські нетрі з проблемною інфраструктурою і поганою водою. У регіонах, де центральні уряди слабкі, ці нетрі стануть майже некерованими, потерпаючими від злочинів та насильства, а також наповненими відчайдушними, неспокійними людьми. Перенаселеність збільшить ймовірність поширення хвороб, а мандрівники перетворять локальні епідемії на глобальну пандемію. Пандемії – це не тільки руйнівна загроза для добробуту, але й загроза для стабільності, що несе можливість паніки та військових заходів.

На сьогоднішній день ми всі знайомі із загрозою, що зміна клімату становить проблему не лише добробуту, а й миру. У найширшому розумінні, зміна клімату призведе до того, що деякі частини Землі, особливо найбідніші, не зможуть зберегти своє населення. Прибережні рівнини будуть затоплюватися; напівпосушливі регіони стануть пустелями. Якщо катастрофічні бурі поширюватимуться, все більша кількість людей буде внутрішньо переміщена. Інші форми деградації навколишнього середовища та його забруднення загрожують припиненням водопостачання. Одна дослідницька група стверджує, що дві третини людей у світі стикаються із серйозною нестачею води.²⁸ Вже зараз китайський уряд повідомляє, що чотири п'ятих води Китаю є непридатним для пиття або купання.²⁹

Загроза миру, що випливає з цих подій, очевидна: екологічні та кліматичні біженці будуть втікати з непридатних регіонів до країн, які не хочуть їх, і в деяких випадках не можуть їх підтримати – пряме запрошення до насильства, позбавлення волі та навіть геноциду. Ті, хто не зможуть лишити країну, можуть занурити її в громадянські конфлікти, як у Дарфурі під час посухи на початку 2000-х років.³⁰ Очевидно, що громадянські конфлікти самі по собі можуть створювати і створюють масові міграції

²⁶ *Global Strategic Trends – Out to 2045*, 17.

²⁷ United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *The World's Cities in 2016 – Data Booklet* (ST/ESA/SER.A/392), 2, http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/urbanization/the_worlds_cities_in_2016_data_booklet.pdf.

²⁸ Nicholas St. Fleur, "Two-Thirds of the World Faces Severe Water Shortages," *New York Times*, Feb. 12, 2016, <https://www.nytimes.com/2016/02/13/science/two-thirds-of-the-world-faces-severe-water-shortages.html>.

²⁹ "Four-fifths of China's water from wells 'unsafe because of pollution,'" *The Guardian*, April 12, 2016, <https://www.theguardian.com/environment/2016/apr/12/four-fifths-of-chinas-water-from-wells-unsafe-because-of-pollution>.

³⁰ Julian Borger, "Darfur Conflict Heralds Era of Wars Triggered by Climate Change, UN Report Warns," *The Guardian*, June 23, 2007, <https://www.theguardian.com/environment/2007/jun/23/sudan.climatechange>.

біженців. На сьогоднішній день існує більше 20 мільйонів біженців та вдвічі більше внутрішньо переміщених осіб.³¹

Зростання економічної нерівності між багатими та бідними державами, ймовірно, посилить міграцію. З огляду на це, зростаюча нерівність у державах є загальносвітовим явищем. Ендемічна корупція у багатьох частинах світу сприяє нерівності. Американський військовий прогноз попереджає, що слабкі держави розколюються на неідездатні держави через «суміш реальної чи сприйнятої корупції, економічної нерівності та етнічної/релігійної дискримінації». Як наслідок, «насильство, ймовірно, відбуватиметься у формі конфесійної ворожнечі, повстання або громадянської війни».³²

Остання загроза миру, яку я хочу обговорити, – це розробка нових військових технологій. Роблячи це, я омину дискусію про небезпеку ядерної війни – не тому, що ці технології неважливі, а тому, що ми їх дуже добре знаємо. Натомість я зупинюся на іншому наборі розробок: розповсюдженні недорогих, небезпечних та дрібних технологій, що не знаходяться під контролем держав. Габрієлла Блум і Бен Вітес назвали це розповсюдження *демократизацією насильства*.³³ Я позичу їхню фразу.

Найбільш очевидними демократизаторами насильства є стрілецька зброя та вибухові речовини – навряд чи нові технології. Проте поширення засобів хакерських атак є відносно новим витком, і чим більше суспільство залежить від комп'ютера для управління своїми інфраструктурами, тим більш вразливими вони стають для хакерів.³⁴ *Cybertheft* (викрадення фінансової чи особистої інформації. – прим. перекл.) та *ransomware* (тип шкідливого програмного забезпечення, призначеного для блокування доступу до комп'ютерної системи до виплати суми грошей. – прим. перекл.) вже нападають на людей та бізнес. Інтернет-хижаки вимагають сексу, загрожуючи опублікувати зображення, викрадені у соціальних мережах своїх жертв – розповсюджений злочин, який також має своє ім'я: *sexxtortion* (сексуальне домагання). Це все загрози правам людини, але вони також є загрозою миру, якщо держави підозрюють, що хакери можуть працювати на ворожі держави, приховуючи себе як таємні злочинці. До сих пір не вдалося врегулювати міждержавні кібервійни через технічні і стратегічні причини.³⁵ Якщо це здійснюється у великих масштабах, зловмисні напади на лікарні, електромережі, мережі мобільних телефонів, GPS-системи, літаки, водні споруди та дамби, регульовані комп'ютером, можуть спричинити масові жертви, а і недержавні суб'єкти могли б проводити такі атаки. Зовсім інший технологічний фронт, біологічна

³¹ UNHCR, Figures at a Glance, <http://www.unhcr.org/en-us/figures-at-a-glance.html>.

³² JOE-35, 8.

³³ Benjamin Wittes and Gabriella Blum, *The Future of Violence: Robots and Germs, Hackers and Drones* (Basic Books, 2015), 115.

³⁴ Ibid, 54.

³⁵ Група експертів-юристів, які написали найбільш ретельне ставлення до міжнародного права та кібервійни, Тайландський посібник 2.0, залишили безліч розбіжностей навіть щодо основного питання про те, чи дотримання державного суверенітету є обов'язковим юридичним правилом, чи не обов'язковим принципом.

зброя, яка зачіпає продовольчі культури, може викликати голод, і наукові розробки, необхідні для досягнення таких цілей, також доступні для недержавних суб'єктів. Електромагнітна імпульсна зброя може бути здатною знищувати супутники зв'язку, а також пошкоджувати електромережі.

Щодо війн на рівні держава-держава, то вони, швидше за все, будуть швидкими та летальними. Ракети літають швидко, а системи протиракетної оборони реагують таким чином, що стаючи повністю автоматизованими з обох сторін, будуть створювати перспективу машинних ескалацій, порівнянних з машинними торговими дуелями на фондовому ринку. Далі розглянемо робототехніку. Мініатюрні безпілотники розміром з комаху вже існують; я знайшов один на продаж в Інтернеті за 119 доларів.³⁶ Незабаром вони будуть оснащені камерами спостереження або потенційною зброєю. Уряди матимуть їх, але екстремістські групи і мафії також володітимуть ними. З цієї причини, так само робитиме ваш підозрілий сусід, котрий використовує свій міні-дрон, щоб спостерігати за вами через смартфон, коли ви роздягаєтеся, а потім опублікує відео на Facebook.³⁷

Військові досліджують біологічні підсилювачі, які можуть змусити солдатів бути сильнішими, швидшими, витривалішими та майже нечутливими до болю. Когнітивні удосконалення та ліки, що затьмарюють емоції, також стоять на столі. Я не знаю, чи моя країна розробляє таку зброю; але два роки тому американський військовий чиновник заявив, що «наші противники цілком відверто проводять операції з біологічного поліпшення людини, і це лякає нас, насправді. ... Ми маємо прийняти дуже важливе рішення того, чи буде нам зручно розвиватись за цим напрямом».³⁸ Коли удосконалення потрапляють у державне військове використання, їх неможливо утримати від рук воєначальників, найманців та злочинних картелів. Недержавні угруповання матимуть змогу виробляти зброю за допомогою 3D-принтерів. Їх вдосконалені піхотинці будуть носити окуляри нічного бачення та легкі графенові бронезилети, міцніші за сталь. Держави можуть відповідати автономними системами озброєння, які обирають власні цілі, – так звані «роботами-вбивцями», регулювання яких експерти, що фінансуються ООН, лише починають досліджувати.³⁹

Ласкаво прошу до моїх кошмарів.

З іншого боку, оборонні можливості також будуть широко розосереджені серед приватних осіб.⁴⁰ Уряди вже покладаються на приватні охоронні фірми для боротьби

³⁶ Jon Gabay, "Tiny, Insect-like Drones May Be the Future of Surveillance," *Electronic Products*, Mar. 30, 2017, http://www.electronicproducts.com/Robotics/Futurism/Tiny_insect_like_drones_may_be_the_future_of_surveillance.aspx.

³⁷ Blum and Wittes, *The Future of Violence*, 44.

³⁸ Bob Work, "Deputy Secretary of Defense Speech, CNAS Defense Forum," Dec. 14, 2015, <https://www.defense.gov/News/Speeches/Speech-View/Article/634214/cnas-defense-forum/>.

³⁹ Конвенція про звичайну зброю (КНО) скликала групу експертів, яка після трьох зустрічей висунула лише попередні пропозиції та нез'ясовні результати.

⁴⁰ Blum and Wittes, *The Future of Violence*, chapter 3.

з хакерами, а неурядові громадські організації, які працюють у зонах конфліктів, наймають приватних військових підрядників для свого захисту.

Чистий результат усіх цих подій є величезним викликом монополії суверенної національної держави щодо законних засобів насильства. Як передбачив Гоббс, ця монополія покладається на обіцянку, що Левіафан захистить нашу безпеку. Але що, якщо це не вдасться, а що, якщо приватні структури будуть більш ефективними? Блум і Вітгес ставлять зухвале питання: «Чи зможе держава встояти, якщо вона не в змозі запобігти відключенню електричної мережі, летальному нападу павука безпілотною, який атакував вас у душі, чи новій біологічній зброї, що виробляється в гаражах будь-де у світі і загрожує вашому здоров'ю?»⁴¹ За кілька років відповідь може бути «ні».

Справа в тому, що територіальний суверенітет і державно-приватне розмежування, обидві основні концептуальні особливості суверенної національної держави, вже істотно зруйновано. У багатьох державах, включаючи сильні держави, традиційні державні функції передаються приватним корпораціям; а великі транснаціональні корпорації не дотримуються територіальних меж. Так само поводять себе транснаціональні кримінальні мережі (деякі з яких виконують функції соціального забезпечення держави). Хоча держави і надалі залишатимуться визначними діячами на світовій арені в найближчому майбутньому, їх образ більш-менш самодостатніх територіальних суверенів вже не є точним.

І це, на мою думку, було б справедливим, коли б держави зробили все можливе, щоб дотримати обіцянку поважати, захищати та забезпечувати права своїх громадян. Загрози миру, викликані зміною клімату, масовою міграцією, пандеміями та демократизацією насильства, перевищують національні кордони. Інші проблеми – безробіття серед молоді, інтенсивна урбанізація в занепадаючих державах, зростаюча нерівність та традиціоналізм проти прав жінок – можуть перебувати за межами повноважень будь-якої держави.

V

Я передбачаю два заперечення проти мого опису майбутніх загроз миру: це ігнорування питання справедливості і що загрози, які я описав, – це все загрози правам людини, – так що проєкт захисту від них є просто оновленою версією проєкту ООН про мир через права людини.

Почнемо з першого. Ви, можливо, помітили, що слова «справедливість» і «несправедливість» відсутні в моєму каталозі кошмарів. Я говорив лише про майбутнє насильство та про те, що може його збудити, а не про те, чи може бути насильство виправданим. Якщо молоді працівники не мають роботи, якщо мільйони людей живуть у занедбаних нетрях без можливостей покращити життя, якщо нерівності каскадують, чи не виправдані гнів та руйнування? Навіть ЗДПЛ, яка навряд чи є

⁴¹ Ibid, 107. На цю саму тему, див: Martin van Creveld, *The Rise and Decline of the State* (Cambridge University Press, 1999), особливо 354–414.

войовничим маніфестом, попереджає, що перед обличчям гніту «людина [може бути] змушена звернутися до повстання». На противагу цьому, абстрактні терміни, такі як «стабільність» та «нестабільність», є аморальним словником оборонних інтелектуалів, які стоять на боці статус-кво.

Я визнаю, що насильство іноді може бути справедливим. Я сам стверджував, що боротьба за основні права людини може бути справедливим приводом для війни.⁴² Але навряд чи це випливає з того, що насильство, яке виникає в результаті каталогізованих мною прогнозів, стане на службі справедливості. Хакери, які нещодавно закривали лікарні Лондона, не були борцями за свободу. Біологічно покращені солдати-найманці будуть битися за тих, хто платить їм за це гроші. Кримінальні банди, озброєні високотехнологічною зброєю, будуть вбивати з тих причин, що злочинні банди завжди вбивали. Та держави ніколи не вели війни, щоб виправити економічні несправедливості.

Крім того, праведний гнів не завжди призводить до праведного насильства. Насильство менш цілеспрямоване і менш раціональне. Міські бунтівники, розлучені несправедливістю, іноді спалюють і грабують власні квартали. Безробітні, відчайдушні чоловіки можуть виплеснути свій гнів на жінок, які їм заперечують, або на іммігрантів. Громадянські війни стають війнами етнічного винищення. Повстання іноді заміщують один набір клептократів іншим. Справа не в тому, що виправдане насильство не може відбутися, а в тому, що більша частина насильства, що станеться, навіть за справедливої причини, не буде виправданою. І навіть справедлива війна чи повстання, що ведеться відповідно до *jus in bello* (права війни), будуть катастрофою прав людини. Зруйновані будинки, крах охорони здоров'я, десятиліття економічного розвитку знищуються за кілька тижнів.

Але випливає друге заперечення, всі страшні тенденції, які я описав, – це принципові проблеми прав людини. Економічні права, екологічні права та право на громадянство є правами людини нарівні з правами на захист від насильства. Якщо загрози для цих прав людини є майбутніми причинами насильства та воєнних дій, тоді рішення полягає в тому, на що вже спрямована система ООН: поважати, захищати та забезпечувати ці права. Нагадаємо, що у гіпотезі про право на мир йдеться про те, що миру можна найкраще досягти за допомогою прав людини. Замість того, щоб оскаржувати гіпотезу про право на мир, можна стверджувати, що сьогоденні загрози це підтверджують.

Знову ж таки, важко не погодитися в абстрактному вигляді, хоча я підозрюю, що маркування кліматичних змін або пандемії як порушень прав людини не є корисним розширенням ядра концепції прав людини. Навіть якби це було корисним, проблема в тому, що система ООН умовного суверенітету вимагає, щоб держави брали на себе відповідальність тільки за права своїх власних громадян, а міжнародне співтовариство мало б сприяти цьому. Навіть доктрина відповідальності за захист є принциповою вимогою суверенних держав захищати власний народ. Ця модель є відчутно недоцільною, особливо, коли майбутні загрози миру належать до транснаціонального

⁴² Devid Luban, "Just War and Human Rights," *Philosophy & Public Affairs* 9 (1980).

рівня. Які б політичні структури не розвивалися, щоб впоратися з цими загрозами, знадобиться інший спосіб осмислення державного суверенітету та відповідальності держав.

VI

Я не знаю, якими будуть ці структури; я хотів би знати. Але філософам видається можливим шукати концепцію державного суверенітету, придатну для світу, до якого ми швидко наближаємось. Вона повинна бути формою суверенітету як відповідальності не тільки за права власних громадян, а й за співпрацю для боротьби з транснаціональними загрозами миру. Іншими словами, це умовний суверенітет із додатковою умовою: не тільки захист прав людини вдома, але й транснаціональне співробітництво для контролю загроз миру, що виникають.

Кілька юристів-міжнародників почали визначати суверенітет за цими напрямками. Одна з пропозицій – це концепція Ейла Бенвеністі про суверенів як опікунів людства.⁴³ Нещодавно Еван Кріддл та Еван Фокс-Дісент розробили тісно пов'язану пропозицію під назвою «фідучіарність людства».⁴⁴ Існують відмінності між цими пропозиціями: Кріддл і Фокс-Дісент зосереджуються головним чином на міжнародних організаціях як опікунах людства, тоді як Бенвеністі зосереджується на державах.⁴⁵ Як юридичне питання, поняття фідучіарних зобов'язань має ширший обсяг, ніж опікунство, що існує лише тоді, коли офіційно встановлюється правова довіра. Однак для філософських цілей ця різниця не має вирішального значення, оскільки основа зобов'язання більш-менш однакова: воно передбачає обов'язок піклуватися про інтереси інших, що виходять за рамки обов'язку не наносити невідповідної шкоди, а також за межі звичайних ринкових відносин між сторонами.⁴⁶

Бенвеністі образно зазначає:

Протягом останніх десятиліть переважна концепція суверенітету була схожа на володіння великим маєтком, відокремленим від інших об'єктів річками або пустелями. На відміну від цього, сьогодення реальність більш схожа на володіння невеликою квартирою в одному щільно упакованому висотному будинку, де проживає двісті окремих сімей.⁴⁷

⁴³ Eyal Benvenisti, "Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders," *AJIL* 102 (2013): 295–333.

⁴⁴ Evan J. Criddle and Evan Fox-Decent, *Fiduciaries of Humanity: How International Law Constitutes Authority* (Oxford University Press, 2016).

⁴⁵ Про міжнародні організації див. *Ibid.*, 283–317. Кріддл і Фокс-Дісент зазначають, що згідно з чинним міжнародним правом суверенні держави можна вважати фідучіарами людства в певних контекстах. До них належать міжнародне гуманітарне право, 171–74; закон про затримання іноземців, 212–14; і закон про біженців, 265–81. Див. також: Criddle and Fox-Decent, "Guardians of Legal Order: The Dual Commissions of Public Fiduciaries," in Criddle, Fox-Decent, et al., *Fiduciary Government* (forthcoming), available on SSRN, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3040152.

⁴⁶ Я вдячний Кріддл і Фокс-Дісент за з'ясування відносин. Private communications, December 11, 2018.

⁴⁷ Benvenisti, "Sovereigns as Trustees of Humanity," 295.

Життя у світовому багатоквартирному будинку накладає на кожного мешканця відповідальність в кондомініумі. Принаймні, мешканці несуть відповідальність за співпрацю, щоб пом'якшити загрози миру.

Нам слід розглянути питання, чи пропонують такі поняття, як «опікун людства» або «фідучіар людства», філософсько-обґрунтоване вираження цих обов'язків. Деякі критики скаржилися, що у понятті опіки відчувається повернення до колоніалізму та імперії. Історично це було юридичним приводом для жадібних європейських держав керувати життям і територіями корінних народів.⁴⁸ Іноземний опікун керував територією з метою передбачуваної вигоди нібито «незрілого» місцевого населення, поки воно не набувало зрілості для самовизначення. Насправді опіка була системою експлуатації та поблажливості, маскуючись як доброзичливість. З цієї причини термін «довірена особа» є чимось на кшталт «третьої рейки» для багатьох міжнародних юристів, і, можливо, Бенвеністі повинен був обрати слово з менш токсичною історією.

Але я думаю, що це лише конотації цього слова, які є неприйнятними, а не сама концепція. Це тому, що модель кардинально змінюється, коли ми думаємо про суверенів як опікунів або довіритель не колонізованого народу, а *людства*. Принципово важливо, що сьогодні ці колишні колонії є суверенними державами. Довіреною особою для людства буде держава, яка здійснює суверенітет над своєю територією, але робить це на користь (або принаймні з урахуванням) того, що називається «людство».

По-друге, сказати, що правителі є опікунами людства, означає, що кожна держава зараз є довіреною особою, а не бенефіціаром. Таким чином, суверенні опікуни людства не є колоніальним чи імперським суб'єктом, тому страх перед імперіалізмом чи колоніалізмом є необґрунтованим. Щоправда, обов'язок опіки накладає обмеження на суверенітет, але те саме можна сказати і про діюче міжнародне право, в якому держави більше не мають суверенних прав розпочинати війни або вчиняти злочини проти людства.

Філософське питання полягає в тому, чим вважати «людство»; важко не згадати про попередження Карла Шмітта про те, що ті, хто звертаються до людства, хочуть його обдурити.⁴⁹ Чи «людство» є чимось, що виходить за межі сукупності всіх людей?⁵⁰ Сукупність всіх людей – це не що інше, як математичний набір, який не має незалежного нормативного інтересу. Сукупність всіх людей не має спільної мови, культури, спорідненості або інших зв'язків. Як нагадують комунітаристи та націоналісти, громади

⁴⁸ Criddle and Fox-Decent, *Fiduciaries of Humanity*, 15–16; Evan Fox-Decent and Ian Dahlman, “Sovereignty as Trusteeship and Indigenous Peoples,” *Theoretical Inquiries in Law* 16(2) (2015), 511–18; Andrew Fitzmaurice, “Sovereign Trusteeship and Empire,” *Theoretical Inquiries in Law* 16(2) (2015): 447–71. Benvenisti responds to these critiques in “The Paradoxes of Sovereigns as Trustees of Humanity: Concluding Remarks,” *Theoretical Inquiries in Law* 16(2) (2015): 535–48.

⁴⁹ Carl Schmitt, *The Concept of the Political*, trans. George Schwab (University of Chicago Press, 1996), 54.

⁵⁰ Для наших цілей ми можемо відкласти питання про те, чи повинен цей набір складатися з усіх людей в будь-який даний момент часу, або транс-тимчасового набору людей плюс їх предки і нащадки.

товсті (*thick*), але «людство» як проста агрегація патетично тонке (*thin*). Сукупність усіх людей не є спільнотою і не є знаменитим «родом людським» (*“family of man”*).

У відповідь я припускаю, що ми можемо думати про «людство» як про щось більше, ніж про сукупність усіх людей. Я запозичу одіозну метафору із колоніальної моделі. Я пропоную нам думати про людство як про незрілих людей, як про народ, який ще не визнав себе таким. Це схоже на думку Канта, що формування людства – це історичний процес, який має пройти довгий шлях до своєї ідеальної кінцевої точки заснованих на праві міжнародних відносин та справедливих громадських порядків.⁵¹ Цей вираз не означає, що в майбутньому ми повинні мати світовий уряд, який панує над усім людством. Як добре розуміли філософи після Канта, на практиці світовий уряд стане жахливим – найпотужнішим імперським монстром. Але люди можуть бути людьми, які не мають свого уряду, і саме так треба думати про людство.

«Людство» ніколи не стане спільнотою, яка поділяла б особливий спосіб життя так, як це роблять локальні громади. Навпаки, воно було б глибоко плюралістичним, і це є основною причиною відхилення право-гегельянського твердження, що народ досягає повного самовизнання лише у своїй власній державі.⁵² Самовизнання людства, яке я пропоную, полягало б лише у визнанні того, що транснаціональні загрози потребують колективних реакцій – іншими словами, ця позиція людства передбачає прийняття транснаціональних обов'язків. Відповідальність суверенів, як опікунів чи фідуціарів, полягає в тому, щоб діяти з цим визнанням.

Інші учасники, включаючи міжнародні організації, неурядові організації, підприємства та приватних осіб, також можуть прийняти практичну позицію щодо опіки, тому твердження полягає не в тому, що лише держави підходять для цієї ролі. Фактично, мій аргумент був протилежним: такі загрози, як демократизація насильства, підривають здатність держави виконувати свою захисну роль, і саме тому концепція суверенітету повинна змінюватись. Отже, суверенні фідуціари будуть виконувати свої зобов'язання перед людством, співпрацюючи з приватними, а також громадськими суб'єктами, включаючи громадянське суспільство, припускаючи, що ці відмінності продовжать мати сенс у світі демократизованого насильства.

Безсумнівно, поняття суверенів як опікунів чи фідуціарів людства піднімає складні питання як політичної теорії, так і практики.⁵³ І це, очевидно, стимул для будь-якої

⁵¹ Напр., Giovanni Gentile's *Genesis and Structure of Society*.

⁵² Immanuel Kant, “Idea of a Universal History with Cosmopolitan Purpose,” особливо положення 5–7. Кант розглядає людство як таке, що «перебуває на півдорозі в його розвитку». Proposition 7, Ак. 8:26.

⁵³ Етан Дж. Лейб та Стівен Р. Галоб стверджували, що політична теорія фідуціарної політики не відповідає міжнародному праву, оскільки перша передбачає не тільки зобов'язання щодо того, як держави поводитись, а також як вони обмірковують, надаючи інтересам бенефіціара гідне місце у їх обговоренні. Leib and Galoob, “Fiduciary Political Theory: A Critique,” *Yale Law Journal* 125(7) (2016): 1825–44, 1868–77. Criddle and Fox-Decent відповідають у “Keeping the Promise of Public Fiduciary Theory: A Reply to Leib and Galoob,” *Yale Law Journal Forum* 126 (2016): 192–215. Вони стверджують, що Лейб і Галоб побудували анінакріпну модель фідуціарних відносин.

держави виконувати свої фідусіарні зобов'язання. Відповідь, що випливає з мого аргументу, є формою поінформованого власного інтересу: це єдиний спосіб зберегти мир перед транснаціональними загрозами, якими держави не можуть керувати в односторонньому порядку. Але, як і за багатьох схем колективних дій, учасники мають раціональні стимули до ухиляння та вільного прийняття рішень, що яскраво ілюструють договори щодо зміни клімату. Для подолання цих стимулів знадобиться велика винахідливість в інституційному устрої.

Більш глибоке філософське питання полягає в тому, чи відповідальність перед людством сумісна з відповідальністю перед власним народом. Що як зобов'язання держави перед правами власних громадян конфліктують з її космополітичним зобов'язаннями опікуна людства? Як суверенні опікуни повинні враховувати інтереси своїх громадян, якщо вони не співпадають з інтересами «людства»? Хочу зазначити, що Бенвеністі уникає цього питання, обмежуючи свою пропозицію лише випадками, коли суверени можуть принести користь стороннім особам, не завдаючи шкоди власним народам.⁵⁴ Але що робити, якщо задоволення космополітичних зобов'язань не може відбутися без шкоди для власного народу?

Коротка відповідь полягає в тому, що їх народи самі є частиною людства – вони також є бенефіціарами щирої турботи суверенних опікунів. Я наголошував на космополітичних зобов'язаннях щодо співпраці в галузі управління загрозами миру, які виходять за рамки національних кордонів. Управління цими загрозами – це довгостроковий власний інтерес усіх народів, навіть якщо співробітництво вимагає короткотермінових жертв та порушень. Фідусіарні зобов'язання держав щодо свого власного народу, як і будь-які фідусіарні зобов'язання, іноді вимагають збалансування короткострокових та довгострокових інтересів бенефіціарів, а це, в свою чергу, іноді вимагає чимось жертвувати заради збереження становища бенефіціарів у довгостроковій перспективі. Отже, якщо ми вважаємо, що відповідальність суверена перед власним народом включає майбутні покоління, їх інтереси не повинні зневажатись просто тому, що вони віддалені у часі.⁵⁵ Бенефіціар суверенного фідусіарія включає в себе онуків нинішніх громадян – онуків, які стикаються із загрозами миру, що стають все більш жахливими, що довше уряди затримуються в їх вирішенні.

⁵⁴ Benvenisti, "Sovereigns as Trustees of Humanity," 320–25. Він зазначає, що це обмеження відповідає вимозі ефективності Парето.

⁵⁵ З цього приводу див.: Derek Parfit, "Energy Policy and the Further Future: The Social Discount Rate," in Douglas MacLean and Peter Brown, ed., *Energy and the Future* (Rowman & Littlefield, 1983), 31–37, <https://wpeople.wm.edu/asset/index/cvance/parfit>. Економісти стандартно знижують вартість інвестицій у подальшому майбутньому через втрачені можливості у найближчому майбутньому. Парфіт показує, що використання такої «соціальної ставки дисконту» для знецінення майбутніх збитків, заподіяних нашими поточними практиками, є морально незахищеним на будь-якому з шести аргументів, які можуть це підтвердити. «Моральне значення майбутніх подій не знижується на п відсотків на рік. Сама різниця в часі сама по собі є морально нейтральною» (с. 31).

Але що як власні виборці не задіяні? Якщо виборці країни вороже ставляться до глобалізму, то відповідальність суверена перед людством перебуває на шляху до зіткнення з демократичним самоврядуванням. Принаймні, на це є відповідь: те саме відбувається завжди, коли виборці країни хочуть розпочати агресивну війну або порушити права людини. За міжнародним правом вони не можуть це зробити, незалежно від їх демократичної волі. Не можна заперечувати, що пропозиція «опікуна людства» не відповідає стійким правам людини на демократичне врядування в усіх напрямках. Але, як показують приклади демократичної більшості, яка голосує за початок агресивної війни чи масове порушення прав людини, у цьому випадку немає права людини на демократичне управління. Коли Томас Франк написав свою новаторську статтю про формування в міжнародному праві права демократичного врядування, він зрозумів це як право на демократичні вибори, яке супроводжують права на самовизначення та вільне самовираження.⁵⁶ Очевидно, що демократичні більшості не мали права порушувати міжнародне право. Звичайно, неспроможність держави прийняти фідучіарні зобов'язання по відношенню до людства, яке зневажають виборці, не є самостійним порушенням сучасного міжнародного права. Я стверджую, що так і має бути, бо переосмислення державного суверенітету як опіки над людством – це наша найкраща надія на мир.

VII

Питання про ворожість виборців до глобалізму підводить нас до теми націоналізму, моєї заключної теми. Зараз ви зрозумієте, про що я кажу: цей націоналізм у його нинішньому вигляді є абсолютно неправильним напрямом розвитку реалістичної політики миру.

«Націоналізм» – це доволі розмите поняття, яке з часом змінює своє значення, і я думаю, що його минулі значення дають йому кращу репутацію, ніж ту, на яку заслуговують сучасні націоналізми. Раніше я говорив, що державотворення стосується не тільки консолідації територій, але і створення «народу» – нації, яка йде разом з національною державою.⁵⁷ Для європейських державотворців дев'ятнадцятого століття націоналізм означав подолання локальних суперниць в ім'я об'єднання. В інших частинах світу націоналізм означає підпорядкування родових зв'язків більш широким зв'язкам. В антиколоніальній боротьбі націоналізм означав незалежність і самовизначення. Націоналізм, зрозумілий за будь-якою з цих ознак, може розглядатися як прогресивна ідеологія, особливо коли ми згадуємо миротворчі чесноти національної держави.

⁵⁶ Thomas M. Franck, "The Emerging Right to Democratic Self-Governance," *American Journal of International Law* 86(1) (1992): 63–77.

⁵⁷ На початку шістнадцятого століття жителі Франції не називали себе «французи» – спочатку з'явилися їхні місцеві ідентичності, такі як, скажімо, нормани чи валуа. До кінця цього століття вони називали себе «*bon français*». Frederick J. Baumgartner, *France in the Sixteenth Century* (1995), 4–7.

Але, за деякими винятками, сьогодні найбільш рішучі націоналістичні партії та рухи не є прогресивними. Вони неліберальні та зовсім не дружні до порядку денного у галузі прав людини. У тих місцях, де націоналізм поєднується з традиціоналістичними релігіями, він також є глибоко антифеміністичним або відверто мізогіністичним (жононенависницьким). Щодо відповідальності за межами країн, то сьогодні націоналісти не визнають жодної. У мене є спокуса взяти ідею з філософської наукової роботи Імре Лакатоса і описати сучасний націоналізм як занепадаючу політичну програму, враховуючи занепад дослідницьких програм самого Лакатоса – дослідження, які колись були багатообіцяючими, зараз перебувають у глухому куті.⁵⁸ Дозвольте мені спробувати пояснити, чому.

Найсильніші філософські аргументи від імені націоналізму звертаються до комунітарних цінностей – громадянська прихильність до власного народу на власній території. Але сучасні реалії не узгоджуються з цим комунітарним баченням націоналізму. Те, що ми бачимо в сьогоднішніх войовничих націоналізмах, – це не прихильність до себе, а ненависть до інших. За деякими винятками, праві націоналістичні партії виникають у державах зі значними групами меншин, що відрізняються від більшості за расою чи релігією, яких націоналісти хочуть виключити з нації, як вони її визначають.⁵⁹ Зневажаваною меншістю можуть бути недавні іммігранти, але це хибне сприйняття реальності. Наприклад, там, де я мешкаю, найбільш крайні праві націоналісти визначають Сполучені Штати як білу християнську країну, незважаючи на те, що чверть населення – темношкіра, а предки темношкірого населення були тут від часу їх заснування. Ця ідеологія не має нічого спільного з громадянською солідарністю, національною історією чи патріотизмом. Натомість можна згадати визначення нації Карла Дойча: «Група людей, об'єднаних помилковим поглядом на минуле та ненавистю до своїх сусідів».⁶⁰

Визначення «нації» для виключення місцевих меншин є принципово антикомунітарним. Якщо я правий щодо того, що найпотужнішим аргументом націоналізму є комунітарний заклик до держави як політичного вираження народу, тоді, в руслі романтичного погляду, значна частина націоналізму сьогодні є шахрайством.

Таким чином, ми опиняємося в заплутаній і глибоко фруструючій ситуації. У той час, коли найсерйозніші загрози миру – і правам людини – потребують міжнародної реакції, політика все більше схиляється в бік націоналізму. Націоналізм здається привабливим саме через загрози та розгубленість, які ми бачимо навколо себе. Але, знову ж таки, якщо я маю рацію, націоналізм є симптомом цих хвороб, а не ліками

⁵⁸ Imre Lakatos, "Criticism and the Methodology of Scientific Research Programmes," *Proceedings of the Aristotelian Society*, 69: 149–86; reprinted in Imre Lakatos and Alan Musgrave, eds., *Criticism and the Growth of Knowledge* (Cambridge University Press, 1970).

⁵⁹ Можливо, основними винятками є націоналістичні рухи в Японії та Шотландії, де антипатичний «інший» лежить за межами кордонів.

⁶⁰ Karl Deutsch, *Nationalism and Its Alternatives* (1969).

від них. Ліки – це прийняття позиції людства та винайдення політичних і правових інститутів, які втілять це у життя.

© Д. Лубан, 2020

Bibliography

- Atlantic Council, *Global Risks 2035: The Search for a New Normal* (2016). http://www.atlanticcouncil.org/images/publications/Global_Risks_2035_web_0922.pdf.
- Baumgartner, Frederick J. *France in the Sixteenth Century*. 1995.
- Benvenisti, Eyal. "Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders." *American Journal of International Law* 102 (2013): 295–333.
- Benvenisti, Eyal. "The Paradoxes of Sovereigns as Trustees of Humanity: Concluding Remarks." *Theoretical Inquiries in Law* 16(2) (2015): 535–48.
- Borger, Julian. "Darfur Conflict Heralds Era of Wars Triggered by Climate Change, UN Report Warns." *The Guardian*, June 23, 2007. <https://www.theguardian.com/environment/2007/jun/23/sudan.climatechange>.
- Caprioli, Mary, and Peter F. Trumbore. "Identifying 'Rogue' States and Testing Their International Conflict Behavior." *European Journal of International Relations* 9 (3) (2003): 377–406.
- Caprioli, Mary, and Peter F. Trumbore. "Human Rights Rogues in Interstate Disputes, 1980-2001." *Journal of Peace Research* 43(2) (2006): 131–48.
- Creveld, Martin. *The Rise and Decline of the State*. Cambridge University Press, 1999.
- Criddle, Evan J., and Evan Fox-Decent. "Keeping the Promise of Public Fiduciary Theory: A Reply to Leib and Galoob." *Yale Law Journal Forum* 126 (2016): 192–215.
- Criddle, Evan J., and Evan Fox-Decent. *Private Communications*. December 11, 2018.
- Criddle, Evan J., and Evan Fox-Decent. "Guardians of Legal Order: The Dual Commissions of Public Fiduciaries." In Criddle, Fox-Decent, et al., *Fiduciary Government* (forthcoming), available on SSRN. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3040152.
- Criddle, Evan J., and Evan Fox-Decent. *Fiduciaries of Humanity: How International Law Constitutes Authority*. Oxford University Press, 2016.
- Deutsch, Karl. *Nationalism and Its Alternatives*. 1969.
- Fitzmaurice, Andrew. "Sovereign Trusteeship and Empire." *Theoretical Inquiries in Law* 16(2) (2015): 447–71.
- Fleur, Nicholas St. "Two-Thirds of the World Faces Severe Water Shortages." *New York Times*, February 12, 2016. <https://www.nytimes.com/2016/02/13/science/two-thirds-of-the-world-faces-severe-water-shortages.html>.
- "Four-fifths of China's Water from Wells 'Unsafe because of Pollution'." *The Guardian*, April 12, 2016. <https://www.theguardian.com/environment/2016/apr/12/four-fifths-of-chinas-water-from-wells-unsafe-because-of-pollution>.
- Fox-Decent, Evan, and Ian Dahlman. "Sovereignty as Trusteeship and Indigenous Peoples." *Theoretical Inquiries in Law* 16(2) (2015), 511–18.
- Franck, Thomas M. "The Emerging Right to Democratic Self-Governance." *American Journal of International Law* 86(1) (1992): 63–77.

- Friedman, George. *The Next 100 Years: A Forecast for the 21st Century*. Anchor Books, 2009.
- Gabay, Jon. "Tiny, Insect-like Drones May Be the Future of Surveillance." *Electronic Products*, March 30, 2017. http://www.electronicproducts.com/Robotics/Futurism/Tiny_insect_like_drones_may_be_the_future_of_surveillance.aspx.
- Gat, Azar. *War in Human Civilization*. Oxford University Press, 2006.
- Gentile, Giovanni. *Genesis and Structure of Society*. University of Illinois Press, 1960.
- Global Strategic Trends – Out to 2045*. UK Ministry of Defence. Fifth edition, 2014. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/348164/20140821_DCDC_GST_5_Web_Secured.pdf.
- Gray, John. "Steven Pinker is Wrong about Violence and War." *The Guardian*, March 13, 2015.
- Hobbes, Thomas. *Leviathan*, edited by Michael Oakeshot. Oxford: Basil Blackwell, 1957.
- Hume, David. "Of the Original Contract." In *Essays: Moral and Political*, edited by Eugene F. Miller. Liberty Classics, 1985.
- Kahn, Paul W. *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*. Columbia University Press, 2011.
- Kahn, Paul W. *Sacred Violence: Torture, Terror, and Sovereignty*. University of Michigan Press, 2009.
- Kant, Immanuel. *Idea of a Universal History with Cosmopolitan Purpose* (1784). Many editions.
- Kant, Immanuel. *Toward Perpetual Peace* (1795). Many editions.
- Kantorowicz, Ernst H. *The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology*. Princeton University Press, 1957.
- Koskenniemi, Martti. "The Preamble of the Universal Declaration of Human Rights." In *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*, edited by Gudmundur Alfredsson and Asbjørn Eide. Martinus Nijhoff, 1999.
- Lakatos, Imre. "Criticism and the Methodology of Scientific Research Programmes." *Proceedings of the Aristotelian Society*, 69: 149–86; reprinted in Lakatos and Alan Musgrave, eds., *Criticism and the Growth of Knowledge*. Cambridge University Press, 1970.
- Leib, Ethan J. and Stephen R. Galoob. "Fiduciary Political Theory: A Critique." *Yale Law Journal* 125(7) (2016): 1825–44, 1868–77.
- Luban, David. "Just War and Human Rights." *Philosophy & Public Affairs* 9 (1980).
- Maritain, Jacques. *Human Rights: Concepts and Interpretations*. London: Wingate, 1949.
- Treaty of Münster (1648). http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp.
- Miller, David T. "Defense 2045: Assessing the Future Security Environment and Implications for Defense Policymakers." Center for Strategic and International Studies (CSIS). Rowman and Littlefield, Nov. 2015. https://csis-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/legacy_files/files/publication/151106_Miller_Defense2045_Web.pdf.
- Moyn, Sam. "Why Is Dignity in the Charter of the United Nations?" *Humanity Journal*, June 10, 2014. <http://humanityjournal.org/blog/why-is-dignity-in-the-charter-of-the-united-nations-2/>.
- Münkler, Herfried. "Steven Pinker: Gewalt: Alle Kurven weisen auf den ewigen Frieden." *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Oct. 18, 2011.
- National Institute of Aging, WHO, et al. *Global Health and Aging* (2011), Figure 4. https://www.nia.nih.gov/sites/default/files/global_health_and_aging.pdf.

- Parfit, Derek. "Energy Policy and the Further Future: The Social Discount Rate." In MacLean, Douglas, and Peter Brown, eds., *Energy and the Future*. Rowman and Littlefield, 1983. <https://wmpeople.wm.edu/asset/index/cvance/parfit>.
- Peterson, Timothy M., and Leah Graham. "Shared Human Rights Norms and Military Conflict." *Journal of Conflict Resolution* 55 (2) (2011): 248–73.
- Pinker, Steven. *The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined*. Viking, 2011.
- Ratner, Steven. *The Thin Justice of International Law*. Oxford University Press, 2015.
- Schmitt, Carl. *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. 1922.
- Schmitt, Carl. *The Concept of the Political*. University of Chicago Press, 1996.
- Secretary General Address, Sept. 20, 1999. <https://www.un.org/press/en/1999/19990920.sgs7136.html>.
- Sikkink, Katherine. *Evidence for Hope: Making Human Rights Work in the 21st Century*. Princeton University Press, 2017.
- Sobek, David M., et al. "The Human Rights Peace: How the Respect for Human Rights at Home Leads to Peace Abroad." *Journal of Politics* 68 (3) (2006): 519–29.
- The City of God*, Bk. IV, ch. 4, R. W. Dyson, ed. and trans. Cambridge University Press, 1998.
- The Visual History of World Poverty*. Slide 12. <https://ourworldindata.org/slides/world-poverty/#/declining-world-poverty-1820-2015-step1>.
- Tilly, Charles. "War Making and State Making as Organised Crime." In Evans, Peter, Dietrich Rueschemeyer, and Theda Skocpol, eds. *Bringing the State Back in*. Cambridge University Press, 1985.
- Tomz, Michael R., and Jessica L. P. Weeks. "Human Rights and Public Support of War," draft Nov. 2015. <https://web.stanford.edu/~tomz/working/TomzWeeks-HumanRights-2015-11-17.pdf>.
- U. S. Joint Chiefs of Staff, *Joint Operating Environment 2035 (JOE 2035): The Joint Force in a Contested and Disordered World*, July 14, 2016. http://www.dtic.mil/doctrine/concepts/joe/joe_2035_july16.pdf.
- U. S. National Intelligence Council (NIC), *Global Trends 2030: Alternative Worlds* (Dec. 2012). https://www.dni.gov/files/documents/GlobalTrends_2030.pdf.
- UK Ministry of Defence. *Global Strategic Trends – Out to 2045*. Fifth edition, 2014. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/348164/20140821_DCDC_GST_5_Web_Secured.pdf.
- UNHCR, Figures at a Glance. <http://www.unhcr.org/en-us/figures-at-a-glance.html>.
- United Nations. Department of Economic and Social Affairs. Population Division. *The World's Cities in 2016 – Data Booklet (ST/ESA/SER.A/392)*. http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/urbanization/the_worlds_cities_in_2016_data_booklet.pdf.
- Wittes, Benjamin, and Gabriella Blum. *The Future of Violence: Robots and Germs, Hackers and Drones*. Basic Books, 2015.
- Work, Bob. "Deputy Secretary of Defense Speech, CNAS Defense Forum." Dec. 14, 2015. <https://www.defense.gov/News/Speeches/Speech-View/Article/634214/cnas-defense-forum/>.
- World Bank Poverty and Equity Data. <http://povertydata.worldbank.org/poverty/home/>.

Девід Лубан. Націоналізм, права людини та перспективи миру

Анотація. У статті питання прав людини та перспективи миру розкриваються у контексті аналізу понять суверенітету та націоналізму. Такий аналіз здійснюється на фоні притаманній сьогодні світові тенденції до глобалізму, космополітизму та ліберального інтернаціоналізму з одного боку, та набирання обертів тенденції до націоналізму та порушенню деякими державами прав людини у масовому масштабі – з іншого.

Розглядається еволюція поняття (*concept*) державного суверенітету. Перше – вихідне – знаходить вияв у принципі суверенної рівності та ґрунтується на такому праві людини, як право на самовизначення. Друге – поняття «умовний суверенітет», або «суверенітет як відповідальність» – погляд на легітимність держави через права людини. Воно пов'язане із діяльністю інститутів ООН, коли держава стала розумітися як слуга свого народу, а індивідуальний суверенітет (права і свободи кожної окремої людини) було посилено. Третя концепція – «суверенітету як піклування над людством»: суверенні довірені особи виконують свої зобов'язання перед людством, співпрацюючи з приватними та публічними акторами. В умовах транснаціональних загроз таке переосмислення суверенітету держави є найкращою надією на мир.

В останній частині розвивається думка про несумісність націоналізму в його теперішньому вигляді із реалістичною політикою миру. Сучасний націоналізм втрачає свою історичну прогресивність і стає байдужим до теми прав людини. Серйозні загрози миру і правам людини потребують інтернаціоналістичної реакції, у той час як політика все більше схиляється до націоналізму. Робиться висновок, що останній є лише симптомом сьогоденної хвороби, а не ліками від неї. Лікування полягає у прийнятті позиції людства та винайденні відповідних політичних і правових інститутів.

Ключові слова: права людини; суверенітет; державний суверенітет; націоналізм; глобалізм; мир.

Девід Лубан. Национализм, права человека и перспективы мира

Аннотация. В статье вопросы прав человека и перспективы мира раскрываются в контексте анализа понятий суверенитета и национализма. Такой анализ осуществляется на фоне присущей сегодня миру тенденции к глобализму, космополитизму и либеральному интернационализму с одной стороны, и набирающей оборотов тенденции развития национализма и нарушения некоторыми государствами прав человека в массовом масштабе – с другой.

Рассматривается эволюция понятия (*concept*) государственного суверенитета. Первое – исходное – проявляется в принципе суверенного равенства и основывается на таком праве человека, как право на самоопределение. Второе – понятие «условный суверенитет», или «суверенитет как ответственность» – взгляд на легитимность государства через права человека. Оно связано с деятельностью институтов ООН, когда государство стало пониматься как слуга своего народа, а индивидуальный суверенитет (права и свободы каждого отдельного человека) был усилен. Третья концепция – «суверенитета как попечительства над человечеством»: суверенные доверенные лица выполняют свои обязательства перед человечеством, сотрудничая с частными и публичными субъектами. В условиях транснациональных угроз такое переосмысление суверенитета государства является лучшей надеждой на мир.

В последней части развивается мысль о несовместимости национализма в его нынешнем виде с реалистичной политикой мира. Современный национализм теряет свою историческую прогрессивность, становясь равнодушным к теме прав человека. Серьезные угрозы миру и правам человека требуют интернационалистической реакции, в то время как политика все

больше склоняется к национализму. Делается вывод, что последний является лишь симптомом сегодняшней болезни, а не ее лечением. Лечение заключается в принятии позиции человечества и изобретении соответствующих политических и правовых институтов.

Ключевые слова: права человека; суверенитет; государственный суверенитет; национализм; глобализм; мир.

David Luban. Nationalism, Human Rights, and the Prospects to Peace

Abstract. The article exposes the issues of human rights and the prospects for peace in the context of the analysis of the concepts of sovereignty and nationalism. Such an analysis is conducted in the face of a trend towards globalism, cosmopolitanism and liberal internationalism inherent in the world today, on the one hand, and the growing trend of nationalism and violations of human rights on a massive scale by some states, on the other.

The evolution of the concept of state sovereignty is considered. The first – the original – is manifested in the principle of sovereign equality and is based on such a human right as the right to self-determination. The second is the concept of “conditional sovereignty”, or “sovereignty as responsibility” as a look at the legitimacy of the state through human rights. It is associated with the activities of UN institutions, when the state began to be considered as a servant of its people, and individual sovereignty (rights and freedoms of each individual person) was strengthened. The third concept is “sovereignty as fiduciaries of humanity”: sovereign fiduciaries will fulfill their obligation to humanity by collaborating with private as well as public actors. In the context of transnational threats, such rethinking the state sovereignty is the best hope for peace.

In the last part, the idea of the incompatibility of nationalism in its current form with realistic world politics is developed. Modern nationalism is losing its historical progressiveness, becoming indifferent to the subject of human rights. The gravest threats to peace and to human rights require an internationalist response, politics increasingly tilts toward nationalism. It is concluded that the latter is only a symptom of today’s disease, and not its treatment. The cure is adopting the standpoint of humanity, and inventing political and legal institutions.

Keywords: human rights; sovereignty; state sovereignty; nationalism; globalism; peace.

Одержано/Received 31.05.2020

ПОРЯТУНОК ПРАВ ЛЮДИНИ ВІД ПРАВА ПРАВ ЛЮДИНИ**

I. Міжнародне право прав людини: внутрішні та зовнішні тиски

Права людини завжди під тиском, такий тиск здійснюють щонайменше на двох рівнях. Перший рівень – це той, на якому права людини усвідомлюються як суворі моральні стандарти: права, які звичайні моральні міркування, об'єктивно, хоч і помилково, розкривають нам як такі, що ними володіють усі люди просто в силу своєї належності до людства.¹ Якщо права людини розглядаються як універсальні моральні

* Джон Тасіулас, професор політології, філософії та права в школі права Діксона Пун та директор Йео Тіонг Лай центру політики, філософії та права, Королівський коледж в Лондоні.
John Tasioulas, Yeoh Professor of Politics, Philosophy and Law, Dickson Poon School of Law and Director of the Yeoh Tiong Lay Centre for Politics, Philosophy and Law, King's College London.
e-mail: john.tasioulas@kcl.ac.uk

Рання версія цієї статті була представлена як основна лекція у програмі «Права людини під тиском» у Вільному університеті Берліна 16 липня 2018 року. Я вдячний Хельмуту Аусту за запрошення та за його корисні письмові коментарі. Наступна редакція цієї статті була представлена як одна з ключових лекцій на симпозиумі «Журналу транснаціонального права Вандербільта» (Vanderbilt Journal of Transnational Law) (про майбутнє права прав людини, що відбувся на юридичному факультеті Університету Вандербільта 22 лютого 2019 року, де я скористався коментарями Джеймса Гатті, Кетрін Сіккінк, Гопал Шрінівасан, Лорни Макгрегор, Каріми Беннун та Семюела Мойна. Вона також була предметом семінару «Формування нормативних порядків» у Франкфуртському університеті 22 січня 2019 року та семінару Кадіша з права, філософії та політичної теорії в Каліфорнійському університеті в Берклі 12 квітня 2019 року, де я скористався коментарем Аджая Равічандрана. За цінні коментарі щодо чернеток на різних етапах я вдячний Джеральду Нейману, Катерині Лінос, Ювалю Шані, Коллін Мерфі, Інґрід Вуерт, Гульєльмо Вердіраме, Райнеру Форсту Джиу Сонг, Джошуа Коену, Джею Воллесу, Скотту Каслону та численним учасникам дискусій у Берліні, Нешвілі та Берклі. – Прим. автора.

** John Tasioulas, "Saving Human Rights from Human Rights Law," *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 52 (2019): 1167–207. Публікується з дозволу автора і редакції журналу. Розширена версія пленарної доповіді "Human Rights Overreach" на XIX Всесвітньому конгресі з філософії права та соціальної філософії «Гідність. Демократія. Різноманітність», м. Люцерн, Швейцарія, 7–12 липня 2019 р. Переклад з англійської С. Максимова. – Прим. редакції.

¹ Я наводив доводи на захист цього в John Tasioulas, "On the Nature of Human Rights," in *The Philosophy of Human Rights: Contemporary Controversies*, eds. Gerhard Ernst and Jan-Christoph Heilinger (Berlin/Boston: De Gruyter, 2012), 17, 17–59 [далі *On the Nature of Human Rights*]. Ця думка відрізняється від легалістичної, бентаніамської тези про те, що всі права зобов'язані своїм існуванням їх втіленням в законі, а також від певного роду «політичних» пояснень прав людини, натхненних «Правом народів» Джона Роулза. Див. John Rawls, *The Law of Peoples* (Harvard University Press, 1999) (відповідно до яких важливою ознакою норм про права людини є те, що вони відіграють конкретну політичну роль, наприклад встановлення орієнтирів для політичної легітимності, або слугують спусковим механізмом міжнародного занепокоєння чи втручання у випадку їх грубого порушення).

права, вони постійно перебувають під тиском, як стосовно нашого розуміння, так і нашого успіху у їх дотриманні. Цей тиск обумовлений поширеними слабкостями, від яких страждає людина – незнання, відсутність співпереживання та уяви, лінь та інертність, прагнення до домінування, нелегітимне само-преференціювання, дефіцит ресурсів тощо – це заважає людству сприймати ці стандарти або дотримуватися їх вимог на практиці.

Але те, що права людини перебувають під тиском, також очевидно на другому, і більш актуальному рівні, якщо ми зосередимось на вражаючій та складній структурі міжнародного права прав людини (далі – МППЛ), яка була побудована в повоєнну епоху. На цьому другому виді тиску – на величезній споруді норм та інститутів МППЛ – й зосереджується ця стаття. Основний зміст доводів, які наводяться, полягає у тому, що зняття тиску з МППЛ, включаючи тиск зовнішнього характеру, вимагає врахування його ставлення до прав людини на першому рівні. Адже важливим моментом МППЛ є вираження і надання ним дієвості засадничій моралі прав людини через посередництво індивідуальних юридичних прав, що належать усім людям, наскільки це доречно вчиняти у такий спосіб. Це є підсумком того, що я назвав «тезою утворюючої мети» (ТУМ).² Схильність до відхилення від цього керівного обґрунтування може зумовлювати виникнення як внутрішніх, так і зовнішніх тисків на МППЛ.

Думка про те, що МППЛ перебуває під сильним тиском, є загальним рефреном в останні роки. Дві нещодавні важливі лекції зразково ілюструють це явище. Перша – «Популістський виклик правам людини», прочитана у Лондонській школі економіки 1 грудня 2016 р. професором Філіпом Олстоном з Нью-Йоркського університету, який є також спеціальним доповідачем Організації Об'єднаних Націй (ООН) з крайньої бідності та прав людини.³ Інша лекція «Чи перебуває під загрозою міжнародне право прав людини?» прочитана 26 липня 2017 р., як щорічна «гроцієвська лекція» у Британському інституті міжнародного та порівняльного права принцом Зейдом Раад аль-Хусейном, який у той час був Верховним комісаром ООН з прав людини.⁴ Ці дві лекції вибрані не лише тому, що вони наглядно демонструють широко поширені переконання та занепокоєння науковців та практиків МППЛ, але також тому, що два автори є видатними постатями в галузі прав людини. Відповідно, їх слова заслуговують на серйозний розгляд і, звичайно, критичний аналіз.

² Я відстоюю ТУМ у John Tasioulas, "Exiting the Hall of Mirrors: Morality and Law in Human Rights," in *Political and Legal Approaches to Human Rights*, eds. Tom Campbell and Kylie Bourne (Routledge, 2018), 73, 73–89.

³ Philip Alston, "The Populist Challenge to Human Rights," *Journal of Human Rights Practice*, vol. 9, issue 1 (February 2017): 1–15, <https://doi.org/10.1093/jhuman/hux007>.

⁴ Zeid Ra'ad Al Hussein, *U. N. High Comm'r for Human Rights*. Speech at the BIICL Annual Grotius Lecture: Is International Human Rights Law Under Threat? July 26, 2017 (стенограма доступна в Британському інституті міжнародного та порівняльного права).

У своїй лекції Філіп Олстон вирішує проблему, поставлену «популістською програмою, що останнім часом здійснила настільки драматичні посягання», програмою, яка «часто є відверто націоналістичною, ксенофобською, мізогіністичною та явно антагоністичною до всіх або більшої частини “програм” прав людини».⁵ Олстон попереджає, що в результаті популізму «проблеми, з якими зараз стикається рух за права людини, принципово відрізняються від більшої частини тих, які були раніше».⁶ У конструктивній частині своєї лекції Олстон висуває низку пропозицій у відповідь на популістський виклик. До них належать: досягнення більш ефективної синергії між міжнародними та локальними рухами за права людини; надання економічним та соціальним правам однакового значення при просуванні прав людини разом з громадянськими та політичними правами; розширення видів суб'єктів («акторів»), яких залучає правозахисна спільнота поряд з державою, щоб включити, наприклад, корпорації; докладання більших зусиль для переконання скептиків у обґрунтованості норм та інституцій, які стосуються прав людини; і стосовно досліджень прав людини, він закликає вчених зважувати «непередбачувані наслідки» свого скептицизму щодо права прав людини та інститутів, зокрема, їх корозійний вплив на мотивацію потенційних юристів та активістів з прав людини.⁷

Лекція принца Зейда іде далі, маючи на меті відшукати психологічні витoki популістської реакції проти прав людини. Він запитує: «Чому міжнародне право прав людини є такою легкою ціллю? Чому воно таке недооцінене, таке ображене одними, налякане іншими, знехтуване, атаковане?»⁸ Відповідь, яку він дає в широкому розумінні, полягає в тому, що недобросовісні політики нагнітають і використовують страхи серед громадян – ксенофобія, страх перед тероризмом тощо – для виправдання порушень прав людини, таких як катування, свавільне затримання та обмеження свободи слова, щоб забезпечити і утримати свою владу. Ті, хто виступають проти права прав людини, діють на основі необґрунтованого страху, який або самі переживають, або сприяють та використовують його на інших; навпаки, захисники права прав людини прагнуть керуватися розумом, звільненим від спотворюючого впливу страху. У справді вражаючому уривку Зейд показує різницю у тому, як функціонує мислення людей у двох протилежних таборах:

За умовчанням, станом людського розуму, зрештою, є страх. Первинний страх. Це найпотужніший інстинктивний механізм, що захищає нас від шкоди, від смерті. Емоція, якої кожен екстреміст, досвідчений популіст, прагне торкнутися чи стимулювати ...
... Емоційний механізм у свідомості захисника прав людини працює зовсім інакше. Робити добро в нашому житті, причому не лише комусь, а всім; відстоювати права всіх людей – це вимагає постійних зусиль думки, коли природні забобони, що лежать глибоко в кожному

⁵ Alston, “The Populist Challenge to Human Rights,” 2.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid, 13.

⁸ Al Hussein, *U. N. High Comm'r for Human Rights*, 1.

з нас, повинні відстежуватись і відкидатися кожен день нашого життя. У людській свідомості потік за замовчуванням може бути рептильним; але внутрішня боротьба за його подолання є глибоко людською.⁹

Це показує нам драматичну картину: одна сторона потрапила в пастку, рептильної спадщину людства і зловживає нею, інша прагне її подолати, піднявшись до точки зору, орієнтованої на благо всього людства.

Для цілей цього дослідження нічого в цій статті не може оскаржувати сказаного в цих двох лекціях; дійсно, багато конструктивних пропозицій Олстона є дуже правдоподібними.¹⁰ Скоріше ця стаття просто спрямована на окреслення проблеми, яку вони представляють як протистояння МППА, – що виникає із зовнішніх та морально сумнівних джерел – та звернути увагу на вражаюче упущення, характерне для оцінок, представлених в обох лекціях. Жоден автор не замислюється над можливістю того, що деякі найсерйозніші тиски на МППА внутрішньо породжені та виникають із серйозних вад у формуванні права прав людини та його самоусвідомленні практиками та науковцями. Зокрема, вони не враховують, який внутрішній тиск спричинило МППА, відмовляючись від своєї утворюючої мети – надання суттєвості (субстантивності) та дієвості засадничій моралі прав людини. Якби ця можливість була в полі зору, вони, можливо, продовжували б розглядати, наскільки ці внутрішні тиски відповідають за виникнення або посилення деяких зовнішніх тисків, які вони визначають. Однак цей останній крок вимагав би розглянути можливість того, що популістський зворотний зв'язок, який вони декларують, не буде характеризуватись виключно негативними термінами як «ксенофобський, мізогіністичний та явно антагоністичний до всіх або більшості програм прав людини», хоча без сумніву такі погляди в ньому присутні. Не бажаючи розвивати цю тему, видається правдоподібною гіпотеза, що таке виключно негативне зображення сучасного «популізму» є нереалістично маніхейським шаблоном для тлумачення політичних реалій.¹¹

⁹ Ibid. Цей аналіз нагадує деякі думки у «Монархії страху» Марти Нуссбаум, яка надає споконвічному страху основну роль у поясненні того, як інші емоції, такі як каральний гнів і ексклюзивні форми відрази, можуть мати токсичний вплив на ліберальну демократію. Див. Martha C. Nussbaum, *The Monarchy of Fear: A Philosopher Looks at Our Political Crisis* (New York: Simon & Schuster, 2018), 17–62.

¹⁰ Для проникливого обговорення як внутрішніх, так і зовнішніх тисків на міжнародне право прав людини див. Gerald L. Neuman, “Human Rights, Treaties, and International Legitimacy,” in *Human Rights, Democracy, and Legitimacy in a World of Disorder*, ed. Silja Voenekey (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 51.

¹¹ Поняття «популізм» піддається сумніву як щодо його значення, так і корисності. Ян-Вернер Мюллер має пейоративне визначення, згідно з яким популісти помилково заявляють, що є ексклюзивними представниками «справжніх людей». Jan-Werner Müller, “How Can Populism be Defeated?” in *Rethinking Open Society*, ed. Michael Ignatieff (Budapest: Central European University Press, 2018), 196; див. також Roger Eatwell and Matthew Goodwin, *National Populism: The Revolt Against Liberal Democracy* (London: Penguin Books Limited, 2018), 78 (ідентифікація популізму, з більш нейтральної точки зору, з тригранною ідеологією: (1) спроба зробити популярну волю почутою

Наразі загально визнано, що Олстон час від часу посилається на «недоліки» в рамках руху за права людини, але швидко стає очевидним, що для нього це переважно на рівні стратегії та імплементації, а не фундаментального принципу та підходу. За його словами, немає жодного питання про «відмову від основних принципів».¹² Грубо кажучи, складається враження, що основи права прав людини в порядку, їм просто потрібні кращі зв'язки з громадськістю для досягнення більш широкого консенсусу щодо них та більш ефективні механізми підвищення рівня їх дотримання.¹³ Коли він вдається до більш широкої критики, Олстон посилається на скептицизм щодо самої ідеї прав людини як морального ідеалу, прав людини у відношенні того, що я називаю першим рівнем.¹⁴ Зокрема, він переказує історію про відомого вченого з міжнародно-правових питань, який у лекції відхилив права людини як «ілюзію», стверджуючи, що «не може бути розумних прав, яких слід прагнути; що неможливо довести або виправдати ніяких конкретних прав; і більшість з них є сильно контингентними (умовними) та суб'єктивними».¹⁵ Ця ілюзія, стверджувана знаменитим ученим, зіткнула потенційних практиків МППЛ зі зловісною «прірвою».¹⁶ Саме таким скептицизмом Олстон карає академічних критиків МППЛ за те, чим вони займаються; ці критики не спроможні серйозно сприймати зі всією відповідальністю «ненавмисні наслідки» таких роздумів, серед яких деморалізуючий вплив на студентів та інших осіб, відданих справі прав людини.¹⁷

Іншими словами, єдиний серйозний інтелектуальний виклик перед захисниками прав людини, який виділяє Олстон, – це те, що переслідує саму ідею раціонально обґрунтованої моралі прав людини. Але подібна корінна відмова від моралі прав людини з одного боку може бути залишена, тим більше, що вона, як правило, відображає грубу версію релятивізму, яка, можливо, лише вузько уникне самопротиріччя, потрапляючи в глибоку неправдоподібність. Ця стаття буде виходити з того, що існує обґрунтована мораль прав людини, яка може бути раціонально виправданою, навіть якщо наше розуміння її і дотримання є неминуче далеким від ідеального. Навіть якщо хтось вважає, що суспільства, які практикують катування, рабство чи каліцтво жіночих геніталій, не лише ґрунтуються на різних культурних нормах, але й об'єктивно помиляються з приводу основних моральних питань, це все ще залишає питання про

і діевою; (2) заклик відстоювати інтереси простих, звичайних людей; (3) прагнення замінити корумповані та віддалені еліти). Як вказівку на складність ставлення сучасного популізму до прав людини розглянемо спосіб, яким «популістські» політики в Європі прагнуть виправдати більші обмеження на імміграцію на основі захисту прав жінок та ЛГБТ або забезпечення продовження демократії та сильної політики соціального забезпечення.

¹² Alston, “The Populist Challenge to Human Rights,” 2.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid, 13.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

те, чи має існуюче право прав людини серйозні недоліки. Іншими словами, хтось може скептично ставитись до МППЛ не тому, що скептично ставиться до моральної ідеї прав людини, а саме тому, що вірить у цю ідею й, крім того, вважає, що право суттєво їй співзвучне. На жаль, Олстон оминає цю можливість, вважаючи, що єдиний серйозний інтелектуальний чи моральний виклик МППЛ – це той, що відкидає саму ідею моралі прав людини, можливо, тому, що він виходить із того, що МППЛ в цілому відповідає такій моралі. Але це припущення є суперечливим.

Зрештою, закони та інституції, що стосуються прав людини, самі по собі не мають ототожнюватися із міцною моральністю прав людини. Вони не є породженнями досконало діючого підґрунтя. Уявити їх таким чином – це своєрідне ідолопоклонство, яке плутає створені людиною інституційні засоби з об'єктивними етичними цілями. Скоріше, вони є людськими творіннями, що можуть бути помилковими, вони створені недосконалими людьми, що покладаються на їх неминуче обмежені розумові здібності на противагу компенсаційному впливу нераціональних факторів, таких як егоїзм та страх. Отже, між лишень стратегічною критикою міжнародного права прав людини, з одного боку, та скептицизмом щодо самої ідеї моралі прав людини, з іншого, необхідно обов'язково звернутись до більш глибокої критики того, як формується право прав людини і як його розуміють практики та науковці. В іншому випадку існує ризик серйозної поступливості: потурати повному нехтуванню критиків МППЛ, при тому нехтуючи запитанням, чи в порядку МППЛ.

Ця стаття дослідить ідею порятунку прав людини від способу, яким вони були спотворені правом прав людини, що переступило належні межі. Як тільки ця операція порятунку розпочнеться, право прав людини, в свою чергу, може бути врятоване шляхом приведення його в більшу відповідність з мораллю прав людини, яку воно повинне вдосконалювати. Це, звичайно, масштабний проект, який потребує залучення багатьох різних форм експертизи, починаючи від філософської експертизи, закінчуючи юридично-доктринальною та суспільно-науковою експертизою. Все, що можна зробити у цій статті – це нарис кількох думок, які могли б спонукати інших допомогти цій рятувальній місії.¹⁸

II. Утворююча мета міжнародного права прав людини: або неухилення від тези утворюючої мети

Для того, щоб оцінити, чи було МППЛ зіпсоване зсередини, важливо сформувати розуміння утворюючої риси (мети) МППЛ. У зв'язку з цим МППЛ нічим не відрізняється

¹⁸ Як підкреслив Ян-Вернер Мюллер, «боротьба з популізмом – це не просто виклик суспільним відносинам; це перш за все питання змісту політики та питання про адекватність деяких наших політичних інститутів». Müller, "How Can Populism be Defeated?" 202. Хоча я дещо скептично ставлюсь до загальної корисності поняття «популізм» у поясненні нинішнього широкого невдоволення існуючими міжнародними та національними політичними порядками, цю статтю частково можна розглядати як спробу надати реальність твердженню Мюллера у конкретній галузі права і політики в області прав людини. Див. загалом там само.

від будь-якої іншої відповідної галузі права, кожна з яких має свою характерну рису, яка формує її чітку ідентичність як однієї з галузей права.

Наприклад, деякі теоретики стверджують, що мету договірної права слід розуміти як необхідне визнання та дотримання за допомогою права певних морально обов'язкових обіцянок. Моральна ідея обіцянки є обґрунтованим моментом, який надає узгодженості (когерентності) цій сфері права.¹⁹ Це, звичайно, не означає, що всі обіцянки повинні бути юридично виконаними – деякі можуть бути надто тривіальними, щоб отримати юридичний захист, звідси впливає дія доктрини розгляду, а інші можуть належати до приватної сфери, яка повинна бути вільною від юридичного нагляду. Це також не означає, що за договірним правом слід визнавати лише угоди, які належним чином класифіковані за попередньою ідеєю обіцянки. Можуть бути абсолютно вагомими причини, щоб розширити сферу дії договору на інші види угод, наприклад, за аналогією. Але це означатиме, що ідея обіцянки лежить в основі нашого розуміння договору, і надмірне відхилення від цієї ідеї ризикує спотворити договірну доктрину, відчужуючи її від її справжньої мети. Таке спотворення може виникнути в такому розумінні, якби доктрина договору була розроблена відповідно до всеосяжного обґрунтування, такого як максимізація багатства.

Аналіз, який тільки натякає на договірне право, може бути використаний для інших галузей права, таких як кримінальне право. Там, можна стверджувати, утворююча мета обертається ідеєю певних моральних порушень, стосовно яких існує легітимний суспільний інтерес щодо їх заборони, засудження та покарання.²⁰ Відповідно, кримінальне право, як правило, збивається зі шляху, якщо воно визнає як злочини форми поведінки, які не відповідають категорії публічних порушень такого роду. Наприклад, коли воно забороняє поведінку просто як засіб соціального контролю, незважаючи на те, чи є це морально неправильним. Дотримуючись цієї думки, критики виправдано стверджують, що в останні десятиліття і Сполучені Штати, і Велика Британія переживають розквіт «надмірної криміналізації», їх законодавці піддаються спокусі застосовувати кримінальні санкції до форм поведінки, які вони вважають соціально небажаними, навіть якщо вони не є явно морально неправомірними або не належать до класу публічних порушень, які якимось іншим чином потрапляють до належної сфери уваги кримінального права.²¹

У попередніх працях я стверджував, що подібний аналіз може бути проведений для МППЛ.²² Зокрема, я захищав тезу утворюючої мети, згідно з якою відмінна риса МППЛ полягає в тому, що воно стосується насамперед здійснення загальноюдських

¹⁹ Для версії цього погляду див. Charles Fried, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* (New York: Oxford University Press, 2015).

²⁰ Для версії цього погляду див. Sandra E. Marshall and R. A. Duff, "Criminalization and Sharing Wrongs," *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, no. 7, 8 (1998): 11.

²¹ Для гарного прикладу такої критики див. Douglas Husak, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 2008), 4–17.

²² Див. Tasioulas, "Exiting the Hall of Mirrors."

моральних прав, наскільки це доречно для міжнародного права, завдяки техніці присвоєння єдиного набору індивідуальних юридичних прав усім людям. Тепер ідея про те, що відмінна риса МППЛ визначається зв'язками із засадничою мораллю прав людини, є звичною, але в останні роки вона оспорюється видатними філософами, такими як Марта К. Нуссбаум, Чарльз Р. Бейц та Аллен Б'юкенен.²³ Вони прагнули сформулювати відмінну рису МППЛ, не посилаючись на засадничу мораль універсальних прав, звертаючись натомість до таких понять, як спроможності, нагальні інтереси та норми, що втілюють мінімально гідний рівень добробуту та егалітаризм морального статусу. В іншому місці я стверджував, що подібні спроби невдалі і часто руйнуються через те, що стикаються із певною версією ТУМ, особливо коли це стосується питання про ступінь забезпечення цих чи інших цінностей за допомогою МППЛ.²⁴ Далі в цій статті просто повинна сприйматись правильність ТУМ як такої.

Однак важливо уточнити дві особливості ТУМ. По-перше, не настільки помилковою є думка, яка, на жаль, широко поширена, що МППЛ є єдиною галуззю міжнародного права, що займається питаннями забезпечення моралі прав людини, і що до появи МППЛ у післявоєнну епоху міжнародне право не торкалося захисту прав людини.²⁵ Навпаки, багато галузей міжнародного права, від гуманітарного права до комерційного права, неодмінно стосуються прав людини. Дійсно, якби запитати, яка галузь міжнародного права найбільше займається захистом прав людини, найкращою відповіддю може бути міжнародне право про застосування сили та втручання, оскільки війна, ймовірно, є джерелом найважчих катастроф в галузі прав людини. Скоріше, твердження, яке висуває ТУМ, полягає в тому, що МППЛ стосується моралі в галузі прав людини у відмінний спосіб: (а) її виконання є *основною* метою, оскільки будь-які інші цілі належним чином підпорядковані або доповнюють цю мету; і (б) це відбувається завдяки *конкретній юридичній техніці* (тобто через визнання за всіма людьми індивідуальних юридичних прав, які покладають відповідні зобов'язання насамперед на держави).

Друге непорозуміння, яке слід усунути, – це те, що ТУМ не стверджує, що МППЛ повинне по-простому відображати передумови універсальних моральних прав.²⁶ Це не вимагає ізоморфізму моралі прав людини та права, таким чином, що остання сукупність норм точно відповідає першим за своїм нормативним змістом, як задано їхніми пов'язаними обов'язками та носіями. Нагадаємо, положення, закладене в ТУМ: МППЛ має забезпечувати реалізацію універсальних моральних прав лише настільки, *наскільки це належно міжнародному праву*, та у спосіб визнання універсальних юри-

²³ Див. Charles R. Beitz, *The Idea of Human Rights* (New York: Oxford University Press, 2011); Allen Buchanan, *The Heart of Human Rights* (New York: Oxford University Press, 2017); Martha C. Nussbaum, "Capabilities and Human Rights," *Fordham Law Review* 66 (1997): 273.

²⁴ Див. Tasioulas, "Exiting the Hall of Mirrors."

²⁵ Схвалення цього погляду див. Buchanan, *The Heart of Human Rights*, 121–30.

²⁶ Цей так званий «Дзеркальний поляд» неправильно приписується захисникам ТУМ. Ibid, 14–23. Для критики цього тлумачення див. Tasioulas, "Exiting the Hall of Mirrors."

дичних прав за індивідами. Застереження дає широкий простір для визнання того, що існують як принципи, так і прагматичні обмеження щодо реалізації моралі прав людини через право прав людини. Навіть, наприклад, якщо мораль прав людини вимагає справедливого розподілу домашніх справ, право не може займатися такими приватними питаннями. Це принципове обмеження. Прагматичні обмеження будуть виникати в тих випадках, коли, навіть якщо припустити, що просування того чи іншого права людини є справою права в принципі, застосування правових засобів буде неефективним або навіть контрпродуктивним. З метою дотримання цих обмежень МППЛ може виправдано суттєво відрізнитись від змісту моралі прав людини, але обґрунтуванням такої розбіжності залишатиметься те, що дає належну дію останнім у цих обмеженнях. Іноді МППЛ належним чином розходиться, будучи вужчим, ніж мораль прав людини; іноді воно буде ширшим, наприклад при закріпленні права, що сприяє дотриманню моралі прав людини, навіть якщо зміст цього юридичного права не відповідає (навіть частково) змісту норми моралі прав людини. Я повернуся до цих міркувань наприкінці статті.

Незважаючи на те, що МППЛ поширюється на ці обмеження, воно, тим не менш, може мати значну цінність для посилення дотримання моралі прав людини різними засобами. По-перше, воно може запропонувати загальнодоступне формулювання змісту даного права людини, яке може бути виявлено через формальні юридичні міркування, а не за допомогою більш суперечливих моральних міркувань. Крім усього іншого, це дозволяє отримати всі переваги згоди щодо переліку прав людини, незважаючи на незгоду щодо засадничого нормативного підґрунтя визнання їх як прав людини. По-друге, якщо існують розбіжності щодо правильного тлумачення будь-якого компонента моралі прав людини, право може допомогти виділити авторитетне тлумачення, яке може узгоджувати очікування між суб'єктами, які мають неоднакові погляди на суть. По-третє, норми прав людини в моралі можуть бути визначені більш конкретними способами, щоб ефективніше керувати поведінкою. Наприклад, необхідно провести межі щодо того, які форми мовлення вживаються стосовно права на свободу слова, а які (як, зокрема, форми мови ненависті) – ні. Схеми розподілу зобов'язань необхідно вирішувати у випадках, коли множина таких схем в принципі є прийнятною. Для цього потрібен процес конкретизації або *детермінації*, що виходить за рамки чітких засобів аргументації, включаючи якийсь колективний вольовий акт, який вибирає між раціонально прийнятними альтернативними специфікаціями змісту та розподілом зобов'язань, пов'язаних із даним правом.²⁷ Нарешті, юридична норма, яка встановлює право людини, може також бути підкріплена одним або декількома механізмами примусового виконання, наприклад, самостійним наданням доповідей державами, зв'язаними правами людини, розслідуваннями, проведеними експертними

²⁷ Щодо ідеї «детермінації» див. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (New York: Oxford University Press, 2011), 284–89.

договірними органами, формальною критикою з боку інших держав або недержавних суб'єктів, таких як неурядові організації, судовим захистом, економічними санкціями або військовим втручанням.

ТУМ – це не тільки найпривабливіший виклад відмінної риси МППЛ; вона також є міцною опорою в саморозумінні повоєнної культури прав людини. Яскравою ілюстрацією цього є історія ст. 27 Загальної декларації прав людини, що стосується, серед іншого, прав інтелектуальної власності.²⁸ Стаття 27 має унікальну відмінність, що полягає в тому, що на стадії розробки виникає протиріччя щодо того, чи *взагалі* слід включати перераховані в ній права, на противагу суперечкам щодо їх точного формулювання.²⁹ Характер розбіжностей красномовно віддає належне впливу ТУМ. З одного боку, держави з сім'ї загального права заперечують проти включення прав інтелектуальної власності саме тому, що вони не розглядають їх як такі, що справді відображають основоположні моральні права, а скоріше як засоби стимулювання технологічних інновацій з метою сприяння економічному процвітання.³⁰ На противагу цьому держави романо-германської правової сім'ї, які давно визнали моральні права авторів, заявляли про включення прав інтелектуальної власності.³¹ Саме такої форми дискусій можна очікувати серед тих, хто припускає істинність ТУМ і тому розглядає МППЛ як рушійну силу моралі прав людини.

Якщо ми розглядаємо істотну відмінну рису МППЛ як підтримку моралі прав людини за допомогою конкретної інституційної методики, як це робить ТУМ, то ми готові протистояти останнім аргументам про те, що права людини є «елітарним дискурсом», який мало підтримує «моральні операційні системи» – щоденні моральні міркування – переважної більшості людей по всьому світу.³² Дотримуючись цієї думки, Майкл Ігнат'єв нещодавно стверджував, що моральне мислення більшості людей обертається не навколо прав людини, а «звичайних чеснот», таких як великодушність, надійність, стійкість тощо.³³ Це гіпотеза, яка може запропонувати тривожний розподіл між освіченими, цінючими права людини елітами, на противагу відсталій масі рептильного населення. Насправді Ігнат'єв скептично ставиться до моральних сил дискурсу про права людини, налаштовуючи більше на спроможність звичайних чеснот, щоб кинути виклик гнітючим і дегуманізуючим силам, що працюють у нашому

²⁸ Див. UN General Assembly, *Universal Declaration of Human Rights*, 10 December 1948, 217 A (III).

²⁹ Для дуже корисної дискусії див. загалом Lea Shaver, "The Right to Science and Culture," *The Wisconsin Law Review*, no. 1 (2009).

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² Див. Michael Ignatieff, *The Ordinary Virtues: Moral Order in a Divided World* (Cambridge: Harvard University Press, 2017), 24, 28 (характеризуючи права людини як «елітарний дискурс», lingua franca впливового, але тонко розповсюдженого прошарку освіченої інтелігенції, середнього та вищого середнього класу, викладачів університету, студентів, активістів, журналістів та чиновників»).

³³ *Ibid.*, 40, 150–54, 216–17.

глобалізуючому світі.³⁴ Але, у будь-якому випадку, вся схема Ігнат'єва ґрунтується на основі сумнівного порівняння прав людини з МППЛ. Не викликає здивування, що моральне мислення більшості людей не спирається сильно на набір міжнародно-правових норм, орієнтованих насамперед на регулювання поведінки держави. Було б дуже своєрідно, якби це було інакше. Права людини є фундаментальними моральними нормами, і систему МППЛ слід розуміти як підпорядковану їм у спосіб, визначений ТУМ. Трактуючись як моральні норми, права людини можна легше знайти вбудованими в «моральні операційні системи» разючої кількості людей у всьому світі, незалежно від місця, яке вони займають у будь-якій соціальній ієрархії.³⁵ Справді, власні дослідження Ігнат'єва в моральній етнографії розкривають, що всі люди, в яких він брав інтерв'ю, незалежно від того, наскільки скромним був їхній соціальний статус, вважають, що вони морально розглядаються як особи, що вони мають «рівне право голосу», що в силу того, що вони люди, з ними не можуть поводитися «як зі сміттям».³⁶ Навіть якщо вони прямо не використовують термін «права людини», роблячи ці твердження, не важко зрозуміти, що думка, яку вони формулюють, може бути точно викладена в цьому терміні, особливо якщо вони вірять, що форми поведіння, яких вони вимагають, повинні їм надаватися просто в силу їх статусу людини.

Після того, як належна увага приділена думці про те, що багато людей мають інтуїтивне розуміння моралі прав людини – моральних прав, якими володіють усі люди просто в силу того, що вони люди, – не можна вважати, що на їхнє ставлення до МППЛ впливає те, що вони правильно чи неправильно приймають як форму цієї моралі, в широкому сенсі те, що пропанує ТУМ. Звідси, наприклад, поширені вияви підозр або недовіри до нових прав людини, таких як права на щорічну оплачувану відпустку, доступ до Інтернету або одностатеві шлюби. Не потрібно сприймати ці сумніви як виявлення відмови від самої ідеї прав людини, на відміну від скептицизму щодо того, що передбачувані права такого роду заслуговують класифікації поряд з парадигматичними правами людини, такими як право не зазнавати рабства і тортур. Якщо зазвичай вважається, що МППЛ надмірно відхиляється від ТУМ, це може допомогти пояснити деякі популярні люфти, з якими стикається генератор. Але, залишаючи ці соціологічні спекуляції осторонь, ця стаття звертається тепер до питання, поставленого на початку: Чи є якісь підстави припускати, що МППЛ справді істотно відхиляється від вимог ТУМ?

Не маючи на меті давати вичерпний перелік способів, якими МППЛ може відхилитися від тези утворюючої мети, решта цієї статті висвітлить два важливі типи відхилень, які протягом останніх років підірвали МППЛ зсередини:

³⁴ Ibid, 24, 200–23.

³⁵ Ibid, 24, 28.

³⁶ Ibid, 198, 201. Повний виклад мого скептицизму щодо заяв Ігнат'єва див. John Tasioulas, “Making Human Rights Ordinary Again: A Response to Ignatieff,” *King's Law Journal* 30 (December 2018).

(а) Невдача адекватно визнати та слідувати ідеї, що МППЛ займається насамперед забезпеченням реалізації загальнолюдських моральних прав – які значною мірою пов'язані з зобов'язаннями – а не загалом інтересами людини або повним спектром політичних цінностей (частина III); і

(б) Активне просування як легалізації (узаконювання. – прим. перекл.), так і, більш конкретно, юдиціалізації (судового гарантування. – прим. перекл.) прав людини, так, ніби ці інституційні механізми зумовлені прихильністю до прав людини, без належного врахування ефективності або легітимності застосування цих методів інституціоналізації прав людини (частина IV).

Ці два відхилення не є вичерпними з огляду на способи, через які МППЛ відхиляється від ТУМ, і ця стаття не претендує на наближення до вичерпного розгляду кожної з цих проблем.³⁷

III. Плутання прав людини з інтересами та цінностями

Відповідно до ТУМ МППЛ слід оцінювати з точки зору засадничої моралі прав людини. Виявлення змісту цієї засадничої моралі є критично важливою відправною точкою у визначенні того, чи відповідає МППЛ своєму істинному призначенню. Яким же є зміст керівної ідеї універсальних моральних прав, моральних прав, якими володіють усі люди просто в силу того, що вони є людьми? Це, звичайно, величезна тема. Ця стаття буде зосереджена лише на одному критично важливому аспекті: на тому, що моральні права пов'язані з обов'язками, які складають їх нормативний зміст. Говорячи про права людини, можна не просто звертатись до загальнолюдського інтересу, такого, як свобода від страждань, чи інтересів стосовно автономії, знань чи дружби. Не можна також просто звертатись до якоїсь іншої деонтичної цінності, наприклад, людської гідності. І загальнолюдські інтереси, і людська гідність є цінностями, які лежать в основі прав людини; вони є основоположними цінностями, які обґрунтовують вимоги прав людини. Але вони не повинні отожднюватися з правами людини. Права людини існують лише тоді, коли цінності загальних інтересів та гідності людини є достатніми для всіх людей, щоб виправдати зобов'язання щодо певного поведіння з кожним із них.³⁸ Те, що права людини пов'язані з кореспондуючими обов'язками, має важливе значення принаймні за чотирма напрямками.

³⁷ Інші важливі відхилення включають тенденцію пов'язувати справжню прихильність до моралі прав людини з міцною прихильністю до військового втручання у разі їх широкого порушення та з безкомпромісним ставленням до покарання осіб, відповідальних за грубі порушення прав людини. Для корисної дискусії щодо цих сфер МППЛ, див. Hurst Hannum, *Rescuing Human Rights: A Radically Moderate Approach* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), особливо в розділах 2 та 8. Аналіз Ганнума, однак, загалом обтяжений відсутністю розробленого викладу принципів, що визначають, якою має бути ключова мета МППЛ, і, конкретніше, відсутністю розуміння значення моралі прав людини в такому розумінні.

³⁸ Детальну інформацію про засади моралі прав людини див. John Tasioulas, "On the Foundations of Human Rights," in *Philosophical Foundations of Human Rights*, ed. Rowan Cruft (Oxford: Oxford University Press, 2015).

По-перше, обов'язки категоричні. Зв'язаний хтось ними чи ні, не залежить від ваших поглядів, бажань чи проєктів. Дехто зв'язаний ними незалежно від того, яким чином він може бути мотивований. Особа не може просто ухилитися від обов'язків через доцільність зміни свого профілю бажань, цілей чи уподобань. Чи є у когось причина їсти зараз або пізніше, це частково залежить від його бажань. Але те, що дехто має обов'язок забезпечувати їжею залежних від нього дітей, визнається незалежно від його бажань чи інших суб'єктивних ставлень до цього.

По-друге, обов'язки надійно стійкі до того, щоб зазнати поразки або «торгуватись» з іншими міркуваннями, включаючи інші обов'язки. Якщо ми просто говоримо про практичні причини робити чи утримуватися від чогось, то причини звично перемагаються іншими причинами. У когось може бути причина вставати з ліжка рано вранці, але це може бути легко переможене компенсаційними причинами, такими як приємність затриматися довше в ліжку. Але якщо хтось пообіцяв взяти участь у зустрічі раннього ранку, яку можна провести лише вставши раніше, ніж зазвичай, тоді це має бути обов'язок, який не може бути переможений причиною залишитися в ліжку, бо це було б приємно. Звичайно, іноді навіть обов'язки можуть бути анульовані, наприклад, у надзвичайних випадках, хоча є цікаве питання, чи існує клас моральних обов'язків, які мають абсолютну силу, тому ніколи не підлягають анулюванню. Але, за своєю суттю, випадки, коли обов'язки будуть анульовані – виняткові. Важливо, однак, що ми не пов'язуємо супротив обов'язків бути анульованими з думкою Дворкіна про те, що права є «козирами» проти загального блага.³⁹ Ця остання теза втілює концепцію загального блага – швидше за все, утилітарну – яка не включає права людини як частину свого змісту і розглядає права як стандартні, здатні зіткнутися із загальноприйнятим загальним благом.⁴⁰ Обидва припущення передбачають серйозні спотворення.

По-третє, невиконання обов'язків є протиправним. Хтось, хто порушує обов'язок, без обґрунтування чи виправдання, належним чином звинувачується іншими та самим собою (тобто він має підстави відчувати свою провину). На противагу цьому, дії, що не відповідають інтересам іншої особи, або навіть такі дії, що завдають шкоди її інтересам, не обов'язково є протиправними. Немає порушення, якщо людина не зможе піддати небезпеці своє власне життя, щоб врятувати чуже життя, якщо тільки між ними немає стосунків певного характеру. Так само немає порушення, якщо в добросовісній конкуренції один видавлює іншого з бізнесу або перемагає при отриманні бажаної роботи.

Нарешті, є певні обов'язки, які не пов'язані з правами, наприклад, «недосконалі обов'язки» благодійності та милосердя.⁴¹ Однак існує підгрупа обов'язків, які є *спрямованими* за характером, оскільки вони є зобов'язаннями перед носіями прав.

³⁹ Див. John Tasioulas and Effy Vayena, "The Place of Human Rights and the Common Good in Global Health Policy," *Theoretical Medicine and Bioethics* 37 (2016): 365, 366.

⁴⁰ Ibid, 375–80.

⁴¹ Tasioulas, "On the Foundations of Human Rights," 61–62.

Ці обов'язки, що пов'язані з правами (або «досконалі обов'язки»), традиційно вважаються вимогами *справедливості*. Ці вимоги *ceteris paribus* (за інших рівних умов) мають певний пріоритет перед іншими етичними міркуваннями, включаючи моральні зобов'язання, які не асоціюються із жодним носієм прав. Підгрупа цих обов'язків справедливості, які належать всім людям просто в силу їх належності до людського роду, визначаються як *права людини*. Це складне питання, чим пояснюється спрямованість таких обов'язків, пов'язаних із правами, але одне досить достовірне твердження наголошує, що вони випливають з характеру обґрунтування відповідних обов'язків.⁴² Це обґрунтування є індивідуалістичним за природою, апелюючи до деяких інтересів або цінностей, невід'ємно притаманних скоріше носію прав, ніж деякій колективності. Виключне походження досконалого обов'язку, пов'язаного з правами, за деякими ознаками (наприклад, інтереси, гідність тощо), якими володіє носій прав, пояснює, чому порушення обов'язку *завдає шкоду* останньому, і дає обґрунтовану підставу для *почуття обурення*, а не просто порожнього звинувачення.

Ключова передумова, яку слід вивести з даного контексту, полягає в тому, що якщо МППЛ має відповідати своїй суті, то воно повинно належним чином висловлювати і забезпечувати реалізацію універсальних моральних прав, які охоплюють обов'язки у цьому сенсі, а не просто універсальні інтереси або цінності, такі як людська гідність. Однак постійним недоліком сучасного дискурсу прав людини є тенденція ігнорувати всеосяжні вимоги про те, щоб МППЛ регулювалося засадничою мораллю прав людини. Одним із проявів цього є широко поширене побоювання з приводу інфляції прав людини. Це не стільки уявне занепокоєння, що існує «занадто багато» прав людини, а швидше думка про те, що існує тривожна корозія самої ідеї прав людини, тому що відмінність між універсальним інтересом і універсальним моральним правом занадто часто ігнорується в МППЛ.⁴³ В іншій своїй роботі я запропонував загальний звіт про основні засади прав людини, який буде описано тут тільки в загальних рисах. Норми прав людини в моралі повинні розглядатися як такі, що базуються на двох основних видах значень: людські інтереси та людська гідність.⁴⁴ Людська гідність належить до єдиних внутрішніх цінностей, властивих всім людським істотам, просто як особливість представників людського роду.⁴⁵ Універсальні інтереси стосуються загальних компонентів добробуту людини. Це незменшувана множина цінностей, таких як: гідність, дружба, знання та гра, які є об'єктивними, оскільки їх цінність не залежить від того, чи є вони об'єктами бажання або переваги з боку тих, для кого вони цінні.⁴⁶ Потім виникає складне питання про те, як людина переходить від цих основоположних цінностей (загальних інтересів і людської гідності) до прав, пов'язаних із обов'язками

⁴² Див. Tasioulas, "On the Foundations of Human Rights," 61–62.

⁴³ Див. загалом: James Griffin, *On Human Rights* (Oxford University Press, 2008).

⁴⁴ Tasioulas, "On the Foundations of Human Rights," 50–56.

⁴⁵ Ibid, 53–56.

⁴⁶ Ibid, 50–53.

(зобов'язаннями).⁴⁷ Три ключові міркування є такими: (а) ймовірно зобов'язання має бути можливим для виконання; (б) зобов'язання не повинно покладати надмірний тягар на носіїв зобов'язань чи інших осіб; і (в) зобов'язання, пов'язані з даним правом, повинні відповідати цілісному обмеженню, бути сумісними з іншими галузями права. Усі ці три елементи потребують складного пояснення, але тут варто зауважити, що посилання на «тягар» у (б) не просто пояснюється з точки зору таких факторів, як ринкова ціна або психологічний тягар через аморальні (наприклад, гомофобні або расистські) міркування, оскільки це зробило б існування прав людини заручником особливостей світу, які пов'язані з моральними вадами.⁴⁸ На жаль, велика частина сучасних дискусій в МППЛ не враховує ці міркування, завдаючи шкоди його здатності реалізувати свою утворюючу мету – втілити в життя мораль прав людини.

В ході роботи над проектом консультантом Світового банку мною було чітко підтверджено мінімальні основні зобов'язання і їх відношення до права на здоров'я зокрема.⁴⁹ У цьому контексті особлива увага приділяється праву людини на здоров'я, оскільки воно перегукується із переконливими заявами правозахисників, таких як Алстон,⁵⁰ що ефективна реакція на популістську риторику проти прав людини повинна забезпечувати соціально-економічні права, при забезпеченні яких все населення могло б з більшою готовністю вважати себе зацікавленим в рівних умовах поряд з більш знайомими громадянськими і політичними правами, які часто (помилково) сприймаються як такі, що переважно приносять користь певним групам меншин, злочинцям, біженцям, терористам та ін.⁵¹ Однак стандартне тлумачення права людини на здоров'я знівечене двома формами перебільшення, що виникають через нездатність врахувати критично важливу відмінність між інтересами і правами.

Перша форма перебільшення належить до нормативного обсягу права людини на здоров'я (тобто зміст цього права, який виділяє його як одне окреме право людини серед інших прав людини). Право людини на здоров'я розглядається стандартно таким чином, щоб охоплювати не лише надання (певних видів) медичних послуг,

⁴⁷ Tasioulas, "On the Foundations of Human Rights," 56–63.

⁴⁸ Ibid, 60.

⁴⁹ Див. John Tasioulas, *Minimum Core Obligations: Human Rights in the Here and Now* (World Bank, 2017), 1–3, <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/29144/122563-WPTasioulas2-PUBLIC.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [hereinafter Tasioulas, *Minimum Core Obligations*]; John Tasioulas, *Minimum Core of the Right to Health* (World Bank, 2017), 1–2, <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/29143/122561-WP-Tasioulas-PUBLIC.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [<https://perma.cc/F5VL-CKYM>] [hereinafter Tasioulas, *Right to Health*]; див. також James G. Stewart, "New Symposium – John Tasioulas' Minimum Core Obligations in Economic, Cultural and Social Rights," James G. Stewart Blog (May 10, 2018), <http://jamesgstewart.com/new-symposium-john-tasioulas-minimum-core-obligations-in-economic-cultural-and-social-rights/> [<https://perma.cc/VXS4-J4XM>].

⁵⁰ Див. Alston, "The Populist Challenge to Human Rights," 9 (пояснення, що економічні та соціальні права повинні бути частиною боротьби за права людини).

⁵¹ Див. Tasioulas, *Minimum Core Obligations*; Tasioulas, *Right to Health*.

а і заходів громадської охорони здоров'я, соціальних детермінант здоров'я.⁵² Також прийнято включати будь-яке право, що має відношення до інтересів у галузі охорони здоров'я, в тому числі право на освіту, роботу, участь у політичному житті, право не піддаватися тортурам або дискримінації і т. д.⁵³ Таке тлумачення подвійно проблематично – воно робить право людини на здоров'я громіздким стандартом оцінки, оскільки дотримання цього правила має на увазі дотримання великого переліку інших прав, воно підриває істинну ідею наявності переліку конкретних прав, в значній мірі, що не перекриваються, оскільки, як виявляється, одне з цих прав включає практично всі інші. В основі цих проблем лежить нездатність адекватно відокремити право на здоров'я від простого інтересу до здоров'я. Перше є одним із прав серед інших; останнє є багатоцільовим, який лежить в основі багатьох видів прав, серед яких право на здоров'я (те саме стосується і таких інтересів, як автономія, яка також лежить в основі багатьох видів прав людини, а, отже, не може служити основою для індивідуалізації їх нормативної сфери).⁵⁴ Належний спосіб індивідуалізації окремих видів прав людини полягає не просто в посиланні на профіль інтересів, яким вони служать (оскільки вони часто будуть дуже схожі в разі абсолютно різних прав), але і по відношенню до змісту зобов'язань, пов'язаних з ними.⁵⁵ У випадку права людини на здоров'я ці зобов'язання найкраще інтерпретувати як такі, що належить до медичного лікування, заходів громадської охорони здоров'я та соціальним детермінантам охорони здоров'я.⁵⁶ Отже, з цієї точки зору, тортури, хронічне безробіття, позбавлення базової освіти та дискримінація за ознакою статі можуть бути порушенням прав людини, яке чинить серйозний негативний вплив на здоров'я, але разом з тим не є порушенням

⁵² UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment no. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health* (Art. 12 of the Covenant), 11 August 2000, E/C.12/2000/4 [hereinafter *CESCR General Comment 14*].

⁵³ Див. *Ibid.* «Право на здоров'я тісно пов'язане і залежить від реалізації інших прав людини... включаючи права на їжу, житло, роботу, освіту, людську гідність, життя, недискримінацію, рівність, заборону катувань, конфіденційність, доступ до інформації та свободу асоціацій, зборів та руху. Ці та інші права та свободи стосуються невід'ємних компонентів права на здоров'я». Провідний науковий співробітник світового права в галузі охорони здоров'я визнав цю характеристику сфери права людини на здоров'я занадто обмеженою, і запропонував включити «гендерну рівність, зайнятість та соціальне включення». Lawrence O. Gostin, *Global Health Law* (Cambridge: Harvard University Press, 2014), 257. Тим часом «Аркуш фактів», спільно виданий Управлінням Верховного комісара ООН з прав людини та Всесвітньою організацією охорони здоров'я, аналогічним чином описав право на здоров'я як таке, що включає низку інших прав, зокрема гендерну рівність та свободу від катування та іншого жорстокого, нелюдського або принизливого поведіння чи покарання. UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), Fact Sheet no. 31, *The Right to Health*, June 2008, no. 31, <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf> [<https://perma.cc/A4QT-JNZB>].

⁵⁴ Див. Tasioulas and Vayena, "The Place of Human Rights and the Common Good in Global Health Policy."

⁵⁵ *Ibid.*, 369–73.

⁵⁶ *Ibid.*

права людини на здоров'я. Ця тенденція також не обмежується економічними, соціальними і культурними правами, що наочно демонструє нещодавній Загальний коментар № 36 про право на життя Комітету ООН з прав людини.⁵⁷ Комітет дуже широко інтерпретує це право як право на гідне життя (3), в результаті чого його зміст широко «розкидано між іншими правами людини», включаючи права, закріплені в Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права (2).⁵⁸ Крім того, Комітет не може сформулювати принципову основу, коли право на життя включає в себе зміст інших видів прав людини. Це також не дає адекватного пояснення того, як широке перетинання з соціально-економічними правами, такими як право на здоров'я і житло, тобто те, що він пропонує, сумісно з його твердженням про те, що право на життя не підлягає сумніву «навіть в ситуаціях збройного конфлікту та інших надзвичайних ситуаціях, що загрожують життю нації».⁵⁹ Знову ж таки, виникає підозра, що право на життя в даному контексті індивідуалізується з посиланням на узагальнений інтерес до «гідного життя», а не на певне поняття з нормативної форми права (*right*).⁶⁰

Другий спосіб визначення права людини на здоров'я безпосередньо пов'язаний з даним висловлюванням (тобто зі змістом зобов'язань, пов'язаних із ним). Це так, навіть якщо обсяг його нормативного змісту обмежений зобов'язаннями, які стосуються медичного лікування, заходів громадської охорони здоров'я і відповідних соціальних детермінант охорони здоров'я. Даний зміст звичайно сформований для того, щоб охопити елементи, які не можна стверджувати приблизно, які є обов'язковими для всіх, тому що через укорінені обмеження ресурсів неможливо або є надмірно обтяжливими, щоб нав'язувати їх як зобов'язання. Розглянемо ще раз Зауваження загального порядку № 14 Комітету ООН з економічних, соціальних і культурних прав про право людини на здоров'я і зосередимося на тому, що в ньому йдеться про особливу категорію мінімальних ключових зобов'язань («мінімального ядра» зобов'язань).⁶¹ Передбачається, що це зобов'язання негайної дії, на відміну від інших зобов'язань, пов'язаних з соціально-економічними правами, вони не підлягають поступовій реалізації з плином часу, а також зобов'язання, які в Загальному коментарі

⁵⁷ Див. UN Human Rights Committee (HRC), *General comment no. 36, Article 6 (Right to Life)*, 3 September 2019, CCPR/C/GC/35.

⁵⁸ Див. *Ibid*, 26. Ступінь суперечності з соціально-економічними правами є вагомий. «Обов'язок захищати життя так само передбачає, що держави-учасниці повинні вжити відповідних заходів для вирішення загальних умов у суспільстві, які можуть спричинити прямі загрози життю або перешкодити людям гідно користуватися своїм правом на життя. Ці загальні умови можуть включати високий рівень кримінального насильства та жорстокості, повсякденних дорожніх та виробничих аварій, деградацію навколишнього середовища, позбавлення землі, територій та ресурсів корінних народів, поширеність небезпечних для життя захворювань, таких як СНІД, туберкульоз чи малярія, широке зловживання наркотиками, голод і недоїдання, надзвичайна бідність та бездомність».

⁵⁹ *Ibid*, 2.

⁶⁰ *Ibid*, 3.

⁶¹ CESCR *General Comment* 14.

інтерпретуються (на мій погляд, неправильно) як такі, що не допускають відступу від них.⁶² «Мінімальне ядро» інтерпретується як таке, що включає такі елементи, як прийняття «національної стратегії громадської охорони здоров'я і плану дій на основі епідеміологічних даних», які, як зазначали провідні фахівці, стануть пріоритетом для найбагатших та передових суспільств.⁶³ На думку Джона Тобіна, автора ретельного дослідження про право на здоров'я в міжнародному праві,

бачення «мінімального ядра» зобов'язань держав щодо права на здоров'я, як було заявлено Комітетом ЄАК, не пов'язане зі здатністю держав реалізувати це бачення. Воно просто не пропонує принципового, практичного або послідовного обґрунтування, яке є досить чутливим до контексту, в якому повинно здійснюватися право на здоров'я.⁶⁴

Не дивно, що в світлі такого підходу, про який докладно говорилося вище, критики політичного значення права людини на здоров'я відхилили його на тій підставі, що воно являє собою «вимогу на кошти, яка не має природного обмеження, оскільки будь-хто з нас зміг би стати здоровішим за рахунок більшої турботи».⁶⁵ Ця критика досягла б своєї наміченої мети, якби широке тлумачення прав людини як інтересів було виправдано з точки зору ТУМ, але це не так. Як тільки право ідентифікується з базовим інтересом, якому воно служить, то все, що залишається, – це ймовірне «право», яке більше не відповідає формі і силі обов'язку; це в значній мірі не може бути виконано; і воно легко і систематично ігнорується протилежними міркуваннями, враховуючи середовище множинних конкуруючих претензій на обмежені ресурси.⁶⁶ Всупереч ТУМ, він усе більше відштовхує МППЛ від своїх нормативних коренів в моралі прав людини, породжуючи скептицизм з приводу права прав людини, яке може в кінцевому підсумку стати передбачуваним, якщо не виправданим процесом зворотної дії, тобто скептицизмом щодо самої моралі прав людини.⁶⁷

Доктрина прав людини, яка ілюструє виражену тут занепокоєність, полягає в тому, що пропорційність – це доктрина, вплив якої розширився від її походження в німецькому богослов'ї до німецького конституційного права і до правового мислення в області прав людини в цілому, незважаючи на те, що Сполучені Штати в значній

⁶² CESCR *General Comment* 14.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ John Tobin, *The Right to Health in International Law* (New York: Oxford University Press, 2012), 240.

⁶⁵ William Easterly, "Human Rights are the Wrong Basis for Healthcare," *Financial Times*, October 12, 2009, <http://www.ft.com/cms/s/0/89bbda2-b763-11de-981200144feab49a.html#axzz3ymSAIA9w> [<https://perma.cc/3WMJ-76HF>].

⁶⁶ Див. Tasioulas, *Right to Health*.

⁶⁷ Для корисної дискусії про шляхи, завдяки яким розширення вмісту МППЛ може підірвати їх ефективність, див. Yuval Shany, *The Universality of Human Rights: Pragmatism Meets Idealism*, The Jacob Blaustein Institute Human Rights Lecture (July 21, 2018), <https://www.jbi-humanrights.org/BlausteinLecture2.Online.24July18.pdf> [<https://perma.cc/SSB8-RW6W>].

мірі все ж не піддаються її широкому впливу.⁶⁸ Ця доктрина передбачає дуже широке тлумачення прав людини, так що вони прирівнюються практично до будь-якого юридично пізнаваного інтересу, яким може володіти людина.⁶⁹ Розставивши таким чином обсяг і зміст прав людини, вона потім питає, чи може міра, яка порушує це широке право, потім бути виправданою аналізом пропорційності, який враховує дійсні цілі, переслідувані порушником.⁷⁰ Обговорення цієї статті буде сфокусовано на найпершому етапі аналізу пропорційності, дуже широкому тлумаченні змісту прав людини, з якого вона починається.

Хоча прихильники підходу пропорційності можуть використовувати слова «зобов'язання» або «обов'язок», в той час як співрозмірність чинить більший тиск на ключову ідею про те, що права людини – це права, а не інтереси або цінності.⁷¹ Як визнав провідний теоретик і прихильник цієї доктрини Роберт Алексі, з точки зору пропорційності – фундаментальні права є «всюдисущими» тільки тому, що всюдисущими юридично визнаються інтереси окремих осіб.⁷² Але ціна цієї всюдисущості – це різке зменшення значимості.⁷³ Як написав Маттіас Кумм, ще один з провідних захисників пропорційності: «Власник прав не має великого права в силу права. ...Порушення сфери дії права є лише поштовхом для ініціювання оцінки виправданості порушення».⁷⁴ Тут втрачається думка, що права людини передбачають обов'язки, оскільки обов'язки не є всюдисущими і за своєю суттю загалом стійкі до того, щоб їх можна було усунути протиправними міркуваннями.⁷⁵ Відверто викладаючи очевидні наслідки доктрини пропорційності, Алексі і Кумм ненавмисно надають нам з її *reductio ad absurdum* (зведенням до абсурду).

⁶⁸ Див. Robert Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality,” *Ratio Juris*, no. 16 (2003): 131, 132.

⁶⁹ Див. Ibid, 135.

⁷⁰ Існують різні формулювання доктрини, але така, яка досягла канонічного статусу, продовжується шляхом (1) виявлення легітимної мети, якою слугує якась міра; (2) запитання, чи прийняті засоби ефективні для досягнення цієї мети; (3) чи мають вони найменший негативний вплив на інші права та інтереси; та (4) запитання, чи є обґрунтованим, що враховується в усьому, досягнення мети цими засобами, враховуючи не лише шкоду, заподіяну як побічний ефект, а й шкоду, яка може бути нанесена, якщо вона не переслідує мету? (або за допомогою цих або порівнянних засобів). Цим елементам слід висловлювати різні закиди, але я зосереджуюсь на попередньому кроці аналізу пропорційності: тенденція до виявлення прав з інтересами, а отже, до швидкої ідентифікації всіляких заходів як втручання у права, які потребують відміни за допомогою аналізу пропорційності. Для ознайомлення з дискусією щодо пропорційності див. John M. Finnis, “Judicial Power: Past, Present and Future,” *Oxford Legal Studies*, Research Paper no. 2/2016, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2710880 [<https://perma.cc/H9JU-RRE4>].

⁷¹ Див. Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality,” 133.

⁷² Ibid.

⁷³ Див. Ibid, 134 (цитуючи Jurgen Habermas, *Between Facts and Norms*, trans. William Rehg (Cambridge: MIT Press, 1996), 256).

⁷⁴ Mattias Kumm, “Political Liberalism and the Structure of Rights,” in *Law, Rights and Disclosure: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, ed. George Pavlakos (Oxford: Hart Publishing, 2007), 131–66.

⁷⁵ Ibid.

Щоб прояснити цей останній момент, важливо розрізнити три реальних або очевидних сценарії конфлікту, які повинні враховуватися мораллю прав людини, і правом прав людини, які належним чином реагують на нього. Перший сценарій полягає в тому, що певне право людини *вступає* в конфлікт з іншим міркуванням, в тому числі, можливо й з іншим правом людини, але це явище є хибним. Однією з причин відсутності конфлікту може бути те, що передбачуване суперечливе міркування підпадає під дію виключення, вбудованого в специфікацію відповідних обов'язків з прав людини. Зрозуміло, що залишається відкритим питання, чи існують які-небудь права людини, які визначають правопорушення, на які не поширюються винятки. Обов'язки, пов'язані з правом людини не зазнавати катувань, часто трактуються таким чином.⁷⁶ Злочинець, який справедливо засуджений до покарання у вигляді позбавлення волі за вчинення вбивства, повинен трактуватися як такий, що потрапляє у виняток із права на свободу. Його право на свободу не суперечить вимогам реституційної справедливості, які виправдовують позбавлення волі.⁷⁷ Натомість обов'язки, пов'язані з його правом на свободу, поширюються на певні винятки, і одним з яких є винятком, який забезпечує втрату свободи на основі заподіяння справедливого покарання.⁷⁸ Такий інтерес злочинця до свободи, безперечно, повертається в силу справедливого вироку, винесеного йому, – це повернення інтересів, нарешті, є вирішальною частиною пункту покарання за нього – але його *право* на свободу не зачіпається.⁷⁹ Це те, про що не можна легко сказати з аналізу пропорційності, який має тенденцію зведення права на свободу до інтересу злочинця до свободи, і тому змушений вважати справедливий вирок як посягання – виправдане порушення – цього права.⁸⁰

Обґрунтовані порушення права, або посягання на право, є другим видом конфліктного сценарію. Вони стосуються випадків, коли обов'язок, пов'язаний із правом, присутній, але його нормативна сила скасовується або принаймні врівноважується іншим міркуванням, будь то певне право людини чи якась інша цінність.⁸¹ Знову ж таки, відкритим є питання про те, чи обов'язок, пов'язаний з цим правом, може бути анульованим, або натомість має абсолютну силу і тому ніколи не може бути

⁷⁶ Як правило, стаття 7 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, яка забороняє урядам піддавати кого-небудь «тортурам або жорстокому, нелюдському або принизливому поводженню або покаранню», як правило, трактується як винятковий. Див. UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, 171.

⁷⁷ Див. Griffin, “On Human Rights,” 57–82. Це провідний сучасник з філософської дискусії про права людини, але виявляє тенденцію ототожнювати права людини з нашим інтересом до особистості, принижуючи життєво важливу роль обов'язків у конкретизації змісту прав людини. Це, я стверджував, має негативні наслідки для оцінки Гриффіна щодо обґрунтування прав людини та їх ролі у практичних конфліктах. John Tasioulas, “Taking Rights out of Human Rights,” *Ethics* 120 (2010): 647, 672–78.

⁷⁸ Див. Tasioulas, “Taking Rights out of Human Rights,” 673–78.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Див. Griffin, “On Human Rights”; Tasioulas, “Taking Rights out of Human Rights”.

⁸¹ Див. Tasioulas, “Taking Rights out of Human Rights”.

виправдано скасованим.⁸² Майже за визначенням, випадки порушення будуть, як правило, рідкісними, виникаючи в надзвичайних ситуаціях, а не у звичайному житті.⁸³ Повертаючись до права людини на свободу, прикладом порушення права людини могла б стати ситуація, в якій для запобігання масштабного терористичного нападу велика кількість людей має бути зачинена в будівлі на цілий день для того, щоб запобігти нападу терориста, обґрунтовано підозрюваного в тому, що він ховається в цій будівлі.⁸⁴ В цій ситуації були порушені права на свободу невинних в будівлі, але це виправдано. Те, що вони були б порушені, на відміну від випадку, коли злочинець засуджений до справедливого покарання, підтверджується тим фактом, що вони, на відміну від нього, заслуговують на вибачення і, можливо, навіть на компенсацію за допущене порушення їх прав. Зобов'язання вибачитися і компенсувати – це те, що було названо «залишками» первинного зобов'язання не втручатися в їхню свободу. Більше того, вони, на відміну від злочинця, мають вагомий підстави прагнути ухилитися від обмеження своєї свободи, якщо вони могли б зробити це таким чином, щоб не надмірно ризикувати порушенням заходів, вжитих для запобігання теракту.

Нарешті, третій сценарій – це той, у якому існує справжній конфлікт між правом людини та іншим практичним міркуванням, але немає обґрунтування скасування обов'язку, пов'язаного з правом. Невідповідність праву в такому випадку є прямим порушенням права людини. Єдиними пом'якшуючими факторами тут можуть бути міркування, які, як правило, виправдовують порушника прав, такі як той факт, що вони були спровоковані або діяли через незнання, або це виправдовує надання їм більш м'якої кваліфікації, наприклад, той факт, що вони покаялись у своїх провинах.

Аспект аналізу недосконалості пропорційності полягає в тому, що, поєднуючи права з інтересами на своєму першому кроці, він не в змозі правильно підібрати цю потрібну схему, чи бути занадто готовим до пошуку конфліктів там, де їх немає і, як наслідок, значною мірою розширювати категорію утискань.⁸⁵ Але це суперечить тому, що нормативний зміст прав визначається пов'язаними з ними обов'язками і що він належить самій ідеї такого зобов'язання, що він надійно (а то й абсолютно) стійкий до перевизначення.⁸⁶ Або як Т. М. Сканлон зазначив, що «інтереси збалансовані,

⁸² Див. Tasioulas, "Taking Rights out of Human Rights".

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid, 673.

⁸⁵ Цікаво, що стаття 19 (2) німецького Основного Закону захищає «сутність» основного права від кваліфікації. Див. *Basic Law for the Federal Republic of Germany* (as amended July 2002) [Germany], 23 May 1949, 19 (2). Але ця доцільність визначити нерозбірливе ядро залишає поза центральним випадком ситуацію, коли зобов'язання є надійним, але не абсолютно стійким до компромісів.

⁸⁶ Див. Francisco Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017); Guglielmo Verdirame, "Rescuing Human Rights From Proportionality," in *Philosophical Foundations of Human Rights*, ed. Rowan Cruft (Oxford: Oxford University Press, 2015); Finnis, "Judicial Power: Past, Present and Future".

права переглянути».⁸⁷ Іншими словами, хоча інтереси, що розглядаються виключно як інтереси, повсюдно вступають у конфлікт між собою і з іншими міркуваннями і повинні протиставлятися один одному в звичайному практичному обговоренні, права виступають як обов'язки за змістом, серйозні роздуми про останні, мають бути зосереджені на визначенні їх змісту таким чином, щоб вони, як правило, були стійкі до їх відміни, що може дійсно включати перегляд цих обов'язків з плином часу.⁸⁸

Не важко зрозуміти, як постійне розмивання зв'язків між МППЛ та мораллю прав людини може призвести до загального невдоволення першим. Одним із способів є те, що люди починають відчувати, що ТУМ, яка, на їхню думку, повинна регулювати розвиток МППЛ, не дотримується останніми. Така можливість не є надуманою, якщо, як зазначалося вище, елементи моралі прав людини в значній мірі фігурують в моральній свідомості простих людей разом зі здоровим чуттєвим переконанням, що мета МППЛ полягає в тому, щоб дати належне вираження і вплив на цю мораль.⁸⁹ Але більш непрямий шлях до невдоволення робить менш амбітними припущення про неявне моральне пізнання. Бо навіть якщо звичайні люди переконані в тому, що основні інтереси, про які говорилося вище, є їх правами, неминуче, що бажаний і наситний характер таких вимог призведе до того, що ці інтереси будуть систематично недооцінюватися. Врешті-решт, це є чітким поясненням аналізу пропорційності, який полягає в тому, що «правовласник не має особливої цінності в силу наявності права».⁹⁰ Можна очікувати, що ті, хто покладав свої надії, підняв питання про розширені права на медичне обслуговування, освіту або можливості працевлаштування, може стати жертвою сильного розчарування, коли ці права не будуть задоволені навіть віддалено, що супроводжується гнівом і в кінцевому підсумку цинізмом з приводу всього механізму МППЛ і, можливо, навіть самої моралі прав людини.⁹¹

⁸⁷ T. M. Scanlon, *A Framework for Thinking about Freedom of Speech, and some of its Applications* (October 26, 2018), 5 (неопублікований рукопис) (За матеріалами Каліфорнійського університету, школи права Берклі).

⁸⁸ З міркувань, накреслених вище, мене підбадьорили і збагатили з цього приводу такі останні роботи про пропорційність: Finnis, "Judicial Power: Past, Present and Future"; Urbina, "A Critique of Proportionality and Balancing"; Verdirame, "Rescuing Human Rights From Proportionality" (критикуючи пропорційність як підрив моралі прав людини).

⁸⁹ Див. Tasioulas, "Exiting the Hall of Mirrors," 14.

⁹⁰ Robert Alexy, "Political Liberalism and the Structure of Rights," in *Law, Rights and Disclosure: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, ed. George Pavlakos (Oxford: Hart Publishing, 2007), 139.

⁹¹ Для потужного вираження такої теми див. Onora O'Neill, "The Dark Side of Human Rights," *Int'l AFF* 81 (2005): 427, 429–33. Однак O'Neill висуває більш жорстку вимогу, щоб не тільки існували обов'язки, пов'язані з моральними правами, але і щоб ці обов'язки були розподілені чистими моральними міркуваннями, без будь-якого інституційного примушення. Це приводить її до заперечення соціально-економічних прав як моральних прав людини, оскільки розподіл позитивних зобов'язань, пов'язаних з ними, зазвичай вимагає певного інституційного механізму. Я сперечаюся з цим надто суворим поглядом. Див. John Tasioulas, "The Moral Reality of Human Rights," in *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor?* Ed. Thomas Pogge (New York: Oxford University Press, 2007), 75, 80–82.

Звичайно, можна очікувати різних заходів у відповідь з боку тих, хто симпатизує тенденції ототожнення прав з інтересами. Розглянемо тут дві розширені відповіді, які допускають вміст критики, розробленої в статті. Перший вид відповіді, який носить в цілому технократичний характер, можна висловити словами прибічників доктрини пропорційності. Приймаючи категоричну відмінність між універсальними інтересами і мораллю прав людини, вони, тим не менш, можуть захищати пропорційність як корисний судовий евристичний засіб або процедуру прийняття рішення. Можна було б стверджувати, що, хоча вона не відображає повною мірою логіку прав людини, проте відповідність є процедурою, найкращим чином розрахованою для забезпечення найкращих результатів в області прав людини в цілому в судовому процесі, тим самим задовольняючи вимоги ТУМ. Багато що тут буде залежати від того, чи дійсно горезвісні переваги не за горами, в чому можна сумніватися, особливо коли йдеться про допуски судової експертизи у сфері соціально-економічної політики, в рамках якої повинні діяти так звані права на соціальне забезпечення. Але навіть якщо б ці сумніви можна було розвіяти, все одно виникла б проблема легітимності, що стоїть перед пропозицією про надання такого широкого розсуду суддям при винесенні судових рішень з прав людини.⁹²

Друга, так звана авангардна відповідь, може бути приписана, зокрема, правозахисникам, які діють за межами чітких рамок юридичних рішень. Відповідь полягає в тому, що відмінність між інтересами і правами є правильною з точки зору суворої моральної логіки, але нехтує перевагами розгляду прав людини як важливих людських інтересів, коли йдеться про розробку і розгортання політично ефективної риторики. Відповідь говорить, що тільки така мотиваційна і амбітна риторика спонукає простих людей до просування інтересів своїх співгромадян і інших людей; тільки така риторика створить досить високу планку, по якій можна судити про офіційні дії, враховуючи застарілу тенденцію урядів не досягати поставлених цілей. Ця відповідь також повинна оцінюватися емпірично по тому, чи досягне вона своїх оголошених результатів, замість того, щоб розпалювати цинізм з приводу права прав людини як втілення практично безглузвих утопічних ідеалів, які дають з одного боку, а з іншого забирають. Але крім цієї орієнтованої на результат занепокоєності, є також невід'ємна напруга в просуванні справи прав людини за допомогою буквально завищених вимог, які відхиляються від фактичної правди про права людини. Загалом, стратегія виступає за введення людей в оману про їхні права людини в цілях досягнення нібито поліпшення результатів в області прав людини.

Якщо, як вказується в цій статті, МППЛ дисциплінує відповідно до ТУМ, то ми повинні з радістю відмовитися від цієї ідеї, а не шкодувати про те, що МППЛ є проектом для утопії. Ми повинні відмовитися від ідеї, що МППЛ є засобом реалізації всіх моральних і політичних ідеалів, які ми належним чином визнаємо. Замість цього МППЛ

⁹² Див. Розділ IV.

в першу чергу націлено на просування моралі прав людини за допомогою особливої юридичної техніки. Але мораль прав людини не вичерпує всієї моралі і навіть всього, що є найбільш важливим у моралі. На додаток до універсальних моральних прав існують моральні права, якими ми володіємо не просто в силу нашої людяності, а в силу того, що ми є членами певних громад, називаємо їх правами громадянства або членства.⁹³ Ці права утворюють природний шаблон для роздумів про законодавчо закріплені конституційні права в рамках конкретної держави.⁹⁴ Існують також моральні права, якими володіють групи, такі як право на самовизначення на національному рівні, а також права тварин. На додаток до цих прав мораль включає зобов'язання, які не пов'язані з правами, такі як зобов'язання благодійності або милосердя, які займають важливе місце в практичній роботі, незважаючи на те, що жоден з їхніх бенефіціарів не претендує на право. І нарешті, вона включає в себе високі ідеали, такі як ідеали досконалості, героїзму чи любові, які є вагомими підставами для досягнення, але які є необов'язковими.⁹⁵ Це жодним чином не підриває особливу значимість прав людини, коли вони відзначають, що вони не вичерпують усієї області моральних інтересів; навпаки, важливо відзначити це відмінне значення.⁹⁶

Підкріплений цією антиутопічною проникливістю, кожен є краще підготовленим для захисту реформованого МППЛ від провідних критиків з боку як правого, так і лівого політичного спектру. Вони є впливовими критиками, які жодним чином не відповідають характеристичі з боку Алстона і Зейда – популістських противників прав людини як націоналістів, ксенофобів і жінконенависників.⁹⁷ Одну подвійну лінію заперечень по праву сторону можна знайти в книзі Еріка Познера «Сутінки права прав людини».⁹⁸ Перше заперечення Познера виникає з тенденції МППЛ поширювати права і безконтрольно розширювати їх зміст.⁹⁹ Познер стверджує, що ця тенденція позбавляє МППЛ його здатності ефективно спрямовувати політику держав чи забезпечувати певний критерій для критичної оцінки державної політики.¹⁰⁰ Виконуючи трохи цинічний поворот у цьому явищі, він зазначає, що, оскільки вимоги в області прав людини численні і їх неможливо виконати негайно, як повний набір, держава завжди може правдоподібно стверджувати, що відкладає дотримання будь-якого цього права (або виконання даного обов'язку, пов'язаного з правом), щоб виконати

⁹³ Див. David Miller, *National Responsibility and Global Justice* (Oxford: Oxford University Press, 2007) (надає корисне дослідження ідеї прав громадянства).

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Ibid, 14–15.

⁹⁶ Це було наполегливою темою у важливій роботі Onora O'Neill. Наприклад, див. Onora O'Neill, *Justice Across Boundaries: Whose Obligations?* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016).

⁹⁷ Alston, "The Populist Challenge to Human Rights"; Al Hussein, *U. N. High Comm'r for Human Rights*.
⁹⁸ Див. загалом Eric A. Posner, *The Twilight of Human Rights Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014).

⁹⁹ Ibid, 32–38.

¹⁰⁰ Ibid.

інше право (або пов'язаний з ним обов'язок).¹⁰¹ Але навіть якщо це має деяку силу проти нинішніх експансіоністських тенденцій МППЛ, правильна відповідь полягає в тому, щоб привести таке право у відповідність з ТУМ і більш повно розробити деякі доктрини, такі як принципи прогресивної реалізації і мінімальні ключові зобов'язання, які дають рекомендації щодо пріоритизації вимог прав людини перед обличчям нестачі ресурсів.¹⁰² Друге заперечення Познера полягає в тому, що в тій мірі, в якій МППЛ забезпечує керівництво в питаннях розвитку, економічного розвитку, є набагато кращим джерелом рекомендацій, ніж МППЛ:

Якщо мета полягає в тому, щоб допомогти людям в бідних країнах і є обмежені кошти, то ці кошти слід використовувати способами, які приносять найбільшу користь, а не змушувати країну підкорятися абстрактним формулюванням прав людини, які західні люди вважають правильними для всіх у світі.¹⁰³

Грубо кажучи, якщо наша мета полягає в максимізації корисності в менш розвинутій країні, то москітні сітки, як правило, більш необхідні, ніж судові процеси.¹⁰⁴ Але зверніть увагу, що Познер, мабуть, просто вважає, що максимізація корисності («принести максимум блага») і її звичайне значення, економічне зростання, є кінцевою метою політики розвитку.¹⁰⁵ Незалежно від того, чи вважає хтось, що існує вимога максимізації корисності, незалежно від того, чи є вона утилітарною чи ні, відповідно до ТУМ, це, безумовно, не є метою МППЛ. Право прав людини має забезпечувати права людини, навіть якщо, як це часто буває, це не максимізує сукупну корисність (наприклад, тому що хтось виключає форми спостереження або допиту, які максимізують загальний добробут, але порушують право на недоторканність приватного життя або право не зазнавати тортур). Права людини є життєво важливим компонентом звіту про сталий розвиток, але не більше того.¹⁰⁶ Якщо хтось прояснює важливу, але обмежену мету МППЛ, таких критиків можна

¹⁰¹ Порівняйте Posner, "The Twilight of Human Rights Law," 92–93 («Дилема захисників прав людини полягає в тому, що вони не можуть вимагати, щоб держави дотримувалися всіх прав ідеально, але якщо вони цього не роблять, то у них немає підстав критикувати рішення країни виділити більше ресурсів для задоволення одного, а не іншого»), з Hannum, "Rescuing Human Rights: A Radically Moderate Approach," 57–58 (стверджуючи, що розповсюдження та розширення претензій на права людини часто відображає спробу урядів, ворожих або байдужих до прав людини, «заглушити» проект МППЛ, перевантаживши його). Більш помірковану версію цього заперечення див. Neuman, "Human Rights, Treaties, and International Legitimacy," 51.

¹⁰² Див. Posner, "The Twilight of Human Rights Law," 92–93.

¹⁰³ Ibid, 146.

¹⁰⁴ Ibid, 146–47.

¹⁰⁵ Ibid, 145–48.

¹⁰⁶ *A New Global Partnership: Eradicate Poverty and Transform Economies through Sustainable Development*, The Report of the High-Level Panel of Eminent Persons on the Post-2015 Development Agenda 9 (May 30, 2013), <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/8932013-05%20-%20HLP%20Report%20-%20A%20New%20Global%20Partnership.pdf> [<https://perma.cc/HTU9-R29T>].

відсунути на задній план. Критерій, який вони використовують для вимірювання ефективності МППЛ, може бути поставлений під сумнів, і це змусить критиків, таких як Познер, сформулювати і відстоювати свої власні нормативні припущення, щось, чого вони зазвичай уникають (часто на непотрібних підставах, що вони не висувають «філософські» тези).¹⁰⁷ На жаль, міжнародні юристи, що спеціалізуються на правах людини, не були в змозі зробити це, тому що вони, як правило, дотримувалися ідеї про те, що МППЛ займається просуванням інтересів в цілому, перетворюючи систему прав людини в те, що Познер називає «недиференційованим добробутом», тим самим дарувати йому саме те, що його скептицизм повинен поставити під сумнів ефективність МППЛ.¹⁰⁸

Щось подібне йде від критиків зліва. Такі письменники, як Семюель Мойн, наприклад, недвозначно приписали МППЛ мету конструювання утопії – останньої утопії, за словами його відомої книги, – на заміну післявоєнному краху соціалістичних і комуністичних ідеалів.¹⁰⁹ Далі вони вказують на те, що МППЛ не змогли створити утопію на землі, частково тому, що права людини не дають нам достатніх цінностей, які ми шануємо.¹¹⁰ Зокрема, МППЛ не розроблено достатньо для усунення величезної економічної нерівності, яка виникла в той же час – період розквіту економічного «неолібералізму», – протягом якого ідеологія прав людини тільки зароджувалася.¹¹¹ Зараз, здається, є багато речей, які можна було б сказати у відповідь Мойну. Одна з них полягає в тому, що він недостатньо точно визначив, який егалітаризм має на увазі, не кажучи вже про те, щоб захистити його від заперечень. Це вимагає напруженої нормативної роботи, про що свідчить філософська література з питань рівності. Інша полягає в тому, що він недооцінює здатність прав людини обмежувати допустиму матеріальну нерівність, можливо, тому, що він надмірно зосереджується на розумінні або реалізації МППЛ, а не на тому, що це насправді вимагає або має вимагати. Варто задатися питанням: наскільки по-справжньому тривожна нерівність збережеться, якщо МППЛ відповідно до ТУМ буде повністю реалізовано в усьому світі? Це питання, яке входить в основу його критики, – це питання, яке Мойн не сприймає досить серйозно. Але третій момент, який слід підкреслити, полягає в тому, що утопічну інтерпретацію МППЛ слід відкинути – не повинно бути жодної платформи

¹⁰⁷ Див. Posner, “The Twilight of Human Rights Law.”

¹⁰⁸ Ibid, 94 («Чим більше прав людини, і, отже, чим більша різноманітність захищених людських інтересів, тим більше система прав людини руйнується в недиференційований велферизм, в якому до всіх інтересів слід ставитися серйозно заради суспільного блага»).

¹⁰⁹ Див. Samuel Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History* (Cambridge: Harvard University Press, 2010), 4–5, 211; див. також Samuel Moyn, “Human Rights in Heaven,” in *Human Rights: Moral or Political?* Ed. Adam Etinson (Oxford: Oxford University Press, 2018); John Tasioulas, “Philosophizing the Real World of Human Rights: A Reply to Samuel Moyn,” in *Human Rights: Moral or Political?*

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Див. Samuel Moyn, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World* (Cambridge: Harvard University Press, 2018), 176–220 [hereinafter Moyn, “Not Enough”].

з ідеєю про те, що МППЛ вважається основним каналом для реалізації всіх наших найважливіших людських цінностей. Таким чином, навіть якщо ліві критики, такі як Мойн, зможуть сформулювати чарівний егалітарний ідеал, залишається питання, чи є цей ідеал належною частиною МППЛ. Замість цього це може бути одна з низки прийнятних концепцій соціальної справедливості, жодна з яких не має переконливих претензій для реалізації через МППЛ. Не можна припускати, що будь-який такий егалітарний ідеал є належною справою МППЛ на ілюзорній основі, що все цінне зводиться до прав людини.

Обидві критики із стилізованої лівої і правої політичної точки зору можна було б парирувати, якби МППЛ належним чином реагувало на важливу, але обмежену мету, описану ТУМ. Однак як окреме питання варто відзначити, що, хоча критика щодо надмірної амбітності МППЛ часто розцінюється інсайдерами як еретична критика в тому сенсі, що вона недостатньо націлена, зазвичай отримує набагато більше позитивних відгуків. Це не тільки тому, що ті, хто формально асоціюється з «правом», схильні критикувати попередників. Ця асиметрія у відповіді також відображає помилкові сумарні амбіції багатьох з тих, хто бере участь у правозахисному русі, а, отже, їх небажання визнати, що не всі, які мають велику цінність, є питаннями прав людини або переслідуються через МППЛ. Саме ця тотальна амбіція, мрія про формулювання «світської етики» для глобалізованого світу, вираженого виключно на мові прав людини, повинна бути відкинута як прелюдія до правильного розуміння моралі прав людини і МППЛ.

IV. Легалізація та юдиціалізація

Розглянемо тепер другий (із зазначених вище) спосіб відхилення сучасного МППЛ від ТУМ: відхилення через необґрунтовані легалізацію (тобто законодавче закріплення. – прим. перекл.) та юдиціалізацію (тобто забезпечення судовим захистом. – прим. перекл.) моралі прав людини. Ми починаємо з легалізації, перш ніж переходити до юдиціалізації. Видатні філософи стверджували, що легалізація належить до самої природи прав людини, що вони орієнтовані на легалізацію, оскільки підтвердження існування норми моралі прав людини означає, що для її юридичного введення в дію існує принаймні ситуація *pro tanto* (*pro tanto* – це латинське словосполучення, яке означає «лише в тій мірі» і часто використовується для позначення часткового виконання фактичного або потенційного зобов'язання. – прим. перекл.): чи як право взагалі (Джозеф Раз), як конституційне право (Юрген Хабермас), чи як частину МППЛ (Аллен Б'юкенен).¹¹²

¹¹² Це, відповідно, погляди Джозефа Раза, Юргена Хабермаса та Аллена Б'юкенена. Див. загалом Joseph Raz, "Human Rights Without Foundations," in *The Philosophy of International Law*, eds. Samantha Besson and John Tasioulas (Oxford University Press, 2010); Jürgen Habermas, "The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights," in *The Crisis of the European Union: A Response*, trans. Ciaran Cronin (Polity Press, 2012), 71; Buchanan, *The Heart of Human Rights*, 3.

На протипагу цьому я стверджував, за прикладом Амартії Сена,¹¹³ що краще протистояти ідеї про існування концептуального взаємозв'язку між мораллю прав людини та правом прав людини у будь-якому із цих видів.¹¹⁴ З цієї точки зору, готовність до легалізації норм прав людини є важливим свідченням того, що їх потрібно сприймати серйозно.¹¹⁵ Однак пригадайте, що відповідно до ТУМ існують як принципи, так і прагматичні обмеження, пов'язані з питанням, чи слід закріпити якийсь компонент моралі прав людини чи здійснити його через МППЛ.¹¹⁶ Одне прагматичне обмеження стосується питання, чи дійсно МППЛ буде працювати над досягненням більшої відповідності моралі прав людини, чи буде воно, натомість, нейтральним чи навіть контрпродуктивним за своїми наслідками або буде якимось чином надмірно шкодити іншим цінностям.¹¹⁷ Отже, задля результативного обговорення даного питання слід розглянути питання про те, чи сприяє приєднання до режиму багатостороннього договору про права людини дотриманню державами-членами моралі прав людини.

Емпіричні дослідження цього питання наводять на цікаву головоломку. З одного боку, найсильніші докази позитивного ефекту від членства в договорі стосуються лише певної групи держав.¹¹⁸ До них не включаються ліберальні демократії чи авторитарні режими – найкращі та найгірші режими щодо дотримання прав людини, як можна було б припустити, але включається група держав, що перебувають у поміркованому демократичному режимі або переходять до демократії після періоду потрясінь, наприклад, таких як громадянська війна.¹¹⁹ Це було висновком новаторської книги Бет Сіммонс (Beth Simmons) «Мобілізація задля прав людини».¹²⁰ Не варто затримуватись на запитаннях щодо механізмів, за допомогою яких досягається таке покращення продуктивності; достатньо сказати, що Сіммонс та інші сильно підкреслюють вплив договорів на внутрішню політику та судові процеси, а не на діяльність зовнішніх

¹¹³ Див. Amartya Sen, "Human Rights and the Limits of Law," *Cardozo Law Review* 27 (2006): 2913, 2918–19; Tasioulas, "On the Nature of Human Rights," 23–24.

¹¹⁴ Див. Tasioulas, "On the Nature of Human Rights," 23–24.

¹¹⁵ Так, наприклад, такий проникливий та доброзичливий критик МППЛ, як Хьорст Ханнум (Hurst Hannum), як і раніше сприймає норми прав людини як по суті юридичні норми. Див. Hannum, *Rescuing Human Rights*, 19. Але навіть правозахисники, які не згодні з ним в цьому і визнають засадничу мораль прав людини, сильно схильні сприймати бажаність легалізації таких прав на віру.

¹¹⁶ Див. Tasioulas, *Exiting the Hall of Mirrors: Morality and Law in Human Rights*.

¹¹⁷ Див. Ibid.

¹¹⁸ Див. Beth A. Simmons, *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics* (Cambridge University Press, 2009), 151.

¹¹⁹ Див. Ibid.

¹²⁰ Див. Ibid. Дещо інший спосіб ідентифікації держав, які отримують найбільшу користь, сформульовано Гузманом та Ліносом (Guzman and Linos). Це ті держави, які близькі, але не достатньо, до відповідної міжнародно-правової норми прав людини. Див. Andrew T. Guzman & Katerina Linos, "Human Rights Backsliding," *California Law Review* 102, no. 3 (2014): 603, 646–47.

утручань «білого лицаря» інших держав чи міжнародних організацій.¹²¹ Цей пріоритет внутрішньої політики пояснює значення держави, що має квазідемократичний характер у спрямуванні впливу МППЛ на її політику та поведінку.¹²²

Однак крім цього позитивного ефекту, є також дані про регреси – погіршення дотримання прав людини щодо того, що було або могло бути на внутрішньому рівні для певної держави – коли високоефективні держави, особливо демократичні держави, які мають високу інтегрованість у міжнародний правовий порядок, приєднуються до договорів про права людини.¹²³ У своїй статті Ендрю Гузман та Катерина Лінос (Andrew Guzman and Katerina Linos) виклали деякі випадки погіршення, зокрема, як членство в Європейській конвенції з прав людини негативно вплинуло на права осіб, обвинувачених у вчиненні кримінальних злочинів, та гомосексуалів у Сполученому Королівстві та права осіб на добробут у Швеції.¹²⁴ Гузман та Лінос стверджують, що існування випадків погіршення пояснює різні явища, пов'язані з правами людини.¹²⁵ Цим пояснюється небажання держав, в яких дотримання прав людини відбувається на високому рівні, приєднуватись до міжнародних договорів та поява регіональних режимів у галузі прав людини (такі режими, як правило, включають країни з меншими розбіжностями у сфері захисту прав людини, ніж міжнародні режими, тим самим зменшуючи загрозу погіршення дотримання прав людини).¹²⁶ Вони додатково стверджують, що ці наслідки виходять за рамки договору, а, наприклад, стосовно звичайного міжнародного права та норм «м'якого права», оскільки такі норми можуть також формувати погляди одних внутрішніх політичних представників та посилювати їх вплив за рахунок інших.¹²⁷ Це означає, що явище відставання не може бути локалізовано до ситуацій, коли виникає питання згоди держави на застосування міжнародних норм, про які йде мова, як у багатосторонньому договорі.¹²⁸

Тепер загальний феномен, який потенційно виникає тут, – це те, що влучно називають «гонкою до середини».¹²⁹ Коли держави з низьким рівнем забезпечення прав людини покращують його через укладення договорів, держави з високим рівнем тягнуться вниз.¹³⁰ Підйом та спад тісно пов'язані між собою.¹³¹ З одного боку, ті самі

¹²¹ Див. Simmons, *Mobilizing for Human Rights*, 126 («Реальна політика змін, ймовірно, відбуватиметься на внутрішньому рівні»); див. також Guzman and Linos, “Human Rights Backsliding,” 603, 646–47.

¹²² Див. Simmons, *Mobilizing for Human Rights*.

¹²³ Див. Guzman and Linos, “Human Rights Backsliding,” 605.

¹²⁴ Див. Ibid, 615–23.

¹²⁵ Див. Ibid, 610.

¹²⁶ Див. Ibid.

¹²⁷ Див. Ibid, 640.

¹²⁸ Див. Ibid, 641.

¹²⁹ Див. Ryan Goodman and Derek Jinks, *Socializing States: Promoting Human Rights through International Law* (Oxford University Press, 2013), 1, 75–76.

¹³⁰ Див. Ibid.

¹³¹ Див. Guzman and Linos, “Human Rights Backsliding,” 638.

демократичні чи квазідемократичні механізми, які призводять до вдосконалення прав людини у випадку слабкіших держав, також можуть призвести до погіршення результативності у випадку високорезультативних держав.¹³² З іншого боку, не можна просто реагувати на цю ситуацію, виключаючи з таких договірних режимів високоефективні країни, оскільки корисний вплив таких режимів на країни, які працюють слабше, виявляється значно залежним від участі перших.¹³³

Це тривожний сценарій, отриманий з емпіричного дослідження того, як насправді працюють режими правозахисних норм, який ставить під сумнів думку про те, що закони про права людини мають виключно позитивний вплив на дотримання прав людини в усьому світі. Надалі у роботі буде просто припускатись, що ця «гонка до середини» існує, визнаючи, що це є питанням суперечки, яке потрібно вирішити шляхом розвинення навичок, що виходять за межі навичок професійного філософа. Одним із зауважень, що варто зробити, є те, що Гузман та Лінос не захищені від тенденції до ототожнення прав людини з інтересами, що лежать в їх основі, яка піддавалася критиці в попередньому розділі.¹³⁴ Це, безсумнівно, призводить до того, що вони перебільшують частоту та ступінь відставання, наскільки вони готові визнати, що це відбувається кожного разу, коли відбувається зменшення виконання інтересів, навіть без належного вирішення питання, чи порушує це зменшення будь-який моральний чи юридичний обов'язок, породжений цими інтересами.¹³⁵ Однак таке занепокоєння залишається осторонь, і воно буде просто припущенням, що відступ – це реальна можливість для того, щоб поставити про це два питання.

Перше: Що можна зробити, щоб зменшити або навіть усунути ризик зменшення рівня забезпечення прав людини високоефективними державами? Щодо цього є цікава пропозиція Гузмана та Лінос, яка протистоїть загальному змісту моїх аргументів у попередніх частинах цієї статті.¹³⁶ Вони стверджують, що одним із способів усунення ризику зменшення рівня забезпечення прав людини є встановлення стандартів прав людини у договорах, які є «максимальними», – стандарти, які дуже важко або неможливо виконати навіть високоефективним державам:

Вимоглива норма – можливо навіть та, що перевищує існуючу практику кожної країни – зменшує пов'язані з цим витрати на відступ, оскільки це зменшує кількість держав, для яких міжнародна норма менш вимоглива, ніж їх попередня внутрішня політика. У самих крайніх випадках, таких як вимога Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок

¹³² Див. Guzman and Linos, "Human Rights Backsliding," 637–38.

¹³³ Див. Ibid, 647–48.

¹³⁴ Співвідношення прав та інтересів пропонується з різних точок зору у їх статті, наприклад, у їхній розмові про «нескінченне забезпечення права». Див. Ibid, 626; Див. Ibid, 648, 653 (відзначаючи «найбільші покращення добробуту людини» і пропонуючи, що максимальна конкретизація прав людини дозволить усунути відставання).

¹³⁵ Див. Ibid, 626, 648, 653.

¹³⁶ Див. Ibid, 614 (зауважуючи, що встановлено багато міжнародних стандартів з прав людини на помірних рівнях, і ствержуючи, що недосяжні стандарти можуть усунути відставання).

(CEDAW), відповідно до якої держави вживають «всіх відповідних заходів... щоб змінити соціальні та культурні шаблони поведінки чоловіків і жінок», кількість таких країн може бути зведена до нуля, що повністю виключає ризик відхилення назад.¹³⁷

Однак вони визнають, що це рішення обійдеться дорожче, оскільки максимальні стандарти зменшать ступінь впливу слабких виконавців на покращення їх рівня дотримання прав людини, враховуючи, що такий вплив буде діяти лише на держави, в яких відсутнє суттєве відхилення від відповідної міжнародної норми.¹³⁸

Але думка про те, що використання «максимальних» стандартів у договорах виключає ризик погіршення рівня, видається дуже сумнівною. Перш за все, якщо стандарт настільки максимальний, що державам з високими показниками практично неможливо його дотриматись, – наприклад, амбітні «мінімальні основні зобов'язання» Загального коментаря № 14 Комітету з економічних, соціальних та культурних прав ООН (General Comment 14), пов'язані з правом людини на здоров'я, з яким ми стикалися раніше, – навряд чи у такий спосіб можливо дотримуватись вимог моралі прав людини. Рівень правозастосування моралі покладає на себе цілу низку зобов'язань, які загалом мають бути виконані державами.¹³⁹ Виконання цих зобов'язань – моральна вимога, а не просто прагнення; невиконання їх – велика прикрість. Максимальні стандарти, навпаки, схожі на прагнення. На це питання можна відповісти так: Навіщо турбуватися, якщо «максимальний» стандарт виходить за рамки змісту відповідної норми моралі прав людини? Чи не станеться так, що прагнучи домогтись виконання максимальних стандартів країни хоча б не будуть погіршувати рівень захисту прав людини, ніж це було до вступу до договору? Але є дві основні причини, чому ця гіпотеза помилкова.

По-перше, через прагнення до просування прав людини за допомогою максимальної, інспіруючої норми, створюється конфлікт усвідомлення прав людини. Права людини повинні бути моральними вимогами, які є можливими, і порушувати їх морально неправильно; максимальні стандарти включатимуть багато елементів, які не відповідають цим вимогам. Ризик полягає в тому, що розуміння права прав людини з точки зору прагнення дискредитує саму ідею прав людини, сприяючи почуттям розчарування та цинізму, або, принаймні, розкутості, що шкодить нашій відданості моралі прав людини і, опосередковано, нашому додержанню її.¹⁴⁰ По-друге, і що ще важливіше, максимальна норма прав людини, ймовірно, охоплюватиме деякі елементи, які є справді вимогами прав людини, а деякі – ні. Але, враховуючи, що максимальну норму неможливо повністю виконати, держава неминуче повинна вибирати, яким із її компонентів відповідати, а яких не дотримуватись. Високий ризик також і у тому, що

¹³⁷ Див. Guzman and Linos, "Human Rights Backsliding," 614, 653.

¹³⁸ Див. Ibid, 652.

¹³⁹ Див. U. N. Comm. on Econ., Soc., & Cultural Rights, General Comment.

¹⁴⁰ Для обговорення проблем, які виникають, коли великий і стійкий розрив відкривається між змістом міжнародних прав людини та судовою практикою держави, див. Yuval Shany, "The Universality of Human Rights: Pragmatism Meets Idealism," 8–12.

держава вирішить виконати лише прагнучий компонент норми за рахунок компонента, який справді відображає право людини. Це може відбуватися не тільки в складі однієї максимальної норми, але і між різними максимальними нормами, такими як права на здоров'я та освіту. Так, наприклад, зіткнувшись з обмеженням ресурсів, держава може обрати косметичну хірургію – прагнучий компонент – за рахунок належного забезпечення середньої освіти – компонент, заснований на правах. Тоді це було б дотриманням права прав людини і одночасно недотриманням в розрізі моралі прав людини.

Звернімося тепер до другого питання, яке постає у зв'язку з явищем відставання. Припустимо, що відставання від держав з високою ефективністю в результаті приєднання до договору про права людини не може бути усунено. Це є причиною, *pro tanto*, для таких держав не приєднуватися до цих договорів. З іншого боку, залишається той факт, що договірний режим матиме позитивний вплив на держави з низьким рівнем забезпечення прав людини. Припустимо, що цей позитивний ефект частково обумовлений приєднанням до режиму договору високоефективних держав. Тепер питання, яке виникає тут, полягає в тому, чи допустимо для країни приєднуватися до договору, обґрунтовано передбачаючи, що це призведе до погіршення забезпечення прав людини на національному рівні, але виправдовуючи своє рішення на основі переваг прав людини для громадян інших держав?¹⁴¹ Питання не є вигаданим – саме так дехто захищає членство Великобританії у Європейській конвенції про права людини. Вони стверджують, що членство призводить до загальної нижчої судової практики в галузі прав людини на внутрішньому рівні, ніж за відсутності членства, але цей збиток компенсується досягненнями у дотриманні прав людини в інших державах. Для того, щоб відповісти на це запитання, необхідна принципова основа для зважування прав людини своїх громадян з правами громадян інших країн.

Одна позиція полягає в тому, що держава повинна надавати *абсолютний пріоритет* правам власних громадян. Ніяких здобутків у галузі прав іноземців не можна досягти за рахунок втрати прав власних громадян. Що стосується прав людини, то це «спочатку співгромадяни». Але ця відповідь має свої труднощі, особливо зважаючи на те, що зобов'язання, пов'язані з правами людини, сильно відрізняються за важливістю, незважаючи на те, що всі вони випливають з моральних прав, якими володіють усі люди, просто в силу того, що вони люди. Якщо членство в договорі з прав людини призведе до значного зменшення катувань та принизливого поводження з ув'язненими в інших державах, чи справді перешкоджає приєднанню до договору той факт, що це може мати негативні наслідки на національному рівні на межі права на свободу слова?

¹⁴¹ Звичайно, якщо Гузман і Лінос мають рацію, це занепокоєння поширюватиметься поза договірними нормами на звичаєве та м'яке право, які можуть мати зворотний вплив на державу, навіть без її згоди. Див. Guzman and Linos, "Human Rights Backsliding," 640–41. Але я залишаю це питання за іншими.

З іншого боку, можна стверджувати, що якщо говорити про права людини, то права людини повинні рахуватися однаково; якщо права людини під загрозою, ми повинні ставитись до людей, які повністю підпадають *sub specie humanitatis* (під тип людини). Нашим співгромадянам жодного пріоритету не слід надавати просто в силу того, що вони є співгромадянами. Отже, для держави було б виправдано приєднання до договору про права людини, якщо це матиме позитивний вплив на дотримання державами-учасницями прав людини, навіть якщо це призведе до серйозного погіршення рівня забезпечення прав людини у власній державі. Однак, як і точка зору абсолютного пріоритету, точка зору «без пріоритету» є сильним засобом. Це, мабуть, найбільш правдоподібно, якщо сукупність прав людини була б дуже обмежена такими правами, як право не зазнавати катувань чи поневолення. Але при більш широкому читанні прав людини, здається, дуже важко протистояти думці про те, що держави несуть особливу відповідальність за власних громадян, яка вимагає від них додаткового забезпечення їхніх прав, навіть якщо не абсолютного. Імовірно, думка про те, що держави несуть особливу відповідальність за забезпечення прав та добробуту власних громадян, лежить в основі більшої частини революцій проти форм економічної глобалізації, яка допомогла підвищити рівень життя деяких дуже бідних людей на землі, але за рахунок втрати робочих місць у заможніших країнах.

Отже, урівноважена пропозиція полягає в тому, що держави повинні надавати зважений, але не абсолютний пріоритет забезпеченню реалізації прав своїх громадян. Складність, звичайно, полягає у визначенні додаткових зобов'язань та обґрунтуванні їх. Обґрунтування, імовірно, слід шукати в особливій цінності членства в політичній спільноті і, як наслідок, у особливій відповідальності, яку мають держави перед членами своєї громади. Ця особлива цінність є функцією в цілому внутрішньої та інструментальної цінності членства в громаді. Більше того, ця цінність частково охоплює питання прав людини. Права на національність та демократичну участь частково обґрунтовані у внутрішній цінності для членів громади. Так само можна стверджувати, що одна із форм політичної спільноти – держава – є найефективнішим інструментом реалізації прав людини в світі сьогодні. Отже, додаткова вага, що надається правам співгромадян, не може відображати лише силу комунітарних цінностей, що не стосуються прав людини.

Моя велика схильність – прийняти версію зваженого пріоритетного подання. Однак я не претендую на те, що я надав відповідь на виклик, що виникає внаслідок асиметричного розподільного ефекту між державами договорів про права людини. Ми також не обговорили процедурні відповіді на цей виклик, такі як роль, яку може зіграти демократичне схвалення у виправданні вибору серед трьох викладених вище варіантів. Але як тільки буде зрозуміло, що право прав людини потрібно оцінювати, посилаючись на передумови моральних прав людини, і його наслідки для такої моралі не можна вважати завжди позитивними, саме з такими складними питаннями нам потрібно справлятися. На жаль, мало доказів того, що прихильники легалізації моралі

прав людини зробили це, залишаючи їх відкритими для заперечень, згідно з якими договори про права людини безпідставно жертвують правами та інтересами громадян.

Перейдемо тепер від легалізації до юридичізації. Те, що норми прав людини реалізуються через певну правову систему – це одне (легалізація), що ці норми можуть підтримуватися через певні судові процедури (юридичізація) – інше.¹⁴² Знову ж таки, для багатьох серйозна прихильність моралі прав людини передбачає зобов'язання не тільки легалізувати його норми, але й забезпечити їх ефективну юстиціабельність. Це важлива тема сучасної теорії прав людини та практики того, що права, особливо права людини, є спеціальною юрисдикцією судів.¹⁴³ Відповідно до спрощеної, але впливової версії цієї аргументації, що викладена Рональдом Дворкіним (Ronald Dworkin), законодавчі органи займаються питаннями політики, яка спрямована на максимальне виконання інтересів чи уподобань громадян, тоді як суди – це принципові форуми, в яких права, що встановлюють обмеження на досягнення загального добробуту, визначаються, тлумачаться та застосовуються до конкретних обставин справи.¹⁴⁴ Але ця спроба приписати певні категорії цінностей до відповідних установ (законодавчий орган/добробут, суди/права) є помилковою, як і думка про те, що права, по суті, захищають меншини від більшості.¹⁴⁵ Це частково з тієї причини, про яку йшлося раніше в цій статті, що думка про те, що права стоять у дихотомічному та загалом антагоністичному відношенні до загального добробуту чи загального блага, є глибокою помилкою. Але ще одну проблему у цьому питанні – припущення, що надання належного ефекту правам робить їх юстиціабельними (такими, що підлягають розгляду в суді. – прим. перекл.), варто дослідити тут. Справа ускладнюється тим, що існують різні види юстиціабельності, але ця стаття буде зосереджена на відносно сильній формі, згідно з якою право (*right*) є юстиціабельним, якщо його носій уповноважений відстоювати свої повноваження в межах оспорюваного права, що буде забезпечене за допомогою судового рішення, яке підтверджує це право.¹⁴⁶

З цього приводу багато чого можна дізнатися з того, яким чином Конституційний суд Південно-Африканської Республіки займався соціально-економічними правами, включаючи мінімальні ключові зобов'язання, пов'язані з різними такими правами, закріпленими в Конституції. Як зазначається в іншому місці, те, що можна знайти в судовій практиці Південної Африки, – це поєднання трьох елементів: (а) відмова від

¹⁴² Див. Ronald M. Dworkin, *A Matter of Principle* (Harvard University Press, 1985), 58.

¹⁴³ Див. Ibid, 33–72.

¹⁴⁴ Див. Ibid.

¹⁴⁵ Див. Grégoire Webber et al., *Legislated Rights: Securing Human Rights Through Legislation* (Cambridge University Press, 2018), 1–14 (skewering nicely some prevailing myths of this kind); див. також Finnis, “Judicial Power: Past, Present and Future,” *Oxford Legal Studies*, Research Paper no. 2/2016, 18–19.

¹⁴⁶ Для корисної дискусії, яка стосується деяких складностей того, чи повинна мораль прав людини бути справедливою в конституційних судах, див. Frank I. Michelman, “Human Rights and Constitutional Rights,” in *Human Rights, Democracy, and Legitimacy in a World of Disorder*, eds. Silja Voeneke et al. (Cambridge University Press, 2018), 73–96.

будь-якої юстиціабельної вимоги негайно забезпечити зміст своїх соціально-економічних прав, включаючи ті, що охоплюються мінімальними ключовими зобов'язаннями; (b) визнання, що доктрина «мінімального ядра» може, тим не менш, мати значення для всебічного тесту на розумність при здійсненні відповідних прав; та (c) загальний провал Конституційного суду Південної Африки *чітко* сформулювати або навіть покластися на конкретні мінімальні ключові зобов'язання щодо прийняття своїх рішень.¹⁴⁷ Незважаючи на (c), є правдоподібним, що мінімальна основна доктрина є неявною в деяких рішеннях – особливо у тих, що передбачають виконання права на здоров'я, якщо це стосується *нагальних потреб*, а також різних форм *необґрунтованих виключень*.¹⁴⁸

Таке трактування відповідної південно-африканської юриспруденції суперечить тим коментаторам, які стверджують, що Конституційний суд прийняв перевірку розумності щодо виконання соціально-економічних прав, віддаючи перевагу ідеї мінімальних ключових зобов'язань. За винятком помилкового протистояння між мінімальними ключовими зобов'язаннями та тестом на розумність, ці останні трактування здаються помилковими для помилкової ідеї, що правильне підтвердження існування права людини тягне за собою його розумність у сильному розумінні юстиціабельності, описаному вище.¹⁴⁹ Насправді існує багато практичних та принципівих міркувань, які стоять на шляху до цього спрощеного висновку.¹⁵⁰ Ключовий уривок, який допомагає показати, чому це так, можна знайти у рішенні Конституційного суду у справі «Міністр охорони здоров'я проти лікувальної кампанії» (№ 2):

Слід мати на увазі, що у вирішенні таких питань суди не мають інституційного оснащення для проведення широких фактичних та політичних розслідувань, необхідних для визначення мінімальних основних стандартів... не повинно бути, ані для вирішення питання про те, як державні доходи слід найбільш ефективно витратити. На державний гаманець є багато нагальних попитів... Суди не підходять для вирішення питань, коли судові постанови можуть мати численні соціальні та економічні наслідки для громади. Конституція передбачає досить стриману та цілеспрямовану роль судів, а саме вимагати від держави вжиття заходів для виконання своїх конституційних зобов'язань та піддавати оцінці обґрунтованість цих заходів. Такі визначення розумності можуть насправді мати бюджетні наслідки, але самі по собі не спрямовані на перестановку бюджетів. Таким чином судові, законодавчі та виконавчі функції досягають відповідної конституційної рівноваги.¹⁵¹

¹⁴⁷ Див. Tasioulas, *Right to Health*, 18.

¹⁴⁸ Див. Ibid.

¹⁴⁹ Див. Emma J. Broster, "Litigating the Right to Health Care in South Africa," in *Litigating the Right to Health in Africa*, ed. Ebenezer Durojaye (Routledge, 2016), 87–88.

¹⁵⁰ Див. *Minister of Health v. Treatment Action Campaign* 2002 (5) SA 721 (CC), 28, 37–38.

¹⁵¹ Див. Ibid; пор. Ibid, 55–69 (вважаючи, що урядова політика щодо обмеження вживання невірапіну, антиретровірусного препарату, який застосовується для боротьби з передачею ВІЛ від матері до дитини, на користь дослідницьких та навчальних майданчиків, необґрунтовано виключала осіб, яким таке лікування було медично прописано); Ibid, 125 (вимагає від уряду переглянути свою

Дещо доопрацювавши цей повчальний уривок, можна визначити щонайменше чотири суттєві обмеження ідеї сильної юстиціабельності стосовно вимог прав людини, особливо тих, що посилаються на соціально-економічні права, такі як право людини на здоров'я. Окреслюючи ці обмеження, передбачається, що частина сукупності будь-якої такої юстиціабельності може бути важливою для судів у визначенні змісту абстрактних та відкритих положень прав людини. Для початку існують обмеження щодо судової експертизи, що формується саме юридичною освітою, досвідом юридичної практики та судженням, якщо мова йде про визначення змісту прав людини та найкращих засобів для забезпечення цього змісту. Процес конкретизації вимагав би не лише адекватного розуміння інтересів у грі, а й витрат, які будуть понесені при виконанні цих інтересів за допомогою зобов'язання певної форми, включаючи доцільність розподілу цих витрат різними способами для різних членів суспільства, а також було б необхідно зрозуміти найкращу політику щодо виконання цих зобов'язань. Звичайно, питання вартості виникає стосовно усіх прав людини, незалежно від того, чи належать вони до категорії громадянських і політичних прав, чи до економічних, соціальних та культурних прав.¹⁵² Тим не менш, це ставить особливо гостру проблему для прав останнього типу, не тільки через відносну відсутність стійкої судової традиції мати справу з такими правами у більшості юрисдикцій, а й тому, що процес визначення, чи виправдовують вигоду правоволодільцеві понесені витрати за певним зобов'язанням, як правило, у їхньому випадку є більш складним. Звичайно, тут йдеться не просто про існування цих обмежень, а про те, чи більше вони покладаються на суддів, ніж на законодавців. Це, принаймні, питання, що має визначатися залежно від конкретного випадку, залежно від оцінки можливостей різних державних органів у різних юрисдикціях, а не те питання, яке апелює до загальної презумпції на користь вищої судової компетенції.

Друге обмеження щодо того, щоб зробити права людини строго юстиціабельними, незалежно від першого, має також бути визнано. Навіть якщо суди є настільки ж хорошими або навіть кращими, ніж законодавчі органи у визначенні змісту прав людини та інституціональних засобів для їх реалізації, дозволяючи сторонам у цивільному процесі (літігантам) вимагати своїх прав за цими правами в суді, може бути контрпродуктивним, оскільки стосується загальної відповідності до прав людини.¹⁵³ Драматичною ілюстрацією цього є досвід деяких юрисдикцій Латинської Америки, таких як Бразилія та Колумбія, в яких є строго юстиціабельними конституційні права на охорону здоров'я.¹⁵⁴ Замість того, щоб прямо посилити виконання цього права,

політику щодо доступу до невірапіну, але наголосивши, що це не означає, що «кожен може негайно вимагати доступу до такого лікування, хоча ідеал... досягти цієї мети»).

¹⁵² Наприклад, див. Stephen Holmes and Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes* (Norton Press, 2013).

¹⁵³ Див. загалом Tasioulas, *Right to Health*.

¹⁵⁴ Див. Ibid, 19–21.

іноді юстиціабельність мала протилежну дію через контекстуальні економічні та соціальні фактори, що впливають на доступ людей до правової справедливості.¹⁵⁵ Заможніші люди мають кращі можливості реалізувати свої права людини, оскільки вони краще інформуються та здатні нести витрати на судові процеси, ніж менш забезпечені особи.¹⁵⁶ Підсумок, враховуючи в цілому статичний або нерозширюваний бюджет охорони здоров'я, полягає в тому, що використовується більше обмежених ресурсів для того, щоб принести користь людям за рахунок бідних, ніж це було б у протилежному випадку, незалежно від порівняльної ваги дотримання прав людини.

Третє обмеження виникає внаслідок принципово правотворчої функції, яка перешкоджає сильній судовій ролі стосовно прав людини. Одна з проблем полягає в тому, що, вступаючи у суперечність із верховенством права, це підриває здатність судів переконливо представляти себе як суто правозастосовні органи у загальній конституційній структурі, що включає законодавчу владу. Суди будуть позбавлені легітимності, якщо вони приймуть на себе роль ретроспективних законодавців або будуть вважатися такими. Не можна сказати, що ця проблема усунена, якщо суди можуть довіряти правильним специфікаціям змісту прав людини. Це тому, що вкрай мало ймовірно, що в кожному конкретному випадку є одна правильна специфікація такого, що буде працювати, стандарту прав людини, а це означає, що неминуче потрібно буде зробити вибір, щоб прийняти одну формулу права людини з декількох прийнятних варіантів. Звичайно, існують способи пом'якшити цю проблему, такі судові рішення мають лише перспективний ефект. Але все ще залишатиметься четверта проблема: те, що така законотворчість не має демократичного характеру, фактор, що значною мірою зумовлює легітимність закону. Знову ж таки, багато чого залежатиме від деталей конкретної схеми юстиціабельності, про яку йдеться, і зокрема, чи можуть судові детермінації прав людини бути скасовані чи змінені демократично обраними органами чи демократичними референдумами. Але навіть залишаючи осторонь компрометовану легітимність закону, яка не підлягає надійній демократичній підзвітності, все ж є більш розпливчастий момент, що життєздатність етосу прав людини в демократичному суспільстві буде знижена питаннями прав людини, які систематично вирішуються в судовому процесі, а не через звичайні демократичні політичні змагання. Це не тільки ризикує підживити «популістські» звинувачення в тому, що права людини – це гра «еліт», які розгортають їх як козири, щоб коротко

¹⁵⁵ Див., наприклад, Octavio L. M. Ferraz, "Health Inequalities, Rights and Courts: The Social Impact of the "Judicialization" of Health" in Brazil," in *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* Eds. Alicia E. Yamin et al. (2011) (regarding Brazil); David Landau, "The Reality of Social Rights Enforcement," 189; Akritas Kaidatzis, *Socio-Economic Rights Enforcement and Resource Allocation in Times of Austerity: The Case of Greece 2015–2018*, 26 (June 6, 2019) (unpublished manuscript) (on file with the Oñati Institute for the Sociology of Law) (обговорення потенційно негативного впливу судівства на соціальні права в контексті країни, яка підлягає заходам жорсткої економії).

¹⁵⁶ Див. David Landau, "The Reality of Social Rights Enforcement," 199–200; Akritas Kaidatzis, *Socio-Economic Rights Enforcement and Resource Allocation in Times of Austerity: The Case of Greece 2015–2018*.

замикати демократичний процес, коли це відповідає їх інтересам, це також має додатковий наслідок. Редукуючи переважну більшість громадян насамперед до спо, ніж до активних учасників, політика в галузі прав людини також ризикує знизити їхню загальну обізнаність з питань прав людини, силу їх прихильності до таких прав, їх готовність та здатність займатися ними на необхідному рівні витонченості. Останній пункт перегукується з тим, що Мона Юніс визначила найбільшою вадою сучасного правозахисного руху – надмірною привілейованістю фахової технічної експертизи та супутньою невдалою участю мобілізованого громадянина:

Нехтуючи причетністю громадян, правозахисний рух не лише не забезпечив усі права, але й поставив під загрозу вже забезпечені громадянські та політичні права, в тому числі на Півночі. Дійсно, нашою найбільшою помилкою, мабуть, було уявлення про те, що ми могли б досягти урядів, що поважають права, без мобілізованого громадянства. Ми нехтували необхідністю рухів у наших зусиллях, незважаючи на те, що ми знаємо про суттєву роль соціальних рухів у всіх значних соціальних і політичних перетвореннях.¹⁵⁷

Природно, що чотири типи проблем, перелічені вище, є актуальними з ще більшою мірою для регіональних чи міжнародних судів. Їх дуже наднаціональний характер віддає їх від вітчизняної юрисдикції способами, що загострюють проблеми компетенції, ефективності, верховенства права, демократичної легітимності та етосу.¹⁵⁸

V. Висновки

Виходячи з формуючої точки відліку МППП, визначеної ТУМ, ця стаття намагається окреслити проблеми, що стоять перед цим правом, які не виникають ані з зовнішніх

¹⁵⁷ Mona Younis, "Back to the Future: Returning to Human Rights," *Open Global Rights* (November 1, 2018), <https://www.openglobalrights.org/Back-to-the-Future-returning-to-human-rights/> [<https://perma.cc/3ULU-NBM8>]. Акцент Юніс на популярних соціальних рухах, на відміну від елітарних програм, в русі прогресивних соціальних змін перегукується з темою, розробленою в Elizabeth Anderson, "Social Movements, Experiments in Living, and Moral Progress: Case Studies from Britain's Abolition of Slavery," University of Kansas, February 11, 2014, https://kuscholarworks.ku.edu/bitstream/handle/1808/14787/Anderson_Social_Movements.pdf?sequence=1&isAllowed=y [<https://perma.cc/V3PB-VQM9>]. Окрім невдачі залученого до громадянства громадянина, проникливий коментар Юніс визначає привілей громадянських та політичних прав над соціально-економічними правами та пов'язані з цим привілейовані досягненні прав людини із Заходу над громадянами поза Заходом як три основні невдачі сучасного (західного) правозахисного руху.

¹⁵⁸ Мабуть, найбільш грандіозним проявом тенденції до юдиціалізації є пропозиція експертів з прав людини за підтримки урядів Швейцарії, Австрії та Норвегії створити Всесвітній суд з прав людини, який був би «компетентний винести остаточне та обов'язкове рішення» таким чином, стосовно будь-яких скарг, поданих фізичними особами, групами чи юридичними особами, які стверджують про порушення будь-якого права людини, закріпленого в міжнародному договорі про права людини, обов'язкового для поля обов'язку». Panel on Human Dignity "Protecting Dignity: An Agenda for Human Rights" (Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, 36, 2011) <https://web.sonoma.edu/users/s/shawth/Panel%20Human%20Dignity> [<https://perma.cc/LC2V-QD4Z>]. For incisive criticism, see Philip Alston, "Against a World Court for Human Rights," *Ethics & International Affairs* 28 (2014): 197, 199.

джерел, ані через збої його науковців та практиків, щоб забезпечити належну реакцію на цю відправну точку. Дуже орієнтовно було висловлено припущення, що деякі зовнішні розчарування МППЛ – ті, які часто приписуються «популістському люфтові» – можуть бути частково пояснені як відповіді на ці внутрішні невдачі. Визначені внутрішні проблеми розташовані на двох широких рівнях: перший – співвідношення прав та інтересів – виникає на рівні загального нормативного пункту МППЛ; другий – некритичний ентузіазм щодо легалізації та юдиціалізації – стосується інституційного втілення норм прав людини.

Неминуче ця стаття була досить вибірковою для ілюстрацій цих проблем; неминуче також ця стаття повинна була перейти від інших різновидів відхилення від утворюючої цілі, що безперечно виникають на обох цих рівнях. Крім того, деякі найзначніші відхилення від утворюючої цілі трапляються на третьому рівні – ті, що стосуються відповідних заходів щодо порушення МППЛ. У зв'язку з цим розглядати особливо тенденцію до залучення МППЛ як у кампаніях з розширення правових підстав для військового втручання, так і обмеження чи усунення сфери недоторканності до кримінального переслідування за порушення прав людини. Обидві ці події є ерозією державного суверенітету, частково спричиненою все більшим домінуванням МППЛ в останні роки в міжнародно-правовому порядку.¹⁵⁹ Як результат, також не важко трактувати обидві події як спричинення зворотної реакції з боку тих, хто прагне чинити опір будь-якій такій ерозії. Але проведення подібних спекуляцій – завдання на інший день. Звертаючись до перспективних діагнозів проблем, з якими стикаються МППЛ з Альстона та Зейда, з яких ми почали, ця стаття, сподіваюсь, наповнила певним змістом думку про те, що права людини також потрібно врятувати від багатьох їхніх друзів, а не лише від їхніх заклятих ворогів. Вихідним пунктом цієї рятувальної операції є визнання того, що права людини – це перш за все моральні норми, а формальна мета МППЛ – надати цим стандартам належний юридичний вираз і ефект.

© Дж. Тасіулас, 2020

Bibliography

A New Global Partnership: Eradicate Poverty and Transform Economies through Sustainable Development.

The Report of the High-Level Panel of Eminent Persons on the Post-2015 Development Agenda 9 (May 30, 2013). <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/8932013-05%20%20>

¹⁵⁹ Для переконливого вивчення деяких способів, якими зростаюче панування МППЛ чинить тиск на ключові поняття та норми загального міжнародного права і обтяжує його прагнення до міжнародного миру та співробітництва, див. Ingrid Wuerth, “International Law in the Post-Human Rights Era,” *Texas Law Review* 96 (2017): 279, 331, 346. Ця стаття є вражаюче чутливою щодо занепокоєнь, що мотивують утворюючу мету, так і щодо того, що МППЛ, в принципі, є лише одним із різних механізмів, законних та неправових, для реалізації моралі прав людини. Стосовно деякого потужного скептицизму щодо тенденції боротьби з безкарністю – домінуючого порядку денного МППЛ, див. загалом *Anti-Impunity and the Human Rights Agenda*, eds. Karen Engle et al. (Cambridge University Press, 2016).

- HLP%20Report%20-%20A%20New%20Global%20Partnership.pdf [<https://perma.cc/HTU9-R29T>].
- Alexy, Robert. "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality." *Ratio Juris*, no. 16 (2003): 131–32.
- Alexy, Robert. "Political Liberalism and the Structure of Rights." In *Law, Rights and Disclosure: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, edited by George Pavlakos. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- Alston, Philip. "Against a World Court for Human Rights." *Ethics & International Affairs* 28 (2014).
- Alston, Philip. "The Populist Challenge to Human Rights." *Journal of Human Rights Practice*, vol. 9, issue 1 (February 2017): 1–15. <https://doi.org/10.1093/jhuman/hux007>.
- Anderson, Elizabeth. "Social Movements, Experiments in Living, and Moral Progress: Case Studies from Britain's Abolition of Slavery." *University of Kansas*, February 11, 2014. https://kuscholarworks.ku.edu/bitstream/handle/1808/14787/Anderson_Social_Movements.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Anti-Impunity and the Human Rights Agenda*, edited by Karen Engle, Zinaida Miller, D. M. Davis. Cambridge University Press, 2016.
- Basic Law for the Federal Republic of Germany* (as amended July 2002) [Germany], 23 May 1949.
- Beitz, Charles R. *The Idea of Human Rights*. New York: Oxford University Press, 2011.
- Broster, Emma J. "Litigating the Right to Health Care in South Africa." In *Litigating the Right to Health in Africa*, edited by Ebenezer Durojaye. London: Routledge, 2016.
- Buchanan, Allen. *The Heart of Human Rights*. New York: Oxford University Press, 2017.
- Dworkin, Ronald M. *A Matter of Principle*. Harvard University Press, 1985.
- Easterly, William. "Human Rights are the Wrong Basis for Healthcare." *Financial Times*, October 12, 2009. <http://www.ft.com/cms/s/0/89bbda2-b763-11de-981200144feab49a.html#axzz3ym5AIA9w> [<https://perma.cc/3WMJ-76HF>].
- Eatwell, Roger, and Matthew Goodwin. *National Populism: The Revolt Against Liberal Democracy*. London: Penguin Books Limited, 2018.
- Ferraz, Octavio L. M. "Health Inequalities, Rights and Courts: The Social Impact of the "Judicialization" of Health" in Brazil." In *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* Edited by Alicia Ely Yamin and Siri Gloppen. Cambridge, Mass.: Harvard Law School, 2011.
- Finnis, John M. "Judicial Power: Past, Present and Future." *Oxford Legal Studies*, Research Paper no. 2/2016. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2710880 [<https://perma.cc/H9JU-RRE4>].
- Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. New York: Oxford University Press, 2011.
- Fried, Charles. *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*. New York: Oxford University Press, 2015.
- Goodman, Ryan, and Derek Jinks. *Socializing States: Promoting Human Rights Through International Law*. Oxford University Press, 2013.
- Gostin, Lawrence O. *Global Health Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2014.
- Griffin, James. *On Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Guzman, Andrew T., and Katerina Linos. "Human Rights Backsliding." *California Law Review* 102, no. 3 (June 2014): 603–54.

- Habermas, Jürgen. "The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights." In *The Crisis of the European Union: A Response*. Translated by Ciaran Cronin. Polity Press, 2012.
- Habermas, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Translated by William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.
- Hannum, Hurst. *Rescuing Human Rights: A Radically Moderate Approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- Holmes, Stephen, and Cass R. Sunstein. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Norton Press, 2013.
- Husak, Douglas. *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2008.
- Hussein, Zeid Ra'ad Al. *U. N. High Comm'r for Human Rights*. Speech at the BIICL Annual Grotius Lecture: Is International Human Rights Law Under Threat? July 26, 2017.
- Ignatieff, Michael. *The Ordinary Virtues: Moral Order in a Divided World*. Cambridge: Harvard University Press, 2017.
- Kaidatzis, Akritas. *Socio-Economic Rights Enforcement and Resource Allocation in Times of Austerity: The Case of Greece 2015-2018*. June 6, 2019. Unpublished manuscript. Workshop "Contesting Austerity – A Socio-Legal Inquiry into Resistance to Austerity," Oñati International Institute for the Sociology of Law (IISL).
- Kumm, Matthias. "Political Liberalism and the Structure of Rights." In *Law, Rights and Disclosure: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, edited by George Pavlakos, 131–66. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- Landau, David. "The Reality of Social Rights Enforcement." *Harvard International Law Journal*, no. 1 (2012).
- Marshall, Sandra E., and R. A. Duff. "Criminalization and Sharing Wrongs." *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, no. 7, 8 (1998): 11.
- Michelman, Frank I. "Human Rights and Constitutional Rights." In *Human Rights, Democracy, and Legitimacy in a World of Disorder*, edited by Silja Voieneky. Albert-Ludwigs-Universität.
- Miller, David. *National Responsibility and Global Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Minister of Health v. Treatment Action Campaign*. 2002 (5) SA 721(CC).
- Moyn, Samuel. "Human Rights in Heaven." In *Human Rights: Moral or Political?* Edited by Adam Etinson. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Moyn, Samuel. *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*. Cambridge: Harvard University Press, 2018.
- Moyn, Samuel. *The Last Utopia: Human Rights in History*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.
- Müller, Jan-Werner. "How Can Populism be Defeated?" In *Rethinking Open Society*, edited by Michael Ignatieff. Budapest: Central European University Press, 2018.
- Neuman, Gerald L. "Human Rights, Treaties, and International Legitimacy." In *Human Rights, Democracy, and Legitimacy in a World of Disorder*, edited by Silja Voieneky, 51–72. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Nussbaum, Martha C. "Capabilities and Human Rights." *Fordham Law Review* 66 (1997): 273–300.
- Nussbaum, Martha C. *The Monarchy of Fear: A Philosopher Looks at Our Political Crisis*. New York: Simon & Schuster, 2018.

- O'Neill, Onora. "The Dark Side of Human Rights." *Int'L AFF* 81 (2005): 427, 429–33.
- O'Neill, Onora. *Justice Across Boundaries: Whose Obligations?* Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- Panel on Human Dignity "Protecting Dignity: An Agenda for Human Rights." Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. Archived August 30, 2019. <https://web.sonoma.edu/users/s/shawth/Panel%20Human%20Dignity>.
- Posner, Eric A. *The Twilight of Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Rawls, John. *The Law of Peoples*. Harvard University Press, 1999.
- Raz, Joseph. "Human Rights Without Foundations." In *The Philosophy of International Law*, edited by Samantha Besson & John Tasioulas. Oxford University Press, 2010.
- Scanlon, T. M. *A Framework for Thinking about Freedom of Speech, and Some of its Applications*. October 26, 2018.
- Sen, Amartya. "Human Rights and the Limits of Law." *Cardozo Law Review* 27 (2006): 2913–27.
- Shany, Yuval. *The Universality of Human Rights: Pragmatism Meets Idealism*. The Jacob Blaustein Institute Human Rights Lecture (July 21, 2018). <https://www.jbi-humanrights.org/BlausteinLecture2.0nline.24July18.pdf> [<https://perma.cc/SSB8-RW6W>].
- Shaver, Lea. "The Right to Science and Culture." *The Wisconsin Law Review*, no. 1 (2009): 121–84.
- Simmons, Beth A. *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*. Cambridge University Press, 2009.
- Stewart, James G. "New Symposium – John Tasioulas' Minimum Core Obligations in Economic, Cultural and Social Rights." *James G. Stewart Blog*. May 10, 2018. <http://jamesgstewart.com/new-symposium-john-tasioulas-minimum-core-obligations-in-economic-cultural-and-social-rights/> [<https://perma.cc/VXS4-J4XM>].
- Tasioulas, John. "Making Human Rights Ordinary Again: A Response to Ignatieff." *King's Law Journal* 30 (December 2018): 341–48.
- Tasioulas, John, and Effy Vayena. "The Place of Human Rights and the Common Good in Global Health Policy." *Theoretical Medicine and Bioethics* 37 (2016): 365–82.
- Tasioulas, John. "Exiting the Hall of Mirrors: Morality and Law in Human Rights." In *Political and Legal Approaches to Human Rights*, edited by Tom Campbell and Kylie Bourne, 73–89. Routledge, 2018.
- Tasioulas, John. "On the Foundations of Human Rights." In *Philosophical Foundations of Human Rights*, edited by Rowan Cruft. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Tasioulas, John. "On the Nature of Human Rights." In *The Philosophy of Human Rights: Contemporary Controversies*, edited by Gerhard Ernst and Jan-Christoph Heilinger, 17–59. Berlin/Boston: De Gruyter, 2012.
- Tasioulas, John. "Philosophizing the Real World of Human Rights: A Reply to Samuel Moyn." In *Human Rights: Moral or Political?* Edited by Adam Etinson. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Tasioulas, John. "Taking Rights out of Human Rights." *Ethics* 120 (2010): 647, 672–78.
- Tasioulas, John. "The Moral Reality of Human Rights." In *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor?* Edited by Thomas Pogge. New York: Oxford University Press, 2007.

- Tasioulas, John. *Minimum Core Obligations: Human Rights in the Here and Now*. World Bank, 2017. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/29144/122563-WP-Tasioulas2-PUBLIC.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [<https://perma.cc/P7EV-977D>].
- Tobin, John. *The Right to Health in International Law*. New York: Oxford University Press, 2012.
- UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). *General Comment no. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health* (Art. 12 of the Covenant). 11 August 2000. E/C.12/2000/4.
- UN General Assembly. *International Covenant on Civil and Political Rights*. 16 December 1966. United Nations. Treaty Series, vol. 999.
- UN General Assembly. *Universal Declaration of Human Rights*. 10 December 1948. 217 A (III).
- UN Human Rights Committee (HRC). *General comment no. 36, Article 6 (Right to Life)*. 3 September 2019. CCPR/C/GC/35.
- UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR). Fact Sheet no. 31. *The Right to Health*. June 2008. No. 31. <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf> [<https://perma.cc/A4QT-JNZB>].
- Urbina, Francisco. *A Critique of Proportionality and Balancing*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Verdirame, Guglielmo. "Rescuing Human Rights from Proportionality." In *Philosophical Foundations of Human Rights*, edited by Rowan Cruft. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Webber, Grégoire, Paul Yowell, Richard Ekins, Maris Köpcke, Bradley W. Miller and Francisco J. Urbina. *Legislated Rights: Securing Human Rights Through Legislation*. Cambridge University Press, 2018.
- Wuerth, Ingrid. "International Law in the Post-Human Rights Era." *Texas Law Review* (2017): 279.
- Younis, Mona. "Back to the Future: Returning to Human Rights." *Open Global Rights*. <https://www.openglobalrights.org/Back-to-the-Future-returning-to-human-rights/>.

Джон Тасіулас. Порятуюнок прав людини від права прав людини

Анотація. У цій статті висувається теза, що міжнародне право прав людини (МППЛ) відхилилося від своєї утворюючої мети. Ця мета, як сформульовано в «тезі утворюючої мети» (ТУМ), полягає в тому, щоб виражати і надавати дієвості засадничій моралі прав людини, наскільки це доречно, через закріплення індивідуальних юридичних прав, якими наділяються усі індивіди. Ця стаття розглядає два основні шляхи, в яких МППЛ відхилилося від ТУМ: (1) тенденція ігнорувати істотні відмінності між правами людини (з якими пов'язані обов'язки) та універсальними інтересами чи цінностями в цілому; та (2) недостатньо критичне просування як легалізації, так і, що більш важливо, юдиціалізації в галузі прав людини. Ця стаття попередньо вказує на те, що ці внутрішні відхилення в межах МППЛ можуть частково пояснити деякі зовнішні виклики, з якими зіткнулось МППЛ у формі того, що загалом називають «популістська реакція». Сьогодні одним з елементів порятунку прав людини є їх порятуюнок від деформацій, яких вони зазнали в межах МППЛ.

Ключові слова: права людини; міжнародне право прав людини; теза утворюючої мети; засаднича мораль прав людини; обов'язки; зобов'язання; універсальні інтереси; універсальні цінності; легалізація прав людини; юдиціалізація прав людини.

Джон Тасиулас. Спасение прав человека от права прав человека

Аннотация. В этой статье выдвигается тезис, что международное право прав человека (МППЧ) отклонилось от своей образующей цели. Эта цель, как сформулировано в тезисе образующей цели (ТОЦ), заключается в том, чтобы выражать и обеспечивать действенность основополагающей морали прав человека, насколько это уместно, через закрепление индивидуальных юридических прав, которыми наделяются все индивиды. Эта статья рассматривает два основных пути, в которых МППЧ отклонилось от ТОЦ: (1) тенденция игнорировать существенные различия между правами человека (с которыми связаны обязанности) и универсальными интересами или ценностями в целом; и (2) недостаточно критическое содействие как легализации, так и, что более важно, юдициализации в сфере прав человека. Эта статья предварительно указывает на то, что эти внутренние отклонения в пределах МППЧ могут частично объяснить некоторые внешние вызовы, с которыми столкнулось МППЧ в форме того, что в целом называют «популистская реакция». Сегодня одним из элементов спасения прав человека является спасение их от деформаций, которые они понесли в рамках МППЧ.

Ключевые слова: права человека; международное право прав человека; тезис образующей цели; основополагающая мораль прав человека; обязанности; обязательства; универсальные интересы; универсальные ценности; легализация прав человека; юдициализация прав человека.

John Tasioulas. Saving Human Rights from Human Rights Law

Abstract. This Article advances the thesis that international human rights law (IHRL) has strayed from its formative purpose. This purpose, as formulated by the Formative Aim Thesis (FAT), is to give expression and effect to an underlying morality of human rights, insofar as it is appropriate to do so, through the medium of individual legal rights ascribed to all human beings. This Article elaborates on two main ways in which IHRL has deviated from the FAT: (1) a tendency to ignore the vital distinction between human rights (which have associated obligations) and universal human interests or values more generally; and (2) an insufficiently critical promotion of both the legalisation and, more specifically, the judicialisation of human rights. This Article tentatively suggests that these internal deviations within IHRL may partly explain some of the external resistance IHRL has encountered, in the form of what is generally referred to as a “populist backlash.” One element in rescuing human rights today is saving them from the deformations they have undergone at the hands of IHRL.

Keywords: human rights; international human rights law; formative aim thesis; underlying morality of human rights; obligations; universal human interests; universal values; legalisation of human rights; judicialisation of human rights.

Одержано/Received 30.05.2020

THE NEOLIBERAL VIRUS IN BRAZIL AND THE CONTROVERSY WITH GIORGIO AGAMBEN

Introduction

In Bertioga, a coastal city in the state of São Paulo, Brazil, the body of an Austrian man, then identified as Wolfgang Gerhard, was found with signs of drowning in 1979. But only in 1985 it was discovered that he was not an Austrian immigrant. His true identity proved to be that of Josef Mengele, also known as “The Angel of Death”.¹ Mengele had been a captain of the SS and one of the doctors who carried out experiments at the Auschwitz concentration camp, employing experimental surgery without the use of anesthesia. He lived in Brazil for 35 years, using numerous false names.² He had lived in another city in Brazil called New Europe and, by the end of his life, he moved to a farther place, driven by his paranoid fear of being captured by the Israeli police, just as it had happened to Adolf Eichmann, years earlier, in Argentina.

Yet again, beyond Brazil’s participation in the World War II on the Allies side, or the Nazi expeditions to the Brazilian Amazon rainforest during the 1930s (reaching my own city, Belém do Pará), Nazism had intersected once more with our recent history during that episode, in which one of the most nefarious Nazi scientists was found in Brazil, hiding from the possible consequences of his war crimes. I was reminded of those facts when I first read the article by the Brazilian Minister of the Foreign Relations, the *chancellor* Ernesto Araújo. He published it in his personal blog, entitled as *Chegou o comunavírus* (*Comunavirus has arrived*, 2020). His article refers to two important contemporary leftist philosophers, Slavoj Žižek and Giorgio Agamben. Both had spoken up about possible political implications of the current pandemic caused by COVID-19 (SARS-CoV-2).

* Ricardo Evandro S. Martins, Assistant Professor of Theory of Law at the Law School (Graduation and Postgraduation in Law) at the Federal University of Pará-UFPA (Belém-Pará, Brazil), Member of the CESIP-Margear Research Group, Member of the Working Group of Hermeneutics Philosophy of National Association of Postgraduation Philosophy-ANPOF.
e-mail: ricardoevandromartins@gmail.com

¹ Cf. Gerald L. Posner and John Ware, *Mengele: A História completa do Anjo da Morte de Auschwitz* [Mengele: The Complete History about the Angel of Death of Auschwitz] (São Paulo: Cultrix, 2019), 66.

² Cf. André Bernardo, “Josef Mengele: os 40 anos da morte do médico nazista que viveu 17 anos em SP [Josef Mengele: the 40 Years since the Death of the Nazi Doctor Who Lived for 17 Years in SP],” *BBC News Brazil*, Fevereiro 6, 2019, <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47121871>.

Araújo used their manifests to substantiate his believes that the current health crisis could give rise to a political movement against liberal democracy, much like the of exceptional measures used by the Nazi state – which Araújo equates with the Communist state, since he is unable to distinguish those ideologies. In short, the Brazilian *chancellor* tries to argue that the emergence of the “Coronavirus [COVID-19] makes us wake up again to the nightmare of communism”³, and that this is supposedly shown by the Slovenian philosopher Žižek in his recent book on the pandemic, called *Virus* (2020), when it “reveals what Marxists have been hiding for thirty years: globalism replaces socialism as a preparatory stage to communism. (...) which surrenders without disguise the communist-globalist game of appropriation of the pandemic in order to completely subvert liberal democracy and the market economy.”⁴

But I intend to specifically highlight the passage in which Araújo quotes Agamben, as being “a seemingly non-Marxist left-wing philosopher, who wrote with great apprehension about the curtailment of freedoms that is taking place,” picturing the Italian philosopher as concerned with such alleged risks to individual freedoms, as opposed to Žižek, who “welcomes [it] with joy.” Thus, Araújo goes on to say that’s “[a] pretext of the pandemic, the new communism is on building a world without nations, without freedom,” and to build “[a] permanent global state of exception, transforming the world into a big concentration camp.”⁵

By highlighting these passages from Minister Araújo’s article, this essay aims to problematize his use of Agamben’s remarks to validate his own conspiracy theory over Žižek’s book. From this dispute, I will try to reveal Araújo’s ideological trickery, a supposed libertarian that actually acts to veil the real neo-liberal-authoritarian pretensions in the Brazilian President Jair Messias Bolsonaro’s government.

Based on this problem, I formulate the following hypotheses:

- a) Agamben’s opinion on how social isolation measures can generate a permanent state of exception does not work properly with Brazil’s singular experience in the current pandemic;
- b) Besides, as it is revealed in Araújo’s quotations above, this essay defends that Agamben’s position was instrumentalized by the Minister to justify the statements and the negligence of the current Brazilian federal government. Like Bolsonaro’s many statements considering the current pandemic as “a minor event”, “just a flu outbreak”, whose rhetoric augmentation only intends to lead the Brazilian domestic economy to depression, causing unemployment and closing private business.⁶

³ Cf. Ernesto Araújo, “Chegou o Comonavírus [The Comonavirus Has Arrived],” *Metapolitics* 17, Abril 22, 2020.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ Despite the measures for imposing social isolation put in place by some state governors in Brazil, as occurs in the Brazilian state of Pará, Amazonas and São Paulo, Bolsonaro has dealt with the epidemics with negligence and omission. For this, the Brazilian President has been considered worldwide the “worst leader” in the world during the pandemics. Cf. “Leaders Risk Lives by Minimizing the Coronavirus.

And to develop these hypotheses, this essay launches three tasks:

1) Better explore the categories of Agamben's Theory that bases his critical position on government measures of exception;

2) Unveil the true authoritarianism and the functioning of the "political machine of death" hidden by the liberal discourse in the aforementioned article by Minister Ernesto Araújo – who is against rigorously maintaining social isolation, recommended by the medical-scientific orientation of PAHO and WHO (Pan American Health Organization and World Health Organization);⁷

3) Finally, show how Agamben's criticism differs from Bolsonaro and his Minister discourses; and (3.1) how Agamben's articles do not apply in the Brazilian context, governed by ideology that mixes Neoliberalism and apology for military authoritarianism.

I. The Agamben Controversy about the Pandemic

From February of this year until the moment this essay was being written, in the electronic site that he has on the site *quodlibet.it*, in the session *Una voce di Giorgio Agamben*, Agamben published a total of eleven articles and one interview regarding the COVID-19 pandemic. In his first text, called *The invention of a pandemic* (February 20th, 2020), Agamben was cause of controversy by calling the Italian government's measures during the beginning of contamination at that time as being "frenetic, irrational, and completely unjustified emergency measures."⁸ By that, Agamben questioned why media and authorities were "working to spread a disposition of panic, causing a real state of exception, with serious limitations of movement and the suspension of normal functioning of living and working conditions in entire regions?"⁹

Based on the position of the CNR (*Consiglio Nazionale delle Ricerche*) – the Italian National Research Council – Agamben saw a disproportionality in the treatment of the flu that, until then, seemed a "normal flu." For the philosopher, "it seems that, having exhausted terrorism as the cause of exceptional measures, the invention of an epidemic may offer the ideal pretext to extend them beyond all limits."¹⁰ On account of this text, the Italian philosopher was attacked by several philosophers, such as Jean-Luc Nancy, Roberto

Bolsonaro is the Worst," *Washington Post*, April 14, 2020, www.washingtonpost.com/opinions/global-opinions/jair-bolsonaro-risks-lives-by-minimizing-the-coronavirus-pandemic/2020/04/13/6356a9be-7da6-11ea-9040-68981f488eed_story.html.

⁷ "Tempo para desacelerar propagação da COVID-19 está diminuindo nas Américas; países devem agir agora [Time to Slow Down the Spread of COVID-19 is Diminishing in the Americas; Countries Must Act Now]," *Paho-Brazil*, https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6128:tempo-para-desacelerar-propagacao-da-covid-19-esta-diminuindo-nas-americas-paises-devem-agir-agora&Itemid=812.

⁸ Giorgio Agamben, "L'invenzione di un'epidemia [The Invention of an Epidemic]," *Quodlibet*, Febbraio 22, 2020, <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-l-invenzione-di-un-epidemia>.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

Esposito etc. Since then, he has published other texts and given interviews, sometimes trying to justify his position in his first text published in February, sometimes confirming his warning about the exception measures that could arise, which would work to prevent a return to normality. In his second last pronouncement on this subject, on April 22th, 2020, he participated in an interview, called *On Truth and on False* (2020), where he was asked if “[we are] living, with this forced reclusion, a new totalitarianism?” to which Agamben said, “[on] many sides we are now formulating the hypothesis that we really are living the end of the world, of the bourgeois democracies based on rights, of the parliaments and division of powers, which is giving rise to a new despotism.”¹¹

Therefore, continuing the objectives of this essay, it remains only to problematize Agamben’s position by showing how his texts on the pandemic are, on one hand, very coherent with his ontological-political categories and capable of understanding the present. But on the other hand, regarding the Brazilian situation, it is important go beyond the theory to show how the measures for social isolation are correct, despite what the far-right Brazilian President and his Minister of Foreign Affairs declares.

Long before Agamben, during the class of January 15th, 1975, that was organized in the book *The Freaks* (1975), Michel Foucault was already proposing how the plague, during the Middle Ages, was the moment when “(...) individualities fall apart, when the law is forgotten,”¹² and also the moment when there was “(...) a political dream of the plague, where this is, contrary [of the orgiastic dream with its suspension of the rules], the wonderful moment when political power is fully exercised.”¹³ According to Foucault, “the moment of the plague is the moment of an exhaustive policing over the population by a political power, whose capillary ramifications continually reach the very grain of individuals, their time, their habitat, their location, their body.”¹⁴ As shows, Agamben follows Foucault by reading the current pandemic as a moment of exhaustive exercise of political power, at the same time as a suspension of the law.

But to better understand this, it is necessary to bring some of Agamben’s ethic-political philosophical categories. Before the posthumous publications of Foucault’s seminars at the *College de France*, in the 70’s, Agamben became famous for his project to rethink political action with his collection of works gathered under the name of *Homo Sacer*. Here I will focus on the first two volumes of the *Homo Sacer* project, which I consider the most important of Agamben’s texts to understanding the categories such as ‘state of exception’ and ‘camp’. They are the *Homo Sacer: The Sovereign Power and Bare Life vol. I* (1995) and *State of exception vol. II,1* (2003).

¹¹ Giorgio Agamben, “Sul vero e sul falso [On Truth and on False],” *Quodlibet*, Aprile 28, 2020, <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-sul-vero-e-sul-falso>.

¹² Michel Foucault, *Os Anormais* [The Freaks] (São Paulo: Martins Fontes, 2010), 41.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

The first volume, written during the Kosovo War, and the second volume, made after the terrorist attack of September 11th and during the Iraq War, seek to unveil the connection between biopolitics, state of exception and the camp. Commenting on the European experience with Nazi Germany's concentration camps, Agamben says that "insofar as its inhabitants have been stripped of all political status and reduced to their bare lives, the camp is also the most absolute biopolitical space that has ever been accomplished, in which the power has before itself nothing but bare life without any mediation."¹⁵

In other words, the normal political space, with its guarantees of rights, has become the field where and when the space in which the subject of rights is reduced to its bare life; in which his inscription in the *nomos*, the legal order, is suspended by a relationship of exception, that abandons life at the same time that captures it by its own exceptionality. According to Agamben, "the camp is the very paradigm of political space to the point where politics becomes biopolitical and *homo sacer* is virtually confused with the citizen."¹⁶ Specifically in regard to the state of exception, Agamben argues that, since modern totalitarianism, "it can be defined, in this sense, as the founding, through the state of exception, of a legal civil war,"¹⁷ in which opponents and entire categories of citizens are physically eliminated because they are unable to be included in the political system, "since the voluntary creation of a permanent state of emergency (even if, eventually, not declared in the technical sense) has become one of the essential practices of contemporary states, including the so-called democratic ones."¹⁸

As it can be seen from those quotations, since the 90's Agamben has diagnosed the 'permanent state of exception' in which we live in. And he articulates this category with the inscription of the 'bare life' in the political-legal order (Biopolitics) by means of the Law, through the sovereign power. And this sovereign power is exercised in a 'relation of exception' which "the rule (...), suspending itself, gives way to the exception and only in this way constitutes itself as the rule."¹⁹ Thus, says Agamben, "we name *relation of exception* this extreme form of relation that includes something solely through its exclusion."²⁰ In this way, it is possible to better understand the previous warning by the Italian philosopher over the risks of a state of permanent exception, that is being substantiated by the Coronavirus pandemic crisis.

Because of that, it is also possible to see correlations between the Brazilian Minister's article and Agamben's view about the pandemic – when Araújo criticized Žižek and his supposed enthusiasm for the possible political consequences that the pandemic could

¹⁵ Giorgio Agamben, *Homo sacer: O poder soberano e a vida nua* [Homo sacer: Sovereign Power and Bare Life] (Belo Horizonte: UFMG), 167.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Giorgio Agamben, *Estado de exceção* [State of Exception] (São Paulo: Boitempo, 2010), 13.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid, 25.

²⁰ Ibid.

cause. Araújo and Agamben seem to agree on the potential state of exception, exercised by the emergency measures of the nation states to fight the fast proliferation of COVID-19. And the President of Brazil also seems to condone the opinions of his Minister when he claims in favor of the reopening of internal trade and when he criticizes social isolation that some Brazilian state governments are promoting. That's case in the state of Pará and the state of Amazonas (both located in the Brazilian Amazon rainforest), as well as in the state of São Paulo (the country's financial capital). In is necessary, however, to be aware of the Brazilian situation, since it may reveal a patent contradiction between what the Minister Araújo says in his article, and what his boss, President Bolsonaro, actually do and puts in practice, as I will explain below.

II. The Singularity of the Brazilian State of Exception in the Pandemic

The central hypothesis in this essay can be summarized as follows: the apparent concern of the Bolsonaro government regarding the pandemic crisis, expressed by his Minister's text, cannot be easily understood as a political-ideological position contrary to the state of exception and authoritarianism, as they intend to show. In addition, it is not really possible to associate Bolsonaro government with Agamben's view on the pandemic. To expose that, it is required to go deeper into the Brazilian political and historical singularity.

I'll start the argument proposing that, contrary to what President Bolsonaro and its Minister Ernesto Araújo declares, his government does not fear any possible risks that the social isolation could cause on individual freedoms, and there is no fear of a real communist threat, which would, according to their discourses, implement a dictatorship in Brazil. In truth, they fear the unfeasibility of the Neoliberal version of capitalism; more specifically, the Neoliberal model of government that President Bolsonaro tries to exercise. Regarding social isolation in Brazil, the highest fear is for a serious regression of the economy, which would undo the government's aim to reduce the fiscal deficit.²¹ In other words, the priority of Brazil's current federal government is centered in economic concerns at the expense of social rights, of life, the ordinary and the good life.

This, apparently, could be a legitimate concern, since a serious economic crisis would certainly generate terrible social impacts against the lives of Brazilians. However, it must be stressed here that social impact is not the greatest concern of the current Brazilian federal government. What the government wants is to protect the private sector during and after the pandemic. In fact, as of today, during the very elaboration of this essay, without taking into account the huge underreporting, the number of officially reported deaths has already surpassed Chinese numbers, where the pandemic began. Up to this date, Brazil has in

²¹ Because of the *lockdown*, the International Monetary Fund predict the worst economic regression since the Big Depression. Cf. Laís Alegrethi, "PIB do Brasil vai cair cinco vezes mais que média dos emergentes em 2020, prevê FMI," *BBC. News Brasil em Londres*, <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52282293>.

total more than 31 thousand deaths, according the official Brazilian Press.²² And those are the numbers while Brazil did not yet reach the peak of the contamination curve. I bring these data to show that, for President Bolsonaro's priorities, the social isolation could be much worse to the Brazilian economy than the high death toll caused by Coronavirus.

The government's defense for relaxation of measures regarding social isolation is not meant to address the Brazilian population's safety and does not have as its main objective the restoration of individuals' rights to freedom. Bolsonaro's government aims only not to have more damage to the country's financial speculation, industry and commerce. In this regard, the class of February 7th, 1979, recorded in the *The Birth of Biopolitics*, Foucault offered a concept for this type of Liberalism. He taught that an inversion had happened to the original purpose of classical and Keynesian Liberalism, since now what we have instead is the need to "affirm market freedom as an organizing and regulating principle of the State (...)" so "(...) [a] State [is] under the market's surveillance and not a market under the State surveillance."²³

This definition of Neoliberalism given by Foucault help us to understand the real political plan of action the Bolsonaro's government have for human lives in the Brazilian territory: it is not the science discoveries nor the WHO that should propose guidelines for the pandemic crisis which we are living in now in Brazil, but instead the cries of the market and this new governmental reason, as Neoliberal reason with Austrian and American origins,²⁴ focused in maintaining the free activity of a *homo oeconomicus*. All that in adding to the fact that Neoliberalism produces a "state of permanent economic exception,"²⁵ reducing public services, practicing fiscal austerity that also causes a decrease in infrastructure investments, in addition to the flexibilization of labor and social security laws.

In fact, the Neoliberalism could be a strong ally for military authoritarianism and its exceptional measures that restricts social rights. An illustrative example of that is a famous case of Latin America's experience: the so-called 'Chicago Boys', the Neoliberal economists who assisted in the economic plan of Chilean dictator General Augusto Pinochet. On that, it is important to remember an interview given by the famous North American Neoliberal economist Milton Friedman to the Chilean newspaper *El Mercurio* (1981). When he was asked about his own view on dictatorships, he answer:

²² "Brasil registra mais de 31 mortes por covid-19 [Brazil Registers More than 31 Deaths for Covid-19]," *Agencia Brasil*, June 6, 2020, <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-06/brasil-registra-mais-de-31-mil-mortes-por-covid-19>.

²³ Michel Foucault, *O Nascimento da Biopolítica* [The Birth of Biopolitics] (Lisbon: Editions 70, 2018), 154–55.

²⁴ The reference here are: the Austrian School, represented by economists Ludwig von Mises and Friedrich August von Hayek, and the American version, represented by Milton Friedman.

²⁵ Gilberto Bercovici, "The Expansion of the State of Exception: From the Protection of the Constitution to the Protection of Capitalism," *Boletim de Ciências Econômicas*, vol. LVII, t. 1 (2014), 784, https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-1_18.

Well, I would say that, as long-term institutions, I am totally against dictatorships. But a dictatorship may be a necessary system for a transitional period. At times it is necessary for a country to have, for a time, some form or other of dictatorial power. As you will understand, it is possible for a dictator to govern in a liberal way. And it is also possible for a democracy to govern with a total lack of liberalism. Personally, I prefer a liberal dictator to democratic government lacking liberalism. My personal impression – and this is valid for South America – is that in Chile, for example, we will witness a transition from a dictatorial government to a liberal government. And during this transition it may be necessary to maintain certain dictatorial powers, not as something permanent, but as a temporary arrangement.²⁶

Similarly, the most representative thinker of the Austrian Neoliberalism and contemporary of Friedrich Hayek, Ludwig von Mises said a polemic line about the apparent paradox between his view on what Liberalism and Authoritarianism are, while he explained about Fascism in his book called *Liberalism: In the Classical Tradition* (1927):

It cannot be denied that Fascism and similar movements aiming at the establishment of dictatorships are full of the best intentions and that their intervention has, for the moment, saved European civilization. The merit that Fascism has thereby won for itself will live on eternally in history. But though its policy has brought salvation for the moment, it is not of the kind which could promise continued success. Fascism was an emergency makeshift. To view it as something more would be a fatal error.²⁷

It is clear that Hayek and Mises were economists that saw the Liberalism as an ideology that could be compatible with dictatorships. For them, the governments in state of exception could be deemed as 'good' in the name of the 'Liberal reason'. Also, when regarding what Araújo and President Bolsonaro defend, there is no contradiction between an economic Liberalism and the state of exception. In truth, it possible to maintain, at the same time, this exceptional state of government and a Neoliberal economic politics.

Given what has been discussed so far here, it must be said that Agamben is not wrong. There is an imminent risk that, with this pandemic crisis, the democratically elected governments will be prone to take exceptional measures, abusing their emergency powers and, worst of all, not returning to the previous state at the end of the pandemic. But what Agamben may not know is that, concerning us in Brazil and our Republican experiences, the risks looming over our democratic experiences are not extraordinary – to be fair, Agamben himself knows that the state of exception has become the rule for many nations at least since the First World War.²⁸

We are well aware of this risk, for we remember how the Republic of Brazil was founded by the end of the 19th century, driven by a military, liberal and positivist revolution against

²⁶ Friedrich von Hayek, "Lider y maestro del liberalismo económico [Leader and Master of the Economical Liberalism]," *El Mercurio*, April 12, 1981, D8–D9.

²⁷ Ludwig von Mises, *Liberalism: In the Classical Tradition* (San Francisco: Cobden Press, 1985), 51.

²⁸ Agamben, *Estado de exceção*, 19, 25, 33.

the Brazilian Empire, and which has, since its beginning up until today, a long history of governments carried out by means of decree-laws or even military coups,²⁹ coincidentally justified by the fear of a communist revolution, such as in 1937, the coup committed by the Getúlio Vargas's government, and in 1964, a coup carried by a coalition of civil and military movement, in the context of the Cold War.

For that, is possible to see how Agamben may not realize the uniqueness of the Brazilian case and how the current Brazilian government deals with the pandemic crisis. The authoritarian speeches and the 'letting die' policies of the Bolsonaro's government disguise themselves as Neoliberal ideology, which is only apparently and outwardly interested in defending the individual rights of Brazilian citizens during this Coronavirus crisis. The categories of the *Homo Sacer* project were used by Minister Araújo as just a resource to give prestige to what President Bolsonaro actually practices, as much as for his statements in support of the Brazilian Civil-military Dictatorship (1964-1985), or for his exercise of sovereignty that nurtures the 'politics of death'. Under this guise, President Bolsonaro prefers to relax social isolation policy, opting for the strategy of 'group immunity' and letting occur the 'total contamination' of Brazilian people regardless of the death toll.³⁰

His objective is to grow mass immunity, even if it can cause thousands of deaths. While he and his government adhere to a discourse in favor of freedom and against the social restrictions put forward by the Brazilian states and municipalities. President Bolsonaro is indifferent with the death of Brazilian people. After all, to let the people die means abandoning to death old people, people with comorbidities, and an entire population without access to medical care or even without access to drinking water and basic sanitation.³¹

Final Considerations

This essay reaffirms that the Brazilian situation is quite different from what Agamben's recent texts defends. In Brazil, capitalism and (medical) science do not walk together. In Brazil, the 'medical religion' and the 'capitalist religion' tend to resist each other, and actually medical science is the 'religion'³² that currently has hindered and put off the thanatopolitical machine of Latin American authoritarian Neoliberalism. Agamben distrusts the data on Italy's deaths, as well as he distrusts science when it meddles in ethical and

²⁹ Ana Suelen Tossige Gomes and Andityas Matos, "O estado de exceção na República do Brasil [The State of Exception in Republican Brazil]," *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, vol. 08, no. 3 (2017): 1760–87.

³⁰ Guilherme Amado, "Bolsonaro Forced Embrace with Caiado: 'Citizen Has to be Total Contamination,'" *Época*, April 13, 2020, <https://epoca.globo.com/guilherme-amado/bolsonaro-forcou-abraco-com-caiado-caiado-tem-que-ser-contaminacao-total-24367552>.

³¹ According to data from IBGE (Brazilian Institute of Geography and Statistics), only 53.4% of the city of Belém has adequate sanitation. IBGE. Municipal social indicators, <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pa/belem/pesquisa/23/25124>.

³² Giorgio Agamben, "La medicina come religione [Medicine as Religion]," *Quodlibet*, May 2, 2020, <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-la-medicina-come-religione>.

political matters, maybe because of the trauma of the European experience with the *Shoah*. The erudite Italian philosopher seems to fear science much more than the COVID-19 pandemic. Maybe because science always brings the risk of being thanatopolitical, as was the science of 'The Angel of Death' (Mengele). We Brazilians, perhaps because of our ex-colony condition, in an experience of barbarity, seem to fear more the 'gale of progress', which drags the 'Angel of History'.³³

Finally, located in the periphery of capitalism and modern civilization, among the ruins that the Neoliberal progress leaves behind, there are bodies piled up in the city of Manaus in the Amazon rainforest, as there are dead bodies being left in hospitals and in houses of Belém. Victims of the Coronavirus pandemic that are, perhaps, buried on top of the indigenous and black people's bodies. These bodies victims of colonization, slavery, and the perverse military dictatorship agenda. And today we live in times of Neoliberalism, which also has been increasingly contaminating the indigenous lands and the lands of the traditional descendants of black slaves in Brazil.

© R. E. S. Martins, 2020

Bibliography

- Agamben, Giorgio. *Estado de exceção* [State of Exception]. São Paulo: Boitempo, 2010.
- Agamben, Giorgio. *Homo sacer: O poder soberano e a vida nua* [Homo sacer: Sovereign Power and Bare Life]. Belo Horizonte: UFMG.
- Agamben, Giorgio. "La medicina come religione [Medicine as Religion]." *Quodlibet*, May 2, 2020. <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-la-medicina-come-religione>.
- Agamben, Giorgio. "L'invenzione di un'epidemia [The Invention of an Epidemic]." *Quodlibet*, Febbraio 22, 2020. <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-l-invenzione-di-un-epidemia>.
- Agamben, Giorgio. "Sul vero e sul falso [On Truth and on False]." *Quodlibet*, Aprile 28, 2020. <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-sul-vero-e-sul-falso>.
- Amado, Guilherme. "Bolsonaro Forced Embrace with Caiado: 'Citizen Has to be Total Contamination'." *Época*, April 13, 2020. <https://epoca.globo.com/guilherme-amado/bolsonaro-forcou-abraco-com-caiado-caiadao-tem-que-ser-contaminacao-total-24367552>.
- Alegrethi, Laís. "PIB do Brasil vai cair cinco vezes mais que média dos emergentes em 2020, prevê FMI." *BBC. News Brasil em Londres*. <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52282293>.
- Araújo, Ernesto. "Chegou o Comunavírus [The Comunavirus Has Arrived]." *Metapolitics* 17, Abril 22, 2020.
- Benjamin, Walter. *Sobre o conceito de história* [About the Concept of History]. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.
- Bercovicci, Gilberto. "The Expansion of the State of Exception: From the Protection of the Constitution to the Protection of Capitalism." *Boletim de Ciências Econômicas*, vol. LVII, t. 1 (2014): 737–54. https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-1_18.

³³ Walter Benjamin, *Sobre o conceito de história* [About the Concept of History] (Belo Horizonte: Autêntica, 2016), 14.

- Bernardo, André. “Josef Mengele: os 40 anos da morte do médico nazista que viveu 17 anos em SP [Josef Mengele: the 40 Years since the Death of the Nazi Doctor Who Lived for 17 Years in SP].” *BBC News Brazil*, Fevereiro 6, 2019. <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47121871>.
- “Brasil registra mais de 31 mortes por covid-19 [Brazil Registers More than 31 Deaths for Covid-19].” *Agencia Brasil*, June 6, 2020. <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-06/brasil-registra-mais-de-31-mil-mortes-por-covid-19>.
- Dietrich, Ana Maria. “Nazismo tropical? O partido nazista no Brasil [Tropical Nazism? The Nazi Party in Brazil].” PhD diss., University of São Paulo, 2007.
- Foucault, Michel. *Os Anormais* [The Freaks]. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- Foucault, Michel. *O Nascimento da Biopolítica* [The Birth of Biopolitics]. Lisbon: Editions 70, 2018.
- Gomes, Ana Suelen Tossige, and Andityas Matos. “O estado de exceção na República do Brasil [The State of Exception in Republican Brazil].” *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, vol. 8, no. 3 (2017): 1760–87.
- Hayek, Friedrich von. “Lider y maestro del liberalismo econômico [Leader and Master of the Economical Liberalism].” *El Mercurio*, April 12, 1981.
- IBGE. Municipal social indicators. <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pa/belem/pesquisa/23/25124>.
- “Leaders Risk Lives by Minimizing the Coronavirus. Bolsonaro is the Worst.” *Washington Post*, April 14, 2020. www.washingtonpost.com/opinions/global-opinions/jair-bolsonaro-risks-lives-by-minimizing-the-coronavirus-pandemic/2020/04/13/6356a9be-7da6-11ea-9040-68981f488eed_story.html.
- Mises, Ludwig von. *Liberalism: In the Classical Tradition*. San Francisco: Cobden Press, 1985.
- Posner, Gerald L., and John Ware. *Mengele: A História completa do Anjo da Morte de Auschwitz* [Mengele: The Complete History about the Angel of Death of Auschwitz]. São Paulo: Cultrix, 2019.
- “Tempo para desacelerar propagação da COVID-19 está diminuindo nas Américas; países devem agir agora [Time to Slow Down the Spread of COVID-19 is Diminishing in the Americas; Countries Must Act Now].” *Paho-Brazil*. https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6128:tempo-para-desacelerar-propagacao-da-covid-19-esta-diminuindo-nas-americas-paises-devem-agir-agora&Itemid=812.

Рікардо Евандро С. Мартінс. Неоліберальний вірус у Бразилії та дискусія з Джорджо Агамбеном

Анотація. Роздуми, викладені у цьому есеї спровоковано останньою статтею діючого міністра закордонних справ Бразилії, канцлера Ернесто Араужо, призначеного чинним президентом Бразилії Жаїром Мессіасом Болсонаро. У ній бразильський міністр висловлює занепокоєння тим, що нинішня пандемія, викликана коронавірусом (COVID-19), може стати підставою для запровадження виняткових заходів, спрямованих проти бразильської демократії, які можуть привести країну до «комуністичного перевороту» або до уряду, що керується «нацистськими методами». Говорячи про небезпеку пандемії для бразильської демократії, Араужо цитує відомих сучасних філософів Славоя Жижека та Джорджо Агамбена, щоб обґрунтувати своє занепокоєння.

У свою чергу, у цьому есе показано, що Араужо використовує ключові категорії Агамбена некоректно і внаслідок цього перекручує його основну ідею. Зокрема, йдеться про те, що, зрозуміле належним чином, центральне для італійського філософа поняття надзвичайного стану в дійсності сприяє не апології неолібералізму, а проясненню факту, що його бразильський

міністр намагається приховати: насправді за неолиберальною риторикою Болсонаро стоять танатополітичні («політика смерті») та авторитарні наміри.

На прикладі Бразилії з її політичною та історичною специфікою продемонстровано, як в умовах пандемії неолибералізм (що його визначальною рисою, за Мішелем Фуко, є підпорядкування держави ринку, а наслідком – продукування біополітики) створює перманентний економічний надзвичайний стан, а капіталізм протистоїть медицині. Остання ж прагне стримати «танатополітичну машину латиноамериканського авторитарного неолибералізму».

Ключові слова: Джорджо Агамбен; коронавірус; пандемія; надзвичайний стан; Ернесто Араужо; біополітика.

Рикардо Евандро С. Мартинс. Неолиберальный вирус в Бразилии и дискуссия с Джорджо Агамбеном

Аннотация. В этом эссе анализируется последняя статья, написанная канцлером Эрнесто Араужо, действующим министром иностранных дел, назначенным президентом Бразилии Жаиром Мессиасом Болсонаро, в которой он высказывает опасения относительно того, как пандемия коронавируса (COVID-19) якобы может быть использована в качестве основания для исключительных мер против бразильской демократии в форме «коммунистического переворота» или правительства, руководствующегося «нацистскими методами». Рассматривая опасности пандемии для бразильской демократии, Араужо цитирует Славоя Жижека и Джорджо Агамбена, чтобы оправдать свои опасения. В свою очередь в этом эссе рассматривается некорректное использование Араужо категорий Агамбена. В частности, речь идет о том, как понятие «чрезвычайного положения» может действительно прояснить гипотезу, которую бразильский министр хочет скрыть: на самом деле за неолиберализмом Болсонаро скрываются танатополитика и авторитарные намерения.

Ключевые слова: Джорджо Агамбен; коронавирус; пандемия; чрезвычайное положение; Эрнесто Араужо; биополитика.

Ricardo Evandro S. Martins. The Neoliberal Virus in Brazil and the Controversy with Giorgio Agamben

Abstract. This essay presents the latest article written by *chancellor* Ernesto Araújo, current Minister of Foreign Affairs appointed by Jair Messias Bolsonaro, President of Brazil, in which he alerts how the Coronavirus (COVID-19) pandemic could allegedly be used as basis for exceptional measures against the Brazilian democracy, in the form of a 'Communist coup' or a government driven by 'Nazi acts'. When approaching the dangers of the pandemic for Brazilian democracy, Araújo quotes Slavoj Žižek and Giorgio Agamben to justify his warning. In response, this essay addresses the misuse of Agamben's categories made by Araújo. Namely, how the concept of 'state of exception' can actually invoke the hypothesis that the Brazilian Minister in reality wishes to hide: in fact, behind Bolsonaro's Neoliberal lies Thanatopolitics and authoritarian intentions.

Keywords: Giorgio Agamben; Coronavirus; pandemic; state of exception; Ernesto Araújo; biopolitics.

Одержано/Received 16.05.2020

МАТРИЦІ І ТРАЄКТОРІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО РОЗВИТКУ (розмірковуючи над монографією В. В. Джуня «Соціологія конституційного права»)¹

Ще донедавна українська юриспруденція не відзначалося особливою увагою до проблем філософії конституційного права та його соціології. Існування певного інтересу до означених питань засвідчували окремі монографічні праці та поодинокі публікації у періодичних виданнях.² З урахуванням цього вихід другої монографії відомого українського конституціоналіста В. Джуня³ слід віднести до прикметних наукових подій нещодавнього часу.

Перед нами багато в чому нетрадиційний погляд на процес становлення ідейних засад конституціоналізму та історію формування й утвердження його юридичних інститутів. Дослідження являє собою рідкісний для галузевих розвідок і вже тому гідний уваги досвід світоглядного осмислення важливих конституційних проблем, реалізований, як відзначає сам автор, на основі «широкого використання напрацьовань філософської історіографії, доксографії, соціальної філософії, політичної і загальної соціології, політичної і загальної історії» (с. 3). При цьому наведені в роботі унікальні історичні подробиці подекуди роблять читання книги навіть захоплюючим, що, гадаємо,

* Сергій Петрович Рабінович, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри конституційного права, Львівський національний університет імені Івана Франка.

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

e-mail: serg_rabin@yahoo.com

ORCID ID: 0000-0003-4144-5439

¹ В'ячеслав В. Джуня, *Соціологія конституційного права*. Кн. 2. Соціокультурні підстави європейського конституціоналізму (Київ: ІнЮре, 2018).

² Див., напр.: Мар'яна Афанасьєва, *Виборча інженерія в Україні* (Одеса: Юридична література, 2014); Юрій Барабаш, *Державно-правові конфлікти в теорії та практиці конституційного права* (Харків: Право, 2008); Олександр Мироненко, *Конституційний Суд України: історія і сучасність, доктрина і практика* (Київ: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького, 2011); Сергій Рабінович, «Неформальні практики публічної влади як форма дії фактичної конституції», *Вісник Національної академії правових наук України* 3 (2013): 52–61; Сергій Рабінович, «Фактична конституція: перспективи соціолого-правового осмислення», *Право України* 3 (2014): 161–70; Всеволод Речицький, *Неформальний конституціоналізм* (Харків: Права людини, 2018); Всеволод Речицький, *Политический предмет конституции* (Киев: Дух и Литера, 2012).

³ Джуня, *Соціологія конституційного права*.

дає рецензованій праці шанси увійти у певному сенсі увійти до числа хрестоматійних як для майбутніх українських державотворців, так і конституціоналістів-практиків.

Оскільки у незалежній Україні монографічних робіт з питань соціології зарубіжного конституційного права дотепер не видавалось, то сьогодні вже сама назва книги звучить інтригуюче. Така назва є своєрідним інтелектуальним викликом, звернутим як до галузевих фахівців, так і тих правознавців, чії дослідницькі інтереси охоплюють філософію і соціологію права та політичну соціологію. Отже, відповідаючи на цей виклик, звернемось до ключових положень роботи.

Соціокультурні основи європейського конституціоналізму розкриваються в ній з оперттям на концепцію локальних цивілізацій. Аналіз цивілізаційних особливостей окремих суспільств має на меті пояснити, зокрема, чому в одних культурах становлення режимів ліберальної демократії та конституційного правопорядку є «об'єктивною закономірністю», тоді як в інших формуються лише авторитарні чи тоталітарні режими правління з псевдоконституційними формами або ж і без них.

Як зазначається на початку розвідки, в основі поділу людства на локальні цивілізації лежать розбіжності у соціальній психології різних спільнот (с. 6). Від цього аксіоматичного твердження (не позбавленого, втім, здається, деякого відтінку фаталізму) дослідник переходить до положень культурологічного ґатунку: «за логікою локально-цивілізаційної парадигми кожному соціуму притаманна власна специфічна цивілізаційна матриця – своєрідне духовно-інтелектуальне утворення», яке, пише вчений, «визначає спосіб існування людей у соціумі та його політичні форми». До структури названого утворення тут віднесено «моральні цінності, пріоритетний духовний ідеал та соціальні інститути»; змістом же цивілізаційної матриці виступає «панівна духовна культура соціуму». Ієрархія основоположних моральних цінностей забезпечує верховенство одного з трьох духовних ідеалів (принципів): етатизму, комунітаризму чи індивідуалізму (с. 8). Пропонована схема передбачає виокремлення трьох типів локальних цивілізацій, для кожної з яких названі вище принципи набувають засадниче, «матричне» значення. Водночас дослідником виділяються два типи політичної культури – конституційна і деспотична, які відповідають архетипам Заходу і Сходу. Їхнє протиставлення лежить в основі розрізнення, з одного боку, новоевропейської, а з іншого – азійської та євразійської цивілізаційних матриць. Таким чином, поняття «справжній конституціоналізм» та «європейський конституціоналізм» виявляються тотожними. Їхніми ж антонімами слугують категорії імітаційного й номінального конституціоналізмів (С. Денисов, А. Медушевський), що відображають явища, зазвичай властиві локальним цивілізаціям культурного Сходу. Далі увага автора зосереджується на специфіці політико-правових трансформацій індивідуалістичної цивілізації Заходу.

Своєрідність праці В. Джуня полягає в тому, що для вирішення дослідницьких завдань автор використовує водночас щонайменше три відмінні методологічні інструменти: концепцію локальних цивілізацій, економіко-формаційний підхід і веберівську соціологію.

Відтак перейдемо до проблемних питань методологічного характеру, які викликає таке поєднання. До них, з огляду на лаконізм авторських тверджень із цього приводу, насамперед належить зміст поняття цивілізаційної матриці та її структура.

Концептуальне значення поняття соціальної (цивілізаційної, інституційної) матриці складно переоцінити. Сьогодні воно слугує дослідницьким засобом, що дозволяє репрезентувати єдність різноякісних компонентів соціального життя, за-сад суспільного і державного ладу, інтегрально представити духовні та матеріальні складові останнього, сконструювати смислову цілісність різних соціальних інститутів: економічних, моральнісних, державно-політичних тощо. У соціологічних розвідках відзначається, що матриця – це та «основа, на якій будується унікальне соціокультурне ціле», «структура, що інтегрує соціальну, економічну і культурну сфери буття соціальної спільноти»⁴ (що ж до інститутів власне права у його юридико-догматичному розумінні, то останні, вочевидь, являтимуть собою лише специфічний нормативний блок соціальних інститутів).

На наш погляд, «матричним» може вважатися деякий постійно відтворюваний спосіб зв'язку цих елементів, форма репрезентації тотальності, єдності певного соціуму. Водночас використання згаданого поняття у дослідженні потребує деяких уточнень. Йдеться передовсім про кваліфікацію цивілізаційної матриці як «нової методологічної категорії», що її «довелося виробити» самому автору для виконання завдань дослідження (с. 3). При оцінці новизни означеної категорії слід враховувати, що в останнє десятиліття терміносполучення «цивілізаційна матриця» та аналогічні або близькі за смислом термінологічні конструкції («інституційна матриця»,⁵ «емоційна матриця»⁶) досить широко вживаються у науковій літературі (щоправда, використовуються із відмінним смисловим наповненням та нерідко з браком чіткості у визначеннях).⁷ Відзначимо, що, за зауваженням дослідників, «цивілізаційна матриця» – поняття, позбавлене строгого змісту,⁸ інакше кажучи, це образне уявлення, концепт. Терміносполучення ж «інституційна матриця» у цілій низці публікацій також є «радше деяким образом, аніж розробленою категорією».⁹ Вказуючи на історичні витоки згаданих категорій, мабуть, не буде зайвим згадати про поняття «культурно-історичного типу», вироблене

⁴ Ольга Плебанек, «Цивилизационная матрица как категория геополитики», *Вестник Русской христианской гуманитарной академии* 12 (2011): 106.

⁵ Светлана Кирдина, *Институциональные матрицы и развитие России. 2-е изд.* (Новосибирск: ИЭ и ОПП СО РАН, 2001); Николай Романовский, «Сталинизм и теория институциональных матриц», *Социологические исследования* 5 (2003): 132.

⁶ Речицкий, *Неформальный конституционализм*, 15.

⁷ Ольга Бессонова, «Траектория и современный вектор развития цивилизационной матрицы России», *Мир России. Социология. Этнология* Т. 17 2 (2008): 108–39; Вардгес Погосян, «Концепция цивилизационных матриц в макросоциологическом анализе социальных изменений», *Вестник Ереванского университета. Серия 5: Социология. Экономика* 3 (2015): 30–44.

⁸ Плебанек, «Цивилизационная матрица как категория геополитики», 106.

⁹ Кирдина, *Институциональные матрицы и развитие России*, 45, 47.

М. Данилевським ще у XIX ст. Втім, облишимо питання наукових пріоритетів, повернувшись до проблем методологічного ґатунку.

У зв'язку з цим звернемо увагу на запропоноване сучасною дослідницею С. Кірдиною визначення інституційної матриці як соціологічного поняття: «стійка, така що склалася історично, система базових інститутів, які регулюють взаємопов'язане функціонування основних суспільних сфер – економічної, політичної та ідеологічної».¹⁰ За такого підходу наголошується на жорсткому зв'язку трьох компонентів матриці – економіки, політики й ідеології, які протягом історичного розвитку певного суспільства відтворюються, перебуваючи між собою у «незмінній відповідності». Наведене поняття інституційної матриці, з одного боку, і включення до змісту цивілізаційної матриці соціальних інститутів, з іншого, вказує на потребу уточнити також зміст поняття і структуру соціального інституту. Оскільки прямої відповіді на останнє питання в монографії знайти не вдалося, звернемось до структури соціального інституту, запропонованої відомим російським правознавцем Г. Мальцевим. Як він зазначає, до цієї структури входять ідеологічний, нормативний, організаційний і поведінковий блоки, із винятково важливою функцією блоку ідеологічного.¹¹ Згаданий же В. Джуном елементний склад матриці свідчить, що аксіологічні компоненти до складу соціального інституту тут не віднесено. Отже, стає очевидним, що, будучи вираженою в категоріях інституціонального підходу, внутрішня будова цивілізаційної матриці постає більш складною та диференційованою, аніж бачимо в розглядуваній книзі. Однак, мабуть, саме такий рівень складності і диференціації відповідає структурній складності проблем, які розглядаються автором. Слід визнати, що власне від вирішення проблем структури та функціонування соціальних інститутів у складі цивілізаційної матриці залежить пояснювальна спроможність «матричної» моделі і зміст результатів дослідження, яке спирається на концепцію соціальних матриць.

Іншою проблемою є поєднання концепції локальних цивілізацій із теорією суспільно-економічних формацій. Таке поєднання унаочнює проблему співвідношення цивілізаційно унікального із історично всезагальним у розвитку держави та інших політичних інститутів. З цього приводу у дослідженні привертають увагу два твердження. Згідно з першим із них, «кріт історії ріє», але результати його праці «залежать від структури і властивостей цивілізаційної матриці соціуму». Причому такі результати часто можуть бути навіть діаметрально протилежні (с. 16), що вказує, мабуть, на неабияку роль цивілізаційних матриць. Водночас згідно з другим твердженням існування цивілізаційних матриць та їхня специфіка «не виключає певних загальних ліній розвитку для всіх локальних цивілізацій». До таких загальних ліній автор відносить соціальні антагонізми як рушійну силу суспільного розвитку та закономірності зміни суспільно-економічних формацій. Як відомо, згідно

¹⁰ Кирдина, *Институциональные матрицы и развитие России*, 46.

¹¹ Геннадий Мальцев, *Социальные основания права* (Москва: НОРМА, 2008), 448–50.

з концепцією суспільно-економічних формацій, як відомо, європейська історія загалом має лінійний та прогресуючий характер, попри те, що нерівномірність економічного розвитку різних суспільств при цьому теж визнається (відзначимо, що уявлення про універсально закономірний і лінійний характер історичного розвитку зближують цю концепцію з єврейсько-християнською концепцією історії). Натомість принципово відмінною є концепція локальних культур, яка спирається на ідею циклічності. Так, за О. Шпенглером, культурам притаманні власні цикли зародження, розвитку і занепаду, після чого вони зникають з історичної арени. Проблема, відтак, полягає в тому, яким чином можна несуперечливо поєднати обидва згаданих підходи: локально-цивілізаційний та економіко-формаційний. Із рецензованої праці вбачається, що з концепції локальних цивілізацій дослідник запозичує ідею цивілізаційних матриць, залишаючи, проте, відкритим питання про лінійний або циклічний характер розвитку культур. Але наскільки при цьому впізнаваною стає сама концепція локальних цивілізацій?

Свідченнями неминучої напруги між щойно згаданими підходами є вирізнення на сторінках видання двох цивілізаційних матриць: т. зв. староевропейської та новоевропейської, між якими епоха Просвітництва ознаменувала «остаточний водорозділ» (с. 111–112). Однак якщо добам Середньовіччя та Нового часу відповідають не одна, а дві різні локальні цивілізації, кожна з яких спирається на власну матрицю, вочевидь, стає складно обґрунтувати інституційну наступність між ними. Окрім цього, теорія локальних цивілізацій, на відміну від доктрини економічних формацій, не передбачає протиставлення цивілізацій за критеріями прогресивності/відсталості. Натомість у автора таке протиставлення неодноразово має місце (с. 21–22, 214–215). Зазначена напруга підсилюється при висвітленні автором особливостей ідеології націоналізму та розмірковуваннях про перспективи цієї ідеології. Прикметне зауваження автора про те, що «за умов гострої економічної чи політичної кризи» інтегральний націоналізм «має шанси на відродження як масове соціальне явище», на нашу думку, не тільки істотно підважує авторську тезу про визначальну роль ліберально-індивідуалістичних цивілізаційних ідеалів та цінностей, а й може навіть поставити під питання їхній матричний характер щонайменше «у деяких регіонах Європи» (с. 271–272). З іншого боку, протилежність ліберально-демократичних засад духовним ідеалам Німеччини часів Гітлера, Іспанії доби Франко, Італії за Муссоліні чи Португалії в роки правління Салазара унаочнюють пластичність масової свідомості і крихкість новоевропейських матричних цінностей. Прикметно також, що для відновлення конституційного правопорядку у Японії та Німеччині «кріт історії» мусив послуговуватися багнетами і бомбами антигітлерівської коаліції, після чого психологічний супровід процесу денацифікації суспільної свідомості тривав ще, як відомо, не один десяток років.

Ще одним проблемним питанням є поєднання в дослідженні соціологічних підходів «суб'єктивістської» та «об'єктивістської» орієнтації. Так, у питанні про визначальні історичні чинники формування феномену європейського конституціоналізму автор

підтримує підхід М. Вебера, чия концепція стала своєрідною реакцією на марксистський матеріалізм. У цьому зв'язку становлять інтерес ті розділи, в яких визнається виняткове значення для появи щойно згаданого феномену соціальної етики протестантизму.¹² Водночас низка положень монографії засвідчують соціальну значущість також і тих соціальних факторів, які належать до сфери суспільного буття: продуктивні сили, соціальні потреби та інтереси, розшарування соціуму, соціальні страти, класові антагонізми тощо. Отже, тут дістає прояв пізнавальний арсенал об'єктивістської соціології, почасти й марксистського спрямування (останнє, зауважимо, свідчить про громадянську відвагу автора та відсутність прагнення догодити суто політичній кон'юнктурі чи інтелектуальній моді). Щоправда, читачеві рецензованої книги, на жаль, часто бракуватиме докладних відомостей про вказані вище елементи соціального буття окремих суспільств, до політичної культури яких звертається дослідник, іноді обмежуючись лише згадками про існування «конкретно-історичних особливостей розвитку».

Окремий розділ присвячено легітимувальній функції політичних ідеологій, які, як слушно наголошується, «завжди були спрямовані на обслуговування потреб та інтересів певних класів, прошарків і страт суспільства» (с. 183). Сьогодні, в умовах втрати класовим підходом у суспільствознавстві своєї вимушеної популярності, доволі значущим видається наголос на тому, що «саме політична ідеологія правлячих класів та їхнє розуміння справедливості визначають контури державницького і правового будівництва» (там само). Звідси читачеві не надто складно було б зробити для себе висновок про те, що, ймовірно, й сама ліберально-демократична ідеологія конституціоналізму, претендуючи на всезагальність, нерідко теж спрямовується на обслуговування докорінних інтересів цілком певних соціальних груп, а отже – не вільна від певної фіктивності. Сам автор, однак, таких висновків не робить. Натомість подекуди дослідник відходить від веберівського принципу методологічного розрізнення «віднесення до цінностей» та «свободи від оцінок», вдаючись до оцінок, які є вочевидь ціннісними. І хоча, нині «ціннісно орієнтована соціологія» дедалі гучніше обстоює наукову легітимність свого існування,¹³ питання, однак, не в тому, чи допустимо відходити від ціннісної нейтральності, а в тому, наскільки такий відхід перетворює соціологію конституційного права вже на ідеологію й політику (у цьому зв'язку, мабуть, складно сприйняти інакше як політико-публіцистичну узагальнену оцінку «політичної культури росіян» як «общинно-конформістську» і «холопську у своїй основі» (с. 214)).

Сьогодні веберівські й «локально-цивілізаційні» міркування про соціокультурні передумови формування європейського конституціоналізму породжують питання

¹² Макс Вебер, *Протестантська етика і дух капіталізму*. Переклад О. Погорілого (Київ: Наш Формат, 2018).

¹³ Владимир Добренков, *Ценностно-ориентированная социология. Проблемное поле постнекласической методологии* (Москва: Академический Проект; Альма Матер, 2011).

також і про долю конституціоналізму в Україні. Адже, з одного боку, розуміння неповторності поєднання культурних та економічних чинників у суспільствах західної політико-правової традиції може посилювати песимізм щодо швидкого витворення на наших теренах політичної й правової культури «справжнього конституціоналізму». З іншого ж боку, приклади успішної вестернізації окремих азійських спільнот (Японія, Індія, Китайська Республіка на Тайвані, Республіка Корея) свідчать про можливість такого сполучення базових комунітаристських цінностей Сходу із західними політико-правовими інститутами, яке не перетворюється на суто номінальний чи імітаційний конституціоналізм, як у Білорусії чи Росії. Нині ж, коли помітне поправління спектру політичних ідеологій у Європі ставить на порядок денний питання про майбутнє новоєвропейської локальної цивілізації, її «матричні» ліберально-демократичні цінності піддаються щонайсерйознішим випробуванням. Сучасні технологічні можливості інформаційно-маніпулятивного впливу здатні суттєво змінювати соціальну психологію і розмивати цінності, які ще вчора видавалися базовими.

Викладене, гадаємо, ілюструє фундаментальність і комплексність проблем, яким присвячена монографія і, зокрема, ту обставину, що жоден із використовуваних у ній підходів окремо не може претендувати на універсальність і слугувати задовільною пояснювальною схемою політико-правових процесів, які виявляються більш складними й непередбачуваними, аніж будь-які умоглядні схеми. Це пояснює необхідність звернення до різних дослідницьких стратегій та їх використання на засадах доповнюваності, несуперечливе поєднання яких є, втім, вельми непростим завданням. І хоча наведені вище зауваження унаочнюють певну проблематичність означеного поєднання у рецензованій праці, безсумнівно є те, що вигідно відрізняє розвідку В. Джуня від, на жаль, багатьох конституційно-правових розвідок – спроба вивести дослідження проблем конституційного права на фундаментальний, методологічний рівень, цілісно представити процес розвитку політико-правової культури державного владарювання у суспільствах північноатлантичної цивілізації, концептуально об'єднати роздрібнені історії конституціоналізму в зарубіжних державах на основі певної внутрішньої логіки його динаміки. І така спроба вже сама по собі гідна високої оцінки.

На наше переконання, представлений у роботі пошук загальних ліній цивілізаційного розвитку, засад єдності ціннісно-нормативних систем окремих суспільств заслуговує на підтримку і міждисциплінарну розробку. Остання має здійснюватись, вочевидь, різногалузевими представниками спільноти гуманітаріїв, до чого суттєво долучається і рецензована праця, яка, без сумніву, не залишиться непоміченою фахівцями з історії й теорії держави та й усіма читачами, небайдужими до європейського конституціоналізму. Що ж до відповідей на поставлені вище питання та шляхи вирішення соціокультурних проблем формування правової державності в Україні, то хотілось би сподіватися, що їх зможемо довідатись із майбутніх книг В. Джуня.

© С. Рабінович, 2020

Bibliography

- Afanasyev, Mikhail. *Clientelism and Russian Statehood: A Study of Client Relations, Their Role in the Evolution and Decline of Past Forms of Russian Statehood, Their Impact on Political Institutions and the Activities of Ruling Groups in Modern Russia*. 2nd ed. Moscow: Moskovskiy obshchestvennyy nauchnyy fond, 2000 (in Russian).
- Afanasyeva, Maryana. *Electoral Engineering in Ukraine*. Odesa: Yurydychna literatura, 2014 (in Ukrainian).
- Barabash, Yuriy. *State and Legal Conflicts in the Theory and Practice of Constitutional Law*. Kharkiv: Pravo, 2008 (in Ukrainian).
- Belyayeva, Yelena. *Metamorphoses of Morality: The Dynamics of Historical Systems of Morality*. Minsk: Ekonompress, 2007 (in Russian).
- Bessonova, Olga. "The Trajectory and Modern Vector of Development of the Civilizational Matrix of Russia." *Mir Rossii. Sotsiologiya. Etnologiya* T. 17 2 (2008): 108–39 (in Russian).
- Veber, Maks. *Protestant Ethics and the Spirit of Capitalism*. Translated by O. Pohorilyi. Kyiv: Nash Format, 2018 (in Ukrainian).
- Dzhun, Viacheslav V. *Sociology of Constitutional Law*. Book 2. Sociocultural Foundations of European Constitutionalism. Kyiv: InYure, 2018 (in Ukrainian).
- Dobrenkov, Vladimir. *Value-oriented Sociology. The Problem Field of the Post-non-classical Methodology*. Moscow: Akademicheskii Proyeckt; Alma Mater, 2011 (in Russian).
- Kirdina, Svetlana. *Institutional Matrices and the Development of Russia*. 2nd ed. Novosibirsk: IE and OPP SB RAS, 2001 (in Russian).
- Maltsev, Gennadiy. *Social Foundation of Law*. Moscow: NORMA, 2008 (in Russian).
- Myronenko, Oleksandr. *The Constitutional Court of Ukraine: History and Modernity, Doctrine and Practice*. Kyiv: Instytut derzhavy i prava im. V. M. Koretskoho, 2011 (in Ukrainian).
- Plebanek, Olga. "Civilization Matrix as a Category of Geopolitics." *Vestnik Russkoy khristianskoy gumanitarnoy akademii* 12 (2011): 106–13 (in Russian).
- Pogosyan, Vardges. "The Concept of Civilization Matrices in the Macro-sociological Analysis of Social Change." *Vestnik Yerevanskogo universiteta. Seriya 5: Sotsiologiya. Ekonomika* 3 (2015): 30–44 (in Russian).
- Rabinovych, Serhiy. "Informal Practices of Public Power as a Form of Action of the Actual Constitution." *Visnyk Natsionalnoyi akademiyi pravovykh nauk Ukrayiny* 3 (2013) 52–61 (in Ukrainian).
- Rabinovych, Serhiy. "The Actual Constitution: Prospects for Sociological and Legal Understanding." *Pravo Ukrayiny* 3 (2014): 161–70 (in Ukrainian).
- Rechytskyi, Vsevolod. *Informal Constitutionalism*. Kharkiv: Prava lyudyny, 2018 (in Ukrainian).
- Rechytskyi, Vsevolod. *The Political Subject of the Constitution*. Kyiv: Dukh i Litera, 2012 (in Russian).
- Romanovskiy, Nikolay. "Stalinism and the Theory of Institutional Matrices." *Sotsiologicheskiye issledovaniya* 5 (2003): 132–40 (in Russian).

Сергій Рабінович. Матриці і траєкторії конституційного розвитку (розмірковуючи над монографією В. В. Джуня «Соціологія конституційного права»)

Анотація. Рецензія на монографію В. В. Джуня «Соціологія конституційного права» (Джунь, В'ячеслав В. *Соціологія конституційного права*. Кн. 2. Соціокультурні підстави європейського конституціоналізму. Київ: ІнЮре, 2018).

Сергей Рабинович. Матрицы и траектории конституционного развития (размышляя над монографией В. В. Джуня «Социология конституционного права»)

Аннотация. Рецензия на монографию В. В. Джуня «Социология конституционного права» (Джунь, Вячеслав В. *Соціологія конституційного права*. Кн. 2. Соціокультурні підстави європейського конституціоналізму. Київ: ІнЮре, 2018).

Sergiy Rabinovych. Matrices and Trajectories of Constitutional Development (Reflecting on the monograph of V. V. Dzhun “The Sociology of Constitutional Law”)

Abstract. Review of the monograph by V. V. Dzhun “The Sociology of Constitutional Law” (Dzhun, Viacheslav V. *Sociology of Constitutional Law*. Book 2. Sociocultural Foundations of European Constitutionalism. Kyiv: InYure, 2018 (in Ukrainian)).

Одержано/Received 31.05.2020

НОВИЙ КРОК ХАРКІВСЬКОЇ НАУКОВОЇ ШКОЛИ У РОЗВИТКУ ДОСЛІДЖЕНЬ ТА ВИКЛАДАННЯ ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

Останніми роками в Україні відбуваються помітні зрушення у викладанні загальнотеоретичного правознавства у закладах вищої юридичної освіти. Цей процес спостерігається в усіх основних вітчизняних правничих наукових школах. Свідченням цього є, зокрема, й новітній підручник «Загальна теорія права», опублікований харківським видавництвом «Право» за загальною редакцією доктора юридичних наук, професора О. В. Петришина – завідувача кафедри теорії та філософії права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.¹

Насамперед заслуговує на схвалення розгляд у цьому підручнику низки таких тем, які у попередньому його виданні (2014 р.) не привертати достатньої уваги або ж взагалі не висвітлювались. До них належать такі сюжети, як-от: соціальна генеза права, правові цінності, юридична аргументація. Особливо слід відзначити останнє питання, яке у вітчизняній навчальній літературі розглянуто тут вперше.

Помітні новації спостерігаються й у викладі таких питань курсу, як: загальне поняття права, соціальні чинники правоутворення, верховенство права. Не менш важливим є й те, що при висвітленні й інших питань автори підручника брали до уваги, враховували, так чи інакше, не тільки свої оновлені наукові позиції, але й також погляди інших вітчизняних, а подекуди й зарубіжних фахівців. Прикметним позитивним моментом видається достатнє використання у підручнику матеріалів сучасної юридичної практики, включно із зарубіжною.

Однією з, можна сказати, традицій у підготовці і виданні викладачами згаданої кафедри підручників є залучення до авторського колективу усіх провідних її викладачів. Це дозволяє використовувати колективний досвід декількох поколінь харківських теоретиків права, об'єднувати і скоординувати їх творчі зусилля на основі спільних

* Петро Мойсейович Рабінович, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, професор кафедри теорії та філософії права, Львівський національний університет імені Івана Франка.

Petro Rabinovych, Doctor of Legal Sciences, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Professor at the Department of Theory and Philosophy of Law, Ivan Franko National University of Lviv.

e-mail: rmpetro2009@gmail.com

¹ Олександр Петришин, ред. *Загальна теорія права: підручник* (Харків: Право, 2020).

концептуально-методологічних позицій, зміцнювати взаємоповажні стосунки між усіма членами цього науково-викладацького колективу, підтримувати чуття єдиної команди. (Хоча, зауважимо, наявність значної кількості співавторів нерідко може ускладнювати уникнення дублювань, а також деяких змістовних суперечностей у викладенні матеріалу, а отже, вимагає вельми прискіпливого редагування видання.)

Отож, харківським колегам вкотре вдалося творчо поєднати сформовані протягом двох останніх десятиліть академічно-просвітницькі традиції у сфері загальнотеоретичного правознавства з низкою сучасних трендів у цій науці.

З огляду на обмежені рамки рецензії дозволимо собі висловити лише деякі враження і міркування стосовно таких аспектів рецензованого підручника: а) авторська інтерпретація загального праворозуміння, б) послідовності розміщення у підручнику тем і питань як однієї з істотних характеристик будь-якого видання зі статусом саме навчального, і в) повноти висвітлення деяких, так би мовити, «класичних» сюжетів курсу.

1. Дефініція загального поняття права. Адже вона має визначати, спрямовувати виклад більшості питань курсу. Згідно із сформульованою керівником авторського колективу академіком НАПрН України О. В. Петришиним такою дефініцією, право як явище являє собою «норми, які визначають межі свободи учасників соціальної комунікації шляхом визнання їх суб'єктами права (носіями суб'єктивних прав і юридичних обов'язків), реалізація яких уможливає існування суспільства та спирається на підтримку держави» (с. 75).

Наведена дефініція відображає, радше за все, чергову спробу з позицій так званого (як тепер подекуди висловлюються) «інтегрального» праворозуміння розтлумачити, яке ж саме явище, з якими суттєвими ознаками слід вважати *правом*.

Певна перевага наведеної інтерпретації вбачається, як видається, передовсім у тому, що автор не обмежився лише абстрактним декларуванням означеного варіанта праворозуміння, а запропонував досить змістовний його різновид.

Не можна не помітити, що наведене вище визначення права досить жорстко прив'язане до державного забезпечення як до його необхідної складової. То чи не дисонує таке правоуявлення, по-перше, з позицією інших співавторів підручника, згідно з якою явище права, взагалі кажучи, виникає раніше ніж держава (додержавне право – с. 28)? А по-друге, з викладеною у розділі XXIV позицію, згідно з якою, окрім державно-похідного (державно-забезпечувального) права, існує ще й інше, так зване «природне» право (природні права людини). Стосовно же останніх цілком слушно відзначено, що їхнє виникнення та зміст не залежать від законів держави, від її волевиявлення (с. 456). Проте автор дефініції природних прав людини все ж таки включив і до неї таку їх властивість, як необхідність гарантування державою (с. 456).

У такому разі чи не стосується обговорювана загальна дефініція тільки одного різновиду правоявищ – юридико-позитивістського (державно-позитивістського, внутрішньодержавного), а не усіх можливих його різновидів? (Між іншим, наведене

визначення вочевидь не відповідає інтерпретації явища права, поданий у розділі I підручника.)

Та на завершення ж обговорюваної, можна сказати, найфундаментальнішої проблеми загальної теорії та філософії права, можна констатувати, що запропоноване у підручнику її вирішення спирається на сучасні наукові здобутки і, гадаємо, сприятиме подальшим методологічно значущим пошукам, дискусіям та розширять загально-теоретичну компетентність, ерудованість студентів-правників.

2. Якщо оцінювати рецензовану роботу з точки зору дидактичних вимог до праць навчального жанру, то, як відомо, однією з таких вимог є дотримання принципу поступовості й послідовності у викладі навчального матеріалу. Попри те, що стосовно більшості розділів підручника названий принцип можна вважати дотриманим, проте, на жаль, мають місце й такі випадки, коли у ньому зміст спеціальних термінопонять, які студенти-першокурсники – вчорашні школярі – читають чи чують вперше у своєму житті, роз'яснюються значно пізніше, лише у наступних розділах. Можливо, найбільш яскравим прикладом у цьому плані може слугувати розділ VIII «Правове регулювання», в якому сконцентрована значна кількість термінопонять, зміст яких принаймні у ньому самому не роз'яснено. Більш обґрунтованим видається розташування цього матеріалу в одній із заключних частин підручника, тобто вже після того, як студентами були засвоєні знання про кожен окремих елемент механізму правового регулювання, про його інструменти та методи.

Аналогічна ситуація стосується і термінів «право», «правова», «правові», зокрема, у складі терміносполучень «правова людина», «правові цінності», які використовуються у найперших же розділах підручника ще задовго до того, як (у розділі IV) охарактеризовано зміст понять, означуваних ними.

З огляду на згадані дидактичні принципи, у навчальних працях, зазвичай, намагаються уникати змістовного дублювання навчального матеріалу у різних розділах. Однак відхід від цього принципу можна спостерігати, порівнюючи, наприклад, розділи про правові цінності та основоположні принципи права, або ж розділи про колізію в праві і про застосування правових норм.

Стисла характеристика правових поглядів низки одних і тих самих історично-відомих мислителів, теоретиків, таких як Тома Аквінський, Дж. Локк, Г. Ф. Пухта, Ф. К. Савін'ї, Г. Кельзен, К. Маркс, Ф. Енгельс, подається у двох самостійних розділах підручника (розділи II і IV.)

Виходячи, окрім іншого, й зі світоглядно-концептуальних міркувань, важко погодитись з тим, що присвячений правам людини самостійний розділ розміщено наприкінці підручника; попри те, що такі права згадуються у численних попередніх його розділах. Як нам уже не раз доводилося обґрунтовувати і втілювати у навчальний процес, у курсі загальної теорії права праволюдина проблематика нині має «очолювати» підручники з цього предмета, бути дороговказом, так би мовити, «прожектором»,

у світлі якого мають функціонувати усі юридичні інструменти позитивно-правового (державно-вольового) регулювання.

3. Нарешті, з погляду необхідної повноти викладу навчального матеріалу привертає увагу й такий момент, що у цілком виправданому намаганні викласти деякі традиційно необхідні теми курсу оновлено автори відповідних розділів уникли висвітлення деяких базових понять, знань, без яких достатня загальнотеоретична підготовка практичного юриста навряд чи можлива. Так, у розділі «Застосування норм права» (розділ XX) не схарактеризовано і навіть не названо кожен обов'язкову стадію правозастосовної діяльності, а також низку загальновідомих, усталених вимог до її правильності (верховенство права, законність, обґрунтованість, справедливість, доцільність тощо). У розділі «Тлумачення в праві» (розділ XXII) не висвітлено розрізнення між тлумаченням-з'ясуванням і тлумаченням-роз'ясненням, між тлумаченням загальним (нормативним) і індивідуальним (казуальним); не схарактеризовано поділ роз'яснення на офіційне (зокрема, офіційне) та неофіційне, а також на авторське (автентичне) та делеговане (легальне). Методичні новації у викладі знань не повинні здійснюватися за рахунок видалення випробуваних тривалою практикою теоретичних положень.

Втім, зазначені зауваження (частина з яких має науково-дискусійний характер) не перешкоджають висновити таке: новітній харківський підручник із загальної теорії права є корисним внеском у сучасне вітчизняне викладання та вивчення цієї фундаментальної, світоглядної науки у закладах вищої юридичної освіти; він, безперечно, буде користуватись належним попитом як у студентів, так і практичних юристів і науковців.

© П. Рабінович, 2020

Петро Рабінович. Новый шаг харьковской научной школы в развитии исследований та преподавания общетеоретической юриспруденции

Анотація. Рецензія на підручник «Загальна теорія права» за редакцією О. В. Петришина (Петришин, Олександр, ред. *Загальна теорія права*: підручник. Харків: Право, 2020).

Петр Рабинович. Новый шаг харьковской научной школы в развитии исследований и преподавания общетеоретической юриспруденции

Аннотация. Рецензия на учебник «Общая теория права» под редакцией А. В. Петришина (Петришин, Олександр, ред. *Загальна теорія права*: підручник. Харків: Право, 2020).

Petro Rabinovych. A New Step of the Kharkiv Scientific School in the Development of Research and Teaching of General Theoretical Jurisprudence

Abstract. Review of the textbook "General Theory of Law" edited by Oleksandr Petryshyn (Petryshyn, Oleksandr, ed. *General Theory of Law*: textbook. Kharkiv: Pravo, 2020 (in Ukrainian)).

Одержано/Received 31.05.2020

ІНФОРМАЦІЯ ДЛЯ АВТОРІВ

Редколегія приймає до розгляду статті, переклади, рецензії, огляди, інформацію про події в царині філософії права та загальної теорії права.

Статті мають містити наукову новизну, урахувати 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 «подвійного 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 телефона, 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.

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: виноски та бібліографія* (*Chicago style: notes and bibliography*). Див. 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 кириличних 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, на англійську 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: виноски 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_edn_hart_2012.pdf (с. 13–32).

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-м 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 в ній деякі слова, робиться спеціальне застереження, напр.: (курсив мій. – С. І.).

Підписано до друку з оригінал-макета _____2020.
Формат 70×100 ¹/₁₆. Папір офсетний. Гарнітура Arno Pro.
Ум. друк. арк. 19,35. Обл.-вид. арк. 17,23. Вид. № 2628.
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
E-mail для авторів: verstka@pravo-izdat.com.ua
E-mail для замовлень: 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 ТОВ «ПРОМАРТ»
Тел. (057) 717-25-44

ДЛЯ ЗАМЕТОК
