

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 міжнародних наукометричних баз даних
«Index Copernicus International» (Польща)
і EBSCO Publishing, Inc. (США)

2/2020

**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 редакції

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
Попереднє свідectво про реєстрацію
Серія KB № 18647-7447 P від 30.01.2012

Засновник

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 Office

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

Yaroslav Mudryi
National Law University

ISSN 2227-7153 (Print)

ISSN 2707-7039 (Online)

DOI: 10.21564/2227-7153

*Рекомендовано до друку вченою радою
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
(протокол № 5 від 18.12.2020)*

Філософія права і загальна теорія права : наук.
журн. / редкол.: С. Максимов та ін. – Харків :
Право, 2020. – № 2. – 250 с.

Philosophy of Law and General Theory of Law :
Academic Journal / edit. S. Maksymov and others. –
Kharkiv : Pravo, 2020. – № 2. – 250 p.

2/2020

© 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 Булигін	професор (Аргентина)
Микола Козюбра	доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
Олександр Петришин	доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
Петро Рабінович	доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
Найджел Сіммондз	професор (Велика Британія)

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

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

НАУЧНЫЙ СОВЕТ

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

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Сергей Максимов	доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАПрН Украины <i>главный редактор</i>
Виктор Смородинский	кандидат юридических наук, доцент <i>заместитель главного редактора</i>
Наталья Сатохина	кандидат юридических наук <i>ответственный секретарь</i>
Чаба Варга	доктор наук, профессор (Венгрия)
Дмитрий Вовк	кандидат юридических наук, доцент
Марсело Галуппо	профессор (Бразилия)
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
Лариса Макаренко	доктор юридических наук
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 Kozzyubra	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
Larysa Makarenko	Doctor of Legal Sciences
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
ПРИРОДА ПРАВА	
Спір про природу права Сергій Максимов (<i>Харків</i>)	17
Ідеальний вимір права Роберт Алексі (<i>Кіль, Німеччина</i>)	35
Термінопоняття права і неправа у практичній та теоретичній юриспруденції Петро Рабінович і Павло Мирцало (<i>Львів</i>)	62
Культура, право і війна: про здійсненність проекту «вічного миру», або щодо деяких методологічних питань філософії права Олександр Литвинов (<i>Севєродонецьк</i>)	72
Автономія, (не)права людини, ілюзії та очікування у цифрову епоху Юлія Разметаєва (<i>Харків</i>)	92
МЕТОДОЛОГІЯ ПРАВА	
Лейбніц і лабіринт детермінізму Рафаель Тубоне Магдалено (<i>Сан-Паулу, Бразилія</i>) (англійською)	102
Засади позитивістської юридичної науки у вченнях варшавських юристів першої третини ХІХ ст. Олексій Кресін (<i>Київ</i>)	113
Логіка інститутів у системному підході. Інститути в праві та пов'язаних із правом царинах як закриті та відкриті системи Чаба Варга (<i>Будапешт, Угорщина</i>) (англійською)	130

Діалектичний підхід до правового аргументування
й правової аргументації
Тамара Дудаш (*Львів*) 145

Категорія «відповідальність» у гуманітарних науках
та юриспруденції: мультидисциплінарний підхід
Володимир Сущенко (*Київ*) 166

ПРИНЦИПИ ПРАВА І СУДОВА ПРАКТИКА

Правова визначеність
Віктор Смородинський (*Харків*) 185

Концепція людської гідності Аарона Барака
та поняття гідності у практиці Конституційного суду Польщі
Пьотр Шиманец (*Валбжих, Польща*) (англійською) 202

Застосовність Європейської конвенції з прав людини
на оспорюваних територіях
Марко Міланович (*Ноттінгем, Велика Британія*)
і Татьяна Папіч (*Белград, Сербія*) 213

РЕЦЕНЗІЇ

Конституційні цінності та нова філософія судової влади
в Україні: людина, верховенство права, гідність
Борис Гулько (*Київ*) 241

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Право і неправо (Всеукраїнський круглий стіл у Харкові)
Наталія Сагохіна (*Харків*) 245

СОДЕРЖАНИЕ

От главного редактора (на украинском).....	12
ПРИРОДА ПРАВА	
Спор о природе права Сергей Максимов (<i>Харьков</i>) (на украинском)	17
Идеальное измерение права Роберт Алекси (<i>Киль, Германия</i>) (на украинском)	35
Терминопонятия права и неправа в практической и теоретической юриспруденции Петр Рабинович и Павел Мирцало (<i>Львов</i>) (на украинском)	62
Культура, право и война: об осуществимости проекта «вечного мира», или о некоторых методологических вопросах философии права Александр Литвинов (<i>Северодонецк</i>) (на украинском)	72
Автономия, (не)права человека, иллюзии и ожидания в цифровую эпоху Юлия Разметаева (<i>Харьков</i>) (на украинском)	92
МЕТОДОЛОГИЯ ПРАВА	
Лейбниц и лабиринт детерминизма Рафаэль Тубоне Магдалено (<i>Сан-Паулу, Бразилия</i>) (на английском)	102
Основы позитивистской юридической науки в учениях варшавских юристов первой трети XIX в. Алексей Кресин (<i>Киев</i>) (на украинском)	113
Логика институтов в системном подходе. Институты в праве и связанных с правом областях как закрытые и открытые системы Чаба Варга (<i>Будапешт, Венгрия</i>) (на английском)	130

Диалектический подход к правовому аргументированию
и правовой аргументации
Тамара Дудаш (*Львов*) (на украинском)..... 145

Категория «ответственность» в гуманитарных науках
и юриспруденции: мультидисциплинарный подход
Владимир Сущенко (*Киев*) (на украинском) 166

ПРИНЦИПЫ ПРАВА И СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА

Правовая определенность
Виктор Смородинский (*Харьков*) (на украинском)..... 185

Концепция человеческого достоинства Аарона Барака
и понятие достоинства в практике Конституционного суда Польши
Петр Шиманец (*Валбжих, Польша*) (на английском) 202

Применимость Европейской конвенции по правам человека
на оспариваемых территориях
Марко Миланович (*Ноттингем, Великобритания*)
и **Татьяна Папич** (*Белград, Сербия*) (на украинском) 213

РЕЦЕНЗИИ

Конституционные ценности и новая философия
судебной власти в Украине: человек, верховенство права, достоинство
Борис Гулько (*Киев*) (на украинском) 241

НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

Право и неправое (Всеукраинский круглый стол в Харькове)
Наталья Сагохина (*Харьков*) (на украинском) 245

CONTENTS

Note of the Editor-in-Chief (in Ukrainian)	12
--	----

NATURE OF LAW

Dispute about the Nature of Law Sergiy Maksymov (<i>Kharkiv</i>) (in Ukrainian)	17
---	----

The Ideal Dimension of Law Robert Alexy (<i>Kiel, Germany</i>) (in Ukrainian)	35
---	----

The Term Concept of Right and Unright in Practical and Theoretical Jurisprudence Petro Rabinovych and Pavlo Myrtsalo (<i>Lviv</i>) (in Ukrainian)	62
--	----

Culture, Law and War: On the Feasibility of the Project of “Eternal Peace”, or on Some Methodological Issues of the Philosophy of Law Oleksandr Lytvynov (<i>Sievierodonetsk</i>) (in Ukrainian)	72
--	----

Autonomy, (No)human Rights, Illusions, and Expectations in the Digital Age Yulia Razmetaeva (<i>Kharkiv</i>) (in Ukrainian)	92
--	----

METHODOLOGY OF LAW

Leibniz and the Labyrinth of Determinism Rafael Tubone Magdaleno (<i>São Paulo, Brazil</i>)	102
---	-----

Principles of Positivist Jurisprudence in the Teachings of Warsaw Lawyers of the First Third of the XIX Century Oleksiy Kresin (<i>Kyiv</i>) (in Ukrainian)	113
--	-----

The Logic of Institutions in a Systemic Approach. Institutions in Law and Law-related Fields as Closed and Open Systems Csaba Varga (<i>Budapest, Hungary</i>)	130
---	-----

Dialectical Approach to Legal Arguing and Legal Argumentation
Tamara Dudash (*Lviv*) (in Ukrainian) 145

The Category of “Responsibility” in the Humanities and Law:
A Multidisciplinary Approach
Volodymyr Sushchenko (*Kyiv*) (in Ukrainian) 166

PRINCIPLES OF LAW AND CASE LAW

Legal Certainty
Viktor Smorodynskyi (*Kharkiv*) (in Ukrainian)..... 185

Aharon Barak’s Concept of Human Dignity and the Notion
of Dignity in Jurisprudence of Polish Constitutional Court
Piotr Szymaniec (*Wałbrzych, Poland*)..... 202

The Applicability of the European Convention
on Human Rights in Contested Territories
Marco Milanovic (*Nottingham, Great Britain*) **and**
Tatjana Papic (*Belgrade, Serbia*) (in Ukrainian) 213

REVIEWS

Constitutional Values and a New Philosophy
of the Judiciary in Ukraine: Human, Rule of Law, Dignity
Borys Gulko (*Kyiv*) (in Ukrainian)..... 241

SCIENTIFIC LIFE

Law and Unlaw (All-Ukrainian Round Table in Kharkiv)
Natalia Satokhina (*Kharkiv*) (in Ukrainian) 245

Сергій Максимов*

Шановні читачі!

Огляд цього номера журналу я хочу почати вітанням з ювілеєм видатного філософа права, члена наукової ради і постійного автора нашого журналу Роберта Алексі, якому 9 вересня 2020 р. виповнилося 75 років.

Роберт Алексі є автором однієї з найвпливовіших непозитивістських концепцій у сучасній філософії права і послідовним критиком юридичного позитивізму. З 1986 р. до виходу на пенсію в 2015 р. він був професором публічного права та правової філософії Університету Христіана Альбрехта (Кіль, Німеччина) та залишається почесним професором цього і декількох інших університетів за межами Німеччини. У 1994–1998 рр. він також був президентом німецької секції Міжнародної асоціації філософії права та соціальної філософії (IVR).¹

Сьогодні професор Алексі продовжує активну творчу діяльність, а переклад його праці «Ідеальний вимір права» – частини фундаментальної колективної монографії, присвяченої природно-правовій юриспруденції,² – публікується в цьому номері журналу. Концепт, що становить назву статті та її зміст, має принципове значення для філософсько-правової концепції Роберта Алексі. Це підтверджується також вибором назви його ювілейної збірки праць, що вийде друком у 2021 р. у видавництві Оксфордського університету: «Ідеальний вимір права».³

Ця збірка містить вичерпний опис філософії та теорії права Роберта Алексі – статті, які були відібрані автором, доповнюють його три головні монографії: «Теорія юридичної

* 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: <https://orcid.org/0000-0002-3165-8142>

¹ Докладніше про наукову біографію та філософсько-правові погляди Роберта Алексі див.: Сергій Максимов, "Філософія права Роберта Алексі як інституціоналізація практичного розуму," *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2014): 436–45.

² Robert Alexy, "The Ideal Dimension of Law," in *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, ed. by George Duke and Robert P. George (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 314–41.

³ Robert Alexy, *Law's Ideal Dimension* (Oxford: Oxford University Press, 2021).

аргументації» (1989)⁴, «Теорія конституційних прав» (1985)⁵ та «Аргумент від несправедливості» (1992)⁶. Відповідно до тем цих книг збірку поділено на три частини, у яких розглядаються питання природи права, конституційних прав та їх гарантій, правової аргументації.⁷ Так склалося, що приблизно такими виявилися й рубрики цього номера нашого журналу.

У першій рубриці «**Природа права**» багатогранно розглядаються питання природи права, включно з таким аспектом, як співвідношення права і неправу.

У статті **Сергія Максимова** «Спір про природу права» здійснено аналіз умов, за яких був би можливий діалог між західною та пострадянською філософією та теорією права щодо питань про природу права (у термінах першої) або праворозуміння (у термінах другої) та органічне включення смислових елементів «спору про природу права» в контекст обговорення і вирішення питань, актуальних для пострадянської філософії права, у тому числі й перенесення акценту з теоретичного на практичний аспект проблеми природи права. Зокрема, практичне значення дослідження природи права розкривається в контексті «надзвичайних справ» – таких, що відбуваються на межі права і неправу, – на прикладах: пострадянських дискусій про співвідношення права і закону, правового і неправового закону та сучасного неопозитивістського підходу Роберта Алексі відповідно до критерію «граничної межі» права за формулою Радбруха.

У згаданій статті «Ідеальний вимір права» **Роберт Алексі** в межах його концепції дуальної природи права як поєднання реального, або фактичного, та ідеального, або критичного, вимірів підкреслює, що ідеальний вимір (насамперед у вигляді моральної правильності) несе в собі підтвердження істинності позиції неопозитивізму. Ключові ж аргументи концепції Роберта Алексі відточуються в полеміці з іншим відомим представником неопозитивізму – Джоном Фіннісом. Розглядаючи претензію на правильність як неодмінну властивість права, автор простежує її прояв у п'яти пунктах зв'язку між реальним та ідеальним вимірами права: у визначенні граничної межі права за формулою Радбруха; базуванні юридичної аргументації не лише на

⁴ Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (1978), trans. Ruth Adler and Neil MacCormic (Oxford: Clarendon Press, 1989).

⁵ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (1985), trans. Julian Rivers (Oxford: Oxford University Press, 2002).

⁶ Robert Alexy, *The Argument from Injustice. A Replay to Legal Positivism* (1992), trans. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson (Oxford: Oxford Clarendon Press, 2002).

⁷ Див.: «Збірка поділена на три частини. Частина перша стосується природи права: вона досліджує його реальні та ідеальні виміри та те, як іноді використовується ідеальний вимір права, але не відіграє систематично важливої ролі. У другій частині обговорюються конституційні права, права людини та пропорційність. Він захищає побудову конституційних прав як принципів проти заперечень, викликаних побудовою правил, і детально розкриває природу конституційних прав, а також математичне збалансування цих прав. Частина третя стосується зв'язку між аргументацією, правильністю та правом. Автор завершує цей том біографічним роздумом» (Robert Alexy, *Law's Ideal Dimension*), https://global.oup.com/academic/product/laws-ideal-dimension-9780198796831?facet_narrowbypubdate_facet=Next%20%20months&lang=en&cc=ee#.

владних, а також і на невіддільних підставах на основі тези особливого випадку; розумінні конституційних прав як позитивізації прав людини; розумінні демократії не лише як процедури прийняття рішень, а також і як форми дискурсу – в межах деліберативної моделі демократії; обґрунтуванні на основі теорії принципів поєднання двох форм належного в правових системах: реального, що відбивається у правилах, та ідеального, що відбивається у принципах.

Дещо в іншому плані, а саме термінологічному, проблема праворозуміння розглядається **Петром Рабіновичем** і **Павлом Мирцалом**. У статті «Термінопоняття права і неправа у практичній та теоретичній юриспруденції» автори аналізують застосування в законодавчих актах і судових рішеннях понять, які мають прямий вихід на проблему праворозуміння, а саме: право і неправу, правомірний і неправомірний, правосудний і неправосудний, законний і незаконний. Автори звертають увагу на неоднозначне тлумачення змісту цих понять, або термінів, різними суб'єктами прийняття рішень залежно від їх розуміння права. Таку плюралістичність інтерпретації першої частини складного слова «неправосудний» різними суддями Конституційного Суду України констатують автори при аналізі окремих думок по справі щодо невідповідності Конституції України положення ст. 375 Кримінального кодексу України, пояснюючи таку реакцію соціально-природною неоднотонністю тлумачень будь-яких оціночних правових понять.

Культурологічний підхід до осмислення права пропонує **Олександр Литвинов**. Розглядаючи цей підхід як один із методологічних інструментів філософії права, автор застосовує його для додаткового обґрунтування кантівської ідеї «вічного миру». Розуміючи право як оформлення правил культурної взаємодії, він вважає його необхідною умовою виживання, а тому виводить саме поняття «війна» за межі культури у сферу неприйнятної, тобто «злочинної».

У статті **Юлії Разметаєвої** «Автономія, (не)права людини, ілюзії та очікування в цифрову епоху» розглядаються питання автономії, спрощення та поляризації, ілюзій і очікувань у цифрову епоху. Аналіз здійснюється, зважаючи на дві тенденції: 1) розчарування й утрати ілюзій щодо таких фундаментальних цінностей, як права людини, справедливість і верховенство права; 2) занурення до штучних, ілюзорних світів, які створюють хибне сприйняття дійсності у приватній та публічній сферах життя (це особливо проявляється в цифровому просторі). У статті висвітлюється, як обидві ці тенденції пов'язані з проявами глибокої несправедливості та явного «неправа», а також із майже невидимими нападами на справедливість і зникненням права.

У рубриці «**Методологія права**» зібрано статті, у яких ті чи інші феномени правової реальності аналізуються з позицій різних методологічних підходів.

Професор Католицького університету Сан-Паулу (Бразилія) **Рафаель Тубоне Магдалено** свою статтю «Лейбніц і лабіринт детермінізму» (*опубліковану англійською мовою*) присвячує проблемі детермінізму в Готфріда Вільгельма Лейбніца. Зокрема, ідеться про проблему лабіринту свободи та необхідності, викладену Лейбніцем у роботах

«Міркування про метафізику» та «Монадологія». Стаття має на меті розглянути цей лабіринт, викритий Лейбніцем, і значення запропонованого ним рішення. Останнє, на думку автора, дозволяє запропонувати натуралістичну й антиволонтаристську концепцію права на протигагу доктринам сучасного природного права. Автор намагається довести, що запропонований Лейбніцем вихід із лабіринту свободи та необхідності за допомогою теорії наперед визначеної гармонії дозволяє звільнити політичну та моральну практику, пов'язану з можливістю людей розмірковувати про проблему справедливості – ключову для правової науки.

Стаття **Олексія Кресіна** «Засади позитивістської юридичної науки у вченнях варшавських юристів першої третини XIX ст.» написана за підсумками його наукового стажування в Польщі. Дослідження виявило, що домінантною засадою юридичної науки в баченні варшавських учених-юристів протягом досліджуваного періоду була її незалежність від апріорного і метафізичного філософствування, формування філософії позитивного права на основі узагальнення й осмислення результатів емпіричних досліджень. Відзначається роль історико-філософської та історичної шкіл у формуванні такого підходу.

Відомий угорський дослідник, професор філософії права **Чаба Варга** у статті (*опублікованій англійською мовою*) «Логіка інститутів у системному підході» розглядає інститути у праві та пов'язаних із правом царинах як закриті та відкриті системи. Автор застосовує концепт інституту до чотирьох типів інституціональних систем: 1) фактично існуюча конкретна система (як вона є тепер); 2) історично вироблена конкретна система (як вона була); 3) узагальнення історично конкретних систем (як склалися в нашій цивілізації); 4) основна ідея функціонування (як основа всіх видів узагальнення). На підставі аналізу трактується роль цих інституціональних систем як нормативної ідеології, а також їх фактична об'єктивність і непередбачуваність.

Діалектичний підхід до правового аргументування й правової аргументації представлений у статті **Тамари Дудаш**. Авторкою з'ясовано, що в діалектичному підході до правової аргументації дуже яскраво відкривається герменевтична природа правового обґрунтування, яке супроводжує тлумачення права. Запропоновано визначення понять правового аргументування й правової аргументації згідно з діалектичним підходом.

Володимир Сущенко розвиває мультидисциплінарний підхід до аналізу категорії «відповідальність» у гуманітарних науках та юриспруденції. У тексті статті окремо представлено семантичні, філософські, психологічні та правові аспекти розуміння відповідальності людини за власні думки, слова і вчинки, у тому числі й під кутом зору теології. Акцентовано увагу на традиційних підходах щодо інтерпретації «відповідальності» в загальній теорії права і в галузевих юридичних науках, а також некоректності отождоження поняття «відповідальність» з її наслідками. Автор, не претендуючи на завершеність висловлених ним думок, запрошує читача до подальшої дискусії щодо тлумачення категорії «відповідальність» та її ролі у правовій науці, освіті та практиці.

Рубрика «**Принципи права і судова практика**» відкривається статтею **Віктора Смородинського**, що присвячена правовій визначеності, яка розглядається не лише як один із загальних принципів права й одна з вимог верховенства права, а й загалом як засаднича властивість і умова значущості права та його інструментальної цінності. Шляхом аналізу і синтезу теоретичних концепцій принципу правової визначеності, практики його тлумачення й застосування європейськими та національними судами, зв'язків між ним та іншими загальними принципами права (зокрема, законності та розумності) автор доводить визначну роль цього принципу в укоріненні верховенства права в національній правовій системі.

Польський дослідник **Пьотр Шиманец** у статті «Концепція людської гідності Аарона Барака та поняття гідності у практиці Конституційного суду Польщі» (*опублікований англійською мовою*) прагне поєднати теоретичні та практичні аспекти концептуального правового дослідження. Автор досліджує питання, якою мірою концепція гідності, представлена Баракком, є корисною для розуміння підходу до людської гідності як правового поняття в тих центральноєвропейських правових системах, які зазнали впливу німецької конституційної теорії. Автор доходить висновку, що статус абсолютного права, наданий праву на гідність, також означає, що це право має обмежену сферу застосування та відіграє незалежну роль лише у випадках, коли до людей ставляться як до простих інструментів. Цей висновок підтверджується аналізом практики Конституційного суду Польщі.

Цикл наукових статей, опублікованих у цьому номері журналу, завершується перекладом статті британського дослідника **Марко Мілановича** і сербської дослідниці **Тат'яни Папіч** «Застосовність Європейської конвенції з прав людини на оспорюваних територіях». Ситуація, що перевіряється на предмет застосовності Конвенції, характеризується тим, що держава втрачає контроль над частиною своєї території, а тому, з точки зору авторів, практика ЄСПЛ є однобічною, адже вимагає надлишкових позитивних зобов'язань суверена територій. Тому в статті пропонуються кращі альтернативи чинній практиці ЄСПЛ.

У розділі «**Рецензії**» публікується рецензія голови Касаційного цивільного суду в складі Верховного Суду **Бориса Гулька** на друге видання монографії Оксани Грищук «Конституційні цінності: філософські та судові аспекти» (Київ: Ваїте, 2020), а в розділі «**Наукове життя**» – підготовлений **Наталією Сатохіною** огляд Всеукраїнського круглого столу, присвяченого темі «Право і неправо».

Наступний номер журналу буде експериментальним: він буде повністю присвячений темі «Бізнес і права людини», напряду досліджень, який активно здійснюється в Україні завдяки методологічній і координаційній діяльності членкині редакційної колегії нашого журналу Олени Уварової.

СПІР ПРО ПРИРОДУ ПРАВА

Вступ

Центральною проблемою філософії права і правознавства в цілому є прагнення дати відповідь на питання «що є право?»¹ Це не що інше, як питання про природу права, або про те, за якими ознаками воно відрізняється від інших феноменів, як нормативних, так і ненормативних.

Не випадково проблемі природи права приділяють значну увагу відомі західні філософи права, як юридичні позитивісти – Герберт Харт,² Євгеній Булігін,³ Джозеф Раз,⁴ Андрій Мармор,⁵ так і юснатуралісти (або непозитивісти за термінологією Р. Алексі) – Лон Фуллер,⁶ Джон Фінніс,⁷ Рональд Дворкін,⁸ Роберт

* 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.

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.

e-mail: s_maximov@ukr.net

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3165-8142>

¹ Німецький філософ права Артур Кауфман на початку 70-х рр. ХХ ст. писав: «Основним питанням філософії права, як і всієї правової науки, є питання: що є право... Від відповіді на це питання залежить рішення багатьох інших найважливіших проблем» (Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel: Stationen eines Weges* (Frankfurt am Main: Athenäum, 1972), 104).

² Герберт А. А. Харт, *Концепція права*, пер. з англ. Н. Комарова (Київ: Сфера, 1998).

³ Carlos E. Alchurron and Eugenio Bulygin, *Normative Systems* (Springer Verlag: Wien; N. Y., 1971); Евгений Булыгин, «К проблеме объективности права», *Проблеми філософії права*, vol. III (2005): 10–19 та ін.

⁴ Joseph Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality* (Oxford: Oxford Clarendon Press, 1979).

⁵ Andrei Marmor and Alexander Sarch, «The Nature of Law», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, First published Sun May 27, 2001; substantive revision Thu Aug 22, 2019, <https://plato.stanford.edu/entries/lawphil-nature/>.

⁶ Лон Л. Фуллер, *Мораль права*, пер. з англ. Н. Комарова (Київ: Сфера, 1999).

⁷ Джон Финнис, *Естественное право и естественные права*, пер. с англ. В. П. Гайдамака и А. В. Панихиной (Москва: ИРИСЭН, Мысль, 2012).

⁸ Рональд Дворкин, *Империю права*, пер. с англ. Л. С. Моисеева, под науч. ред. С. Коваль, А. Павлова (Москва: Издательство Института Гайдара, 2020).

Алексі.⁹ У полеміці між ними йдеться про виявлення відмінностей у підході до розуміння природи права з методологічних позицій, відповідно, юридичного позитивізму та теорії природного права. Нам відомі приклади блискучих дебатів між представниками протилежних філософсько-правових шкіл, які індивідуалізують і збагачують наші уявлення про природу права. У золоту скарбницю світової юриспруденції ввійшли дебати між Г. Л. А. Хартом і Л. Л. Фуллером,¹⁰ Г. Л. А. Хартом і Дж. Фіннісом,¹¹ Дж. Разом і Р. Дворкінім,¹² Є. Булігіним і Р. Алексі¹³ та іншими відомими філософами права.

Водночас слід зазначити, що те коло питань, яке в сучасній західній філософії права обговорюється в рамках спору про природу права, у пострадянській юриспруденції охоплюється дискусіями щодо проблеми праворозуміння. У межах пострадянського «дискурсу праворозуміння» більшою мірою пропонуються певні концепції права: лібертарна теорія права (Владик Нерсесянц),¹⁴ комунікативне праворозуміння (Андрій Поляков),¹⁵ соціально-антропологічне діалогове розуміння права (Ілля Честнов),¹⁶ визнання прав людини квінтесенцією права (Микола Козюбра),¹⁷ потребове праворозуміння (Петро Рабінович),¹⁸ теорія соціального натуралізму (Олександр

⁹ Роберт Алексі, «Дуальна природа права», *Проблеми філософії права*, т. VIII–IX (2011–2012): 19–29; Роберт Алексі, *Поняття і дійсність права (ответ юридическому позитивизму)*, пер. с нем. А. Лаптев и В. Кальшойер, науч. ред. Т. Яковлева (Москва: Инфотропик Медиа, 2011).

¹⁰ Герберт Л. А. Гарт, «Позитивізм і розмежування права та моралі», у *Філософія права*, за ред. Джоела Фейнберга і Джулса Коулмена, пер. з англ. Петро Тарашук (Київ: Видавництво Соломії Павличко «Основи», 2007), 77–100; Лон Л. Фуллер, «Позитивізм і вірність праву – відповідь професору Гарту», у *Філософія права*, 101–21.

¹¹ Харт, *Концепція права*; Финнис. *Естественное право и естественные права*. Див. також: Veronica Rodriguez-Blanco, «Is Finnis Wrong», *Legal Theory* 13 (2007): 257–83.

¹² Joseph Raz, «Dworkin: A New Link in the Chain», *California Law Review*, vol. 74 (1986): 1103–19; Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985).

¹³ Евгений Булыгин, «Тезис Алексі о необходимой связи между правом и моралью», в *Булыгин Евгений Викторович, Избранные работы по теории и философии права*, пер. с англ., нем., исп., под науч. ред. М. В. Антонова, Е. Н. Лисанюк, С. И. Максимова (Санкт-Петербург: АЛЕФ-Пресс, 2016), 379–83; Роберт Алексі, «По поводу тезиса о необходимой связи между правом и моралью: критика со стороны Булыгина», в *Булыгин Евгений Викторович, Избранные работы*, 384–96; Евгений Булыгин, «Алексі между позитивизмом и непозитивизмом», в *Булыгин Евгений Викторович, Избранные работы*, 397–411; Роберт Алексі, «Между позитивизмом и непозитивизмом? Третий ответ Евгению Булыгину», в *Булыгин Евгений Викторович, Избранные работы*, 412–28.

¹⁴ Владик С. Нерсесянц, *Юриспруденция: введение в курс общей теории права и государства* (Москва: Норма, Инфра-М, 1998); Владик С. Нерсесянц, *Философия права* (Москва: Норма, 2005).

¹⁵ Андрей Поляков, *Коммуникативное правопонимание: Избранные труды* (Санкт-Петербург: АЛЕФ-Пресс, 2014).

¹⁶ Илья Честнов, *Постклассическая теория права* (Санкт-Петербург: АЛЕФ-Пресс, 2012).

¹⁷ Микола Козюбра, «Праворозуміння: поняття, типи та рівні», *Право України* 4 (2010): 10–21.

¹⁸ Петро Рабінович, «Потребовий підхід – безальтернативний інструмент виявлення соціальної сутності права і держави», *Наукові праці Одеської національної юридичної академії*, т. 8 (2009): 45–53; Петро Рабінович, «Деякі сучасні концепції права в Росії та Україні (у світі потребового праворозуміння)», *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2013): 150–68, <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2013.1.183237>.

Костенко),¹⁹ соціально-контекстуальний підхід до розуміння права (Олександр Петришин),²⁰ концепція правової реальності (Сергій Максимов),²¹ темпоральна онтологія права (Олексій Стовба)²² тощо, ніж ведуться адресні дебати між науковцями різних методологічних напрямів із конкретних питань проблеми природи права. Головним чином спрямованість праць пострадянських дослідників доволі довго була орієнтована на подолання монометодологічної радянської парадигми права, висвітлення нових вимірів права,²³ тому їм іноді бракує конкретності та практичності.

Слід зазначити, що ці дискурси (дискурс природи права в західній юриспруденції та дискурс праворозуміння в пострадянській теорії і філософії права) існують, так би мовити, паралельно; кожний із них відображає особливості осмислення права в межах відповідної правової культури та у відповідному історичному контексті. Хоча рецепція західної філософії права є характерною рисою сучасної пострадянської теорії і філософії права, але дуже важливо, щоб вона не перетворювалася на її компіляцію або навіть імітацію. Можна констатувати, що хоча за своїми концептуальними і методологічними засобами дискурс природи права і дискурс праворозуміння певною мірою різняться між собою, але це не виключає можливості знаходження в них спільних моментів і навіть їх тематичної «конвергенції».

Метою статті є реконструкція, або відтворення, моделі діалогу західної та пострадянської філософії та теорії права щодо питання про природу права, або праворозуміння, що створило б можливість органічно вбудувати елементи спору про природу права в контекст обговорення та вирішення проблем, актуальних для пострадянської філософії права, включаючи перенесення акценту із суто теоретичного на практичний аспект проблеми природи права.

I

Певним кроком на шляху зближення згаданих двох дискурсів можна вважати визначення поняття «праворозуміння» у відповідній статті з Великої української юридичної енциклопедії: «Праворозуміння – це процес та результат осмислення природи права, який здійснюється через визначення поняття та формування певної

¹⁹ Олександр Костенко, *У світлі соціального натуралізму: вибрані праці* (Київ: Паливода А. В., 2020).

²⁰ Олександр Петришин, «Праворозуміння у вітчизняній теорії права: загальносоціальний контекст», *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2012): 37–49.

²¹ Сергей Максимов, *Правовая реальность: опыт философского осмысления* (Харьков: Право, 2002); Сергій Максимов, «Що є право? Ключові моменти концепції правової реальності», *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2016): 343–51, <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2016.1-2.182649>.

²² Олексій Стовба, *Право і час* (Харків: Тім Пабліш Груп, 2016).

²³ Важливим кроком у пошуку нових підходів до розуміння природи права можна вважати вихід у 2010 р. спеціального номера юридичного журналу «Право України», ключова тема якого мала відповідну назву: «Праворозуміння – фундамент юридичної науки та практики» (*Право України* 4 (2010): 4–205).

концепції права».²⁴ Перша частина цього визначення відображає характерний для західної філософії права більш прагматичний та аналітичний підхід, у якому акцент робиться на понятті «природа права». У другій частині розкриваються абстрактні положення про «діалектику» розгортання поняття права у певну концепцію, або теорію права.²⁵

Відповіді на питання про сутність, або природу, права (як предмет праворозуміння) багато в чому залежить вирішення низки питань юридичної науки і практики. Водночас це питання дуже складне, а складності йому додає не тільки багатогранність самого феномену права, який передбачає поєднання ідеальних, нормативно-інституційних і соціально-діяльних компонентів, але і багатозначність поняття його «розуміння», яке включає пізнання, оцінку і практичне ставлення до права.

При розгляді простих випадків про поняття права зазвичай не розмірковують, тому що воно вважається імпліцитно очевидним. Однак при розгляді неординарних, нестандартних випадків поняття права перетворюється на проблему, яку необхідно вирішувати. Таким неординарним випадком у масштабах всієї правової системи слід вважати викликану потребами соціального розвитку (перехід від авторитарної до демократичної правової системи) необхідність теоретичного вивчення права як відносно автономної, незалежної від влади реальності. Як відповідь на цю необхідність і був свого часу введений термін «тип праворозуміння» (В. Нерсесянц),²⁶ який міцно ввійшов у науковий обіг радянської і пострадянської юриспруденції та позначив певну парадигму пізнання права, теоретико-методологічний підхід до формування образу права і розуміння його сутності, або природи.

Як відомо, пропонується багато критеріїв розрізнення типів праворозуміння та їх відповідних класифікацій.²⁷ Однак найбільш визнаною і теоретично та практично значущою є типологія, заснована на онтологічному критерії вирізнення основних вимірів, або аспектів, багатогранного феномену права (правової реальності), з яких виходить та чи інша концепція права і, відповідно, які й виражають природу права: ідея права, норми права і правовідносини, відповідно до яких виділяють природно-правовий, позитивістський і соціологічний типи праворозуміння. Оскільки

²⁴ Сергій Максимов, «Праворозуміння», у *Велика українська юридична енциклопедія* у 20 т. Т. 3. Загальна теорія права (Харків: Право, 2017), 587.

²⁵ Слід погодитися з аналогією між насінням і рослиною, з одного боку, і поняттям права та юридичною теорією – з іншого, яку наводив В. С. Нерсесянц: «Як у насінні закладене певне майбутнє рослини, так і в понятті права в науково-абстрактному (стислому й концентрованому) вигляді містяться певна юридична теорія, теоретико-правовий зміст і зміст певної концепції (і типу) юриспруденції. Отже, якщо поняття права – це стисла юридична теорія, то юридична теорія – це розгорнуте поняття права» (Нерсесянц, *Юриспруденція*, 21).

²⁶ Див.: Валентина Лапаєва, *Типи правопонимання: правова теорія і практика* (Москва: Російська академія правосуддя, 2012), 28.

²⁷ Щодо типології праворозуміння та її критеріїв див.: Козюбра, «Праворозуміння: поняття, типи та рівні», 14–15.

природа права виражається через поняття права, то така типологія корелює з аналітичним критерієм, заснованим на диференціації трьох елементів поняття права: правильності (справедливості), авторитетного встановлення і соціальної дієвості права (Р. Алексі).²⁸

Такий комплексний підхід інтегрує пострадянський і західний досвід осмислення права. Згідно з ним правові концепції, які зосереджуються на ідеальному вимірі права, його моральній (змістовій) правильності, тобто керуються принципом поєднання моралі і права (формула, яка більш властива західній філософії права), або розрізнення закону і права (формула, характерна для пострадянського правового мислення), належать до природно-правового праворозуміння, або до неопозитивістських теорій права. Концепції, що зосереджуються на реальному вимірі права (його владно-авторитетному встановленні та соціальній дієвості) і ґрунтуються на тезі відмінності моралі та права (або ототожнення права і закону), належать до позитивістського праворозуміння. У рамках останнього вирізняються концепції, що акцентують увагу на нормативній реальності – авторитетному встановленні (нормативізм, аналітична юриспруденція) і на реальності правових відносин, або правовому житті – соціальній дієвості права (соціологічне праворозуміння).

II

У статті «Природа права», опублікованій у Стенфордській енциклопедії філософії, її автори А. Мармор (A. Marmor) і А. Сач (A. Sarch) підкреслюють, що сама можливість постановки питання про природу права полягає в тому, що право являє собою унікальне соціально-політичне явище з більш-менш універсальними особливостями, які можливо розрізнити завдяки філософському аналізу.²⁹ Ці універсальні особливості й складають природу права. При цьому Р. Алексі наполягає, що тут ідеться не про будь-які, а про необхідні, або істотні, властивості.³⁰

Філософський інтерес до пояснення універсальних особливостей права являє собою насамперед «суто інтелектуальний інтерес до розуміння такого складного соціального явища, яке є одним із найбільш заплутаних аспектів людської культури».³¹ У межах підходу, що орієнтується на «суто інтелектуальний інтерес», виникає багато філософських концепцій природи права, але найважливішим є питання про практичні експлікації таких концепцій. За висновком згаданих авторів, «пояснення умов юридичної сили, або чинності (*validity*), права та пояснення нормативності права

²⁸ Роберт Алексі, «Дуальна природа права», пер. с англ. С. Максимова, *Проблеми філософії права*, т. VIII–IX (2012): 19.

²⁹ Marmor and Sarch, “The Nature of Law.”

³⁰ За Алексі, претензія на правильність – це необхідна властивість, а примус – факультативна, або її ступінь необхідності поступається прагненню до правильності, тобто до моральної правильності, або справедливості (Алексі, *Дуальна природа права*, 20–21).

³¹ Marmor and Sarch, “The Nature of Law.”

формують два основні предмети будь-якої загальної теорії про природу права»,³² що зумовлено тим, що право є нормативною соціальною практикою, яка спрямовує людську поведінку, створюючи підстави людських дій.

Отже, як бачимо, питання чинності (валідності) та нормативності права є двома тісно пов'язаними між собою питаннями теорії природи права. Ураховуючи складність і великий обсяг питань, що охоплюються зазначеною проблемою, ми зможемо торкнутися лише окремих аспектів питання чинності права як ключової експлікації нашого практичного інтересу до проблеми природи права. Питання пояснення нормативності права та його порівняння з іншими нормативними практиками, такими як мораль, релігія, інші нормативні регулятори, є також важливими для розуміння природи права, але вони не можуть бути охоплені в межах цього дослідження.

Тому аналіз згаданих підходів до розуміння права з урахуванням того, яким чином у кожному з них вирішується питання про умови чинності правових норм і всієї правової системи в цілому, може розкрити нові методологічні можливості для дискурсу праворозуміння.

Відповідно до концепції чинності Роберта Алексі, «трьом елементам поняття права: соціальної дієвості, правильності змісту і належному встановленню – відповідають три поняття чинності: соціологічне, етичне і юридичне».³³ Такий підхід дозволяє дещо по-іншому подивитися на поширену концепцію типів праворозуміння (природно-правового, позитивістського (у вузькому сенсі), соціологічного) з урахуванням їх відповідей на питання про умови чинності права.

Природно-правовий тип праворозуміння спрямований на пошуки особливої реальності права, яка не зводиться до реальності державно-владних установлень та інституцій. Це реальність ідеального виміру права, спрямована на пошуки «правильного», справедливого права, «права, яким воно має бути». Саме з позицій цього ідеалу, який власне і вважається правом у межах природно-правового мислення, здійснюється критична оцінка позитивного права з позиції принципів справедливості, тобто з позиції моралі. Природно-правове праворозуміння ґрунтується на тому, що між правом і мораллю існує необхідний зв'язок як вимога правильності, тобто посилення на справедливість (з'єднувальна теза), а тому визначення поняття права має обов'язково містити серед іншого (соціальних фактів) і моральний елемент (слабка соціальна теза).

Як підкреслює Роберт Алексі, в основі теорій природного права лежить «етичне поняття чинності». Предметом останньої є моральна чинність. Норма вважається морально чинною, якщо вона є морально обґрунтованою, або виправданою. Чинність певної норми природного права ґрунтується не на соціальній дійсності або належному встановленні, а виключно на її правильності за змістом, що має підтверджуватися через моральну обґрунтованість.³⁴

³² Marmor and Sarch, "The Nature of Law."

³³ Алексі, *Понятіе и действительность права*, 105.

³⁴ Там же, 107.

Юридичний позитивізм як напрям праворозуміння ґрунтується на тому, що необхідного зв'язку між правом і мораллю не існує. За висловом Томаса Гоббса, «влада, а не істина породжує закони». Виходячи із цього, позитивісти вважають, що норма є правовою незалежно від її моральної оцінки. Тому правило будь-якого довільного змісту може бути правовим, а його несправедливість не є підставою для заперечення його правового характеру.

Можна стверджувати, що юридичний позитивізм ґрунтується на юридичному понятті чинності, предмет якої складає правова чинність. Можливе поняття правової дійсності у вузькому сенсі, а саме: коли вказують, що «певна норма діє *юридично*, якщо вона видана компетентним органом у передбаченому порядку, не суперечить вищому за рангом праву, іншими словами, встановлена належним чином».³⁵ Проте таке поняття не має самостійного значення, а існує для протиставлення поняттям моральної і соціальної чинності. Повне ж поняття правової чинності, сформоване в рамках позитивізму, містить елементи соціальної чинності; тобто система норм чи окрема норма, яким не притаманна хоча б мінімальна соціальна чинність (тобто соціальна дієвість), не може бути також юридично чинною. Щодо непозитивістського поняття правової чинності, то воно поєднує елементи соціальної та моральної чинності.³⁶ Юридичне поняття чинності пов'язане із внутрішньою (виражає тавтологічний характер і веде до проблеми основної норми) і зовнішньою (полягає у визначенні співвідношення між юридичним поняттям дійсності та моральним і соціальним поняттями дійсності) проблемами. Проте такий аналіз має бути предметом окремого дослідження.

Соціологічне праворозуміння виходить із того, що класичні форми права, у яких закріплюються правові норми, є вторинним проявом права. Прихильники цього підходу (Є. Ерліх, О. В. Голмс, Р. Паунд та ін.) представляють різні його напрями: вільне право, соціологічна юриспруденція, правовий реалізм тощо. Проте всі вони вважають, що не слід змішувати правову можливість із правовою дійсністю, підкреслюють контраст між формальним правом (правом у нормативно-правових актах, правових прецедентах тощо) і реальним правом (правилами, за якими в дійсності функціонує суспільство, «живим правом»).

Для соціологічного напрямку характерне прагматичне розуміння права як засобу досягнення конкретних соціальних, економічних та етичних цілей шляхом балансування різних інтересів і цінностей, пошуку розумного компромісу. Оскільки право виступає результатом боротьби конкретних життєвих інтересів, соціологічний напрям зосереджує увагу не на логічному аналізі норм права (як аналітичний юридичний позитивізм), не на встановленні зв'язку права і моралі (як школа природного права), а на дослідженні фактичних правовідносин, оцінюванні інтересів і потреб, з'ясуванні різноманітних економічних, соціологічних і психологічних чинників, що впливають

³⁵ Алексі, *Понятіе и действительность права*, 107–08.

³⁶ Там же, 108.

на застосування норм права до конкретних життєвих випадків і в такий спосіб визначають справжнє обличчя права.

Соціологічне праворозуміння (яке не має самостійного характеру, а є варіантом позитивістського розуміння природи права) ґрунтується на соціологічному понятті чинності, предметом якого є соціальна чинність. «Будь-яка норма соціально чинна, якщо її дотримуються або якщо її недотримання тягне за собою застосування санкцій».³⁷ Соціальна чинність правової норми або системи норм на емпіричному рівні виражається в їх дієвості (ефективності). Щодо проблеми соціальної чинності виникають три висновки: 1) про різний ступінь соціальної чинності; 2) існування двох критеріїв: дотримання [норм] і застосування санкцій за їх недотримання; 3) застосування санкцій за недотримання правових норм охоплює застосування фізичного примусу, який у розвинених правових системах є державним примусом.³⁸

Отже, дослідження умов визнання норми або системи норм чинною спирається на соціологічне, етичне і юридичне поняття чинності, що відповідають таким елементам поняття права, як соціальна дієвість, правильність змісту й авторитетне встановлення, які є ключовими в межах соціологічного, природно-правового та позитивістського типів праворозуміння.

III

Інші аспекти дослідження структури теорії природи права (коло питань, що входять до її предметного кола) можуть бути розкриті через аналіз теоретичної та практичної значущості питань про природу права. Зокрема, Роберт Алексі підкреслює, що практичне значення цих питань яскраво виявляється в таких випадках:

По-перше, у надзвичайних справах (*extraordinary cases*), коли ми стикаємося з випадками «крайньої несправедливості».³⁹

По-друге, у повсякденному житті права, тобто у складних справах (*hard cases*), які не можуть вирішуватися просто на підставі того, що було офіційно опубліковано.⁴⁰ Прикладами таких випадків, коли юристам доводиться звертатися до підстав, які не були офіційно встановлені або опубліковані, він вважає: а) рішення *contra legem*; б) ситуації прогалін; в) випадки колізій між нормами, які можна вирішити лише зважуванням, або балансуванням; г) випадки невизначеності мови права або невизначеності намірів законодавця.⁴¹

³⁷ Алексі, *Поняття и действительность права*, 105.

³⁸ Див.: Алексі, *Поняття и действительность права*, 108.

³⁹ «Ніде практичний вплив питань про поняття та природу права не є таким очевидним, як у випадках крайньої несправедливості законів, виявленої в режимі неправди (а *rogue regime*)» (Robert Alexy, "On the Concept and the Nature of Law," *Ratio Juris*, vol. 21, no. 3 (September 2008): 283).

⁴⁰ «Дебати між юридичним позитивізмом та юридичним неопозитивізмом мають, однак, практичні наслідки не лише у вражаючих випадках, а й у повсякденному житті права. Повсякденне життя права наповнене складними справами, які не можуть вирішуватися просто на підставі того, що було офіційно опубліковано» (Ibid).

⁴¹ Alexy, "On the Concept and the Nature of Law," 283.

Ним також пропонується переконливий логічний висновок про те, що коли закінчуються офіційно (або владно-авторитетно) встановлені підстави для прийняття юридичних рішень, то останні повинні включати підстави, що не є офіційно встановленими (*non-authoritative reasons*). Серед них важливе місце посідають підстави, що стосуються справедливості (тобто моральні питання). Звідси він робить висновок (у дусі теорії природного права) про те, що переконливе та обґрунтоване застосування права без моральних міркувань є неможливим.⁴²

Залишимо на подальший розгляд питання «складних справ» і сконцентруємося на так званих «надзвичайних справах», що в пострадянському дискурсі також знаходить прояв у темі співвідношення права і неправда, або, у пом'якшеній формі, як питання про правовий і неправовий закон (відповідно до умов чинності окремої норми) та про правову і неправову державу (відповідно до умов чинності правової системи в цілому).⁴³ Хоча слід зауважити, що чітке проведення розрізнення цих двох рівнів розгляду проблеми природи права не завжди можливе.

Дискусії про співвідношення права і закону, правової і неправової держави були розпочаті в другій половині 80-х рр. ХХ ст. і були продовжені в пострадянській філософії та теорії права. Зупинимося на найбільш репрезентативних концепціях цих періодів, представлених у працях, відповідно, В. С. Нерсесянца та М. І. Козюбри.

В основі лібертарно-юридичного підходу В. С. Нерсесянца лежить розуміння суті права як формальної рівності. З позицій такого підходу справедливість є результатом застосування рівної міри до фактичного різноманіття відносин із метою такого їх впорядкування, яке забезпечує рівність у свободі. Тому питання про справедливість або несправедливість закону – це по суті питання про його відповідність або невідповідність праву. Співвідношення права і закону розглядалося ним у площині діалектики правової суті (формальна рівність) і правового явища (закон). Практична спрямованість цієї концепції полягає в розробці теоретичних орієнтирів для створення правових законів і критеріїв для оцінки правової якості вже чинного законодавства. При цьому відповідність закону суті права гарантується правовою природою держави.⁴⁴

Щодо критеріїв правового характеру закону важливе доктринальне значення мають праці українського філософа і теоретика права Миколи Козюбри. У статті «Правовий

⁴² Див.: Alexy, "On the Concept and the Nature of Law," 283.

⁴³ Докладніше обговорення проблеми права і неправда висвітлюється в матеріалах Всеукраїнського круглого столу, присвяченого цій проблемі: *Фундаментальні проблеми юриспруденції II. Право і неправда*. Тези доповідей Всеукраїнського круглого столу (18–19 вересня 2020 року), уклад.: С. Максимов, Н. Сатохіна (Харків, 2020), та у статтях окремих учасників цього заходу: Алексей Стовба, "Право и неправда: возможна ли негативная онтология права?" *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2020): 16–37, <https://doi.org/10.21564/10.21564/2227-7153.2010.1.219033>; Дмитро Вовк, "Теологія радянського права," *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2020): 53–86, <https://doi.org/10.21564/10.21564/2227-7153.2010.1.219042>; ін.

⁴⁴ Див.: Валентина Лапаєва, "Нерсесянц Владик Сумбатович," у *Велика українська юридична енциклопедія* у 20 т. Т. 2. Філософія права (Харків: Право, 2017): 516–19. Див. також: Нерсесянц, *Юриспруденція*; Нерсесянц, *Філософія права*.

закон: проблема критеріїв» у процесі аналізу можливих критеріїв правового закону автор починає з категорії справедливості, потім звертається до таких критеріїв, як розум, правовий ідеал, правова природа речей, загальна воля (не знаходячи ці критерії повною мірою задовільними),⁴⁵ і доходить до висновку, що «в концентрованому вигляді і людському вимірі правове начало представлено насамперед у вигляді невідчужуваних прав людини».⁴⁶ По суті, проблема правового і неправового закону, що обговорюється у пострадянському дискурсі праворозуміння, є особливою формою обговорення проблеми чинності (валідності) правових норм із позицій природно-правового праворозуміння. Оскільки в домінуючій правовій доктрині поняття чинності розумілося лише у вузько юридичному, або позитивістському, сенсі – як авторитетне та належне встановлення права, то обговорення проблеми чинності в моральному, або природно-правовому, сенсі не мало відповідного термінологічного еквіваленту на кшталт терміна «правильність», що застосовує Р. Алексі. Тому термін «правовий закон» у цілому корелює із терміном «закон, що має правову чинність у непозитивістському сенсі», тобто поєднує вимоги моральної правильності й авторитетного встановлення. Такий висновок можна зробити із такого твердження М. Козюбри: «Права людини є безпосередньо діючим правом і можуть застосовуватись *“contra legem”* – всупереч закону, якщо закон суперечить фундаментальним правам людини»,⁴⁷ а далі автор перелічує умови визнання закону нечинним («*invalid*» у термінології західного дискурсу природи права): «не відображає природно-правові начала»; «не відповідає загальноновизнаним міжнародним принципам і нормам про права людини і громадянина»; «прийнятий нелегітимним органом державної влади».⁴⁸ За таким підходом при визначенні критерію оцінки закону як правового чи неправового по суті не відбувається чіткого розрізнення понять «неправовий», «неконституційний» і «нечинний»: «Тому положення деяких законів та інших нормативних актів, які встановлюють обмеження прав і свобод людини без належних конституційних підстав, треба вважати неконституційними і неправовими».⁴⁹

Важко заперечити методологічну плідність аналізу того чи іншого поняття через співвіднесення з протилежним йому поняттям. Те саме можна стверджувати й про аналітичну кореляцію поняття права з його антонімом – поняттям неправа. Такий аналіз дозволить прояснити додаткові аспекти відповіді на питання про природу права, причому на різних рівнях кореляції понять права і неправа.

На найбільш абстрактному, «метафізичному» рівні «діалектика» права і неправа може бути виражена через метафору буття і небуття. Право як синонім правильного,

⁴⁵ Див.: Микола Козюбра, «Правовий закон: проблема критеріїв», *Вісник Академії правових наук України* 2 (2003): 88–92.

⁴⁶ Козюбра, «Правовий закон: проблема критеріїв», 92.

⁴⁷ Там само.

⁴⁸ Там само.

⁴⁹ Там само, 93.

існуючого асоціюється з буттям, а неправо, відповідно, з його недостатністю або навіть відсутністю буття. Оскільки правове буття є сферою належного, тобто тим, що має бути, тому й відомий парменідівський вислів про те, що буття є, а небуття немає, може бути трансформований у вислів про те, що право є, а неправда – не повинно бути.

Саме на перехрещенні права і неправда виникає більшість правових проблем, усвідомлюється цінність права через зіставлення його із можливим станом, що несе загрозу світу права. Саме тому ідеально-смысловий аспект права виявляє себе тоді, коли спільне існування людей загрожує обернутися свавіллям, а тому містить момент належності (того, що повинно бути) для обмеження свавілля.⁵⁰

Подібно вирізненню двох аспектів виявлення напруження між належним і суцим: зовнішнього – співвідношення фактичної поведінки і права як вираження ідеї належного (власне проблема нормативності права) і внутрішнього – співвідношення позитивного права (того, що є) та ідеї права (того, що повинно бути), можна вирізнити і два основні аспекти відображення напруження між правом і неправом. Перший пов'язаний із гегелівською концепцією співвідношення права і неправда, коли під неправом розуміється насамперед відхилення поведінки людей від установленого стандарту, а другий – виражає природно-правовий підхід, коли порушуються стандарти формування самого позитивного права, причому цим стандартам надається моральне значення, тобто значення справедливості. Отже, в обох випадках говориться про порушення певних стандартів, але якщо в першому випадку – встановлених правом стандартів людської поведінки, то в другому – стандартів і вимог щодо самого права.

За Г. В. Ф. Гегелем, неправо (або, за інтерпретацією Івана Ільїна, – «неправда»⁵¹) як заперечення «права самого по собі», тобто внутрішнього життя свободної волі, має три основні види, які різняться ступенем цієї самої «неправди», або видимості права: помилка, обман і злочин. Помилка, або ненавмисне неправо, виникає тоді, коли воля видимість права добросовісно приймає за справжнє, істинне право і відстоює його, наприклад, у цивільному спорі. Обман – це така видимість права, яку людина навмисно створює для того, щоб видати її іншій людині за істинну сутність права (наприклад, у виконанні договору); тут воля спрямована проти права, а ситуація вимагає покарання. Але справжнім неправом є злочин, суть якого полягає в тому, що воля однієї людини, відірвавшись від загальних коренів, порушує і зневажає своїм зовнішнім проявом зовнішнє буття іншої волі. Якщо злочин є першим протиправним насильством, що порушує свободу, то покарання є другим, правомірним насильством, що відновлює її, тобто повертає людину у правовий стан.⁵²

⁵⁰ Див.: Максимов, «Що є право?» 344.

⁵¹ Іван Ільїн, *Філософія Гегеля як учение о конкретности Бога и человека*, том II: Учение о человеке (Москва: Русская книга, 2002): 103–04.

⁵² Георг В. Ф. Гегель, *Основи філософії права, або природне право і державознавство*, пер. з нім. Романа Осадчука та Миколи Кушніра (Київ: Юніверс, 2000), 88–101; Ільїн, *Філософія Гегеля*, 103–10.

Другий, внутрішній до самого права аспект розуміння неправа пов'язаний із визнанням того, що право з необхідністю включає вимогу правильності, або справедливості як моральної правильності, розробляється в межах традиції природного права, яка сперечається щодо тлумачення природи права із традицією правового позитивізму. Правові позитивісти слідом за Гансом Кельзенем вважають, що «будь-який зміст може бути правом», а тому виключають із правового дискурсу можливість застосування до інституціолізованого права (законів, судових рішень) вимог правильності в такій формі, що дозволяла би визнавати їх «неправом», тобто таким, що втратило якість права. Тому з їх точки зору несправедливе право може визнаватися «плохим» правом, але воно ніколи не втрачає якості права.⁵³

Діаметрально протилежну позицію займає класична школа природного права, згідно з якою будь-яка несправедливість, будь-який моральний дефект норми виключає її з юридично чинних норм, зі сфери права. Прикладом такої точки зору будуть вислови: «Несправедливий закон не є правом»⁵⁴ або «Аморальні правила не є юридично чинними».⁵⁵ Але виведення будь-яких тією чи іншою мірою несправедливих норм за межі права створює можливість суб'єктивного свавілля в тлумаченні таких норм і втрату орієнтирів належного. Такий моральний максималізм щодо права дуже привабливий на рівні формулювання правового ідеалу, але на рівні реального застосування може паралізувати правову систему.

Проте в сучасному філософсько-правовому дискурсі така позиція розглядається лише як крайня форма більш широкої правової доктрини – непозитивізму, як ексклюзивний (жорсткий) непозитивізм.⁵⁶ Іншими формами непозитивізму є інклюзивний, або м'який, непозитивізм, інтегруючим ядром якого є прихильність до формули Радбруха (найвідомішим представником такої позиції є Роберт Алексі), а також суперінклюзивний, або надм'який, непозитивізм, представлений позиціями Томи Аквінського («тиранічне право не є безумовним правом»)⁵⁷ і Джона Фінніса («несправедливий закон не є правом у фокусному значенні (focal meaning)»)⁵⁸.

Отже, якщо відійти від максималізму ідеологічних оцінок законів і правових систем як неправових за критерієм їх будь-якої несправедливості (або того, що вважається за справедливе тим чи іншим суб'єктом), то буде втрачена збалансованість між принципом правової визначеності і принципом справедливості. Слідуючи формулі Радбруха, інклюзивний непозитивізм стверджує, що моральні дефекти підривають юридичну силу

⁵³ Евгений Булыгин, «Основана ли философия права (ее часть) на ошибке?» В *Булыгин Евгений Викторович, Избранные работы по теории и философии права*, 43, 53.

⁵⁴ Цит. за: Augustine, *Opera/Werke*, vol. 9 (Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2006), 96.

⁵⁵ Deryck Beyleveld and Roger Brownsword, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw* (Oxford: Oxford University Press, 2001), 76.

⁵⁶ Алексі, «Дуальная природа права», 25.

⁵⁷ Thomas Aquinas, *Summa Theologiae*, part I–II, question 92, art. 1, 4.

⁵⁸ Финнис, *Естественное право и естественные права*, 452.

тоді і тільки тоді, коли перейдений поріг крайньої несправедливості.⁵⁹ Несправедливість нижче цього порога охоплюється поняттям дефектного, але чинного права.

Формула Радбруха дає надійний методологічний інструментарій для визнання як правових і, відповідно, «неправових»: певної держави, певного закону, певних судових рішень тощо. Саме основний каталог прав людини і громадянина, який був зафіксований у Загальній декларації прав людини й обґрунтований історичним досвідом і «загальним консенсусом» людства, виступає підставою для визнання неправовим того чи іншого закону, адміністративного і судового рішення тощо. Для Алексі особливе значення має дискурсивне обґрунтування такого каталогу, яке полягає не стільки в раціональному його обґрунтуванні, скільки в неможливості його спростування за допомогою раціональних аргументів.⁶⁰

Такий алгоритм перевірки всіх джерел права на відповідність цінностям і принципам права дає важливий інструментарій для виявлення різного рівня «неправа» інститутами загальної і конституційної юстиції. Водночас слід відрізнити метафоричне застосування понять «неправовий», «неправо» стосовно будь-яких проявів несправедливості від його концептуального застосування щодо проявів крайньої несправедливості.

Висновки

Спір про природу права, у якому стикаються позиції правового позитивізму (що орієнтуються на розрізнення права і моралі, або ототожнення права і закону) і теорії природного права (що орієнтуються на концептуальне поєднання права і моралі, або розрізнення права і закону), відображає складність і багатогранність цього феномену. Практична значущість питань про те, що таке право, яскраво виявляється при осмисленні «надзвичайних» і «складних» справ, коли право не може бути зведене до офіційно встановлених джерел.

Характерний для західної філософії права «дискурс природи права» в умовах перехідної пострадянської юриспруденції набуває форми «дискурсу праворозуміння». Збігаючись у загальних рисах, вони мають певні термінологічні, тематичні та методологічні відмінності. Насамперед останній, що відбувається в умовах подолання нометодологічної радянської парадигми права, має більш абстрактний характер пошуків нового розуміння права, тоді як першому притаманні конкретні адресні критичні дебати, спрямовані на поглиблення уявлень про природу права з акцентом на практичні питання. Для дискурсу природи права поняття права розкривається через поняття чинності (соціальної, моральної, юридичної), а для пострадянського праворозуміння проблематизація питання здійснюється через співвідношення права

⁵⁹ Густав Радбрух, «Законне неправо та надзаконне право», *Проблеми філософії права II* (2004): 89; Див. також: Наталія Сатохіна, «Формула Радбруха», у *Велика українська юридична енциклопедія* у 20 т. т. 2. Філософія права (Харків: Право, 2017), 1017–19.

⁶⁰ Алексі, «Дуальна природа права», 27.

і неправа. Західний дискурс природи права здійснюється в більш м'яких перехідних формах позитивізму і неопозитивізму, тоді як пострадянському дискурсу праворозуміння притаманне більш жорстке протиставлення крайніх форм позитивізму (правом є лише державне встановлення) і природного права (несправедливий закон не є правом, він є законом неправовим). Перспективним є зближення цих дискурсів через збагачення методологічного арсеналу праворозуміння проблематикою чинності правових норм і правових систем та застосування природно-правової аргументації, спрямованої на розв'язання «надзвичайних» і «складних» справ.

© С. Максимов, 2020

Bibliography

- Alchurron, Carlos E., and Eugenio Bulygin. *Normative Systems*. Wien; New York: Springer Verlag, 1971.
- Alexy, Robert. "Between Positivism and Non-positivism? A Third Reply to Eugenio Bulygin." In *Bulygin Eugenio, Selected Works on Theory and Philosophy of Law*, edited by M. V. Antonov, E. N. Lisanyuk, S. I. Maksimov, 412–28. St. Petersburg: Alef-Press, 2016 (in Russian).
- Alexy, Robert. "On the Concept and the Nature of Law." *Ratio Juris* vol. 21, no. 3 (September 2008): 281–89.
- Alexy, Robert. "On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique." In *Bulygin Eugenio, Selected Works on Theory and Philosophy of Law*, edited by M. V. Antonov, E. N. Lisanyuk, S. I. Maksimov, 384–96. St. Petersburg: Alef-Press, 2016 (in Russian).
- Alexy, Robert. *The Concept and Validity of Law (A Reply to Legal Positivism)*. Translated by A. Laptev and V. Kalshoier, edited by T. Yakovleva. Moscow: Infotropic Media, 2011 (in Russian).
- Alexy, Robert. "The Dual Nature of Law." Translated by S. Maksimov. *Philosophy of Law Issues*, vol. VIII–IX (2012): 19–29 (in Russian).
- Augustine. *Opera/Werke*. Vol. 9. Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2006.
- Bulygin, Eugenio. "Alexy's Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality." In *Bulygin Eugenio, Selected Works on Theory and Philosophy of Law*, edited by M. V. Antonov, E. N. Lisanyuk, S. I. Maksimov, 379–83. St. Petersburg: Alef-Press, 2016 (in Russian).
- Bulygin, Eugenio. "Alexy between Positivism and Non-positivism." In *Bulygin Eugenio, Selected Works on Theory and Philosophy of Law*, edited by M. V. Antonov, E. N. Lisanyuk, S. I. Maksimov, 397–411. St. Petersburg: Alef-Press, 2016 (in Russian).
- Bulygin, Eugenio. "Is the Philosophy of Law (part of it) Based on an Error?" In *Bulygin Eugenio, Selected Works on Theory and Philosophy of Law*, edited by M. V. Antonov, E. N. Lisanyuk, S. I. Maksimov, 42–54. St. Petersburg: Alef-Press, 2016 (in Russian).
- Bulygin, Eugenio. "To the Problem of Objectivity of Law." *Philosophy of Law Issues* vol. III (2005): 10–19 (in Russian).
- Chestnov, Ilya. *Postclassical Theory of Law*. St. Petersburg: Alef-Press Publishing House, 2012 (in Russian).
- Dworkin, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

- Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Translated by S. Moiseev, edited by S. Koval and A. Pavlova. Moscow: Gaydar Institute Edition, 2020 (in Russian).
- Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. Translated by V. P. Gaidamaka and A. V. Panikhina. Moscow: IRISEN, Mysl, 2012 (in Russian).
- Fuller, Lon L. *The Morality of Law*. Translated by N. Komarova. Kyiv: Sfera, 1999 (in Ukrainian).
- Fundamental Problems of Jurisprudence II. Law and Un-Law: Abstracts of the All-Ukrainian Round Table (September 18–19, 2020), compiled by: S. Maksymov and N. Satokhina. Kharkiv, 2020 (in Ukrainian).
- Hart, Herbert L. A. *The Concept of Law*. Translated by N. Komarova. Kyiv: Sfera, 1998 (in Ukrainian).
- Hart, Herbert L. A. "Positivism and the Separation of Law and Morals." In *Philosophy of Law*, edited by Joel Feinberg and Jules Coleman, translated by Petro Tarashchuk, 77–100. Kyiv: Solomiya Pavlychko Publishing House 'Osnovy', 2007 (in Ukrainian).
- Hegel, Georg V. F. *Fundamentals of Philosophy of Law, or Natural Law and Political Science*. Translated from German by Roman Osadchuk and Mykola Kushnir. Kyiv: Univers, 2000 (in Ukrainian).
- Ilyin, Ivan. *Hegel's Philosophy as a Doctrine of the Specificity of God and Man*, vol. II: The Doctrine of Man. Moscow: Russian Book, 2002 (in Russian).
- Kaufmann, Arthur. *Rechtsphilosophie im Wandel: Stationen eines Weges*. Frankfurt am Main: Athenäum, 1972.
- Kostenko, Alexander. *In the Light of Social Naturalism: Selected Works*. Kyiv: Palivoda A. V., 2020 (in Ukrainian).
- Kozyubra, Mykola. "Right the Law: The Problem of Criteria," *Journal of the Academy of Legal Sciences of Ukraine* 2 (2003): 88–92.
- Kozyubra, Mykola. "Understanding of Law: Concepts, Types and Levels." *Law of Ukraine* 4 (2010): 10–21 (in Ukrainian).
- Lapayeva, Valentina. "Nersesyants Vladyk Sumbatovych." In *Great Ukrainian Legal Encyclopedia in 20 vol.*, vol. 2: Philosophy of Law, 516–19. Kharkiv: Pravo, 2017.
- Lapayeva, Valentina. *Types of Legal Understanding: Legal Theory and Practice*. Moscow: Russian Academy of Justice, 2012 (in Russian).
- Law-Understanding is the Foundation of Legal Science and Practice. *Law of Ukraine* 4 (2010): 4–205 (in Ukrainian).
- Maksimov, Sergey. *Legal Reality: Experience of Philosophical Understanding*. Pravo: Kharkiv, 2002 (in Russian).
- Maksymov, Sergiy. "Law-Understanding." In *Great Ukrainian Legal Encyclopedia in 20 vol.*, vol. 3: General Theory of Law, 587–93. Kharkiv: Pravo, 2017 (in Ukrainian).
- Maksymov, Sergiy. "What is Law? Key Points of the Concept of Legal Reality." *Philosophy of Law and General Theory of Law* 1–2 (2016): 343–51. <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2016.1-2.182649> (in Ukrainian).
- Marmor, Andrei, and Alexander Sarch. "The Nature of Law." In *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, First published Sun May 27, 2001; substantive revision Thu Aug 22, 2019. <https://plato.stanford.edu/entries/lawphil-nature/>.
- Nersesyants, Vladik S. *Jurisprudence: An Introduction to the Course of the General Theory of Law and State*. Moscow: Norma, Infra-M, 1998 (in Russian).
- Nersesyants, Vladik S. *Philosophy of Law*. Moscow: Norma, 2005 (in Russian).

- Petryshyn, Oleksandr. "Understanding of Law in National Legal Theory: The Societal Context." *Philosophy of Law and General Theory of Law* 1 (2012): 37–49 (in Ukrainian).
- Polyakov, Andrey. *Communicative Understanding of Law: Selected Works*. St. Petersburg: Alef-Press Publishing House, 2014 (in Russian).
- Rabinovych, Petro. "Necessity Approach is an Instrument of Exposure of Social Essence of Law and State." *Scientific Proceedings of the Odessa National Law Academy* 8 (2009): 45–53 (in Ukrainian).
- Rabinovych, Petro. "Some Contemporary Conceptions of Law in Russia and Ukraine (in the Light of the Needs-Oriented Law-Understanding)." *Philosophy of Law and General Theory of Law* 1 (2013): 150–68. <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2013.1.183237> (in Ukrainian).
- Radbruch, Gustav. "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law." *Philosophy of Law Issues* II (2004): 83–94. (in German and in Ukrainian).
- Raz, Joseph. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1979.
- Raz, Joseph. "Dworkin: A New Link in the Chain." *California Law Review* 74 (1986): 1103–19.
- Rodriguez-Blanco, Veronica. "Is Finnis Wrong." *Legal Theory* 13 (2007): 257–83.
- Satokhina, Natalia. "Radbruch Formula." In *Great Ukrainian Legal Encyclopedia in 20 vol., vol. 2: Philosophy of Law*, 1017–19. Kharkiv: Pravo, 2017 (in Ukrainian).
- Stovba, Aleksey. "Law and Un-Law: Is a Negative Ontology of Law Possible?" *Philosophy of Law and General Theory of Law* 1 (2020): 16–37. <https://doi.org/10.21564/10.21564/2227-7153.2010.1.219033> (in Russian).
- Stovba, Oleksiy. *Law and Time*. Kharkiv: Tim Publish Group, 2016 (in Ukrainian).
- Vovk, Dmitro. "Theology of Soviet Law." *Philosophy of Law and General Theory of Law* 1 (2020): 53–86. <https://doi.org/10.21564/10.21564/2227-7153.2010.1.219042> (in Ukrainian).

Сергій Максимов. Спiр про природу права

Анотація. У статті здійснено аналіз умов для діалогу західної і пострадянської філософії та теорії права з питання про природу права (у термінах першої), або праворозуміння (у термінах другої), що створило б можливість для органічного включення елементів «спору про природу права» в контекст обговорення і вирішення питань, актуальних для пострадянської філософії права, включаючи перенесення акценту з теоретичного на практичний аспект проблеми природи права.

Дослідження починається із загальної характеристики особливостей властивого пострадянській юриспруденції «дискурсу праворозуміння» та виявлення онтологічних і аналітичних критеріїв класифікації типів розуміння права (природно-правовий, позитивістський, соціологічний) як підстав для подальшої конвергенції пострадянського і західного досвіду осмислення права.

Далі розкривається значення поняття чинності (валідності) права в її різновидах соціальної, моральної та правової для розуміння природи права в цілому і відповідних типів такого розуміння.

У заключній частині звертається увага на практичні аспекти дослідження природи права в контексті «надзвичайних справ», що відбуваються на межі права і неправа. Подальший аналіз розкриває методологічні можливості осмислення поняття права через співвідношення з контрарним поняттям «неправо» на прикладах: пострадянських дискусій про співвідношення права і закону, правового і неправового закону; гегелівської концепції права і неправа; сучасного

непозитивістського підходу Роберта Алексі відповідно до критерію «граничної межі» права за формулою Радбруха.

У висновках узагальнюються положення про загальні і відмінні риси «дискурсу природи права» і «дискурсу праворозуміння», визначаються перспективи їх зближення.

Ключові слова: природа права; праворозуміння; дійсність (валідність) права; неправо; правовий позитивізм; теорія природного права; непозитивізм; Роберт Алексі.

Сергей Максимов. Спор о природе права

Аннотация. В статье осуществлен анализ условий для диалога западной и постсоветской философии и теории права по вопросу о природе права (в терминах первой), или правопонимания (в терминах второй), что создало бы возможность для органичного включения элементов «спора о природе права» в контекст обсуждения и решения вопросов, актуальных для постсоветской философии права, включая перенос акцента с теоретического на практический аспект проблемы природы права.

Исследование начинается с общей характеристики особенностей присущего постсоветской юриспруденции «дискурса правопонимания» и выявления онтологических и аналитических критериев классификации типов понимания права (естественно-правовой, позитивистский, социологический) как оснований для дальнейшей конвергенции постсоветского и западного опыта осмысления права.

Далее раскрывается значение понятия действительности (валидности) права в ее разновидностях социальной, моральной и правовой для понимания природы права в целом и соответствующих типов такого понимания.

В заключительной части обращается внимание на практические аспекты исследования природы права, осуществляемые в контексте «чрезвычайных дел», существующих на грани права и неправы. Дальнейший анализ раскрывает методологические возможности осмысления феномена права через соотношение с контрарным феноменом «неправо» на примерах: постсоветских дискуссий о соотношении права и закона, правового и неправового закона; гегелевской концепции права и неправы; современного непозитивистского подхода Роберта Алексі в соответствии с критерием «предельной границы» права по формуле Радбруха.

В выводах обобщаются положения об общих и отличительных чертах «дискурса природы права» и «дискурса правопонимания», определяются перспективы их сближения.

Ключевые слова: природа права; правопонимание; действительность (валидность) права; неправо; правовой позитивизм; теория естественного права; непозитивизм; Роберт Алексі.

Sergiy Maksymov. Dispute about the Nature of Law

Abstract. The article analyzes the conditions for a dialogue between Western and post-Soviet philosophy and legal theory on the nature of law (in terms of the former) or understanding of law (in terms of the latter). The author argues that such research could help to implement the “dispute about the nature of law” elements to the context of the discussion and to resolve some problems of the post-Soviet philosophy of law, including the shift of emphasis from the theoretical to the practical aspect of the problem of the nature of law.

The research begins with a general description of the peculiarities of the “discourse of legal thinking (understanding of law)” inherent in post-Soviet jurisprudence and the identification of ontological and analytical criteria for classifying the types of understanding of law (natural law, positivist, sociological approaches) as the basis for further convergence of post-Soviet and Western experiences of understanding of law.

Further, the author elaborates on the meaning of the concept of validity of law in its social, moral and legal varieties for understanding the nature of law in general and the relevant types of such understanding.

In the final part, attention is drawn to the practical aspects of the nature of law studies, carried out in the context of “extraordinary cases” existing on the verge of law and un-law. Further analysis reveals the methodological possibilities of comprehending the concept of law through the correlation with the counter-concept of “un-law” using examples: post-Soviet discussions about the relationship between right and law, right and non-right statute; Hegel’s concept of right and non-right; contemporary non-positivist approach by Robert Alexy in accordance with the criterion of the “limiting border” of law according to the Radbruch formula.

The conclusions summarize the provisions on the general and distinctive features of the “discourse of the nature of law” and “discourse of understanding of law”, determine the prospects for their rapprochement.

Keywords: nature of law; understanding of law; validity of law; un-law; legal positivism; theory of natural law; non-positivism; Robert Alexy.

Одержано/Received 30.11.2020

ІДЕАЛЬНИЙ ВИМІР ПРАВА**

Чи має право ідеальний вимір? Або чи можна повністю охопити поняття і природу права, розглядаючи лише його реальний вимір? Теза дуальної природи стверджує, що право з необхідністю має як реальний, чи фактичний, так і ідеальний, чи критичний, вимір. Фактичний вимір стосується права як факту, тобто як соціальних фактів. Соціальні факти, на яких воно базується, – це авторитетне встановлення (*authoritative issuance*) та соціальна дієвість (*social efficacy*), і кожен із них зустрічається в багатьох різних варіаціях та в різних відношеннях між собою. Авторитетне встановлення, а також тривала соціальна дієвість передбачають інституціоналізацію того чи іншого роду. З цієї причини реальний вимір також може бути названий «інституційним виміром». Ідеальний вимір відсилає нас до правильності, насамперед до моральної правильності (*moral correctness*). Якщо стверджується, що лише соціальні факти можуть визначити, що вимагається, а що не вимагається правом, це означає схвалення позитивістського поняття права. Як тільки моральна правильність додається як необхідний третій елемент, усе змінюється принципово. Виникає непозитивістське поняття права. Отже, теза дуальної природи, стверджуючи, що право з необхідністю містить як реальний, так і ідеальний вимір, передбачає непозитивізм.

I. Претензія на правильність

Архімедовою точкою тези про те, що право з необхідністю має ідеальний вимір, є аргумент правильності (*argument from correctness*). Аргумент правильності означає, що окремі правові норми та окремі юридичні рішення, а також правові системи в цілому мають претензію на правильність. Необхідність прийняття цієї претензії може бути продемонстровано тим, що претензія на правильність із необхідністю притаманна праву. Найкращим засобом демонстрації такої необхідності є метод перформативного

* Роберт Алексі, професор публічного права і філософії права, Університет Кіля, Німеччина, член Академії наук Геттінгена, Німеччина.

Robert Alexy, Professor of Public Law and Legal Philosophy, University of Kiel, Germany, and the Member of the Academy of Sciences in Gottingen, Germany.

** Robert Alexy, "The Ideal Dimension of Law," in *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, ed. George Duke, Deakin University, Robert P. George, Princeton University (New York: Cambridge University Press, 2017), 314–41. Переклад з англійської Сергія Максимова.

протиріччя.¹ Прикладом перформативного протиріччя є фіктивна перша стаття конституції, яка стверджує:

X – суверенна, федеративна та несправедлива республіка.

Навряд чи можна заперечувати, що ця стаття є певною мірою абсурдною. Ідея, що лежить в основі методу перформативного протиріччя, полягає в поясненні абсурду як наслідку протиріччя між тим, що неявно стверджується при формуванні конституції – а саме справедливість, і тим, що прямо заявляється – а саме несправедливість. Тут справедливість вважається особливим випадком правильності, адже справедливість – це не що інше, як правильність розподілу та компенсації.² Отже, протиріччя в нашому прикладі є не лише протиріччям стосовно дихотомії справедливого та несправедливого, але також протиріччям щодо дихотомії правильного та неправильного. Більше того, у наведеному прикладі фіктивної першої статті конституції виникле протиріччя є протиріччям між явною, або жорсткою (*explicit*), і неявною, або м'якою (*implicit*), необхідністю. Цього можна було б уникнути, якщо відмовитися від неявної (м'якої) претензії. Але зробити це означало б перейти від правової системи до системи суто владних відносин, іншими словами, до чогось, що взагалі не є правовою системою.³

Проти аргументу правильності було висловлено багато заперечень і запропоновано багато відповідей.⁴ Ці суперечки не будуть розглядатися тут детально. Тут буде розглянутий лише один аргумент, нещодавно висунутий Джоном Фіннісом проти тези про те, що претензія на правильність із необхідністю висувається в праві (це може бути названо тезою необхідності).

У Постскрипті до «Природного права та природних прав» («*Natural Law and Natural Rights*») Фінніс стверджує, що «можливо, що деякі правові системи

¹ Robert Alexy, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism* (first pub. 1992), trans. S. L. Paulson and B. Litschewski Paulson (Oxford: Clarendon Press, 2002), 35–39.

² Robert Alexy, “Giustizia come Correttezza,” *Ratio Pratica* 9 (1997): 105.

³ Robert Alexy, “Law and Correctness,” *Current Legal Problems* 51 (1998): 205–21 та Alexy, *The Argument from Injustice*, 32–35.

⁴ Див., наприклад: Eugenio Bulygin, “Alexy und das Richtigkeitsargument,” in *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*, eds. A. Aarnio, S. L. Paulson, O. Weinberger, G. H. von Wright, and D. Wyduckel (Berlin: Duncker & Humblot, 1993), 19–24; Robert Alexy, “Bulygin’s Kritik des Richtigkeitsarguments,” in *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourron and Eugenio Bulygin*, eds. E. Garzon Valdes, W. Krawietz, G. H. von Wright, and R. Zimmerling (Berlin: Duncker & Humblot, 1997), 235–50; Eugenio Bulygin, “Alexy’s Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality,” *Ratio Juris* 13 (2000): 133–37; Robert Alexy, “On the Thesis of a Necessary Connection Between Law and Morality: Bulygin’s Critique,” *Ratio Juris* 13 (2000): 138–47; Eugenio Bulygin, “Alexy Between Positivism and Non-positivism,” in *Neutrality and Theory of Law*, eds. J. Ferrer Beltran, J. J. Moreso, and D. M. Papayannis (Dordrecht: Springer, 2013): 49–59; Robert Alexy, “Between Positivism and Non-Positivism? The Third Reply to Eugenio Bulygin,” in *Neutrality and Theory of Law*, eds. J. Ferrer Beltran, J. J. Moreso, and D. M. Papayannis (Dordrecht: Springer, 2013): 225–38.

утримуються від претензії бути морально обов'язковими».⁵ Якщо «правильний» замінюється на «морально обов'язковий», це явне заперечення тези необхідності. Я критикував цю позицію в 2013 р.⁶ У своїй відповіді Фінніс висуває «конкуруючий аргумент», який він уже викладав у своїх «Рефлексіях і відповідях» («*Reflections and Responses*»)⁷. Він виглядає таким чином:

Здається, цілком можливо для режиму проголосити:

Наше право, яке задовольняє всім (скажімо) критеріям Харта (первинні правила, що обмежують насильство, крадіжки та шахрайство, вторинні правила визнання, зміни та винесення рішення тощо), установлює юридичні обов'язки та надає юридичні права, які не мають нічого спільного з моральними правами. Наше право накладає юридичні обов'язки, які не є моральними обов'язками і не мають нічого спільного із справедливістю в моральному сенсі тощо, а натомість є структурою впорядкованої влади, призначеною для досягнення наших групових цілей. Ми як режим будемо нещадно насаджувати це право.⁸

У цьому проголошенні двічі використовується речення «не мають нічого спільного з...». Як це розуміти? Першим тлумаченням може бути, що право, на яке посилається проголошення, не впливає на моральні права чи справедливість у моральному сенсі. Воно не впливало б, якби воно не могло ні порушити моральні права чи справедливість, ні захистити їх. Фінніс пов'язує це проголошення зі «злими та експлуаторськими режимами», і немає сумнівів, що злі та експлуаторські режими можуть порушувати моральні права та справедливість.⁹ Таким чином, існує негативний вплив. Але тут є і позитивний вплив. Проголошення посилається на слова «правила, що обмежують насильство, крадіжки та шахрайство» до вимог, які також охоплюються мораллю. Тому пункт «не мають нічого спільного» не можна розуміти як такий, що унеможливає контакт між цим правом і мораллю. З цієї причини можливе лише друге тлумачення: що відповідний закон байдужий до питання, чи порушуються моральні права чи справедливість, у якій би мірі це б не відбувалося. Це виражало б девіз на зразок: Правильне чи неправильне, але це – «наше право» (*Right or wrong, '[o]ur law'*)!¹⁰

Однак ця навмисна моральна індиферентність не означає, що жодна претензія на правильність не висувається. У проголошенні «наше право» характеризується як «структура впорядкованої влади, призначена для досягнення наших групових

⁵ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2011), 432 n. 13.

⁶ Robert Alexy, "Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis," *The American Journal of Jurisprudence* 58 (2013): 100–01.

⁷ John Finnis, "Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law's "Ideal Dimension"," *The American Journal of Jurisprudence* 59 (2014): 91 та John Finnis, "Reflections and Responses," in *Reason, Morality, and Law. The Philosophy of John Finnis*, eds. John Keown and Robert P. George (Oxford: Oxford University Press, 2013), 538.

⁸ Finnis, "Law as Fact," 91–92.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid, 91.

цілей».¹¹ Це наближається до зустрічного прикладу, наведеного Джозефом Разом у його критиці аргументу правильності. Раз стверджує, що аргумент правильності – «це концептуальна теза не конкретно про право (хоча це стосується і права), а про характер цілей, умисних дій та їх результатів».¹² Відповідно, претензія на правильність є не чим іншим, як загальною претензією на доречність, пов'язаною з усіма навмисними діями. Як така вона застосовується, на відміну від того, що я сказав у «Аргументі несправедливості», навіть до дій системи злочинців (*bandits*).¹³ Раз згадує «самозбагачення» як можливий стандарт доречності дії злочинців.¹⁴ «Самозбагачення», здається, належить до тієї самої категорії, що і «призначена для досягнення наших групових цілей» у проголошенні Фінніса, а саме – максимізації корисності для певної групи.¹⁵ Таким чином, ми приходимо до проміжного результату, який полягає в тому, що «наше право» висуває претензію на правильність, яка посилається на групові або конкретні цілі як критерії правильності.

Але на цьому історія ще не закінчена. Можна поставити під сумнів, що групові цілі є адекватними як критерії правильності у праві. Право по суті стосується питань розподілу та компенсації. Однак, як уже зазначалося, питання правильного розподілу та компенсації є питаннями справедливості. Проте для авторів проголошення, запропонованого Фіннісом, а саме «ми як режим» (*'[w]e as regime'*), є один вихід.¹⁶ Вони можуть явно відмовитися від претензії на правильність. Для цього вони можуть змінити характеристику свого права як «структуру впорядкованої влади, призначеної для досягнення наших групових цілей», на «неправильну структуру впорядкованої влади, призначеної для досягнення наших групових цілей».¹⁷ Однак, якщо це буде запропоновано серйозно і не як жарт, це поставило би проголошення в царину абсурду, поруч із фіктивною першою статтею, згаданою вище. Звичайно, претензію на правильність можна порушити, і вона ніде повністю не виконується. Однак вона піднімається так само необхідно в праві, як і претензія на істину в науці.¹⁸

II. Концептуальний аналіз і концептуальні необхідності

Фінніс пов'язує свій аргумент про те, що претензія на правильність не необхідно висувається в праві, із методологічним запереченням, що складається з двох частин: аргументу марності й аргументу неповноцінності.

¹¹ Finnis, "Law as Fact," 91–92.

¹² Joseph Raz, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism," in *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, ed. George Pavlakos (Oxford: Hart Publishing, 2007), 28.

¹³ Alexy, *The Argument from Injustice*, 33.

¹⁴ Raz, "The Argument from Justice", 27.

¹⁵ Finnis, "Law as Fact," 92.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Robert Alexy, "An Answer to Joseph Raz," in *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, ed. George Pavlakos (Oxford: Hart Publishing, 2007), 49.

1. Аргумент марності

Аргумент марності виражається таким чином:

Я не думаю, що концептуальний аналіз дає суттєво корисні плоди в юридичній, політичній та моральній філософії. Зокрема, дискусії про те, що концептуально можливо чи неможливо, або ж те, що є або що не є концептуально необхідним, практично завжди є марними.¹⁹

Це можна протиставити тезі, що питання про те, чи існує необхідний зв'язок між реальним та ідеальним вимірами права, тобто між правом та мораллю, є надзвичайно важливим для нашого розуміння права. Безумовно, тезу про те, що існує необхідний зв'язок між правом і мораллю, можна інтерпретувати в такий спосіб, що вона має незначний інтерес, тому, будучи інтерпретованою в такий спосіб, вона може бути прийнята як позитивістами, так і непозитивістами.²⁰ Але коли її трансформують у більш точну версію, у якій стверджується, що існує необхідний зв'язок між юридичною чинністю (*legal validity*) або правовою правильністю, з одного боку, та моральною правильністю та неправильністю – з іншого, стає зрозумілим, що поняття необхідності, неможливості і можливості є незамінними, якщо потрібно скласти точну і систематичну картину зв'язку між жорстким (*exclusive*) позитивізмом, м'яким (*inclusive*) позитивізмом і непозитивізмом.²¹

Це можна продемонструвати за допомогою «тріади необхідності».²² У позитивізмі розмежування між жорстким і м'яким позитивізмом є найважливішим поділом, коли йдеться про співвідношення права та моралі. Жорсткий позитивізм, найбільшим прихильником якого виступає Джозеф Раз, стверджує, що мораль із необхідністю виключається з поняття права.²³ Якщо прийняти «I» як «право включає мораль» (від англ. *include* – включати), жорсткий позитивізм може бути виражений, використовуючи оператор «□» та заперечення «¬», як:

$$\square \neg I. \quad (1)$$

Жорсткому позитивізму протиставляється непозитивізм, який стверджує, що мораль необхідно включається в поняття права. Це можна виразити таким чином:

$$\square I. \quad (2)$$

Нарешті, м'який позитивізм, представником якого, наприклад, є Джулз Кольман (*Jules Coleman*), розглядається як відмова як від жорсткого позитивізму, так і від непозитивізму. Підхід ґрунтується на тому, що мораль не необхідно виключається

¹⁹ Finnis, "Law as Fact," 90.

²⁰ Joseph Raz, "About Morality and the Nature of Law," *The American Journal of Jurisprudence* 48 (2003): 3; Raz, "The Argument from Justice," 21; Alexy, "An Answer to Joseph Raz," 43–45; Robert Alexy, "On the Concept and the Nature of Law," *Ratio Juris* 21 (2008): 285.

²¹ Alexy, "On the Concept and the Nature of Law," 285 n. 4.

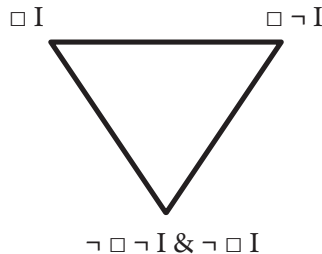
²² Robert Alexy, "Law, Morality, and the Existence of Human Rights," *Ratio Juris* 25 (2012): 4.

²³ Joseph Raz, *The Authority of Law*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2009), 47.

і не необхідно включається. Включення, як і виключення, оголошується умовною або конвенційною справою, залежною від того, що фактично вказано в позитивному праві.²⁴ Це можна виразити наступним чином:

$$\neg \square \neg I \ \& \ \neg \square I. \quad (3)$$

Ці три позиції знаходяться у відношенні протилежності, оскільки кожна з трьох виключає інші, не виходячи із заперечення будь-якої з інших. Усе це можна виразити за допомогою тріади необхідності. Усе це вичерпує логічний простір проблеми позитивізму, що стосується необхідності включення моралі в поняття права або її виключення із поняття права:



Безумовно, цей аналіз як такий не вирішує жодної нормативної проблеми. Але це посилює аналітичну ясність загалом, «процес практичної рефлексії», який Фінніс ставить у певну опозицію концептуальному аналізу та пошуку необхідностей.²⁵ Але питання не може виникати стосовно вибору: концептуальний аналіз або практична рефлексія. Вони повинні бути пов'язані між собою, і ступінь досконалості концептуального аналізу матиме значний вплив на ступінь досконалості практичного дискурсу чи рефлексії. Цього достатньо, щоб відкинути докір безплідності.

2. Аргумент неповноцінності

Друге методологічне заперечення, аргумент неповноцінності, починається з такої тези:

Концептуально-аналітичні аргументи регулярно стають... неприємним змаганням між суперницькими інтуїціями щодо понять, які вже мають бути цілком і справедливо встановленими, та між більш-менш уявними сценаріями, які нібито ілюструють межі цих усталених понять.²⁶

На цей неправильний підхід, який мені приписують, Фінніс дає правильну відповідь. Вона зосереджена

²⁴ Jules Coleman, *The Practice of Principle* (Oxford: Oxford University Press, 2001), 108.

²⁵ Finnis, "Law as Fact," 90.

²⁶ *Ibid*, 93.

на питаннях реальності та цінності, які реально поставлені на карту і реально цікавлять. Набагато більш плідними є роздуми й аргументи щодо *центральных* питань, які виникають, коли розглядаються основні людські реалії та основні форми внутрішнього добробуту та злиденності – іншими словами, характерних людських *потреб* – і видів вибору (і, отже, видів практики та інститутів), що дозволяють розумно реагувати на ці потреби.²⁷

У своєму описі неправильного шляху Фінніс дорікає аналітико-концептуальним аргументам, починаючи з «інтуїції щодо понять, які, як передбачається, уже були повністю і правильно встановлені». Це не є істиною. Безумовно, концептуальні аргументи починаються з аналізу фактичного використання мови. Але аналіз використання мови є, як влучно зауважив Дж. Л. Остін, безумовно, «не останнім словом», але він дає вихідну точку для аналізу, або – як говорить Остін – «перше слово», перше слово, що «скрізь може бути доповнене, удосконалене і змінене».²⁸ Тому опис Фіннісом концептуальних аргументів, що починаються з «понять, які вже мають бути повністю і правильно встановлені», не відповідає дійсності. Друга ідея Фінніса стосується використання «більш-менш уявних сценаріїв» як аналітичних інструментів. Якби аналітично орієнтована дискусія щодо поняття права обмежилася протистоянням фактичному використанню мови з більш-менш уявними сценаріями, це справді було б поганою дискусією. Але такого обмеження в ньому немає. Я завжди наголошував на тому, що концептуальні аргументи повинні бути пов'язані з нормативними аргументами, щоб відповісти на суттєві запитання, що стосуються поняття та чинності права – як, наприклад, питання про те, чи може крайня несправедливість бути правом.²⁹

Основою моделі аналітико-концептуальної аргументації є поняття дуальної природи понять. Поняття – це, з одного боку, соціальні конвенції про значення слів, установлені вживанням мови. Це їх реальний вимір. Але, з іншого боку, вони є соціальними конвенціями, які висувають претензію на правильність. Це їх ідеальний вимір. Говорячи словами Канта, цей ідеальний вимір вимагає, щоб поняття були «адекватними об'єкту».³⁰ Поняття права стосується не природних понять, таких як поняття води, чорних дір і вбивства, а неприродних понять у формі їх соціального різновиду.³¹ Аргумент правильності як аналітико-концептуальний аргумент вимагає наведення нормативних або практичних аргументів для встановлення адекватності поняття права як поняття соціального різновиду, нормативних аргументів, що базуються на ідеї досягнення найкращої соціальної практики у світлі її функцій або

²⁷ Finnis, "Law as Fact," 93.

²⁸ John Langshaw Austin, "A Plea for Excuses," in *Philosophical Papers*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 1970), 185.

²⁹ Alexy, *The Argument from Injustice*, 20–23, 40, 42–43, 62.

³⁰ Immanuel Kant, *Critique of Pure Reason*, trans. W. S. Pluhar and P. Kitcher (Indianapolis: Hackett Publishing, 1996), 756.

³¹ Alexy, "On the Concept and the Nature of Law," 284.

завдань.³² Ці аргументи включають «питання реальності та цінності, які насправді поставлені на карту», а також «людські потреби», яких не вистачає Фіннісу в моєму підході.³³

Фінніс додає аргумент, що моя концепція «доцільного або адекватного [*zweckmäßige oder adäquate*] формування поняття, що обґрунтовується нормативними аргументами», стосується

не стільки моральної потреби у праві та не стільки відповідних фундаментальних або основних ознак права, а скоріше того, доцільним чи недоцільним є встановлення межі між юридично чинним (*valid*) та юридично нечинним (*invalid*), посилаючись на несправедливість або принаймні серйозну або нестерпну несправедливість.³⁴

Це звучить так, ніби моя теорія права була зосереджена лише або в основному на одній тезі – тезі, яку Фінніс кваліфікує як «підпорядковану теорему», а саме формулу Радбруха, яка в найкоротшій формі стверджує, що крайня несправедливість не є правом.³⁵ Формула Радбруха є важливим лакмусовим папірцем щодо відповіді на питання, чи є теорія права позитивістською чи неспозитивістською. Але це далеко не єдиний елемент ідеального виміру права. Це стосується «виняткової ситуації, такої як закон, який є до крайньої міри несправедливим».³⁶ Не тільки в праві екстремальні ситуації пропонують можливість отримати уявлення, недоступні у звичайних ситуаціях. Якою була б фізика без екстремальних ситуацій? Але я маю на увазі не лише екстремальні ситуації. В «Аргументі несправедливості» («*The Argument from Injustice*») я аналізую перспективу учасника в три кроки. Я починаю з аргументу правильності (*argument from correctness*), що є основою інших аргументів.³⁷

Потім я продовжую аргументом несправедливості (*argument from injustice*), який зосереджується, справді, на винятковій ситуації крайньої несправедливості.³⁸ Нарешті, я пропоную аргумент принципів, який стосується «ідеального виміру» в «повсякденному житті права».³⁹ Тут центральний аргумент стосується зв'язку між претензією на правильність, принципами та юридичною аргументацією.

³² Robert Alexy, "The Nature of Arguments about the Nature of Law," in *Rights, Culture, and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, eds. L. H. Meyer, S. L. Paulson, and T. W. Pogge (Oxford: Oxford University Press, 2003), 7.

³³ Finnis, "Law as Fact," 93.

³⁴ Alexy, *The Argument from Injustice*, 22.

³⁵ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 428 та Robert Alexy, "A Defence of Radbruch's Formula," in *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 8th ed., ed. M. D. A. Freeman (London: Sweet Et Maxwell and Thomson Reuters, 2008), 428.

³⁶ Alexy, *The Argument from Injustice*, 68.

³⁷ *Ibid*, 35–39.

³⁸ *Ibid*, 40–68.

³⁹ *Ibid*, 68–81.

III. Необхідність реального виміру права

Більш пильний аналіз ідеального виміру права передбачає аналіз реального виміру. Тут знову ж таки поняття необхідності є центральним. Відправною точкою є ідея чистої ідеальності. Суто ідеальною системою підстав до дії була б система, заснована ні на чому іншому, як на моральній і розсудливій рефлексії, раціональному практичному дискурсі та спонтанній відповідності результатам рефлексії та дискурсу просто завдяки їх правильності. Така система була б неповною з трьох причин.⁴⁰ По-перше, існує проблема практичного знання.⁴¹ Існує дуже багато практичних питань, щодо яких неможливо досягти згоди навіть між розумними людьми. Це робить необхідними законодавчо регламентовані процедури, процедури, що гарантують прийняття рішення, яке визначає, що є право. Це передбачає необхідність належного (авторитетного) встановлення як соціального факту. По-друге, недостатньо спонтанного дотримання. Якби кожен міг порушити авторитетно встановлені правила без будь-якого ризику, правила втратили б свою соціальну дієвість. Отже, їх застосування є необхідним. Ця необхідність включає примус, його вплетення в поняття права поряд із правильністю.⁴² Визначення та примусове застосування мають бути завершені з третьої причини. Численні потреби та цілі не можуть бути задоволені лише спонтанними діями. Необхідна організація, і організація передбачає право. З цих трьох причин дефіцит ідеального виміру, якщо розглядати його як суто ідеальну систему підстав для дії, приводить до необхідності позитивного права, тобто до необхідності реального виміру. Однак ця необхідність не випливає з позитивного права. Це випливає з моральної вимоги уникати витрат на анархію та громадянську війну і досягнення переваг соціальної координації та співпраці.

IV. Концептуальна основа

1. Правильність першого і другого порядку

Можна припустити, що необхідність позитивності передбачає позитивізм. Однак це було б несумісним із твердженням про правильність. Безперечно, моральна необхідність позитивності передбачає правильність позитивності. Але правильність позитивності жодним чином не означає, що позитивність слід розуміти як таку, що має винятковий характер. Надати позитивності виняткового характеру означало б не врахувати той факт, що претензія на субстантивну (змістову) правильність – насамперед претензія на справедливість – не зникає, як тільки право набуває інституціоналізації. Вона лишається живою, стоїть позаду і знаходиться в праві, і це головне завдання теорії ідеального виміру права, щоб зробити її явною (*explicit*). Для цього потрібно виділити

⁴⁰ Alexy, "The Nature of Arguments about the Nature of Law," 8.

⁴¹ Robert Alexy, "The Dual Nature of Law," *Ratio Juris* 23 (2010): 172–73.

⁴² Alexy, "The Nature of Arguments about the Nature of Law," 6–9.

два етапи або рівні правильності: правильність першого порядку і правильність другого порядку. Правильність першого порядку стосується лише ідеального виміру. Вона стосується справедливості як такої. Правильність другого порядку є більш загальною. Вона стосується як ідеального, так і реального виміру права. Це означає, що вона стосується як справедливості, так і правової визначеності. Однак правова визначеність може бути досягнута лише завдяки позитивності, тобто встановленням, примусовим виконанням та організацією. Таким чином, претензія на правильність як вимога другого порядку необхідно пов'язує право як із принципом справедливості, так і з принципом правової визначеності.

Принцип правової визначеності є формальним принципом. Він вимагає прихильності до того, що є авторитетно встановленим і соціально дієвим. Принцип справедливості – це перш за все матеріальний або змістовий (*substantive*) принцип. Він вимагає, щоб рішення було морально правильним. Обидва принципи, як принципи загалом, можуть перетинатися, і вони часто це роблять.⁴³ Жоден із них ніколи не може повністю витіснити іншого. Навпаки, дуальна природа права вимагає, щоб вони розглядалися у правильній пропорції між собою. Отже, правильність другого порядку – це питання балансування. Це свідчить про те, що балансування має відігравати роль не лише у створенні та застосуванні права, тобто в юридичній практиці, але і в самій основі права. Це – частина природи права.

Різниця між правильністю першого і другого порядків необхідна для того, щоб визначити співвідношення між реальним та ідеальним виміром, але для досягнення цього недостатньо просто розмежувати ці дві категорії. Для того щоб визначити зв'язок між ними, це розмежування повинно бути пов'язане з трьома подальшими: по-перше, розмежуванням між перспективою спостерігача й учасника; по-друге, розмежуванням між перспективами та вимірами і, по-третє, розмежуванням між класифікуючими та кваліфікуючими зв'язками.

2. Спостерігач та учасник

Різниця між перспективою спостерігача й учасника полягає в такому. Спостерігач ставить запитання і наводить аргументи від імені позиції, яка відображає, як насправді вирішуються юридичні питання в цій правовій системі, тоді як учасник задає питання та наводить аргументи з точки зору того, що, на його думку, є правильною відповіддю на юридичне питання у правовій системі, у якій він опинився. Перспектива спостерігача визначається запитанням: «Як насправді приймаються юридичні рішення?»; а учасника – «Що є правильною юридичною відповіддю?»

Ці два запитання вимагають різного роду аргументів. Спостерігач обмежується аргументами, заснованими на фактах, тоді як учасник, скажімо, суддя, повинен наводити поряд з аргументами, що базуються на фактах, нормативні аргументи, які

⁴³ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (first publ. 1985), trans. J. Rivers (Oxford: Oxford University Press, 2002), 44–110.

не ґрунтуються на фактах. Це стосується всіх справ, які через «відкриту структуру» («*open texture*») права не можуть бути вирішені лише на основі аргументів, що базуються на фактах.⁴⁴ Ці нормативні аргументи можна класифікувати як моральні аргументи щодо того, яким повинне бути право. Однак це не означає, що міркування спостерігача

не може містити міркувань щодо того, що учасники, щодо яких він веде спостереження, вважають за належне право. Такі міркування щодо того, що люди вважають за належне право, є «непрямими» або міркуваннями «третьої особи», досить відрізняються від прямих або особистих міркувань учасника.⁴⁵

Фінніс охарактеризував цю концепцію точки зору спостерігача настільки «м'якою» («*inclusive*»), що наближається до думки Харта про те, що позитивістський метод дозволяє побачити і

зрозуміти все, чим *реально* є право, – весь «реальний вимір» права, у *тому числі* перспективу учасника.⁴⁶

Таким чином, Фінніс стверджує, що позитивіст має можливість оголосити зайвою перспективу учасника, яка відрізняється від перспективи спостерігача, за допомогою свого специфічного відношення до ідеального виміру, де перспектива учасника передбачає необхідний зв'язок між правом і мораллю. Але це не так. Існує принципова різниця між непрямими міркуваннями спостерігача від третьої особи щодо учасників та прямими міркуваннями від першої особи самого учасника. Наведемо приклад. Розглянемо суд, який повинен вирішити справу, стосовно якої існує лише один прецедент. Прецедент включає в себе голоси «проти», і судді обговорюють: чи повинні вони у своєму новому рішенні дотримуватися подібного прецеденту. Для того щоб вирішити цю справу, вони повинні відповісти на запитання: чи є думка попередньої більшості, тобто думка тих, хто проголосував проти, правильною? Ця відповідь вимагає нормативних аргументів, спрямованих на питання правильного юридичного рішення. Позиція спостерігача зовсім інша. Якщо він є майстром у своїй справі, він може безпомилково пояснити колишнє рішення і, що не менш чудово, може винести нове. Але він не може сказати, яке зараз рішення буде правильним, не переходячи від перспективи спостерігача до перспективи учасника. Це означає, що, по-перше, необхідно відрізнити перспективу спостерігача від перспективи учасника, а по-друге, пов'язати перспективу учасника з ідеальним виміром.⁴⁷

⁴⁴ Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, 3rd ed. (Oxford: Clarendon Press, 2012), 128.

⁴⁵ Robert Alexy, "Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis," *The American Journal of Jurisprudence* 58 (2013): 103–04.

⁴⁶ Finnis, "Law as Fact," 89.

⁴⁷ Є один виняток, який пов'язує навіть перспективу спостерігача з ідеальним виміром. Це стосується претензії на правильність. Система соціальних правил, яка не викликає претензій на правильність, не є правовою системою. Ця концептуальна істина стосується, по-перше, ідеального

3. Перспективи та виміри

Фінніс вважає ідеї дуальної природи і дуальних вимірів «невловимими» (*'elusive'*).⁴⁸ Розгляд таких речей, як формула Радбруха, «з точки зору “реального” та “ідеального” “вимірів права”» є, як кажуть, «марним». ⁴⁹ Моє зосередження на різниці між перспективою спостерігача й учасника в «Аргументі несправедливості» (1992/2002), продовжує Фінніс, було «більш ясним». ⁵⁰

Ідеї реального й ідеального виміру, вже присутні в «Аргументі несправедливості», поєднуються, з одного боку, у складний клас елементів, на які спостерігач повинен посилатися, коли він описує право, а з іншого – ще більш складний клас елементів, на які учасник повинен посилатися, щоб дійти до правильного рішення чи судження. ⁵¹ Без цих двох класів елементів указані дві перспективи неможливо адекватно зрозуміти. З цієї причини не існує питання про альтернативи, коли йдеться про перспективи та виміри, як припускає Фінніс. ⁵² Радше, це питання полягає в поясненні. Два виміри необхідні для пояснення двох перспектив. Отже, якщо, згідно з Фіннісом, ідея вимірів є невловимою, ідея перспектив теж має бути невловимою.

4. Класифікаційні та кваліфікаційні зв'язки

Ми з Фіннісом погоджуємося в тому, що перспектива учасника є центральною. ⁵³ Причина цього полягає в тому, що правові системи можливі без безпосередніх (*naked*) або одиноких спостерігачів, але неможливі без учасників. З цієї причини перспектива учасника є справжнім полем дискусії між позитивізмом та неопозитивізмом. Сам факт того, що позитивістська теза розмежування (*positivist's separation thesis*) є по суті правильною з точки зору спостерігача, не каже нам нічого з боку самої позитивістської тези розмежування. ⁵⁴

Відповідь на питання про те, як слід визначати зв'язок між правом і мораллю або між реальним та ідеальним виміром із перспективи учасника, є неможливою

виміру, а по-друге, неминуча навіть для того, хто кваліфікується виключно як спостерігач. Див.: Alexy, "Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis," 104.

⁴⁸ Finnis, "Law as Fact," 86.

⁴⁹ Ibid, 101.

⁵⁰ Ibid, 87.

⁵¹ Alexy, *The Argument from Injustice*, 81, 128, 130.

⁵² Фінніс іноді говорить про «подвійне життя» права; див.: Finnis, "Law as Fact," 95–96. Можливо, це можна трактувати як відхід від альтернатив перспектив і вимірів у напрямі тези про подвійну природу, яка, знову ж таки, включає ідею двох вимірів.

⁵³ Finnis, "Law as Fact," 102.

⁵⁴ Alexy, *The Argument from Injustice*, 31, 35. Раз стверджував, що не існує різниці між перспективою спостерігача й учасника (Raz, "The Argument from Justice," 22–25). Якби це було правдою, ми були б дуже близькі до істини позитивізму. Але це неправда; див.: Alexy, "An Answer to Joseph Raz," 45–48.

без розмежування класифікаційних і кваліфікаційних зв'язків і розмежування права та моралі. Ефектом класифікаційного зв'язку є втрата юридичної чинності. На відміну від цього наслідком кваліфікаційного зв'язку є юридична дефектність або неправильність, що, однак, не виключає юридичної чинності.⁵⁵ Вирішальним моментом тут є те, що ефект моральної дефектності або неправильності тягне за собою *юридичну* дефектність або неправильність. Те, що морально дефектні закони є морально дефектними, є тривіальною істиною. Позитивіст без проблем погодиться з цим. Але те, що ці закони, крім цього, також є юридично дефектними, є не тільки нетривіальним твердженням, а й таким, що дійсно має велике значення для співвідношення між реальним та ідеальним виміром права, і це так не лише з теоретичних міркувань, але також із причин, практичних за природою. Якби дефект був просто моральним, було б важко пояснити, чому вищий суд, незалежно від того, що сказано в позитивному праві, має юридичну силу скасувати несправедливе рішення нижчого суду у справі, у якій це несправедливе рішення є настільки ж сумісним із позитивним правом, наскільки було би справедливе рішення.

Позитивістська теза розмежування стверджує, що немає необхідного зв'язку між правовою правильністю чи юридичною чинністю, з одного боку, та моральною правильністю та неправильністю – з іншого. Це означає, що позитивізм, м'який чи жорсткий, повинен заперечувати існування як необхідного класифікаційного, так і необхідного кваліфікаційного зв'язку, щоб залишатися позитивістичним. На відміну від цього оператор необхідності «□» у «□ I», який представляє у тріаді необхідності всі форми непозитивізму,⁵⁶ відноситься як до класифікаційних, так і до кваліфікаційних зв'язків.

Претензія на правильність передбачає, що всі форми непозитивізму повинні дотримуватися тези про те, що в усіх випадках існує необхідний кваліфікаційний зв'язок між правом і мораллю. Це відрізняється від класифікаційного зв'язку. Непозитивізм може визначати наслідки моральних дефектів чи неправильності для юридичної чинності трьома різноманітними способами.⁵⁷ По-перше, це може виключити всі морально дефектні або неправильні норми з класу юридично чинних норм. Цю найрадикальнішу форму непозитивізму можна назвати «жорстким непозитивізмом» (*'exclusive non-positivism'*). Класична версія цієї точки зору виражається твердженням Августина про те, що «закон, який є несправедливим, не здається мені законом».⁵⁸ Нещодавнім прикладом є теза Бейлєвельда і Браунсуорда (*Beyleveld's and Brownsword's*), «що аморальні

⁵⁵ Alexy, *The Argument from Injustice*, 26.

⁵⁶ На відміну від цього жорсткий позитивізм представлений у тріаді необхідності як «□¬I», а м'який позитивізм – як «¬□¬I та ¬□I».

⁵⁷ Alexy, "Law, Morality, and the Existence of Human Rights," 4–7.

⁵⁸ Augustinus, *De libero arbitrio*, ed. J. Brachtendorf (Paderbom: Ferdinand Schoningh, 2006), 86 (I, 11): 'Nam lex mihi esse non videtur, quae iusta non fuerit.'

норми не є юридично чинними». ⁵⁹ Якщо використовується значення «V» (від лат. *valid*) для «є чинним», це можна виразити за допомогою квантора спільності « \square »:

$$\square x \rightarrow Vx$$

Друга версія непозитивізму включає всі авторитетно встановлені та соціально дієві норми, незважаючи на їхні моральні вади в класі юридично чинних норм. Це можна назвати «надм'яким непозитивізмом» (*'super-inclusive non-positivism'*). Що стосується результату класифікаційного зв'язку, надм'який непозитивізм еквівалентний жорсткому позитивізму. Але суттєва різниця залишається щодо кваліфікаційного виміру. ⁶⁰ Теза Аквінського про те, що тиранічний закон «не є законом як таким» (*'is not law simpliciter'*) ⁶¹ або, як висловлюється Фінніс, «не є правом у центральному значенні терміна “право”», а лише правом «у другорядному значенні цього терміна», тобто є дефектним правом, напевно, позначає кваліфікаційний зв'язок. ⁶² Іншу версію надм'якого непозитивізму, яку можна пояснити за допомогою розмежування класифікуючих та кваліфікуючих зв'язків, можна знайти в поєднанні Кантом постулату «безумовного підпорядкування» (*'Unconditional submission'*) позитивного права з ідеєю необхідного підкорення позитивного права непозитивному праву. ⁶³ Надм'який непозитивізм може бути виражений таким чином:

$$\square xVx$$

Третя версія непозитивізму – це м'який непозитивізм (*inclusive non-positivism*). М'який непозитивізм не стверджує ні того, що моральні дефекти завжди підривають юридичну чинність, ні що вони ніколи цього не роблять. Свій найвизначніший вираз

⁵⁹ Beylveveld David and Roger Brownsword, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw* (Oxford: Oxford University Press, 2001), 76 n. 17.

⁶⁰ Фінніс (Finnis, “Law as Fact,” 89) посилається на віднесення «надм'якості» також на перспективу спостерігача, а разом із цим і на позитивізм, і він критикує «конотацію надлишку» (*'connotation of excess'*). Ця критика була б виправданою, якби поняття надм'якого справді могло розумно застосовуватися до точки зору спостерігача. Однак це не так. Надм'якість існує лише на стороні непозитивізму, і «конотація надлишку» походить від надмірно великої ваги, яку надм'який непозитивізм приписує принципу правової визначеності, на відміну від надмірно низької ваги, що приписується принципу справедливості. Результатом цього є радикальна різниця між впливом дефектів на рівень кваліфікаційного і класифікаційного зв'язку. Немає сенсу говорити про «надм'який позитивізм», оскільки позитивізм включає в поняття права за визначенням (*per definitionem*) все позитивне право. Опис права спостерігачем не включає щойно згадане балансування.

⁶¹ Thomas Aquinas, *Summa Theologiae* (Turin: Edizioni Paoline, 1962), 947 (I–II, q. 92, a. 1 ad 4): *'lex tyrannica [...] non est simpliciter lex.'*

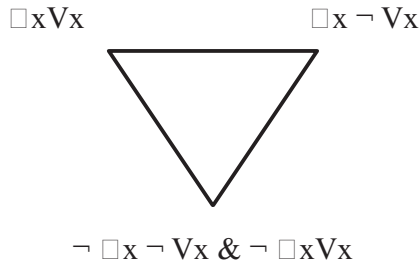
⁶² Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 364.

⁶³ Immanuel Kant, “The Metaphysics of Morals. Metaphysical First Principles of the Doctrine of Right” (first publ. 1797), in *Practical Philosophy*, trans. and ed. M. J. Gregor (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), 506. Див.: Alexy, “On the Concept and the Nature of Law,” 288–90. Про можливий виняток із кантівського безумовного підпорядкування позитивному закону див.: Alexy, “The Dual Nature of Law,” 174 n. 10.

цей підхід знаходить у формулі Радбруха, яка в найбільш стислій формі виглядає таким чином: Крайня несправедливість не є правом (*Extreme injustice is no law*).⁶⁴ Відповідно до цієї формули моральні дефекти виключають юридичну чинність тоді і лише тоді, коли поріг крайньої несправедливості перетинається. Несправедливість, нижча за поріг, входить у поняття права як дефектного, але чинного закону. Це можна виразити наступним чином:

$$\neg \Box x \neg Vx \ \& \ \neg \Box x Vx$$

Усі три версії неопозитивізму представлені в тріаді необхідності « $\Box I$ ». Тепер їх можна об'єднати в другу тріаду, яка вважається експлікацією « $\Box I$ » в тріаді необхідності:



Цю тріаду можна назвати «кванторною» ('quantifier triad'). Три позиції як у кванторній тріаді, так і в тріаді необхідності стоять у взаємозв'язку протилежності, оскільки кожна виключає іншу, не виходячи з її заперечення. Із цим у наших руках знаходяться інструменти для визначення співвідношення між реальним та ідеальним виміром.

V. Співвідношення між реальним та ідеальним вимірами

Для того щоб визначити співвідношення між реальним та ідеальним вимірами права, слід відповісти на п'ять запитань. По-перше, чи існує найдальша межа права? По-друге, чи ґрунтується юридична аргументація виключно на авторитетних підставах (*authoritative reasons*) або вона також включає інші, неавторитетні підстави? По-третє, який існує зв'язок між правами людини та правовими системами? По-четверте, чи слід розуміти демократію виключно як процедуру прийняття рішень або також як форму дискурсу? По-п'яте, чи містять правові системи лише правила, що виражають реальне «належне» ('*ought*'), чи також принципи, що виражають ідеальне «належне»? На ці п'ять запитань слід відповісти такими п'ятьма тезами: на перше – формулою Радбруха; на друге – тезою особливого випадку (*special case thesis*); на третє – тезою про те, що конституційні права слід розуміти як спроби позитивізації прав людини;

⁶⁴ Gustav Radbruch, "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law" (first publ. 1946), trans. B. Litschewski Paulson and S. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies* 26 (2006): 7.

на четверте – деліберативною (*deliberative*) моделлю демократії; і на п'яте – теорією принципів.

Усі п'ять тез стосуються одного і того ж пункту: претензії на правильність. Тобто твердження про правильність є основною підставою всіх п'яти тез. Можливо уявити малюнок п'ятикутника, де біля кожного краю розташовані одна з тез та аргумент правильності, що, подібно сонцю, стоїть посеред них. Однак ця візуалізація – її можна назвати «п'ятикутником ідеального виміру» – може розглядатися лише як евристична модель системи інституціоналізації підстав, яка повинна бути розроблена за допомогою аргументів, що визначають зв'язок між реальним та ідеальним вимірами у п'яти напрямках.

1. Формула Радбруха

Перший напрям стосується ідеї найдалшої межі права. Найвідомішою версією тези про існування найдалшої зовнішньої межі є формула Радбруха. У найкоротшій формі, як уже зазначалося, вона виглядає таким чином:

Крайня несправедливість не є правом.⁶⁵

Формула Радбруха є вираженням правильності другого порядку. Правильність другого порядку відноситься як до реального, так і до ідеального виміру права. Основною проблемою реального виміру є правова визначеність, якої можна досягнути завдяки позитивності, тобто завдяки встановленню, примусовому виконанню та організації. На відміну від цього головним завданням ідеального виміру є змістова (*substantive*) справедливість. Таким чином, претензія на правильність із необхідністю пов'язує як принцип справедливості, так і принцип правової визначеності із правом.

Правильність другого порядку вимагає вирішення проблеми несправедливого права шляхом балансування. Співвідношення між принципами справедливості та правової визначеності, з одного боку, і формулою Радбруха – з іншого, визначається першим із двох законів, що містяться в теорії принципів, – законом конкуруючих принципів. Закон конкуруючих принципів говорить у його менш технічному формулюванні, що

обставини, за яких один принцип має перевагу над іншим, є умовами *правила*, яке має ті самі юридичні наслідки, що й пріоритетний принцип.⁶⁶

Формула Радбруха – це не що інше, як правило, про яке говорить цей закон. Умовами цього правила є обставини, за яких принцип справедливості має перевагу над принципом правової визначеності, а саме крайньої несправедливості. Його юридичні наслідки – це наслідки, яких вимагав би пріоритетний принцип, принцип справедливості, якби він брався окремо, а саме – відсутність юридичної чинності

⁶⁵ Alexy, "A Defence of Radbruch's Formula," 428.

⁶⁶ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 54; новий акцент.

із самого початку. Картина змінюється нижче порогу крайньої несправедливості. За цих обставин принцип правової визначеності має перевагу над принципом справедливості. Виникає нове правило. У ньому зазначається, що несправедливість, нижча за поріг крайньої несправедливості, не виключає юридичної чинності.⁶⁷

Формула Радбруха репрезентує м'який позитивізм. Дві інші форми позитивізму також можна реконструювати у світлі закону конкуруючих принципів. Жорсткий позитивізм надає перевагу справедливості над правовою визначеністю за будь-яких обставин, а над м'який позитивізм надає перевагу правовій визначеності над справедливістю знову-таки за будь-яких обставин. Тобто ці обидва підходи встановлюють абстрактне або абсолютне відношення пріоритету на відміну від умовного відношення пріоритету, установленого м'яким позитивізмом.⁶⁸ Такі абстрактні або абсолютні відносини переваг, однак, висловлюють упередження на користь або ідеального, або реального виміру права, обидва з яких несумісні з правильністю другого порядку.⁶⁹ З цієї причини претензія права на правильність вимагає м'якого позитивізму, вираженого формулою Радбруха й обґрунтованого балансуванням.

Фінніс висловив два заперечення проти такого підходу до балансування. У першому зазначається, що

він плутає *Реальне* та *Належне*, щоб асимілювати (як це робить Алексі) реальний вимір з «принципом правової визначеності» в протиріччі з «принципом справедливості». Якщо один принцип протирічить іншому, вони знаходяться в одній площині або царині, що в термінології Алексі є «ідеальною».⁷⁰

Проблема тут впливає з терміна «асимілювати». Якби я ототожнював принцип правової визначеності з реальним виміром, Фінніс мав би рацію. Але я їх не ототожнюю. Реальний вимір складається із права як факту. На відміну від цього принцип правової визначеності є умовою, яка вимагає авторитетного встановлення та соціальної дієвості. Це означає, що реальний вимір є предметом принципу правової визначеності, який вимагає, як норма, якомога серйознішого ставлення до цього предмета. Принцип правової визначеності і принцип справедливості вимагають правильності другого порядку, і вони обидва – як принципи і як норми – засновуються на нормативному рівні. Таким чином, виключається плутанина «реального» і «належного».

Друге заперечення проти підходу до балансування, у якому стверджується, що

думка про те, що можна розумно порівняти такі несумірності, як «ідеальний» та «реальний / фактичний» «виміри», є помилковою.⁷¹

⁶⁷ Більше стосовно технічного аналізу див.: Robert Alexy, "Legal Certainty and Correctness," *Ratio Juris* 28 (2015): 445.

⁶⁸ Див. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 52–53.

⁶⁹ Alexy, "On the Concept and the Nature of Law," 290.

⁷⁰ Finnis, "Law as Fact," 101.

⁷¹ Ibid, 108.

Тут зважування або балансування відбувається між принципом правової визначеності та принципом справедливості. Другий закон теорії принципів, закон балансування (*law of balancing*), показує, наскільки можливим є розумне балансування між цими двома принципами. Цей закон балансування звучить так:

Чим більший ступінь незадоволення чи шкоди одному принципу, тим більшим повинен бути ступінь задоволення іншого.⁷²

Згідно із законом балансування слід визначити, з одного боку, наскільки значним є незадоволення або втручання в принцип правової визначеності, а з іншого – наскільки велике значення має задоволення принципу справедливості. Прикладом є рішення стосовно банківського вкладу Генеральної комісії Федерального суду Німеччини із цивільних питань (*Master Panel of the German Federal Court of Justice for Civil Matters*). Це рішення стосується питання, чи втратила єврейська жінка, яка емігрувала, на підставі Розділу 3 Постанови № 11 від 25 листопада 1941 р. (*Section 3 of the Eleventh Ordinance, November 25, 1941*), виданої відповідно до Закону про громадянство Рейху (*Statute on Reich Citizenship*), свою претензію щодо цінних паперів, залишених у банківському депозиті німецького банку. Генеральна комісія оголосила Розділ 3 Постанови № 11, який передбачав передачу такого майна Рейху, «нікчемним із самого початку» (*'void from the outset'*)⁷³, і це може бути реконструйоване як раціональне балансування. Несправедливість була крайньою. Оскільки, згідно з формулою Радбруха, лише крайня несправедливість, а не кожен прояв несправедливості, призводить до втрати чинності, то втручання в принцип правової визначеності можна охарактеризувати як відносно незначне. На відміну від цього втручання в принцип справедливості було б дуже серйозним, якби єврейська жінка, депортована з причин «расового» характеру, не мала би можливості повернути своє майно. Тому закон балансу вимагає, щоби справа вирішувалася відповідно до правила: крайня несправедливість не є правом. Для того щоб заперечити раціональність балансування в цьому випадку, потрібно було б оскаржити класифікацію втручань у один із двох принципів, тобто класифікацію втручання в принцип справедливості як досить серйозне, і класифікацію з принципом юридичної визначеності як лише легкого чи середнього. Здається, неможливо буде заперечити це за допомогою раціональних аргументів. Це означає, що співмірність встановлюється раціональним дискурсом.⁷⁴

⁷² Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 102. Цей закон балансування можна розвинути далі за допомогою формули зважування (*weight formula*), але це уточнення не є необхідним у цьому контексті. Див.: Robert Alexy, "The Weight Formula," in *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*, eds. J. Stelmach, B. Brozek, and W. Zaluski (Cracow: Jagiellonian University Press, 2007), 25.

⁷³ BGHZ 16 (1955), 350, at 354 (переклад англійською Роберта Алексі).

⁷⁴ Alexy, "The Weight Formula," 18.

Заперечення Фінніса проти, як він стверджує, плутанини з «реальним» і «належним», а також його заперечення щодо несумірності стосуються обґрунтування формули Радбруха шляхом балансування і в цьому сенсі є непрямими запереченнями. До цих непрямих заперечень він додає два заперечення, які стосуються безпосередньо формули Радбруха. Перше стосується практики, друге – теорії формули Радбруха. Заперечення практики класифікує формулу як «спрощену», «дещо зроблену на швидку руку» і не більше, ніж «емпіричне правило».⁷⁵ Формула «надто спрощує питання, пропонуючи занадто короткий шлях через ліс».⁷⁶ Контрмодель Фінніса виглядає таким чином:

Думаю, краще виходити з припущення, що моральні наслідки значної несправедливості при винесенні або запровадженні передбачуваних і внутрішньосистемних (intrasystematically) чинних правових норм повинні бути оцінені з урахуванням усіх міркувань справедливості, що впливають на ситуацію, за якої питання про застосування норми (теперішньої чи минулої) постає до розгляду.⁷⁷

Вражає те, що Фінніс посилається тут на «значну несправедливість», а не на «крайню несправедливість», як це зазначено у формулі Радбруха, і що він ставить питання не про юридичні наслідки, а про «моральні наслідки».⁷⁸ Але ця теза не буде розглядатися тут детально. На даний момент єдине цікаве питання полягає в тому, чи слід віддавати перевагу методу «урахування всіх обставин» (*all-things-considered*) Фінніса над методом «все або нічого» формули Радбруха.⁷⁹

Фінніс намагається проілюструвати необґрунтованість моделі «все або нічого», розглядаючи випадок, якому я, дійсно, віддав «почесне місце» в «*Аргументі несправедливості*».⁸⁰ Це рішення Федерального конституційного суду Німеччини (*German Federal Constitutional Court*) 1968 р. про громадянство. Постанова № 11 (*The Eleventh Ordinance*) від 25 листопада 1941 р., видана відповідно до Закону про громадянство Рейху (*Statute on Reich Citizenship*), позбавила євреїв-емігрантів не лише, як у вищезазначеній справі про банківські вклади, майна, а також громадянства на расовій основі. Федеральний конституційний суд повинен був вирішити, чи позбувся, згідно із цією директивою, німецького громадянства адвокат єврейської національності, який емігрував до Голландії незадовго до початку Другої світової війни. У 1942 р. його депортували з Амстердама, і оскільки його місцеперебування було невідомим, його вважали мертвим, виключаючи можливість відновлення німецького громадянства

⁷⁵ Finnis, "Law as Fact," 106, 107, 109.

⁷⁶ Ibid, 87.

⁷⁷ Ibid, 107.

⁷⁸ Стосовно останнього див.: Alexy, "Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis," 109–10.

⁷⁹ Ibid, 108.

⁸⁰ Alexy, *The Argument from Injustice*, 5–7.

відповідно до ст. 116, абз. 2, післявоєнної Конституції Федеративної Республіки Німеччина (*art. 116, para. 2 of the post-war Constitution of the Federal Republic of Germany*). Суд дійшов висновку, що юрист ніколи не втрачав свого німецького громадянства, аргументуючи це тим, що «конфлікт» Постанови № 11 «зі справедливістю досяг такої нестерпної міри, що Постанова повинна вважатися нікчемною, тобто нечинною із самого початку».⁸¹ Суд також додає: «Більше того, Постанова не набула юридичної чинності, незважаючи на те, що її дотримувалися впродовж кількох років».⁸²

Аргумент Фінніса про те, що все це є «спрощеним», ґрунтується на ст. 116, абз. 2, Основного закону Німеччини (*art. 116, para. 2 German Basic Law*) від 23 травня 1949 р., згідно з яким:

Колишні громадяни Німеччини, які між 30 січня 1933 р. і 8 травня 1945 р. були позбавлені громадянства за політичними, расовими чи релігійними ознаками, та їх нащадки повертають статус громадянина Німеччини за заявою. Вони вважатимуться такими, що не були позбавлені німецького громадянства, якщо вони визначили своє постійне місце проживання в Німеччині після 8 травня 1945 р. і не висловили протилежний намір.

Фінніс має рацію, стверджуючи, що існує можливість інтерпретації ст. 116, абз. 2, як заперечення формули Радбруха.⁸³ У першому реченні мова йде про *повернення* (*regranting*) німецького громадянства. Повернути можна лише те, що раніше забрали. Друге речення не говорить про те, що вони не були позбавлені німецького громадянства, як стверджує Федеральний конституційний суд. Там лише зазначено, що вони *вважатимуться* такими, що не були позбавлені цього права. Але ця можлива інтерпретація має два слабкі місця. По-перше, існують інші можливі інтерпретації. Аргументація Суду, що міститься на п'яти сторінках, говорить про те, що наміри розробників Конституції мали дві сторони.⁸⁴ З одного боку, вони із самого початку хотіли визнати Постанову № 11 нікчемною. У випадку банківських депозитів це не було проблемою. Інша ситуація виникла у випадку з громадянством. Не всі єврейські емігранти після нацистського режиму бажали, щоби їх вважали німцями. Суд кілька разів наголошує на тому, що їхню волю потрібно поважати, тобто що німецьке громадянство не може бути нав'язане їм проти їхньої волі.⁸⁵ Це, однак, не означає, що Постанову № 11 слід розглядати як юридично чинну. Це лише означає, що її слід вважати такою, ніби вона була юридично чинною. Це парадигмальний випадок юридичної фікції.

⁸¹ BVerfGE 23 (1968): 98, 106; Англійська цитата в Alexy, *The Argument from Injustice*, 6.

⁸² BVerfGE 23 (1968): 98, 106; Alexy, *The Argument from Injustice*, 6, переклад змінено: «юридична чинність» ('*legally valid*') замість діючого ('*efficacious*'), тому що чинний (нім. '*wirksam*') тут відноситься не до соціальної дієвості (*social efficacy*, нім. *soziale Wirksamkeit*), а до юридичної чинності (*legal validity*, нім. *rechtliche Wirksamkeit*).

⁸³ Finnis, "Law as Fact," 106.

⁸⁴ BVerfGE 23, 98 (108–112).

⁸⁵ BVerfGE 23, 98 (107, 108, 110, 111).

І ця фікція виправдовується правами людини зацікавлених осіб. На першому кроці їхні права людини вимагають нікчемності Постанови. На другому кроці їхні права людини вимагають фікції чинності для всіх тих, хто не хоче наслідків, пов'язаних із нікчемністю. У результаті це може мати певну схожість із загальноновизнаною методом Фінніса. Однак, виходячи із систематичних причин, це зовсім інакше. Формула Радбруха залишається основою, яку неможливо замінити набором підстав, що є актуальним відповідно до загальноновизнаного підходу. Цей підхід є повністю відкритим герменевтичним принципом (*open hermeneutical maxim*), який може лише доповнювати формулу Радбруха в контексті її застосування, але не може її замінити.

Це негайно призводить до теоретичного чи філософського заперечення Фінніса проти формули Радбруха. Фінніс наполягає на тому, що формула Радбруха та разом із нею м'який позитивізм не є «істиною про природу або сутність права».⁸⁶ «Це не є істиною стосовно права, істиною філософії права (теорії права).»⁸⁷ Моєю відповіддю є те, що це є істиною стосовно природи та сутності права, а разом із цим і істиною філософії права. У розділі «Концептуальний аналіз і концептуальні необхідності» вище я зазначав, що аналіз поняття права, поняття, що належить до різновиду соціальних, вимагає поєднання аналітичних і нормативних аргументів. Нормативні аргументи стосуються природи та сутності, а отже, і поняття права⁸⁸, коли вони посилаються на ті нормативно необхідні вимоги, які необхідно пов'язані з правом. Претензія на правильність, необхідно пов'язана з правом як понятійною проблемою, необхідно пов'язує нормативні вимоги правової визначеності та справедливості з правом, і ці дві вимоги разом включають формулу Радбруха в поняття та природу права.⁸⁹ А питання про поняття та природу права є головним питанням правової філософії.⁹⁰

2. Теза особливого випадку

Другим напрямом, у якому пов'язується реальний та ідеальний виміри права, є юридична аргументація. Цей зв'язок виражається тезою особливого випадку (*special case thesis*). Ця теза стверджує, що юридична аргументація або юридичний дискурс є особливим випадком загальної практичної аргументації або дискурсу.⁹¹ Загальнопрактичний дискурс – це неінституціалізований дискурс про практичні питання. Як загальнопрактичний дискурс, він включає всі види неофіційних

⁸⁶ Finnis, "Law as Fact," 108.

⁸⁷ Ibid, 107.

⁸⁸ Про співвідношення понять природи і сутності та поняття концепту див.: Alexy, "On the Concept and the Nature of Law," 290–92.

⁸⁹ Alexy, "The Nature of Arguments about the Nature of Law," 12.

⁹⁰ Robert Alexy, "The Nature of Legal Philosophy," in *Philosophy of Law. Critical Concepts in Philosophy*, ed. B. H. Bix (London and New York: Routledge, vol. I, 2006), 23–25.

⁹¹ Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (first publ. 1978), trans. R. Adler and N. MacCormick (Oxford: Clarendon Press, 1989), 211–20.

практичних аргументів: моральні аргументи щодо справедливості та прав, а також етичні аргументи щодо індивідуальної та колективної ідентичності та прагматичні аргументи, що виражають раціональність цілей. Моральні аргументи мають пріоритет, оскільки вони представляють універсальну точку зору. Однак це не означає, що їх зміст не може залежати від інших аргументів.⁹² Юридичний дискурс – особливий випадок загальнопрактичного дискурсу, оскільки він прихильний до закону, прецеденту та юридичної догматики. Ці прихильності представляють реальний вимір юридичного дискурсу чи аргументації. Ідеальний вимір включає загальну практичну аргументацію.

Тут неможливо навести детально описане відношення між реальним та ідеальним у юридичній аргументації. Для цього потрібна відповідь на запитання: «що потрібно вважати раціональним виправданням у рамках діючого правового порядку?»⁹³ Однак на це можна було б відповісти лише за допомогою теорії правових міркувань або аргументації.⁹⁴ Нас цікавлять лише два моменти. Перший полягає в тому, що претензія на правильність, висунута в юридичній аргументації, є претензією на правильність другого порядку. Це означає, що це стосується справедливості, а також правової визначеності. Другий момент полягає в тому, що теза особливого випадку в жодному разі не представляє, як побоюється Габермас, загального дозволу «пересуватися в необмеженому просторі підстав» (*‘to move in the unrestricted space of reasons’*) загальнопрактичного дискурсу.⁹⁵ Навпаки, він включає пріоритет *prima facie* авторитетних підстав (*authoritative reasons*). Цей пріоритет *prima facie* знаходить своє вираження серед іншого в такому правилі юридичного дискурсу:

Аргументи, що виражають зв'язок із фактичними словами закону або волею історичного законодавця, мають перевагу над іншими аргументами, якщо тільки раціональні підстави не можуть бути наведені для надання переваги іншим аргументам.⁹⁶

Структура цього правила значно відрізняється від структури формули Радбруха, але його функція однакова. Обидва ці правила служать для визначення співвідношення між реальним та ідеальним вимірами права.

3. Права людини

Третій напрям, у якому відношення між реальним та ідеальним вимірами має вирішальне значення, – це сфера прав людини та конституційних прав. Права людини характеризуються п'ятьма властивостями. По-перше, вони моральні; по-друге,

⁹² Robert Alexy, “The Special Case Thesis,” *Ratio Juris* 12 (1999): 378–79.

⁹³ Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, 220.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Jürgen Habermas, “A Short Reply,” *Ratio Juris* 12 (1999): 447.

⁹⁶ Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, 248.

універсальні; по-третє, фундаментальні; по-четверте, абстрактні і, по-п'яте, мають пріоритет над усіма іншими нормами щодо їх моральної чинності.⁹⁷ Тут нас цікавить лише перша із цих п'яти властивостей: моральний характер прав людини.

Моральний характер прав людини полягає в тому, що вони, як моральні права, мають тільки моральну чинність. Це означає, що права людини як такі належать виключно до ідеального виміру права. Право є морально чинним, якщо воно може бути виправданим. Права існують як норми загалом, якщо вони є чинними.⁹⁸ Таким чином, існування прав людини залежить від їх виправданості і ні від чого іншого. В інших публікаціях я намагався показати, що права людини є виправданими і, отже, вони існують.⁹⁹ Тут це зробити неможливо. У цьому контексті єдиним питанням, яке слід вирішити, є співвідношення між правами людини і конституційними правами.

Конституційні права є частиною позитивного права, а саме позитивного права на рівні конституції.¹⁰⁰ Як такі вони належать до реального виміру права. Співвідношення між конституційними правами та правами людини належало б до відносин між реальним та ідеальним вимірами права, якби існував необхідний зв'язок між правами людини і конституційними правами.

Ключем до цього необхідного зв'язку є поняття правильності. Конституції, як і право загалом, із необхідністю висувають претензію на правильність. Це одна сторона аргументу. Інша сторона полягає в тому, що права людини, оскільки їх існування полягає в їх виправданості, необхідно пов'язані з поняттям правильності, адже те, що виправдано, є правильним. Цей момент та пріоритет прав людини вимагають позитивації прав людини на конституційному рівні. Із цієї причини конституційні права можуть розглядатися як спроби перетворення прав людини як ідеальних прав на позитивне право, тобто на реальні права. Ідеальний вимір продовжує існувати після перетворення на реальний вимір. І це має далекосяжні наслідки для тлумачення конституційних прав та їх ролі в правовій системі. Однак я не заглиблюватимусь в це тут.

4. Демократія

Демократію одночасно можна сприймати як процедуру прийняття рішень і як процедуру аргументації. Прийняття рішень способом, що відповідає принципу більшості, є реальною стороною демократії. Аргументація як публічний дискурс із необхідністю пов'язана з претензією на змістову правильність. З цієї причини це

⁹⁷ Alexy, "Law, Morality, and the Existence of Human Rights," 10–12.

⁹⁸ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, 2nd ed. (first publ. 1960), trans. M. Knight (Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1967), 10.

⁹⁹ Robert Alexy, "The Existence of Human Rights," *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, supplement 136 (2013): 13–18.

¹⁰⁰ Включення прав до конституцій – це лише один із способів перетворити їх у позитивне право. Міжнародні та наднаціональні угоди, конвенції чи хартії – це додаткові можливості.

ідеальна сторона демократії. Єдиною можливістю реалізації правильності другого порядку в політичному житті, особливо в публічній законотворчій діяльності, є інституціоналізація демократії, яка об'єднує обидві сторони. Назва цієї єдності – «деліберативна демократія».

5. Теорія принципів

Правила і принципи відіграють важливу роль у застосуванні права. Правила виражають остаточне, або реальне, «належне», принципи – *prima facie*, або ідеальне, «належне». Принципи правової системи, узяті разом, становлять те, що можна назвати «світом ідеального належного» (*'world of the ideal Ought'*).¹⁰¹ Теорія принципів намагається на цій основі розробити теорію пропорційності, яка пов'язує балансування з правильністю. Це знову ж таки тут неможливо детально описати. У нашому контексті нас цікавить лише те, що теорія принципів завершує систему з п'яти напрямів ідеального виміру права.

© Р. Алексі, 2020

Bibliography

- Alexy, Robert. "A Defence of Radbruch's Formula." In *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 8th ed., edited by M. D. A. Freeman, 426–43. London: Sweet & Maxwell and Thomson Reuters, 2008.
- Alexy, Robert. "An Answer to Joseph Raz." In *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, edited by George Pavlakos, 37–55. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- Alexy, Robert. "Between Positivism and Non-Positivism? The Third Reply to Eugenio Bulygin." In *Neutrality and Theory of Law*, eds. J. Ferrer Beltran, J. J. Moreso, and D. M. Papayannis, 225–38. Dordrecht: Springer, 2013.
- Alexy, Robert. "Bulygin's Kritik des Richtigkeitsarguments." In *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourron and Eugenio Bulygin*, edited by E. Garzon Valdes, W. Krawietz, G. H. von Wright, and R. Zimmerling, 235–50. Berlin: Duncker & Humblot, 1997.
- Alexy, Robert. "Giustizia come Correttezza." *Region Pratica* 9 (1997): 103–13.
- Alexy, Robert. "Law and Correctness." *Current Legal Problems* 51 (1998): 205–21.
- Alexy, Robert. "Law, Morality, and the Existence of Human Rights." *Ratio Juris* 25 (2012): 2–14.
- Alexy, Robert. "Legal Certainty and Correctness." *Ratio Juris* 28 (2015): 441–51.
- Alexy, Robert. "On the Concept and the Nature of Law." *Ratio Juris* 21 (2008): 281–99.
- Alexy, Robert. "On the Thesis of a Necessary Connection Between Law and Morality: Bulygin's Critique." *Ratio Juris* 13 (2000): 138–47.
- Alexy, Robert. "Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis." *The American Journal of Jurisprudence* 58 (2013): 97–110.
- Alexy, Robert. "The Dual Nature of Law." *Ratio Juris* 23 (2010): 167–82.
- Alexy, Robert. "The Existence of Human Rights." *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, supplement 136 (2013c): 9–18.

¹⁰¹ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 82.

- Alexy, Robert. "The Nature of Arguments about the Nature of Law." In *Rights, Culture, and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, edited by L. H. Meyer, S. L. Paulson, and T. W. Pogge, 3–16. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Alexy, Robert. "The Nature of Legal Philosophy." In *Philosophy of Law. Critical Concepts in Philosophy*, edited by B. H. Bix, 21–32. London and New York: Routledge, vol. I, 2006.
- Alexy, Robert. "The Special Case Thesis." *Ratio Juris* 12 (1999): 374–84.
- Alexy, Robert. "The Weight Formula." In *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*, edited by J. Stelmach, B. Brozek, and W. Zaluski, 9–27. Cracow: Jagiellonian University Press, 2007.
- Alexy, Robert. *A Theory of Constitutional Rights* (first publ. 1985). Translated by J. Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Alexy, Robert. *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (first publ. 1978). Translated by R. Adler and N. MacCormick. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Alexy, Robert. *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism* (first pub. 1992). Translated by S. L. Paulson and B. Litschewski Paulson. Oxford: Clarendon Press, 2002.
- Aquinas, Thomas. *Summa Theologiae*. Turin: Edizioni Paoline, 1962.
- Augustinus. *De libero arbitrio*. Edited by J. Brachtendorf. Paderborn: Ferdinand Schoningh, 2006.
- Austin, John Langshaw. "A Plea for Excuses." In *Philosophical Papers*, 2nd ed., 174–205. Oxford: Oxford University Press, 1970.
- Beyleveld, David and Roger Brownsword. *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- Bulygin, Eugenio. "Alexy Between Positivism and Non-positivism." In *Neutrality and Theory of Law*, edited by J. Ferrer Beltran, J. J. Moreso, and D. M. Papayannis, 49–59. Dordrecht: Springer, 2013.
- Bulygin, Eugenio. "Alexy und das Richtigkeitsargument." In *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*. Edited by A. Aarnio, S. L. Paulson, O. Weinberger, G. H. von Wright, and D. Wyduckel, 19–24. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.
- Bulygin, Eugenio. "Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality." *Ratio Juris* 13 (2000): 133–37.
- Coleman, Jules. *The Practice of Principle*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- Finnis, John. "Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law's "Ideal Dimension"." *The American Journal of Jurisprudence* 59 (2014): 85–109.
- Finnis, John. "Reflections and Responses." In *Reason, Morality, and Law. The Philosophy of John Finnis*, edited by John Keown and Robert P. George, 459–584. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Habermas, Jürgen. "A Short Reply." *Ratio Juris* 12 (1999): 445–53.
- Hart, Herbert L. A. *The Concept of Law*, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 2012.

- Kant, Immanuel. "The Metaphysics of Morals. Metaphysical First Principles of the Doctrine of Right" (first publ. 1797). In *Practical Philosophy*. Translated and edited by M. J. Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- Kant, Immanuel. *Critique of Pure Reason*. Translated by W. S. Pluhar and P. Kitcher. Indianapolis: Hackett Publishing, 1996.
- Kelsen, Hans. *Pure Theory of Law*, 2nd ed. (first publ. 1960). Translated by M. Knight. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1967.
- Radbruch, Gustav. "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law" (first publ. 1946). Translated by B. Litschewski Paulson and S. Paulson. *Oxford Journal of Legal Studies* 26 (2006): 1–11.
- Raz, Joseph. "About Morality and the Nature of Law." *The American Journal of Jurisprudence* 48 (2003): 1–15.
- Raz, Joseph. "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism." In *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, edited by George Pavlakos, 17–35. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- Raz, Joseph. *The Authority of Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

Роберт Алексі. Ідеальний вимір права

Анотація. Основною темою статті є ідеальний вимір права. Автор доводить тезу про дуальну природу права, яка стверджує, що право з необхідністю включає як реальний, чи фактичний, вимір, так й ідеальний, чи критичний, вимір, а також демонструє, як ідеальний вимір (що стосується насамперед моральної правильності) передбачає істину непозитивізму. Ключові положення концепції, що представлена в статті, обґрунтовуються в полеміці з іншим відомим представником непозитивізму – Джоном Фіннісом.

Особлива увага приділяється визначенню зв'язку між реальним та ідеальним вимірами права, що передбачає відповідь на п'ять запитань. По-перше, чи існує найдальша межа права? По-друге, юридична аргументація ґрунтується виключно на авторитетних (владних) підставах чи вона також включає інші, невіддані підстави? По-третє, який зв'язок існує між правами людини та правовими системами? По-четверте, чи слід розуміти демократію виключно як процедуру прийняття рішень або також як форму дискурсу? По-п'яте, чи містять правові системи лише правила, що виражають реальне «належне», чи також принципи, що виражають ідеальне «належне»? На ці п'ять запитань пропонуються відповіді такими п'ятьма тезами: на перше – формулою Радбруха; на друге – тезою особливого випадку; на третє – тезою про те, що конституційні права слід розуміти як спроби позитивізації прав людини; на четверте – деліберативною моделлю демократії, і на п'яте – теорією принципів. Усі п'ять тез стосуються одного і того самого пункту: претензії на правильність.

Ключові слова: природа права; ідеальний вимір; реальний вимір; непозитивізм; формула Радбруха; претензія на правильність.

Роберт Алексі. Идеальное измерение права

Аннотация. Основная тема статьи – идеальное измерение права. Автор отстаивает тезис о дуальной природе, который утверждает, что право с необходимостью включает в себя как реальное, или фактическое, измерение, так и идеальное, или критическое, измерение, и демонстрирует, как идеальное измерение (которое относится в первую очередь к моральной

правильности) подразумевает истинность непозитивизма. Ключевые положения концепции, представленной в статье, обосновываются в полемике с другим известным представителем непозитивизма – Джоном Финнисом.

Особое внимание уделяется определению связи между реальным и идеальным измерениями права, что предусматривает ответы на пять вопросов. Во-первых, существует ли самая дальняя граница права? Во-вторых, юридическая аргументация основывается исключительно на авторитетных (властных) основаниях или она также включает другие, невластные основания? В-третьих, какая связь существует между правами человека и правовыми системами? В-четвертых, следует ли понимать демократию исключительно как процедуру принятия решений или также как форму дискурса? В-пятых, содержат правовые системы только правила, которые выражают реальное «должное», или также принципы, выражающие идеальное «должное»? На эти пять вопросов предлагаются ответы такими пятью тезисами: на первый – формулой Радбруха; на второй – тезисом особого случая; на третий – тезисом о том, что конституционные права следует понимать как попытки позитивации прав человека; на четвертый – делиберативной моделью демократии, и на пятый – теорией принципов. Все пять тезисов ведут к одному и тому же пункту: претензии на правильность.

Ключевые слова: природа права; идеальное измерение; реальное измерение; непозитивизм; формула Радбруха; притязание на правильность.

Robert Alexy. The Ideal Dimension of Law

Abstract. The main theme of the article is ideal dimension of law. Author argue for a dual nature thesis – which contends that law necessarily comprises both a real or factual dimension and an ideal or critical dimension – and demonstrates how the ideal dimension (which refers primarily to moral correctness) implies the truth of non-positivism. The key provisions of the conception represented in article are substantiated in a polemic with other well-known representative of non-positivism – John Finnis.

Particular attention is paid to determine relation between the real and ideal dimensions of law, which involves answering five questions. First, is there an outermost border of law? Second, is legal argumentation based exclusively on authoritative reasons or does it also include non-authoritative reasons? Third, what is the relation between human rights and legal systems? Forth, is democracy to be understood exclusively as a decision procedure or also as a form of discourse? Fifth, do legal system comprise only rules expressing a real “ought” or also principles expressing an “ideal ought”? These five questions are answered by the following five theses: the first with the Radbruch formula; he second with the special case thesis; the third with the thesis that constitutional rights are to be understood as attempts to positivize human rights; the fourth with the deliberative model of democracy; and the fifth with principles theory. All five theses turn on the same point: the claim to correctness.

Keywords: nature of law; ideal dimension; real dimension; non-positivism; the Radbruch formula; the claim to correctness.

Одержано/Received 14.12.2020

ТЕРМІНОПОНЯТТЯ ПРАВА І НЕПРАВА У ПРАКТИЧНІЙ ТА ТЕОРЕТИЧНІЙ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

І. Вживання у вітчизняному законодавстві правопоняттєвої термінології як тенденція його розвитку

Актуальність проблеми, окресленої в назві запропонованої статті, засвідчується, зокрема, тим, що в сучасному українському законодавстві спостерігається помітна тенденція більш інтенсивного використання різноманітних іменників та прикметників, похідних від слів, коренем яких є «прав». Ідеться, зокрема, про такі слова, як-от: «право» (ст. 5, 13, 14, 23, 27, 28, 29, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 53, 54, 55, 46, 57, 59, 63, 70, 72, 76, 86, 90, 93, 103, 105, 106, 115, 140 Конституції України); «правосуддя» (ст. 34, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 136 Конституції України); «неправосудний вирок» (ч. 4 ст. 62 Конституції України); «неправомірні угоди, «неправомірне використання» (ст. 30, 32, 33 Господарського кодексу України); «неправомірні дії» (ст. 451 Цивільного процесуального кодексу України); «неправомірна вигода» (ст. 172⁹⁻¹ Кодексу України про адміністративні правопорушення); «неправомірна вигода» (ст. 8, 96³, 96⁶, 96⁷, 96¹⁰, 160, 354, 364, 364¹, 365², 368, 368³, 368⁴, 369, 369², 369³, 370 Кримінального кодексу України); «неправосудний вирок» (ст. 375 Кримінального кодексу України); «неправомірні рішення, дії чи бездіяльність» (ст. 21 Податковий кодекс України). Оскільки ж такі термінопоняття мають безпосередньо використовуватись у юридично-регулятивній практиці, а також з огляду на відомий із давніх-давен і донині плюралізм праворозуміння,

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

Petro Rabinovych, Head of the Lviv Laboratory of Human Rights, Research Institute of State Building and Local Government of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Professor at the Department of Theory and Philosophy of Law, Ivan Franko National University of Lviv.

e-mail: rmpetro2009@gmail.com

Павло Романович Мирцало, молодший науковий співробітник Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України.

Pavlo Myrtsalo, Junior Researcher at the Lviv Laboratory of Human Rights, Research Institute of State Building and Local Government of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine.

e-mail: pavlomyrtsalo@gmail.com

неминуче виникає потреба в офіційному роз'ясненні, тлумаченні того чи іншого з наведених термінопонять. Така праворегулятивна потреба була задоволена, наприклад, аутентичним тлумаченням Верховної Ради України, яку було здійснено одночасно із включенням до Кримінального кодексу України ст. 364¹, у якій було вжито термінопоняття «неправомірна вигода».

В усіх наведених випадках неминуче виникатиме таке запитання: чи наведені терміни є синонімами до прикметників законне, незаконне й аналогічних ним? Чи, навпаки, у наведених вище прикладах ідеться про якийсь інше – змістовно відмінне від законного/незаконного – явище?

Тож якщо схилитися до першої відповіді, виникає запитання: навіщо, задля чого до називання одного й того ж самого явища було застосовано різні терміни (слова, прикметники)? Чи не вбачатиметься в цьому порушення правил юридичної техніки законотворчості (причому навіть у межах однієї галузі права)? Яскравим прикладом такого порушення може послугувати згадана вище законодавча дефініція термінопоняття «неправомірна вигода». Згідно з цією дефініцією під неправомірною вигодою слід розуміти грошові кошти чи інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які пропонують, обіцяють, надають чи одержують без законних на те підстав. Отож тут чітко простежується ототожнення неправомірних дій з їх незаконністю, адже саме закон у цьому випадку зазначено як, так би мовити, точку відліку, емпіричний критерій кваліфікації поведінки як неправомірної.

Проте якщо ж підтримувати другу з можливих відповідей, тоді це в черговий раз виводить на загальну проблему праворозуміння. А вона, як відомо, – вкотре наголошено – ніколи не мала, нині не має і, вважаємо, ніколи не матиме односмысленного, уніфікованого розв'язання...

Так чи інакше, викладене дає підставу зробити висновок про те, що, так би мовити, «праворозумінне» терміновживання все ширше запроваджується, вплітається у вітчизняну законодавчу тканину. Отже, можна сказати, відбувається своєрідна експансія проблематики праворозуміння у юридичне регулювання суспільних відносин. (І в цьому, до речі, можна вбачати один із переконливих проявів практико-прикладної значущості цієї проблематики, а відтак – і необхідності її ґрунтовного вивчення в юридичних навчальних закладах – насамперед у курсах загальної теорії права, а також філософії права).

II. Проблемність так званого інтегрального праворозуміння

Останніми роками в науковій літературі помітно почастишали пропозиції сконструювати так зване інтегральне праворозуміння. На думку прихильників такої позиції, це начебто дасть можливість припинити традиційну нескінченну дискусію між представниками так званих природного і позитивістського праворозуміння. (Синонімами «інтегрального» праворозуміння можуть

вважатися використовувани ще з початку ХХ століття такі терміни, як «комплексне»,¹ «синтетичне»,² «інтегративне»³ та ін.).

Що ж стосується «футурологічного» питання, чи вдасться коли-небудь досягти однозначного праворозуміння, то серед відповідей на нього зустрічаються навіть протилежні, взаємовиключні. Одні схильні відповідати на це питання ствердно (особливо прихильники так званого інтегрального праворозуміння), а інші – заперечливо.

Ми підтримуємо другий підхід. Оскільки існування будь-якого людського суспільства супроводжують (і, цілком вірогідно, уже завжди будуть супроводжувати) потребові та гносеологічні фактори, то плюралізм праворозуміння і надалі буде постійно притаманний чиїсь правовій свідомості, у тому числі й такому її прояву, як юридична наука. І хоча в ній, особливо останнім часом, почастишали спроби сконструювати уніфіковане «інтегральне» праворозуміння, однак привертає увагу те, що й серед авторів таких спроб воно не стає однозначним. Принаймні на сьогоднішній день щодо обговорюваної проблеми чітко простежується, можна сказати, плюралізм інтегральності.

Разом із тим слід мати на увазі, що всередині кожного з традиційних, класичних типів праворозуміння цілком можливі і часто практикуються плюралістичні інтерпретації на основі приєднання чи до позитивістського (включаючи його легістські, соціологічні або психологічні різновиди), чи до неопозитивістського «стрижня» праворозуміння тих чи інших додаткових ознак. (При цьому в логіко-граматичній структурі відповідних дефініцій загального поняття права такий «стрижень» фіксується певним іменником, а додаткові ознаки – прикметниками). Інакше кажучи, у рамках кожного з двох основних типів праворозуміння саме така «інтегральність» практикується досить часто.⁴

Що ж стосується, так би мовити, загального розуміння права, то його смислова плюралістичність, диверсифікованість була, є і, гадаємо, завжди буде його нездоланною, непереборною властивістю.

Взагалі кажучи, в історії світової правової думки приклади інтегрального праворозуміння зустрічаються значно раніше, ніж було запущено в науковий обіг поняття про нього. До прикладу, у дефініції загального поняття права, викладеній у 1848 р. німецькими суспільствознавцями К. Марксом та Ф. Енгельсом, стверджувалося, що зазначене термінопоняття відображає піднесену до закону (властивість *державно-вольова*,

¹ Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Recht* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999), 129.

² Александр Яценко, *Философия права Владимира Соловьева. Теория федерализма. Опыт синтетической теории права и государства* (Санкт-Петербург: Алетея, 1999), 58.

³ Jerome Hall, "Integrative Jurisprudence," in *Interpretation of Modern Legal Philosophies. Essay in Honor of Rosco Pound*, ed. Paul Sayre (New York: Oxford, 1947), 313–31.

⁴ *Неклассическая философия права: вопросы и ответы*, ред. Алексея Стовбы (Харьков: Библиотека международного журнала «Проблемы философии права», 2013), 18.

юридична) волю (як явище колективної психіки, тобто властивість психологічна) домінуючого, панівного у суспільстві соціально-економічного класу (вказівка на антропо-соціального суб'єкта – носія цієї волі, тобто властивість соціально-суб'єктна), зміст якої зумовлений насамперед його матеріальними умовами життя (тобто зазначаються суто соціологічні чинники змісту і спрямованості такої волі).⁵ Отже, у наведеній дефініції, як бачимо, змістовно інтегровано юридико-позитивістський, психологічний і соціологічний підходи до загального праворозуміння.

Нещодавнім прикладом дефініції загального поняття «право», яке може претендувати на інтегральність, може послугувати, скажімо, визначення поняття права, викладене в одному з новітніх вітчизняних підручників з загальної теорії права. Згідно з цією дефініцією право – це норми, які визначають межі свободи учасників соціальної комунікації шляхом визнання їх суб'єктами права (носіями суб'єктивних прав і юридичних обов'язків), реалізація яких уможливує існування суспільства та спирається на підтримку держави.⁶ 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.

Однак не можна не помітити, що наведене вище визначення поняття права досить жорстко прив'язане до державного забезпечення як до його необхідної складової. То чи не дисонує таке правоуявлення, по-перше, з позицією деяких співавторів цього підручника,⁷ згідно з якою явище права, взагалі кажучи, виникає раніше, ніж держава? А по-друге, з викладеною в розділі XXIV позицією, згідно з якою, крім державно-похідного (державно-забезпечувального) права, існує ще й інше, так зване природне право (природні права людини). Стосовно ж останніх цілком слушно відзначено, що їхнє виникнення та зміст не залежать від законів держави, від її волевиявлення.⁸ Проте автор дефініції природних прав людини все ж таки включив до неї і таку їх властивість, як необхідність гарантування державою.⁹

Безперечно, певною перевагою наведеної дефініції загального поняття права можна вважати використання в ній сучасної актуальної термінології, яка нерідко культивується нині в рамках обговорюваної проблематики. Ця обставина начебто зближує між собою представників такого підходу. Проте з іншого боку, не можна не помітити, що в деяких випадках така термінологія є не більше, аніж мовним «перевдяганням» тих явищ, які, так чи інакше, брались до уваги і попередніми дослідниками. Наприклад, одним із методологічних підходів, який останнім часом активно претендує на новітність, деякі вчені називають підхід «комунікативний».

⁵ Карл Маркс і Фрідріх Енгельс, *Маніфест комуністичної партії* (Київ: Вперед, 2010), 55.

⁶ Олександр Петришин, ред. *Загальна теорія права*. Підручник (Харків: Право, 2020), 75.

⁷ Там само, 28.

⁸ Там само, 456.

⁹ Там само.

Відповідний термін – «соціальна комунікація» – використано, як бачимо, і в обговорюваній дефініції. Адже не викликає сумнівів, що термінопоняття «соціальна комунікація» є синонімом до таких слів, як-от: перемовини, спілкування, дискусії, контакти, стосунки, зв'язки, відносини тощо.

У спеціальній філософії, соціології, а також у загальній теорії та філософії права інтерпретація явища права (та й відповідного поняття про нього) саме як певного виду суспільних відносин була досить відомою ще задовго до виникнення «комунікативістського» напрямку. (Згадаймо, для прикладу, вміщене у «Капітали» К. Маркса твердження про те, що ринкові відносини між продавцем і покупцем є власне правовими – навіть незалежно від того, закріплені вони в законі чи ні).

Отже, хоча сучасне комунікативне праворозуміння, ясна річ, і дозволило дещо конкретизувати, модифікувати, доповнити класичну соціолого-позитивістську інтерпретацію явища права, однак воно цілком «вписується» в її змістовний обсяг. Тож тут ми маємо справу з такою методою, можна сказати, маскування соціальної сутності права, яку колись (ще в 1995 р.) у вітчизняній літературі було названо «термінологічною мімікрією».¹⁰

У такому разі чи не стосується обговорювана загальна дефініція тільки одного різновиду правоявищ – юридико-позитивістського (державно-вольового), а не всіх можливих його різновидів?

III. Категорія неправу як поняттєве відлуння проблеми праворозуміння

Одним з аспектів загальної проблеми праворозуміння є змістовне вирізнення, так би мовити, феномену антипода явища права, тобто явища *неправа*. Актуальність розв'язання цього практично значущого завдання ілюструється, зокрема, тим, що, наприклад, у чинному Кримінальному кодексі України прикметники на кшталт неправомірна, неправомірне, неправомірний, неправомірні вживаються майже шістьдесят разів! Тому, зокрема, видається цілком виправданим проведення в Харкові 18–19 вересня 2020 р. Всеукраїнського круглого столу на тему «Право та неправу».

Є майже очевидним, що задля того, аби зрозуміти, яке саме явище відображається термінопоняттям «неправо», належить досить чітко уявляти, яке ж явище відображається, так би мовити, первинною – вихідною – категорією «право». Під час минулорічного круглого столу в Національному юридичному університеті імені Ярослава Мудрого одним із співавторів цієї статті було зроблено спробу обґрунтувати відповідь на останнє питання.¹¹ Ще раз зауважимо лише те, що, взагалі кажучи, така відповідь ніколи не була, не є та, гадемо, не зможе бути однозначною.

¹⁰ Петро Рабінович, «Методологія правознавства: проблеми плюралізації», *Вісник Академії правових наук України* 3 (1995): 81–88.

¹¹ Петро Рабінович, «Правовість антропосоціальних явищ: філософські засади ідентифікації», *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2019): 32–40, <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2019.1.186433>.

Звідси неминуче випливає і висновок про те, що й інтерпретація різними суб'єктами соціально неоднорідного суспільства термінопоняття «неправо» теж не може бути уніфікованою, однаковою.

Які непрості проблеми у юридичному регулюванні породжує така ситуація, можна переконатись, аналізуючи, наприклад, реакцію Конституційного Суду України на конституційне подання групи народних депутатів України стосовно невідповідності Конституції України положення ст. 375 Кримінального кодексу України, яка передбачала можливість притягнення судді до кримінальної відповідальності за постановлення «завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови». Характеризуючи цю реакцію, нагадаємо, що Конституційний Суд України у своєму рішенні від 11 червня 2020 р. визнав, що наведене положення справді є неконституційним і, отже, має бути вилученим з юридичного регулювання. Аргументуючи це рішення, Конституційний Суд України послався на те, що, зокрема: а) формулювання цієї статті допускає можливість зловживання органами досудового розслідування, внаслідок чого втрачається юридична визначеність ясності, однозначності змісту норми при її застосуванні; б) обговорюване положення створює можливість офіційної оцінки судового рішення несудовими органами (слідчим, прокурором), що суперечить конституційному принципу розподілу влади.

Видається прикметним, що на згадане рішення Конституційного Суду України майже половина з тих суддів, які брали участь у розгляді цієї справи, висловили окремі думки, у яких піддали ґрунтовній критиці наведені аргументи Суду. Не вдаючись до конкретного аналізу кожної з таких думок, констатуємо плюралістичність інтерпретації першої частини складного слова «неправосудний» різними суддями Конституційного Суду України. Пояснюємо її соціально-природною неоднomanітністю, тлумаченням будь-яких оціночно-правових понять різними суб'єктами суспільства у процесі юридичного регулювання відносин між останніми.

Окремо слід звернути увагу також на мовно-логічний аспект означеного питання. Ідеться, зокрема, про те, що вирази «неправо» і «не право» не є односмисловими. У першому випадку йдеться про таке явище, яке піддається співставленню, порівнянню з правом і виявляється (за його соціальною сутністю, соціальним призначенням, спрямуванням, роллю) таким, яке так чи інакше є його протилежністю, запереченням, тобто є, так би мовити, антиправом, протиправом (або, іншими словами, порушенням права, правопорушенням). У другому ж випадку йдеться про таке явище, яке взагалі не може порівнюватися, співвимірюватися, співставлятися з «правом», оскільки належить до якісно інакших, специфічних феноменів, соціальних регуляторів (скажімо, до релігії, моралі, суспільної психології, громадської думки).

У першому випадку ми маємо справу з руйнацією, деструкцією, ігноруванням того явища, яке відображається термінопоняттям «право», – найчастіше так званого позитивного права, формальними джерелами якого слугують письмові нормативні чи індивідуальні юридичні акти насамперед органів публічної влади (тут радше за все

маються на увазі такі – юридично неправомірні – фізичні дії, які зазвичай тягнуть за собою юридичну відповідальність, установлену державою). У рамках обговорюваної теми таке явище пропонувалося називати не «неправом», а «антиправом».¹²

У другому ж випадку має бути названо те чи інше явище, яке відмежовується, відокремлюється, відрізняється від явища права, тобто перебуває поза його межами, поза його соціальним простором (наприклад, релігія, мораль, суто технічні чи, скажімо, біологічні правила, закономірності тощо).

Так чи інакше, не з'ясувавши попередньо означених щойно питань, не маючи відповідей на них, навряд чи можливо переконливо обґрунтовувати інтерпретацію поняття «неправо». І що найменше один висновок може бути зараз сформульований, виходячи з тих аргументів, які вже доводилося висловлювати неодноразово: інтерпретації «неправа» та способів і критеріїв його вирізнання можливі не менш плюралістичні, аніж і розуміння самого термінопоняття «право». Основні причини ж плюралізму праворозуміння – соціальні та гносеологічні – уже доводилося схарактеризувати не раз.¹³

© П. Рабінович і П. Мирцало, 2020

Bibliography

- Hall, Jerome. "Integrative Jurisprudence." In *Interpretation of Modern Legal Philosophies. Essay in Honor of Rosco Pound*, edited by Paul Sayre, 313–31. New York: Oxford, 1947.
- Luhmann, Niklas. *Ausdifferenzierung des Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.
- Marx, Karl, and Friedrich Engels. *Manifesto of the Communist Party*. Kyiv: Vpered, 2010 (in Ukrainian).
- Nekrasov, A. "Right. Anti-right. Pre-right." *Yuridicheskij vestnik* 2 (2007): 4–11 (in Russian).
- Non-classical Philosophy of Law: Questions and Answers*, edited by Aleksey Stovba. Kharkiv: Biblioteka mezhdunarodnogo zhurnala "Problemy filosofii prava", 2013 (in Russian).
- Petryshyn, Oleksandr, ed. *General Theory of Law*. Textbook. Kharkiv: Pravo, 2020 (in Ukrainian).
- Philosophy of Law*. Tutorial: in 5 parts. Part 1–2. Philosophy of Law as a Science. Epistemology of Law. Lviv: Galytskyi Drukar, 2014 (in Ukrainian).
- Rabinovich, Petro. "Methodology of Jurisprudence: Problems of Pluralization." *Visnik Akademiyi pravovih nauk Ukrainy* 3 (1995): 81–88 (in Ukrainian).
- Rabinovich, Petro. "Legality of the Anthrope-Social Phenomena: Philosophical Grounds of Identification." *Filosofija prava i zagal'na teoriya prava* 1 (2019): 32–40. <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2019.1.186433> (in Ukrainian).
- Yashchenko, Aleksandr. *Philosophy of Law of Vladimir Solovyov. The Theory of Federalism. Experience of the Synthetic Theory of Law and State*. Saint-Petersburg: Aleteia, 1999 (in Russian).
- Constitution of Ukraine (1996).

¹² А. Некрасов, "Право. Антиправо. Предправо," *Юридический вестник* 2 (2007): 6.

¹³ *Філософія права*. Навчальний посібник: у 5 ч. Ч. 1–2. Філософія права як наука. Гносеологія права (Львів: Галицький друкар, 2014).

Civil Procedure Code of Ukraine (2004).

Criminal Code of Ukraine (2001).

Tax Code of Ukraine (2011).

The Code of Ukraine on Administrative Offences (1984).

The Commercial Code of Ukraine (2003).

Петро Рабінович і Павло Мирцало. Термінопоняття права і неправу у практичній та теоретичній юриспруденції

Анотація. У статті досліджуються деякі сучасні тенденції розвитку вітчизняного законодавства, а також загальнотеоретичного праворозуміння. Однією з них є помітне поширення в законодавчих актах України тих термінів, які мають прямиий вихід на проблему праворозуміння, ідеться, скажімо, про такі слова, як: «право», «правосуддя», «неправосудний вирок», «неправомірні угоди», «неправомірне використання», «неправомірні дії», «неправомірна вигода». Оскільки ж такі термінопоняття мають безпосередньо використовуватись у юридично-регулятивній практиці, а також з огляду на відомий із давніх-давен і донині плюралізм праворозуміння, неминуче виникає потреба в офіційному роз'ясненні, тлумаченні того чи іншого з наведених термінопонять.

В усіх наведених випадках неминуче виникатиме таке запитання: чи наведені терміни є синонімами до прикметників законне, незаконне й аналогічних ним? Чи, навпаки, у наведених вище прикладах йдеться про якесь інше – змістовно відмінне від законного / незаконного – явище? Якщо схилитися до першої відповіді, виникає запитання: навіщо, задля чого до називання одного й того ж самого явища було застосовано різні терміни? Якщо ж підтримувати другу з можливих відповідей, тоді це безпосередньо виводить на проблему праворозуміння.

Одним з аспектів загальної проблеми праворозуміння є змістовне вирізнення, так би мовити, феномену антипода явища права, тобто явища неправу. Актуальність розв'язання цього практично значущого завдання ілюструється, зокрема, тим, що, наприклад, у чинному Кримінальному кодексі України прикметники на кшталт неправомірний, неправомірне, неправомірний, неправомірні живаються майже шістьдесят разів!

Які непрості проблеми у юридичному регулюванні породжує така ситуація, можна переконали, аналізуючи, наприклад, реакцію Конституційного Суду України стосовно невідповідності Конституції України положення ст. 375 Кримінального кодексу України. Аргументуючи це рішення, Конституційний Суд України послався на те, що, зокрема: а) формулювання цієї статті допускає можливість зловживання органами досудового розслідування, внаслідок чого втрачається юридична визначеність ясності, однозначності змісту норми при її застосуванні; б) обговорюване положення створює можливість офіційної оцінки судового рішення несудовими органами, що суперечить конституційному принципу розподілу влади.

Видається прикметним, що на згадане рішення Конституційного Суду України майже половина з тих суддів, які брали участь у розгляді цієї справи, висловили окремі думки, у яких піддали ґрунтовній критиці наведені аргументи Суду. Не вдаючись до конкретного аналізу кожної з таких думок, констатуємо плюралістичність інтерпретації першої частини складного слова «неправосудний» різними суддями Конституційного Суду України. Пояснюємо її соціально-природною неодноразоманітністю, тлумаченням будь-яких оціночно-правових понять різними суб'єктами суспільства у процесі юридичного регулювання відносин між останніми.

Ключові слова: праворозуміння; право; правосудне; правомірне; неправосудне; неправомірне.

Петр Рабинович и Павел Мырцало. Терминопонятие права и неправа в практической и теоретической юриспруденции

Аннотация. В статье исследуются некоторые современные тенденции развития отечественного законодательства, а также общетеоретического правопонимания. Одной из них является заметное распространение в законодательных актах Украины тех терминов, которые имеют выход на проблему правопонимания, речь идет, например, о таких словах как: «право», «правосудие», «неправосудный приговор», «неправомерное соглашение», «неправомерное использование», «неправомерные действия», «неправомерная выгода». Поскольку такие терминопонятия должны непосредственно использоваться в юридическо-регулятивной практике, а также учитывая известный с давних времен и по сей день плюрализм правопонимания, неизбежно возникает потребность в официальном объяснении, толковании того или иного из приведенных терминопонятий.

Во всех приведенных случаях неизбежно будет возникать такой вопрос: являются ли приведенные термины синонимами к прилагательным законное, незаконное и к аналогичным им? Или, наоборот, в приведенных выше примерах речь идет о каком-то другом – содержательно отличном от законного / незаконного – явлении? Если склоняться к первому ответу, возникает вопрос: зачем, для чего к называнию одного и того же явления были использованы разные термины? Если же поддерживать второй из возможных ответов, тогда это непосредственно выводит к проблеме правопонимания.

Одним из аспектов общей проблемы правопонимания есть содержательное выделение, так сказать, феномена антипода явления права, то есть явления неправа. Актуальность решения этого практически значимого задания иллюстрируется, в частности, тем, что, например, в действующем Уголовном кодексе Украины прилагательные вроде неправомерная, неправомерное, неправомерный, неправомерные употребляются почти шестьдесят раз!

Какие непростые проблемы в юридическом регулировании порождает такая ситуация, можно убедиться, анализируя, например, реакцию Конституционного Суда Украины относительно несоответствия Конституции Украины положения ст. 375 Уголовного кодекса Украины. Аргументируя это решение, Конституционный Суд Украины сослался на то, что, в частности: а) формулировка этой статьи допускает возможности злоупотребления органами досудебного расследования, в связи с чем теряется юридическая определенность ясности, однозначности содержания нормы при ее применении; б) обсуждаемое положение создает возможность официальной оценки судебного решения несудебными органами, что противоречит принципу распределения власти.

Кажется примечательным, что на упомянутое решение Конституционного Суда Украины почти половина из тех судей, которые принимали участие в рассмотрении этого дела, выразили отдельные мнения, в которых подвергли основательной критике приведенные аргументы Суда. Не прибегая к конкретному анализу каждого из таких мнений, констатируем плюралистичность интерпретации первой части сложного слова «неправосудный» разными судьями Конституционного Суда Украины. Объясняем ее социально-природным неоднобразием, толкованием любых оценочно-правовых понятий различными субъектами общества в процессе юридического регулирования отношений между последними.

Ключевые слова: правопонимание; право; правосудный; правомерный; неправомерное; неправомерное.

Petro Rabinovych and Pavlo Myrtsalo. The Term Concept of Right and Unright in Practical and Theoretical Jurisprudence

Abstract. The article examines some modern trends in the development of domestic legislation, as well as general theoretical legal thinking. One of them is a noticeable spread in the legislative acts of Ukraine of those terms that have an outlet to the problem of legal understanding, for example, they talk about such words as: “right”, “justice”, “unjust sentence”, “unright agreement”, “unright use”, “unright actions”, “unright gain”. Such terminology can be directly used in legal regulatory practice, and taking into account the pluralism of legal thinking, known from ancient times to this day, inevitably there is a need for an official explanation, interpretation of one or another of the given terminological concepts.

In all the above cases, the following question will inevitably arise: the terms above are synonyms for the adjectives lawful, illegal, and are similar to them? Or, on the contrary, in the examples given above, they are talking about some other – meaningful and different – from legal / illegal – phenomenon? If we are inclined to the first answer, the question arises: for what purpose different terms were used to name the same phenomenon? If we support the second of the possible answers, then it directly leads to the problem of legal thinking.

One of the aspects of the general problem of legal thinking is the substantive allocation of the so-called phenomenon of the antipode of the phenomenon of right, – the phenomenon of unright. The urgency of solving this practically significant task is illustrated, in particular, by the fact that, for example, in the current Criminal Code of Ukraine, adjectives unright gain are used almost sixty times!

What complex of problems in legal regulation, this situation generates, can be seen by analyzing, for example, the reaction of the Constitutional Court of Ukraine regarding the inconsistency of the Constitution of Ukraine with the provisions of Art. 375 of the Criminal Code of Ukraine. Arguing this decision, the Constitutional Court of Ukraine referred to the fact that, in particular: a) formulation of this article allows possibility of abuse by the bodies of pre-trial investigation, in connection with legal clarity, unambiguity in content of the norm is lost when they are applied; b) the situation under discussion creates the possibility of an official assessment of the court decision by non-judicial bodies, which contradicts the principle of the distribution of power.

It seems remarkable that in response to the aforementioned decision of the Constitutional Court of Ukraine, almost half of those judges who took part in the consideration of this case expressed separate opinions in which they thoroughly criticized the arguments of the Court. Without resorting to a specific analysis of each of these thoughts, we state the pluralistic interpretation of the first part of the complex word “unjust” by different judges of the Constitutional Court of Ukraine. We explain it by the socially-natural heterogeneity, the interpretation of any evaluative legal concepts by various subjects of society in the process of legal regulation.

Keywords: right understanding; right; just; unright; unjust; unlawful.

Одержано/Received 16.11.2020

КУЛЬТУРА, ПРАВО І ВІЙНА: ПРО ЗДІЙСНЕННІСТЬ ПРОЄКТУ «ВІЧНОГО МИРУ», АБО ЩОДО ДЕЯКИХ МЕТОДОЛОГІЧНИХ ПИТАНЬ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА

І. Вступ. Чому культура?

Обґрунтовувати сьогодні актуальність розгляду будь-якої проблеми, що є пов'язаною з війною, видається зайвим. Цей текст буде присвячено висвітленню проблеми, що її сформульовано в назві, але не стільки як спроби вирішення, а скоріше як спроби нового варіанту її постановки. Звідси виникає потреба в тезовому вигляді постулювати певні положення, що, з одного боку, пояснюватиме позицію автора, з іншого – буде обґрунтуванням актуальності постановки проблеми в тому варіанті, що пропонується. По-перше, і це є головним, запропонувати аргументацію стосовно доведення можливості досягнення стабільно мирних відносин між державами в сучасному світі, що найбільш переконливо у філософсько-правовому вимірі було сформульовано Іммануїлом Кантом у його відомому трактаті «До вічного миру»;¹ а це, по-друге, потребує розрізнення сукупності методів, що складають «антропологічний підхід», що є сьогодні одним із найбільш впливових у вітчизняному правознавстві, і «культурологічний підхід», що його пропонує автор цих рядків; по-третє, показати значущість саме права у вирішенні такої надзвичайної проблеми. Таким чином, засадничим поняттям міркувань, що пропонуються, є «культура», а не «людина», і це є принциповим, оскільки аргументація опонентів ідеї «вічного миру» спирається насамперед на «природу людини». Звісно, що «культура» – це також насамперед «людина», і тоді зазначена проблема з необхідністю набуває методологічного значення, а її діалектичне підґрунтя виглядає очевидним.

* Олександр Литвинов, доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри соціально-гуманітарних дисциплін, Луганський державний університет внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка.

Oleksandr Lytvynov, Doctor of Legal Sciences, Associate Professor, Head of the Department of Social and Humanitarian Disciplines, Luhansk State University of Internal Affairs named after E. O. Didorenko.
e-mail: llittvnn@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2257-2224>

¹ Автор виходить із того, що зміст або, як мінімум, основні ідеї цієї праці, як і інших, що їх у тексті буде означено як «хрестоматійні», є відомими читачам журналу, які є переважно висококваліфікованими фахівцями, стосовно інших (студентів тощо) це може бути додатковим спонуканням звернутися до класики світової культури, у цьому випадку філософсько-правової, оскільки навіть у часи постмодернізму «відмінити» класичну раціональність навряд чи можна (без утрат для самих себе).

Утім, маємо зазначити, що така методологічна тенденція культурологічного спрямування є доволі потужною, про що буде сказано згодом, можна навести тільки один приклад (для гуманітарних наук), що є показовим: «культурна епістемологія історії» польського методолога історії Войцеха Вжосека² набула визнання вже не тільки в Європі (враховуючи особливе значення історичної свідомості для світоглядних орієнтацій будь-якої людини такий поворот є вельми показовим). У вітчизняній філософії права маємо приклад виокремлення «культурологічного методу» в дослідженні саме міжнародного права (Олександр Мережко).³

Поняття «культура» на сьогодні має безліч визначень, що їх накопичилося за півтора століття доволі прискіпливого інтересу до нього, особливо за останні приблизно півстоліття. І одним із пояснень цього інтересу може бути таке: це є інтелектуальною спробою запобігти тій спрямованості розвитку людства, що веде до самознищення і де найбільшою загрозою є спосіб взаємодії, що визначається як «війна». Пошуки запобіжника в такому розвитку та відповідному співіснуванні (свідомо або несвідомо), аж від Августина⁴ (ще одне непересічне досягнення християнської – ранньохристиянської – думки), призвели до того, що в ХХ ст. категорія культури стає однією з визначальних у різного рівня суспільних дискурсах. Те, що між ними – «війною» і «культурою» – має бути (в контексті головної ідеї «вічного миру»), «право», хоча і не тільки воно, стає думкою, що набуває все більшого поширення. Процес здійснення – матеріалізації – зазначеної ідеї «вічного миру» вже відбувається, насамперед у формуванні відомого філософського (філософсько-правового) концепту, що отримав уже і юридичне втілення – «права людини».

Сьогодні ця проблема, сформульована як «Мир, заснований на правах людини», вже акцентувалася як тема всесвітнього масштабу обговорення у філософії права й соціальної філософії зокрема.⁵ До найбільш відомих попередніх звернень до думок Канта та їхнього розвитку в сучасних умовах слід віднести виступ Юргена Габермаса на одному з попередніх Конгресів IVR (Гранда, 2005), де на історичних прикладах продемонстровано креативні в практичному – політичному – сенсі аспекти Кантової концепції одночасно з аспектами, що виглядають сумнівними (стосовно практичної

² Войцех Вжосек, *Історія – Культура – Метафора. Постановня неklasичної історіографії; Про історичне мислення*, пер. с пол. В. Сагана, В. Склокіна, С. Серякова; наук. ред. А. Киридон, С. Троян, В. Склокін (Київ: Ніка-Центр, 2012).

³ Олександр Мережко, *Введение в философию международного права. Гносеология международного права* (Київ: Юстиніан, 2002), 93–96.

⁴ Отфрід Хеффе (Гьофе) підкреслює це, хоча і звертає увагу на практику припинення війн у Стародавній Греції в період Олімпійських ігор: Отфрід Гьофе, *Демократія в епоху глобалізації*, пер. з нім. Л. Ситниченко та О. Лозинської (Київ: ППС-2002, 2007), 220–33.

⁵ Сергій Максимов, «Мир, заснований на правах людини: XXVIII Всесвітній конгрес Міжнародної асоціації філософії права та соціальної філософії», *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2019): 283–94, <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2019.1.186560>.

реалізації), і що відбиває постійну діалектику універсального та партикулярного.⁶ Інший видатний сучасний німецький філософ права Отфрід Хеффе (Otfried Höffe) підкреслює значущість Кантового проекту як синтезу того «поцейбічного» бачення держави і права, що поєднує античність і добу Модерну: аполітичний космополітизм стоїків з ідеями вічного миру в міжнародному праві Нового часу на моральному ґрунті категоричного імперативу, що дозволяє припускати думку про його – проекту – здійсненність «на цій землі, на підставі права», а також зауважує стосовно заголовного слова «вічний», що означає скоріше «назавжди» (у цьому світі), ніж щось вічне (у світі потойбічному).⁷ У своєму виступі на Конгресі IVR (Лісабон, 2017), присвяченому «космополітичній теорії Канта» як одній з основних ідей трактату «До вічного миру», Хеффе особливо підкреслює значення, крім «категоричного імперативу миру», «духу торгівлі», «що не може існувати разом із війною», а також думки про необхідність «скасування всіх таємниць у політиці та створення умов для вільної та публічної дискусії».⁸ На цьому ж Конгресі доводилося, що логіка прав людини принципово суперечить логіці війни, оскільки право вже не є прерогативою тільки держави (Ізабель Тружильо), – теза, що, як видається, хоч і непрямо, підтримує ідею можливості сталого миру.⁹ А прямо цю ідею підтримує думка про спільну долю світової спільноти, що спирається на міжнародне правосуддя, яке протистоїть войовничій антропології суспільств страху, як на тому наполягає Мірей Делмас-Марті.¹⁰ Таким чином, ідея «вічного», тобто «сталого» або «миру назавжди», набуває все більше аргументів, серед яких апеляція до прав людини та, відповідно, раціональних (розумних) їхніх підмурків (як інтелектуального і в цілому культурного «продукту» доби Модерну) майже завжди є присутньою, навіть коли про це не йдеться прямо.

II. Що є культура?

Повертаючись до поняття культури, пропонується залишити насамперед ті його конотації, що спираються, по-перше, на етимологію (можна сказати, історичний аспект) і, по-друге, на змістовне наповнення (що його можна пов'язати з аспектом логічним тощо), і що означає обов'язково щось «людське».

Тут маємо зауважити стосовно висвітлення іншої проблеми, що її також винесено в назву статті: проблеми методологічної. Сформулюємо його як запитання: йдеться

⁶ Юрген Хабермас, «Кантовский проект конституционализации международного права. Есть ли у него будущее?» Пер. с англ. Сергея Максимова, в Сергій Максимов, *Філософія права: сучасні інтерпретації: Вибрані праці статті, аналітичні огляди, переклади (2003–2011)* (Харків: Право, 2012), 286–302.

⁷ Гьофе, *Демократія в епоху глобалізації*, 233–34.

⁸ Максимов, «Мир, заснований на правах людини», 289–90.

⁹ Ізабель Тружильо, «Права людини, мир та поняття права. Історія незавершеної правової революції», *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2019): 175–200, <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2019.1.186525>.

¹⁰ Див.: Максимов, «Мир, заснований на правах людини», 284–85.

про «людське» як таке, що *взагалі* є притаманним людині, чи то «людське» як таке, що є притаманним *тільки* людині (в сенсі: що відрізняє її, людину, від інших істот)? Як видається, у першому випадку ми маємо те, що зазвичай розуміють як «антропологічне», у другому – те, що пропонується називати «культурологічне». Але самі методологічні міркування трохи згодом.

Етимологічно «культура» – це «покращання», змістовно – «покращене людиною», включаючи саму «покращену людину», і можемо вважати таке нагадування достатнім для цієї статті. Тоді стає ще більш зрозумілою одна із запропонованих пропозицій як висновок, що буде виокремлено: розрізнення «культурологічного» й «антропологічного» не тільки може, а й має (повинно) бути, навіть за всієї умовності та непевності (неоднозначності) визначень понять, що створюють смислове їх наповнення, тобто понять «культура» і «людина». Згадаємо і про діалектику: маємо класичне протиріччя в безумовній онтологічній і гносеологічній єдності понять.

Продовжуючи міркування, можемо сказати про підґрунтя в розумінні культури, що є найбільш поширеним у понятті «розум», тобто йдеться про раціональну складову свідомості людини. Аристотелів функціональний підхід до розуміння людини (у його вченні «про душу») як водночас «рослини», «тварини» та саме «людини» є в такому випадку вельми зручним, оскільки саме раціональну складову – «розум» – він вчить вважати суто людською.¹¹ Таким чином, покращене (поліпшене) і розумне (раціональне) є якщо не всім культурним, то обов'язковим стрижнем культури.

Як видається, доречним тут може бути й згадування тієї єдності мислення раціонального та морального, що має солонівсько-сократівські витоки і може бути визначеною як «усвідомлена етика особистої відповідальності» – той принцип, що формував західну культуру мислення та, відповідно, культуру правову. Серед гномів (давньогрецькі «мудрі вислови») Солон для нас найважливішим є такий: «Вимагаючи, щоб відповідальність несли інші, неси її сам».¹² А логіка «великого принципу» Сократа про єдність розуму і блага є такою: «якщо я знаю, у чому полягає благо, то ніколи не заподію зла – бо безглуздо надавати перевагу гіршому перед кращим».¹³

Чому Солон і Сократ? Тому що в світоглядному ракурсі ці імена є символами культури, до якої ми намагаємося долучитися (Солон, культура правова) і навіть частково належимо (Сократ, культура моральна, спосіб мислення – раціональність тощо).

III. Що є право?

Кант у доволі дотепній формі пояснює необхідність і невідворотність миру, причому науковий сюжет його обґрунтування цього («вічного миру») має і метафоричне апелювання до буденної свідомості (образ цвинтаря), і розлогі логічні міркування

¹¹ Аристотель, «О душе», в *Сочинения*: в 4 т. Т. 1 (Москва: Мысль, 1976): 369–448.

¹² Цит. за: Сергей Пролеев, *История античной философии* (Москва: Рефл-бук; Киев: Ваклер, 2001), 112.

¹³ Цит. за: Там же, 300.

з апеляцією як до теологічного й метафізичного, так і до сталої ще з римських часів юридичної термінології. Центральним поняттям у цих міркуваннях є поняття права, далі (за значущістю) – це договір і свобода, а також держава. Маємо, як видається, концентроване використання ключових понять природноправових теорій Нового часу, спрямоване на подолання того «дикунства», яким є війна і взагалі ворожнеча. Дивно, говорить геніальний мислитель, що у своїх виправданнях воєнних дій держави використовують слово «право», що його «не виключено повністю з воєнної політики».¹⁴ Але розум на моральних підставах засуджує війну як правову процедуру, і договір між народами має зобов'язати забезпечити мирний стан. Подальші міркування Канта про мирний союз як федерацію правових держав (республік) має покласти край не одній війні, як звичайні мирні договори, а війнам взагалі, і це не одна світова республіка, а саме федерація, що має постійно розширюватися, включаючи в таке об'єднання все більше держав. Міжнародне право відмовляється від дикунського принципу необмеженої свободи, де панує сила, а стає втіленням примусового закону, що його добровільно визнають і підкоряються йому, спираючись на розумні і моральні начала, що ґрунтуються на теологічних і метафізичних підмурках моралі добра та протистоять неминучій (якщо відмовитися від такого розуміння вічного миру) перспективі «вічного миру» (як «вічного покою») загальнолюдського цвинтаря. Право стає інструментом («сукупністю умов» чи то правил), що і забезпечує те обмеження «свавілля» одного відносно до будь-кого іншого, що є квінтесенцією Кантового розуміння і тлумачення права. Можемо навіть говорити про захисну функцію права, що посилюється з культурологічної точки зору («покращання людини», насамперед в інтелектуальному та моральному аспектах) у міжнародному праві, що і робить його – право – унікальним феноменом культури. Іншими словами, можна говорити про діалектичну єдність культури і права, і тоді до цього, звісно ж, аж ніяк не потрапляє ані війна, ані ворожнеча.

IV. Війна за межами культури?

Наступну частину міркувань почнемо з наведення частини вислову з праці Єлізавети Гауфман – сучасної дослідниці процесів створення і функціонування «образу ворога» в політичній площині та площині правовій (та їхніх взаємозв'язків). Вона говорить про «неминуче лихо війни»,¹⁵ і в цих словах мається на увазі мов би всім зрозуміла думка про природність цього «лиха», про те, що вся історія людства доводить правомірність цієї думки, аж до її також й історико-філософського обґрунтування, найбільш відомого у вислові Геракліта про те, що війна панує над усім і робить усіх тим, ким кожен стає, що дозволяє вважати її «батьком» або «царем» усього на світі

¹⁴ Иммануил Кант, «К вечному миру», в *Собрание сочинений* в 8 т. Т. 7 (Москва: ЧОРО, 1994), 24.

¹⁵ Єлізавета Гауфман, «Політичні та правові аспекти образу ворога», *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2016): 76, <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2016.1-2.182130>.

тощо. Вислів надто відомий, посилаються на нього й найсучасніші дослідники, також і філософи права. Ось останній приклад: у своїй неординарній роботі «Поняття “мир” і “війна” в контексті транснаціонального тероризму» Філіп Гізбертц знову звертається до Гераклітівського вислову, що війна – «батько» всіх речей, наводячи англійський варіант перекладу з грецької та водночас грецький текст (відразу зазначаючи й проблематичність перекладу¹⁶).

Тому є необхідністю розібратися з цим Гераклітівським висловом про «війну» («*polemos*») як «царя» чи то «батька» «всього».

Тут ідеться лише про переклад і конотації: Гераклітівській «*polemos*» є насамперед втіленням його діалектичного мислення про світ і пояснення цього світу через головну категорію цього мислення – «логос». «Боротьба є логосом буття», – означає Феохархій Кессіди у своїй відомій праці, присвяченій саме Геракліту¹⁷ (а «боротьба» – це теж переклад слова «*polemos*»), а також «логос» – це і «знання», і «наука», і «смысловий зв'язок», і «закон», і ще багато (до п'ятдесяти) можливих варіантів перекладу. Те ж саме стосується і «*polemos*», де головним залишається саме «боротьба», та ще й «боротьба протилежностей», що і створюють ту «гармонію» чи то відповідність одне одному, чого прагнуть усі, хто існують на цьому світі або мають буття. Інший авторитетний знавець давньогрецької філософії Мартин Гайдеггер, як на те вказує і Філіп Гізбертц, перекладає «*polemos*» як «конфлікт», підкреслюючи, «що це не тотожно “війні в людському розумінні”, а є радше єдністю з логосом».¹⁸

Стосовно ж війни як війни «в людському розумінні», то Геракліт вважав її знаряддям вбивства і смерті, і навіть бога війни Ареса називав Убивцею, бо війна – це прояв низьких пристрастей, те, що, за його ж словами, «краде право мечами...»,¹⁹ тобто «війну» він оцінював однозначно негативно. А його вислів, про який ідеться, є, з точки зору гносеологічної, втіленням необхідності мислити діалектично, а з точки зору культурологічної, втіленням (констатацією) агональної природи давньогрецької культури. Тобто, як висновок: маємо поширеним не тільки інше, а й протилежне значення думки видатного мислителя щодо війни «в людському розумінні», і це певною мірою є показовим прикладом транслявання недостовірною знання (що є окремою темою в межах герменевтичної, соціологічної та педагогічної проблематики), у цьому ж випадку важливим є нехтування думкою про «не-правове» чи то навіть «анти-правове» («краде право...»).

Розуміння культури як втілення суто людського (як такого, що є притаманним лише людині), а значить насамперед розумного, і що має бути засадничими постулатами,

¹⁶ Філіп Гізбертц, «Поняття «мир» і «війна» в контексті транснаціонального тероризму», *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2019): 202, <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2019.1.186541>.

¹⁷ Феохархій Кессіди, *Геракліт* (Москва: Мысль, 1982), 97–104.

¹⁸ Гізбертц, «Поняття «мир» і «війна» в контексті транснаціонального тероризму», 202, вивіска 9.

¹⁹ Цит. за: Пролеєв, *История античной философии*, 161.

зокрема, культури правової (культура – норма – право) є підставою, що дозволяє розуміти культуру як правову категорію (за визначенням) і право – як категорію культури (за функціональним навантаженням).²⁰ Розвиток думки в цій площині зробив можливим дійти висновків щодо вирішальної ролі культури (як культурного розвитку «людини як роду» – людства) у процесі постійного виведення певних дій (вчинків, подій тощо) за свої (культурні) межі як такого, що є неприйнятним, тобто у сферу в цілому злочинного, кримінального (канібальство, інцест тощо). Тобто прагнення впорядкування і внормування розуміння безпеки та запобігання шкоді є правом як засобом культурного розвитку людини (фактично йдеться про діалектичну єдність понять). Взаємодія і взаємозалежність унормування такого процесу в настановах звичаєвих (табу тощо), міфологічно-релігійних (заборони та свята тощо), моральних (різний ступінь осуду тощо) у цілому є процесом, що є дослідженим у напрямку взаємодії насамперед релігії та права (Гарольд Берман, Рональд Дворкін та ін., у вітчизняному правознавстві Дмитро Вовк, Дмитро Лук'янов та ін.). Утім, методологічні засади цих досліджень (з природних вимог мети й завдань) не виходили на рівень, що його можна означити як метакультурний чи то метакультурологічний, що передбачає, як його ж складову, не тільки констатацію, а й діагноз і, що в даному випадку є головним, перспективу розвитку за межами наявних (існуючих, домінуючих тощо) культурних ареалів як відповідних констант. Можливо, це є пов'язаним із зосередженням на суто або переважно історичному аспекті (куту зору), як то у Бермана,²¹ або теоретичному, як то у Лук'янова,²² аспекті розгляду проблем. Філософсько-правовий погляд надає ще й, назвемо його так, футурний (як можливий погляд у майбутнє, тому не «футуристичний», як поняття, що вже має надто багато художньо-образних конотацій), де маємо прогностичні наполягання на «правовому суспільстві» та навіть на «правовій людині», як то у Сергія Максимова (права, йдеться про це як про «регулятивні ідеї», втім у вельми матеріальних умовах «посттоталітарних трансформацій»²³).

Слід зазначити, що деякі з положень вітчизняного правознавства виглядають дещо спрощеними варіантами концептуальних побудов наших колег з більш розвинених, тобто більш вільних – так склалося історично – країн. Утім, саме осмислення засадничих питань у парадигмі морально-раціональній, тобто західній (європейській, євроантлантичній тощо, а загалом – солонівсько-сократівській), надає можливість хоча б пропонувати подолання парадигми східно-культурної (азійської або євразійської тощо) як варіанта підкорення (і також – подолання) того «тваринного» в людині,

²⁰ Олександр Литвинов, *Право як феномен культури: спроба філософського осмислення* (Луганськ: Янтар, 2014), 36–248, 678–92.

²¹ Гарольд Берман, *Вера и закон: примирение права и религии*, пер. с англ. Д. Шабельникова и М. Тименчика (Москва: Ad Marginem, 1999).

²² Дмитро Лук'янов, *Релігійні правові системи в сучасному світі* (Харків: Право, 2015).

²³ Сергей Максимов, *Правовая реальность: опыт философского осмысления* (Харьков: Право, 2002).

що в згаданій концепції «людської душі» Аристотеля та інших фундаторів сучасного світу надає можливість створювати перспективні побудови світового порядку, де є надія на життя для наступних поколінь. Звідси значення права насамперед як загальних та обов'язкових для всіх правил самозбереження («право на життя») стає не тільки зрозумілим, а й нагальним.

Тоді найвідоміший «кенігзберзький ранковий пішохід» виглядає як не просто мрійник (хоча з його ж антропологічних міркувань таке мов би і не витікає), а насправді видатний культуролог, і, що є головним у контексті головної теми-проблеми цієї розвідки, саме в галузі філософії права. Однак не тільки про Кантове бачення людського світу без війни,²⁴ а й про деяких його видатних колег, які жили і до нього, і після, слід згадати в контексті проблеми, що її обговорюємо. Але про інші філософські підходи (крім Канта – Гегель і Ніцше) згодом.

V. Історичний шлях правознавчої думки: від «антропологічного» до «культурологічного»?

А поки продовжимо спробу подолання хоча б частки відомих стереотипів антропологічного обґрунтування природності та, відповідно, необхідності війни як способу вирішення проблем і конфліктних ситуацій, включаючи й міжнародні, і водночас перевірки позиції, що формується і подається як певне узагальнення попередніх досліджень, насамперед у філософії права.

Тобто, знову про антропологічний підхід взагалі.

Те, що сьогодні визначається як «антропологічний підхід» у правознавстві і що є, безперечно, величезним кроком у напрямку гуманізації вітчизняного права як подолання його примітивного розуміння в якості можливості набуття переваг завдяки жорсткій силі (сьогодні переважно як силі влади, але не тільки), вимагає, як видається, наступного кроку в такому напрямку. «Антропологічний підхід» і в цілому «антропологічний поворот»²⁵ є долученням до того шляху в праворозумінні, який було започатковано ще у видатних концепціях природного права Нового часу. Тут відразу слід зауважити про досить плідне долучення до ідей класиків філософії права (а йдеться, звісно, насамперед про них) за останні часи у зв'язку з позбавленням тиску жорсткої ідеологічної цензури тоталітарного режиму і, відповідно, позбавленням елементарного страху, у тому числі і в середовищі юридичному (хоча цей процес ще триває). Але має місце й певна неадекватність розуміння деяких ідей і взагалі думок цих геніальних мислителів, починаючи від Томаса Гоббса, а можна сказати, що й від

²⁴ Кант, «К вичному миру», 11–53.

²⁵ Яскравим прикладом є регулярне проведення (з 2005 р.) круглих столів «Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)» за керівництва професора Петра Рабіновича на юридичному факультеті Львівського національного університету імені Івана Франка, де значною мірою сконцентровано пошуки вітчизняної філософсько-правової думки в напрямку «людиновимірності права».

Гуго Гроція, до Замуеля Пуфендорфа, Іммануїла Канта, Шарля Монтеск'є, Георга Гегеля та інших як представників саме гуманітарної правничої думки.

Можна також вважати, що ця «певна неадекватність» як доволі виразна обмеженість полягає в недостатньому розумінні тієї складової вказаних ідей, яку зазвичай визначають як культурологічну і яка спирається насамперед на релігійну свідомість, вплив якої на людину і в Новий час був величезним. Немає сенсу в ХХІ ст. говорити докладно про засадниче значення релігійно-міфологічної компоненти будь-якої культури, що є доведеним Арнольдом Тойнбі (і не тільки ним). У юридичній науці цей ракурс погляду на право обирає Рональд Дворкін, який в останні роки свого життя і творчості особливу увагу приділив питанню раціонального обґрунтування релігії в контексті проблеми свободи совісті, включаючи принципове розмежування «релігії» (розширюючи його аж до «релігії без Бога») і «церкви».²⁶

Мабуть, у такому контексті слід зважити на недостатність суто світської, у сенсі насамперед акцентовано атеїстичної спрямованості, тієї освіти, що її було цілеспрямовано побудовано за радянських часів суцільного редукування і примітивізації розуміння світу, включаючи й соціальні та соціально-психологічні процеси та явища. І ця інерція залишається впливовим освітянським чинником (як і багато чого іншого, що частково усвідомлюється, а значною мірою ні), включаючи й освіту юридичну, що її отримують сьогодні в Україні,²⁷ що і може вважатися причиною зазначеної обмеженості або неадекватності: не є можливим повною мірою зрозуміти соціальне, що не може не бути соціокультурним, без засадничих світоглядних принципів, які спираються, кінець-кінцем, саме на релігію (у всіх її варіантах або проявах, бо слід пам'ятати етимологію цього слова – «з'язок», що, зокрема, підкреслював Дворкін, говорячи про неї як «свободу вибирати» групи для приєднання).²⁸

Уже була нагода в цьому ракурсі висловитися щодо суттєвих утрат при розумінні змісту і взагалі концептуальних побудов навіть у хрестоматійному «Левіафані» Т. Гоббса,²⁹ зокрема того, що стосується розрізнення права і закону, розуміння абсолютизму чи то свободи,³⁰ що складалося в процесі осмислення взаємовідношення раціонального пізнання (розуму) та релігійно-теологічних уявлень (віри). Те ж саме – про культурологічну складову як складову, обов'язкову для пояснення поглядів

²⁶ Див. короткий коментар цього напрямку творчості видатного філософа права: Ганна Коваленко, «Дворкін Рональд Майлс», у *Велика українська юридична енциклопедія* у 20 т. Т. 2. Філософія права (Харків: Право, 2017), 193–94.

²⁷ Є сенс згадати про чинний стандарт юридичної освіти, де вилучено значну частину гуманітарного циклу навчальних дисциплін, що і надає багато підстав вважати це світоглядною диверсією, зважаючи на сучасну ситуацію постійного намагання відновлення ідеологічних штампів тоталітарного – у нашому варіанті «войовничо-атеїстичного» (Ленін) – минулого в країні (але це є темою окремої розвідки).

²⁸ Коваленко, «Дворкін Рональд Майлс», 193.

²⁹ Литвинов, *Право як феномен культури*, 356–65.

³⁰ Там само, 364–65.

та ідей правничих, – слід сказати і про Гуго Гроція та його також хрестоматійний твір «Про право війни і миру»,³¹ де в оцінці цих ідей, як зазначає дослідник його політико-правової спадщини Гюнтер Гофман-Льотцер, слід обов'язково «виходити з його розуміння теології»,³² а ми можемо додати: і з його обізнаності в класичній античній гуманітарній, насамперед юридичній, філософській та філологічній спадщині. Б'ярн Мелкевік підкреслює, що Локк у своїх правничих студіях «у першу чергу спирається на біблійські джерела та використовував авторитет християнства», оскільки не слід забувати, «що він був богословом – як за освітою, так і за покликанням».³³ Значною мірою це стосується багато чого іншого в цілому у сфері правничого та пов'язаного із ним знання, і тут слід обов'язково зазначити, що роботу з «виправлення імен», як радив усім ще Конфуцій, один із найвідоміших і найавторитетніших учителів людства, почато у вітчизняній філософській та правознавчій думці. Як свідоцтво однозначно позитивного руху в цьому напрямку в нас сьогодні є такі приклади: у першому випадку «Європейський словник філософій: Лексикон неперекладностей»,³⁴ у випадку другому «Велика українська юридична енциклопедія» у 20 томах (насамперед том 2 «Філософія права»³⁵ і том 3 «Загальна теорія права»³⁶).

Переважає розуміння «антропологічного» як «людського», тобто такого, що є притаманним людині, спирається на біологічні (Аристотелева традиція, що є присутньою імпліцитно) чи то історичні (в аспекті постійності конфліктів, війн тощо – експлікація як апеляція до чуттєвої сфери або складової свідомості) аргументи неминучості зіткнення інтересів тощо різних індивідів (персон) чи то груп (спільнот). Доповнюється це ще й буденною свідомістю в купі з юридичною фактичністю, що однозначно підтверджує цю тезу стосовно неминучості війни. Якщо ж додати сюди й міркування багатьох визнаних геніїв світової думки, то здається, сама постановка питання, що її запропоновано, виглядає майже недолугою.

Так, і Кант говорить про те, що стан миру між сусідами не є природним, а природним є протилежне, тобто стан війни,³⁷ чи то у вигляді прямих ворожих дій, чи то їхньої загрози.³⁸ А Гегель говорить (у праці «Про наукові способи дослідження природного права, його місце у практичній філософії і його відношення до науки

³¹ Литвинов, *Право як феномен культури*, 350–55.

³² *Класики політичної думки від Платона до Макса Вебера* (Київ: Тандем, 2002), 191.

³³ Б'ярн Мелкевік, ««Я – естествоное право»: Критика интеллектуальной ловушки», в *Заметки по истории правовых понятий*, пер. с фр. Е. Г. Самохиной, отв. ред. М. В. Антонов (Санкт-Петербург: Алеф-Пресс, 2018), 60.

³⁴ *Європейський словник філософій: Лексикон неперекладностей*. Том перший (Київ: Дух і літера, 2009). На сьогодні маємо ще 3 томи: Том другий, 2011; Том третій, 2013; Том четвертий, 2016.

³⁵ *Велика українська юридична енциклопедія* у 20 т. Т. 2. Філософія права (Харків: Право, 2017).

³⁶ *Велика українська юридична енциклопедія* у 20 т. Т. 3. Загальна теорія права (Харків: Право, 2017).

³⁷ У Гоббса, як відомо, це взагалі початок його філософсько-правових міркувань, насамперед у «Левіафані».

³⁸ Кант, «К вечному миру», 12.

про позитивне право») про війну як основу й запоруку «здорової моральності народів»,³⁹ демонструючи свій знаменитий діалектичний метод на прикладі взаємодії двох сторін, де одна є обов'язково негативною, інша – позитивною, звісно ж, їхній синтез є неминучим, а все це є умовою розвитку. Ніцше («Людське, надто людське») взагалі робить (мислить) війну умовою соціального буття як такого, і ця онтологія є результатом розвідок спрямування антропологічного, а також мислення також діалектичного (необхідність «тимчасового повернення до варварства» – чим він і визнає війну – як умови не втрати культурою і життям самих себе).⁴⁰ І справа тут не в мілітарному характерові «німецького духу», а в найбільш глибокому – діалектичному і водночас феноменологічному – проникненні в «людське», навіть «надто людське», як то формулював останній із цитованих мислителів.

Утім відразу ж слід зазначити й продовження ними своїх думок. Стосовно найбільш відомого проекту «вічного миру» Сергій Максимов зауважував у своїй праці «Кантівський проект правового суспільства і нові демократії», що «вищим етичним орієнтиром для людини як учасника історичного процесу Кант вважав правоупорядковане співтовариство правових держав, що забезпечує міцний мир між народами», і це як ідеал неспростовно входить у структуру актуальної правосвідомості цієї людини як морального суб'єкта, а тому «до будь-якого суспільного конфлікту суб'єкт цей повинен поставитися так, ніби він від народження був громадянином світу і членом правового суспільства, що вже утвердилося».⁴¹ А те, що гальмує такий поступ як непримиренна суперечність «між позиціями універсалізму прав людини і плюралізму культурної своєрідності, а саме – право на культурну ідентичність може бути розглянуто як значуще для всіх людей індивідуальне право».⁴²

Стосовно Гегелевої позиції слід, мабуть, нагадати про його хрестоматійно відому думку про найвищу форму держави – і юридично, й історично – як втілення «свободи всіх», що постульовано в його «Філософії права», і що, завдяки його ж методові, в питанні війни неминуче має призвести до миру. Таким чином, агресивність, притаманна природі людині, долається її ж, людини, розумом, що нам доводять Кант і Гегель, і не тільки тому, що вони жили в епоху Просвітництва: це логіка мислення і буття, які, як відомо, у Гегеля взагалі є тотожними.

Але для загальної спрямованості тексту цієї статті найбільш показовим є зауваження Ніцше стосовно «сурогатів війни», що їх людям «слід буде винайти».⁴³ І ця його

³⁹ Георг Гегель, *Политические произведения* (Москва: Наука, 1978), 229.

⁴⁰ Фридрих Ніцше, «Человеческое, слишком человеческое. Книга для свободных умов», в *Сочинения*, т. 1 (Москва: Мысль, 1990), 450.

⁴¹ Сергій Максимов, «Кантівський проект правового суспільства і нові демократії», у *Філософія права: сучасні інтерпретації: Вибрані праці: статті, аналітичні огляди, переклади (2003–2011)* (Харків: Право, 2012), 37.

⁴² Там само.

⁴³ Ніцше, «Человеческое, слишком человеческое», 450.

загальна думка-висновок, і його термінологія (апеляція до поняття «культура», до речі, разом із поняттям «життя», що є також симптоматичним) є, як видається, свідченням про доволі виразні тенденції в розвитку «антропологічного мислення» в бік усвідомлення підвищення культурної складової в житті людини і соціуму. Потім те ж саме віді́б'ється і в такому понятті, як «культурна антропологія», коли взагалі антропологія почне розумітися як наука про культуру: спочатку народів на ранніх стадіях розвитку, а потім і взагалі. Звісно, нормативна, регулятивна, контролююча тощо складові цього (такого) життя будуть завжди в центрі уваги антропологів («культурних антропологів» також, оскільки норма буде розглядатися саме як втілення культури). Іншими словами, право (як звичаї, традиції, табу) набуватиме стрижневого значення в осмисленні соціального буття, що розуміється таким чином як культурне. У цьому сенсі вельми показовою є й інтерпретація «юридичної антропології», що маємо сьогодні у найбільш відомому варіанті французького вченого-юриста Норбера Рулана, де поняття «культура» й «етнографія» відіграють чи не найважливішу роль, зокрема в дослідженні взаємодії «агресії» та «насильства» як ступеня схильності до другого залежно від аксіологічного аспекту («системи цінностей») різних «культур» (як способів буття).⁴⁴ Але цей сюжет потребує спеціального дослідження, цими ж рядками лише наголосимо на його існуванні для підтвердження заявлених позицій.

Як уже зазначалося, одним із показників культурного розвитку людства є процес виведення за межі цього «культурного» певних дій (убивство, канібальство, гвалтування, пограбування, викрадання людей тощо) у сферу неприйнятної, кримінальної, тобто неправового, такого, що має бути покараним. Це є дії, що зазвичай супроводжують війни, а ступінь сприйняття / несприйняття цих і аналогічних дій у тому чи іншому суспільстві або тими чи іншими людьми є доволі точним показником розвитку (розвитку культурного як людського) будь-якої спільноти або окремої людини. Тут вельми важливим є аспект не тільки загальногуманітарний (що є відбитим у діяльності Червоного Хреста та інших організацій, які фактично започаткували сучасне гуманітарне право), а й гендерний та ювенальний, на який у науково-дослідницькому плані почали звертати увагу нещодавно, хоча більшість постраждалих серед мирного населення становлять жінки та діти. Утім, тут лише побіжно звернемо увагу на цей аспект як такий, що потребує спеціального дослідження науковцями-правниками.

Іншою сюжетною лінією смислового розвитку того «*rolemos*» може бути культурологічно-герменевтична апеляція до історичних конотацій, що приводить нас до понять «боротьба», «змагання», «баталія» і водночас «домовленість», «правила» і навіть «церемонія», що поєднує «війну» і «гру», а «правила» і «право» набувають інших смислових забарвлень. На такі приклади нам указує видатний історик культури Йоган Гьойзінга, зокрема коли цитує Біблію, де юнаки розважали дорослих своєю «грою», що закінчилася тим, що вони просто повбивали одне одного, і це сприймалося

⁴⁴ Норбер Рулан, *Юридическая антропология. Учебник для вузов* (Москва: Норма, 2000), 154–55.

як щось нормальне.⁴⁵ Тлумачення будь-якої людської діяльності, а значить і культури в цілому, дозволило йому знайти пояснення багатьом явищам історії, включаючи й війну.⁴⁶ «Змагання», «дуель», «агональність», «правила честі», «ритуал» тощо аж до «ігрового елементу в міжнародному праві», не говорячи вже про відомий змагальний характер справжнього судового процесу, Гьойзінга аналізує через факти та «культурні сліди», що залишилися в багатьох мовах. Таким чином культура не тільки виводить за свої межі неприйнятне (як то злочин тощо), а й переводить певні прояви «тваринного» (наприклад агресію) у свої, тобто культурні, форми (гра як змагання). Тут виглядає обов'язковим необхідність розрізнення ось таких змагань із тим поверненням до «тваринного» у веденні війни, коли «за дужки» чогось, що вважалося навіть шляхетним, «виводилося» мирне населення, як-от у націонал-соціалістичній доктрині «тотальної війни» Людendorфа, про що, звісно, згадає і Гьойзінга.

Убивство, гвалтування, пограбування, відновлення рабства й інші види негативної взаємодії людей, що за часів Великої (Першої світової) війни вразили своїми неймовірними масштабами, призвели і до реакції гуманістичного спрямування в політико-правовій сфері. Поява в 1928 р. Пакту Бріана – Келлога (Договору про відмову від війни як знаряддя національної політики⁴⁷) свідчить у цьому сенсі про вже відчутний крок в оформленні культурного (а з точки зору правової культури – раціонального) наповнення того інтерсуб'єктивного, що виражає комунікативну «природу» права. А укладення «вічних мирів» між окремими державами, відоме в історії, як і доволі велику кількість різного рівня трактатів, присвячених цій темі і створених у різні часи, тут лише згадаємо як вельми цікаві прояви прагнення втілення такої ідеї, що, як на нашу думку, красномовно свідчить на користь головної ідеї, запропонованої в цій розвідці.

Слід, у її контексті, підкреслити й той факт, що інтенсифікувалося це (включаючи й процес юридизації, як-от у випадку Пакту Бріана – Келлога), а потім і продовжувалося на тлі неймовірної інтенсивності розвитку культурології: категорія культури стає однією з ключових у визначальних напрямках філософської (та пов'язаної з ними, наприклад, соціологічної) думки, зокрема «філософії життя». Згадаймо тільки відкриття і розробку одного з ключових понять сучасного світу (і ХХ ст. в цілому) – «відкрите суспільство», що його здійснено Анрі Бергсоном саме в культурологічному контексті і в праці з симптоматичною – також у зазначеному контексті – назвою «Два джерела моралі та релігії». Появу в той же час, тобто на початку ХХ ст., та ще й за часів згаданої Великої війни, іншої грандіозної праці в такому ж напрямку – «Занепад Заходу» Освальда Шпенглера (1918), де категорія культури є центральною, навряд

⁴⁵ Йохан Хейзінга, *Homo ludens. В тени завтрашнього дня* (Москва: Прогресс-Академия, 1992), 55.

⁴⁶ Один з розділів його всевітньо відомого дослідження *Homo ludens* має назву «Гра і війна» (Хейзінга, *Homo ludens*, 105–24).

⁴⁷ The Kellogg-Briand Pact – Documents, https://avalon.law.yale.edu/subject_menus/kbmenu.asp.

чи можна вважати випадковістю. Пояснення історії людства і фундаментальних категорій соціального буття, включаючи й право та державу, з методологічних позицій, де вирішальну роль відіграє «культура», як уже зазначалося, можна вважати й такою собі захисною реакцією людства від торування шляху до самознищення: його вже видимо і досить виразно втілювали досягнення цивілізації, тобто насамперед техніка, що реалізувала досягнення наук, їх зазвичай називають позитивними. Тобто йдеться про самозахист не тільки від того, що в самій людині є «тваринного» тощо, а й від здобутків раціонального, чим може це «тваринне» знищити «людське» в людині і саму людину (тому тема «техніки» не випадково стає в ряд найактуальніших також у ці часи, найвідоміший приклад – її опрацювання Мартіном Гайдеггером).

VI. Боротьба за «культурологічний поворот»?

Війна – у свідомості або «у головах», як то відзначав у своїй переконливій доповіді про «червоне», тобто «криваве» (якщо в перекладі російською відомого дослідження Мирослава Поповича), ХХ століття один із провідних вітчизняних соціальних філософів Сергій Пролеєв.⁴⁸ І таким його зробили насамперед «наші люди» (тобто насамперед люди з партійними квитками соціалістичних (націонал-соціалістичних та інтернаціонал-соціалістичних, тобто комуністичних) партій, які відігравали чи не найважливішу роль у тому, що потім кваліфікували як «злочини проти людяності»). Рудименти такого погляду на світ і сьогодні залишаються вельми впливовими, причому на визначальних у правовому сенсі напрямках. Це констатують учені-правознавці різних юридичних спеціальностей, зокрема конституціоналісти (Всеволод Речицький), коли прямо вказують на «фактично не змінювану поведінкову програму», що спирається на «марксистсько-ленінське світосприйняття» політичних еліт⁴⁹ (а про роль, яку в такому світосприйнятті відіграє – і продовжує відігравати – воєнна тематика не слід навіть нагадувати).

У філософії права розглядалися й інші аспекти цієї «поведінкової програми», що також відігравала (і відіграє) величезну роль у згаданому типі (типах) суспільства та, відповідно, держави, а сформульовано це в концентрованому вигляді в понятті «привілеї» («привілеї»). Альфонсас Вайшвила прямо називає «існування привілеїв» – зважаючи на морально-етичну, логічну, деонтологічну і просто онтологічну недолугість такого стану речей – «агресією проти суспільства».⁵⁰ І йдеться не про соціальний принцип самозалежності, який превалює в сучасному західноєвропейському праві, коли соціальна правова держава мислиться як розвиток політичної демократії

⁴⁸ Сергій Пролеєв, «Сучасний геополітичний пасьянс», *Філософська думка* 4 (2015): 18.

⁴⁹ Всеволод Речицький, «Чи може існувати в Україні офіційна конституційна доктрина?» *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2016): 287, <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2016.1-2.182636>.

⁵⁰ Альфонсас Вайшвила, «Правовий персоналізм (к поиску современного правовопонимания)», в *Личность и правовое регулирование: творческие поиски раскрепощенного сознания (философия права на постсоветском пространстве)* (Луганск: РИО ЛГУВД, 2006), 8–29.

в демократію економічну і соціальну. Останнє Вайшвіла класифікує як найбільш розвинуту соціальну форму взаємозалежності «з позиції соціальної цивілізації, яка демонструє відносно високий економічний і культурний рівень цього суспільства».⁵¹ Та, як на нашу думку, зазначена «агресія проти суспільства» є одним із проявів і водночас системостворюючих чинників того явища суспільного буття, що можна визначити як «соціальний паразитизм», суть якого в існуванні величезного шару споживачів суспільних продуктів та суспільних благ, який для самого суспільства, точніше для створення цих продуктів і благ, свою працю фактично не використовував.⁵² Звісно, це не може не бути причиною доволі серйозних небезпек у соціальному житті, але юридичне забезпечення такого стану в тоталітарних державах дозволяє їх запобігати насамперед завдяки тиску на права людини тощо, і тоді до загального стану постійних перекручень смислів у таких суспільствах додається і, наприклад, перетворення правоохоронних органів на суто каральні, а це не може не додати тієї напруги в суспільному житті, що йому надає в такому випадку й зазначена (і постійна) «агресія проти суспільства».

Те, що «права людини» як відомий «продукт» поєднання насамперед філософії раціоналізму та здорового глузду («common sense») атакується різного значення і впливу (за своїми засадничими підмурками) філософсько-світоглядними концептами, є певною мірою природним, як і намагання багатьох правознавців і філософів залишити людське як *тільки* людське в людині. Серед таких суперечок, що свідчать про «методологічні зсуви» від антропологічного в бік культурологічного, слід відзначити й роз'яснення часто доволі недолугих намагань представників «постмодернізму» позбавити право елементарної визначеності, що наполегливо та переконливо робить Б'ярн Мелкевік і що в контексті цієї розвідки має принципове значення.⁵³

Такий парадигмальний «зсув», що спирається кінець-кінцем на – образно висловлюючись – «дрейф» антропологічного в бік культурологічного, дозволяє долучити доволі багато сучасних дослідників до прибічників ідеї незворотності подолання такого «лиха», як війна в житті людей, а відбудеться це саме через право (сьогодні – права людини). Зокрема, Ізабель Тружильо доводить, що філософія як логіка прав людини принципово суперечить тому, що можна назвати логікою війни,⁵⁴ а ми побачимо тут не тільки віру, а й упевненість у «людському» (тобто розумному, культурному) в людині, дозволяє, таким чином, подолати війну правом як культурою. Правом і в найбільш широкому та зрозумілому і буденній свідомості, тобто правилами, і в контексті заклику до «повороту» вже «культурологічного», і в контексті фактичності вже культурної,

⁵¹ Alfonsas Vaišvila, *Teisinės valstybės koncepcija Lietuvoje* (Vilnius: BĮ UAB "Litimo", 2000), 614.

⁵² Литвинов, *Право як феномен культури*, 171–86.

⁵³ Б'ярн Мелкевік, «Постмодернізм, право та «прощання з розумом». Критика постмодерної правової концепції» *Філософія права і загальна теорія права* 2 (2013): 215–28, <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2013.2.183395>.

⁵⁴ Тружильо, «Права людини, мир та поняття права. Історія незавершеної правової революції», 175–200.

правилами «гри» в усіх її виглядах, у тому числі й знайдених та доволі ефективних (як подолання агресивного в людині-тварині) – насамперед у спорті, а також у різних змаганнях мистецьких.

VII. Висновки. Куди прямуємо?

Прикінцеві міркування, що їх можна запропонувати в якості висновків, мають насамперед культурологічно-феноменологічне смислове наповнення.

Колись люди вважали чимось нездійсненним те, що було очевидним зі звичайної – буденної – точки зору, а саме пересування під водою або в повітрі, спілкування на далекій відстані тощо. Про очевидність обертання Сонця навколо Землі говорити й годі (якщо довіряти органам чуття, а не знанням рівня сучасної середньої школи, що транслює здобутки людства переважно останніх декількох століть, а тисячі років ця очевидність була безсумнівною). Не будемо згадувати про тих, хто висував неймовірні проекти-фантазії на такі та подібні теми (хоча, як видається, саме про них слід згадувати якомога частіше). До відомої очевидності можна додати й апелювання до неспростовних природних законів, у цьому випадку фізичних: сьогодні також є очевидним, що людина (антропологічно як один з видів тварин-ссавців) ніколи не позбудеться інстинктів, несвідомого тощо.

Але є очевидним й інше: наявність Розуму (у цього виду тварин), а також інших особливих (моральних) настанов, що дозволило ввести певні корективи навіть у розуміння особливостей функціонування неспростовних законів фізики. І тоді апелювання лише до «низу» (якщо в термінології геніального Франсуа Рабле, що осміював цей «низ», мов би оспівуючи його) може бути поставлено під сумнів, якщо повірити в очевидність обертання Землі навколо Сонця та, відповідно, у перевагу людського (розумного, раціонального, культурного) в людині і людському («відкритому», якщо за Карлом Поппером, а ще й «правовому», якщо за Сергієм Максимовим) суспільстві. І тоді «вічний мир» (якщо за Іммануїлом Кантом) стає просто надзвичайно складним соціальним конструктом, який потребує такого ж складного (адекватного) інструментарію, насамперед методологічного. Та, відповідно, напруження, у цьому випадку інтелектуального, і спрямування «футурного».

Таким чином, виглядає правомірною постановка питання про можливість продовження розробки проєкту «вічного миру» (якщо в формулюванні Канта) чи то здійснення тиску на думку про природність війни (перш за все в її найвідвертіших формах прояву як бойових дій) на підставі переосмислення ролі права як феномену культури, зокрема, як зазначено в першому ж реченні правничих настанов у монографії (і водночас підручникові) з вельми незвичною і сьогодні для нас назвою «Право та естетика», «право, за своєю природою, створює моральні настанови»⁵⁵ (а не тільки навпаки, як зазвичай тлумачиться в підручниках, за якими і до сьогодні навчаються наші

⁵⁵ Adam Gearey, *Law and Aesthetics* (Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2001), VII.

студенти – майбутні правники). Таке стає здійсненим, коли *Homo sapiens* (людина розумна) стає *Homo juris* (людиною правовою), що разом має означати *Homo cultus* (людиною культурною) або ж *Homo mundi* (людиною світу і миру, що означає також і людиною культурною).

Іншим висновком, за всієї можливої його дискусійності, є констатація евристичної плідності розрізнення «культурологічного» й «антропологічного», що не тільки може, а й має або навіть повинно враховуватися в правничих дослідженнях, навіть за всієї умовності та непевності (неоднозначності) визначень понять «культура» і «людина», що створюють смислове їх наповнення, оскільки в запропонованому варіанті спирання на «розум» є можливістю апеляції до культурологічних засад історичного, філософського, правничого тощо спрямування розвитку людства, яке корелюється з поняттям «європейське» або – в більш широкому сенсі – «західне» (Солонівсько-Сократівське).

Смислова єдність категорій культури і права, що є інтенціонально присутньою на всіх історичних етапах розвитку людства, дозволяє також, як видається, поставити питання про можливість дослідження їхньої тотожності, і не тільки в контексті первісного синкретизму або сучасних релігійних правових систем, а й у тій діалектичній взаємодії, на якій наполягав Гегель (і не тільки він). Розширення такого горизонту дослідження дає підстави і для розробки правового інструментарію формування того життєвого світу, де дикість війни та інших силових суперечок залишається за межами культури людства. Це є той «вічний мир» Канта на відміну від іншої перспективи «вічного покою» загальнолюдського цвинтаря.

Але це вже тема іншої розвідки, здійснення якої має відбуватися вже з методологічних позицій культурологічного підходу.

© О. Литвинов, 2020

Bibliography

- Aristotle. "On the Soul." In *Collected works in 4 vol.* Vol. 1, 369–448. Moscow: Mysl, 1976 (in Russian).
- Berman, Harold. *Faith and Order: The Reconciliation of Law and Religion*. Moscow: Ad Marginem, 1999 (in Russian).
- Classics of Political Thought from Plato to Max Weber*. Kyiv: Tandem, 2002 (in Ukrainian).
- European Dictionary of Philosophies: A Vocabulary of Untranslatabilities*. Vol. 1. Kyiv: Dukh i litera, 2009 (in Ukrainian).
- Gaufman, Elizaveta. "Political and Legal Aspects of Enemy Image." *Filosofîa prava i zagal'na teoriâ prava* 1–2 (2016): 76–90. <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2016.1-2.182130> (in Ukrainian).
- Gearey, Adam. *Law and Aesthetics*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2001.
- Gisbertz, Philipp. "The Concepts of 'War' and 'Peace' in the Context of Transnational Terrorism." *Filosofîa prava i zagal'na teoriâ prava* 1 (2019): 201–17. <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2019.1.186541> (in Ukrainian).
- Great Ukrainian Legal Encyclopaedia in 20 vol.* Vol. 2. Philosophy of Law. Kharkiv: Pravo, 2017 (in Ukrainian).

- Habermas, Jürgen. “The Kantian Project of the Constitutionalization of International Law. Does it Have a Chance?” In Maksymov, Sergiy. *The Philosophy of Law: The Contemporary Interpretations: Selected Works: Articles, Analytical Reviews, Translations (2003–2011)*, 286–302. Kharkiv: Pravo, 2012 (in Russian).
- Huizinga, Johan. *Homo Ludens. In the Shadow of Tomorrow*. Moscow: Progress-Academy, 1992 (in Russian).
- Hegel, Georg. *Political Writings*. Moscow: Nauka, 1978 (in Russian).
- Höffe, Otfried. *Democracy in the Era of Globalization*. Translated by L. Sytnichenko and O. Lozinskaya. Kyiv: PPS-2002, 2007 (in Ukrainian).
- Kant, Immanuel. “Perpetual Peace.” In *Collected Works* in 8 vol. Vol. 7, 11–53. Moscow: ChORO, 1994 (in Russian).
- Kessidi, Pheoharhij. *Heraklit*. Moscow: Mysl, 1982 (in Russian).
- Kovalenko, Hanna. “Dvorkin Ronald Myles.” In *Great Ukrainian Legal Encyclopedia* in 20 vol. Vol. 2. Philosophy of Law, 190–94. Kharkiv: Pravo, 2017 (in Ukrainian).
- Lukianov, Dmytro. *Religious Legal Systems in the Contemporary World*. Kharkiv: Pravo, 2015 (in Ukrainian).
- Lytvynov, Oleksandr. *Law as a Phenomenon of Culture: Experience of Philosophic Comprehension*. Luhansk: Yantar, 2014 (in Ukrainian).
- Maksymov, Sergey. *Legal Reality: The Experience of Philosophical Understanding*. Kharkiv: Pravo, 2002 (in Russian).
- Maksymov, Sergiy. “The Kantian Project of the Legal Society and New Democracies.” In *The Philosophy of Law: The Contemporary Interpretations: Selected Works: Articles, Analytical Reviews, Translations (2003–2011)*, 27–38. Kharkiv: Pravo, 2012 (in Ukrainian).
- Maksymov, Sergiy. “Peace Based on Human Rights: XXVIII World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy.” *Filosofîa prava i zagal'na teoriâ prava* 1 (2019): 283–94. <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2019.1.186560> (in Ukrainian).
- Melkevik, Bjarne. “Post-Modernism, Law and ‘Farewell to the Reason.’ Criticism of the Postmodern Concept of Law.” *Filosofîa prava i zagal'na teoriâ prava* 2 (2013): 215–28. <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2013.2.183395> (in Ukrainian).
- Melkevik, Bjarne. “‘I Am Natural Law’: The Criticism of an Intellectual Trap.” In *Notes on the History of Legal Concepts*. Translated by Ekaterina Samokhina, edited by Michael Antonov. Saint-Petersburg: Alef-Press, 2018 (in Russian).
- Merezhko, Aleksandr. *Introduction to the Philosophy of International Law. Gnoseology of International Law*. Kyiv: Justinian, 2002 (in Russian).
- Nietzsche, Friedrich. “Human, All Too Human. A book for Free Spirits.” In *Works*. Vol. 1, 231–490. Moscow: Mysl, 1990 (in Russian).
- Proleev, Sergey. “Contemporary Geopolitical Solitaire.” *Filosofska dumka* 4 (2015): 12–22 (in Ukrainian).
- Proleev, Sergey. *History of Ancient Philosophy*. Moscow: Refl-Book; Kyiv: Vakler, 2001 (in Russian).
- Rechtytskyi, Vsevolod. “May an Official Constitutional Doctrine of Ukraine Have a Success?” *Filosofîa prava i zagal'na teoriâ prava* 1–2 (2016): 281–91. <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2016.1-2.182636> (in Ukrainian).

- Rulan, Norbert. *Legal Anthropology*. Textbook for Universities. Moscow: Norma, 2000 (in Russian).
- The Kellogg-Briand Pact – Documents. https://avalon.law.yale.edu/subject_menus/kbmenu.asp.
- Trujillo, Isabel. “Human Rights, Peace, and the Concept of Law. The Story of an Incomplete Legal Revolution.” *Filosofia prava i zagal'na teoriâ prava* 1 (2019): 175–200. <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2019.1.186525> (in Ukrainian).
- Vaishvila, Alfonsas. “Legal Personalism (Towards the Search for Modern Legal Thinking).” In *Personality and Legal Regulation: Creative Searches for Liberated Consciousness (Philosophy of Law in the Post-Soviet Space)*, 8–29. Luhansk: LSUIA, 2006 (in Russian).
- Vaišvila, Alfonsas. *Teisinės valstybės koncepcija Lietuvoje*. Vilnius: BĮ UAB “Litimo”, 2000.
- Wrzosek, Wojciech. *History – Culture – Metaphor: The Facets of Non-Classical Historiography; On the Historical Thinking Once Again*. Translated by V. Sagan, V. Sklokin, S. Seryakov; scientific ed. A. Kyrydon, S. Troyan, V. Sklokin. Kyiv: Nika-Center, 2012 (in Ukrainian).

Олександр Литвинов. Культура, право і війна: про здійсненність проекту «вічного миру», або щодо деяких методологічних питань філософії права

Анотація. Пропонується варіант додаткового обґрунтування ідеї «вічного миру» (І. Кант), що спирається на культурологічний підхід до осмислення права як один з методологічних інструментів філософії права. Метою автора статті є продовження дослідження права як феномену культури, що, зокрема, робить очевидною необхідність розрізнення антропологічного та культурологічного підходів для обґрунтування виведення самого поняття «війна» за межі культури у сферу неприйнятної, тобто «злочинної». Право як оформлення правил культурної взаємодії стає необхідною умовою виживання, а поширення цього (культурологічного) принципу на людство робить антропологічний підхід у тому вигляді, у якому його інтерпретують у сучасному (вітчизняному) правознавстві, обмеженим і частковим не тільки в логічному, але й у загальногуманітарному сенсах.

Ключові слова: культура; право; війна; методологія; філософія права; антропологічний підхід; культурологічний підхід; привілей; соціальний паразитизм.

Александр Литвинов. Культура, право и война: об осуществимости проекта «вечного мира», или относительно некоторых методологических вопросов философии права

Аннотация. Предлагается вариант дополнительного обоснования идеи «вечного мира» (И. Кант), которое опирается на культурологический подход к осмыслению права как один из методологических инструментов философии права. Целью автора статьи является продолжение исследования права как феномена культуры, что делает, в частности, очевидным необходимость различения антропологического и культурологического подходов для обоснования выведения самого понятия «война» за границы культуры в сферу неприемлемого, того, что квалифицируется как «преступление». Право как оформление правил культурного взаимодействия становится необходимым условием выживания, а распространение этого (культурологического) принципа на человечество делает антропологический подход в том виде, в котором его интерпретируют в современном (отечественном) правоведении, ограниченным и частичным не только в логическом, но и в общегуманитарном смысле.

Ключевые слова: культура; право; война; методология; философия права; антропологический подход; культурологический подход; привилегия; социальный паразитизм.

Oleksandr Lytvynov. Culture, Law and War: On the Feasibility of the Project of “Eternal Peace”, or on Some Methodological Issues of the Philosophy of Law

Abstract. The aim of the article is to continue the study of law as a cultural phenomenon, in this case as an introduction to the problems of the XXVIII World Congress on the Philosophy of Law and Social Philosophy “Peace Based on Human Rights”. It is offered as an opportunity for additional substantiation of the idea of eternal peace (I. Kant) from the position of a culturological approach as one of the methodological tools of the philosophy of law. The concept developed by the author makes it possible to appeal to the ideal structures of consciousness not only in a purely epistemological aspect and phenomenological context, but also based on the ontological foundations of moral and legal culture. Thus, it becomes obvious and necessary to distinguish between anthropological and culturological approaches to substantiate the removal of the very concept of war beyond the boundaries of culture into the sphere of the unacceptable, what qualifies as a crime. Such a process of human development as a cultural development is natural in the sense of acquiring proper human qualities – it is overcoming the animal component of man (Aristotle and others). The philosophical and ideological foundations of this direction of development are the concepts that have received legal formalization primarily in the concept of human rights. The cultural form of overcoming the animal (in the cultural sense – criminal) principle in a person is play, which has found embodiment in various forms of agonal interaction, primarily in sports, as well as in art. Law as a formulation of the rules of cultural interaction becomes a necessary condition for survival, and the extension of this (culturological) principle to humanity (as a common destiny) makes the anthropological approach, in the form in which it is interpreted in modern (domestic) jurisprudence, limited and partial not only in a logical, but also in a humanitarian sense. The necessity of understanding the logical correlation of the concepts of “privilege” and “social parasitism” with the concept of “war” is shown. The transfer of “war” (regardless of interpretations and definitions) beyond the boundaries of culture (or truly human relationships) becomes necessary, as well as understanding the role of law in ensuring such a state of humanity.

Keywords: culture; law; war; methodology; philosophy of law; anthropological approach; culturological approach; privilege; social parasitism.

Одержано/Received 06.12.2020

АВТОНОМІЯ, (НЕ)ПРАВА ЛЮДИНИ, ІЛЮЗІЇ ТА ОЧІКУВАННЯ У ЦИФРОВУ ЕПОХУ

Вступ

Ілюзії є певними формами викривлення реальності, відображають або мають наслідком хибне її сприйняття. Ними іноді називають нездійсненні явища або безпідставні сподівання. Вони також є чимось, за допомогою чого штучно створена реальність помилково вважається дійсністю.

Сьогодні, у цифрову епоху, ми можемо споглядати дві тенденції, прямо пов'язані з ілюзіями:

1. Розчарування, втрата ілюзій щодо деяких важливих, фундаментальних цінностей, таких як права людини, справедливість, верховенство права тощо. Це пов'язано, перш за все, з проявами глибокої несправедливості та явного «неправа».

2. Занурення до штучних, ілюзорних світів – соціальних мереж, онлайн-майданчиків, мобільних додатків, які створюють хибне враження причетності до подій і впливовості власних рішень, породжують відчуття керованості життя. Це перекликається з більш тонкими нападами на справедливість, спірними і складними справами, різними «ступенями неправа».

Уявімо собі, що ми візуалізували шкалу права у цифрову епоху. У такому разі ми можемо представити два полюси цієї шкали, на одному з яких перебувають складні виміри свободи, автономія, у тому числі автономія суджень, а на іншому – спрощення, яке веде до поляризації думок і до схильності ставати на радикальні позиції, відмовляти Іншому у праві на контраверсійні погляди, до чорно-білого сприйняття світу. Дві зазначені вище тенденції забезпечують коливання між цими полюсами.

І. Полюс автономії

Спираючись на визначення *автономії*, яке дає Альфред Меле, позначивши, що у філософських концепціях вона часто використовується в тому ж сенсі, що і свобода як «те, що асоціюється з родиною понять свободи: свобода волі, свобода вибору,

* Юлія Сергіївна Разметаєва, кандидатка юридичних наук, асистентка кафедри теорії і філософії права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого.

Yulia Razmetaeva, PhD in Law, Assistant at the Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudryi National Law University.

e-mail: yulia.razmetaeva@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0277-0554>

свобода дій тощо»,¹ ми можемо оцінити, як усі її прояви опиняються під загрозою в сучасному світі.

Недетерміністичні підходи припускають, що принаймні деякі з наших дій є результатом повністю вільного вибору, це також означає, що ми повністю контролюємо їх і повністю за них відповідальні. Зменшення вільних виборів підриває свободу волі. Тепер, якщо ми подивимося на світ у цифрову епоху, що ми побачимо? Штучно створений вибір. Ілюзія вибору. Тонке ковзання навколо свободи вибору, яке важко назвати навіть підштовхуванням. Крім того, у світлі переважання інформаційними потоками і зростаючої нездатності утримати фокус уваги свобода вибору стає все більш і більш тяжкою для особи. Тож скільки автономії в нас залишається сьогодні насправді?

У цифрову епоху намагання продати користувачам товари або нав'язати послуги на підставі отриманих про осіб даних мають наслідком не просто нечесну підприємницьку діяльність. Як справедливо зазначається, «коли інформація про нас використовується для впливу на прийняття рішень, це більше ніж применшує наші інтереси – це загрожує нашій автономії».² Технології дозволяють використати цю інформацію таким чином, щоб не просто впливати на нас, а буквально керувати нашими діями. Відбувається те, що Шошана Зубофф називає «модифікацією поведінки».³ І найгірше, що на цій модифікації побудована інформаційна економіка, що означає: бенефіціари вигод не відмовляться від застосування такої моделі.

Більше того, у названій моделі наявна як інформаційна асиметрія, так і істотний дисбаланс між інтересами організацій (корпорацій, продавців) і користувачів (споживачів). Так, розглядаючи проблему приватності, Крістофер Севідж підкреслює, що не її захист є економічною метою менеджерів корпорацій, а спостереження за споживачами та використання отриманих таким чином даних, щоб полегшити продаж і того, що дійсно хочуть споживачі, і того, без чого б їм краще обійтися.⁴

Зменшення особистої автономії безпосередньо впливає на право. Тетяна Француз-Яковець і Юрій Шеляженко визначають особисту автономію суб'єкта права як «самостійність існування за власними законами, здатність бути першоджерелом власного права».⁵ Право тісно пов'язане з усіма проявами свободи – від універсального ціннісного розуміння, що складає підґрунтя права, до індивідуального простору свободи, захист

¹ Alfred Mele, *Autonomous Persons: From Self-Control to Autonomy* (New York: Oxford University Press, 1995), 4.

² Daniel Susser, Beate Roessler, and Helen Nissenbaum, "Technology, Autonomy, and Manipulation," *Internet Policy Review* 8, no. 2 (2019), <https://doi.org/10.14763/2019.2.1410>.

³ Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power* (New York: Public Affairs, 2019).

⁴ Christopher W. Savage, "Managing the Ambient Trust Commons: The Economics of Online Consumer Information Privacy," *Stanford Technology Law Review* 22, no. 1 (2019): 162.

⁵ Тетяна Француз-Яковець та Юрій Шеляженко, "Теоретико-правове значення особистої автономії суб'єкта права," *Прикарпатський юридичний вісник* 3 (12) (2016): 34.

якого право забезпечує, та вільного вибору правомірної чи неправомірної поведінки. Врешті-решт, відповідь на питання, чи хочемо ми як індивіди бути автономними, як справедливо зазначають Б'ярн Мелкевік та Асб'ярн Мелкевік, позитивна, а індивідуальна автономія та автономія права «існують або зникають разом».⁶

Невизначеність і непрогнозованість наслідків багатьох дій у цифровому просторі, а також застосування цифрових інструментів у публічних і приватних сферах життя являють собою радше тонкі, ніж явні та кричущі, напади на автономію та справедливість і, відповідно, на право.

II. (Не)права людини

Якщо повернутися до тенденції розчарування та втрати ілюзій, то конфлікти і кризи, які множаться у світі, підривають віру в те, що право може боротися навіть з видимою, глибокою несправедливістю.

Розчарування стосується, приміром, ілюзії впливовості міжнародної спільноти. Воно також стосується ілюзії міжнародного правопорядку, що виглядає все більш несправжнім із кожним нападом усупереч мирним договорам, з кожним нехтуванням принципами права, з кожним гібридним конфліктом. У багатьох виникають питання: чому міжнародна спільнота висловлює «глибоку стурбованість», але не надає реальну допомогу тим, хто стримує агресора? Чому правові механізми не працюють? Чи вони коли-небудь були ефективними? Чи не приречені ми завжди готуватися до попередньої війни та вивчати причини катастрофи в курсі історії, якщо в нас узагалі буде якийсь курс історії?

Розчарування стосується і того, що, видається, більше не працюють навіть такі фундаментальні речі, як права людини. І це розчарування поглиблюється тим різким контрастом, коли в одних суспільствах обговорюють тонкі нюанси балансування прав, особливості новітнього права бути забутим, а в інших – не можуть подолати базовий рівень потреб, досягти мінімального рівня дотримання прав, заборони катування та рабства.

Права людини опиняються під сумнівом сьогодні. Вони нібито володіють усіма характеристиками, щоб бути стрижнем у нашому мінливому світі. Це і моральна обґрунтованість, і зв'язок із відчуттям гідності й справедливості, внутрішня цілісність, і визнання, і втілення в регулятивних актах і юридичній практиці. Однак конструкція прав людини, цілком можливо, не є ані надто цільною та безспірною, ані ефективно працюючою.

Якщо уявити права людини як історичну пам'ятку, приміром, колону, на якій викарбувані важливі для людства написи, то здалеку це надбання людської культури виглядає монолітним. Зблизу видно, що деякі цеглини розсипаються, деякі ледве

⁶ Б'ярн Мелкевік та Асб'ярн Мелкевік, "Чому індивідуальна свобода та автономія права існують і зникають разом," *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2016): 155–56, <https://doi.org/10.21564/227-7153.2016.1-2.182609>.

тримаються, деякі заважають одна одній. І якщо ми продовжимо метафору, то ми можемо собі уявити людей, які читають на цих цеглинах написи. Хтось може чи хоче побачити їх лише з одного боку. Хтось обходить усю колону, вивчає або ретельно переписує собі всі написи. Хтось охоплює поглядом здалеку, як конструктор, ідеал, архітектурно-культурний об'єкт.

Сьогодні тривають численні дискусії щодо необхідності розширення концепції прав людини: включення нових прав і збільшення обсягу визнаних, поширення зобов'язань на компанії та організації, зсуву в бік горизонтального виміру прав⁷ тощо. З іншого боку дебатів висловлюються побоювання, що все це надто «розмиває концепцію прав людини»,⁸ надає їй неправдивого змісту та в кінцевому підсумку робить непрацюючою.

Однак ті люди, які не отримали захисту, що його обіцяють права, можуть спитати: чи ця концепція була колись правдива? Чи ці права були колись «справжніми», а не «теоретичними та ілюзорними», як того вимагає відома судова формула? Імовірно, ці люди відчувають розчарування та порожнечу там, де мали б бути права людини. І ця порожнеча має заповнюватися чимось іншим. Що це буде – морально-етичні норми? Релігійні настанови? Договори всередині спільноти?

Не можна сказати, що всі наші правові інструменти сьогодні даремні. Так само, як і не можна сказати, що спроби адаптувати їх до потреб цифрової епохи марні. Прикладом, на рівні нормативного регулювання такими є низка документів починаючи від Конвенції про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних від 28 січня 1981 р., яка пропонувала одну з перших спроб збалансувати «основоположні цінності поваги до особистого життя та безперешкодного обміну інформацією між народами»⁹ з огляду на цифрову форму такої інформації та транскордонні обміни, і завершуючи Регламентом Європейського Парламенту і Ради (ЄС) 2016/679 від 27 квітня 2016 р. про захист фізичних осіб у зв'язку з опрацюванням персональних даних і про вільний рух таких даних та про скасування Директиви 95/46/ЄС, яким, зокрема, прописані положення щодо змісту й обсягу права на захист персональних даних, права не бути підданими автоматизованому прийняттю індивідуальних рішень, включно з профілюванням, право на заперечення проти обробки даних, право бути забутих¹⁰ тощо. На рівні юридичної практики можна згадати хоча б вражаюче рішення

⁷ Див. більше: Yulia Razmetaeva, “The Right to Be Forgotten in the European Perspective,” *Baltic Journal of European Studies* 10, no. 1 (2020): 61–62, <https://doi.org/10.1515/bjes-2020-0004>.

⁸ Див. більше: Hurst Hannum, “Reinvigorating Human Rights for the Twenty-First Century,” *Human Rights Law Review* 16, no. 3 (2016): 409–51, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngw015>.

⁹ Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (ETS No. 108, 28.01.1981). Council of Europe Convention 108 on data protection.

¹⁰ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (OJL 119, 4.5.2016, pp. 1–88).

Суду Європейського Союзу у справі «Уповноважений з питань захисту даних проти “Фейсбук Ірландія” та Максимілана Шремса», яким нещодавно було фактично змінено систему передавання даних громадян Європейського Союзу та підтверджено, що захист деяких прав людини вимагає адекватного рівня захисту даних.¹¹ Але те, що робить значну частину правових інструментів такими, що критично відстають від потреб суспільного розвитку та, можливо, нині лише маскують порожнечу, – це надзвичайно варіативні ризики та приховані загрози, пов’язані насамперед саме із цифровою складовою нашого приватного й публічного життя.

III. Полюс спрощення

Якщо поглянути на тенденцію занурення до штучних, ілюзорних світів, що забезпечується насамперед зростанням онлайн-складової життя та повсюдним використанням цифрових технологій, негативними наслідками цього будуть передусім *спрощення, поляризація та радикалізація*.

Помилково безпечні ілюзорні світи й цифрова ідентичність стали невинувато сильно впливати на нас як у приватному, так і в публічному житті.

Такий вплив може бути цілеспрямованим, як, приміром, той, що чиниться внаслідок діяльності авторитарних і напівавторитарних урядів. Цифрові технології, як справедливо зазначив Ларрі Даймонд, дозволяють висловлювати свою думку, мобілізувати протести і розширити горизонти свободи, проте самодержавні уряди також вчать їх освоювати.¹² Оптимістичні думки щодо позитивного впливу цифрових інструментів переоцінили роль доступу до альтернативних і незалежних джерел інформації, тому нині пропонується приділяти більше уваги засобам подолання труднощів онлайн-організації перед обличчям авторитарних урядів в умовах все більш цифрового геополітичного середовища.¹³

Вплив може бути також непрямим. Багаторазово розглянута справа «Кембридж Аналітика» – тільки один яскравий приклад впливу мимовіль, який призвів до несподіваних для багатьох результатів виборів і певною мірою поставив під удар цінності демократії. Зрештою, непрямий і непомітний вплив ставить під сумнів самі демократичні процедури як найкращі й легітимні.

Спрощення сприйняття, поляризація думок, радикалізація поглядів і дій можуть бути, таким чином, як прямою метою діяльності багатьох агентів впливу сьогодні, так і побічним ефектом.

¹¹ Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland and Maximillian Schrems, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 16 July 2020. Case C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559.

¹² Larry Diamond, “Liberation Technology,” *Journal of Democracy* 21, no. 3 (2010): 69–83, <https://doi.org/10.1353/jod.0.0190>.

¹³ Bruce Etling, Robert Faris, and John Palfrey, “Political Change in the Digital Age: The Fragility and Promise of Online Organizing,” *SAIS Review of International Affairs* 30, no. 2 (2010): 37–49.

Розчарування та втрата ілюзій, занурення у штучні світи, нападки на автономію, суперечливі очікування, прямий і непрямий вплив, що призводять до спрощення, поляризації та радикалізації, – *усе це може впливати на наші уявлення про право та його здатність вирішувати конфлікти й надавати захист.*

У той же час свої уявлення про право, ілюзії та очікування ми несемо в простори, слабо охоплені правом. Передусім це стосується цифрового простору.

IV. Трансформація очікувань у цифрову епоху

Звідки беруться наші суперечливі (і навряд чи виправдані) очікування щодо приватності? Звідки виникає переконання, що скарга на мову ненависті онлайн має бути задоволена, а юридичні наслідки віртуальних угод мають бути цілком реальними? Це не дивно для світу, у якому особа довше користується зареєстрованим акаунтом у соціальній мережі, ніж перебуває в зареєстрованому шлюбі, однак може викликати різні наслідки для права.

Чи є такі очікування небезпідставними? Чи можуть вони визнаватися легітимними? Якщо звернутися до теорії, можна побачити, що такі очікування розглядаються як елемент правової визначеності й одночасно як «об'єкт правового захисту».¹⁴ Розглядаючи формальні і матеріальні підстави як передумови виникнення легітимних очікувань, Сергій Рабінович зазначає, що до формальних «належить дія юридичних актів, адресатом яких виступає відповідна приватна особа», а до матеріальних – «існування конкретних благ й прагнення особи до користування ними, яке одержує статус правомірного».¹⁵ Отже, правомірне й широко розповсюджене використання цифрових технологій, як і вкорінені звички багатьох осіб до цього, цілком можуть призвести до зростання обґрунтованості очікувань.

Чому такі очікування, тим не менш, суперечливі та примарні? Тому, що цьому сприяють як сама природа цифрового середовища, так і зміни в моделях людської поведінки за часів взаємопроникнення онлайн та офлайн складової життя, і свідомі та напівсвідомі впливи бенефіціарів цифрових технологій на суспільні відносини і на цю поведінку. У цифровому середовищі ми часто перебуваємо в ілюзії інформаційної наповненості й причетності до всіх подій як навколо, так за сотні кілометрів від нас. В ілюзії онлайн-дружби та простору однодумців у нашому куточку мережі. В ілюзії того, що блоги та сайти належать нам, навіть якщо вони розташовані на безкоштовних майданчиках. Ми впевнені, що маємо право користуватися цими майданчиками, не потерпаючи від нав'язливої реклами та зберігаючи бажану конфіденційність.

¹⁴ Олена Беянович, «Поняття легітимних очікувань та проблеми його застосування судами України», *Приватне право і підприємництво* 16 (2016): 41.

¹⁵ Сергій Рабінович, «Конституційні принципи правової певності і захисту легітимних очікувань у діяльності публічної влади», *Вісник Львівського університету. Серія юридична* 60 (2014): 175.

Паралельно виникає феномен помилкової відкритості, коли нам хочеться розкрити про себе трохи більше. Нам здається, що з іншого боку екрана наших девайсів знаходяться близькі люди чи дружнє співтовариство. Це ілюзорний затишок і одночасно хибне уявлення того, що важелі управління перебувають у наших руках. У свою чергу, соціальні мережі додатково стимулюють розкривати про себе ще більше – нагородами-лайками, частими пропозиціями поділитися своїми думками і станами, запевненнями, що все слугуватиме кращій відповідності нашим уподобанням.

Відчуття, що цифровий простір – це якийсь особливий, вільний і саморегульований простір, з одного боку, і можливість керувати нашими девайсами, програмами й даними, з іншого, дарують ілюзію контролю за тим, що відбувається.

Яке право заповнює цей простір? Де його місце в цьому просторі? Чи не будуть правові норми та принципи уступати таким формам регулювання відносин учасників цифрової взаємодії, як правила онлайн-спільнот, корпоративні політики, угоди про приєднання тощо? Імовірно, частина цих питань залишиться без відповіді. Принаймні доти, допоки ми не розберемося із ціннісною структурою цифрової епохи, з її, так би мовити, дизайном.

Висновки

У цифрову епоху автономія потерпає від тонкого впливу та грубих маніпуляцій. І ступінь свободи, яку ми маємо сьогодні, може бути складно визначити, або ж ми будемо мати хибне уявлення про те, наскільки ми вільні у своїх діях, думках і виборі.

До того ж деякі правові запобіжники не спрацьовують навіть там, де раніше були дієвими. Тим більше, що ми ніколи не знаємо, який відкладений або непрямий негативний ефект матимуть багато дій у цифровому просторі або ті, що опосередковані цифровими інструментами. Складно передбачити, наскільки майже невидима радикалізація здатна підточувати демократію. Важко визначити, як саме великі дані впливають на вразливі групи. Нелегко навіть уявити, якими шляхами алгоритмічні рішення можуть підсилювати нерівність. Тому ми одночасно відчуваємо, що повинні діяти негайно, і бачимо, що потенційна правова відповідь поступово втрачає значення.

Якщо доповнити це постійним стресом і великим інформаційним навантаженням, тим, що хоча все важче приховати щось, але так само важко визначити, яким відомостям слід довіряти, то ми прийдемо до стану невизначеності. У цьому стані людина хоче триматися за щось, що здається їй справжнім. Велике когнітивне навантаження та велике ціннісне розчарування призводять до того, що ми не в змозі дати виважену оцінку значущим подіям і водночас бажаємо мати надійну опору. Це підточує нашу здатність до вільних суджень і вільного вибору та підсилює зневіру у право, у тому числі такі ключові його опори, як права людини, верховенство права та справедливість.

Чи будемо ми все рідше звертатися до права, все далі занурюючись до цифрового середовища? Чи збережемо ми простір свободи, необхідний не просто для виживання, а для утвердження людської гідності та саморозвитку? Це питання, на які лише належить знайти (або не знайти) відповіді.

© Ю. Разметаєва, 2020

Bibliography

- Belianevych, Olena. "The Concept of Legitimate Expectations and the Problems of Its Application by the Ukrainian Courts." *Pryvatne pravo i pidpryyemnytstvo* 16 (2016): 41–45 (in Ukrainian).
- Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108, 28.01.1981). Council of Europe Convention 108 on data protection.
- Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland and Maximilian Schrems, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 16 July 2020. Case C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559.
- Diamond, Larry. "Liberation Technology." *Journal of Democracy* 21, no. 3 (2010): 69–83. <https://doi.org/10.1353/jod.0.0190>.
- Etling, Bruce, Robert Faris, and John Palfrey. "Political Change in the Digital Age: The Fragility and Promise of Online Organizing." *SAIS Review of International Affairs* 30, no. 2 (2010): 37–49.
- Frantsuz-Yakovets, Tetyana, and Yuriy Shelyazhenko. "Theoretical and Legal Significance of the Personal Autonomy of the Subject of Law." *Prykarpats'kyi yurydychnyy visnyk* 3 (12) (2016): 31–35 (in Ukrainian).
- Hannum, Hurst. "Reinvigorating Human Rights for the Twenty-First Century." *Human Rights Law Review* 16, no. 3 (2016): 409–51. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngw015>.
- Mele, Alfred. *Autonomous Persons: From Self-Control to Autonomy*. New York: Oxford University Press, 1995.
- Melkevik, Bjarne, and Åsbjørn Melkevik. "Why Individual Freedom and the Autonomy of Law Stand or Fall Together." *Filosofiya prava i zahal'na teoriya prava* 1–2 (2016): 155–61. <https://doi.org/10.21564/227-7153.2016.1-2.182609> (in Ukrainian).
- Rabinovych, Sergiy. "Constitutional Principles of Legal Certainty and Protection of Legitimate Expectations in the Activity of Public Authorities." *Visnyk Lvivskoho universytetu. Seriya yurydychna* 60 (2014): 168–77 (in Ukrainian).
- Razmetaeva, Yulia. "The Right to Be Forgotten in the European Perspective." *Baltic Journal of European Studies* 10, no. 1 (2020): 58–76. <https://doi.org/10.1515/bjes-2020-0004>.
- Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (OJL 119, 4.5.2016, pp. 1–88).
- Savage, Christopher W. "Managing the Ambient Trust Commons: The Economics of Online Consumer Information Privacy." *Stanford Technology Law Review* 22, no. 1 (2019): 95–162.
- Susser, Daniel, Beate Roessler, and Helen Nissenbaum. "Technology, Autonomy, and Manipulation." *Internet Policy Review* 8, no. 2 (2019). <https://doi.org/10.14763/2019.2.1410>.

Zuboff, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. New York: Public Affairs, 2019.

Юлія Разметаєва. Автономія, (не)права людини, ілюзії та очікування у цифрову епоху

Анотація. Стаття розглядає питання автономії, спрощення та поляризації, ілюзій і очікувань у цифрову епоху. Аналіз здійснюється, зважаючи на дві тенденції: (1) розчарування і втрати ілюзій щодо таких фундаментальних цінностей, як права людини, справедливість і верховенство права; (2) занурення до штучних, ілюзорних світів, які створюють хибне сприйняття дійсності у приватній і публічній сферах життя (це особливо проявляється у цифровому просторі). У статті висвітлюється, як обидві тенденції пов'язані з проявами глибокої несправедливості та явного «неправа», а також із майже невидимими нападами на справедливість і зникненням права.

Встановлюється, що невизначеність і непрогнозованість наслідків багатьох дій у цифровому просторі, а також застосування цифрових інструментів являють собою радше тонкі напади на автономію та справедливість. У той же час автономія опиняється під загрозою і внаслідок прямого та непрямого впливу різних акторів, який призводить до спрощення сприйняття, поляризації думок, радикалізації поглядів і дій індивідів та груп.

Ступінь свободи, яку особи мають сьогодні, може бути складно визначити, або вони будуть мати хибне уявлення про те, наскільки вільні у своїх діях, думках і виборі. Помилково безпечні ілюзорні світи, цифрова ідентичність, інформаційна асиметрія, істотний дисбаланс між інтересами основних бенефіціарів цифрових технологій та їх споживачів – усе це підточує людську здатність до вільних суджень і вільного вибору та підсилює зневіру у право, у тому числі ключові його опори, перш за все права людини.

Ключові слова: автономія; ілюзії; очікування; права людини; цифрова епоха.

Юлія Разметаєва. Автономия, (не)права человека, иллюзии и ожидания в цифровую эпоху

Аннотация. Статья рассматривает вопросы автономии, упрощения и поляризации, иллюзий и ожиданий в цифровую эпоху. Анализ осуществляется, исходя из двух тенденций: (1) разочарования и потери иллюзий относительно таких фундаментальных ценностей, как права человека, справедливость и верховенство права; (2) погружения в искусственные, иллюзорные миры, которые создают ложное восприятие действительности в частной и публичной сферах жизни (это особенно проявляется в цифровом пространстве). В статье освещается, как обе тенденции связаны с проявлениями глубокой несправедливости и явного «неправа», а также с почти невидимыми нападениями на справедливость и исчезновением права.

Устанавливается, что неопределенность и непрогнозируемость последствий многих действий в цифровом пространстве, а также применение цифровых инструментов представляют собой скорее тонкие нападки на автономию и справедливость. В то же время автономия оказывается под угрозой и в результате прямого и косвенного воздействия различных акторов, которое приводит к упрощению восприятия, поляризации мнений, радикализации взглядов и действий индивидов и групп.

Степень свободы, которую индивиды имеют сегодня, может быть сложно определить, или они будут иметь ложное представление о том, насколько свободны в своих действиях, мыслях и выборе. Ошибочно безопасные иллюзорные миры, цифровая идентичность, информационная асимметрия, существенный дисбаланс между интересами основных бенефициаров цифровых

технологий и их потребителей – все это подтачивает человеческую способность к свободным суждениям и свободному выбору, одновременно усиливая неверие в право, в том числе ключевые его опоры, прежде всего права человека.

Ключевые слова: автономия; иллюзии; ожидания; права человека; цифровая эпоха.

Yulia Razmetaeva. Autonomy, (No)human Rights, Illusions, and Expectations in the Digital Age

Abstract. The article focuses on issues of autonomy, simplification and polarization, illusions and expectations in the digital age. The analysis is based on two trends: (1) frustration and loss of illusions about fundamental values such as human rights, justice and the rule of law; (2) immersion in artificial, illusory worlds that create a misperception of reality in private and public spheres of life (this is especially evident in the digital space). The article highlights how both trends are associated with deep injustice and blatant “non-law”, as well as almost invisible attacks on justice and the disappearance of law.

It is established that the uncertainty and unpredictability of the consequences of many actions in the digital environment, as well as the use of digital tools are rather subtle attacks on autonomy and justice. At the same time, autonomy is threatened by direct and indirect influence of various actors, which leads to simplification of perception, polarization of thoughts, radicalization of views and actions of individuals and groups.

The degree of freedom that individuals have today could be difficult to determine or they would have a misconception about how free they are in their actions, thoughts, and choices. Falsely secure illusory worlds, digital identity, information asymmetry, significant imbalance between the interests of the main beneficiaries of digital technologies and their consumers – all this undermines the human capacity for free judgment and free choice and strengthens disbelief in law, including its key elements, especially, human rights.

Keywords: autonomy; illusions; expectations; digital age; human rights.

Одержано/Received 27.10.2020

LEIBNIZ AND THE LABYRINTH OF DETERMINISM

Introduction

Leibniz déconcerte par l'étendue de son savoir. Il faudrait tout connaître pour le lire: théologie, métaphysique, logique, mathématique, physique, chimie, paléontologie, biologie, histoire religieuse, civile, politique, jurisprudence, linguistique, etc... Nulle science ne lui est étrangère.¹

Gottfried Wilhelm Leibniz, the savant, the polymath, may have been the last great philosopher of the 17th century. Harnessing an extremely conflicted time that has been rich in discoveries, such as troubled times often are – by the time he was born, the Thirty Years' War had not been over yet, the Germanic Roman Empire was only a set of discontinuous territories and principalities, and Catholicism counteracted the strong criticism suffered by the Protestant Reformation² – Leibniz has been greatly influenced by the development of science in the 17th century and strongly participated in all metaphysical discussions of his time. Hence, there are three consequences for his philosophy: a deep faith in human knowledge, a great concern with methodology and a greater freedom to question ecclesiastical dogmas.³

The relation of acceptance and disagreement with his predecessors is easily noticed in his work: while Leibniz may be said to be a Cartesian, since many of his concepts come from Descartes, it is also true that he criticizes him greatly, as he does to all modern thinkers.

* Rafael Tubone Magdaleno, Professor of Philosophy of Law, Faculdade Nove de Julho (São Paulo, Brazil). Рафаель Тубоне Магдалено, професор філософії права, Коледж Дев'ятого Липня (Сан-Паулу, Бразилія).

e-mail: rafaeltubone@gmail.com

¹ “Leibniz is disconcerting by the extent of his knowledge. You would have to know everything to read it: theology, metaphysics, logic, mathematics, physics, chemistry, paleontology, biology, religion, civil history, politics, jurisprudence, linguistics, etc... No science is foreign to him” (Yvon Belaval, *Leibniz: Initiation à sa philosophie* (Paris: Vrin, 1993), 7).

² Belaval, *Leibniz: Initiation à sa philosophie*.

³ Franklin Perkins, *Compreender Leibniz* (São Paulo: Vozes, 2009), 17.

There are also three main points to his disruption from the Cartesian tradition: first of all, regarding the definition of the clear and distinct truths, Leibniz will reject the validity of the simple criterion of proof, insofar as it is a subjective criterion. The scientific validity of a concept could not, according to him, be given only by the clarity of its meaning, for one can be perfectly aware of what one says and able to explain a concept, without it having any objective value. In addition, we may wonder about the difference between a proof and the illusion of one. Thus, whereas Descartes believes that a concept is valid upon its definition, i.e., as soon as its concept is explained and as soon as “I” understand what “I” say when using it, Leibniz deems the criterion of clarity insufficient and proposes to return to the logical criteria of truth set by scholasticism. A concept shall be valid when we can decompose it into characteristics, i.e., state its properties, and provided there are no contradictions between these characteristics and their sub-concepts.

The second disruptive point regards the relation between soul and body, which shall be better explained as follows: Leibniz opposes the idea of incommensurability to the Cartesian thesis of commensurability of soul-matter, i.e., that two substances without points in common cannot act on each other. His solution will be that of the preestablished *harmony*: all being previously governed according to a law of series allowing to generate several series, a series of events of the body would correspond to a series of events of the spirit. The preestablished harmony is conceived as exiting in the very interior of the body as an aggregate of substances governed by a central force.⁴

The third disruptive point regards the deep nature of the external reality: the true reality is force, not extension, while matter is a simple phenomenon. The space will no longer be, as in Descartes, a substance, but a relation between forces. Hence the thesis of the Leibnizian ontology: beyond the appearance that constitutes matter, there are thoroughly simple points of energy from which all reality is made. In his mature thought, Leibniz gives the name of “monads” to these points of energy, abolishing the intrinsic difference between matter and spirit: there is only a difference of intensity between the monads.⁵

However, the core of the aforementioned critiques is the fear some modern thinkers will undermine the fundamental truths of “natural theology”, i.e., the truths of religion that can only be discovered by reason, regardless of faith or divine revelation and its two main claims⁶: the existence of a good God and of a just afterlife. Leibniz’s work is a work

⁴ There are still two solutions to be proposed in the scope of modern thought to the problem of the relation between soul and body in Descartes: Malebranche’s and Spinoza’s solutions. The first one incarnates the theory of occasionalism: if there is no action of the soul upon the body nor of the body upon the soul, it is God who acts by doing things and by creating a sense of causal effects. The second one, Spinoza’s solution, consists in assuming that soul and body are two aspects of the same reality contained in a relation of expression: it is called Monism.

⁵ Jacques Riveyague, *Leçons de métaphysique allemande* (Paris: Bernard Grasset, 1990), 9.

⁶ *Ibid*, 18.

of harmony and moderation: it reconciles science and religion, ancient and modern, scholasticism and seventeenth-century philosophy.

An example of this risk of undermining fundamental truths of “natural theology” is in the work of Pierre Bayle, especially in his *Historical and Critical Dictionary*. Leibniz even writes in the preface to *Theodicy Essays*, published in 1710, that the production of a text discussing one of the labyrinths of human reason, “namely: the labyrinth of the free and the necessary, particularly regarding the production and origin of evil”⁷ was owed to the comments and conversations with people of the court about this book. This reaction was caused by the feeling that “Mr. Bayle ‘*fait entrer partout*’ the matter of use of philosophy in theology.”⁸ As a result, the theme of the relation between faith and reason will appear throughout Leibniz’ work: the author will try to demonstrate that, contrary to what Bayle says – making faith triumph over reason,⁹ – reason can, without addressing the details of natural phenomena, explain the positive truths by considering the convenience that justifies the choice of these laws and their suspension at the time of the miracle.¹⁰ Thus, our reason becomes capable of explaining the natural laws *a priori*, therefore philosophically, by weakening the miracle and strengthening the role of the revelation experience which confirms the truth of religion as a mystery to be rationally sustained. As reason now feels liberated to speak about the mysteries of religion, the philosopher frees himself from the bonds and now possess the right-duty to speak of the labyrinth of the free and the necessary.

The present article seeks to discuss this labyrinth exposed by Leibniz and how the solution he exposes allows us to think of a naturalistic and anti-voluntarist conception of law in opposition to the doctrines of modern Natural Law. The path, therefore, takes place in three stages: in the first, we discuss the labyrinth of Free and Necessary, in the second, the exit from the labyrinth, and finally Leibniz’s critique of modern Natural Law.

I. Leibniz in Context

Briefly, I intend to focus on how the complex Leibnizian discussion on freedom and determinism largely stems from the legal debates of its time and how the Leibnizian metaphysical discussion itself is riddled with legal terminology. For this, we need to situate Leibniz in the intellectual debates of the science of law of his time. The author does not consider the philosophy of law as a philosophical and autonomous subsystem. It seems, in reality, to provide the philosophy of law with the dignity of “first philosophy” when

⁷ Tessa Moura Lacerda, *A Política da Metafísica: Teoria e Prática em Leibniz* (São Paulo: Humanitas, 2005), 21.

⁸ Ibid.

⁹ According to Pierre Bayle, three qualities would ensure this triumph: the incomprehensible character of faith’s truths, the fact that these truths conflict with appearances and the impossibility of sustaining what we believe (Ibid, 23).

¹⁰ Ibid, 28.

working its metaphysics with legal concepts and reasoning. Above all, what he wants to do is answer: “What is the law?,” A typical formulation of a “*metaphysica Juris*”.

Leibniz writes in the context of what is called “Modern Natural Law”, whose main representatives can be said Grotius, Hobbes, and Pufendorf. A caveat must be made: the rationalizing impulse of the philosophy of law in the 17th and 18th centuries does not mean¹¹ a unity of thought among the authors mentioned. However, some fundamental traits can be found: human beings no longer have a supernatural purpose and can be found outside of history, therefore natural law and its rules must seek the satisfaction of individual ends within the world. Naturally, these rules are commanded by God and the object of a transcendent obligatory relationship.¹² The philosophy of modern natural law has two main characteristics. The authors of the period draw from Euclid’s geometry a model of deductive rationality, of a *more geometrico*, even though it appears mixed with arguments of authority and other elements of experience to define the legal rules. The second of the characteristics is the appearance and expansion of the notion of subjective right. If until then the law was seen as a relationship, a means of attributing to each one what is theirs (*jus suum cuique tribuendi*), the moderns come to understand the law as multivocal: *jus* can mean the law, it can mean a set of laws or the science of law or a moral faculty attributed to an individual or collective being.¹³ In most authors of the period, this subjective right is dependent on the natural law emanating from God.

What matters to us is that this distinction between a subjective right distinct and dependent on the natural law emanating from God produces a rupture with Aristotelian-Thomistic morality concerned with virtues and supra-mundane purposes. To act well and morally becomes to act according to a rule created by a superhuman legislator. In his works *Elementa jurisprudentiae universalis*, *De Jure naturae et gentium*, and in *De Officio humanis*, Pufendorf exemplifies this point of view. He says that the science of law must be built more geometrically from undoubted principles. However, these undoubted principles can only be formulated by analyzing human reality: there is a distinction between moral and natural beings. In Pufendorf, divine natural law imposes obligations on men who, using their faculties of understanding and will, can deduct a right from it and thus submit to it. There is, therefore, an explicit dualism between nature and freedom that is unacceptable to Leibniz and has worked on to resolve it.

Frontally, in *Monita* (1709), Leibniz responds to Pufendorf. Leibniz’s philosophical project is of a rationalist monism where there is an interdependence of all entities in the universe described by the philosopher and natural law, submitted to the orders of higher Reason, has a primordial place. Instead of considering, as in Pufendorf’s “modern

¹¹ As an example, we can quote Thomasius (apud SÈVE, 1989, 12): “The right of man (*jus hominis*) must be deduced in general from the will of a superior and ultimately from the will of God.”

¹² Rene Sève, *Leibniz et l’École moderne du droit naturel* (Paris: PUF, 1989).

¹³ *Ibid*, 11.

natural law,” that legal obligations occur vertically between the subjects and the Law (or the divine legislator), Leibniz refuses this notion, returning to the classic legal definition of the obligation as a binding necessary interhuman. The Leibnizian moral world is not a world of relations between hierarchically situated wills, but a horizontal gathering of spirits situated in the “universal divine monarchy” who tend towards God. Solving the problem of the labyrinth of freedom and necessity is essential to understand how one can be free in this Leibnizian moral world and, ultimately, how legal obligations can be established.

II. The Labyrinth of Free and Necessary

Cependant, comme un géomètre n'a pas besoin de s'embarrasser l'esprit du fameux labyrinthe de la composition du continu, et qu'aucun philosophe moral et encore moins un jurisconsulte ou politique n'a point besoin de se mettre en peine des grandes difficultés qui se trouvent dans la conciliation du libre arbitre et de la Providence de Dieu...¹⁴

The famous problem of the Labyrinth of the free and the necessary is announced from Leibniz' first systematic text, *Discours de Métaphysique* (1786). A comment to be made before we address the themes of the Leibnizian systems regards the change of rhythm and composition of the author's texts in the course of his bibliographic production: the first texts of the philosopher were constructed under a binary rhythm of descent (from God to the world) and ascent (from the world to God), which made way, afterwards, for a progressive construction from the simple (substance) to the complex (God) in his texts from 1714.¹⁵ One possible explanation for this is the gradual independence from the tradition acquired by the author, being able to freely express his thought in a more liberated way.

In the context of paragraph X of this work – situated in between two important aspects of the problem of substance: paragraph VIII, where the logical unity, or subject, is determined; and paragraph XVIII, where it is considered as force, – Leibniz unites the problem of need and contingency to the one of the continuum. These two are the famous labyrinths continuously united by Leibniz, although the second one is a concern for the whole human race, whereas the first one is a concern for philosophers only. The approximation of the two problems, which are different and extremely complex, happens

¹⁴ “However, as a geometer does not need to bother with the mind of the famous labyrinth of the composition of the continuous, and no moral philosopher, and still less a jurisconsult or politician, does not need to worry about great difficulties in reconciling free will and the Providence of God” (Leibniz, *Discours de Métaphysique*, § 10).

¹⁵ Lacerda, *A Política da Metafísica*, 14.

for a reason: both give rise to the idea of infinity. Since the first one is a concern for the whole human race, it shall be tackled here.¹⁶

The second labyrinth regards the antinomy of divine predestination and human freedom.¹⁷ Classically, as regards the freedom of the will, philosophers had until then been divided into two main alternatives: some defended determinism, tending to identify freedom with willingness. Any action would be free, provided it was not the result of coercion. All voluntary actions are univocally determined, although free. Freedom and need would coincide. Others (the followers of indeterminism), however, believed that not every voluntary action is free, but only those arising from free choice. One is not free when one is unequivocally determined to want something, but only when the choice could have been different. Freedom, in this case, would only be present in a subset of voluntary acts. Reasoning within the indeterminist logic, Descartes distinguished actions whose choice could have been different from univocally determined actions. Nevertheless, he states the will is free in both cases, or rather that, in the case of voluntary but necessary assent, the will is freer. Descartes states that man enjoys the freedom of indifference, i.e., the freedom of error, but identifies the essence of freedom in the necessity of assenting to the truth, in order to defend the moral value of this assent, and to assure not only willingness, but also freedom itself.

Leibniz enters this debate in a very explicit and specific manner, particularly in *Discours*: in this work, Leibniz was concerned with the *ontological statute* of substances¹⁸ that consti-

¹⁶ However, let us say some words about the first one: it concerns the antinomy of the discontinuous and the continuous, a classic one since Zeno of Elea. Throughout his life, Zeno has sought to demonstrate that the motion existent in the sensitive world is unintelligible and, since it is unintelligible, it does not exist. For, if the examination of motion leads us to the conclusion that it is unthinkable, and that we come to insoluble contradictions when we think about motion, the conclusion is obvious: motion does not exist, it is only an illusion. Isn't motion, after all, the displacement of a point in space that goes from a place to another? Space is infinitely divisible. A piece of space, no matter how small, either is or is not. If it is space, it is extensive. If it is extensive, it is divisible. Therefore, space is divisible into an infinite number of points. Thus, since motion consists of the transit from one point in space to another, and since there are infinite points between two points in space, the consequence is that this transit can only take place in an infinite amount of time, and therefore is unintelligible. This is Zeno's argument aimed at thinking that motion, conceived around the principle of identity, is unintelligible.

¹⁷ Lacerda, *A Política da Metafísica*.

¹⁸ Let us see, for instance, how it becomes clear in paragraphs 8 and 13 of this work. While the first seven chapters defined who God is and how he acts, going from the general to the particular, in the eighth chapter, a distinction between the actions of creatures and creator starts to be made. Therefore, it is necessary to know what the creature is in order to know in what sense it acts or stops acting. The theme of paragraph is action: metaphysics concerns the beings who act and examines them in relation to this action. From this, it "builds" the logical notion of substance as the unity of multiplicity. It is based initially on the tradition, and the logical subject is the one who receives attributes without being able to be an attribute; it would be the true being (according to Burgelin, it is maybe an attempt to make reference to Arnauld). The religious setting of *Discours* leads us to emphasize the substance not as a center of force, but as soul and even spirit. He himself invokes Alexander's example. At the same time,

tute the universe. Leibniz believed that the aforementioned Spinozan and Malebranchist routes could be avoided if the individual notion of each creature contained, once and for all, everything to happen to them, and developed over time through an own spontaneity. According to the philosopher, “his theory of individual substance assured a role for creatures in the causality of the world without limiting God’s action to the conservation of the same amount of motion in the universe”; however, “by assuring the existence of individual substances distinct from God and capable of their own action, Leibniz had threatened not only man’s freedom, having also limited God’s freedom in the creation of the world.”¹⁹ That is why there is nothing odd about the reaction of Arnauld, who reacted by stating, in a letter dated April 12, 1686: “hence the consequence that everything that happens to a person, and even to all mankind, must happen by virtue of a more than fatal need.”²⁰ For this reason, it will be up to Leibniz to show that the definition of a creature by a complete notion does not endanger neither man’s morality, nor divine freedom. In order to respond to Arnauld and to give a satisfactory solution to the question of the labyrinth of the free and the necessary, it will be necessary to demonstrate that the complete notions do not transform the contingent into necessary, and that it is only through this theory of individual substance, as he conceives it, that it is possible to explain and ensure human freedom.

the author is concerned with the idea that God may have of each being he will create. God wants the individuals. Secondly, he wants the genus and the species. The distinction between necessary and contingent truths follows from that. He wants to show, against Malebranche, that beings are intelligible in themselves: In the first place, let us call “substance” a subject of many attributes. It is the unity of this multiplicity. Here, the substance is foremost manifold in its attributes, which have no other access to the being except in its connection with a unifying principle. The substance requires a real unity. The author adds, in this paragraph, that the predication is only true if founded on reason. The nature of things can only designate the logical nature of things. It is in the very analysis of the terms that we must find the foundation: the subject must manifest itself as the sufficient reason of every attribution, and it is this passage to sufficient reason that introduces us to metaphysics. Every simple substance must be the true immediate cause of all his inner actions and passions. Then, in the same § 8, the problem of the free and the necessary is introduced by means of Alexander’s example. For the author, there are two notions of necessity: a metaphysical one, which solely depends on the principle of contradiction; and a physical one, if we proceed to the individual and the real, which supposes the free decrees of God, which are the main sources of existence or facts. Paragraph 13 reproduces and explains the consequences and difficulties of the question as to which substance contains everything that can happen to it. The notions of existent things are treated as those essential ones, whose attributes do not allow for a deduction from the definition. Arnauld would react to this notion by stating, in a letter dated April 12, 1686: “Hence the consequence that everything that happens to a person, and even to all mankind, must happen by virtue of a more than fatal need.” This paragraph, according to Burgelin, will try to answer this objection by Arnauld. For all comments on the paragraphs contained in this note, see Pierre Burgelin, *Commentaire du Discours de Métaphysique de Leibniz* (Paris: PUF, 1959), 138.

¹⁹ Lacerda, *A Política da Metafísica*, 31.

²⁰ Arnauld apud Burgelin (Burgelin, *Commentaire du Discours de Métaphysique*, 177), our translation.

III. The Exit from the Labyrinth: Brief Notes

The solution brought by Leibniz is extremely complex. It is impossible to demonstrate how all concepts are articulated in a brief work like this one. For that reason, we will briefly address the solution brought by him.

First of all, it is important to bear in mind that Leibniz's philosophy has two essential principles, which would be essential to all human knowledge, since they would be implicated in the very definitions of truth and falsehood: the principle of contradiction, i.e., the one that established that a proposition may not be true and false at the same time; and the principle of sufficient reason, the one by virtue of which we consider that we cannot find any true or existent fact, or any true statement, without there being a reason why it is this way instead of another way, i.e., every effect must have a sufficient cause to explain it.²¹

From these two truths, some consequences follow. The supposed sufficient reason for the existence of anything specific in the world would involve the whole world. In Leibniz, this reflects the fact that all things are interconnected. Thus, the fact that the whole universe is implied in the existence of every individual substance means that God's choice to create it instead of any other substance is a choice to create this world as a whole. Thus, as we have already said, because the complete notion of an individual substance contains the whole infinitely in a relation of expression, only God could know this notion perfectly.

Before we go on with this explanation, it is important to say that Leibniz develops a distinction between kinds of truth: The necessary truths and contingent truths. The necessary ones would be those whose opposites are impossible. The contingent ones, in turn, are the ones about which it is equivalent to say that their existence or nonexistence are both possible, depending, in this case, on an act of divine will.²² In *Monadology*, in § 32 et seq., Leibniz will address this question. Because it is a systematic exposition of his thinking, we will now attempt to interpret these paragraphs. After differentiating the three types of monads, whose general characteristic is to have appetite and perception, and reintroducing the finality thanks to the notion of laws of series, since a finite formula comprises or programs an infinite series, he will defend the thesis that the principles of contradiction and sufficient reason apply to both types of truth, but in reverse order. Whereas one can always decompose truths of reason into mathematical truths and find their sufficient reason, this is more difficult to do with truths of fact, "but the sufficient reason must also exist in the contingent truths or truths of fact", i.e., "in the sequence of things dispersed by the universe of Creatures," for otherwise we would fall into the labyrinth of

²¹ For a brief discussion on the relation between the two principles, see: Lacerda, *A Política da Metafísica*, 53–64.

²² Which is not what we usually call perception, but rather a simple presence of different states within the unit of a monad (Perkins, *Compreender Leibniz*, 27).

the continuum, where each event is the sum of other events, and so on infinitely. Given the difficulties of applying the principle of sufficient reason to truths of fact, paragraph 37 brings the idea that the real sufficient reason should be sought outside the series, with respect to contingent truths: which leads directly to the issue of God.

Therefore, Leibniz will prove God as the sufficient reason for the contingent.²³ The divine attributes correspond to the three aspects of the monad: Will corresponds to appetite, knowledge corresponds to perception and the power of God corresponds to the substance, to the base of the monad, to the substrate that constitutes the aforementioned unity of the perceptions. God would not arbitrarily create the eternal truths, but the logical truths would necessarily result from his understanding and, as the source of contingent truths, God acts by his will to put them into existence. God, however, chooses according to the principle of the best: the possible chosen ones are necessary, but only by virtue of a principle of convenience, i.e., not absolutely necessary. It is a moral necessity. Hence, the famous – discussed and criticized – Leibnizian thesis of the *best of all possible worlds*.

There is still a last element to cover in order to determine the terms of solution of the labyrinth of the free and the necessary in Leibniz: the thesis of preestablished Harmony, presented in *Monadology's* § 56–61. The harmony or accommodation of all things to one another is presented in terms of reciprocal symbolization: each part symbolizes with the whole; each part only exists in function of the whole and in order that the totality is as good as possible. Since each monad expresses its relation to the whole, the universe is the totality of these perspectives, and therefore God is considered the monad of the monads, i.e., the sum of all possible perspectives.

Once such matters are established, we can finally say that “for an action to be deemed free, there must be no metaphysical necessity of action, i.e., that a different action is logically possible or non-contradictory and that, therefore, the agent chooses one among many possible parties.”²⁴

The contingent is not opposed to the determinate, but to the absolutely necessary. Thus, it may be said that voluntary actions are doubly determined: by God’s foreknowledge or providence and by the soul’s inclinations. Thus, the labyrinth is solved by the realization of the falsehood of the idea of freedom as complete indifference, as if no determination were to act upon it. “Freedom of action exists within the domain of the morally necessary. God always acts freely; we may or may not act freely. What makes the difference is the extent and the clarity of our awareness of the good that drives us to act.”²⁵ A will not moved in consideration of the good would be a will chosen at random, or in an arbitrary and inexplicable way.

²³ This in *Theodicy*, 127. In *Monadology*, two proofs a priori would be inserted in §43–44 and 45. We will not comment on these proofs here, since this is not the main objective of this work.

²⁴ Lacerda, *A Política da Metafísica*, 127.

²⁵ Jerome Schneewind, *A Invenção da Autonomia* (São Leopoldo: Unisinos, 2005), 277.

Conclusion

The labyrinth is solved with the realization that freedom, after all, is a matter of degree. The more clear and distinct are the perceptions moving the individual substances towards good, the more they are spontaneous, active and free.²⁶ Therefore, let us follow *Monadology's* §79, which reads: "Souls act according to the laws of final causes, by means of appetites, means and ends. Bodies act according to the laws of efficient causes or of motion. And both realms, that of efficient causes and that of final causes, are harmonious with each other." This is equivalent to saying that the soul seems to act in function of final causes, by will, whereas the body seems to act in function of efficient causes, by determinism. Here, it seems, is the problem of Kant's third antinomy: faced with the same phenomenon, how to think it, in turn, in terms of freedom and mechanical philosophy?

In the perspective of a theory of preestablished harmony, the mystery is dissipated, although Leibniz does not really provide the solution for the problem. The solution must be found in the preestablished harmony: between the two realms, there is no opposition, but continuity, i.e., the soul has the impression that the body acts by mechanical causes, by determined causality, but, in fact, on the plan of the in-itself, the body, which is formed by monads (therefore, by souls), acts in the same way as God, each one of its elements being a force tending to develop itself, i.e., acting by purpose. Hence, as stated by Lacerda,²⁷ because man finds within himself the principle of his action and because man is rational, he does not need any external principle to impose upon him a need to act or to dictate a different purpose from the good he seeks spontaneously. Here is the solution for the labyrinth point to the Leibnizian purpose of a finished science of natural law.

© R. T. Magdaleno, 2020

Bibliography

- Belaval, Yvon. *Leibniz: Initiation à sa philosophie*. Paris: Vrin, 1993.
- Burgelin, Pierre. *Commentaire du Discours de Métaphysique de Leibniz*. Paris: PUF, 1959.
- Lacerda, Tessa Moura. *A Política da Metafísica: Teoria e Prática em Leibniz*. São Paulo: Humanitas, 2005.
- Leibniz, Gottfried. *Monadologia e outros textos*. São Paulo: Hedra, 2009.
- Perkins, Franklin. *Compreender Leibniz*. São Paulo: Vozes, 2009.
- Riveyague, Jacques. *Leçons de métaphysique allemande*. Paris: Bernard Grasset, 1990.
- Schneewind, Jerome. *A Invenção da Autonomia*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- Sève, Rene. *Leibniz et l'École moderne du droit naturel*. Paris: PUF, 1989.

Рафаель Тубоне Магдалено. Лейбніц і лабіринт детермінізму

Анотація. У статті розглядається проблема детермінізму у Готфріда Вільгельма Лейбніца. Зокрема, йдеться про проблему лабіринту свободи та необхідності, викладену Лейбніцем

²⁶ Schneewind, *A Invenção da Autonomia*, 276.

²⁷ Lacerda, *A Política da Metafísica*, 165.

у працях «Discours de Métaphysique» та «Monadologie». Стаття має на меті розглянути цей лабіринт, викритий Лейбніцем, і значення запропонованого ним рішення. Останнє, на думку автора, дозволяє увявити натуралістичну й антиволунтаристську концепцію права на противагу доктринам сучасного природного права.

Дослідження здійснюється в декілька етапів. Спершу автор демонструє, як метафізичні проблеми, які розглядає Лейбніц, пов'язані з правовими дискусіями того часу та відповідною правовою термінологією, і таким чином розглядає проблему в широкому історико-філософському та філософсько-правовому контексті. Далі послідовно розглядаються: лабіринт свободи та необхідності, запропонований Лейбніцем вихід із цього лабіринту та критика Лейбніцем модерних концепцій природного права.

Автор намагається довести, що запропонований Лейбніцем вихід із лабіринту свободи та необхідності за допомогою теорії встановленої наперед гармонії дозволяє звільнити політичну й моральну практику, пов'язану з можливістю людей розмірковувати про проблему справедливості, тобто про ключову проблему правової науки.

Ключові слова: Лейбніц; детермінізм; право; мораль; етика; філософія.

Рафаэль Тубоне Магдалено. Лейбниц и лабиринт детерминизма

Аннотация. В статье рассматривается проблема детерминизма у Лейбница. В частности, речь идет о том, как проблема лабиринта свободы и необходимости раскрывается в «Discours de Métaphysique» и в «Monadologie». Автор попытался продемонстрировать, что решение, предложенное Лейбницем, то есть выход из этого лабиринта, является тем, что освобождает политическую и моральную практику в его работе. Эта практика связана с возможностью людей размышлять о проблеме справедливости, то есть о проблеме правовой науки.

Ключовые слова: Лейбниц; детерминизм; право; мораль; этика; философия.

Rafael Tubone Magdaleno. Leibniz and the Labyrinth of Determinism

Abstract. This article tackles the issue of determinism in Leibniz. In particular, it is a matter of investigating how the problem of the labyrinth of freedom and need is elaborated in “Discours de Métaphysique” and developed in “Monadologie”. The author has tried to demonstrate that the solution outlined by Leibniz, i.e., the exit from this labyrinth, is what liberates the political and moral practice in his work. This practice is related to the possibility for men to think of the issue of justice, i.e., the issue of the science of Law.

Keywords: Leibniz; determinism; law; moral; ethics; philosophy.

Одержано/Received 01.11.2020

ЗАСАДИ ПОЗИТИВІСТСЬКОЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ У ВЧЕННЯХ ВАРШАВСЬКИХ ЮРИСТІВ ПЕРШОЇ ТРЕТИНИ ХІХ СТ.

Вступ

Спадщина польської правової думки надзвичайно багата і досі слабо вивчена. Для українського вченого вона цікава принаймні з трьох причин. По-перше, попри поширену, і серед сучасних польських учених також, думку щодо вторинності польських правових учень від західноєвропейських історія цих учень виявляє суттєві риси оригінальності та відмінності від західноєвропейських ідей, першості у формулюванні загальноєвропейських ідей або творчої переробки й адаптації останніх. Крім того, аналіз польської правової думки першої третини ХІХ ст. дає засади для розуміння центрально-східноєвропейського типу історичного розвитку юридичної науки, суттєво відмінного від, наприклад, французького чи англійського. Це дає змогу відмовитися від погляду на німецькі правові вчення того часу як на унікальні, побачити натомість більш повно комплекс філософсько-правових і теоретико-правових проблем, породжених спільними особливостями розвитку права в умовах французького панування та його припинення, більш точно формулювати причини і чинники формування сучасного правознавства. По-друге, польська правова думка виступає одним із найважливіших контекстів розвитку українських правових учень. У значній частині випадків можна говорити навіть про українсько-польські чи польсько-українські ідеї, належність певних мислителів та учених до обох культурних стихій. Таким чином аналіз польської правової думки першої третини ХІХ ст. дає змогу створити порівняльну матрицю для комплексного дослідження українських правових учень того часу, яке досі ще не здійснювалося.

Політичними і водночас географічними детермінантами обраної нами теми дослідження виступають відновлення державності на центральних польських землях

* Олексій Веніамінович Кресін, доктор юридичних наук, член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права, керівник Центру порівняльного правознавства, Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України.

Oleksiy Kresin, Doctor of Legal Sciences (Dr. hab.), Associated Member of the International Academy of Comparative Law, Chair of the Centre of Comparative Jurisprudence, Volodymyr Koretskyi Institute of State and Law of the National Academy of Science of Ukraine.

e-mail: okresin@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4016-6596>

Дослідження підготовлено в рамках стажування з виконанням наукового дослідження за підтримки Фондації імені Кшиштофа Скубішевського (Варшава).

у 1807 р. (Варшавське герцогство і значною мірою спадкоємне від нього Королівство Польське) і поразка Листопадового повстання (1830–1831 рр.) із наступними безпосередніми заходами російської влади 1831–1832 рр. щодо принципового обмеження автономії Королівства Польського. Інтелектуальними віхами є заснування в 1807 р. Школи права (пізніше – юридичний факультет Варшавського університету), що стала першим спеціалізованим юридичним навчальним закладом на центральних польських землях, і закриття Варшавського університету в 1831 р., а також значна еміграція вчених того ж року й ліквідація Товариства друзів наук у 1832 р.¹

Інтелектуальною детермінантою є загальноєвропейські (і насамперед центральноєвропейські) процеси розвитку правової думки в другій половині XVIII – першій третині XIX ст., що привели до становлення першого й досі недостатньою мірою усвідомленого та дослідженого позитивізму в юридичній науці, що передував класичному юридичному позитивізму 30-х рр. XIX ст. і є глибоким феноменом, що виявляє сутність позитивізму в правовій думці загалом.

Для європейського юридичного знання ще в середині XVIII ст. був характерний дуалізм – паралельний розвиток знання позитивного права та спекулятивного за своєю сутністю вчення про природне право, що не були синтезовані, хоча й могли доволіно поєднуватися, і не становили єдиної правознавчої дисципліни. У другій половині XVIII ст. більш-менш паралельно в часі геттінгенська школа Й. Пюттера, кенігсберзький професор І. Кант (у пізніх працях), італійський учений Г. Філанджієрі розвинули вчення про відокремлення знання про позитивне право від філософії (у тому числі вчення про природне право) і формування на його основі позитивної, суспільної, емпіричної юридичної науки. Вони вказували на: ексклюзивність позитивного права як власне права; нормативність / легальність як його природу, що лежить у площині, відмінній від моралі та моральності, хоча й пов'язаній із ними; правомірність і раціональність позитивного права як вираження суспільних досвіду і волі, його неவிпадковості і самоцінності як предмета дослідження; емпіричність як засаду пізнання права; систематизацію знання про позитивне право й оформлення його в юридичну науку.

На початку XIX ст. засади нової (чи принципово трансформованої) юридичної науки було уточнено провідними вченими епохи. Для історико-філософського вчення про право Г. В. Ф. Гегеля, П. Й. А. Фейєрбаха, А. Ф. Ю. Тибо та інших характерне

¹ Piotr Szymaniec, "Nauka prawa jako działalność pro bono. Uwagi na temat polskiej nauki prawa w latach 1807–1831," in *Pro publico bono – idee i działalność*, ed. Maciej Marszał and Jacek Przygodzki (Wrocław: Wrocławski Uniwersytet, 2016), 101–02; Anna Rosner, "Jan Wincenty Bandtkie 1783–1846," in *Portrety uczonych. Profesorowie Uniwersytetu Warszawskiego 1816–1915* (Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, 2016), 66; Maciej Iłowiecki, *Okręty na oceanie czasu. Historia nauki Polskiej do 1945 roku* (Warszawa: Mada, 2011), 165; Katarzyna Sojka-Zielinska, "Nauczanie historii prawa w czasach przemian ustrojowych," in *Humanizacja zawodów prawniczych a nauczanie akademickie*, ed. Anna Turska (Warszawa: Liber, 2002), 44.

підпорядкування позитивної юридичної науки емпіричній та позитивній філософії, у тому числі філософії права, але з визнанням окремішності обох сфер, неможливості нівелювання їх меж, засудженням формалізму метафізики (включно з теорією природного права). Історичне вчення про право Ф. К. Савіні проголошувало однозначне відокремлення правознавства від філософії. Спільним для обох учень стало проголошення автономії науки про позитивне право, включно з формуванням власної системи понять на основі емпіричних досліджень, а також заперечення можливості природного права як власне права – через що ці напрями юридичної думки можна визнати різними боками раннього становлення позитивізму.

Принципову роль у становленні юридичної науки відіграли т. зв. «кодіфікаційні дебати» – публічна дискусія 1810–1817 рр., що стала ключовою для формування та чіткішого розмежування позицій історико-філософської та історичної шкіл, а також уточнила і збагатила їх спільні засади. Серед них: 1) формування вчення про право на основі емпіричних досліджень позитивного права, єдність емпіричного знання і правової доктрини; 2) визнання професії та покликання вченого-юриста – незалежно від юридичної практики й викладання; 3) визнання плюралізму форм організації юридичних знань – у вигляді як фундаментальної юридичної науки німецького зразка, так і практико-орієнтованих учень англійського чи французького зразка. Саме тому цю дискусію, і зокрема 1814 р. як час її піку, можна вважати останньою віхою на шляху подолання дуалізму юридичного знання і формування позитивної та суспільної юридичної науки (чи відповідного її принципового перетворення).

Подальший розвиток ідей історико-філософської та історичної шкіл щодо юридичної науки до 1833 р. був пов'язаний із розкриттям і взаємовпливом їх програм. Конституювання окремого від філософії позитивного правознавства дістало відображення у змісті юридичної освіти, базовою дисципліною для якої стала енциклопедія позитивного права. Суперечки вчених у цей час стосувалися, зокрема, включеності філософії позитивного права до юридичної науки чи до філософії, а також практичності правознавства, на чому наполягала історична школа, чи його свободі від практичних цілей, що маніфестувала історико-філософська школа. Поряд з ідеєю про цілісність юридичної науки, особливо в контексті її окремішності від теології, філософії, етики, комплексних дисциплін (камералістика), розвивалося вчення про її диференціацію. Ідеї про поділ на ті чи інші галузі відповідно до поділу права, а також чисто методичні побудови у сфері освіти переросли в обґрунтування системи юридичних наук.²

² Докладніше про західно- і центральноєвропейську правову думку другої половини XVIII – першої третини XIX століття: Олексій Кресін, *Становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII – першій третині XIX століття: компаративна концептуалізація: монографія* (Київ: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Логос, 2017), 420–22; Oleksiy Kresin, *Comparative Legal Studies: 1750 to 1835. Approaches to Conceptualization*, ed. and trans. William Butler (London: Wildy, Simmonds & Hill, 2019), vol. II, 133–35.

Основний виклад

Розгляд питання про те, якими, на думку варшавських юристів, мають бути юридична наука чи юридичні науки, розпочнемо з поглядів Ф. К. Шанявського. У своїй праці «Що є філософія?» 1802 р. автор, використовуючи концепти і терміни Канта, проголошував вищість і первинність чистого розуму щодо розсудку, апіорного пізнання щодо чуттєвого і досвідного. Тому для Ф. К. Шанявського всі науки є частинами філософії, і саме вона створює єдині засади, які лише прикладаються до пізнаваних предметів, у тому числі до права.³ Зрозуміло, що в такому баченні юридична наука не могла розглядатися як самостійне явище. Натомість Т. Чацький у праці 1800 р., спираючись на Ч. Беккарія, Г. Філанджері та інших учених, стверджував існування науки законодавства, тобто позитивного правознавства.⁴

Князь Ф. К. Шанявський у своїх працях, починаючи принаймні з 1808 р., запропонував нове бачення юридичної науки, без якої не може повноцінно існувати правова сфера.⁵ Потреба в ній виникає через складність права, розуміння якого вимагає спеціальних навичок, а це передбачає існування спеціального юридичного фаху, окремого покликання судді, дослідника, законодавця⁶ (так само в 1808 р. на поєднанні теорії та практики в юридичному фаху наголошував Ю. У. Немцевич⁷). У дещо плутаному визначенні Ф. К. Шанявським юридичної науки можна виокремити її предмет («правництво» як «становлення і застосування приписів до людських діянь») та об'єкт («виявлення корисної правди в правництві»), що одночасно можуть позначати практичний і суто науковий аспекти правознавства.⁸ На думку вченого, юридична наука сформувалася ще в часи античної Римської держави.⁹

Шлях пізнання в юридичній науці, згідно з Ф. К. Шанявським, має йти від окремих чуттєвих вражень, досвідного пізнання елементів минулого й сучасного права (часткових уявлень) до їх тлумачення, порівняння, узагальнення часткових уявлень, систематизації, «мисленневого наслідування» і до формування загальних, комплексних, абстрагованих ідей (понять), а не навпаки.¹⁰ Саме таку емпіричну юридичну науку вчений називає «справжньою філософією, наукою людського розуму», і саме науки

³ Див.: *Wiek XIX. Sto lat myśli Polskiej. Zyciorysy, streszczenia, wyjatki* (Warszawa: Naklad Gebethera i Wolffa; Krakow: G. Gebether i spolka, 1907), vol. II, 313.

⁴ Tadeusz Czacki, *O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źródłach, związku, i o rzeczach zawartych w pierwszym statucie dla Litwy, 1529 roku wydanym* (Krakow: Drukarnia "Czasu", 1861), vol. II, 293–94.

⁵ Franciszek Ksawery Szaniawski, *O usposobieniach potrzebnych do uczenia się prawa. Rzecz czytana przy otwarciu Szkoły prawa w Warszawie dnia 14 Października 1808 roku* (Warszawa, 1808), 3–4.

⁶ Ibid, 5; X. S. [Xawery Szaniawski], "O przyczynach wielu uprzedzeń i sarkafn przeciwko prawnictwu," *Pamiętnik Warszawski*, I, iss. 1 (1815): 3.

⁷ [Julian Ursyn Nemcewicz], *Przestroga dla współziomków na rok 1809* (Wrocław, 1808), 19.

⁸ X. S. [Szaniawski], "O przyczynach," 2–3, 9, 11.

⁹ Szaniawski, "O usposobieniach," 10.

¹⁰ Ibid, 6–7; Franciszek Ksawery Szaniawski, *Wiadomości początkowe w nauce prawa* (Warszawa: Drukarnia J. C. K. Mości Rządowa, 1817), V–VII, 2.

в його баченні здобувають загальні правди.¹¹ При цьому Ф. К. Шанявський відзначав, що емпіричність у юридичній науці, як моральній, є не дослідною, а досвідною, а поняття не можуть бути точними.¹²

У межах юридичної науки Ф. К. Шанявський виокремлює історичний і філософський підходи до пізнання, причому перший є емпіричною основою другого.¹³ У праці 1817 р. учений вже проголосив історію права окремою наукою.¹⁴ Також постійно наголошується на порівняльному методі в межах обох підходів,¹⁵ а в 1819 р. Ф. К. Шанявський обґрунтував існування окремої «статистики права чи науки порівнянь у праві».¹⁶

Ще більш послідовне бачення позитивістської історично орієнтованої юридичної науки представлене у працях **Я. В. Бандтке** починаючи принаймні з 1812 р. Як і Ф. К. Шанявський, він виводив юридичну науку з часів Стародавнього Риму, але у своїх пізніших працях більш акцентовано пов'язував її появу з професіоналізацією судів і працями глоссаторів XII ст., епохою «дорослішання» та ускладнення права кожного народу, його переходом до суспільно-державного життя.¹⁷ З питанням професіоналізації юридичної діяльності (без прив'язки до певного періоду) пов'язані також роздуми Я. В. Бандтке щодо незалежності юристів від вибору громади, незаангажованості їх рішень замість прив'язки до розуміння доцільності масами.¹⁸ А в XVI ст., як зазначав учений, відбулася трансформація юридичної науки, від догматики і філософствування вона звернулася до історико-правового аналізу¹⁹ (можемо припустити, що йдеться про школу *mos gallicus*).

Основою пізнання в юридичній науці, на його думку, є історичний аналіз права, поєднаний із безсторонньою критикою – що, звичайно, не применшує необхідності суто догматичного освоєння чинного права з практичною метою.²⁰ Учений стверджував, що суто догматичне тлумачення букви права без історичного осягнення його справжнього

¹¹ Szaniawski, "O usposobieniach," 7; Szaniawski, "Wiadomości," VIII.

¹² Franciszek Ksawery Szaniawski, *Statyka prawa, czyli nauka porównywań w prawie* (Warszawa: w Drukarni J. C. K. Mości Rządowej, 1819), 3.

¹³ Szaniawski, "O usposobieniach," 7–8.

¹⁴ Szaniawski, "Wiadomości," 284.

¹⁵ Szaniawski, "O usposobieniach," 9; Szaniawski, "Wiadomości," V–XII.

¹⁶ Szaniawski, "Statyka".

¹⁷ Jan Wincenty Bandtkie, "Wywod historyczny praw miejskich w Polsce dawney obowiązujących," in *Zbiór rozpraw o przedmiotach prawa polskiego* (Warszawa, Wilno: Nakładem i Drukiem Józefa Zawadzkiego, 1812), 175–76; Jan Wincenty Bandtkie, *Uwagi o potrzebie nauki prawa w naszym kraju w szczególności, a o użytku onejże w ogólnością* (Warszawa: Nakładem Zawadzkiego i Komp., 1814), 5–6, 29–30, 32, 38; Jan Wincenty Bandtkie, "Co stanowi prawnika," *Pamiętnik Warszawski* VI (1816), 311–12.

¹⁸ Bandtkie, *Uwagi o potrzebie nauki prawa*, 10.

¹⁹ Ibid, 31.

²⁰ Jan Wincenty Bandtkie, "O uprawnieniu dzieci przez zaszy zwiazek malzenski czynionem," in *Zbiór rozpraw o przedmiotach prawa polskiego*, 258; Bandtkie, "Wywod," IX, 127–28; Bandtkie, "Uwagi," 18; Bandtkie, "Co stanowi," 311–13.

значення і причин появи веде до принципів помилок.²¹ Я. В. Бандтке зазначав, що серед інших наук «право та його історія є наука найцінніша, яка найбільше сприяє щастю народу і яка відкриває не лише чесноти чи нікчемність усього політичного суспільства і його складу, а й навіть процвітання чи страждання окремих осіб».²²

При цьому Я. В. Бандтке засуджував апіорне теоретизування і філософствування як антиісторичні й оманливі («із самих себе черпали, домислами незграбними і безсоромними байками ніби пояснюючи право, деформували і зневажили на тривалий час його високу й добродійну вартість»), висміював кантівське вчення про чистий розум і здоровий глузд, що непридатні в будь-якій професії без поєднання з відповідною останній наукою («розсудок сам по собі буває прикриттям або незнання, або упередження, або підступу; що при правах позитивних безсумнівних не слухністю, а неправістю і безправ'ям зватися повинен»)²³. Натомість він вважав за можливе формувати власний філософський дискурс («ідеали права і справедливості», «правди права») на основі узагальнення знання про позитивне право минулого і сучасності, і саме у «виголошенні правд, перевірених досвідом», полягає «високе призначення» юридичної науки.²⁴

Але більшу увагу, ніж юридичній науці, Я. В. Бандтке у своїх працях присвятив юридичній освіті, теж називаючи її наукою, що ускладнює розуміння його ідей. Він обстоював професіоналізацію всіх юридичних занять і законодавчої роботи, наголошував на недостатності суто практичної освіти, важливій ролі історико-правового елементу освіти, і насамперед історії національного і зарубіжного (насамперед німецького і французького) права, римського права, канонічного права, загальної історії, а також філософії.²⁵ Щодо практичного і виховного значення історії польського права він зазначав: вона «показує, з одного боку, що нові постанови (рециповане французьке право. – О. К.) багато мають схожості з давнішими приписами, а цим самим, що чим більше будуть досліджені, тим більше нам будуть до вподоби; з іншого боку, найкраще уряду даються вказівки щодо пристосувань, що повністю замінять їх на права, які б могли цілком увійти у звичаї народу і так дійти до остаточної мети кожного законодавства»; «показувати наших предків мудрі права, які часто через їх нерозуміння неслухно критикуються, і тим способом збуджувати у серцях молоді

²¹ Bandtkie, "O uprawnieniu," 248; Władysław Sobociński, "Jan Wincenty Bandtkie obrońcą Kodeksu Napoleona," *Rocznik Lubelski* 3 (1960): 160.

²² Sobociński, "Jan Wincenty Bandtkie," 160.

²³ Jan Wincenty Bandtkie, "O karze śmierci na kradzież stanowionę rzecz podług praw krajowych uważana," in *Zbiór rozpraw o przedmiotach prawa polskiego*, 276, 284; Bandtkie, "Wywód," 87; Bandtkie, *Uwagi*, 30, 33-34; Bandtkie, "Co stanowi," 309, 322-25.

²⁴ Bandtkie, *Uwagi*, 33-35.

²⁵ Bandtkie, "O uprawnieniu," 215; Bandtkie, *Uwagi*, 18-22, 25, 28-37; Bandtkie, "Co stanowi," 311-16, 319-21, 333; Jan Wincenty Bandtkie, "O poważaniu dawniejszemu w Polsce prawników uczonych," in *Posiedzenie publiczne Królewskiego-Warszawskiego Uniwersytetu, na uczczenie pamiętki uczonych mężów, a mianowicie polaków, odbyte dnia 15 lipca 1825 roku* (Warszawa, 1825), 36, 39.

прив'язаність до вітчизняних прав і звичаїв і справжню любов до країни».²⁶ Як наголошував учений, «правництво ... робить своїх послідовників довіреними особами процвітання народів».²⁷

Дещо відмінне бачення юридичної науки було представлено у працях **Р. Губе**. Її появу він вважав нещодавньою, «твором наших часів».²⁸ Крім того, Р. Губе наголошував, що наукова організація історично, теоретично, філософськи орієнтованого знання про права не є всезагальною, вона є такою в одних народів (німців) та іншою в інших, що може бути зумовлено особливостями їх розвитку: «Будь-яку науку слід вважати проявом інтелектуального життя народу».²⁹ Зокрема, у Франції правове знання є практико-орієнтованим, основаним на казуїстиці та інтерпретації кодифікованого законодавства, але, що правда, починає перетворюватися на науку завдяки появі критичного бачення останнього.³⁰ І так само особливою є і має бути польська юридична наука, у якій мають поєднатися теоретичне знання про право й емпіричне знання про живе польське право і рециповане законодавство.³¹

Серед юридичних наук і навчальних дисциплін він називає загальну історію права, «історію інституцій нових народів», системи законодавств окремих держав, історію національного законодавства (та історію національного права), історію законодавств слов'янських народів, філософію права, «науку порівняння права» (у 1830 р.), пише про «систему науки права».³²

У працях Р. Губе 1827 р. основою юридичних наук назване історико-правове пізнання, яке здатне відкрити причинно-наслідковий зв'язок не лише в минулому, а й у сучасному правовому розвитку. Більше того, таке пізнання здатне витворити критерії оцінки «предметної цінності законодавств».³³ Формування сучасної науки історії права, на думку Р. Губе, є цілковито новим, вищим етапом розвитку юридичних наук.³⁴

Якщо історія права у баченні Р. Губе досліджує «вид і природу змін», то філософія права «пізнає те, що є безумовно сталим, непорушним, єдино істинним у правових відносинах». Але ці непорушні засади, на відміну від раніших часів, шукаються у суспільстві, сучасному порядку речей, цей пошук «веде не до абстракції та ілюзій,

²⁶ Bandtkie, "O uprawnieniu," 216–17.

²⁷ Bandtke, "Co stanowi," 333.

²⁸ Romuald Hube, "Krotki rys historyi literatury prawa," in *Opera*, pref. Karol Dunin (Varsaviae: Typis Michaelis Arct, 1905), vol. I, 67; Romuald Hube, "Uwagi nad systematem Kodexu cywilnego francuskiego," *Themis Polska V* (1829): 303–04.

²⁹ Hube, "Krotki," 68; Romuald Hube, "O stanie nauki prawa w naszych czasach," in *Opera*, vol. I, 5, 10; Hube, "Uwagi," 306–07; Romuald Hube, "Niektore uwagi nad historia nauki prawa," in *Opera*, pref. Karol Dunin (Varsaviae: Typis Michaelis Arct, 1905), vol. I, 34.

³⁰ Hube, "O stanie," 5, 9–10; Hube, "Uwagi," 304–06, 309, 329; Hube, "Niektore," 34.

³¹ Hube, "Uwagi," 312.

³² Hube, "Krotki," 69, 71, 74–75; Hube, "O stanie," 10; Hube, "Niektore," 34, 48–49; Romuald Hube, "O starożytnych zbiorach praw Czeskich," *Themis Polska V* (1829): 3.

³³ Hube, "O stanie," 10–11.

³⁴ *Ibid*, 10.

а до пізнання наявних відносин, указуючи, що в тих відносинах є одвічним, а що підлягає змінам та історичному розвитку», поєднується з історією права і доповнює останню.³⁵ Поняття філософії права мають формуватися на основі узагальнення емпіричних матеріалів.³⁶ При цьому вчений невиразно згадує і теорію, але її роль і статус не розкриті.³⁷

На думку Р. Губе, що з'явилася в його працях у 1829 р., юридична наука в його час набула універсального характеру, звільнилася «від поглядів, обмежених місцевістю», має охопити право, юридичні поняття та концепції всіх давніх і сучасних народів.³⁸ Її елементами є історія і філософія права, а основними завданнями є розвивати всезагальну історію законодавств і своїми силами творити філософію права. При цьому історія дивиться в минуле, а філософія права на основі осмислення історії «забезпечує вдосконалене бачення духу майбутнього».³⁹

Якщо універсальна юридична наука відкриває наукові істини, то законодавча наука (слідом за Е. Гансом назвемо її правознавством) має національний (індивідуальний) і більш практичний характер, вона спрямована на вдосконалення свого права, хоча має також когнітивну функцію – «пізнання індивідуального характеру свого народу».⁴⁰ Засади законодавчій науці надає юридична наука, а матеріали – право свого народу, і насамперед судова практика.⁴¹ Водночас при читанні праць Р. Губе виникає враження, що йдеться все ж не про дві науки, дві системи знань, а про різні рівні, грані й функції однієї науки. Наприклад: «Але не єдиною винагородою і заслугою для науки права, а навіть виключно її справжньою честю є те, що видобуті нею на шляху роздумів засади, ґрунтовно співставлені з потребами суспільства, включаються згодом у права, що керують долями того ж суспільства. Що теорія, освячена авторитетом часу, пізнала за доцільне, законодавці не можуть відкидати».⁴²

У праці 1830 р. Р. Губе представив нове узагальнення історії юридичної науки. На його думку, історично правове знання за умов домінування уявлення про божественну даність права не могло стати наукою і перебувало в межах інших систем знання (теології та ін.).⁴³ Юридична наука народжується там і тоді, коли люди відчувають у собі сили самостійно творити право чи принаймні «привласнювати собі приписи прав».⁴⁴

Найдавнішою юридичною наукою, що виникла ще в часи Стародавнього Риму, Р. Губе назвав екзегетику (догматику), «постійно живий виклад раз даного закону»,

³⁵ Hube, "O stanie," 10–11; Hube, "Uwagi," 308.

³⁶ Hube, "Uwagi," 339; Hube, "Niektole," 35–36.

³⁷ Hube, "Uwagi," 307.

³⁸ Ibid, 299–300, 304, 306–07.

³⁹ Ibid, 300.

⁴⁰ Ibid, 301.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid, 335.

⁴³ Hube, "Niektole," 38–39.

⁴⁴ Ibid, 39–40.

пов'язаний із «тлумаченням висловів права та [ix] пристосуванням до розвитку людських відносин» і першими спробами віднайти зв'язок букви права з розвитком суспільного життя та змінювати право у зв'язку із суспільними змінами.⁴⁵ Європа після падіння Римської імперії поступово звільняє особистість, надає їй можливість політичної участі у творенні права. І водночас відбувається осмислення звичаєвого права в процесі його поєднання з римською догматикою, завдяки чому формуються поняття юридичної науки.⁴⁶

У пізньому Середньовіччі на основі узагальнення догматів римського права розвинулася наука природного права, що породило гострий і проблемний дуалізм теоретичного і практичного правового знання та водночас «звільнення індивідуального духу, що почав себе пізнавати».⁴⁷ Заслугою теорії природного права й заснованої на ній філософії права стала універсалізація (хоч і дуже суперечлива та штучна за своїм змістом, а тому лише тимчасова) учення про право й широке застосування порівняльного методу – при його показному зневажанні.⁴⁸ Надалі просвітницька і революційна ідея щодо панування розуму привела до відкидання звичаєвого і римського права, припинила домінування останнього в юридичній науці (всі попередні «школи», за твердженням Р. Губе, так чи інакше ґрунтувалися на ньому), привела до повсюдних законодавчих реформ, водночас стимулюючи відродження юридичної науки в її абстрактно-філософському варіанті, адже «розум мав бути найвищим законодавцем».⁴⁹

Новий період «відпочинку» і реакції, пов'язаний із формуванням і домінуванням історії права, мав зворотні, індивідуалізуючі засади, відкидав абстракції, що виявили свою недостатність. Натомість юридична наука звернулася до проблем розвитку суспільства, стала соціальною. Також у цей час виникла нова філософія права, що спиралася на проблематику теорії природного права, але відкинула апріорні спекуляції та почала аналізувати й узагальнювати позитивне право. У цих двох дисциплінах між собою поєдналися реальність і абстрагована думка.⁵⁰

Сучасний період розвитку юридичної науки пов'язаний, на думку Р. Губе, з діалогом історичної та філософської шкіл. Засади історичної школи сформувалися протягом другої половини XVIII ст. насамперед у працях Г. Гуго, а пізніше – Ф. К. Савіньї, вони полягають у прагматичному розгляді історичного розвитку права в контексті розвитку суспільства та колективної свідомості.⁵¹

Філософська (її більш правильно назвати історико-філософська) школа більше не підноситься над світом, вона спрямована на пізнання сучасного стану права, як

⁴⁵ Hube, "Niektore," 40–41.

⁴⁶ Ibid, 42–44.

⁴⁷ Ibid, 45–48.

⁴⁸ Ibid, 48.

⁴⁹ Ibid, 49.

⁵⁰ Ibid, 48–51, 53.

⁵¹ Ibid, 52.

і історична школа. Її засновником Р. Губе називає Е. Ганса. Вона має низку спільних з історичною школою засад, але інакше розуміє історичний процес, для неї причинами змін у суспільних і правових інститутах є зміни в мисленні людини. А тому вона, на відміну від історичної школи, обіймає своїми дослідженнями й узагальненнями явища не лише в національному, а й універсальному вимірах. Крім того, на думку Р. Губе, філософська школа розвинула більш чіткі критерії оцінки історичних матеріалів і пропонує на основі цілковитого відкинення апріорності («ідеальна філософія права взагалі не є наукою права») і узагальнення позитивного права визначення його незмінних засад.⁵² Цими й іншими аргументами Р. Губе фактично стверджує не діалог, а діалектичну наступність двох шкіл: за історичною школою наступною і більш досконалою є філософська, яка також є більш послідовно історичною, «є лише вищою потугою школи власне історичної».⁵³

У баченні Ц. Заборовського, висловленому в працях 1829 р., юридична наука є невід'ємною частиною правового життя народу, а тому невіддільним від практики правознавства, виступає суто технічним елементом права. Вона виникає як потреба народу «надати науковій формі своїм головним помислам», передбачає впорядкування права, передавання досвіду минулого, надання розгорнутого тлумачення законодавства та забезпечення його застосування, а також змістовний розвиток права у сферах, не пов'язаних із суспільними традицією і переконаннями, тобто загалом правовміння.⁵⁴ При цьому вчені-юристи мають якщо не виключно, то переважно досліджувати право свого народу, обмежуючись насамперед історією і догматикою права, а філософія права (як апріорна) у Ц. Заборовського викликала критичне ставлення.⁵⁵

На думку В. О. Мацейовського, юридична наука сформувалася на початку XIX ст., а раніше перебувала у примітивному стані попри зусилля окремих її світочів. Основним її підходом є історичний – пізнання правових явищ в історичному контексті їх виникнення та розвитку.⁵⁶ Учений звертав увагу на відмінності розвитку юридичної науки в різних країнах, указуючи на її низький рівень у Франції та високий у Німеччині, і причиною відмінностей у рівні науки є рівень розвитку народу.⁵⁷ Серед історичних дисциплін В. О. Мацейовський виокремлює історію національного права, історію слов'янських законодавств і «всезагальну історію законодавств».⁵⁸

⁵² Hube, "Niekture," 53–57.

⁵³ Ibid, 57.

⁵⁴ C. Z. [Cyprian Zaborowski], "Jurysprudencya sądu kassacyjnego Xięstwa Warszawskiego i związek instytucji kassacyjnej z ogólnym życiem prawnym w kraju," *Themis Polska* VI (1829): 362–64, 366, 368–71.

⁵⁵ Ibid, 370–71; [Cyprian Zaborowski], "Rozbiór krytyczny dzieła pod tytułem: Upominek pogrobowy ś.p. Kazimierza Pliszki Podlesianina; rzecz o sukcesii...", *Themis Polska* VI (1829): 240.

⁵⁶ Waclaw Aleksander Maciejowski, "Ogłoszenie prenumeraty," *Themis Polska* V (1829): 414, 416.

⁵⁷ Ibid, 414–15, 419.

⁵⁸ Ibid, 414.

К. А. Гейлман вважав, що юридична наука має насамперед досліджувати право свого народу: «Скільки маємо окремих законодавств, стільки маємо різноманітних правознавств».⁵⁹ Її завдання – узагальнення догматики позитивного права, віднайдення його національних засад на основі народного переконання, створення з права «єдиного наукового цілого», а на основі цього – розробка законодавства і творення норм через судові рішення.⁶⁰

Згідно з К. А. Гейлманом, у системі науки позитивного права (вона ж – наука законодавства) мають домінувати історичні та догматичні дослідження; присутня також філософія права.⁶¹ При цьому вона постає і як система юридичних наук, адже всі три її елементи у працях К. А. Гейлмана називаються також науками.⁶² У такому вигляді юридична наука існує нещодавно: філософія і догматика мають давнє походження, а історичний підхід нещодавно виник у Німеччині.⁶³ Учений вказував на відмінності в розвитку юридичної науки в Німеччині та Франції, похідні від різних шляхів розвитку їх права, наслідком чого є домінування історико-правових досліджень у першій і догматичних у другій.⁶⁴ Юридична наука і практична діяльність юристів постають у працях К. А. Гейлмана як поняття практично нероздільні з початку академічної епохи в розвитку права (за Гуго і Савінії).⁶⁵

На думку вченого, предметом історії права є генеза чинного права, адже закони формуються історично, а не просто з волі законодавця чи вищої влади країни; пізнання сутності законодавчих норм неможливе без їх історичного пояснення. Тому «нині історія посідає перше місце в науці позитивного права».⁶⁶ Предметом догматики є лише чинне право народу, і розвиток у ній відбувається від теорії до практики й від практики до теорії. Вона має виявляти зв'язок норм і з нього виводити справжні засади сучасного права. «Виявить вона також, у чому суперечність, у чому лакуна, у чому немає мети, у чому напрям шкідливий і що заважає процвітанню народу і кожного зокрема».⁶⁷ А філософію права К. А. Гейлман бачив поділеною на три частини (і одночасно науки), що відрізняються за «градацією предмета», але мають спільні засади: філософія чинного права, «філософія всіх позитивних прав» і філософія ідеального права. Філософія чинного права, яку вчений пропонує як свою новацію, роз'яснює і критично аналізує позитивне право своєї країни, «виводить картину життя зовніш-

⁵⁹ August Heylman, "Myśli o nauce prawa i prawodawstwie w kraiu naszym," *Themis Polska* VII (1830): 123.

⁶⁰ Ibid, 124–25, 128–30, 134; August Heylman, "Wywod zasad ogolnych nauki prawa i prawodawstwa," *Themis Polska* VII (1830): 26–27, 29.

⁶¹ Heylman, "Myśli," 124–25, 131; Heylman, "Wywod," 1, 5–11, 19.

⁶² Heylman, "Wywod," 31.

⁶³ Ibid, 1, 6–7.

⁶⁴ Ibid, 30.

⁶⁵ Ibid, 14–15, 26–27.

⁶⁶ Ibid, 5.

⁶⁷ Ibid, 31; Heylman, "Myśli," 129.

нього і внутрішнього, які народ веде в сучасному моменті», «має за мету утримати гармонію між правом і ступенем і режимом моральності й освіти народу».⁶⁸

«Філософія всіх позитивних прав» (або «філософія різноманітних прав»), як зазначає К. А. Гейлман, попри заявлену назву насправді не є універсальною, «завжди обмежувалася розглядом позитивних прав невеликої кількості народів», і це є виправданим, слід звертатися «до тих народів, які нам є рівними в цивілізації чи нас перевищують в освіті й практичній моральності чи в соціальних установах і законодавстві», адже пізнати все неможливо, та й вивчення права народів, що перебувають на нижчому рівні розвитку, не має практичної користі. Цю науку має бути засновано на поєднанні історичного і порівняльного підходів, а метою є пізнання співвідношення одноманітності й різноманіття у правовому регулюванні суспільних відносин, оцінка існуючих моделей і принципів, критична оцінка національного права з метою його вдосконалення.⁶⁹

Філософія ідеального права, на думку К. А. Гейлмана, є найвищою філософією права, «теоретичною конструкцією думок і почуттів, які цілий рід людський визнає правом позитивним», але не має жодного стосунку до теорій природного права. Вона оцінює всесвітній розвиток позитивного права і «шукає гармонії між духом того ж права і мудрістю духу, який має провидіння над усім людом своїм», у ній зникає різниця між правом і моральністю, а позитивне право постає як розум і справедливість, тобто як найвище філософське право людини.⁷⁰

Висновки

На основі здійсненого дослідження не можемо погодитися з твердженнями сучасного дослідника щодо конвенційного приписування польськими вченими першої третини XIX ст. науці права в цілому й історії права зокрема виключно службової функції, а також обмеження проблематики останньої виключно чи переважно національними рамками.⁷¹

Протягом досліджуваного періоду варшавські вчені сформулювали засади позитивістської юридичної науки. Її засадами були, зокрема: визнання самостійності юридичного знання, його побудова на основі узагальнення емпіричних даних, поєднання практичного і теоретичного знання, відмова від будь-якого метафізичного та спекулятивного філософствування та формування власного філософського дискурсу.

Проголошувалося, що науки, і зокрема юридична, здатні самостійно пізнавати «правди». Тому юридична наука незалежна від апіоризму, не є частиною філософії, але сама творить справжню філософію – філософію позитивного права («правди, перевірені досвідом»). При цьому визнавалися відмінності між природничо-технічними

⁶⁸ Heylman, "Wywod," 39–40, 44–47.

⁶⁹ Ibid, 48–52.

⁷⁰ Ibid, 52–55.

⁷¹ Szymaniec, "Nauka," 124.

(точними) і соціально-гуманітарними («моральними») науками: знання в межах останніх є не дослідним, а досвідним (апостеріорним), а тому й поняття є неточними.

Дискусія щодо сутності юридичної науки дістала відображення в баченні її історії. Автори проаналізованих нами праць приділяли увагу становленню юридичних знань і юридичного фаху починаючи принаймні з Античності. Водночас зверталася увага на їх трансформації, професіоналізацію, соціалізацію знання. Безпосереднім діалектичним попередником сучасної юридичної науки вважалися відокремлені системи догматики чинного права та природного права. Визнавалися формальні здобутки вчення про природне право в універсалізації (хоча й штучній) юридичного знання та творенні його проблематики. Водночас практично всіма вченими наголошувався принциповий змістовний розрив із природним правом – наповнення його форм новим філософським позитивним знанням на основі емпіричних досліджень та узагальнення їх результатів.

Принципові зміни пов'язувалися з кінцем XVIII – початком XIX ст., що давало змогу розглядати юридичну науку як нове чи якісно оновлене явище. Зокрема, у цей час, на думку варшавських учених, юридична наука стала суспільною та історичною, всезагальною системою, а не просто сукупністю знань і вчень. Саме новий концептуальний характер цієї науки, відокремлений від попередніх епох, передбачав, що вона має свою чітко визначену «батьківщину» – німецькі держави, а також сферу поширення, до якої варшавські вчені одностайно відносили, зокрема, польські землі. Визнавши слідом за німецькими колегами вказані вище критерії науковості правового знання, ці автори припустили й тимчасову чи постійну можливість існування інших форм організації такого знання.

Варшавські вчені бачили сучасний період у розвитку юридичної науки ареною діалогу і змагання між історичною та філософською (історико-філософською) школами правової думки й переважно маніфестували свою належність до однієї з них, хоча й висловлювали при цьому низку своєрідних думок або здійснювали так само оригінальний синтез ідей двох шкіл. Важливо, що обидві школи ними розумілися як історичні, а отже, в тогочасному розумінні, і позитивістські за своїми засадами. У баченні прихильників історико-філософської школи вона могла розглядатися як діалектичне продовження історичної школи.

Загальноновизнаними у той час підходами в юридичній науці були історичний, догматичний і філософський. Вони ж бачилися трьома сферами «системи науки права» або окремими науками в системі юридичних наук. При цьому історія права мала узагальнювати види і природу змін у праві. Філософія ж – віднаходити на основі узагальнення й абстрагування емпіричного знання незмінні засади чи принципи права. Але історія права розглядалася як така, що безумовно домінує.

Пунктом суттєвого розходження позицій варшавських юристів були предмет і об'єкт нової юридичної науки. У баченні однієї групи юридична наука мала на-самперед прикладний характер фактично як наука законодавства. Це передбачало, що її основним предметом є своє національне право, і могло пояснювати відмінності

в організації наукового знання в різних країнах характером їх права – виключно кодифікованого (як у Франції) або частково кодифікованого чи переважно звичаєвого (як у німецьких державах і у Варшавському герцогстві / Королівстві Польському). Об'єктом юридичної науки для цих учених було насамперед удосконалення національного правопорядку. Знання зарубіжного права при такому баченні також було переважно прикладним, зумовленим конкретними потребами розуміння чи вдосконалення національного права.

Для іншої частини вчених юридична наука мала фундаментальний характер. Її предмет за охопленням є універсальним, а об'єктом є віднайдення юридичних «правд». Для цієї групи закономірне включення до предмета досліджень на рівних із національним також зарубіжного права, а порівняльний підхід формулюється як один з основних, якщо не провідний, поряд з історичним, догматичним і філософським.

Отже, принциповою засадою юридичної науки в баченні більшості варшавських учених протягом досліджуваного періоду була її незалежність від апріорного і метафізичного філософствування, і навпаки, формування власного філософсько-правового дискурсу (філософії позитивного права) на основі узагальнення та осмислення результатів емпіричних досліджень. При цьому визнавалося, що юридична наука має бути принципово новою системою організації юридичного знання – позитивістською і соціальною. Визнаючи історичний і сучасний плюралізм такої організації знання, варшавські вчені однозначно ідентифікували себе саме із центральноевропейською юридичною наукою, стрижнем для якої є німецькі держави. Варшавські вчені вважали, що в основі правознавства лежать історичний, догматичний і філософський підходи. Відповідно вони розглядали три відносно окремі сфери наукового знання, що можуть сукупно розглядатися як єдина юридична наука або система взаємно пов'язаних юридичних наук. Залежно від акценту в поглядах учених на фундаментальній чи прикладній грані юридичної науки ця система бачилася по-різному, як і предмет правознавства – всезагальний чи більшою мірою національний. Можна стверджувати, що це до певної міри корелювало з переважанням у поглядах певних учених засад історико-філософської чи історичної шкіл.

© О. Кресін, 2020

Bibliography

- Bandtkie, Jan Wincenty. "O karze śmierci na kradzież stanowiącej rzecz podług praw krajowych uważana." In *Zbiór rozpraw o przedmiotach prawa polskiego*, 261–98. Warszawa, Wilno: Nakładem i Drukiem Józefa Zawadzkiego, 1812.
- Bandtkie, Jan Wincenty. "O uprawnieniu dzieci przez zaszły związek małzenski czynionem." In *Zbiór rozpraw o przedmiotach prawa polskiego*, 213–59. Warszawa, Wilno: Nakładem i Drukiem Józefa Zawadzkiego, 1812.

- Bandtkie, Jan Wincenty. "Wywod historyczny praw mieyskich w Polsce dawney obowiązujących." In *Zbiór rozpraw o przedmiotach prawa polskiego*, I–IX, 1–211. Warszawa, Wilno: Nakładem i Drukiem Józefa Zawadzkiego, 1812.
- Bandtkie, Jan Wincenty. *Uwagi o potrzebie nauki prawa w naszym kraju w szczególności, a o użytku onejże w ogolności*. Warszawa: Nakładem Zawadzkiego i Komp., 1814.
- Bandtkie, Jan Wincenty. "Co stanowi prawnika." *Pamiętnik Warszawski* VI (1816): 309–34.
- Bandtkie, Jan Wincenty. "O poważaniu dawniejszém w Polsce prawników uczonych." In *Posiedzenie publiczne Królewskiego-Warszawskiego Uniwersytetu, na uczczenie pamiętki uczonych mężów, a mianowicie polaków, odbyte dnia 15 lipca 1825 roku*, 35–43. Warszawa, 1825.
- Czacki, Tadeusz. *O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źródłach, związku, i o rzeczach zawartych w pierwszym statucie dla Litwy, 1529 roku wydanym*. Krakow: Drukarnia "Czasu," 1861, vol. II.
- Heylman, August. "Myśli o nauce prawa i prawodawstwie w kraiu naszym." *Themis Polska* VII (1830): 109–44.
- Heylman, August. "Wywod zasad ogolnych nauki prawa i prawodawstwa." *Themis Polska* VII (1830): 1–55.
- Hube, Romuald. "O starożytnych zbiorach praw Czeskich." *Themis Polska* V (1829): 1–15.
- Hube, Romuald. "Uwagi nad systematem Kodexu cywilnego francuskiego." *Themis Polska* V (1829): 297–339.
- Hube, Romuald. "Krotki rys historyi literatury prawa." In *Opera*, pref. Karol Dunin, 67–76. Varsaviae: Typis Michaelis Arct, 1905, vol. I.
- Hube, Romuald. "Niektore uwagi nad historia nauki prawa." In *Opera*, pref. Karol Dunin, 33–57. Varsaviae: Typis Michaelis Arct, 1905, vol. I.
- Hube, Romuald. "O stanie nauki prawa w naszych czasach." In *Opera*, pref. Karol Dunin, 5–12. Varsaviae: Typis Michaelis Arct, 1905, vol. I.
- Howiecki, Maciej. *Okrepty na oceanie czasu. Historia nauki Polskiej do 1945 roku*. Warszawa: Mada, 2011.
- Kresin, Oleksiy. *Formation of the Theoretical Bases of Comparative Legal Studies in the Second Half of 18th – First Third of 19th Centuries: Comparative Conceptualization*. Kyiv: Volodymyr Koretskyi Institute of State and Law of the National Academy of Science, Logos, 2017 (in Ukrainian).
- Kresin, Oleksiy. *Comparative Legal Studies: 1750 to 1835. Approaches to Conceptualization*, edited and translated by William Butler. London: Wildy, Simmonds & Hill, 2019, vol. II.
- Maciejowski, Waclaw Aleksander. "Ogłoszenie prenumeraty." *Themis Polska* V (1829): 413–23. [Nemcewicz, Julian Ursyn]. *Przestroga dla współziomków na rok 1809*. Wrocław, 1808.
- Rosner, Anna. "Jan Wincenty Bandtkie 1783–1846." In *Portrety uczonych. Profesorowie Uniwersytetu Warszawskiego 1816–1915*, 56–71. Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, 2016.
- Sobociński, Władysław. "Jan Wincenty Bandtkie obrońcą Kodeksu Napoleona." *Rocznik Lubelski* 3 (1960): 157–76.
- Sojka-Zielinska, Katarzyna. "Nauczanie historii prawa w czasach przemian ustrojowych." In *Humanizacja zawodów prawniczych a nauczanie akademickie*, edited by Anna Turska, 39–49. Warszawa: Liber, 2002.
- Szaniawski, Franciszek Ksawery. *O usposobieniach potrzebnych do uczenia się prawa. Rzech czytana przy otwarciu Szkoły prawa w Warszawie dnia 14 Października 1808 roku*. Warszawa, 1808.

- Szaniawski, Franciszek Ksawery. *Wiadomości początkowe w nauce prawa*. Warszawa: Drukarnia J. C. K. Mości Rządowa, 1817.
- Szaniawski, Franciszek Ksawery. *Statyka prawa, czyli nauka porównywań w prawie*. Warszawa: w Drukarni J. C. K. Mości Rządowej, 1819.
- X. S. [Szaniawski, Xawery]. “O przyczynach wielu uprzedzeń i sarkañ przeciwko prawnictwu.” *Pamiętnik Warszawski*, I, iss. 1 (1815): 1–11.
- Szymaniec, Piotr. “Nauka prawa jako działalność pro bono. Uwagi na temat polskiej nauki prawa w latach 1807–1831.” In *Pro publico bono – idee i działalność*, edited by Maciej Marszał and Jacek Przygodzki, 101–24. Wrocław: Wrocławski Uniwersytet, 2016.
- Wiek XIX. Sto lat myśli Polskiej. Zyciorysy, streszczenia, wyjatki*. Warszawa: Nakład Gebethera i Wolffa; Krakow: G. Gebether i spolka, 1907, vol. II.
- C. Z. [Zaborowski, Cyprian]. “Jurysprudencya sądu kassacyjnego Xięstwa Warszawskiego i związek instytucyi kassacyjnej z ogólném życiem prawném w kraju.” *Themis Polska* VI (1829): 361–79.
- [Zaborowski, Cyprian]. “Rozbiór krytyczny dzieła pod tytułem: Upominek pogrobowy ś.p. Kazimierza Pliszki Podlesianina; rzecz o successii...” *Themis Polska* VI (1829).

Олексій Кресін. Засади позитивістської юридичної науки у вченнях варшавських юристів першої третини XIX ст.

Анотація. Статтю присвячено надзвичайно багатій і недостатньо вивченій спадщині польської правової думки. Дослідження виявило, що принциповою засадою юридичної науки в баченні більшості варшавських учених протягом досліджуваного періоду була її незалежність від апіорного і метафізичного філософствування, і навпаки, формування власного філософсько-правового дискурсу (філософії позитивного права) на основі узагальнення та осмислення результатів емпіричних досліджень. При цьому визнавалося, що юридична наука має бути принципово новою системою організації юридичного знання – позитивістською і соціальною. Варшавські вчені ідентифікували три відносно окремі сфери наукового правового знання (історичну, догматичну та філософську), що можуть сукупно розглядатися як єдина наука або система взаємно пов’язаних юридичних наук. Залежно від акценту в поглядах учених на фундаментальній чи прикладній грані юридичної науки ця система бачилася по-різному, як і предмет правознавства – всезагальний чи більшою мірою національний. Можна стверджувати, що це до певної міри корелювало з переважанням у поглядах певних учених засад історико-філософської чи історичної шкіл.

Ключові слова: позитивізм; філософія позитивного права; система юридичних наук; предмет юридичної науки; об’єкт юридичної науки.

Алексей Кресин. Основы позитивистской юридической науки в учениях варшавских юристов первой трети XIX в.

Аннотация. Статья посвящена чрезвычайно богатому и недостаточно изученному наследию польской правовой мысли. Исследование показало, что принципиальной основой юридической науки в понимании большинства варшавских ученых в течение исследуемого периода была ее независимость от априорного и метафизического философствования, и наоборот, формирование собственного философско-правового дискурса (философии позитивного права) на основе обобщения и осмысления результатов эмпирических исследований. При

этом признавалось, что юридическая наука должна быть принципиально новой системой организации юридического знания – позитивистской и социальной. Варшавские ученые идентифицировали три относительно отдельные сферы научного правового знания (историческую, догматическую и философскую), которые могут совокупно рассматриваться как единая наука или система взаимосвязанных юридических наук. В зависимости от акцента во взглядах ученых на фундаментальной или прикладной грани юридической науки эта система виделась по-разному, как и предмет правоуведения – всеобщий или в большей степени национальный. Можно утверждать, что это в известной степени коррелировало с преобладанием во взглядах определенных ученых основ историко-философской или исторической школ.

Ключевые слова: позитивизм; философия позитивного права; система юридических наук; предмет юридической науки; объект юридической науки.

Oleksiy Kresin. Principles of Positivist Jurisprudence in the Teachings of Warsaw Lawyers of the First Third of the XIX Century

Abstract. The article is devoted to the extremely rich and insufficiently studied heritage of Polish legal thought. The political and geographical determinants of the chosen research topic are the restoration of statehood in central Polish lands in 1807 (Duchy of Warsaw and the Kingdom of Poland) and the defeat of the November Uprising (1830–1831) followed by measures taken by the Russian authorities to limit the autonomy of the Kingdom of Poland. The intellectual milestones are the founding of the School of Law in 1807 (later the Faculty of Law of the University of Warsaw), and the closure of the University of Warsaw in 1831, as well as the significant emigration of scientists in the same year and the liquidation of the Society of Friends of Science in 1832. The intellectual milestones are also European (and first of all Central European) processes of legal thought evolution in the second half of the XVIII – first third of the XIX century, which led to the formation of the first and still insufficiently understood and studied positivism in jurisprudence, being a profound phenomenon that reveals the essence of positivism in legal thought in general.

The study found that the basic principle of jurisprudence in the vision of most Warsaw scholars during the study period was its independence from *a priori* and metaphysical philosophizing, and vice versa, the formation of its own philosophical and legal discourse (philosophy of positive law) based on generalization and understanding of research results. It was recognized that legal science should be a fundamentally new system of legal knowledge – positivist and social. Recognizing the historical and modern pluralism of such an organization of knowledge, Warsaw scholars have unequivocally identified themselves with the Central European jurisprudence, the core of which is the German. Warsaw scholars believed that jurisprudence was based on historical, dogmatic and philosophical approaches. Accordingly, they considered three relatively separate areas of scientific knowledge, which together can be considered as a single legal science or a system of interrelated legal sciences. Depending on the emphasis in the views of scholars on the fundamental or applied side of legal science, this system was seen differently, as well as the subject of jurisprudence – universal or more national. It can be argued that this to some extent correlated with the predominance in the views of certain scholars of the principles of historical-philosophical or historical schools.

Keywords: positivism; philosophy of positive law; system of legal sciences; subject matter of legal science; object of legal science.

Одержано/Received 22.09.2020

THE LOGIC OF INSTITUTIONS IN A SYSTEMIC APPROACH. Institutions in Law and Law-related Fields as Closed and Open Systems

I. A Logic of Systems

1 Both institutions and their components are conceptually represented as organised into some sorts of systems. This is the obvious outcome of the classificatory nature of the use of concepts and conceptual representations.¹

At the same time, human practice often abuses conceptualisation. Namely, it often overgeneralises the reason why a choice is made in order to oversubstantiate a claim. To reach this oversubstantiation, it puts the claims into a more general context than is actually justified.²

Systems in operation, by and through which we live and continue our social practices, are contingent and casual in their basic character. Of course, this is not to say that the selection of their elements and the way of their organisation is a gratuitous action within an empty space, to be filled only by the wish and might of the day. For instance, there is some connection between their taking shape, on the one hand, and the factors that have been instrumental in shaping them, on the other – although the presence of these factors as well as their actual impact may be quite incidental from the point of view of the existence and, moreover, from the point of view of the emergence of those systems as systems.

The constitutional system of liberalism as historically established is, for instance, one of the several possible materialisations it could have had. It is one of the possible outcomes of human efforts through centuries to overcome contemporary misery by setting new framework for human action in its relationship to law and the state.

* Csaba Varga, Professor Emeritus, Philosophy of Law Institute of the Catholic University of Hungary & Research Professor Emeritus, Institute for Legal Studies of the Hungarian Academy of Sciences.

Чаба Варга, почесний професор, Інститут філософії права Католицького університету Угорщини, почесний професор-дослідник, Інститут правових досліджень Угорської академії наук.
e-mail: varga.csaba@jak.ppke.hu

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5256-0518>

¹ Csaba Varga, "Taxonomy of Law and Legal Mapping: Patterns and Limits of the Classification of Legal Systems," *Acta Juridica Hungarica*, vol. 51, no. 4 (2010): 253–72, http://real-j.mtak.hu/765/1/ACTAJURIDICA_51.pdf.

² Karl Marx and Friedrich Engels, *The German Ideology*, 3rd rev. ed. (Moscow: Progress, 1976).

2. At all steps, there is a close interconnection between the shaping of ideas, on the one hand, and the available store of the modes of their implementation and reconsideration at any time, on the other. Even the contents, directions and limits of human imagination are a function of such an interaction. For in the total social process, each step and contributing component has a variety of meanings, faces and links and developmental alternatives, and only later will the effected events and connections decide which of them and in which a manner is to be actualised. Or, this is a multi-faceted and multi-directional process with several competitive chances; something that could only be broken down by a finalist reductionism (believing that an ultimate breaking down will be reached) in order to be traced back to a single, straightforward line of development.

In any case, to state that there has been some necessity in the course of actions to take shape and reach a conclusion is by far not to state that there has been a pre-existing universal idea that was to materialise in that way. Even the ontological reconstruction of the factors in play in the social conditioning of the course of events is a reconstruction of the road run by, and the links bridging, the individual chain of that course of events, and not a statement about the universal idea as having been necessarily materialised in the historically concrete realisation.

3. To be more precise: when speaking of systems of institutions and their conceptual representations,³ we have in mind at least four types, or levels, of these systems. Notably, (1) the actually existing concrete system, which is a unit that functions as it is (e.g., constitutional system of liberalism as practised in a given area in a given time, e.g., in the United States nowadays) (*type 1*); (2) the historically developed concrete system which is a unit that functions as it has been (e.g., constitutional system of liberalism as practised in a given area in a given period, e.g., in the United States since the time it developed) (*type 2*); (3) the generalisation of the historically concrete systems as developed in our civilisation (e.g., the constitutional system of liberalism as known and practised in our civilisation) (*type 3*); and (4), the core idea of the functioning underlying all kinds of generalisation (e.g., the abstract universal formulation of the ultimate principles of operation, of which the constitutional system of liberalism is but one of the theoretically possible forms of realisation) (*type 4*). As to the origins of such an abstract and universal formulation, it may be either gained by theoretical reconstruction or formulated as a preconceived idea, in order to offer a basis for deducing justification of the historical realisation(s) from them.

As can be seen, types 3 and 4 are not units functioning as they are or have been. Type 4 is an idea (1) in which “laws” (i.e., effects, interconnections) of functioning may be observed in abstract generality on ideal conditions. Type 3 is one of the former’s applications to, or materialisation under, historically particular conditions.

³ In a most general sense, cf. N. Emrah Aydinonat and Petri Ylikoski, “Three Conceptions of a Theory of Institutions,” *Philosophy of the Social Sciences*, vol. 48, no. 6 (2018): 550–68, <https://doi.org/10.1177/0048393118798619>.

4. All systems, ideas and realisations form an endless continuum. Types 1 to 4 are nothing but meaningfully definable stages of this continuum, and by far not its limiting points. This is the reason why almost all of them may display almost all the properties that can characterise them at all.

abstractness	ideal	internal coherence and consequentiality
<i>ideal type</i>	ideal of functioning [<i>type 4</i>]	
<i>empirical types</i>	historically particular formulation of the ideal of functioning [<i>type 3</i>] historically particular generalisation of the developmentally defined sets of concrete actual functioning [<i>type 2</i>] concrete actual functioning [<i>type 1</i>]	<i>historical types</i>
concreteness	real	contingency

Abstractness, internal coherence and consequentiality, as well as ideality, are decreasingly, while concreteness and contingency, as well as reality, are increasingly present in the line between the ideal and the actual functioning.

At the same time and to a decreasing degree, types 1, 2 and 3 are historical ones; and types 1 and 2 are concomitantly empirical ones as well. Obviously, it goes without saying that there would be no sense in projecting any ideal of functioning into a vacuum with no empirical background whatsoever. Consequently, at the same time, even empirical types may be used as ideal ones. And, obviously again, neither abstractness nor concreteness have end-points. For the question of whether I can define types more abstract or more concrete than they actually are is one of expediency in the determination of the levels of analysis.

5. Historically, only types 1, 2 and 3 do exist, representing historically characteristic typical configurations. They are at the same time needed for theoretical description, as they hold the name of what is to be conceptualised as existing. Ontologically, the existence of each of them can be established. Albeit type 4 claims to be over and beyond history, the social existence of the ideal representation it embodies can also be delimited historically.

6. Human action is by definition teleological. Telos [τέλος] as a model is at all times working in it in order to direct it.⁴ It however does not turn practice into mere implementation. The ideal remains ideal, the practical practical. Both the motive force and the criterion of practice are what is considered practical. Of course, consideration of what is practical may also set the implementation of something ideal as target. But motive force and criterion remain unchangedly what is considered practical. Attributes of ideal, no matter of what kind and weight they are, can only exert an influence when filtered through the consideration of what is practical.

II. Ideal Types and Historically Concrete Manifestations

7. A notional distinction among the levels of systems, ideas and formulations is a methodological requirement. Since to differing levels and corresponding concepts often the same label is assigned, it is not exceptional that they are treated in an undifferentiatedly unifying way, which is a common cause of confusion.

For instance, as to the doctrine of the division of powers,⁵ the only realistic references are those historical manifestations which are commonly characterised as realisations more or less distorted or imperfect (*type 1*). Those imperfect realisations are seen as variations of a historical descriptive type (*type 2*) which is in turn the implementation of a historical ideal type (*type 3*). In such a way, all practical measures taken in a historically concrete situation are in the final analysis traced back to a broad, well-defined socio-historical context which, in this case, includes an immense variety of things, from the fight for constitutionalism in England, via the way in which Montesquieu was to overcome absolutism in France by (mis)interpreting English constitutionalism, to the achievement of the fathers founding the Constitution in the United States, including the way in which they (mis)understood both England, Montesquieu and their own perspectives, and also including the (mis)-understanding, by all historical actors, of the richness of the store of means available in principle. But is it really so that the idea (1) of functioning underlying the doctrine of the division of powers gets reduced to it? Obviously, without universalising the actually particular, in theory I cannot say “yes” to this question. If I still do so, which occurs too often in practice, it implies that I have opted also for some methodological consequences. Let us see three of them.

7.1. Universalisation can only be done through assuming notional dichotomies between complementary concepts, C and non-C, which, albeit antagonistic to one another, wholly cover the field. Thereby I erect an artificially rigid two-poled scheme, only to exclude dialectics and historical sensitivity.

⁴ Colin Allen and Jacob Neal, “Teleological Notions in Biology,” in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta, <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/teleology-biology/>.

⁵ Jean Jacques Granpré Molière, *La théorie de la constitution anglaise* (Leyde: Presse Universitaire, 1972); W. B. Gwyn, *The Meaning of the Separation of Powers: An Analysis of the Doctrine from Its Origin to the Adoption of the United States Constitution* (New Orleans: Tulane University, 1965).

For instance, it is a rather general pattern for contemporary political philosophies to regard the “Third Way”-type searches of a way out from continued crises in Europe in general and in its Central and Eastern part in particular,⁶ as by-products themselves of the same crises, fallen into irrationality. Well, this critique latently includes an assumption of capitalism and socialism, offering in their historically developed forms the only potentialities of the paradigm “capitalism/socialism” and, thereby, also exclusive alternatives. Consequently, the universalistic assumption in work here excludes questions like “Is it this and only this that is capitalism/socialism?” “Is there indeed no choice in between these poor kinds of representation?” “And no choice beyond them either?”

7.2. As to the second consequence, my approach will be prejudiced from the very beginning if I can only count with the individual features of a concrete historical manifestation (*type 1*) as distortions of some underlying principle(s). If it is the case, it assumes the existence of something of which they are nothing but the individual realisation. Well, this is also an assumption justifiable only by a finalist approach.

7.3. Finally, universalisation of the particular dispenses with the search for identifying last principles (*type 4*). If there are no ultimate principles, then what remains can only reflect historical types upon one another, which has very limited profit, not transcending even the level of historiography. In contrast, theory starts by reconstructing the basic function (*type 4*) which makes it already possible to approach the historically particular formulation (*type 3*) as an intermediary concretisation.

For instance, the classical doctrine of the division of powers is not an empirical theory of development. Montesquieu never claimed that power came to being at any place or time as divided in a tripartite way. He simply contrasted a positive utopia to the negative one he had already had.⁷ Notwithstanding this, his positive utopia is usually treated as a final formulation touching upon the topic. If it is so, no theory based on the concentration of powers should ever be reconcilable with his doctrine of the division of powers.

Well, the Bolshevik theory of the state⁸ has since long professed to be antagonistic to western democratic traditions. But ideological claims, e.g. for complete disruptcy and discontinuity, are not to be taken as a substitute to theoretical analysis. In order to assess what the whole dispute is about, even a historical reference may be revealing. In fact, Bolshevik theory was launched as a revolutionary program of why and how to seize power, and the Bolshevik criticism of Montesquieu theorised about power at a time when it was at the threshold of actually seizing it. In response to that confrontation, it too misinterpreted

⁶ Steve Bastow, *Third Way Discourse: European Ideologies in the Twentieth Century* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2003).

⁷ Simone Goyard-Fabre, *Montesquieu: La nature, les lois, la liberté* (Paris: Presses Universitaires de France, 1993).

⁸ Csaba Varga, “Lenin and the Law: A Case-study on the Borders of Legal Normality,” *Central European Political Science Review*, vol. 20, no. 75 (2019): 131–79.

Montesquieu, not to recognise anything from his teaching but an antirevolutionary program of resigning, once and for all, of the seizure of power.

Or, in sum, all this means that both adherents and critics have instrumentalised Montesquieu's positive utopia by transforming his statements into ideology. Western tradition has developed universalised terms which can however be valid in their proper context only, as opposed to the Russian revolutionaries who have narrowed them only to mean the negation of their very dreams.

The genuine problem is that, in fact, none of them has realised that what they actually did was to intermingle different levels of analysis, and this is the reason they had to become mutually antagonistic. To be sure, none of them stated something different on the same subject, but they launched differing statements on differing subjects.

At the same time, it is to be noted that a doctrine of "division of labour" in the power machinery was finally developed by the Bolsheviks, pushed to offer (no matter how much imperfect, but, after all, a kind of) an alternative to the Western conception of the division of powers.⁹ Presumably, the ensuing principle of the unity of powers with only a hazy and weak "division of labour" within it will remain in force so long as the one-party-rule can impose itself upon society. On the other hand, even a system of "division of labour" in the power machinery can develop further with some – even if rather limited – potentialities.

As to the relationship of these conflicting approaches, mutual exculpation qualifies itself as bare ideology. Theoretically both are levelled at type 3.

III. Ideal Type as a Normative Ideology

8. All the systems, conceptual representations and operations we have surveyed thus far are of a descriptive character and function, called into being as instruments to grasp conceptually what institutionally exists. In short, they qualify as theoretical representations.

As is known, theoretical activity is a specific terrain of homogenising human activities, distinguished from both other domains of a homogenising effect (e.g. custom, convention, such as speech, law, politics), on the one hand, and the vast field of the heterogeneity of everyday life, on the other. Still, it does not require that the various forms of objectification in one area cannot be made use of in other areas as well. Ontological investigation suggests that all kinds of ideal representation and objectification – no matter whether they are of a theoretical or practical character – can turn into ideology. All this can be done by putting them into another context and making use of them specifically.

This is to say that (1) everything theoretical can be made a factor of practical action by putting it into a practical context; and (2) everything in a given homogeneous field can be taken out from it and either lifted in another homogeneous field (e.g. the linguistic,

⁹ Csaba Varga, "La séparation des pouvoirs: idéologie et utopie dans la pensée politique," *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungariae*, vol. XXVII, no. 1–2 (1985): 243–50.

semantic or rhetorical aspects of law, or the law's political use) or merged into the heterogeneity of everyday life (e.g. the uses of social conventions, language, law or politics in a way annihilating their particularities) – well, in both cases with prior determinations suspended in order to let them act as adapted to their new environment.

9. Being adapted to new environment is a change of memberships of the systems concerned. In case of conceptual representations, a positive value-judgement and/or a deontic operator attached to them can effect this change. For a theoretical statement becoming a standard for practical action is already an ideological use. It involves its transformation into normative ideology.

10. Systems may be used as normative patterns in three situations: (1) in case of conflict with the systems' idea in question, to modify the underlying system in the given direction; (2) in case of an internal contradiction within the underlying system, to resolve it in the given direction; and (3) with no external or internal conflict provided, to prescribe it the change as needed or to define the direction and substance of its further development when needed.

11. One of the fields for normative ideologies to provoke change by defining who is to act, when, on what, why and how is the so-called filling of gaps. As is known, "gap" is a normative concept, being the function of a normative framework (a) to qualify any situation (position, etc.) within the system as a gap; in order (b) to fill it (c) in a given way, (d) with a substance taken from within the system by the effect that (e) at least ideologically, the filling of the gaps does not implement any genuine modification in the system, although it strengthens its individual position within and as a member of the system, as made to be more conforming to the system.

Filling the gaps is one of the most important factors to enhance the practicability of the systems, as it makes it possible to them to preserve their identity while making them keep in pace with time. Or, there have always been two basic means of sublated innovation in institutions: transplantation (i.e., injecting something not known in the system which is said to have been known within the underlying system) and fiction (i.e., claiming that what is in point of fact new in the system is nothing else but the implicit extension as made in the system).¹⁰

(In the field of law, it seems to be a commonplace that in addition to fiction proper, as the earliest and most common and lasting instrument to provoke and, at the same time, veil change, almost ninety-five percent of the four thousand years of recorded legal history was dominated by innovative legislation, ideologically embellished as bare restitution of what the "good old custom" of the country had been, in usage already in Hammurabi's Prologue to his Law Book and surviving till the enacting clauses of the last French king.)

¹⁰ Csaba Varga, "Is Law A System of Enactments?" In *Theory of Legal Science*, ed. Peczenik, Aleksander, Lars Lindahl, and Bert van Roermund, 175–82 (Dordrecht–Boston–Lancaster: Reidel, 1984), https://doi.org/10.1007/978-94-009-6481-5_14.

And the reason for its success is easy to see: it has been a conveniently flexible means, suited to meet two basic requirements contradicting one another, that is, to effect change as needed (i.e., to function as re-adapted to the changing needs) while preserving the system's identity (i.e., to reproduce its basic continuity over all the series of actual discontinuities) within an apparent harmony.

12. In principle, each and every one of types 1 to 4 can be used as normative ideology if reflected onto all other ones of the same types. Even the conceptual representation of the concrete actual functioning (*type 1*) can be made a normative ideology by reflecting it on the conceptual representation of its posterior functioning.

(Taking into consideration the open texture of concepts and the inherent fuzziness of argumentation, we have to realise that there is a large room for transcendence both among the undifferentiated concepts we use and among the undifferentiated systems we refer to. To avoid transcendence is a question of the formulation of premises, an operation that has nothing to do with reflection of one concept onto another in their normative usage.)

13. The normative use of ideal systems and conceptual representations is the explanation of the fact why and how these systems and representations can be or turn to be of use in or turn to be a decisive factor of social processes even if for long a period they could at most be qualified as empty classes. Because they are normative, expectations about them do not disqualify them, even if not met with success. Or, what is more, even dead systems and representations can finally exert a decisive influence to overcome the inertia and to push a process forward or turn it backwards.

For instance, in Hungary, the wish for implementing the Soviet-patterned Constitution of 1949 into practice seemed for long an aborted idea from the very beginning. Four decades ago, during the 1980s, the ever growing gap between words and facts induced some constitutionalists to demand realism instead of illusionism, i.e., the adaptation of its wording to prevailing practice, to the hard fact of one-party-rule, i.e., of the hegemonist (and practically singly ruling) Communist Party. Luckily enough, this proposal failed by the fear that thereby the only thing that remained, that is, the bare possibility of fighting for more or truer parliamentarism through referring to a text enacted by the communists themselves, would also be lost.

IV. Objectivity and Contingency of Systems

14. For a given historical actor in a concrete situation an immense amount of social objectivations, conventions, institutions, etc. are given. They form to him what we call tradition. All the components of tradition serve to him as an objectively given framework, in respect to which he may have only alternatives of following it or departing from it, but in any case he will not be in a position to dispose of it freely.

Escaping from social bounds contradicts the very notion of social activity; and, paradoxically, in modern society even the first attempt at escaping is itself only conceivable

through conventionalised social practices.¹¹ In short, socialisation, i.e., a very specific learning process, is the only available pattern for the individual in his relationship to social totality in modern society.

At the same time, the individual is certainly not in isolation but is a component part of the social totality. What seems to be objectively given to him in individual situations has in fact no existence of its own, independent of the total set of individual social practices in the same totality. What social tradition is, is in the last analysis a function of the total sum of social practices, reproducing the tradition through practising it. Consequently, reproduction of a tradition is a continued learning process, in which taking its cognisance will amount to re-adapting it, and its interpretation to reinterpreting it as part of social practices. In other words, every human act establishing what we call homogeneous can only be performed within the boundaries (and upon the basis and for the sake) of (and, in the final resort, as subordinated to) what we call the heterogeneous. In the same way: every human consideration to what we call epistemic can only take place within the boundaries (on the basis and for the sake) of (and, in the final resort, as subordinated to) what we call ontic.

15. In the light of an ontological description, the search for a practical solution is *nolens volens* a model-patterned reaction to a given situation – independently of the agent's subjective intention. At the same time, also independently of any intention, that which is to come objectively out of this will be something more or less, or, in any case, other, than what the original intention was. It will necessarily be a practical answer to a practical challenge as it was sensed and interpreted by the acting agent. Thus, it will necessarily be an imprint of all of the moments that have been present in the situation, contingent from the point of view of the social totality.

There is a particular dialectic at play here. For the reaction, no matter to what extent and how intentionally it is model-patterned, it will be the issue of practical considerations in a practical context. Even what is manifested as non-practical is made so by practical consideration. And this applies to everything. Anything claimed to be eternal is a function of practical interest to project it as fetishised. It is ideology that is at work in such and other cases of overgeneralised interests.

To qualify a statement as ideology is an ontological statement upon actual use, and not a judgement upon foundation or value. As is known, ideology is a form of consciousness called into being to influence practical human (re)action. In contrast, theory is a form of consciousness called into being to reconstruct the interconnections of any process, including its ideology.

16. The theoretical reconstruction I have in mind can be nothing but ontological. For the resultant epistemological reconstruction arrived at may at most be a negative one,

¹¹ Eerik Lagerspetz, *A Conventionalist Theory of Institutions* (Helsinki: The Philosophical Society of Finland, 1989); Eerik Lagerspetz, *The Opposite Mirrors: An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions* (Dordrecht and Boston: Kluwer, 1995).

demonstrating, e.g., the false conclusion reached by false inference from false premises – i.e., its own incompetence for thorough reconstruction. It is only ontological reconstruction that can answer why the relevancy of epistemology is limited, why it is so that forms of false consciousness can be instrumental, and even socially needed on occasion.

It is only ontological reconstruction that can offer an explanation of the paradox of interpretation amounting to reinterpretation or misinterpretation, and of reproduction amounting to production or misproduction.

17. Systems are located in a continuum of a constant motion and change. It is a continuum in light of both their hierarchical structuralisation and their self-reproduction in a continued process in social totality.

To be more precise, to exist as placed in a continuum may have two senses. Ontologically, it is a form of existence through constant self-reproduction in an endless series of reinterpretations. (Reinterpretation here is an ontic sequence of purposeful practical reactions, and not a critical attitude, which is epistemic.) Epistemologically, it denotes an ideal existence necessarily having fuzzy conceptual boundaries.

These features are common to objects of social ontology.¹² Nevertheless, I wish to emphasise the considerable extent to which the links are epistemologically loose among sequences in both the systems' lines of development and their hierarchic structures. The systems in question are historically developed sets in which all may have had alternatives to those actually established (although they do not). It is most plausible to realise it in limiting cases at both the micro- (*type 1*) and macro- (*type 4*) level.

As, for instance, to the micro-level, each concrete, actually functioning system of constitutional liberalism bears the imprint of the place and time of its formation, i.e., characteristics that are explainable in the context of their actual shaping. As to the macro-level, the connection of ideality and actuality is only explainable exclusively by their development. Let us assume that I should have to invent the constitutional system of liberalism now. As a matter of fact, I can by no means take it for granted that I would lay its foundations by the same philosophical, anthropological, etc. assumptions as it was done several centuries ago. And the same holds true vice versa. I cannot be sure that any concrete system of constitutional liberalism that has ever existed could be inferred from or justified by the assumptions suggested by human inventiveness now. And we have to add that theoretical variations are, in contrast to actual occurrences, practically endless.

The same loose contacts can be characteristic also of actual operating systems. Theoretical reflection often groups systems of autonomous development (e.g. ones in England or in the United States) together; the past of which may count more in centuries

¹² György [George] Lukács, *A társadalmi lét ontológiájáról* [Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins]. Vol. I–III (Budapest: Magvető, 1976); Csaba Varga, "From the Ontology of Social Being to the Law's Ontology," *Journal of the Siberian Federal University: Humanities and Social Sciences*, vol. 8, no. 10 (2015): 2002–17, http://elib.sfu-kras.ru/bitstream/2311/19820/4/01_Varga.pdf.

than others – due to recent transplantation or imposition (e.g. in the Federal Republic of Germany or Japan) – may count in decades.

It is precisely due to these features that they turn into genuinely historical phenomena, both marking and being made by history. For otherwise, if they were units unchangedly identical with themselves, their history could only be quasi-history at most, with mere alternation of blocks in a mechanical world, made up of discrete motions of discrete elements. To put it another way: the continuum the systems embody is the outcome of their dialectic character. Their dialectic is one of sublation, that is, of unceasing preservation and change.

18. It is also their existence as a continuum that makes it possible to understand why their historical nature is so important from the point of view of practical action as well. For their being a continuum in constant motion and change is also a function of their environment, in the interaction with which they are shaped. Or, the way they transcend themselves and by which their reproduction through their continued reinterpretation is achieved is not only a function of them but of the general culture and (political, legal, etc.) cultures of specialised fields as well. It is so to such an extent that even the fight for them may have alternative actions to take. Namely, an action directed at them may aim at their shaping in a direct way (as, in the case of law, directed at its enacted text), as well as in an indirect way, through the cultural context in the interaction with which they are shaped (as, in the case of law, with the mediation of legal policies and legal culture, made to be strong enough to be able to have a genuine role to play).

V. Limits and Bonds, Consequentiality and Practicability of a System

19. The question of what properties, features and traits a system may develop or take over by transplantation from another system is quite open, having no restriction from the point of view of social totality.¹³ It is not even a system-related question; it can only be raised as a question of the limits of law, politics, etc. in a final resort by ontology: what can be practicable, i.e., fulfilling a genuine function, in a social system?

On the level of abstract generality, the answer is rather vague. For, in point of principle, there is no limit predetermining what can turn into instrumental or practicable in a social context as anything whatsoever can do so.

It means that the possibility of systems coming into being as mixed is, so to speak, endless. One could even state that only mixed systems are practicable in practice, or that non-mixed systems are, without exception, issues of theoretical reduction.

20. Is there any precondition to the point that systems are identifiable as such just because they have some definite elements organised into a system? The question is directed at their own determination from within. Or, is there any limit set by the systems, defining

¹³ Csaba Varga, "Transfer of Institutional Patterns: World Bank, Ethno-centrism, and New Challenges: A Case-study in Law," *Central European Political Science Review*, vol. 13, no. 48 (2012): 25–60.

their own identity by minimum contents as necessary and sufficient conditions for their existence? Or, is there any self-imposing limit of the system which might of course be ignored, but only with the consequence of placing itself out of the system?

This is a topical issue, with enriching debates in the Western hemisphere focusing upon them. Only to mention a few: expropriation versus privatisation; planning versus invisible hand; leftism versus rightism in the same system, etc. Moreover, not long ago this was the key issue of the crises of the so-called “existing socialisms” as well. Only to name a few: economic reform and rigidified Stalinist superstructure; bankruptcies of sham liberalisation; the one-party’s crave for legitimacy without offering anything in return for legitimisation, etc. And the case of Hungary was a novel proof for the hard bonds of a system. For economists claimed then that partial reform, softened and extended over time with no breakthrough in the political field, meant planning failure taken for granted; and again, they were right. Then the dilemma went on to be hardened: was the tabooing of party-rule by one party simply setting framework for a reform, or was it a touchstone of the left for attempting to reform from within, too much well-deserved?

21. To learn that, defying human imagination, the systems mankind has established are only storehouses of contradictions yet they still function well – this realisation is a shocking experience for the human mind to accept. But to expect that systems have developed with maximum cohesion, consequentiality and freedom from contradictions is a mere theoretical requirement, reflecting more the subject than the object, which, due to the logical ideal of thinking, is limited in imagination. And theory reflects, in addition to the external world, its own homogenising principles, too.

In fact, systems function according to their own homogenities, which are far from the ideal of logic. As practical systems, they are to cope with practical problems resulting in compromise solutions to the detriment of the principles of cohesion, consequentiality and coherence, that is, to the detriment of logic. This is the reason why there is always some kind of discrepancy between any formalized criteria and their practical satisfaction in their implementation, which is emphatically characteristic of the world of law.¹⁴

At the same time, contradictoriness with tensions in functioning is a basic fact of ontology. Instead of standing for the temporariness and deficiency of anything humane after the first sin has been committed with the actors ousted, it stands for a character present everywhere and at every time, a character that may grow to be a burden but, in

¹⁴ Cf. two approaches to it, Atiyah–Summers (P. S. Atiyah and R. S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions* (Oxford: Clarendon Press, 1991)), on the one hand, and MacCormick–Weinberger (Neil MacCormick and Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism* (Dordrecht, etc.: D. Reidel Publishing Company, 1986)), Weinberger (Ota Weinberger, *Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy* (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1991)), MacCormick (Neil MacCormick, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2007)), on the other.

most cases of balanced development, serves rather as one of the most powerful reserves for the internal renewal of the system. Internal renewal is a way of making optimal use of the systems' own potentialities, in order to allow it to keep pace (through its continuous re-adaptation through continued re-adjustments) with overall development. This is the reason why systems process outer conflicts into inner ones by forwarding competitive arguments to solve them. This is the reason why systems develop conflicts through series of temporary solutions, stand-still being just a name for the theoretical division line between situations of conflicts in succession of one another.

© C. Varga, 2020

Bibliography

- Allen, Colin, and Jacob Neal. "Teleological Notions in Biology." In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, edited by Edward N. Zalta. <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/teleology-biology/>.
- Atiyah, P. S., and R. S. Summers. *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- Aydinonat, N. Emrah, and Petri Ylikoski. "Three Conceptions of a Theory of Institutions." *Philosophy of the Social Sciences*, vol. 48, no. 6 (2018): 550–68, <https://doi.org/10.1177/0048393118798619>.
- Bastow, Steve. *Third Way Discourse: European Ideologies in the Twentieth Century*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2003.
- Goyard-Fabre, Simone. *Montesquieu: La nature, les lois, la liberté*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.
- Granpré Molière, Jean Jacques. *La théorie de la constitution anglaise*. Leyde: Presse Universitaire, 1972.
- Gwyn, W. B. *The Meaning of the Separation of Powers: An Analysis of the Doctrine from Its Origin to the Adoption of the United States Constitution*. New Orleans: Tulane University, 1965.
- Lagerspetz, Eerik. *A Conventionalist Theory of Institutions*. Helsinki: The Philosophical Society of Finland, 1989.
- Lagerspetz, Eerik. *The Opposite Mirrors: An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*. Dordrecht and Boston: Kluwer, 1995.
- Lukács, György [George]. *A társadalmi lét ontológiájáról [Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins]*. Vol. I–III. Budapest: Magvető, 1976.
- MacCormick, Neil, and Ota Weinberger. *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht, etc.: D. Reidel Publishing Company, 1986.
- MacCormick, Neil. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Marx, Karl, and Friedrich Engels. *The German Ideology*, 3rd rev. ed. Moscow: Progress, 1976.
- Varga, Csaba. "Is Law A System of Enactments?" In *Theory of Legal Science*, edited by Peczenik, Aleksander, Lars Lindahl, and Bert van Roermund, 175–82. Dordrecht–Boston–Lancaster: Reidel, 1984. https://doi.org/10.1007/978-94-009-6481-5_14.
- Varga, Csaba. "La séparation des pouvoirs: idéologie et utopie dans la pensée politique." *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungariae*, vol. XXVII, no. 1–2 (1985): 243–50.

- Varga, Csaba. "Taxonomy of Law and Legal Mapping: Patterns and Limits of the Classification of Legal Systems." *Acta Juridica Hungarica*, vol. 51, no. 4 (2010): 253–72. http://real-j.mtak.hu/765/1/ACTAJURIDICA_51.pdf.
- Varga, Csaba. "Transfer of Institutional Patterns: World Bank, Ethno-centrism, and New Challenges: A Case-study in Law." *Central European Political Science Review*, vol. 13, no. 48 (2012): 25–60.
- Varga, Csaba. "From the Ontology of Social Being to the Law's Ontology." *Journal of the Siberian Federal University: Humanities and Social Sciences*, vol. 8, no. 10 (2015): 2002–17. http://elib.sfu-kras.ru/bitstream/2311/19820/4/01_Varga.pdf.
- Varga, Csaba. "Presumption and Fiction, Or the Gist of Legal Technicalities." *Pázmány Law Review*, vol. VI (2018): 105–30. https://jak.ppke.hu/uploads/articles/311739/file/PLR_6_2018.pdf.
- Varga, Csaba. "Lenin and the Law: A Case-study on the Borders of Legal Normality." *Central European Political Science Review*, vol. 20, no. 75 (2019): 131–79.
- Weinberger, Ota. *Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1991.

Чаба Варга. Логіка інститутів у системному підході. Інститути в праві та пов'язаних із правом царинах як закриті та відкриті системи

Анотація. Що стосується концептуалізації будь-якого інституту, то очевидно, що один і той самий умовний термін може охоплювати чотири типи інституціональних систем: (1) фактично існуюча конкретна система, яка є одиницею, що функціонує як вона є (наприклад, конституційна система лібералізму як така, що її практикують на певній території в певний час, як у Сполучених Штатах сьогодні); (2) історично розроблена конкретна система, яка є одиницею, що функціонує так, як вона була (наприклад, конституційна система лібералізму, що її практикують на певній території в певний період, як у США, з моменту виникнення); (3) узагальнення історично конкретних систем, що склалися в нашій цивілізації (наприклад, конституційна система лібералізму як така, що її знають і практикують у нашій цивілізації); (4) основна ідея функціонування, що лежить в основі всіх видів узагальнення (наприклад, абстрактне універсальне формулювання остаточних принципів дії, для яких конституційна система лібералізму є лише однією з теоретично можливих форм реалізації). У рамках квазімонографічного аналізу трактується роль цих інституціональних систем як нормативної ідеології, а також їх фактична об'єктивність і непередбачуваність.

Ключові слова: інститути в праві; інституціональні системи; системний підхід; закриті та відкриті системи; конституційна система лібералізму.

Чаба Варга. Логика институтов в системном подходе. Институты в праве и связанных с правом областях как закрытые и открытые системы

Аннотация. Что касается концептуализации любого института, то очевидно, что один и тот же условный термин может включать четыре типа институциональных систем: (1) фактически существующая конкретная система, которая является единицей, функционирующей как она есть (например, конституционная система либерализма как таковая, которую практикуют на определенной территории в определенное время, как в Соединенных Штатах сегодня); (2) исторически разработанная конкретная система, которая является единицей, функционирующей так, как она была (например, конституционная система либерализма, которую

практикуют на определенной территории в определенный период, как в США, с момента возникновения); (3) обобщение исторически конкретных систем, сложившихся в нашей цивилизации (например, конституционная система либерализма как такая, которую знают и практикуют в нашей цивилизации); (4) основная идея функционирования, лежащая в основе всех видов обобщения (например, абстрактная универсальная формулировка окончательных принципов действия, для которых конституционная система либерализма является лишь одной из теоретически возможных форм реализации). В рамках квазимонографического анализа трактуется роль этих институциональных систем как нормативной идеологии, а также их фактическая объективность и непредсказуемость.

Ключевые слова: институты в праве; институциональные системы; системный подход; закрытые и открытые системы; конституционная система либерализма.

Csaba Varga. The Logic of Institutions in a Systemic Approach. Institutions in Law and Law-related Fields as Closed and Open Systems

Abstract. As to the conceptualisation of any one institution, the apparently identical notional term can cover four types of institutional systems: (1) the actually existing concrete system, which is a unit that functions as it is (e.g., constitutional system of liberalism as practised in a given area in a given time, e.g., in the United States nowadays); (2) the historically developed concrete system which is a unit that functions as it has been (e.g., constitutional system of liberalism as practised in a given area in a given period, e.g., in the United States since the time it developed); (3) the generalisation of the historically concrete systems as developed in our civilisation (e.g., the constitutional system of liberalism as known and practised in our civilisation); (4) the core idea of the functioning underlying all kinds of generalisation (e.g., the abstract universal formulation of the ultimate principles of operation, of which the constitutional system of liberalism is but one of the theoretically possible forms of realisation). Within a quasi monographic analysis of them, both their role as a normative ideology and their actual objectivity and contingency are treated.

Keywords: institutions; institutional systems; systemic approach; closed and open systems; constitutional system of liberalism.

Одержано/Received 15.11.2020

ДІАЛЕКТИЧНИЙ ПІДХІД ДО ПРАВОВОГО АРГУМЕНТУВАННЯ Й ПРАВОВОЇ АРГУМЕНТАЦІЇ

Вступні зауваги

Підходи до розуміння й дослідження правової аргументації є предметом розвідок зарубіжних і вітчизняних науковців. Діалектичний (або діалогічний, комунікативний) підхід – один із трьох визнаних підходів до дослідження правової аргументації поряд із логічним і риторичним.¹ Актуальність дослідження таких підходів, зокрема й діалектичного, зумовлена тим, що вони сприятимуть покращенню правового аргументування в різних юридичних сферах, що є нагальною потребою в Україні, насамперед у правозастосовній практиці. Питанням підходів до правової аргументації присвячено праці зарубіжних та вітчизняних дослідників, зокрема: Ф. Ван Ємюрена, Е. Фетеріс, Г. Кластергауса, Є. Стельмаха, Б. Брожека, В. Титова, О. Юркевич, М. Козюбри, О. Щербини, В. Кістяника.² Проте діалектичний підхід усе ж залишається недооціненим у вітчизняній юридичній науці як такий, що часто зводиться до логіки запитань і відповідей і не має широкого застосування в реконструкції правової аргументації. Проте, з нашого погляду, діалектичний підхід до правового аргументування є основоположним, комплексним за своєю природою і таким, що здатен надати шляхи пошуку відповідей на всі потенційні запитання юридичної практики.

* 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 at the Department of Theory and Philosophy of Law, Ivan Franko National University of Lviv. e-mail: tamara.dudash@lnu.edu.ua

ORCID ID: <https://orcid.org/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, <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2014.1-2.182834>; Олена Юркевич та інші, *Юридична аргументація: Логічні дослідження*, за заг. ред. проф. О. 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. М. Козюбри (Київ: Ваіге, 2015), 264–85; Володимир Кістяник, “Правова аргументація: сучасні підходи до її розуміння в зарубіжних дослідженнях,” *Наукові записки НаУКМА*, т. 129 *Юридичні науки* (2012): 20–22.

Діалектичний підхід до дослідження аргументації об'єднує бачення такої аргументації тих вчених, які вибудовують теоретичну модель аргументації на основі *критичної концепції раціональності*.³ Нагадаємо, що суть цієї концепції полягає в тому, що в ній аргументацію вважають прийнятною тоді, коли систематично тестують прийнятність точок зору. Критичну концепцію раціональності в розумінні, зазначеному вище, представлено в декількох різновидах, зокрема в діалектичному (або діалогічному чи комунікативному) та прагмадіалектичному (залежно від того, яке вчення слугує стрижнем правової аргументації).

Мета цієї статті полягає у виявленні ознак діалектичного підходу до правової аргументації шляхом аналізу основних праць представників цього підходу, зокрема Р. Алексі, Д. Волтона, Н. Мак-Корміка, А. Печеніка, А. Аарніо, Е. Фетеріс, В. Кластергауса, на предмет теоретичної моделі аргументування та аналітичної моделі аргументації (реконструкції й оцінювання 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. Діалектичний підхід до правової аргументації: загальна характеристика

Останній є спеціальним різновидом діалектичного підходу до аргументування. Як було зазначено вище, прихильники діалектичного підходу до аргументації загальної прагнуть виробити конвенційно прийнятні правила врегульованої дискусії, спрямовані на усунення розбіжностей.⁵ До них належать Е. Барт та Е. Краббе («From axiom to dialogue»), які описали формально-діалектичну процедуру, спрямовану на встановлення прийнятності тієї чи іншої точки зору, у світлі спільних вихідних позицій. Формально-діалектичною вона є у тому сенсі, що має чітко регламентовану форму гри-діалогу, у якій взаємодіють пропонент і опонент якої-небудь тези. Ф. Ван Емюрен та Р. Грутендорст у праці «Speech acts in argumentative discussions» 1984 р.

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» в 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 діалектичного.

⁵ Франс Х. Ван Еемерен, «Современное состояние теории аргументации», в *Важнейшие концепции теории аргументации*, пер. с англ. В. Ю. Голубева, С. А. Чахоян, К. В. Гудковой, науч. ред. А. И. Мигунов (Санкт-Петербург: Филологический факультет СПбГУ, 2006), 19.

започаткували прагмадіалектичний підхід до аргументування, який відрізняється від формальнодіалектичного тим, що до діалектичного підходу (розуміння аргументування як критичної дискусії) додано прагматичний складник, пов'язаний із теорією мовленнєвих актів та дискурсного аналізу. І діалектичний, і прагмадіалектичний підходи до аргументації є застосовними до аргументації правової.

Основним поняттям діалектичного підходу до правової аргументації є поняття *правового дискурсу*. Як зазначає польський дослідник теорії аргументації З. Зембінські, теорія правової аргументації є спеціальною щодо теорії практичної аргументації, а отже, і загальної теорії забезпечення раціонального обґрунтування цінностей і норм. Правовий дискурс є процесом, під час якого створюють описові судження про правдивість чи неправдивість (теоретичний дискурс) або позаописові судження про правильність, прийнятність або неприйнятність, особливо норм (практичний дискурс).⁶ Нагадаємо, що розмежування теоретичного і практичного дискурсів сягає розмежування теоретичного і практичного розуму залежно від висловлювання, і його запропонував І. Кант. Тому аргументи, які підтримують твердження в логічний спосіб (так, що вони можуть бути істинними чи хибними), є теоретичними, а ті, що підтримують деонтичні судження (наприклад, норми) й оцінні судження, належать до практичних аргументів.⁷ А. Грабовські вирізнив три можливих варіанти співвідношення між практичним та правовим дискурсами: 1) чітке розмежування між правовим і практичним дискурсами, що є самостійними різновидами дискурсу; 2) правовий дискурс є прикладом практичного дискурсу (Х. Перельман); 3) правовий дискурс є спеціальним випадком практичного дискурсу (Р. Алексі⁸).⁹ Власне, третій варіант розуміння дискурсу приймають й інші представники діалектичного підходу до правового аргументування, зокрема А. Аарніо та А. Печенік.

Д. Волтон, претендуючи на створення нового методу правового обґрунтування, веде мову про діалоги і вирізняє декілька їх видів. Найвагомим для правового аргументування, з його погляду, є переконувальний діалог. Він описаний у працях

⁶ Sławomira Wronkowska and Zygmunt Ziemiński, *Zarys teorii prawa* (Poznań: Ars boni et aequi, 2001), 77.

⁷ Marek Wojciechowski and Kamil Zeidler, "Teorie argumentacji prawniczej," in *Wielka encyklopedia prawa*. Tom VII. Teoria i filozofia prawa (Warszawa, 2016), 417.

⁸ Р. Алексі визначив *правове обґрунтування* як «спеціальну форму загального практичного обґрунтування, яке є необхідним з загальних практичних підстав, структурно залежним від загальних практичних принципів та таким, що вимагає загальної практичної аргументації і що його здійснюють у спеціальних формах, за спеціальних умов та є особливо потужним / могутнім і не може бути зведене до загального практичного обґрунтування» (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), 292).

⁹ Andrzej Grabowski, "Dyskurs prawniczy jako szczególny przypadek ogólnego dyskursu praktycznego," accessed September 1, 2020, https://www.academia.edu/17054661/Dyskurs_prawniczy_jako_przypadek_szczególny_ogólnego_dyskursu_praktycznego.

Ф. Ван Ємюрена і Р. Грутендорста як критична дискусія. Метою діалогу в критичній дискусії є вирішення первісного конфлікту позицій, присутнього в діалозі.¹⁰

З погляду Е. Фетеріс, структуру діалогу в судовому розгляді може бути представлено як переконувальний діалог або за моделлю критичної дискусії. Проте вона є ще складнішою за звичайний переконувальний діалог. Метою всього діалогу в судовому процесі як структури аргументації, що переслідує певну ціль, є забезпечити ширший форум для вирішення спору через забезпечення належного процесу.¹¹

Зазначене свідчить, що основним поняттям діалектичного підходу є поняття дискурсу в різних його різновидах та/або діалогу. Воно займає основне місце в теоретичних моделях аргументування в цьому підході. У його межах та за його правилами працює аналітична модель аргументації.

Діалектична теоретична модель правового аргументування, з погляду Е. Фетеріс та Г. Кластергауса, містить структуру правового аргументу (аргументів) та норми і правила його (їхньої) доладності – прийнятності, а реконструкція аргументації «показує, як реконструювати правовий аргумент в аналітичну модель. Мета такої реконструкції полягає в отриманні чіткого бачення стадій аргументувального процесу, експліцитних та імпліцитних аргументів та структури аргументу. Така реконструкція є основою для подальшого оцінювання аргументів».¹² Ф. Ван Ємюрена та Р. Грутендорст вважають, що для діалектичного підходу теоретична модель аргументації передбачає «діалектичну процедуру систематичного тестування прийнятності точки зору..., що набуває форми врегульованої дискусії, у якій здійснюють обмін аргументами та критичними відповідями відповідно до правил діалектичної дискусії». Така теоретична модель аргументування слугує інструментом оцінювання якості аргументації, що її висувають в аргументувальній дійсності.¹³ Аналітичний же складник, на їхню думку, містить систематичну реконструкцію аргументувального дискурсу.¹⁴ Із зазначеного випливає низка важливих методологічних положень: 1) для цього підходу характерне виокремлення, крім теоретичної моделі аргументування, ще й аналітичної моделі правової аргументації; 2) остання охоплює реконструкцію й оцінювання аргументації; 3) наявність складника оцінювання аргументації відрізняє діалектичний підхід від логічного й риторичного.

Діалектичні теоретичні й аналітичні моделі правової аргументації містять багато складників логічного підходу, зокрема правові аргументи, подані за формально-логічними

¹⁰ Див.: Eveline Feteris and Harm Kloosterhuis, "The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation: Approaches from Legal Theory and Argumentation Theory," *Studies In Logic, Grammar And Rhetoric* 16 (29) (2009).

¹¹ Eveline Feteris, *Foundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on Justification of Judicial Decisions* (Dordrecht: Springer, 1999), 170–71.

¹² Feteris and Kloosterhuis, "The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation," 310.

¹³ Van Eemeren et al., *Handbook of Argumentation Theory*, 11.

¹⁴ *Ibid*, 10.

схемами (Р. Алексі, Н. Мак-Кормік, А. Печенік, А. Аарніо, Д. Волтон), ідеться про необхідність переконування аудиторії (А. Аарніо, Д. Волтон). Тому діалектичний підхід до аргументування є комплексним і містить елементи логічного й риторичного на рівні теоретичної й аналітичної моделей правової аргументації.

Проте, як зазначив ще Г. Гарт у класичній праці «Поняття права», нервом правового обґрунтування є не виведення силогістичного висновку, а, як випливає з міркувань ученого, обґрунтоване вирішення проблем тлумачення у процесі застосування правових норм.¹⁵ Цитоване твердження відображає мету діалектичного підходу до правового аргументування в його сучасній інтерпретації. Одним із ключових питань, що йому приділяють увагу всі представники діалектичного підходу, є питання про аргументування тлумачення права,¹⁶ чого не спостерігається щодо інших підходів до розуміння й дослідження правового аргументування – логічного й риторичного. Аргументування правозастосовного тлумачення є не лише практичним складником дослідження правового аргументування, а і вплетене в теоретичні й аналітичні моделі правової аргументації різних авторів. Проте практичний складник дослідження правової аргументації через діалектичний підхід перебуває поза межами цієї статті з огляду на обмеженість її обсягу.

Важливим питанням, що стосується **філософського рівня дослідження правової аргументації**, є питання про критерії раціональності правової аргументації згідно з діалектичним підходом. Тут доладність (*soundness*) аргументації означає її прийнятність (*acceptability*) для сторін. Як зазначив А. Аарніо, «раціональна прийнятність є властивістю остаточного результату процедури правового обґрунтування».¹⁷ Е. Фетеріс та Г. Кластергаус вважають, що в цьому підході дискусії мають узгоджуватися з *процесовим* критерієм раціональності. Для того щоб правове рішення вважали прийнятним, важливо, щоб учасники дотримувалися певних принципів, на конкретизацію яких висунуто певні правила.¹⁸ Р. Алексі, А. Печенік й А. Аарніо виклали такі принципи у спільній праці «Основа правового обґрунтування» (1981).¹⁹ До них належать: 1) принцип *логічної послідовності* тверджень, що їх висувають у раціональному дискурсі (відсутності суперечностей), це забезпечує мінімальний рівень когерентності; 2) принцип *когерентності* тверджень у раціональному дискурсі; 3) принцип

¹⁵ Herbert Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1994), 129.

¹⁶ Див, наприклад: Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, 234–50; Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1989), 195–228; Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification* (Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987), 67–77; Aleksander Peczenik, *On Law and Reason* (Dordrecht: Springer, 1989), 372–418; Douglas Walton, *Legal Argumentation and Evidence* (Pennsylvania: Pennsylvania State University Press, 2002), 184–94.

¹⁷ Aarnio, *The Rational as Reasonable*, 189.

¹⁸ Feteris and Kloosterhuis, “The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation,” 315.

¹⁹ Aulis Aarnio, Robert Alexy and Alexander Peczenik, “The Foundation of Legal Reasoning,” *Rechtstheorie*, band 21, no. 3 (1981): 266.

загальності (*generality*), який означає, що в раціональному дискурсі з подібним слід поводитися в подібний спосіб, який також забезпечує когерентність; наступні принципи стосуються поведінки учасників дискурсу: 4) принцип *чесності*, що означає, що учасники дискурсу повинні казати правду і не застосовувати насилля; 5) принцип *перевірності* (*testability*), який означає, що кожен мовець може тестувати підстави, що їх висувають інші учасники дискурсу на підтримку своїх точок зору; 6) принцип *ефективності* охоплює ефективність комунікації між людьми та ефективність цілей, встановлених у дебатах.²⁰

Крім того, питанням раціональності правової аргументації присвячено праці А. Печеніка й А. Аарнію. А. Печенік говорить про три різновиди раціональності морального й правового обґрунтування (логічну, сутнісну й дискурсну), зазначаючи, що йдеться про філософський рівень осмислення. Одна з них – логічна раціональність (*L-rationality*), яка є мінімальною вимогою, з його погляду. Логічна раціональність висновку означає, що він (1) логічно випливає із засновків, які є (2) логічно послідовними й лінгвістично правильними.²¹ А. Аарнію також веде мову про логічну раціональність і розглядає її як один із двох типів раціональності, який стосується такої форми обґрунтування, як логічне виведення, що підпорядковане певним правилам.²²

Наступним видом раціональності, що його виокремив А. Печенік, є сутнісна раціональність (*S-rationality*), яка становить основну ідею раціональності. Ідеальна сутнісна раціональність висновку означає, що він логічно випливає з висококогерентних засновків. Тому непослідовні й лінгвістично неправильні засновки не є S-раціональними. Але вимоги такої раціональності є вищими, ніж логічної, і це пов'язано з когерентністю.²³

Ще одним видом раціональності А. Печенік вважає дискурсну раціональність – D-раціональність (*D-rationality*). Остання означає, що висновок не буде спростовано в ідеальному дискурсі. D-раціональність охоплює S-раціональність та містить ще деякі додаткові вимоги. У деяких випадках і висновок, і його заперечення випливають з низки висококогерентних засновків. Можна сподіватися, що дискурс встановить, що важить більше.²⁴ А. Аарнію розглядає дискурсну раціональність як другий бік комунікативної раціональності поряд із логічною. Він розглядає її як таку, що пов'язана з дискурсом, що обґрунтовує засновки і є зовнішнім обґрунтуванням. L-раціональність і D-раціональність разом становлять раціональність у широкому сенсі.²⁵

Загалом концепція раціональності більшістю досліджених представників діалектичного підходу виражена імпліцитно. Вони не говорять про неї як таку, проте в їхніх

²⁰ Peczenik, *On Law and Reason*, 194.

²¹ Ibid, 56.

²² Aarnio, *The Rational as Reasonable*, 189.

²³ Peczenik, *On Law and Reason*, 57.

²⁴ Ibid.

²⁵ Aarnio, *The Rational as Reasonable*, 190.

теоретичних та аналітичних моделях можна простежити світоглядні аксіоматичні ідеї, притаманні саме критичній концепції раціональності.

Теоретична модель правової аргументації в діалектичному підході відрізняється в різних його представників, проте можна простежити певні подібні її ознаки щодо форми, структури, побудови аргументу та правил доладності аргументів. Вище ми вели мову про неї загалом, зараз же спробуємо схарактеризувати конкретніші моменти. Як зазначають Е. Фетеріс та Г. Кластергаус, у працях усіх визначних представників діалектичного підходу, як-от Р. Алексі, Н. Мак-Корміка, А. Аарнію, А. Печеніка, можна простежити розмежування *формального, матеріального та процесуального* аспектів правової аргументації. Вони розрізняють створення аргументів на двох рівнях – внутрішньому й зовнішньому (формальний та матеріальний аспекти разом) та реконструкцію аргументації у правових рішеннях. На рівні *внутрішнього обґрунтування* задіяно *формальні* аспекти: аргумент слід реконструювати як логічно правильний, такий, що складається з правової норми та фактів як засновків, рішення як висновку. На рівні *зовнішнього обґрунтування* основну роль відіграють *матеріальні* аспекти: чи можна факти чи правову норму, що використані у внутрішньому обґрунтуванні, вважати прийнятними? *Процесуальний аспект* правової аргументації охоплює певні правила правового аргументування в дискурсі, які конкретизують наведені вище принципи правового дискурсу.²⁶ Як бачимо, уже на рівні теоретичної моделі правового аргументування присутнє поняття реконструкції аргументації, що засвідчує деяку умовність виокремлення теоретичної й аналітичної моделей.

Представники діалектичного підходу по-різному підходять до питання про *форми аргументи*. Р. Алексі вирізняє такі форми аргументу: 1) щодо тлумачення; 2) щодо догматичної аргументації; 3) щодо вживання прецедентів; 4) щодо загального практичного обґрунтування; 5) щодо емпіричного обґрунтування; 6) так звані спеціальні форми аргументів. Кожній формі аргументу відповідають певні правила зовнішнього обґрунтування.²⁷ У кожній із цих груп ідеться і про форми, і про правила зовнішнього аргументування. При цьому правила щодо форми аргументів слугують лише частиною правил правового дискурсу. Крім них, Р. Алексі веде мову про правила загального практичного та правового дискурсів, до яких відносить: базові правила,²⁸ правила раціональності,²⁹ правила розподілу тягаря аргументування,³⁰ правила обґрунтування,³¹ правила переходу,³² правила внутрішнього правового обґрунтування,³³ правила зовнішнього правового обґрунтування.³⁴

²⁶ Feteris and Kloosterhuis, "The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation," 315.

²⁷ Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, 232.

²⁸ Ibid, 188–91.

²⁹ Ibid, 191–95.

³⁰ Ibid, 195–97.

³¹ Ibid, 202–05.

³² Ibid, 206.

³³ Ibid, 223–28.

³⁴ Ibid, 231–84.

Д. Волтон вивчає певні типи правдоподібних аргументів, які вважають або ще нещодавно вважали помилковими в логіці. Сучасні ж дослідження тяжіють до того, щоб усе більше показувати, що ці типи аргументів не завжди є помилковими, а в багатьох випадках вони, імовірно, надають підстави для зміни тягаря доведення у справі. Один аргумент такого типу може нічого особливо не доводити сам по собі. Але багато таких маленьких аргументів можуть створити склад аргументів, які змінюють тягар доведення. До таких аргументів належать: аргумент з позиції знання, аргумент з ігнорування, аргумент з прецеденту, аргумент від норми до конкретної справи, апелювання до думки експерта, апелювання до жалості, апелювання до страху, аргумент проти особи, причиново-наслідковий аргумент, аргумент, що ґрунтується на вербальній класифікації, аргумент з аналогії, аргумент, що ґрунтується на дефініції та аргумент небезпечного шляху. З погляду Д. Волтона, такі аргументи не лише часто використовують у юридичному контексті, але вони і є найбільш важливими та центральними серед аргументів, що їх застосовують у правовій аргументації.³⁵ Щодо кожного аргументу можна ставити критичні запитання й оцінювати його, зокрема у судовому процесі, який можна представити як переконувальний діалог. В останньому обидві сторони намагаються переконати суддю, але поряд із цим аргументують одна проти одної.³⁶

Теоретична модель Д. Волтона містить положення щодо того, який вид обґрунтування застосовний до правової аргументації. Дедукційне та індукційне обґрунтування мають позитивний тягар доказування, а правдоподібне обґрунтування є внутрішньо презумпційним за своєю природою. Коли засновки є правильними, вони змінюють вагу презумпції для прийняття висновку як підставної презумпції, якщо тільки нема доказів проти неї. Для прийняття правдоподібного виведення не потрібно наводити доказів на його підтримку. Натомість можна попросити прийняти його як робочу презумпцію з розумінням того, що, у разі наявності доказів проти неї, від неї можна відмовитися.³⁷

Н. Мак-Кормік веде мову про два типи позадедуктивних аргументів: причиново-наслідкові аргументи й аргументи з когерентності й послідовності, він конкретизує ці типи аргументів.³⁸

Як бачимо, діалектична теоретична модель правової аргументації найбільше працює із засобами правової аргументації – аргументами та правилами їхнього висунення й обміну ними, а також критичними запитаннями до них. Вона має комплексний характер, а на найбільш базовому рівні (у простих справах) пов'язана з дедукційним виведенням як елементом логічного підходу. Елементи риторичного підходу присутні у цій теоретичній моделі незначною мірою в деяких представників (зокрема, роль

³⁵ Walton, *Legal Argumentation and Evidence*, xvi–xvii.

³⁶ Ibid, 335.

³⁷ Ibid, 112.

³⁸ MacCormick, *Legal Reasoning*, 101–27.

риторики у Н. Мак-Корміка,³⁹ переконувальний діалог у Д. Волтона,⁴⁰ аудиторія в А. Аарніо⁴¹).

Усі інші особливості правового аргументування згідно з діалектичним підходом, вважаємо, стосуються реконструкції й оцінювання аргументації, тобто *аналітичної моделі правової аргументації*. Тут важливим спільним для всіх представників складником діалектичної моделі правового аргументування є розмежування особливостей реконструкції простих і складних справ. *Простими* вважають ті справи, у яких немає різних точок зору щодо фактів. У таких справах достатньо єдиного аргументу для обґрунтування рішення. Н. Мак-Кормік називає єдиний аргумент для простих справ *дедуктивним аргументуванням*, а А. Аарнію (пристаючи на позицію й термінологію Є. Рублевскі) – *внутрішнім аргументуванням*, яке, по суті, можна реконструювати як дедуктивний аргумент. *Складними справами* зазначені автори вважають ті, у яких сторони оспорюють факти чи норми права, що мають бути застосовані. У таких справах необхідно здійснювати тлумачення права й застосовувати ланцюжок аргументів (певну структуру аргументації. – Т. Д.). Н. Мак-Кормік називає ланцюжок аргументів, у якому обґрунтовано тлумачення правової норми, *аргументуванням другого порядку*.⁴² А. Аарнію називає такий ланцюжок аргументів (пристаючи на позицію й термінологію Є. Рублевскі) *зовнішнім аргументуванням*, яке є дискурсом за своєю природою. При цьому він визнає, що кожен аргумент у ланцюжку можна реконструювати як силогізм (тобто як внутрішню аргументацію). У цьому сенсі зовнішня і внутрішня аргументація взаємопов'язані між собою. Водночас увесь ланцюжок не є силогістичним. Адже немає силогістичних внутрішніх зв'язків між різними силогізмами в ланцюжку аргументів.⁴³ Р. Алексі називає увесь ланцюжок аргументів *внутрішнім аргументуванням*, а термін «*зовнішнє аргументування*» використовує для позначення аргументу щодо змісту засновків. Згідно з Р. Алексі, *внутрішнє аргументування* пов'язане з формальною реконструкцією засновків завершеного обґрунтування.⁴⁴

Те, скільки потрібно підпорядкованих аргументів для ефективної аргументації, залежить від кількості кроків, які необхідні для досягнення узгодженої позиції у дискусії. З погляду Р. Алексі, кількість необхідних самостійних аргументів є такою, яка

³⁹ Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning* (New York: Oxford University Press, 2010), 54.

⁴⁰ Walton, *Legal Argumentation and Evidence*, 249.

⁴¹ Aarnio, *The Rational as Reasonable*, 221–24.

⁴² Feteris and Kloosterhuis, "The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation," 315–16; Н. МакКормік розуміє під поняттям «обґрунтування другого порядку» (*second-order justification*) обґрунтування вибору між можливими конкурентними рішеннями справи; і цей вибір треба робити в межах специфічного контексту функціонування правової системи (MacCormick, *Legal Reasoning*, 101).

⁴³ Aarnio, *The Rational as Reasonable*, 121–22.

⁴⁴ Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, 221.

потрібна для того, щоб сторони погодилися, чи можна застосовувати правову норму до конкретної справи. З погляду А. Аарнію, необхідна така кількість аргументів, яка б дозволила усунути сумнів адресата аргументації. З погляду Н. Мак-Корміка, причиново-наслідковий аргумент має завжди поєднуватися з аргументом когерентності й послідовності. З погляду А. Печеніка, реконструюючи правове аргументування, слід показати всі трансформації. Аргументування складається з поєднання різних форм обґрунтування, у яких різні трансформації роз'яснюють.⁴⁵ Описуючи цей складник реконструкції правової аргументації, автори фактично говорять як про окремі аргументувальні схеми (аргументи), так і про структури аргументів (аргументації). Зазначені поняття є важливими складниками діалектичної теоретичної моделі правового аргументування, хоча й стосуються саме реконструкції аргументації, що ще раз засвідчує умовність їхнього розмежування.

Ще одним важливим поняттям аналітичної моделі діалектичного підходу до правового аргументування є поняття *імпліцитних засновок*. Як зазначають Е. Фетеріс та Г. Кластергаус, для того щоб завершити ланцюжок підпорядкованих аргументів, потрібно додати засновки, яких бракує (*missing premises*). Більшість авторів не вказують, як такі засновки можна віднайти. Р. Алексі лише вказує на те, що правове рішення має логічно випливати принаймні з однієї загальної норми поряд з іншими аргументами, але не конкретизує, як прихований засновок можна виявити. З опису, що його надали Р. Алексі й Н. Мак-Кормік, логічно випливає, що якщо загальна норма відсутня, її треба виявити. З погляду А. Аарнію, у зовнішній аргументації потрібно реконструювати ті елементи, що роблять завершеними силогізми, у яких обстоюють засновки внутрішньої аргументації. Завершений силогізм має бути реконструйовано для кожної ланки в ланцюжку аргументів. Згідно з А. Аарнію, усі приховані елементи неповних силогізмів мають бути виявлені. Часто, коли згадано лише висновок, обидва засновки мають бути додані. З погляду А. Печеніка, приховані елементи повинні бути додані на різних рівнях правового аргументування.⁴⁶ Поняття прихованих засновок є специфічним саме для діалектичного підходу, таким, що виникло в його межах для цілей реконструкції аргументації, але методологічно важливим поняттям для теорії правової аргументації загалом.

А. Аарнію, Р. Алексі, Н. Мак-Кормік та А. Печенік мають різні позиції щодо того, яка логічна система є найбільш прийнятною для реконструювання правової аргументації. Р. Алексі та Н. Мак-Кормік вважають, що правові аргументи, за допомогою яких обстоюють нормативні вимоги, можуть бути реконструйовані з використанням логіки предикатів з деонтичними операторами. А. Аарнію використовує логіку силогізмів для аналізу правових аргументів.⁴⁷ Проте в будь-якому разі саме та чи інша логічна

⁴⁵ Feteris and Kloosterhuis, "The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation," 316.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid, 317.

система слугує засобом реконструкції правової аргументації, що, як було зазначено, свідчить про комплексний характер діалектичного підходу до правової аргументації.

Наступним складником аналітичної моделі аргументування є його оцінювання. Для оцінювання матеріальних аспектів правової аргументації зазначені автори пропонують певні процедури. По-перше, є процедури для перевірки, чи засновок можна вважати таким, що належить до спільно визнаних правових вихідних положень. Як вказують Е. Фетеріс та Г. Кластергаус, для вирішення того, чи аргумент є прийнятним відповідно до правових стандартів, насамперед необхідно перевірити, чи аргумент є чинною нормою права. Норми чинного права вважають специфічною формою спільних правових вихідних положень. Для перевірки того, чи аргумент є нормою чинного права і, таким чином, спільним вихідним положенням, потрібно провести перевірку того, чи певна норма походить з визнаного правового джерела.⁴⁸ А точніше, чи аргумент *походить* із чинної норми права. Так ставлять питання насамперед А. Печенік й А. Аарнію. Д. Волтон пропонує новий діалектичний метод оцінювання аргументів, якщо їх вживають у юридичних контекстах: у кожному конкретному випадку визначати, чи аргумент є підставним чи помилковим. Якщо аргумент є слабким, але недостатньо для того, щоб бути помилковим, спеціальні критичні питання можуть уточнити конкретику такої слабкості.⁴⁹

Правові джерела, такі як закони, правові рішення, правова догматика та підготовчі матеріали законодавчої процедури, вважають специфічними видами джерел, що їх можна використати для оцінки правової аргументації. Спираючися на Г. Гарта, Н. Мак-Кормік доводить, що норми чинного права повинно бути ідентифіковано на основі «норм визнання», за допомогою яких можна встановити, чи правове джерело є чинним джерелом права. Згідно з А. Печеніком норми чинного права мають бути ідентифіковані за допомогою трансформації джерела, що дозволяє встановити, чи правове джерело є чинним джерелом права.⁵⁰

Загалом із-поміж усіх перелічених авторів А. Печенік та А. Аарнію приділяють джерелам права найбільшу увагу, вибудовуючи доктрину джерел права крізь призму їхньої ролі у правовому обґрунтуванні. А. Печенік поділяє джерела права на три види за ступенем обов'язковості: джерела, які необхідно застосувати; джерела, які слід застосувати, і джерела, які можна застосувати. Особливу увагу він приділяє правовим нормам, що стосуються джерел права та їхній ролі у встановленні того, чи джерело є чинним джерелом права. Він наситив свою доктрину великою кількістю емпіричного матеріалу щодо правового обґрунтування з урахуванням зазначених джерел права у практиці судів Швеції, що свідчить про його вихід і на практичний

⁴⁸ Feteris and Kloosterhuis, "The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation," 317.

⁴⁹ Walton, *Legal Argumentation and Evidence*, xvii.

⁵⁰ Feteris and Kloosterhuis, "The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation," 317.

рівень дослідження правової аргументації.⁵¹ При цьому йдеться не про джерела права в типовому для вітчизняної теорії права розуміння, а, можна сказати, про джерела обґрунтування права (або *джерела чинності права*, як висловився сам А. Печенік⁵²). Тому до класичних джерел (нормативного акта, звичаю, прецеденту (до речі, у дуже широкому розумінні), правової доктрини), він додав законодавчі підготовчі матеріали, зарубіжне право, проекти законів та чинне раніше право.

А. Аарніо розглядає джерела права дещо по-іншому – як джерела обґрунтування тлумачення права⁵³ в широкому й у вузькому сенсах. У вузькому сенсі такими є нормативні акти та – у випадку Фінляндії – звичаї земель. Вони є обов'язковими і становлять обов'язкову базу обґрунтування судових рішень. У широкому сенсі до джерел права він відніс майже ті ж, що й А. Печенік, окрім зарубіжного права, проектів законів та чинного раніше права. Проте він додав до переліку джерел загальні принципи права й моральні принципи, так звані реальні аргументи (до яких належать причиново-наслідкові аргументи на кшталт порівняння різних інтересів протилежних суспільних груп / сторін, державних та індивідуальних). Так само як в А. Печеніка, джерела права в А. Аарніо мають різний ступінь обов'язковості.⁵⁴ У концепції А. Аарніо зазначені джерела права покладено в основу правозастосовного тлумачення й побудови правотлумачних аргументів.⁵⁵ Як бачимо, цей складник оцінювання правової аргументації не лише дозволяє дійти висновку, чи «аргумент є чинною нормою права». Він дозволяє оцінити, чи аргумент походить із чинного (valid) джерела права або джерела обґрунтування права. Зазначене методологічне положення також є специфічним для теорії саме правової аргументації і не стосується аргументації загальної. Ба більше, воно дозволяє під іншим кутом зору розглянути й поняття джерела права, що є усталеним у вітчизняній юридичній доктрині.

Ще одним поняттям, що впливає на оцінювання правової аргументації в діалектичному підході, Е. Фетеріс й Г. Кластергаус вважають поняття *тлумачення права* як процедуру, що супроводжує правове обґрунтування у складних справах. Вони зазначають, що засновок не завжди прямо впливає з джерела права, часто необхідно застосувати *тлумачення*. Для того щоб з'ясувати, чи певна аргументація є прийнятною з погляду права, можна застосовувати різні *методи тлумачення*, зокрема семантичний, історичний, систематичний, телеологічний для з'ясування точного значення правової норми. Іншими методами є аргументи з аналогії, від супротивного (*argumentum a contrario*) та з досвіду (*argumentum a fortiori*).⁵⁶ Тут важливо уточнити, що йдеться насамперед про так зване правозастосовне тлумачення,

⁵¹ Peczenik, *On Law and Reason*, 313–29.

⁵² *Ibid*, 318.

⁵³ Aarnio, *The Rational as Reasonable*, 78.

⁵⁴ *Ibid*, 78–92.

⁵⁵ *Ibid*, 122–34.

⁵⁶ Feteris and Kloosterhuis, “The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation,” 317.

яке через складність справи здійснюють у процесі правозастосування. Саме це зумовлює специфічність інструментів такого тлумачення.

Р. Алексі вважає методи тлумачення аргументувальними схемами, що їх можна використати для пояснення певного тлумачення. Однак він не конкретизує, як аргумент у конкретній справі має бути реконструйовано у певній схемі аргументування. Також він не конкретизує, коли аргумент, який реконструюють за допомогою певної аргументувальної схеми, є чи не є прийнятним. На практиці може бути важко встановити, за якою схемою має бути реконструйовано певну аргументацію і які критичні питання мають стосунок до такого оцінювання.⁵⁷ Проте Р. Алексі пропонує логічну структуру канонів тлумачення. Він називає таку структуру *формами аргументів з тлумачення* (з семантичного, генетичного, телеологічного тлумачення; історичні, порівняльні, системні аргументи).⁵⁸ Окремо він говорить про роль канонів тлумачення (форм правотлумачних аргументів) у правовому дискурсі, пояснивши її в таких аспектах: 1) ступінь застосовності; 2) логічний статус; 3) вимога насичення; 4) різні функції різних форм; 5) проблеми їхньої порядковості; 6) вирішення питань про їхню порядковість у правовому дискурсі.⁵⁹

Д. Волтон вважає, що багато правового аргументування *пов'язано з тлумаченням законів та встановленням того, що таке право*. Таке правове аргументування зосереджено не на встановленні фактів конкретної справи, а на виявленні того, яким є право або яким воно повинно правильно бути. У такому разі, коли йдеться про те, як тлумачити текст дискурсу та як обходитися з двозначною, абстрактною й неясною мовою, важливими є уміння аргументування.⁶⁰ Слідом за Р. Самерсом, Д. Волтон запропонував 10 типів аргументів, що їх використовують для вирішення конфліктів тлумачення права під час правозастосування: 1) аргумент зі стандартного звичайного значення слів (зі словників, літературних праць чи судових рішень різних видів); 2) аргумент зі стандартного технічного значення слів (прийняте юридичне значення або значення терміна в певній галузі знань); 3) аргумент зі значення, що утворене контекстуальною гармонізацією, який враховує, як слова корелюють з іншими словами абзацу або ж формулюванням закону загалом; 4) аргумент із прецеденту, коли попереднє судове рішення містить тлумачення потрібних слів; 5) аргумент з аналогії закону, коли аргументують, наприклад, що слово слід тлумачити в певний спосіб, щоб подібні справи розглядали в подібний спосіб; 6) аргумент з когерентності юридичних понять; 7) аргумент з узгодженості з публічною політикою, яка може бути важливою для того, як тлумачити те чи інше слово чи словосполучення; 8) аргумент зі загальних правових принципів, які є релевантними; 9) аргумент зі значення законодавчих слів,

⁵⁷ Feteris and Kloosterhuis, "The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation," 318.

⁵⁸ Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, 235–301.

⁵⁹ Ibid, 244–50.

⁶⁰ Walton, *Legal Argumentation and Evidence*, 6.

яке розвивається історично і формується у системі; 10) аргументі з кінцевої мети закону. З-поміж інших видів аргументів, що їх називає Д. Волтон, є аргументи з логічної форми та аргументи, що ґрунтуються на різних видах правових джерел та норм.⁶¹

А. Печенік розглядає методи тлумачення права, в основі яких є підстави тлумачення (*interpretative reasons*) як різновиди методів правового обґрунтування. Підстави тлумачення, яких може бути дуже багато, слугують засновками для певного тлумачення, яке є висновком. Він веде мову про такі методи тлумачення: логічний (кожне судове рішення в індивідуальній справі повинно логічно випливати з загальної норми разом з обґрунтованими засновками),⁶² квазілогічний (послугується такими максимами: ніхто не повинен робити неможливе; ніхто не може передати більше прав, ніж йому належить; закон не має зворотної сили),⁶³ дослівне⁶⁴ (*literal*, аналог лінгвістичного тлумачення у вітчизняній теорії права, який охоплює значно ширший арсенал засобів-аргументів і правил. – Т. Д.), системний, телеологічний (об'єктивний та суб'єктивний),⁶⁵ а також точне (буквальне, обмежувальне, поширювальне) і коректувальне (редукція, створення більш загальної норми через аналогію закону)⁶⁶ тлумачення. Кожен з методів охоплює низку правотлумачних аргументів. Наприклад, системний метод тлумачення охоплює такі аргументи: використання одного положення для тлумачення іншого; тлумачення, зумовлене систематикою закону; тлумачення, зумовлене іншим типом концептуального аналізу; тлумачення, на яке впливають інші юридично-догматичні теорії.⁶⁷ Застосування аналогії права чи аналогії закону, які А. Печенік також вважає правотлумачними методами, використовують аргумент від супротивного (*argumentum e contrario*); аргумент із досвіду (*argumentum a fortiori*) у двох формах (якщо дозволено більше, то дозволено й менше; якщо заборонено менше, то заборонено й більше).⁶⁸

А. Аарніо також віддає тлумаченню права чільне місце у своїй моделі правової аргументації. Насамперед воно невіддільне від поняття джерел права і правового обґрунтування, має герменевтичну природу. Стандарт процедури правового обґрунтування охоплює, з його погляду, такі складники: стандарти граматичного тлумачення; поширювальне тлумачення; обмежувальне тлумачення; аргумент із досвіду у двох формах; принцип аналогії; висновки від супротивного. Він називає ці складники принципами тлумачення і приймає їхнє співвідношення у графічному вигляді, що його запропонував А. Печенік.⁶⁹

⁶¹ Walton, *Legal Argumentation and Evidence*, 8.

⁶² Peczenik, *On Law and Reason*, 379.

⁶³ *Ibid*, 380–81.

⁶⁴ *Ibid*, 382–83.

⁶⁵ *Ibid*, 404–18.

⁶⁶ *Ibid*, 388–91.

⁶⁷ *Ibid*, 384.

⁶⁸ *Ibid*, 392–404.

⁶⁹ Aarnio, *The Rational as Reasonable*, 101–06.

Отже, тлумачення права у контексті діалектичного підходу до правового аргументування не є тлумаченням права в розумінні вітчизняної доктрини. Як було зазначено вище – це правозастосовне тлумачення, зумовлене «відкритою текстурою права» (*open texture of law*) та «розмитістю природної мови» (*vagueness of natural language*), якою сформульоване право. Важливо, що у випадку необхідності тлумачення зв'язок між засновками й висновком є правдоподібним. Крім того, методи тлумачення не збігаються зі способами тлумачення, про які йдеться у вітчизняній доктрині. Натомість їх подано у вигляді аргументів (аргументувальних схем). Або ж певні правотлумачні аргументи наповнюють той чи інший метод тлумачення. Їхній перелік є різним у різних представників діалектичного підходу, але їхні сутність і призначення є подібними. Також варто зазначити, що різні реальні аргументи можна реконструювати у вигляді різних аргументувальних схем залежно від мети реконструювання й оцінювання аргументації, але це вже практичний рівень дослідження правової аргументації.

Як слушно підмітили Е. Фетеріс та Г. Клустергаус, А. Аарніо, Н. Мак-Кормік та А. Печенік ведуть мову про окремих складник в оцінюванні аргументації, суть якого полягає в оцінюванні того, чи результат процесу (у термінах А. Аарніо й Н. Мак-Корміка – «тлумачення», у термінах А. Печеніка – «правове рішення») аргументування відповідає нормам і цінностям певної правової спільноти. У теорії А. Аарніо тлумачення має узгоджуватися з нормами та цінностями, що їх поділяє певна правова спільнота чи конкретна аудиторія. З погляду Н. Мак-Корміка, тлумачення має бути когерентним із правовими принципами та має узгоджуватися з певними правовими нормами й прецедентами. У теорії А. Печеніка тлумачення має узгоджуватися з усіма правовими джерелами, нормами тлумачення, суперечливими нормами та з ґрундною (*Grundnorm*). Р. Алексі не вирізняє окремого компонента оцінювання результату дискусії. З його погляду, раціональність результату залежить від питання, чи дискусія відбувалася згідно з правилами проведення раціональних дискусій. Адже правила проведення дискусій уже містять вимогу, щоб аргументація була прийнятною відповідно до спільних вихідних положень. Це забезпечує когерентність остаточного результату з вихідними положеннями та цінностями, які поділяє правова спільнота.⁷⁰ Вважаємо, що зазначений складник оцінювання аргументації проводить місток між аналітичною моделлю аргументації та критичною концепцією раціональності. Адже він дозволяє оцінити елемент доладності (*soundness*) аргументації у цьому підході – її прийнятність для спільноти, а не лише для сторін.

II. Прагматодіалектичний підхід до правового аргументування

Близьким до діалектичного підходу є *прагматодіалектичний підхід* до правової аргументації. Останній характеризується тим, що розглядає правову аргументацію як *мовленнєвий акт*. Прагматодіалектика слугує основою для критичного осмислення

⁷⁰ Feteris and Kloosterhuis, "The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation," 318.

дискусії. Метою прагмадіалектичного підходу, з погляду Е. Фетеріс та Г. Кластергауса, є розвиток моделі для аналізу й оцінювання правової аргументації як специфічної, інституційованої форми аргументації. Цей підхід ґрунтується на ідеях Ф. Ван Ємюрена та К. Грутендорста, розвинутих у їхніх працях з прагмадіалектичної теорії аргументації. У працях 1990 та 1991 рр. Е. Фетеріс аналізувала правовий процес з погляду застосування правил критичної дискусії та описала, які саме стадії критичної дискусії та як саме представлено у правовому процесі.

Прагмадіалектична теорія аргументації є поєднанням прагматичного й діалектичного поглядів на аргументацію. У прагматичному аспекті аргументація розглядається як *орієнтована на ціль форма мови*, у якій аналізують кроки у критичній дискусії як мовленнєві акти, що виконують певну функцію у вирішенні спору. У діалектичному аспекті аргументацію вважають частиною критичного обміну кроками в дискусії, які мають за мету піддати критичному тесту позицію, яку обговорюють. Вирішення спору у критичній дискусії такого типу означає, що досягнуто рішення щодо того, чи протагоніст успішно захистив свою позицію на основі спільних правил та вихідних позицій проти критичних реакцій антагоніста або чи антагоніст успішно атакував ці позиції.⁷¹ Прагмадіалектика є не лише цілком сумісною з логікою висловлювань, а включає таку логіку, посилаючись на окремі її положення, зокрема вимагаючи послідовності складних позицій у дебатах.⁷²

Прагмадіалектична теоретична модель та реконструкція аргументації. На думку Е. Фетеріс та Г. Кластергауса, ядром прагмадіалектичної теорії є два компоненти – ідеальна модель для критичної дискусії та код поведінки для раціональних дискусантів. В ідеальну модель включено стадії, які потрібно пройти, щоб полегшити вирішення спору, та різні акти промов, які включено в цей процес. У коді поведінки для раціональних дискусантів конкретизовано правила для вирішення спорів відповідно до ідеальної моделі. Ці правила визнають право представляти та передавати сумнів щодо висловленої точки зору, право та обов'язок обстоювати точку зору засобами аргументації, право обстоювати точку зору, яку було успішно захищено відповідно до спільних вихідних позицій та методів оцінювання, а також обов'язок сприйняти точку зору, яку захищено в такий спосіб.⁷³ Така модель формує евристичний інструмент для пошуку елементів, що слугують для виконання функції у процесі вирішення спору і, таким чином, виявляє елементи, важливі для вирішення спору.⁷⁴

Із зазначеного випливає, що у прагмадіалектичній теоретичній моделі поняття дискурсу замінено на поняття критичної дискусії, а домінівним є прагматичний складник. Тобто він більше стосується аргументування, а не аргументації.

⁷¹ Feteris and Kloosterhuis, "The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation," 319.

⁷² Hendrik Kaptein, "Legal Progress Through Pragma-Dialectics? Prospects Beyond Analogy and E Contrario," *Argumentation* 19 (4) (2005): 498–99.

⁷³ Feteris and Kloosterhuis, "The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation," 320.

⁷⁴ *Ibid.*

В оцінюванні аргументації має бути відповідь на запитання про те, чи *аргументи можуть витримати раціональну критику*. Для цього потрібно звернутися до таких питань, що є найважливішими для вирішення відмінності позицій: 1) точки зору щодо певного питання, що проявляються у відмінностях поглядів та позицій сторін; 2) аргументів, що надані сторонами (прямо чи непрямо); 3) аргументувальної структури аргументів, зв'язків між аргументами; 4) аргументувальних схем, що використані в аргументації (симптоматична аргументація, аргументація за аналогією, аргументація наслідками); 5) дотримання правил критичної дискусії.⁷⁵

При оцінюванні змісту аргументації встановлюють, чи різні частини аргументації успішно захищено щодо відповідних критичних положень. Насамперед встановлюють, чи аргументувальні схеми правильно обрано й застосовано. Для кожної схеми аргументації є низка критичних питань, відповідь на які має бути задовільною для того, щоб аргументацію можна було вважати прийнятною. При оцінюванні процедури дискусії встановлюють, чи один або два учасники припустилися помилки, яка може вважатися порушенням правила дискусії, а також того, якою мірою таке порушення перешкодило вирішенню спору.⁷⁶

Для прагматодіалектичного підходу характерне поєднання діалектики з риторикою. Аргументувачі не лише намагаються вирішити відмінність у поглядах у раціональний спосіб, але й завоювати прихильність цільової аудиторії. Той спосіб, у який аргументувачі намагаються узгодити ці цілі, Ф. Ван Ємюрен та П. Гутлусер називають *стратегічним маневруванням* – аргументувачі намагаються пристосувати вибір топічного потенціалу схем аргументації та вихідних позицій, які є прийнятними з погляду діалектики, для їхніх риторичних цілей переконати аудиторію.⁷⁷

М. Аньєс Ван Різ описав процедуру прагматодіалектичної реконструкції аргументації. Насамперед слід з'ясувати, чи речення, які аналізують, є аргументацією: чи є в них точка зору й аргумент на захист точки зору. Навіть якщо речення сформульовані як питальні, це може бути точка зору у вигляді риторичного питання, на що може вказувати відсутність у реченні питального слова. На наступному етапі реконструкції слід з'ясувати, чи встановлені елементи аргументації пов'язані між собою. Це роблять за допомогою приписування автору імпліцитного засновку, який об'єднує речення з аргументуванням.⁷⁸

Отже, прагматодіалектичний підхід виходить із розуміння правової аргументації як частини критичної дискусії. У цьому підході у процес аргументування вводять поняття «стратегічного маневрування». Він є поєднанням риторичного й діалектичного. Хоча

⁷⁵ Feteris and Kloosterhuis, "The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation," 320.

⁷⁶ Ibid, 321.

⁷⁷ Див.: Ibid, 321.

⁷⁸ М. Аньєс Ван Реєс, "Интерпретация и реконструкция аргументации," в *Важнейшие концепции теории аргументации*, пер. с англ. В. Ю. Голубева, С. А. Чахоян, К. В. Гудковой, науч. ред. А. И. Мигунов (Санкт-Петербург: Филологический факультет СПбГУ, 2006), 228–29.

цей підхід і надає прийнятний інструментарій для аналізу правової аргументації, проте навряд чи його евристичний потенціал для дослідження правової аргументації є вищим, ніж у діалектичного.

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

Діалектичний підхід більш придатний для дослідження правової аргументації в «контексті обґрунтування», а не в «контексті виявлення». З огляду на це діалектичний підхід (на відміну від риторичного) «має справу» насамперед із правовою аргументацією як результатом процесу правового аргументування. Він спрямований на реконструкцію й оцінювання правової аргументації засобами цього підходу.

Про діалектичний підхід до правового аргументування й правової аргументації йдеться за наявності таких ознак: 1) на філософському рівні автор відштовхується від критичної концепції раціональності, що спричиняє до прийняття стандарту раціональності, у якому критерієм доладності правової аргументації є її прийнятність для сторін (а іноді й правової спільноти); 2) діалектичні теоретичні моделі правового аргументування, що їх розробляють представники цього підходу, є ідеальними моделями правової аргументації і (а) містять правила побудови аргументів (аргументувальних схем), які об'єднують у структури аргументації, (б) містять правила й стандарти прийнятності аргументів для сторін, (в) розглядають такі аргументи в інтерсуб'єктивній аргументувальній діяльності – правовому дискурсі чи діалозі, що дозволяє систематично тестувати їхню прийнятність;

3) на емпіричному рівні дослідження правової аргументації крізь призму діалектичного підходу є чітке розмежування емпіричного рівня досліджень на аналітичний та практичний компоненти. Практичний компонент означає аналіз засобами теоретичної й аналітичної моделей конкретного аргументування. Реконструкція та оцінювання аргументації наповнюють аналітичну модель правової аргументації. Реконструкцію аргументації спрямовано на виявлення стадій аргументування, імпліцитних засновків аргументів, їхньої структури та схем аргументування (ланцюжків аргументів). При оцінюванні ж правової аргументації надають відповідь, чи аргумент є чинним джерелом права або обґрунтування права. Крім того, оцінюють прийнятність аргументу також за допомогою методів тлумачення, які конкретизовано у правотлумачних аргументах.

Діалектичний підхід на рівні теоретичної моделі і/або на рівні реконструювання аргументів містить елементи підходу логічного (через демонстраційно-дедуктивну модель вирішення так званих простих справ та через реконструкцію аргументів засобами тієї чи іншої логіки) та/чи риторичного (через поняття переконування аудиторії, топів у прагмадіалектичному різновиді діалектичного підходу).

Діалектичний та прагмадіалектичний підходи до правового аргументування приділяють значну увагу мові аргументів, а саме тим мовним засобам, що їх використовують для побудови аргументів. Це зумовлено як необхідністю реконструювання

прихованих засновків, так і тим, що основоположним поняттям діалектичного підходу є тлумачення права. Саме неодмінна потреба у тлумаченні права, а нерідко й фактів у складних справах зумовлює герменевтичну природу правового аргументування у діалектичному підході. Тут «працюють» і передрозуміння, і горизонт розуміння сторін, і герменевтична спіраль поглиблення розуміння через правове аргументування. Саме у діалектичному підході це врегульовано правилами раціонального дискурсу, а засоби аргументування дозволяють досягати нового розуміння через аргументування. І що найважливіше – останнього досягають не інтуїтивно, а завдяки чітким і конкретним правотлумачним аргументам, що наповнюють методи тлумачення. При цьому зв'язок між передрозумінням (засновками) і результатом аргументування (інтерпретацією) є не дедуктивним, а правдоподібним.

Аналіз діалектичних теоретичних моделей правового аргументування й особливостей реконструювання аргументації згідно з діалектичним 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 діалектичним підходом *правове аргументування* – це форма раціональної комунікації декількох суб'єктів – носіїв незбіжних оцінок (інтерпретацій) для досягнення у процесі взаємної дискусії консенсусу щодо прийнятності юридично значущих висновків. *Правова аргументація* – це результат цього процесу, тобто досягнутий унаслідок такої дискусії консенсус щодо прийнятності юридично значущих питань.

© Т. Дудаш, 2020

Bibliography

- Aarnio, Aulis, Robert Alexy, and Alexander Peczenik. "The Foundation of Legal Reasoning." *Rechtstheorie*, band 21, no. 3 (1981): 257–79.
- Aarnio, Aulis. *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987.
- 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.
- 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.
- Feteris, Eveline, and Harm Kloosterhuis. "The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation: Approaches From Legal Theory and Argumentation Theory." *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric* 16 (29) (2009): 307–31.
- Grabowski, Andrzej. "Dyskurs prawniczy jako szczególny przypadek ogólnego dyskursu praktycznego." Accessed September 1, 2020. https://www.academia.edu/17054661/Dyskurs_prawniczy_jako_przypadek_szczególny_ogólnego_dyskursu_praktycznego.

- Hart, Herbert. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- Kaptein, Hendrik. "Legal Progress Through Pragma-Dialectics? Prospects Beyond Analogy and E Contrario." *Argumentation* 19 (4) (2005): 497–507.
- Kistianyk, Volodymyr. "Legal Argumentation: Modern Approaches to Its Understanding in Foreign Studies." *Naukovizapysky NAUKMA* vol. 129 Yurydychni nauky (2012): 20–22 (in Ukrainian).
- Koziubra, Mykola. "Theory of Legal Argumentation." In *General Theory of Law*, edited by Mykola Koziubra, 264–85. Kyiv: Vaite, 2015 (in Ukrainian).
- MacCormick, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- MacCormick, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*. New York: Oxford University Press, 2010.
- Peczenik, Aleksander. *On Law and Reason*. Dordrecht: Springer 1989.
- Shcherbyna, Olena. *Logic and Legal Argumentation*. Kyiv: Vyd.-polihr. tsentr "Kyiv. un-t", 2013 (in Ukrainian).
- Tytov, Volodymyr. "Basic Western Theories of Legal Argumentation." *Filosofia prava i zagal'na teoriâ prava* 1–2 (2014): 193–201. <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2014.1-2.182834> (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*, edited by A. Migunov, 14–34. Translated by V. Golubyeva, S. Chachoyan, K. Gudkova. Saint-Petersburg: Filologicheskij fakul'tet SPBGU, 2006 (in Russian).
- Van Rees, M. Agnes. "Argument Interpretation and Reconstruction." In *Crucial Concepts in Argumentation Theory*, edited by A. Migunov, 198–238. Translated by V. Golubyeva, S. Chachoyan, and K. Gudkova. Saint-Petersburg: Filologicheskij fakul'tet SPBGU, 2006 (in Russian).
- Walton, Douglas. *Legal Argumentation and Evidence*. Pennsylvania: Pennsylvania State University, 2002.
- Wojciechowski, Marek, and Kamil Zeidler. "Teorie argumentacji prawniczej." In *Wielka encyklopedia prava*. Tom VII. Teoria i filozofia prava. Warszawa, 2016.
- Wronkowska, Sławomira, and Zygmunt Ziemiński. *Zarys teorii prava*. Poznań: Ars boni et aequi, 2001.
- Yurkevych, Olena, ed. *Legal Argumentation: Logical Research*. Kharkiv: Vyd. Ivanchenko I. S., 2012 (in Ukrainian).

Тамара Дудаш. Діалектичний підхід до правового аргументування й правової аргументації
Анотація. Метою статті є виявлення діалектичної (критичної) теоретичної моделі правового аргументування та особливостей реконструкції й оцінювання аргументів, що його пропонує цей підхід. З'ясовано, що діалектичний підхід стосується насамперед правової аргументації як результату правового аргументування. Прагмадіалектичний підхід більше націлено на правове аргументування, адже у нього вплетено елементи риторичного підходу. Сформульовано ознаки діалектичного підходу до правового аргументування. З'ясовано, що в діалектичному підході до правової аргументації дуже яскраво відкривається герменевтична природа правового обґрунтування, яке супроводжує тлумачення права. Запропоновано визначення понять правового аргументування й правової аргументації згідно з діалектичним підходом.

Ключові слова: діалектичний підхід; правове аргументування; правова аргументація; діалектична теоретична модель правого аргументування; діалектична аналітична модель правової аргументації; критична концепція раціональності.

Тамара Дудаш. Диалектический подход к правовому аргументированию и правовой аргументации

Аннотация. Цель статьи – выявить диалектическую теоретическую модель правового аргументирования, а также особенности реконструкции и оценивания аргументов в данном подходе. Установлено, что диалектический подход касается правовой аргументации как результата процесса аргументирования. Сформулированы признаки диалектического подхода к правовому аргументированию. Артикулировано, что в диалектическом подходе к правовой аргументации очень ярко проявляется герменевтическая природа правового обоснования, которое сопровождает толкование права. Предложены определения понятий о правовом аргументировании и правовой аргументации в соответствии с данным подходом.

Ключевые слова: диалектический подход; правовое аргументирование; правовая аргументация; диалектическая теоретическая модель правового аргументирования; диалектическая аналитическая модель правовой аргументации; критическая концепция рациональности.

Tamara Dudash. Dialectical Approach to Legal Arguing and Legal Argumentation

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

Dialectical approach to the research of legal argumentation should include philosophical, theoretical, empirical components. Philosophical component of legal argumentation research consists in the critical conception of rationality i.e. the philosophical axiomatic idea about rationality of legal argumentation, which is systematically tested within discourse or critical discussion. Dialectical theoretical model of legal argumentation ensures mutual acceptability of legal argumentation by the parties. Dialectical approach deals with legal argumentation mainly in the “context of justification”. Dialectical approach to legal arguing implies specific standard of soundness of the argumentation – acceptability standard. Empirical component of legal argumentation includes reconstruction of argumentation and its weighting (analytic component) as well as analysis of particular legal reasoning (practical component). Dialectical approach highlights hermeneutical nature of legal reasoning.

Dialectical approach to legal argumentation let us assume some ontological issues concerning legal argumentation. Legal argumentation is considered as the form of rational communication of particular persons to reach mutual acceptability of legally important conclusions within the procedure of discussion. Legal argumentation is the result of such impact embodied in acceptability of legally binding issues within the procedure of rational discussion.

Keywords: legal argumentation; legal arguing; dialectical approach; critical conception of rationality; dialectical theoretical model of legal arguing; dialectical analytical model of legal argumentation.

Одержано/Received 03.09.2020

КАТЕГОРІЯ «ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ» У ГУМАНІТАРНИХ НАУКАХ ТА ЮРИСПРУДЕНЦІЇ: МУЛЬТИДИСЦИПЛІНАРНИЙ ПІДХІД

Вступ

Аналіз категорії «відповідальність» у гуманітарних науках і юриспруденції на засадах мультидисциплінарного підходу¹ неможливий без звернення до її розуміння в таких галузях знань, як філологія (зокрема напрямок «етимологія»), філософія (у першу чергу її розділ «етика»), психологія особистості, юриспруденція (правознавство), та їх впливу на застосування цієї категорії в юридичній практиці.²

Застосування категорії «відповідальність» у юриспруденції сягає глибини століть, а проблема її тлумачення цікавить філософію / теорію права і юридичну практику здавна. Юдейсько-християнське віровчення від Авраама до настанов Ісуса Христа й Апостола Павла, філософські роздуми Платона, Гіппократа і Арістотеля, Гая і Авіценни, Томи Аквінського, Канта і Гегеля так чи інакше торкались сутності цієї категорії як у загальнофілософському контексті, так і у філософії права як феномену створення балансу суспільних відносин тих часів.

Історія філософії та релігій (особливо – юдейства і християнства) від часів античності до майже середньовіччя свідчить, що ідея *відповідальності людини* народжувалась і розвивалась у безпосередньому зв'язку з ідеями *свободи*: волі, прийняття рішень, діяльності.³ Розуміння *відповідальності* часто-густо залежало від усвідомлення

* Володимир Миколайович Сущенко, кандидат юридичних наук, доцент, науковий консультант з правових питань, Український центр економічних та політичних досліджень ім. О. Разумкова. Volodymyr Sushchenko, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Scientific Consultant on Legal Issues, Ukrainian Center for Economic and Political Studies Named after O. Razumkov. e-mail: rulelaw10@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7365-8570>

¹ Запропонований у статті мультидисциплінарний підхід до розуміння категорії «відповідальність» є запрошенням автора до подальшої дискусії щодо можливої зміни її тлумачення і застосування як у теорії, так і у практиці юриспруденції.

² Використовуючи у статті термін «юриспруденція», автор сприймає його як поєднання теорії права і юридичної практики, синонімом якого є також термін «правознавство». «Теорія права» – наукові знання про сутність права як феномену створення і підтримання балансу інтересів людини і суспільства в процесі їх взаємодії. «Юридична практика» – реалізація прав і основоположних свобод людини в її повсякденному житті, включаючи діяльність спеціально створених інститутів держави і громадянського суспільства.

³ Див., наприклад: *Антологія мирової філософії*: в 4 т. Т. 2 (Москва: Мысль, 1969), 360; *Філософія права*. Учебник, ред. Олег Данильян (Москва: Эксмо, 2005), 416.

людиною власної свободи. Таким чином, *свобода* ставала однією з умов *відповідальності*, а *відповідальність*, у свою чергу, – одним із проявів *свободи*, тобто людина має право приймати рішення і вчиняти певні дії відповідно до своїх думок та інтересів, але зобов'язана відповідати за їх наслідки і не повинна переказувати власну провину за негативні наслідки результатів таких рішень і дій на інших. Зокрема, Сократ (за свідченнями Платона) вважав, що в усіх випадках, коли перед свідомо діючою людиною виникають альтернативи щодо власної поведінки, її вибір відбувається на основі *відповідальності*, підкреслюючи, що ті люди, які помиляються у виборі між добром і злом, не повною мірою усвідомлюють власну відповідальність і тому вчиняють помилкові дії.⁴ У свою чергу Платон пов'язує розуміння *відповідальності* з дотриманням (виконанням) законів держави, які, на його думку, є «дійсними виразниками свободи».⁵ Аристотель, розкриваючи феномен *відповідальності* стверджує, що людина може вчиняти як благопристойні, так і негідні вчинки і що саме від самої людини залежить характер її поведінки, за результатами якої їй віддають пошану або покарання за рішенням суду.⁶ Таким чином, антична філософія (етика), аналізуючи, що є найвищим благом для досконалої особи і яким чином це благо реалізується, стверджує, що людина повинна оцінювати свої вчинки не лише з точки зору оточуючих, але й з позицій власного морального ставлення до них.⁷

Категорія «відповідальність» існує та живиться, напевно, з тих прадавніх часів, коли людство почало розмірковувати щодо змісту свого співіснування у світі та на-працьовувати правила такого співжиття, що перетворилися на моральні, а з часом – і на правові норми поведінки кожної окремої людини та людських спільнот. Сьогодні це поняття широко використовується як у суто практичній, щоденній життєдіяльності людини, так і, в першу чергу, у соціогуманітарних науках, зокрема у філософії, етиці, психології, соціології, політиці, економіці, правознавстві.

Стан розробки категорії «відповідальність» у різних наукових сферах взагалі та «юридичної відповідальності» зокрема спонукає до їх філософсько-правового осмислення, що полягає в можливому формуванні міждисциплінарного та універсального підходу до їх розуміння. Цей підхід зумовлює розв'язання такого комплексу завдань:

- дослідження *етимології* терміна «відповідальність»;
- аналіз еволюції наукових поглядів щодо поняття «відповідальність» у контексті таких філософських, психологічних і правових категорій: *свобода, право, зобов'язання, необхідність, примус, покарання, заохочення*;

⁴ Див., наприклад: Марія Фюрст і Юрген Трінкс, *Філософія*, пер. з нім. Вахтанга Кебуладзе (Київ: Дух і літера, 2018), 544.

⁵ Платон, *Собрание сочинений*: в 4 т. Т. 3 (Москва: Мысль, 1999), 560.

⁶ Аристотель. *Сочинения*: в 4 т. Т. 4 (Москва: Мысль, 1984), 830.

⁷ Див.: *Філософія права. Хрестоматія*: Учебное пособие для студентов высших учебных заведений, ред. Н. И. Панов (Киев: Ин Юре, 2002), 692.

– усвідомлення відповідальності як однієї з якісних *рис психічної та моральної (етичної) характеристики особистості* у контексті наслідків її реалізації у повсякденному житті.

З метою розв'язання цих завдань має сенс відповісти на декілька запитань, що постають перед будь-яким дослідником, який цікавиться проблемою змісту і функціонування категорії «відповідальність» як у теоретичному, так і в практичному аспектах. Такі запитання будуть сформульовані автором у подальшому в окремих розділах цієї статті.

I. Етимологічна характеристика категорії «відповідальність»

Відомо, що в основу понять / дефініцій будь-яка наука покладає відповідні слова-терміни, які увійшли у мовний обіг. Тому, досліджуючи природу походження категорії «відповідальність», має сенс здійснити порівняльний аналіз етимологічних значень цього терміна в українській та в окремих мовах міжнародного спілкування, зокрема англійській, французькій, німецькій та російській.

Точну дату виникнення слова «відповідальність» в українській мові важко назвати, оскільки в Етимологічному словнику української мови іменник *відповідальність* відсутній, однак є такі слова, як *відповідальний*, *відповідати*, *відати*, що походять від старослов'янських *вѣдѣти*, *вѣмѣ*, що сучасною мовою означають «знати», яке, у свою чергу, споріднене з латинським *videre* («бачу, бачити») і давньоіндійським *veda* («знаю»).⁸ У Словнику української мови слово *відповідальність* визначається як «покладений на когось або взятий на себе обов'язок відповідати за певну ділянку роботи, справу, за чийсь дії, вчинки, слова».⁹ Таким чином, «відповідальність» тлумачиться як певний обов'язок, що нав'язаний ззовні або прийнятий особою самостійно. Таке тлумачення цілком слушно вказує на два аспекти відповідальності – *об'єктивний* і *суб'єктивний*. Об'єктивний аспект категорії «відповідальність» полягає в тому, що людина надає відповідь на запит свого оточення (людини, спільноти, інституції / органу) щодо висловлених думок і використаних при цьому слів, а також щодо власної поведінки (вчинку/вчинків), намагаючись пояснити їх природу і зміст. Суб'єктивний аспект цієї категорії пов'язаний із внутрішньою оцінкою людиною власних думок, слів, поведінки та їх природи і змісту, тобто таким чином людина «звітується сама перед собою». Ідеальним є варіант, коли *об'єктивний* і *суб'єктивний* аспекти відповідальності співпадають / тотожні, хоча в реальному житті таке споріднення / тотожність існує далеко не завжди.

Аналіз етимології слова *відповідальність* в англійській, французькій, німецькій та російській мовах свідчить, що це слово з'явилося в них відносно нещодавно. При цьому слід зауважити, що значення цього слова в англійській та французькій мовах

⁸ *Етимологічний словник української мови*: у 7 т. Т. 1 (Київ: Наукова думка, 1982), 390–91, 394.

⁹ *Словник української мови*: у 20 т. Т. 2 (Київ: Наукова думка, 2012), 457.

дуже близькі. Можливо, через те, що англійці запозичили прикметник *responsible* із давньофранцузької мови.

В англійській мові іменник *responsibility* вперше зустрічається у тексті, датованому 1787 р., а прикметник *responsible* – у 1502 р.¹⁰ Згідно з *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English* термін «responsibility» означає: «1) стан або обставину, які роблять особу відповідальною; 2) обов'язок, за яким особа несе відповідальність».¹¹

Згідно зі словником Роберта Пола іменник *responsibility* (відповідальність) у французькій мові вперше зустрічається близько 1783–1784 рр., а прикметник *responsible* (відповідальний) – у 1284 р.¹²

За Німецьким словником братів Грімм іменник *der Verantwortung* вживається з другої половини XV ст. Рік появи прикметника *verantwortlich* не встановлено. На відміну від французького й англійського аналогів, німецький відповідник у перекладі українською має додаткові значення, а саме *der Verantwortung* означає: «1) дію заради виправдання, або ж захист, виправдання перед судом; 2) стан відповідальності, при якому відповідальна поведінка особи уявляється як єдино можлива».¹³

Стосовно російського слова *ответственность*, то в першому виданні «Словаря Академии Российской» цього слова взагалі немає. У другому виданні цього ж словника дається лише прикметник *ответственный* зі значенням «требующий ответственности, хлопотливый». У словнику Володимира Даля під словом *ответственность* розуміється обов'язок «відповідати за щось, ручатися за когось, обов'язок звітуватися».¹⁴ В «Словаре современного литературного русского языка» слово *ответственность* тлумачиться як покладений на когось або взятий на себе «обов'язок звітувати» у своїх діях та брати на себе провину за можливі їх негативні наслідки.¹⁵

Необхідно додати, що, крім вищезазначених варіантів тлумачення та вживання слова *відповідальність*, в українській мові воно інтерпретується ще як «серйозність, важливість справи, моменту тощо». Часто також говорять про необхідність виховання «почуття відповідальності», тому «відповідальність» розглядається також і як певна риса характеру людини,¹⁶ що, на мій погляд, суттєво доповнює розуміння цього терміна не лише як «наявність обов'язку» надавати відповідь стосовно власних думок, слів і поведінки, але

¹⁰ James A. H. Murray, ed. *The Oxford English Dictionary*. Vol. VIII (Oxford, 1969), 542.

¹¹ *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English*, 5th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2000), 1000.

¹² Paul Robert, ed. *Dictionnaire alphabétique et analogues de la langue française*. T. 5 (Paris, 1980), 854.

¹³ Jacob Grimm und Wilhelm Grimm, *Deutsches Wörterbuch*. BD XII/I (München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 1999), 81–82.

¹⁴ Владимир Даль, *Толковый словарь живого великорусского языка*. Т. 3 (Москва: Русский язык, 1978), 1292–93.

¹⁵ *Словарь современного русского литературного языка*. Т. 8 (Москва, Ленинград: Изд-во АН СССР, 1959), 1271–74.

¹⁶ *Словник української мови*, 457.

і є свідченням такої риси характеру людини, як «здатність / спроможність її надавати», тобто засвідчує психологічну характеристику (психічний статус) особистості.

Таким чином, можна зробити висновок, що, за виключенням певних несуттєвих відмінностей, значення слова *відповідальність* в англійській, французькій, німецькій, російській та українській мовах співпадає. У цих (та інших європейських) мовах термін «відповідальність» пов'язаний із виконанням особою певного *обов'язку*, взятого на себе добровільно або ж покладеного на неї, та необхідністю або бажанням *звітувати* за результати його виконання.

II. Філософсько-етична характеристика категорії «відповідальність»

На відміну від повсякденної мови, у загальній філософії, етиці та філософії права термін «відповідальність» почав використовуватися набагато пізніше. Видається, що зрозуміти сучасне філософсько-етичне та правниче тлумачення терміна «відповідальність» неможливо без аналізу історичного розвитку цього поняття як у філософії, етиці, психології, так і у філософії та теорії права.

Серед представників західної філософської науки останніх десятиліть, які досліджували «відповідальність» як категорію філософської етики, можна назвати імена Дитріха Бонхеффера, Френсіса Герберта Бредлі, Мартина Бубера, Ганса Йонаса, Еммануеля Левінаса, Джона Стюарта Мілля, Еммануеля Муньє, Поля Рікера, Жан-Поля Сартра, Юргена Габермаса, Альберта Швейцера, Карла Ясперса.

Філософи з країн колишньої Російської імперії (СРСР) і сучасної України: Тетяна Аболіна, Рубен Апресян, Генріх Батищев, Андрій Баумейстер, Євген Бистрицький, Володимир Звіглянич, Анатолій Єрмоленко, Олександр Кульчицький, Олександр Плахотний, Сергій Максимов, Віктор Малахов, Віталій Табачковський та ін., – зробили свій вагомий внесок в осмислення цієї категорії, привертаючи увагу до історичної і культурологічної особливості та індивідуального / персоніфікованого характеру відповідальності.¹⁷

Так, наприклад, сучасний український філософ Андрій Баумейстер у своїй аналітичній статті, присвяченій походженню та інтерпретації латинського терміна IMPUTATIO (у дослівному перекладі українською означає «осудність, увідповідальнення»), зазначає:

Хоча *imputation* є одним з підставових понять теології і практичної філософії, його сьогоднішнє розуміння пов'язане з певними проблемами, які можна визначити за допомогою трьох аспектів неперекладності. Перший аспект – це ... забування головних засад

¹⁷ Обсяг статті не дозволяє приділити увагу аналізу робіт усіх названих у статті авторів, і тому увага в ній зосереджується на роботах тих із них, які дозволяють надати додаткові аргументи до власних поглядів автора. Крім аналізу окремих робіт, автор тут і в подальшому звертається також до текстів різних словників – як узагальненої, концентрованої форми наукових знань у галузі філософії, психології та юриспруденції.

моральної та правової традиції Заходу... Йдеться про теологічний і онтологічний фундамент таких понять, як «гідність особи», «вільний вибір», «свободна воля», «обов'язок», «провина», «відповідальність» тощо... Тепер ми можемо його знайти головним чином у кримінальному праві.¹⁸

Філософ, аналізуючи в цій статті значення терміна «*imputatio*» у європейських мовах і його походження, звертає увагу, що він має *три джерела* походження: «Це (1) грецька філософська традиція, (2) політико-правова традиція Риму, та (3) юдео-християнська релігійна традиція».¹⁹ Визначаючи ці *три джерела* походження терміна і пов'язуючи їх (за Арістотелем) між суб'єктом (людиною. – В. С.) та дією, де «Людина – принцип, батько, господар своїх вчинків», А. Баумейстер підкреслює: «У римському праві *відповідальність* (курсив мій. – В. С.) особи витлумачується як юридична відповідальність. Бути відповідальним означає бути суб'єктом права, бути особою на відміну від речі».²⁰ Важливим і корисним є аналіз автора щодо поєднання цих *трьох джерел* у християнському вченні про «відповідальність особи» та його висновок про те, що формулювання «Декрету про виправдання», прийнятого 13 січня 1547 р. на Тридентському Соборі: «...мають за мету відстояти людську свободу, обґрунтувати спроможність людини добровільно співпрацювати з Богом і нести **відповідальність** (напівжир. – В. С.) за власні вчинки».²¹ Завершуючи свою статтю, А. Баумейстер доходить висновку і формулює запитання про те, що:

Термін *imputatio* дозволяє бачити в центрі будь-якого вчинку особу (*persona*) з її багатим внутрішнім світом... Внутрішній зв'язок Я і його вчинків не піддається емпіричній дескрипції. Цей зв'язок ми вже повинні припускати (і лише припускати) у кримінальному праві (бо саме розуміння закону, обов'язку, провини, покарання і спокути передбачає свідомість, свободний вибір і волю особи). Заперечуючи такий неемпіричний зв'язок, елімінуючи виявлені контексти і значення терміна *imputatio*, ми можемо втратити саму ідею права, як її було сформовано в західній традиції. Адже виключно емпірична особа й виключно емпіричні стосунки між індивідами перетворюють право на техніку владного регулювання й координування в рамках одновимірної системи. Тож як тоді бути з «правами людини» і «достоїнством людської особистості»? Чи не в цих поняттях сконцентрована головна ідея європейської цивілізації?²²

Слід зауважити, як підкреслює автор цитованої статті, що, незважаючи на сучасний змістовний переклад цього терміна українською як «осудність», який використовується лише в кримінальному праві, його теологічна і моральна природа, особливо у контексті

¹⁸ Андрій Баумейстер, «IMPUTATIO», в *Європейський словник філософії: Лексикон неперекладностей*. Т. 1 (Київ: Дух і літера, 2009), 485.

¹⁹ Там само, 486.

²⁰ Там само, 487.

²¹ Там само, 491.

²² Там само, 497.

православної традиції та політико-правового життя у країнах християнського Сходу, дозволяє багатозначний термін «*imputatio*» вживати в європейських мовах (зокрема англійській, французькій, німецькій) через його відповідник – «відповідальність».²³ Спираючись на певну трансформацію давньолатинського терміна «осудність» (у перекладі українською) у «відповідальність», важливо звернути увагу на його природу, у якій, на мій погляд, закладена моральна і релігійна здатність і обов'язок²⁴ людини надавати відповідь на висунуті щодо неї обвинувачення («рахунки, претензії») з боку її оточення. Таке тлумачення зазначених термінів дозволяє стверджувати, що категорія «відповідальність» за своєю сутністю не є тотожною таким юридичним поняттям, як «притягнення до відповідальності» або «покарання», – які є лише наслідком моральної характеристики *осудности* (рос. *вменяемости*. – В. С.), що буде додатково аргументовано в подальшому.

В етиці поняття «відповідальність» традиційно тлумачиться досить об'ємно та розуміється саме як «моральна відповідальність» особи, колективу, суспільства за певні вчинки, діяльність, події. Так, наприклад, у російському Філософському словнику термін «відповідальність» визначається як категорія етики та права, що відображає особливе соціальне і морально-правове ставлення особистості до суспільства й людства в цілому, яке характеризується виконанням свого морального обов'язку та правових норм.²⁵ У французькому Філософському словнику зазначається, що бути відповідальним за той чи інший вчинок – значить визнати себе його автором та прийняти на себе його наслідки.²⁶ У Соціологічному енциклопедичному словнику стверджується, що «відповідальність» – це обов'язок і готовність суб'єкта відповідати за здійснені діяння, вчинки та їх наслідки.²⁷ Найбільш повно, на мою думку, категорія «відповідальність» тлумачиться у «Філософському енциклопедичному словнику», зокрема, як філософсько-соціальне поняття, що відображає об'єктивний, історичний та конкретний характер взаємовідносин між особистістю, колективом, суспільством з точки зору свідомого виконання ними взаємних вимог та обов'язків.²⁸

Окремої уваги потребує етичний / моральний аспект «відповідальності», що має так звану «проникаючу здатність». Як слушно зазначав Леонід Архангельський, «будь-який

²³ Баумейстер, "IMPUTATIO," 485–86.

²⁴ Саме в релігійних спільнотах здавна закладений постулат / правило: людина має добровільно звітувати перед Богом за свої думки, слова і вчинки (зокрема у формі сповіді перед священником). У певних випадках людину можуть спонукати / примусити «сповідатись у своїх гріхах», і результатом такої сповіді може бути як прощення, так і покарання.

²⁵ *Философский словарь*, ред. И. Т. Фролов (Москва: Политиздат, 1980), 267.

²⁶ Дидье Жюлиа, *Философский словарь* (Москва: Международные отношения, 2000), 307.

²⁷ *Социологический энциклопедический словарь*, ред. Г. В. Осипов (Москва: Норма, 1988), 277.

²⁸ *Философский энциклопедический словарь*, редкол.: С. С. Аверинцев и др. (Москва: Советская энциклопедия, 1989), 45.

вид підзвітності ніби передбачає моральну відповідальність, базується на ній».²⁹ Зважаючи на те, що з категорією «відповідальність» в етиці та філософії права тісно пов'язане поняття «обов'язок», необхідно підкреслити, що вона (відповідальність) є більш об'ємною категорією, оскільки охоплює значно ширше коло вимог, включаючи й визнання вини щодо його невиконання.

Обов'язок, як правило, стосується тільки найбільш суттєвих вимог до особи. Відповідальність не можна визначати лише як «виконання» чи «невиконання» обов'язку, наслідком якого можуть бути відповідні зовнішні санкції: покарання або заохочення, вид і форма яких, як правило, відрізняється від виду і форми самої «відповідальності». Так, наприклад, санкції в процедурах «юридичної відповідальності (звітності)» суттєво відрізнятимуться від санкцій «моральної відповідальності». Стосовно наслідків останньої, то їх специфіка полягає в тому, що в якості «зовнішньої» санкції відповідальності виступає особлива форма *суспільного осуду*, а в якості «внутрішньої» – *совість* особи.

Водночас визначення «внутрішньої відповідальності» та її санкції потребують уточнення, оскільки *совість* є внутрішнім регулятором відповідальності особи насамперед перед собою. Внутрішніми регуляторами поведінки особи перед «інстанцією» (зовнішнім фактором) є відчуття людиною *сорому та вини*. Між останніми двома категоріями є суттєва різниця. Як слушно зазначає Тетяна Василевська, «якщо *сором* – це перш за все орієнтація на реакцію оточення, то *відчуття вини* залежить від власного відчуття (усвідомлення. – В. С.) особи про те, що сталося».³⁰ Зазвичай особа вважається морально відповідальною лише за свої вчинки. Однак з точки зору етики особа може бути відповідальною майже за все, що відбувається з її участю, – події, процеси, діяння та навіть – прояви власного психічного статусу.

Звернення до окремих форм соціальної відповідальності – таких, як *правова, політична, економічна* тощо, – дозволяє стверджувати, що в них завжди присутній певний моральний аспект (елемент). Наприклад, відповідальність особи, що призводить до її покарання за вчинення кримінального правопорушення, супроводжується, як правило, моральним осудом такого протиправного діяння, а іноді й навпаки – «ставленням у заслугу» з боку певних прошарків суспільства.

III. Психологічна характеристика категорії «відповідальність»

Розкриття цієї характеристики відповідальності потребує відповіді на таке запитання: *Це якісна характеристика психічного стану особистості чи одне з багатьох слів, якими повсякденно користується людина для звичайного пояснення своєї поведінки?* Крім того,

²⁹ Леонид Архангельский, *Курс лекцій по марксистско-ленинської етике* (Москва: Высшая школа, 1974), 217.

³⁰ Тетяна Василевська, *Особистісні виміри етики державного службовця* (Київ: НАДУ, 2008), 232.

важливо віднайти відповідь ще на одне запитання: *За яких умов особа є відповідальною за свої дії та їх наслідки?*

Відповіді на поставлені запитання дозволяє отримати аналіз досліджень учених-психологів, які неодноразово зверталися до цієї проблематики. Серед них заслуговують на увагу роботи таких дослідників, як Борис Братусь, Олександр Бен, Андрій Брушлинський, Керол Гілліган, Лоренс Кольберг, Абрагам Маслоу, Карл Роджерс, Сергій Рубінштейн, Жан Піаже, Фредерік Перлз, Зігмунд Фройд, Еріх Фромм, Хайнц Хекхаузен та ін.

З точки зору психології, яка тісно перетинається з етикою, можна стверджувати, що, якщо можна вказати обов'язкові та вичерпні умови настання моральної відповідальності, то це означає, що можна розкрити і психологічний зміст цієї категорії. Згідно зі словником Дідьє Жюліа, ми відповідальні за вчинок: 1) коли він вчинений свідомо і саме нами; 2) коли він вчинений свідомо, але не обов'язково нами самими; 3) коли його вчинили ми, але не бажали цього; 4) коли ми його не вчиняли і не бажали його настання, але від нас залежала можливість його відвернення.³¹

Німецько-американський філософ Ганс Йонас у своєму ґрунтовному дослідженні, присвяченому принципам відповідальності, стверджує: «Межі людських дій, а отже й людської відповідальності, чітко окреслені... якісно визначена природа багатьох наших дій обумовлює цілковито новий вимір *етичних критеріїв* (курсив – В. С.), які не були передбачені положеннями та канонами традиційної етики».³² Сучасний український філософ Анатолій Єрмоленко, аналізуючи зміст вищезазначеної монографії Ганса Йонаса, підкреслює, що *відповідальність* розглядається автором як:

...універсальна **здатність людини** (напівжир. – В. С.), так само невідокремлена від неї, як здатність говорити... а тому Йонас апелює до відповідальності, яка викликана не формальним **законом** (напівжир. – В. С.), а почуттям **відповідальності** (напівжир. – В. С.), це відповідальність, що зумовлена предметом – покликом безпомічної дитини.³³

Саме тому, коли йдеться про універсальну здатність людини відгукнутися на «поклик безпомічної дитини», який яскраво ілюструє почуття відповідальності в наданні необхідної допомоги іншій людині, то це є додатковим підтвердженням психологічної характеристики (психічного статусу) такої здатності особи.

У психології вже загально визнаним є той факт, що зовнішні вимоги засвоюються індивідом і стають його внутрішнім законом. Однак в історії еволюційного розвитку людини перехід від розуміння «відповідальності тільки в якості зовнішнього механізму контролю» до розуміння «відповідальності як форми самоконтролю» був довготривалим і суперечливим. Західноєвропейська психологія розглядає відповідальність

³¹ Жюліа, *Філософський словарь*, 307.

³² Ганс Йонас, *Принцип відповідальності. У пошуках етики для технологічної цивілізації* (Київ: Лібра, 2001), 12.

³³ Анатолій Єрмоленко, «Післямова», в Йонас, *Принцип відповідальності*, 383.

як одну з основних якостей індивіда, що сприяє відшуканню ним свого місця в цьому світі, наповненості людського життя реальним змістом.³⁴

Визнавши «відповідальність» як втілення глибокого і принципового ставлення до життєдіяльності, відомий психолог Сергій Рубінштейн поклав початок вивченню психологічних механізмів «морально відповідального діяння» та ролі «феномену відповідальності» у становленні внутрішнього світу особистості.³⁵ Одним із перших цю зміну в еволюції поняття відповідальності зазначав ще Іммануїл Кант, який вважав, що «необхідне є обов'язком», якщо воно продиктоване зовнішньою вимогою, однак «необхідне стає внутрішньою моральною свободою», якщо суб'єкт керується моральним законом.³⁶ Тобто «відповідальність людини», як її морально-психологічна риса, безпосередньо пов'язана з рівнем її свободи як умови самореалізації в досягненні поставленої мети в процесі життєдіяльності, у тому числі й у сфері юриспруденції.

Пізніше вчення Іммануїла Канта про внутрішнє ставлення особистості до *обов'язку* та про прийняття і перетворення обов'язку в *моральний закон*, було розвинуто датським філософом Сереном К'єркегором, який вважав, що однією з фундаментальних філософських проблем розвитку особистості є проблема вибору, з'ясування якої розгортається на кількох рівнях – естетичному, етичному та релігійному. Однак, на відміну від Іммануїла Канта, цей автор вказує на те, що індивід сам формує свій внутрішній закон і вже потім підпорядковує себе зовнішньому обов'язку.

Слід підкреслити, що філософсько-етичні погляди на категорію «відповідальність» були розвинуті у різноманітних напрямках психології, що досліджує саме процеси формування відповідальності в особи в якості вищого порядку її психічних рис і статусу та визначення її взаємозв'язку з вимогами зовнішнього середовища. Разом із соціалізацією особистості, досягненням зрілості, відбувається усвідомлення особою відповідальності за свої думки, слова та поведінку / вчинки. Крім зовнішньої інстанції, особа починає відповідати перед собою (виникає внутрішній механізм контролю), коли особа заздалегідь приймає на себе відповідальність за можливі наслідки своєї діяльності.

IV. Категорія «відповідальність» у юриспруденції

У контексті заявленої теми та на підставі проведеного аналізу етимологічної, філософсько-етичної і психологічної характеристик категорії «відповідальність» перед дослідником неминуче постає питання: *Відповідальність – це лише філософська (морально-етична) і психологічна категорія чи й правова, та який зміст і сенс вона має в царині юриспруденції?*

³⁴ *The Encyclopedia of Philosophy*, ed. by Paul Edwards. Vol. 7 (New York: Collier Macmillan, 1967), 183.

³⁵ Сергій Рубінштейн, *Основи общей психологии* (Санкт-Петербург: Питер, 2002), 5–720.

³⁶ Іммануїл Кант, *Критика чистого розуму*, пер. з нім. та прим. Ігоря Бурковського (Київ: Юніверс, 2000), 501.

Звертаючись до праць науковців-правників, присвячених проблемам відповідальності, в першу чергу, юридичної відповідальності, необхідно назвати наукові доробки таких дослідників, як: Сергій Алексеев, Владислав Бачинин, Віктор Горшеньов, Віктор Гришук, Леон Дюгі, Олімпіад Іоффе, Ілона Канзафарова, Микола Козюбра, Юлія Козенко, Володимир Кудрявцев, Олександр Петришин, Петро Рабінович, Густав Радбрух, Михаїл Савчин, Володимир Сташис, Василь Тацій, Льюїс Лон Фуллер та ін.

Аналіз правничих наукових джерел зазначених авторів³⁷, в яких так чи інакше розглядалась категорія «відповідальність» загалом і «юридична відповідальність» зокрема, надає підстави для висновку про те, що загальне поняття «відповідальність» достатньо часто сприймається правниками-науковцями і практиками як таке, що не потребує спеціального тлумачення її змістовного сенсу. Традиційно «юридична відповідальність» в роботах правників представлена, з одного боку, як метод або інструмент *покарання особи* за вчинене нею неправомірне /незаконне діяння, а з іншого – як *процес переслідування* такої особи з боку держави і застосування до неї методів державного примусу. Такий підхід, на мою думку, спотворює сутність і зміст цієї категорії з точки зору як етимології, так і філософсько-етичної та психологічної характеристик цієї категорії.

Слід зауважити, що за свідченням Річарда Маккеона³⁸, уперше поняття «відповідальність» ввів у науковий обіг, зокрема і в теорії права, британський філософ Олександр Бейн у книзі «Емоції і воля», опубліковану в 1859 р., який замінив до того вживаний літературний термін «караність» («punishability») на абстрактний термін «відповідальність» («responsibility»). При цьому «відповідальність» Олександром Бейном пояснюється саме через «караність», оскільки «будь яке питання, що виникає при обговоренні терміна відповідальності, є питанням звинувачення, засудження і покарання».³⁹ Дещо пізніше, у 1865 р., Джон Стюарт Міль також стверджував, що «відповідальність» означає «покарання», одночасно також указуючи на «відповідальність» як на певну «підзвітність» («accountability»)⁴⁰. Інший британський філософ Френсіс Герберт Бредлі у збірці «Етичні студії» (1876) опублікував есе на тему «Загальне поняття відповідальності у зв'язку з теорією свободи, волі та необхідності», у якому він, з деякими застереженнями, погоджується з твердженнями Джона Стюарта Мілля, однак пояснює терміни «відповідальність» («responsibility») і

³⁷ Див., наприклад: Сергей Алексеев, *Самое святое, что есть у Бога на земле. Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху* (Москва: Норма, 1998), 416; Сергей Алексеев, *Восхождение к праву. Поиски и решения* (Москва: Норма, 2001), 752; Владислав Бачинин, *Морально-правовая философия* (Харьков: Консум, 2000), 208.

³⁸ Richard McKeon, "The Development and Significance of the Concept of Responsibility," *Revue Internationale de Philosophie* 39 (1957): 3–32; Густав Радбрух, *Философия права* (Москва: Международные отношения, 2004), 240; Лон Л. Фуллер, *Мораль права*, пер. с англ. Наталія Комарова (Київ: Сфера, 1999), 232.

³⁹ Aleksander Bain, *The Emotion and the Will* (London: Parker, 1865), 520.

⁴⁰ Джон Стюарт Міл, *Про свободу*. Есе (Київ: Основи, 2001), 463.

«підзвітність» («accountability») через тлумачення термінів «осудності / здатності / нездатності» («sanity», «ability», «inability». – В. С.).⁴¹ Подібну інтерпретацію надає і французький філософ Люсьєн Леві-Брюль, який претендує на те, щоб *відмежувати юридичну відповідальність*, що є об'єктивною, а тому й наповненою конкретним змістом, від моральної, яка позбавлена такої визначеності і є суто «суб'єктивною “ідеєю”».⁴²

Таким чином, на мій погляд, філософська та психологічна характеристики категорії «відповідальність» у значенні *здатності* особи «відповідати, звітувати» за свою поведінку поступово трансформувалась у правове поняття, яке має декілька аспектів тлумачення: а) об'єктивний – «відповідальність» як визначений у праві обов'язок суб'єкта піддаватися впливу певної санкції з боку суспільства (держави) за вчинене діяння; та б) суб'єктивний – «відповідальність» як внутрішня якість особи, що проявляється у її здатності усвідомлювати й давати звіт своїм діям.

Видається, що така «трансформація» первинного змісту цієї категорії, яка вже достатньо багато часу вживається в юриспруденції, спотворює її сутність і призводить до багатозначності у її застосуванні. Зокрема, як уже зазначалось, у теорії права та, відповідно, і в юридичній практиці через термін «відповідальність» тлумачиться: а) *покарання* за вчинене правопорушення у будь-якій сфері правових відносин; б) *осудність* як здатність особи відповідати перед суспільством / державою за вчинене діяння; г) *процедури / процес переслідування* державою або позивачем (у цивільних, публічних та ін.) особи відповідно до чинного законодавства.

Саме тому у правовій свідомості громадян і правників (інститутів правової системи держави) *здатність / спроможність* особи надавати відповідь (звітувати) за свої діяння як перед собою, так і перед своїм оточенням ототожнюється (сприймається) лише як *здатність понести покарання* за вчинене правопорушення, що також часто призводить до порушення загального конституційного принципу презумпції невинуватості ще до того моменту, коли вина особи буде встановлена належним рішенням суду.

Більшість правників розглядають «відповідальність» як реалізацію певних правових (нормативних) санкцій, що, у свою чергу, можуть мати як «негативний (покарання)», так і «позитивний (заохочення)» зміст.⁴³ Деякі правники тлумачать «юридичну відповідальність» також як засіб державного примусу, впливу, реакцію суспільства і держави на неправомірну поведінку особи.⁴⁴ Іноді можна зустріти розуміння «юридичної відповідальності» як різновиду правових відносин, що виникають у результаті вчиненого правопорушення між державою і правопорушником.⁴⁵

⁴¹ Див.: *Філософський енциклопедичний словник*, 64–65.

⁴² Lucien Levy-Bruhl, *L'idée de Responsabilité* (Paris: Creative Media Partners, 2018), 257.

⁴³ Сергій Олейников, «Види відповідальності», у *Велика українська юридична енциклопедія*: у 20 т. Т. 3. Загальна теорія права (Харків: Право, 2016), 32–35; Юрій Шемшученко, «Відповідальність юридична», в *Юридична енциклопедія*: у 6 т. Т. 1 (Київ: Українська енциклопедія, 1998), 437.

⁴⁴ *Загальна теорія права*. Підручник, заг. ред. Микола Козюбра (Київ: Ваїте, 2016), 301–302.

⁴⁵ Л. Тихомирова та М. Тихомиров, «Юридическая ответственность», в *Юридическая энциклопедия*. Издание 5-е, дополненное и переработанное, ред. М. Тихомиров (Москва, 2001), 949.

Таке розмаїття тлумачення «юридичної відповідальності», на мій погляд, ніяким чином не полегшує глибинне розуміння цієї категорії, а навпаки, часто-густо заплутує та ускладнює її розуміння, що негативно позначається як у теорії, так і в практиці її застосування, особливо – у нормотворчості та підготовці майбутніх правників. Видається, що такий підхід, з урахуванням досліджень етимології цього терміна, філософсько-етичної та психологічної характеристик, є емпірично звуженим, що призводить значною мірою до некоректного тлумачення відповідальності не лише в теорії права, а й у юридичній практиці.

У контексті філософсько-правового тлумачення категорії «юридична відповідальність» доречно, на мій погляд, звернутися до роботи французького філософа, представника правової герменевтики Поля Рікера «Право і справедливість».⁴⁶ Враховуючи, що автор у своєму дослідженні аналізує концепт «відповідальності» крізь призму *справедливості* відносин між людьми, урегульованих як нормами моралі (етики), так і правовими нормами, привертають до себе увагу декілька його зауважень-висновків, зокрема:

Прикметник відповідальний вимагає цілої низки доповнень: ви відповідальні за те, що спричинили ваші дії, але ви також відповідальні за інше – за те, що робилося за вашим дорученням або під вашим наглядом, а в деяких випадках ви відповідальні й за те, що робилося і поза межами вашої відповідальності. Врешті-решт ви відповідальні за все і за всіх... відповідати: не тільки за..., але також відповідати на... (запитання, виклик, наказ тощо)... Таким є стан справ: з одного боку, сталість юридичного визначення (відповідальності. – В. С.) ще з початку ХІХ століття; з іншого – відсутність філософських предків стосовно того ж іменника, розщеплення та зміцнення центру ваги у плані моральної філософії...⁴⁷

Слід також погодитися з висновком сучасної української дослідниці Юлії Козенко, яка, аналізуючи поняття юридичної відповідальності в контексті його філософсько-правового аналізу та погоджуючись з міркуванням Галини Єфремової щодо трьох структурних елементів відповідальності, «хто – за що – перед ким», вважає, що цей вид відповідальності «виступає діалектикою поєднання свободи та обов'язку, адже правова свобода нерозривно пов'язана із правовим обов'язком, інакше би вона перетворилась у свавілля».⁴⁸

Вважаю, що наведені вище підходи зазначених авторів дозволяють переосмислити зміст і сенси поняття «юридична відповідальність», надавши, або, навіть, повернувши йому тих ознак, що притаманні цій категорії у сфері мовознавства (етимології),

⁴⁶ Поль Рікер, *Право і справедливість* (Київ: Дух і літера, 2002), 216.

⁴⁷ Там само, 42–43.

⁴⁸ Юлія Козенко, «Юридична відповідальність як діалектика категорій «правова свобода» та «правовий обов'язок» в поведінці особи», *Наукові записки НаУКМА*, т. 129 Юридичні науки (2012): 65–67.

філософії та психології. Таке переосмислення у кінцевому результаті дозволить не лише покращити коректність уживання цього терміна, й змінить філософію його сприйняття як правниками, так і звичайною людиною.

Викладене дозволяє поставити логічне запитання: *На чію вимогу і за яку власну поведінку (думки, слова, вчинки) будь-яка особа чи колектив (група) людей, як правило, надає відповідь (відповідає)?* Відповідь на це запитання має три складові.

По-перше, на запитання іншої особи (осіб); по-друге, на питання (виниклу проблему), що ставить перед особою її повсякденне життя; по-третє, «за» результати своєї життєдіяльності: думки, слова, вчинки (поведінку) та прийняті рішення.⁴⁹ Відповідаючи, особа звітує не тільки й, можливо, не стільки перед оточенням, скільки в першу чергу перед собою, своїм розумом, серцем, душею. Це явище або стан – звітність – найбільш яскраво виявляється в актах релігійних таїнств, молитов, покаянь тощо.

Проведений аналіз етимології терміна «відповідальність», а також філофсько-етичних, психологічних і правових підвалин тлумачення цієї категорії дозволяє, на мій погляд, сформулювати її основні (базові) ознаки:

а) відповідальність є *етично-психологічною категорією*, яка визначає *здатність* будь-якої особи надавати відповідь за результати своєї життєдіяльності (поведінки), яка виражається в думках, словах і вчинках;

б) відповідальність *полягає у добровільному та/або примусовому звітуванні особи як перед собою (власною совістю та сумлінням), так і перед своїм оточенням: людиною, громадою, державою, природним середовищем;*

в) відповідальність *має або може мати своїм наслідком покарання або заохочення за результати своєї життєдіяльності.*

У свою чергу, таке розуміння категорії «відповідальність», на мій погляд, надає підстави по-іншому тлумачити поняття юридичної відповідальності, основними особливостями характеристики якого є:

а) *наявність в особи повної або часткової право-дієздатності будь-якої особи (фізичної чи юридичної) звітувати (надавати відповідь) за результати своїх правомірних і неправомірних діянь, передбачених чинним законодавством або умовами договору;*

б) *право-дієздатність особи щодо звітування за свої діяння виражається як у добровільний спосіб, так і підзаконним (правомірним) примусом з боку іншої особи (групи осіб) та/або держави за встановленим порядком (процедурами);*

⁴⁹ Так, наприклад, вчинивши крадіжку майна, людина добровільно або під примусом держави надає відповідь потерпілій особі і суспільству про мотиви, причини, мету і способи свого діяння, передбачаючи чи не передбачаючи настання для себе наслідків: негативних – покарання – або позитивних – пробачення потерпілого чи незастосування покарання. Подібні приклади можна навести в будь-якій сфері правових відносин. Саме тому набуття людиною відчуття (риси характеру) відповідальності є потребою її виховання і гарантією належної поведінки.

в) наслідком *юридичної відповідальності* є, як правило, застосування з боку іншої особи та/або держави відповідних санкцій як засобів покарання.

Висновки

На підставі викладеного сформулюємо висновки, що стосуються застосування в юриспруденції категорії «відповідальність».

По-перше, етимологія терміна (слова) «відповідальність», на мій погляд, беззаперечно свідчить, що його змістом і сенсом, незалежно від мови походження і вживання, є надання *відповіді* на ті запитання, які постають перед людиною в процесі її життєдіяльності.

По-друге, у філософії та етиці феномен «відповідальність» неодмінно пов'язаний з соціумом, формується і реалізується завдяки останньому та є не просто усвідомленням особою значення своїх дій та їх наслідків, але і її підзвітністю певним вимогам (правилам, стандартам), що ставляться іншими людьми в процесі їх співіснування. Відомий британський філософ Джон Стюарт Міль слушно підкреслював, що в усьому, що так чи інакше стосується інших людей, особа *відповідальна* або *безпосередньо* перед тими, чий інтереси зачіпаються, або ж перед суспільством, яке є охоронцем таких інтересів.⁵⁰ Його думка про те, що істинний етичний погляд на життя вимагає від людини виконання, в першу чергу, не зовнішнього, а *внутрішнього обов'язку*, тобто обов'язку щодо самого себе, своєї душі, яку «він має не загубити, а віднайти», носить, безумовно, морально-етичний характер.⁵¹ Такий підхід до розуміння «відповідальності» абсолютно корелюється як з етимологією (походженням) цього терміна, так і з його філософсько-етичним змістом і сенсами.

По-третє, необхідно в подальшому відмовитися від спрощеного розуміння *відповідальності* тільки як певної морально-етичної, психологічної або юридичної категорії. Водночас, на моє переконання, є підстави стверджувати, що також не виправдано ототожнювати поняття «відповідальність» і «покарання чи заохочення», оскільки останні є *лише наслідками звітності особи* за результати своєї діяльності. Недаремно у юриспруденції існує принцип, що коли особа, яка в силу різних причин і обставин, передбачених законом, не може / не здатна звітувати за результати своєї діяльності, то вона звільняється від покарання (що традиційно називається «звільненням від юридичної відповідальності») або ж не підлягає заохоченню.

Запропонований мультидисциплінарний підхід до розуміння категорії «відповідальність» у юриспруденції є спробою скоригувати парадигму її тлумачення в теорії та практичного застосування в юриспруденції.

© В. Сущенко, 2020

⁵⁰ Міл, *Про свободу*.

⁵¹ *Філософський енциклопедичний словник*, 278–79.

Bibliography

- Alexeyev, Sergey. *Ascension to the Right. Searches and solutions*. Moscow: Norma, 2001 (in Russian).
- Alexeyev, Sergey. *The Most Sacred Thing that God Has on Earth. Immanuel Kant and the Problems of Law in the Modern Era*. Moscow: Norma, 1998 (in Russian).
- Anthology of World Philosophy*: in 4 vol. Vol. 2. Moscow: Mysl', 1969 (in Russian).
- Aristotle. *Works*: in 4 vol., 4th vol. Moscow: Mysl', 1984 (in Russian).
- Arkhangelskiy, Leonid. *A Course of Lectures on Marxist-Leninist Ethics*. Moscow: Vysshaya shkola, 1974 (in Russian).
- Bachinin, Vladislav. *Moral and Legal Philosophy*. Kharkiv: Konsum, 2000 (in Russian).
- Bain, Aleksander. *The Emotion and the Will*. London: Parker, 1865.
- Baumeister, Andriy. "IMPUTATIO." In *European Vocabulary of Philosophy: Lexicon of Intransigence*. Vol. I. Kyiv: Dukh i Litera, 2009 (in Ukrainian).
- Dal, Vladimir. *Explanatory Dictionary of the Living Great Russian Language*. Vol. 3. Moscow: Russkij yazyk, 1978 (in Russian).
- Dictionary of the Modern Russian Literary Language*. Vol. 8. Moscow, Leningrad: AN USSR, 1959 (in Russian).
- Etymological Dictionary of the Ukrainian Language*: in 7 vol. Vol. 1. Kyiv: Naukova Dumka, 1982 (in Ukrainian).
- Fuller, Lon L. *Morality of Law*. Translated by Natalia Komarova. Kyiv: Sfera, 1999 (in Ukrainian).
- Furst, Maria, and Jürgen Trinks. *Philosophy*. Translated by Vakhtang Kebuladze. Kyiv: Dukh i Litera, 2018 (in Ukrainian).
- Grimm, Jacob, und Wilhelm Grimm. *Deutsches Wörterbuch*. BD XII/I. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 1999.
- Jonas, Hans. *The Principle of Responsibility. In Search of Ethics for a Technological Civilization*. Kyiv: Libra, 2001 (in Ukrainian).
- Julia, Didier. *Philosophical Dictionary*. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya, 2000 (in Russian).
- Kant, Immanuel. *Critique of Pure Reason*. Translated from German with the notes by Igor Burkovsky. Kyiv: Universe, 2000 (in Ukrainian).
- Kozenko, Yulia. "Legal Responsibility as a Dialectics of the Categories 'Legal Freedom' and 'Legal Obligation' in the Behaviour of Person." *Scientific Notes of NaUKMA 129 Legal sciences* (2012): 65–67 (in Ukrainian).
- Levy-Bruhl, Lucien. *L'ide de Responsibility*. Paris: Creative Media Partners, 2018.
- McKeon, Richard. "The Development and Significance of the Concept of Responsibility." *Revue International the Philosophy* 39 (1957): 3–32.
- Mill, John Stewart. *About Freedom. Essays*. Kyiv: Osnovy, 2001 (in Ukrainian).
- Murray, James A. H., ed. *The Oxford English Dictionary*. Vol. VIII. Oxford, 1969.
- Oleinykov, Sergii. "Types of Liability." In *Great Ukrainian Legal Encyclopedia*: in 20 vol. Vol. 3. The General Theory of Law. Kharkiv: Pravo, 2016 (in Ukrainian).
- Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English*, 5th edition. Oxford: Oxford University Press, 2000.

- Philosophical Dictionary*, edited by Ivan Frolov. Moscow: Politizdat, 1980 (in Russian).
- Philosophical Encyclopedic Dictionary*, edited by Sergey Averintsev and others. Moscow: Sovetskaya Encyclopedia, 1989 (in Russian).
- Philosophical Encyclopedic Dictionary*. Kyiv: Abris, 2002 (in Ukrainian).
- Philosophy of Law. Anthology*. Textbook, edited by Nikolay Panov. Kyiv: In Jure, 2002 (in Russian).
- Philosophy of Law*. Textbook, edited by Oleg Danilyan. Moscow: Eksmo, 2005 (in Russian).
- Plato. *Complete Works*: in 4 vol. Vol. 3. Moscow: Mysl', 1999 (in Russian).
- Radbruch, Gustav. *Philosophy of Law*. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya, 2004 (in Russian).
- Ricoeur, Paul. *Law and Justice*. Kyiv: Dukh i Litera, 2002 (in Ukrainian).
- Robert, Paul, ed. *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. T. 5. Paris, 1980.
- Rubinshtein, Sergey. *Fundamentals of General Psychology*. St. Petersburg: Piter, 2002 (in Russian).
- Ukrainian Language Dictionary*: in 20 vol. Vol. 2. Kyiv: Naukova Dumka, 2012 (in Ukrainian).
- Shemshuchenko, Yuriy. "Legal Liability." In *Legal Encyclopedia*: in 6 vol. Vol. 1. Kyiv: Ukrainian Encyclopedia, 1998 (in Ukrainian).
- Sociological Encyclopedic Dictionary*, edited by Gennadiy Osipov. Moscow: Norma, 1988 (in Russian).
- The Encyclopedia of Philosophy*, edited by Paul Edwards. Vol. 7. New York: Collier Macmillan, 1967.
- The General Theory of Law*. Textbook, edited by Mykola Koziubra. Kyiv: Vaite, 2016 (in Ukrainian).
- Tihomirova, L., and M. Tihomirov. "Legal Liability." In *Legal Encyclopedia*. 5th ed., edited by M. Tihomirov. Moscow, 2001 (in Russian).
- Vasilevska, Tetiana. *Personal Dimensions of Ethics of the Civil Servant*. Kyiv: NADU, 2008 (in Ukrainian).
- Yermolenko, Anatolii. "Afterword." In Jonas, Hans. *The Principle of Responsibility. In Search of Ethics for a Technological Civilization*. Kyiv: Libra, 2001 (in Ukrainian).

Володимир Сущенко. Категорія «відповідальність» у гуманітарних науках та юриспруденції: мультидисциплінарний підхід

Анотація. Статтю присвячено теоретичним засадам категорії «відповідальність» у філософії та етиці, а також її тлумаченню в психології та юриспруденції. Автор аналізує категорію «відповідальність» у контексті етимології цього терміна в українській, російській, англійській, французькій та німецькій мовах, підкреслюючи їх семантичну схожість / тотожність. На підставі аналізу наукових джерел здійснено спробу мультидисциплінарного підходу щодо тлумачення цієї категорії у правознавстві з метою більш глибокого та всебічного усвідомлення її змісту й ролі як у теорії права, так і в юридичній практиці. Статтю зосереджено на філософсько-етичному та психологічному аналізі категорії «відповідальність» у контексті її історичного походження, розвитку та інтерпретації від античних часів до сьогодення. У тексті статті окремо представлено семантичні, філософські, психологічні та правові аспекти розуміння відповідальності людини за власні думки, слова і вчинки, у тому числі й під кутом зору теології. Акцентовано увагу на традиційних підходах щодо інтерпретації «відповідальності» в загальній теорії права і в галузевих правових науках, а також щодо некоректності ототожнення поняття «відповідальність» із її наслідками. Висновки, запропоновані у статті, присвячені мультидисциплінарному підходу до визначення базових ознак як загальної категорії «відповідальність», так і «юридичної відповідальності» зокрема. Автор, не претендуючи на

завершеність висловлених ним думок, запрошує читача до подальшої дискусії щодо тлумачення категорії «відповідальність» та її ролі в правовій науці, освіті та практиці.

Ключові слова: відповідальність; філософія; етика; етимологія; психологія; право; юриспруденція; наслідки; покарання; заохочення.

Владимир Сущенко. Категория «ответственность» в гуманитарных науках и юриспруденции: мультидисциплинарный подход

Аннотация. Статья посвящена теоретическим основам категории «ответственность» в философии и этике, а также их толкованию в психологии и юриспруденции. Автор анализирует категорию «ответственность» в контексте этимологии этого термина в украинском, русском, английском, французском и немецком языках, подчеркивая их семантическое сходство / тождественность. На основании анализа научных источников осуществлена попытка мультидисциплинарного подхода к толкованию этой категории в правоведении с целью более глубокого и всестороннего осмысления ее содержания и роли как в теории права, так и в юридической практике. Статья сосредоточена на философско-этическом и психологическом анализе категории «ответственность» в контексте ее исторического происхождения, развития и интерпретации от античных времен до современности. В тексте статьи отдельно представлены семантические, философские, психологические и правовые аспекты понимания ответственности человека за свои мысли, слова и поступки, в том числе и под углом зрения теологии. Акцентируется внимание на традиционных подходах к интерпретации «ответственности» в общей теории права и в отраслевых юридических науках, а также на некорректности отождествления понятия «ответственность» с ее последствиями. Выводы, предложенные в статье, посвящены мультидисциплинарному подходу к определению базовых признаков как общей категории «ответственность», так и «юридической ответственности» в частности. Автор, не претендуя на окончательность высказанных им мыслей, приглашает читателя к дальнейшей дискуссии относительно толкования категории «ответственность» и ее роли в юридической науке, образовании и практике.

Ключевые слова: ответственность; философия; этика; этимология; психология; право; юриспруденция; последствия; наказание; поощрение.

Volodymyr Sushchenko. The Category of “Responsibility” in the Humanities and Law: A Multidisciplinary Approach

Abstract. The article is devoted to the theoretical foundations of the category of “responsibility” of philosophy and ethics, as well as its interpretation in psychology and jurisprudence. The author analyzes the category of “responsibility” in the context of etymology (origin) of this term in Ukrainian, Russian, English, French and German languages, while emphasizing their semantic similarity/identity. On the base of the analysis of scientific sources, an attempt was made to take a multidisciplinary approach to the interpretation of this category in jurisprudence in order to better and more comprehensively understand its content and role in both legal theory and legal practice. The article focuses on the philosophical, ethical and psychological analysis of the category of “responsibility” in the context of its historical origin, development and interpretation from ancient times to the present. The article separately presents the semantic, philosophical, psychological and legal aspects of understanding the responsibility of man for his own thoughts, words and actions, including from the point of view of theology. Emphasis is made on traditional

approaches to the interpretation of “responsibility” in the general theory of law and in the branch of legal sciences, as well as on the incorrect identification of the concept of “responsibility” with its consequences. The conclusions proposed in the article are devoted to a multidisciplinary approach to defining the basic features of both the general category of “responsibility” and “legal responsibility” in particular. The author, without claiming the completeness of his views, invites the reader to a further discussion on the interpretation of the category of “responsibility” and its role in legal science, education and practice.

Keywords: responsibility; philosophy; ethics; etymology; psychology; law; jurisprudence; consequences; punishment.

Одержано/Received 03.09.2020

DOI: <https://doi.org/10.21564/2707-7039.2.242858>
УДК 340.13; 340.14

Віктор Смородинський*

ПРАВОВА ВИЗНАЧЕНІСТЬ**

Сучасний концепт правової визначеності як загального принципу права та вимоги верховенства права увібрав у себе усі важливі досягнення історії правової думки та практики її реалізації правовими системами – як національними, так і міжнародними. Водночас він постійно розвивається й удосконалюється. Його джерелами є передусім правова доктрина й судова практика. Будь-яке ґрунтовне дослідження принципів права, верховенства права не оминає й питань правової визначеності. З найцікавіших вітчизняних наукових розвідок варто відзначити праці О. Беяневич, Л. Богачової, С. Головатого, Ю. Матвєєвої, С. Погребняка. Автор цієї статті під час досліджень загальнотеоретичних проблем судової влади, верховенства права, ефективності правового регулювання також неодноразово висвітлював проблеми правової визначеності, що мають місце як у правовому регулюванні, так і в судовій практиці.¹

Правова визначеність (*legal certainty*, у різних джерелах перекладається ще як «юридична визначеність» та «правопевність») є загальним принципом права та вимогою верховенства права, що передбачає легкість і доступність з'ясування змісту права та юридично забезпечену можливість скористатися цим правом. Відповідно до цієї вимоги: усі правові акти мають публікуватися та викладатися зрозумілою мовою; зворотню дію нормативно-правових актів має бути заборонено (крім прямо визначених законом винятків, запроваджених з метою покращення становища приватних осіб); судова практика національних судів має бути послідовною; національне законодавство має бути придатним для застосування із забезпеченням його виконання; оцінювання законодавства має здійснюватися на регулярній основі.²

* Віктор Семенович Смородинський, кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії і філософії права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого.

Viktor Smorodynskyi, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor at the Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudryi National Law University.
e-mail: vsmorod@gmail.com

** Стаття є розширеною версією лекції з навчальної дисципліни «Верховенство права», що викладається автором студентам 4 курсу факультету адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого. – Прим. редакції.

¹ Віктор Смородинський, «Судова влада в Україні (загальнотеоретичні проблеми)» (Дис. ... канд. юрид. наук, Харків, 2001).

² Олександр Петришин та ін. *Загальна теорія права*. Підручник (Харків: Право, 2020), 504.

Правова визначеність є не лише одним із загальних принципів права та однією з вимог його «верховенства» (за класифікацією С. Погребняка, одним із принципів, що забезпечують дію верховенства права³), а й загалом засадничою властивістю й умовою значущості права та його інструментальної цінності як системного засобу регулювання відносин між людьми та їхніми групами (колективами) в суспільстві. Підтвердженням цієї позиції є, зокрема, аналіз наукових розвідок відомих західних філософів і теоретиків права, які ще задовго до появи цього спеціального терміна в юридичній науці та судовій практиці розглядали правову визначеність і як важливу (якщо не найважливішу) вимогу верховенства права над державним свавіллям, і як вирішальну умову моральності та ефективності права, нормотворчої та правозастосовної діяльності.

Так, австро-англійський політичний філософ та економіст, лауреат Нобелівської премії Фрідріх Август фон Гаек запропонував таке визначення принципу верховенства права: «... це означає, що уряд має виконувати правила, встановлені й проголошені заздалегідь, – правила, що дають змогу з певністю передбачати, як влада використовуватиме свої повноваження здійснення примусу за певних обставин і планувати власні справи на підставі цього знання». Однією з трьох ознак такого закону є його *доступність та очевидність* – результат його застосування й тлумачення має бути передбачуваним, очевидним. За висловом Гаєка, «важко перебільшити ту вагу, яку має очевидність закону для поступального й ефективного руху вільного суспільства». Як зазначає мислитель, лише за умови відповідності законів цим ознакам «можна говорити, що правлять закони, а не люди».⁴

З восьми вимог до нормотворчості та правозастосування, що були сформульовані американським філософом права, професором Гарвардської школи права Лоном А. Фуллером у його славетній праці «Мораль права» – як такі, що складають так звану «внутрішню моральність права», сім є фактично вимогами саме правової визначеності: закони мають бути оприлюднені, щоб громадяни знали норми, яких вони повинні дотримуватися; ухвалення й застосування законів, що мають зворотну дію, слід звести до мінімуму; закони мають бути зрозумілими; закони не повинні бути суперечливими; закони не повинні вимагати дій, що виходять за межі спроможності тих, хто має їх дотримуватися; закони повинні бути відносно постійними; повинна існувати відповідність між формулюванням законів та їхнім реальним застосуванням.⁵

З вісімнадцяти елементів («принципів») верховенства права, виокремлених американським правознавцем, професором Корнельської школи права Робертом С. Саммерсом,

³ Станіслав Погребняк, *Основоположні принципи права (змістовна характеристика)* (Харків: Право, 2008), 178–92.

⁴ Friedrich August von Hayek, *The Road to Serfdom: text and documents*, ed. Bruce Caldwell. Definitive ed. (London: The University of Chicago press, 2007), 112–23.

⁵ Лон А. Фуллер, *Мораль права* (Київ: Сфера, 1999), 38–93.

принаймні дев'ять або є складовими правової визначеності, або спрямовані на її прищеплення національною правовою системою: чіткість та простота застосування критерію визначення належного уповноваження; чіткість та визначеність усіх законів; їхня доступність (письмова форма, офіційне обнародування); заборона зворотної дії; виконуваність; стабільність (незмінюваність); заздалегідь відомі органи та процедура правових змін; єдність тлумачення та застосування права; наявність заздалегідь відомих засобів правового захисту та наслідків невиконання правових вимог.⁶

Лорд Томас Бінгем у своїй славнозвісній шостій щорічній лекції «Верховенство права», що була прочитана 16 листопада 2006 р. на честь віце-ректора Кембриджського університету сера Д. Вільямса, стрижнем принципу верховенства права визначає те, «що всі особи та органи влади в державі, як публічні, так і приватні, мають бути зв'язані та мати право користуватися законами, що є відкрито проголошеними, зорієнтованими на майбутнє та відкрито застосовуються в судах», тобто законність і правову визначеність. Згідно з першим із восьми підправил, які, за Бінгемом, становлять зміст верховенства права, «закон має бути доступним та, наскільки це можливо, зрозумілим, ясным і передбачуваним».⁷

Запропоноване Бінгемом визначення верховенства права було визнане Європейською комісією «За демократію через право» (Венеційською комісією) у *Доповіді про верховенство права*, схваленій на 86-му пленарному засіданні 25–26 березня 2011 р.,⁸ таким, що «найкраще охоплює головні елементи поняття “верховенство права”». У цій Доповіді Комісія зазначила, що однією зі складових верховенства права є правова визначеність; вона вимагає, щоб правові норми були чіткими й точними, спрямованими на те, щоб забезпечити постійну прогнозованість ситуацій правовідносин, що виникають (пп. 41, 46 Доповіді).

У *Контрольному переліку питань для оцінки дотримання верховенства права (Rule of Law Checklist)*, прийнятому на 106-му пленарному засіданні 11–12 березня 2016 р.,⁹ Венеційська комісія виокремила вісім складових принципу правової визначеності (звісно, цей перелік не претендує на вичерпність, не обмежує й не замінює собою розвідки наукової та судової доктрин – власне, як і сам перелік вимог верховенства права у Доповіді):

⁶ Robert S. Summers, “The Principles of the Rule of Law,” *Notre Dame Law Review* 74 (1999): 1691–712.

⁷ Томас Бінгем, “Верховенство права,” <http://legalitas.com.ua/ua/ukr-t-bin%D2%91em-verhovenstvo-prava/>.

⁸ Верховенство права, доповідь № 512/2009 (Венеційська комісія, Страсбург, 4 квітня 2011 р.), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-ukr).

⁹ Rule of Law Checklist, Study no. 711/2013 (Venice Commission, Strasbourg, 18 March 2016), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e).

Цей документ на замовлення Програми агентства США з міжнародного розвитку (USAID) реформування сектору юстиції «Нове правосуддя» перекладено українською мовою професором Сергієм Головатим і видано під назвою «Мірило правовада».

1. *Доступність законодавства*, у тому числі оприлюднення законодавчих актів перед набранням ними чинності, легкий доступ до них, наприклад, через безкоштовний Інтернет та/або в офіційних виданнях.

2. *Доступність судових рішень* для суспільства, у тому числі обґрунтованість винятків із цього (обмеження можуть бути виправданими, якщо їхньою метою є захист прав особи, – наприклад, прав неповнолітніх у кримінальних справах).

3. *Передбачуваність правових актів*, у тому числі передбачуваність наслідків приписів права, зрозумілий спосіб викладення правових актів, чіткість вказівок нового акта на скасування або зміну попереднього. Передбачуваність означає не лише те, що приписи правових актів мають бути (де можливо) проголошеними ще до їхньої імплементації, а й що вони мають бути передбачуваними за своїми наслідками: їх має бути сформульовано з достатньою чіткістю та зрозумілістю, аби суб'єкти права мали змогу впорядкувати свою поведінку згідно з ними (рішення Європейського суду з прав людини від 26 квітня 1979 р. у справі «Санді Таймс» проти Сполученого Королівства¹⁰). Згідно з усталеною практикою ЄСПЛ (рішення у справах *Реквені проти Угорщини*, «Санді Таймс» проти Сполученого Королівства, *Коккінакіс проти Греції*, *Бесарабська Митрополія проти Молдови* тощо) однією з вимог, що впливає зі слів «встановлений законом», є вимога передбачуваності: *норма не може вважатися «законом», якщо її не сформульовано з достатньою чіткістю, яка дає громадянинуві змогу керуватися цією нормою у своїх діях*.

4. *Сталість і послідовність приписів правових актів*. Брак цього може вплинути на спроможність особи планувати свої дії. Проте сталість не є самоціллю: приписам права має бути властивою спроможність пристосовуватись до умов, що змінюються. Приписи права можна змінювати, утім за умов, що суспільство знає про це наперед і бере участь в обговоренні, а також що не буде шкідливих наслідків для легітимних очікувань.¹¹

Принцип правової визначеності, крім іншого, означає стабільність та єдність судової практики, можливість відступу судом від своєї попередньої позиції лише за наявності вагомих підстав. Елементом правової визначеності є *принцип єдності судової практики*, який полягає у забезпеченні однакового правозастосування в судочинстві, що сприяє передбачуваності щодо вирішення спорів між учасниками судового процесу.

Принцип єдності судової практики не має абсолютного характеру. Наприклад, процесуальним законодавством України Велика Палата Верховного Суду, об'єднані палати, палати касаційних судів Верховного Суду наділені виключними повноваженнями у встановленому порядку відступати від раніше сформованої правової позиції. Такі повноваження надано з огляду на те, що в протилежному випадку це, *по-перше*, означало б неможливість виправлення судом своєї власної передчасної або

¹⁰ *The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1)*, 26 April 1979, Series A no. 30.

¹¹ *Мірило правовладдя. Коментар. Глосарій. Rule of Law Checklist*, пер. Сергія Головатого (USAID, 2017), 23.

«застарілої» позиції, викликаній, зокрема, нечіткістю закону (невідповідності критерію «якість закону»), що призвела до неоднакового тлумачення норм права, а *по-друге*, виключало б можливість динамічного розвитку суспільних правовідносин та права. За певних обставин відступ від попередніх правових позицій суду касаційної інстанції узгоджується з усталеним правовим підходом, згідно з яким у разі конкуренції між правдою (правильністю) і стабільністю пріоритет варто віддавати першій («*truth or stability – truth is preferable*»).

Для узгодження загального для всієї правової системи принципу правової визначеності та спеціальних концепцій «динамічного тлумачення» та «розвитку права» у рішеннях ЄСПЛ та, частково, Великої Палати Верховного Суду сформувалася стала практика, відповідно до якої відступ від правової позиції повинен мати тільки вагомий підстави, реальне підґрунтя, тобто суд не повинен відступати від попередніх рішень за відсутності належної для цього причини; метою відступу може слугувати виправлення лише тих неузгодженостей (помилочок), що мають фундаментальне значення для судової системи та її розвитку.

Обґрунтованими підставами для відступу від уже сформованої правової позиції Верховного Суду є передусім:

1) зміна законодавства (існують випадки, за яких зміна законодавства не дозволяє суду однозначно дійти висновку, що зміна судової практики можлива без відступу від раніше сформованої правової позиції);

2) ухвалення рішення Конституційним Судом України;

3) нечіткість закону (невідповідності до критерію «якість закону»), що призвело до різного тлумачення судами (палатами, колегіями) норм права;

4) винесення рішення ЄСПЛ, висновки якого мають бути враховані національними судами;

5) зміни у праворозумінні, зумовлені: розширенням сфери застосування певного принципу права; зміною доктринальних підходів до вирішення складних питань у певних сферах суспільно-управлінських відносин; наявністю загрози національній безпеці; змінами у фінансових можливостях держави.¹²

5. *Легітимні очікування (legitimate expectations)*. На цей час єдиної доктрини легітимних очікувань, придатної для всіх національних правопорядків, немає. Вважається, що принцип легітимних очікувань «походить від німецького принципу *Vertrauensschutz* («захист довіри»), метою якого є забезпечення того, щоб кожен, хто має довіру до легальності рішень і дій публічної адміністрації, підлягав захисту. Принцип

¹² Ян Берназюк, «Співвідношення необхідності забезпечення єдності судової практики та відступу від правових позицій Верховного Суду (на прикладі вирішення публічно-правових спорів),» *Судебно-юридическая газета*, 26 серпня 2020, https://sud.ua/ru/news/blog/177404-spivvidnoshennya-neobkhdnosti-zabezpechennya-yednosti-sudovoyi-praktiki-ta-vidstupu-vid-pravovikh-pozitsiy-verkhovnogo-sudu-na-prikladi-virishennya-publichno-pravovikh-sporiv?fbclid=IwAR2D9EastZc6_ic0WnIGyUwMUIzXKUw2X1w3RWPgdg7LEoQuV798suRpCHg.

Vertrauensschutz німецького адміністративного права, у свою чергу, запозичений з німецького приватно-правового принципу правового захисту добросовісних дій (*bona fide acts*), закріпленому в цивільному законодавстві».¹³

Принцип *легітимних очікувань* (або «захисту легітимних очікувань») є складовою загального принципу правової визначеності у праві ЄС. Він відбиває ідею, що органи публічної влади повинні не лише дотримуватися приписів правових актів, а й своїх обіцянок та пробуджених очікувань. Згідно з *доктриною легітимних очікувань* ті, хто чинить добросовісно на підставі права, яким воно є, не повинні відчувати краху надій щодо своїх легітимних очікувань. Утім нові ситуації можуть бути достатньою підставою для законодавчих змін, що спричиняють виникнення відчуття краху легітимних очікувань у виняткових випадках. Така доктрина застосовна не лише до законодавства, а й до рішень індивідуального характеру, що їх ухвалюють органи публічної влади.

Розуміння «легітимних очікувань» саме як елемента правової визначеності втілювалося у практиці Суду ЄС, який у рішенні від 12 листопада 1981 р. у справі *Amministrazione delle finanze dello Stato v Srl Meridionale Industria Salumi and others*¹⁴ наголосив, що дія (наслідки) права Співтовариства має бути чіткою й передбачуваною для тих, на кого воно поширюється. Далі Суд послався на свої попередні рішення у справах *Racke v Hauptzollamt Mainz* (1979) та *Hauptzollamt Landau* (1979), у яких він неодноразово підкреслював важливість принципів правової визначеності та легітимних очікувань, а також вказав, що «принцип правової визначеності покликаний запобігати випадкам набрання чинності положеннями законодавства Співтовариства до моменту їх публікації, і що така можливість є винятковою, коли це обумовлено цілями відповідного законодавства та у випадку, якщо легітимні очікування тих, на кого воно поширюється, належним чином забезпечені».¹⁵

Практикою Суду ЄС та ЄСПЛ легітимні очікування розглядаються як елемент правової визначеності, у тому числі й тоді, коли йдеться про захист таких очікувань щодо здійснення права власності й саме у зв'язку з автономними поняттями майна та власності. ЄСПЛ конструкцію «легітимні очікування» використовував у своїй практиці неодноразово. Наприклад, згідно з усталеною правовою позицією Суду існування заборгованості, визнаної остаточними та обов'язковими для виконання судовими рішеннями, надає особі, на користь якої таке рішення було винесено, «легітимне очікування», що заборгованість буде виплачено, адже вона становить «майно» такої особи в розумінні ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Скасування такого рішення прирівнюється до порушення

¹³ Людмила Богачова, «Принцип правової визначеності в європейському і національному праві (змістовна характеристика)», *Теорія і практика правознавства* 2 (2013), http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2013_2_74.

¹⁴ Cases 212 to 217/80 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Salumi* [1981] ECR 1981/8/2735.

¹⁵ Олена Беяневич, «Поняття легітимних очікувань та проблеми його застосування судами України», *Приватне право і підприємництво* 16 (2016): 41–45.

права на мирне володіння майном, оскільки процесуальні норми створюються для забезпечення належного здійснення правосуддя та дотримання принципу правової визначеності, й сторони провадження повинні мати право очікувати застосування норм (див., зокрема, рішення від 3 квітня 2008 р. у справі *Пономарьов проти України*,¹⁶ від 6 жовтня 2011 р. *Агрокомплекс проти України*¹⁷). У рішенні ЄСПЛ від 29 листопада 2005 р. у справі *Суханов та Льченко проти України*¹⁸ зазначено, що за певних обставин «законне сподівання» на отримання «активу» також може захищатися ст. 1 Першого протоколу. Так, якщо суть вимоги особи пов'язана з майновим правом, особа, якій воно надане, може вважатися такою, що має «законне сподівання», якщо для такого права у національному законодавстві існує достатнє підґрунтя – наприклад, коли є усталена практика національних судів, якою підтверджується його існування (див. рішення Великої Палати ЄСПЛ від 28 вересня 2004 р. у справі *Копецький проти Словаччини*¹⁹). Проте не можна стверджувати про наявність законного сподівання, якщо існує спір щодо правильного тлумачення та застосування національного законодавства і вимоги заявника згодом відхиляються національними судами. У рішенні ЄСПЛ від 1 червня 2006 р. у справі *Федоренко проти України*²⁰ зазначено, що заявник мав щонайменше «законні сподівання» на дохід відповідно до пункту договору про доларовий еквівалент суми в гривні, і це сподівання може вважатися «майном» у розумінні ст. 1 Першого протоколу. ЄСПЛ також констатував, що дії управління юстиції можна розцінити як такі, що звели нанівець «законні сподівання» заявника за договором і позбавили його, зокрема, умови, на яку він погодився під час укладання договору.

У рішенні ЄСПЛ від 24 червня 2003 р. у справі *Стретч проти Сполученого Королівства*²¹ законними вважаються «очікування на законних підставах продовження терміну дії договору оренди, і це очікування є складовою частиною права власності заявника, наданого йому за договором оренди в розумінні зазначеної статті». Суд дійшов висновку про те, що «заявник мав право, принаймні, очікувати на законних підставах, що він зможе продовжити термін дії договору, і таке очікування можна вважати – в цілях застосування положень ст. 1 Першого протоколу – складовою його права власності, наданого йому за договором оренди».

Одним з інструментів захисту легітимних очікувань у практиці ЄСПЛ є *концепція автономного тлумачення*, згідно з якою Суд у своїй практиці з метою забезпечення її визначеності формулює *автономні поняття* – основні юридичні терміни, що за змістом та обсягом тлумачення є однаковими для застосування в усіх справах Суду, незалежно від їхнього значення та інтерпретації в національних правових системах

¹⁶ *Ponomaryov v. Ukraine*, no. 3236/03, 3 April 2008.

¹⁷ *Agrokompleks v. Ukraine*, no. 23465/03, 6 October 2011.

¹⁸ *Pchenko v. Ukraine*, no. 17303/03, 29 November 2005.

¹⁹ *Kopecký v. Slovakia*, no. 44912/98, 7 January 2003.

²⁰ *Fedorenko v. Ukraine*, no. 25921/02, 1 June 2006.

²¹ *Stretch v. the United Kingdom*, no. 44277/98, 24 June 2003.

держав – учасниць Конвенції. Це такі юридичні поняття, як «майно» (ст. 1 Першого протоколу), «закон», власне, «легітимні очікування», тощо. Так, практика ЄСПЛ визнає майном «права на речі та майно (права *in rem* та права *in personam*); існуючі володіння або фактично існуючі права власності; вимоги, борги та звернення на певне майно; економічні, комерційні, підприємницькі та професійні інтереси; дозволи та ліцензії; пенсії та соціальні виплати (за певних умов); спадкові права та правонаступництво; майно – власність юридичних осіб, асоціацій, компаній, власників акцій; права та інтереси акціонерів; інші права власників».²²

Також автономним поняттям ЄСПЛ визначає «закон», визнаючи, що до змісту цього поняття входять норми права, які створюються не лише законодавчою та виконавчою владами, але й, що найважливіше, судами (рішення від 26 квітня 1979 р. у справі «Санді Таймс» проти Сполученого Королівства²³). Посилання держави на право ЄС чи міжнародне право буде прийняте як належна правова підстава за умови, що відповідна норма узгоджується з концепцією «закону», що міститься в Конвенції. У цьому ж рішенні Суд визначив два додаткових критерії, яким повинна відповідати норма права, щоб вважатися «законом»:

по-перше, норма права мусить бути належним чином доступною: особи повинні мати відповідну до обставин можливість орієнтуватися в тому, які правові норми застосовуються в конкретному випадку;

по-друге, норма права не може вважатися «законом», якщо її не сформульовано з достатнім ступенем точності, що дозволяє громадянинові узгоджувати з нею свою поведінку.

Таким чином, характеристика очікувань як легітимних поєднує в собі: *по-перше*, їхню законність, яка зумовлена реалізацією особою належного їй суб'єктивного права; *по-друге*, їхню обґрунтованість, тобто зумовлену законом раціональність сподівань учасників суспільних відносин.²⁴

6. Унеможливлення зворотної (ретроактивної) дії правових актів, передусім, але не виключно, кримінального законодавства, у тому числі чітко визначені винятки із заборони зворотної дії (передусім у разі пом'якшення чи скасування кримінальної відповідальності).

7. Принципу *nullum crimen sine lege* та *nullum poena sine lege* («немає закону – немає злочину», «немає закону – немає покарання»).

8. Принцип (правило) *res judicata* (скорочення від давньоримського юридичного правила «*res judicata pro veritate habetur!*» – з латин. «судове рішення визнається за істину»), що вимагає поваги до остаточного рішення суду й забороняє перегляд остаточного та обов'язкового до виконання судового рішення лише з метою домогтися повторного розгляду та винесення нового рішення у справі – див., зокрема, рішення

²² Беяневич, «Поняття легітимних очікувань», 42.

²³ *The Sunday Times v. the United Kingdom* (no. 1).

²⁴ Беяневич, «Поняття легітимних очікувань», 42.

ЄСПЛ від 28 жовтня 1999 р. у справі *Брумареску проти Румунії*²⁵ (це рішення вважається провідним у закріпленні у практиці ЄСПЛ вимоги правової визначеності, зокрема правила *res judicata*), від 9 листопада 2004 р. у справі *Науменко проти України*,²⁶ від 3 квітня 2008 р. у справі *Пономарьов проти України*,²⁷ від 19 лютого 2009 р. у справі *Христов проти України*.²⁸

За правилом *res judicata*, остаточне судове рішення має виконуватися та, як правило, не може бути переглянуте, зокрема за заявою прокурорів чи голів вищих судів у порядку нагляду (що було сталою практикою в радянській та інших соціалістичних правових системах, а також в Україні у перші роки незалежності), повноваження судів вищого рівня з перегляду мають здійснюватися виключно для виправлення судових помилок та недоліків. Коли за апеляційною скаргою винесено остаточне рішення, то подальші звернення в апеляційному порядку неможливі. Слід визнавати остаточні рішення й дотримуватися їх, за винятком випадків, коли є незаперечні підстави для їхнього перегляду. Відхід від *res judicata* можливий лише тоді, коли цього вимагають відповідні вагомий й непереборні обставини.

В установчих договорах ЄС принцип правової визначеності не закріплюється, проте Судом ЄС він визнається одним із загальних принципів європейського права. Цей принцип для обґрунтування своїх рішень використовує і ЄСПЛ. Аналіз його практики дозволяє виокремити три групи вимог, які включає принцип правової визначеності: 1) вимоги до визначеності законодавства; 2) вимоги до визначеності повноважень; 3) вимоги до визначеності судових рішень.

Так, у рішенні від 23 вересня 1998 р. у справі *Стіл та інші проти Сполученого Королівства*²⁹ Суд вказав, що вимога п. 2 ст. 10 Конвенції про те, що обмеження здійснення свободи вираження поглядів, яке має бути встановлене законом, є рівнозначною вимозі, передбаченій у п. 1 ст. 5 про те, що будь-яке позбавлення свободи має бути законним. Суд наголошує: Конвенція вимагає, щоб усе право, чи то писане, чи неписане, було достатньо чітким, щоб дозволити громадянину, якщо виникне потреба з належною порадою, передбачати певною мірою за певних обставин наслідки, які може спричинити певна дія. Вислови «законний» та «згідно з процедурою, встановленою законом», у пункті 1 ст. 5 зумовляють не лише повне дотримання основних процесуальних норм внутрішньодержавного права, а й те, що будь-яке позбавлення свободи відповідає меті ст. 5 і не є свавільним.

У рішенні від 25 листопада 1999 р. у справі *Гешмен і Герруп проти Сполученого Королівства*³⁰ Суд вказав, що однією з вимог, яка впливає зі словосполучення

²⁵ *Brumărescu v. Romania* [GC], no. 28342/95, ECHR 1999-VII.

²⁶ *Naumenko v. Ukraine*, no. 42023/98, 10 February 2004.

²⁷ *Ponomaryov v. Ukraine*, no. 3236/03, 3 April 2008.

²⁸ *Khrystov v. Ukraine*, no. 24465/04, 19 February 2009.

²⁹ *Steel and Others v. the United Kingdom*, 23 September 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VII.

³⁰ *Hashman and Harrup v. the United Kingdom* [GC], no. 25594/94, ECHR 1999-VIII.

«встановлений законом», є передбачуваність. Норму не можна вважати «законом», якщо її не сформульовано достатньо чітко, що дає особі можливість керуватися цією нормою у своїх діях. Та хоча визначеність у законі надзвичайно бажана, забезпечення її може призвести до надмірної ригідності (нездатності до змін, негнучкості), тоді як закон ніколи не повинен відставати від обставин, що змінюються. Ступінь чіткості, яку мають забезпечувати формулювання національних законів і яка в жодному випадку не може охопити всі непередбачувані обставини, значною мірою залежить від змісту певного документа, сфери, на яку поширюється закон, а також від кількості та статусу тих, кому він адресований.

У рішенні від 10 лютого 2004 р. у справі *Пухк проти Естонії*³¹ Суд зазначив, що ст. 7 Конвенції не обмежується заборонаю ретроспективного застосування кримінального законодавства на шкоду обвинуваченому; вона також втілює загалом принцип, що тільки закон може визначити кримінальне правопорушення та встановити покарання (*nullum crime nulla poena sine lege*), а також принцип, за яким кримінальне право не повинно надмірно тлумачитися на шкоду обвинуваченому. З цих принципів випливає, що правопорушення має бути чітко встановлено в законі. Цю вимогу дотримано, якщо особа може дізнатися на основі формулювання відповідного положення та, у разі потреби, за допомогою його судового тлумачення, які дії чи бездіяльність є підставою для кримінальної відповідальності.³²

ЄСПЛ неодноразово звертав увагу на недосконалість законодавства України та необхідність дотримуватися принципу правової визначеності. Так, у рішенні від 6 листопада 2008 р. у справі *Єлоєв проти України*³³ Суд зазначив, що відсутність чітко сформульованих положень, які б визначали, чи можливо належним чином продовжити (якщо так, то за яких умов) застосування на стадії судового слідства запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, обраного на визначений період на стадії досудового слідства, не відповідає критерію «передбачуваності закону». Суд також нагадав, що практика, яка виникла у зв'язку із законодавчою прогалиною і яка зумовлює тримання особи під вартою протягом необмеженого й непередбачуваного строку за обставин, коли таке тримання не передбачається ні конкретним положенням законодавства, ні будь-яким судовим рішенням, сама по собі суперечить принципу правової визначеності, який є одним з основних елементів верховенства права.³⁴

Проблема неухильного та оперативного виконання судових рішень як необхідна умова правової визначеності та верховенства права загалом є дуже актуальною та болісною для України, на що неодноразово вказував ЄСПЛ. Так, Велика Палата

³¹ *Puhk v. Estonia*, no. 55103/00, 10 February 2004.

³² Юлія Матвеева, «Правова визначеність та суддівське правотворення», *Наук. записки нац. ун-ту «Києво-Могилянська академія»*, Т. 103: Юридичні науки (Київ, 2010), 51–52.

³³ *Yeloyev v. Ukraine*, no. 17283/02, 6 November 2008.

³⁴ Богачова, «Принцип правової визначеності.»

ЄСПЛ у рішенні від 12 жовтня 2017 р. у справі *Бурмич та інші проти України*³⁵ щодо тривалого невиконання рішень українських судів наголосила, що з часу «пілотного» рішення від 15 жовтня 2009 р. у справі *Юрій Миколайович Іванов проти України* Україна не зробила нічого, аби вирішити проблему, – кількість подібних скарг до ЄСПЛ лише зростає. Суд відзначив, що він уже виконав свою роль у цій справі, а саме: ідентифікував системну проблему, констатував порушення права на справедливий суд і надав вказівки щодо заходів, до яких слід вдатися Україні. Суд не вбачає своєї подальшої ролі у вирішенні питання, а повторення тих самих висновків Суду в тисячах подібних справ не вирішить проблему. ЄСПЛ прийняв унікальне рішення у цій справі: не розглядаючи 12 143 справи, передав їх до Комітету Міністрів Ради Європи, аби останній разом з Урядом України знайшли вирішення цієї системної проблеми. Усі нові скарги до Суду з цього питання одразу передаватимуться до Комітету Міністрів.

ЄСПЛ наголошує на зв'язку між принципами правової визначеності та законності. Так, у рішенні Великої Палати від 29 березня 2010 р. у справі *Медведев та інші проти Франції*³⁶ Суд зазначив: «Надзвичайно важливе значення має, що умови для позбавлення волі відповідно до внутрішньодержавного та (або) міжнародного права мусять бути чітко визначені й що сам закон повинен бути передбачуваним у своєму застосуванні, так щоб він відповідав стандартів «законності», встановленому Конвенцією, – стандартів, який вимагає, щоб усе законодавство було достатньо точним з метою уникнути будь-якого ризику та свавілля й дозволити громадянинові, за необхідністю за допомогою відповідної консультації, передбачити розумною за обставин справи мірою наслідки, які ця дія може тягти за собою».

У рішенні від 18 грудня 2008 р. у справі *Новік проти України*³⁷ Суд підкреслив, що «коли йдеться про позбавлення свободи, надзвичайно важливою умовою є забезпечення загального принципу правової визначеності. Вимога “якості закону” у розумінні п. 1 ст. 5 Конвенції означає, що коли національний закон передбачає можливість позбавлення свободи, такий закон має бути достатньо доступним, чітко сформульованим і передбачуваним у своєму застосуванні для того, щоб виключити будь-який ризик свавілля».³⁸

Значущість принципу правової визначеності для результативного правового регулювання підтверджується і практикою Конституційного Суду України. Суд застосував цей принцип як невід'ємну вимогу верховенства права у низці справ: у рішенні від 22 вересня 2005 р. у справі *про постійне користування земельними ділянками*³⁹ («із

³⁵ *Burmych and Others v. Ukraine* (striking out) [GC], nos. 46852/13 et al, 12 October 2017.

³⁶ *Medvedev and Others v. France* [GC], no. 3394/03, ECHR 2010.

³⁷ *Novik v. Ukraine*, no. 48068/06, 18 December 2008.

³⁸ Також див. вищенаведену правову позицію ЄСПЛ щодо автономного поняття «закон», сформульовану в рішенні від 26 квітня 1979 р. у справі *The Sunday Times v. the United Kingdom*.

³⁹ Рішення Конституційного Суду України від 22.09.2005 № 5-рп/2005 (№ 1-17/2005).

конституційних принципів рівності і справедливості впливає вимога визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі»); у рішенні від 29 червня 2010 р. у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзацу восьмого пункту 5 частини першої статті 11 Закону України «Про міліцію»⁴⁰ («Одним із елементів верховенства права є принцип правової визначеності, у якому стверджується, що обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлюваних такими обмеженнями»); у рішенні від 11 березня 2010 р. у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення термінів «найвищий судовий орган», «вищий судовий орган», «касаційне оскарження», які містяться у статтях 125, 129 Конституції України⁴¹ (тут Суд використав правило *res judicata*, зазначивши, що наявність двох касаційних інстанцій для перевірки рішень спеціалізованих судів не відповідає засадам правової визначеності), тощо.⁴²

Водночас у низці своїх рішень Конституційний Суд України, на нашу думку, знехтував принципом правової визначеності (й верховенства права загалом). Серед них достатньо згадати такі:

рішення від 25 грудня 2003 р. у справі щодо строків перебування на посту Президента України,⁴³ згідно з яким положення частини третьої статті 103 Конституції України, за яким одна й та сама особа не може бути Президентом України більше ніж два строки підряд, треба розуміти так, що це положення поширюється лише на осіб, яких обирають на пост Президента України після набуття чинності Конституцією України 1996 р. Особа, яку вперше було обрано Президентом України за чинною Конституцією України в 1999 р., має право балотуватися на чергових виборах Президента України в 2004 р. (так зване «рішення про третій строк»);

рішення від 19 вересня 2012 р. у справі за конституційним зверненням приватного підприємства «ІКІО» щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 61 Сімейного кодексу України,⁴⁴ згідно з яким це положення треба розуміти так, що статутний капітал та майно приватного підприємства є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя (а не самого підприємства – як це прямо зазначено в Цивільному кодексі України та відповідає сталій доктрині цивільного права);

⁴⁰ Рішення Конституційного Суду України від 29.06.2010 № 17-рп/2010 (№ 1-25/2010).

⁴¹ Рішення Конституційного Суду України від 11.03.2010 № 8-рп/2010 (№ 1-1/2010).

⁴² Докладніше див.: Богачова, «Принцип правової визначеності.»

⁴³ Рішення Конституційного Суду України від 25.12.2003 № 22-рп/2003 (№ 1-46/2003).

⁴⁴ Рішення Конституційного Суду України від 19.09.2012 № 17-рп/2012 (№ 1-8/2012).

рішення від 9 лютого 1999 р. у справі про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів,⁴⁵ згідно з яким положення частини першої ст. 58 Конституції України про те, що закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи, треба розуміти так, що воно стосується людини і громадянина (фізичної особи) (що внесло хаос невизначеності в судову практику адміністративних судів, зокрема в податкових справах);

рішення від 15 березня 2016 р. у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо офіційного тлумачення положення «на наступній черговій сесії Верховної Ради України», яке міститься у статті 155 Конституції України,⁴⁶ згідно з яким положення «на наступній черговій сесії Верховної Ради України», застосоване у ст. 155 Конституції України, необхідно розуміти так, що наступною черговою сесією Верховної Ради України є чергова сесія парламенту, яка має відбутися відповідно до положень розділу XIII «Внесення змін до Конституції України» Основного Закону України та Регламенту Верховної Ради України (тобто «наступною черговою» може бути визначено будь-яку сесію, а не обов'язково наступну чергову з точки зору здорового глузду та передбачуваного лексичного тлумачення);

рішення від 2 грудня 2019 р. у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень статті 151² Конституції України,⁴⁷ згідно з яким рішення КСУ безвідносно до їх юридичної форми, ухвалені з питань його виключних конституційних повноважень, не можуть бути оскаржені (що являє собою, по-перше, необґрунтоване розширене тлумачення конституційного терміна «рішення КСУ», по-друге, фактичне втручання в здійснення правосуддя в конкретній адміністративній справі, у якій КСУ виступав як відповідач та в якій уже було ухвалене рішення першої інстанції про задоволення позову, й по-третє, є «рішенням у власній справі»).

На наше переконання, такі обов'язкові й остаточні рішення органу конституційної юстиції посилюють у юридичній спільноті та в суспільства загалом недовіру до безсторонності та неупередженості судової системи, що негативно впливає на рівень її легітимності та, як наслідок, на ефективність національної правової системи.

Відбиттям вимоги правової визначеності в американському конституційному праві є *доктрина невизначеності закону* (*doctrine of uncertainty of the law*), згідно з якою закон є нечинним, якщо він є занадто розпливчастим для розуміння пересічним громадянином. Є кілька причин, за якими закон може вважатися невизначеним; загалом закон може бути названий недійсним із причин невизначеності, коли пересічний громадянин не може в цілому визначити, які особи регулюються законом, яку поведінку заборонено,

⁴⁵ Рішення Конституційного Суду України від 09.02.1999 № 1-рп/99 (№ 1-7/99).

⁴⁶ Рішення Конституційного Суду України від 15.03.2016 № 1-рп/2016 (№ 1-21/2016).

⁴⁷ Рішення Конституційного Суду України від 02.12.2019 № 11-п/2019 (№ 1-182/2019(4165/19)).

а також те, яке покарання може бути призначено. Кримінальні закони, які, наприклад, не стверджують явно і виразно, яка поведінка заслуговує на покарання, є недійсними через невизначеність. Закон є також недійсним через невизначеність, якщо законодавчий орган передає суддям та/або посадовим особам повноваження настільки широкі, що це може призвести до необґрунтованого кримінального переслідування. Пов'язаним із «недійсністю через невизначеність» є поняття «неконституційної невизначеності».

За цією доктриною критеріями, яким повинні відповідати закони, щоб вважатися конституційними, є такі:

по-перше, закон повинен прямо встановлювати, що він наказує й що підлягає виконанню;

по-друге, повинно бути надано визначення потенційно розпливчастих висловлювань.

У справі *Коннеллі проти Головної будівельної компанії* (рішення було ухвалено 4 січня 1926 р.) суддя Верховного Суду США Джордж Сазерленд виклав доктрину невизначеності так:

Те, що формулювання кримінального закону, яким встановлюється новий злочин, повинні бути достатньо ясними для того, аби дати зрозуміти тим, хто підпадає під їхню дію, яка їхня поведінка матиме наслідком відповідальність за цим законом, є загальновизнаною вимогою, співзвучною пересічним поняттям справедливих правил гри і встановлених норм права. Тому закон, який забороняє чи вимагає вчинення дії у формулюваннях настільки нечітких, що людина загальних розумових здібностей повинна гадати, який його зміст, і здогадуватися щодо його застосування, порушує перший принцип належної правової процедури.⁴⁸

Випадками, за яких закон може бути оскаржено як неконституційно невизначений, є передусім такі:

1) коли закон не перераховує конкретно варіантів поведінки, які є обов'язковими або забороненими. У такому випадку пересічний громадянин не знає, чого конкретно вимагає закон;

2) коли закон конкретно не деталізує процедури, яких дотримуються посадові особи або судді, які розглядають справу. Як запобігання закон повинен особливо докладно розповідати, що посадові особи мають робити, встановлюючи як те, що вони повинні робити, так і те, чого не повинні робити. Судді повинні, відповідно до доктрини, мати чітке уявлення про те, яким чином вони будуть вести справу.

Так, Верховний Суд Флориди у рішенні від 17 грудня 1971 р. у справі *Альва Джин Франклін проти штату Флорида*⁴⁹ постановив, що державна заборона на тяжкий кримінальний злочин, содомію, була неконституційно розпливчастою, тому що пересічна людина звичайного інтелекту не могла певно знати, не роблячи припущень,

⁴⁸ Цит. за: Окрема думка судді Конституційного Суду України Шевчука С. В. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368² Кримінального кодексу України, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nh01d710-19#Text>.

⁴⁹ *Franklin v. State*, 257 So. 2d 21 (Fla. 1971).

чи «мерзенний та огидний злочин проти природи» включає оральний секс або тільки анальний. Рішеннями від 24 лютого 1972 р. у справі *Папахрісту проти міста Джексонвіля*⁵⁰ та від 2 травня 1983 р. у справі *Колендер проти Лоусона*⁵¹ Верховний Суд США скасував закони проти бродяжництва за неконституційну невизначеність, оскільки закон залишив на розсуд поліції обмеження такої діяльності, як «неробство», «мандри», або «блукання з місця на місце», і, оскільки люди не могли певно знати, якого роду поведінка заборонена законом, то могли потенційно понести кримінальну відповідальність за безвинну повсякденну діяльність. Рішенням від 15 червня 1983 р. у справі *Місто Акрон проти Акронського Центру репродуктивного здоров'я*⁵² Верховний Суд США скасував положення місцевого закону про аборти, який вимагав, щоб лікарі ліквідували залишки плода в «гуманний та санітарний спосіб». Термін «гуманний» було визнано Судом неконституційно розпливчастим для визначення поведінки суб'єкта кримінальної відповідальності, адже лікар не міг бути впевнений, є його поведінка законною чи ні.

Британська правова доктрина критерієм «звичайної розумної людини» визначає особу з лави присяжних або «пасажира з автобусу в Клепхемі»⁵³ (тобто усереднену за розумовими здібностями, освітою та статком людину, яка, відповідно, має звичайний рівень інтелекту, знань та життєвого досвіду).⁵⁴ Це є важливим критерієм правової визначеності, а саме зрозумілості та передбачуваності правових приписів для пересічного громадянина, а не тільки для професійних юристів (суддів, адвокатів, науковців тощо).

Вищенаведені критерії є відбиттям зв'язків та взаємозумовленості правової визначеності та інших загальних принципів права і водночас вимог верховенства права, зокрема законності (у цій площині «легітимні очікування» *legitimate expectations* є «законними очікуваннями» *rightful expectations*) та розумності (у цьому аспекті «легітимні очікування» розглядаються як «розумні очікування» *reasonable expectations*). Ефективне забезпечення цих зв'язків, упровадження правової визначеності та її елементів у нормотворчість і правозастосування, передусім у судову практику, а отже, реальне вкорінювання верховенства права та його вимог у національну правову систему, є предметом професійної відповідальності як вітчизняних правознавців, так і юристів-практиків.

© В. Смородинський, 2020

⁵⁰ *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U. S. 156 (1972).

⁵¹ *Kolender v. Lawson*, 461 U. S. 352 (1983).

⁵² *City of Akron v. Akron Center for Reputive Health*, 462 U. S. 416 (1983).

⁵³ Петришин та ін. *Загальна теорія права*, 198.

⁵⁴ У доповіді «Право і неправо з точки зору авіаційного техніка» на Всеукраїнському круглому столі «Фундаментальні проблеми юриспруденції II. Право і неправо» (18–19 вересня 2020 р., м. Харків, НЮУ ім. Ярослава Мудрого, НАПрНУ) автор запропонував як зрозумілий вітчизняний аналог такої особи «авіаційного техніка» – людину без вищої та спеціальної юридичної освіти, але – з огляду на складні професійні обов'язки, пов'язані з безпекою та життям великих груп людей, – з достатнім інтелектом, освіченістю та почуттям соціальної відповідальності.

Bibliography

- Belianevych, Olena. "The Concept of Legitimate Expectations and Problems of its Application by the Ukrainian Courts." *Pryvatne pravo i pidpnyemnytstvo* 16 (2016): 41–45 (in Ukrainian).
- Berzanyuk, Jan. "The Ratio of the Need to Ensure the Unity of Judicial Practice and Deviation from the Legal Positions of the Supreme Court (on the example of resolving public law disputes)." *Sudebno-yuridicheskaya gazeta*, August 26, 2020, https://sud.ua/ru/news/blog/177404-spivvidnoshennya-neobkhidnosti-zabezpechennya-yednosti-sudovoyi-praktiki-ta-vidstupu-vid-pravovikh-pozitsiy-verkhovnogo-sudu-na-prikladi-virishennya-publichno-pravovikh-sporiv?fbclid=IwAR2D9EastZc6_ic oWnIGyUwMUIzxKUw2X1w3RWPgdg7LEoQuV798suRpCHg (in Ukrainian).
- Bingham, Tomas. "The Rule of Law." <http://legalitas.com.ua/ua/ukr-t-bin%D2%91em-verhovenstvo-prava/> (in Ukrainian).
- Bogachova, Lyudmila. "The Principle of Legal Certainty in European and National Law (Substantive Characteristics)." *Teoriya i praktyka pravoznavstva* 2 (2013). http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2013_2_74 (in Ukrainian).
- Fuller, Lon L. *The Morality of Law*. Kyiv: Sfera, 1999 (in Ukrainian).
- Hayek, Friedrich August von. *The Road to Serfdom: text and documents*, edited by Bruce Caldwell. Definitive ed. London: The University of Chicago Press, 2007.
- Matveeva, Yuliya. "Legal Certainty and Judicial Lawmaking." *Nauk. zapiski nats. un-tu "Kyievo-Mogylans'ka akademiya"*. Vol. 103: Yurydychni nauky, 50–53. Kyiv, 2010 (in Ukrainian).
- Petryshyn, Oleksandr, Dmytro Lukianov, Sergiy Maksymov, Viktor Smorodynskyi et al. *General Theory of Law*. Kharkiv: Pravo, 2020 (in Ukrainian).
- Pohrebnyak, Stanislav. *Fundamental Principles of Law (Substantive Characteristics)*. Kharkiv: Pravo, 2008 (in Ukrainian).
- Rule of Law. Report no. 512/2009 (Venice Commission, Strasbourg, 4 April 2011 p.). [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-ukr).
- Rule of Law Checklist. Study no. 711/2013 (Venice Commission, Strasbourg, 18 March 2016). [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e).
- Rule of Law Checklist. Commentary. Glossary. Translated by Sergiy Holovaty. USAID, 2017 (in Ukrainian).
- Smorodynskyi, Viktor. "Judiciary in Ukraine (general theoretical problems)." PhD diss., Kharkiv, 2001 (in Ukrainian).
- Summers, Robert S. "The Principles of the Rule of Law." *Notre Dame Law Review* 74 (1999): 1691–712.

Віктор Смородинський. Правова визначеність

Анотація. Правова визначеність розглядається у статті не лише як один із загальних принципів права та одна з вимог верховенства права, а й загалом як засаднича властивість і умова значущості права та його інструментальної цінності. У цьому зв'язку аналізуються визначення верховенства права та переліки його складових, запропоновані західними філософами і теоретиками права та Венеційською комісією. Висвітлюються такі елементи принципу правової визначеності, як доступність законодавства та судової практики, передбачуваність правових актів, принципи єдності судової практики, легітимних очікувань, *res judicata*, європейська концепція автономного тлумачення та американська доктрина невизначеності закону. Шляхом аналізу та

синтезу теоретичних концепцій принципу правової визначеності, практики його тлумачення й застосування європейськими та національними судами, зв'язків між ним та іншими загальними принципами права (зокрема законності та розумності) доводиться визначна роль цього принципу в укоріненні верховенства права у національній правовій системі.

Ключові слова: правова визначеність; загальні принципи права; верховенство права; єдність судової практики; легітимні очікування; автономне тлумачення; автономні поняття; законність; *res judicata*; доктрина невизначеності закону.

Виктор Смородинский. Правовая определенность

Аннотация. Правовая определенность рассматривается в статье не только как один из общих принципов права и одно из требований верховенства права, но и вообще как основополагающее свойство и условие значимости права и его инструментальной ценности. В этой связи анализируются определения верховенства права и перечни его составляющих, предложенные западными философами и теоретиками права и Венецианской комиссией. Освещаются такие элементы принципа правовой определенности, как доступность законодательства и судебной практики, предсказуемость правовых актов, принципы единства судебной практики, легитимных ожиданий, *res judicata*, европейская концепция автономного толкования и американская доктрина неопределенности закона. Путем анализа и синтеза теоретических концепций принципа правовой определенности, практики его толкования и применения европейскими и национальными судами, связей между ним и другими общими принципами права (в частности, законности и разумности) доказывается определяющая роль этого принципа в укоренении верховенства права в национальной правовой системе.

Ключевые слова: правовая определенность; общие принципы права; верховенство права; единство судебной практики; легитимные ожидания; автономное толкование; автономные понятия; законность; *res judicata*; доктрина неопределенности закона.

Viktor Smorodynskyi. Legal Certainty

Abstract. Legal certainty is considered in the paper not only as one of the general principles of law and one of the requirements of the Rule of Law, but also as a fundamental feature and condition of the significance of law and its instrumental value in general. In this regard, the definitions of the Rule of Law conception and the lists of its components proposed by Western philosophers and theorists of law and by the Venice Commission are analyzed. Elements of the principle of legal certainty such as legislation and case law accessibility, legal acts' predictability, principles of case law unity, legitimate expectations, *res judicata*, the European concept of autonomous interpretation and the American doctrine of uncertainty of law are covered. By analyzing and synthesizing theoretical concepts of the principle of legal certainty, the practice of its interpretation and application by European and national courts, the connections between it and other general principles of law (in particular – principles of legality and reasonableness), this principle plays a key role in the Rule of Law implementation in the national legal system.

Keywords: legal certainty; general principles of law; Rule of Law; case law unity; legitimate expectations; autonomous interpretation; autonomous concepts; legality; *res judicata*; doctrine of uncertainty of the law.

Одержано/Received 30.09.2020

AHARON BARAK'S CONCEPT OF HUMAN DIGNITY AND THE NOTION OF DIGNITY IN JURISPRUDENCE OF POLISH CONSTITUTIONAL COURT

Introduction

Aharon Barak, a respected scholar, longtime justice (from 1978) and then the chairman of the Israeli Supreme Court,¹ writes much about comparative constitutional law and human rights. Both as justice and scholar, Barak is a supporter of judicial activism.² In recent years his books on the principle of proportionality and human dignity were published in English and his views are becoming more and more popular among lawyers in Central Europe. The aim of the paper is to examine whether the concept of dignity presented by Barak is useful to understand the approach to human dignity as a legal concept in Central European legal systems. Before referring to Barak's view, I will briefly present the most important features of understanding of human dignity in Polish law and legal thought.

I. Human Dignity as the Foundation of the Legal Order in Poland

Polish Constitution of April 2, 1997 points to dignity in Article 30 as the source of all constitutional human and civil rights and freedoms. In this provision, dignity is characterized as inherent and inalienable. Although dignity occupies a very important place in the Polish constitution, as it appears at the beginning of Chapter II on the freedoms, rights and duties of a human being and citizen, Constitutional Court does not deal often with the content of this notion. Moreover, the Court very rarely finds that a specific provision violates the Constitution solely because it violates human dignity. According to the Tribunal, the argumentation based on the violation of dignity itself would be admissible only if a specific legal regulation meant that a person would become an object of actions by the authorities, ceasing to be their subject. This would apply to situations in which the

* Piotr Szymaniec, Dr. hab. in law, Professor and Director of the Institute of Socio-Legal Studies, Angelus Silesius University of Applied Sciences in Wałbrzych (Poland).

П'ютр Шиманец, доктор юридичних наук, професор і директор Інституту суспільно-правових досліджень, Університет прикладних наук Ангелуса Сілезіюса у Валбжисі (Польща).

e-mail: pszymaniec@poczta.onet.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5415-9215>

¹ He was born as Erik Brick in Kaunas on September 16, 1936.

² Cf. Aharon Barak, *The Judge in a Democracy* (Princeton: Princeton University Press, 2008), 263–81.

legislator would cause a human being to be treated purely instrumentally. Therefore, the Polish Constitutional Court clearly uses the approach to dignity developed in German jurisprudence, based on the considerations of Günter Dürig (1920–1996), who transposed Kantian concept of dignity as something opposed to “price” into the interpretation of Article 1 clause 1 of the German Basic Law of 1949. On the background of this article, Dürig presented the famous “object formula” (*Objektformel*), according to which, in a democratic state, an individual cannot be seen solely as an object of state power.³ One of the most prominent Polish constitutional lawyers, Leszek Garlicki⁴ strongly emphasized that Dürig’s formula is also suitable in the context of the Polish constitution.⁵

One of the judgments in which the Constitutional Court dealt with the issue of dignity most extensively was the judgment of September 30, 2008,⁶ in which it made extensive use of the “object formula” in its considerations. The Court examined the compliance of Article 122a of the Act of July 3, 2002, Aviation Law.⁷ This provision allowed for the shooting down, because of state security, of an aircraft used “for illegal activities, in particular as a means of a terrorist attack from the air”. This provision was deemed unconstitutional as it led to the instrumental treatment of aircraft passengers. The Court also noted that passengers were in danger not only because of terrorists’ actions, but also because the state had failed to fulfill its obligation to ensure security.⁸ It should be emphasized that the Polish Constitutional Court repeated the argumentation of the *Bundesverfassungsgericht* expressed in the judgment of February 15, 2006.⁹

³ Cf. Günter Dürig, “Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes,” *Archiv des öffentlichen Rechts* 81, no. 2 (1956), 117–57; Matthias Mahlmann, “Human Dignity and Autonomy in Constitutional Orders,” in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. Michel Rosenfeld and András Sajó (Oxford: Oxford University Press, 2012), 379–80; Horst Dreier, “Art. 1 I,” in *Grundgesetz. Kommentar*, ed. Horst Dreier (Tübingen: Mohr Siebeck, 2004), 166–68. I agree with Olga Rosenkranzová who writes (referring to Dietmar Pfordten) that Dürig’s interpretation is based on a misapprehension. Kant applied his concept of dignity, expressed in the third formula of the categorical imperative, only to morality and the sphere of *homo noumenon*. Thus this concept was not intended to be employed in the realm of law and physical relations between human beings (i.e. the domain of *homo phenomenon*). In Kant’s philosophy, the concept of dignity justifies those obligations of an individual in the social sphere, which he or she imposes on himself or herself. Olga Rosenkranzová, *Lidská důstojnost: Právně teoretická a filozofická perspektiva. Giovanni Pico della Mirandola & Immanuel Kant* (Praha: Leges, 2019), 86–89, 128–33. Cf. Immanuel Kant, *Groundwork for the Metaphysics of Morals*, translated by Allen W. Wood (New Haven and London: Yale University Press, 2002), 52–54.

⁴ Professor Garlicki was a justice of the Constitutional Court between 1993 and 2001, and he was appointed the justice of the European Court of Human Rights, the function he performed until 2012.

⁵ Leszek Garlicki, “Artykuł 30,” in *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, ed. Leszek Garlicki and Marek Zubik (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2016), vol. II, 34.

⁶ Judgment of September 30, 2008, file no. K 44/07.

⁷ Journal of Laws of 2005, No. 226, item 1944.

⁸ Judgment of September 30, 2008, file no. K 44/07, point 174.

⁹ Judgment, file no. 1 BvR 357/05 (Urteil des Ersten Senats vom 15. Februar 2006), accessed November 23, 2020, https://www.bundes-verfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/02/rs20060215_1bvr035705.html.

Polish Constitutional Court, exactly as the its German equivalent, sees dignity both as a constitutional value and as a constitutional right. According to the Court, the right to respect and protect the dignity is a separate subjective right with a normative content different than other constitutional rights of individuals.¹⁰ As the Court emphasizes, “The subject of the right to dignity is, in the most general terms, to create (guarantee) such a situation for every human being that he or she has the possibility of autonomous realization of his or her personality, but above all that he or she does not become the subject of actions by others (especially public authority) and is not only an instrument during the realization of their goals”. In fact, however, the court makes little use of the right to dignity in its jurisprudence. Therefore, I agree with Ewa Łętowska, who writes that the concept of dignity appears in jurisprudence primarily as an argument of “an axiological assessment of the provisions and institutions of the legal system”.¹¹

Polish Constitutional Court not only very rarely refers to the right to dignity, but also avoids any reference to dignity in cases which are controversial in terms of worldview. Constitutional Court’s judgment of May 27, 1997 tightly limited the admissibility of abortion in Poland. The judgment caused the return to conditions defined by the Act of January 7, 1993 on family planning, protection of the human fetus and conditions for permitting termination of pregnancy.¹² Therefore, performing an abortion was allowed only if there is a reasonable suspicion that the pregnancy is a result of rape, if the pregnancy endangers the life or health of the mother, or there is a “high probability of severe and irreversible impairment of the fetus or an incurable life-threatening disease” (Article 4a). In the Court’s opinion, dignity is mentioned only once and no attempt was made to define this notion. The main part of the argument is based on the necessity of protection of human life in democratic state. Human life was seen as the most precious value which must be protected at every stage of its development.¹³ Some more important remarks on dignity were presented in the dissenting opinion of Justice Leszek Garlicki who argued that the conflict between dignity of the fetus and dignity of the mother arises in this case. In the much publicized judgment of October 22, 2020 Constitutional Court decided that the provision allowing the abortion in case of severe and irreversible impairment of the fetus or its incurable life-threatening disease is unconstitutional. The

¹⁰ Judgment of October 15, 2002, file no. SK 6/02, point 6.2; Judgment of July 9, 2009, file no. SK 48/05, point 2.2 (48). Cf. Krzysztof Wojtyczek, “Ochrona godności człowieka, wolności i równości przy pomocy skargi konstytucyjnej w polskim systemie prawnym,” in *Godność człowieka jako kategoria prawna (opracowania i materiały)*, ed. Krystian Complak (Wrocław: Drukarnia Centrum Handlu i Poligrafii, 2001), 205–06.

¹¹ Ewa Łętowska, “O godności, jej funkcji w obrocie prawnym i promocyjnej roli Rzecznika Praw Obywatelskich,” in *Godność człowieka a prawa ekonomiczne i socjalne. Księga jubileuszowa wydana w piętnastą rocznicę ustanowienia Rzecznika Praw Obywatelskich* (Warsaw: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, 2003), 248. Professor Ewa Łętowska was the first Polish ombudsman (1988–1992) and then she served as a justice of the Constitutional Court (2002–2011).

¹² Journal of Laws of 1993, no. 17, item 78.

¹³ Judgment of May 28, 1997, file no. K. 26/96.

judgment led to much criticism over the functioning of the Court and to demonstrations and riots that took place on the streets of large Polish cities. The majority opinion of this highly controversial judgment was published as late as at the end of January 2021. In its opinion, the Court stressed the linkage between dignity and protection of life, stressing already in the judgement of September 30, 2008, concerning destruction of an aircraft. Putting emphasis on dignity of an unborn child is a novelty of the Court's legal reasoning in comparison with its previous judgments.¹⁴ According to the sentence the mentioned provision "inconsistent with Article 38 [right to life] in connection with Article 30 [human dignity] and in connection with Article 31 section 3 [principle of proportionality] of the Constitution of the Republic of Poland". Therefore, the main emphasis was put on the right to life, while human dignity was mentioned only in the background.¹⁵

The Polish Constitutional Court is not only attached to the understanding of dignity developed by the German Federal Constitutional Court, but also it utilizes the division into personal dignity (*godność osobowa*) and dignity connected with personality (*godność osobowościowa*).¹⁶ The first type of dignity, named also the "transcendent dignity" by the Court, is characterized as an inalienable value, so it cannot be violated by the legislator. A human being is always equipped with this kind of dignity, regardless of his or her actions or attitudes in life. Dignity in the second sense includes, in turn, all the values of one's psychic life and values that make a person respected in society. The term "personality right", being a clear reference to German *Persönlichkeitsrecht*, is sometimes used in connection with this type of dignity. Thus, in the eyes of Constitutional Court, state bodies, including legislative authorities, act in compliance with Article 30 of the Polish Constitution when they does not violate dignity in the second sense.¹⁷

II. Aharon Barak's Concept of Dignity

Aharon Barak advocates a purposive interpretation of constitutional provisions, i.e. the interpretation that takes into account "the role, the function and the purpose that

¹⁴ Judgment of October 22, 2020, file no. K 1/20, the sentence available on: <https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wyroki/art/11300-planowanie-rodziny-ochrona-plodu-ludzkiego-i-warunki-dopuszczalnosci-przerywania-ciazy>, accessed November 23, 2020.

¹⁵ Dignity is mentioned only once in the short press note summarizing the Court's line of argument: "Moreover, the Court stated that the unborn child, as a human being who is entitled to inherent and inalienable dignity, is a subject having the right to life", "Komunikat. Planowanie rodziny, ochrona płodu ludzkiego i warunki dopuszczalności przerywania ciąży," *Trybunał Konstytucyjny*, accessed November 23, 2020, <https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/komunikaty-prasowe/komunikaty-po/art/11299-planowanie-rodziny-ochrona-plodu-ludzkiego-i-warunki-dopuszczalnosci-przerywania-ciazy>.

¹⁶ This division was developed mainly by the authors adhering to personalism. Cf. Józef Krukowski, "Godność człowieka podstawą konstytucyjnego katalogu praw i wolności jednostki," in *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, ed. Leszek Wiśniewski (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 1997), 39–42; Franciszek J. Mazurek, *Godność osoby ludzkiej podstawą praw człowieka* (Lublin: Katolicki Uniwersytet Lubelski, 2001).

¹⁷ Judgment of March 5, 2003, file no. K 7/01; Judgment of February 22, 2005, file no. K 10/04; Judgment of July 9, 2009, file no. SK 48/05, point 2.2 (nos. 49–50).

the constitution fills at the time of interpretation”.¹⁸ The teleological method stands in opposition to both intentionalism and originalism, i.e. two methods that refer to the views from the time of the adoption of the constitution (the first of which takes into account the will of the “fathers of the constitution,” while the second appeals to the understanding of the constitution at the time of its adoption by society). In line with Barak’s assumptions, dignity of an individual is a constitutional value if this is the result of the functions and purpose of the constitution ascribed to it at the time of its interpretation. It should be noted that Barak is in fact a positivist and normativist, and his approach is characterized by a peculiar relativism. He points out that the norms of a given legal system form a Kelsenian pyramid, and each constitution is interpreted according to the rules of interpretation appropriate for a given legal system. Therefore, in his opinion, there is no such thing as one universal method of interpretation, although he also points out that different methods of interpretation, created on the basis of different constitutional systems, often lead to the same results.

Aharon Barak is of the view that great philosophical or theological concepts, such as those of Thomas Aquinas or Kant, may be a signpost for solving constitutional problems, but do not provide a final recipe. The reason for this is simple: great thinkers usually did not deal with the interpretation of rights enshrined in constitutional charters of rights, and therefore the perspective of their considerations is completely different from that of a lawyer who has to issue a specific decision or judgment. Therefore, in Barak’s opinion, answers to the questions about the rights guaranteed in the constitution can only be found at the constitutional level.¹⁹ While the scholar is willing to agree that the element of Kantian approach to dignity, i.e. the view that the treatment of a human individual as a mere object will lead to violation of dignity, is almost universally recognized in the contemporary legal and ethical discourse, the majority of currently formulated philosophical and legal concepts of dignity are not convincing for Barak. He criticizes particularly Ronald Dworkin’s theory of dignity as an idea that embraces two ethical principles, namely self-respect and authenticity. The former means that each person is to take his or her own life and the lives of others seriously. The latter implies that each individual should express himself in relations with others, in his or her life, and this duty also includes finding one’s own life path that a person considers good in the circumstances in which he or she finds himself or herself.²⁰

In Barak’s view, Dworkin’s theory is not able to function as a standard according to which dignity as a constitutional concept could be understood. The Israeli judge claims that accepting Dworkin’s standpoint would lead to building the legal system upon a single

¹⁸ Aharon Barak, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 70. The first Hebrew edition of this book was in 2012.

¹⁹ Barak, *Human Dignity*, 4.

²⁰ Cf. Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011), 203–13.

principle, while “the law is based upon a number of principles, which are in state of constant conflict and must be balanced”.²¹ Moreover, as Barak repeatedly emphasizes, this conflict is nothing bad. Regardless of the criticism of Dworkin presented by Barak, it should be noted that Dworkin’s theory is not convincing due to the fact that it is based on a specific understanding of the individual and relationship to society. This understanding can be described as quite radically individualistic, i.e. emphasizing the rights and claims of an individual towards society, and marginalizing his or her potential obligations and duties. The principles specified by Dworkin are essentially arbitrary and are based on a system of values that does not have to obtain the general consent of citizens (these are values that make up a specific variant of liberalism). Meanwhile, in a democratic state, dignity as a legal concept cannot be defined in a way that can be easily challenged as being arbitrary.

In his book on dignity as the constitutional value and the constitutional right, Barak rejects the position that dignity is an axiomatic, universal concept. As he writes: “It may be that the concept of human dignity in a given society was initially based upon the religious view that sees God’s image in man. Eventually a change may have taken place in that society’s view, and it now bases human dignity upon Kantian rationality”.²² Hence Barak concludes that the understanding of dignity changes over time, and that dignity itself is a relative concept, “dependent upon historical, cultural, religious, social and political contexts”.²³ According to Barak, this feature does not diminish, however, the importance of dignity. On the contrary, it actually highlights it. Due to the fact that each society develops its own concept of dignity, this category becomes especially important to this society. Moreover, although these concepts differ, they are after all the expression of one idea. They overlap, so that despite the differences or even contradictions between them, there are common elements. Above all, all concepts of dignity concern human dignity in society, not the dignity of the solitary Robinson Crusoe. A robinsonade of dignity is therefore impossible, so dignity should be considered a “relational” concept, i.e. referring to the relationship of an individual with other people.²⁴ Barak states that when analyzing various traditions of thinking about dignity, one should recognize that “human dignity preserves the physical and psychical integrity of a person, their personal identity and their basic subsistence, and ensures equality between people”.²⁵ When addressing these arguments, I would like to make few remarks. First, it is obvious that human societies are transforming and certain concepts are changing in the course of historical development. However, this does not mean a complete break with the past. If so, the thought of Aristotle, Thomas Aquinas or

²¹ Barak, *Human dignity*, 119.

²² *Ibid*, 6.

²³ *Ibid*.

²⁴ Cf. *Ibid*, 7–8.

²⁵ *Ibid*, 7. Cf. *Ibid*, 129 (here the author combines the concept of dignity with the autonomy of the individual’s will and its guarantees, and then very broadly defines the spheres of the individual’s autonomy, which, in Barak’s opinion, are fundamental to his or her dignity).

Kant would have only historical significance for us, as a document of how people used to think in other social conditions. However, this is not the case, although certainly slightly different aspects of, let's say, Kant's theory appeal especially to us living in the early twenty-first century, and others were emphasized by commentators two hundred years ago. Secondly, all concepts of dignity refer to the position and place of man in the state and society, but this does not mean that according to many of them (e.g. Christian personalism) even a single person, living like Robinson Crusoe in a one-person society, is not deprived of dignity, though, certainly, this dignity can be fully recognized when a person lives in a society. Thirdly, the understanding of dignity adopted by Barak seems to be so broad that it dilutes the concept of dignity: it begins to include elements of other rights, belonging to the catalogue of constitutional rights of an individual (in fact, Barak does not deny this). The specificity of dignity as a right is that usually the deprivation of something or the lack of something (the possibility of action, choice, respect for a human being, fundamental equality, basic livelihoods) leads to the conclusion that, on the real or normative level, human dignity has been violated. The specificity of the right to dignity lies, therefore, not so much in the fact that it concerns many spheres of human existence, but in the fact that it is actualized in a situation that can be described as negative from the point of view of an individual.

Barak is clearly in favor of "spacious" understanding of the right to dignity. This understanding must lead to cases where this right overlaps with other constitutional rights and freedoms.²⁶ Barak sees such situations as desirable. Possible conflict between the right to dignity and some other constitutional right (rights) is dismissed by Barak²⁷ with the statement that it just happens and the conflict will be resolved on a sub-constitutional level. This should not, however, lead to limitation of the scope of the right to dignity or to any other constitutional right which conflicts with it. Such problems should be resolved *ad casu*, in the context of a specific case.

In the interpretation of Barak, the right to dignity becomes not an absolute right, but the right being a legal principle in the sense of Alexy.²⁸ Therefore, it will be applied according to the scheme "more or less" and subjected to balancing with other constitutional rights. Moreover, Barak is a supporter of using the proportionality clause in relation to the right

²⁶ Such an extensive understanding of human dignity has been developed by the US Supreme Court. Polish scholar, Michał Urbańczyk mentions the many categories of matters with regard to which Supreme Court refers to dignity. Therefore, this notion appears not only in *ratio decidendi* of decisions concerning the "Bill of Rights" (first ten amendments to the US Constitution), but also in the judgments concerning such issues as racial discrimination, social benefits, standard of fair trial in administrative proceedings, „right to die with dignity”, and protection of private life (including abortion and same-sex marriages). Cf. Michał Urbańczyk, *Idea godności człowieka w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych Ameryki* (Poznań: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Adama Mickiewicza, 2019), 111–275.

²⁷ Barak, *Human Dignity*, XIX.

²⁸ Cf. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 44–109.

to dignity: this right should not be excluded from the use of this clause.²⁹ Obviously, such an understanding of dignity is in clear contradiction with how dignity is perceived under the Polish constitution.

Concluding Remarks

Aharon Barak is wrong when he points out that the understanding of the right to dignity as an absolute right that is not subject to limitation is specific to the German constitutional system. This understanding of dignity is in fact adopted, as a result of the reception of the German constitutional theory, in a number of Central European states, especially the Czech Republic,³⁰ Slovakia,³¹ Hungary (at least until the adoption of the 2011 constitution),³² and Poland. At the same time, Barak convincingly shows that if the right to dignity is considered absolute, as it is in the German constitutional order, it must also be recognized as a right with a narrow scope of application, which plays an independent role only in cases when human beings are treated as mere tools (as was the case with both Polish and German provisions concerning an aircraft with passengers hijacked by terrorists). However, wherever it is possible to base a decision on other constitutional right, one which is not absolute, this is what the constitutional court would do. If the right seen as absolute and, therefore, not subjected to limitation in accordance with the proportionality principle, was given a broader scope, a kind of paralysis of certain spheres of social life would occur. In such a case any limitation of these spheres in accordance the principle of proportionality would be precluded. As the analysis of the practice of the Polish Constitutional Court confirms, the status of an absolute right granted to the right to dignity means also that its scope is defined in a restrictive way. Aharon Barak is, therefore, right when he suggests that the authors of the constitution face an alternative: either right to dignity broadly understood, but at the same time subjected to limitations, or right to dignity recognized as absolute, but in fact defined very narrowly. In the first case this right will be subjected to limitations as any other fundamental right, while in the second case the right will only exceptionally be an independent criterion of constitutional review.

© P. Szymaniec, 2020

²⁹ For Barak, the principle of proportionality is one of the most fundamental constitutional issues. The scholar devoted a separate monograph to this issue. Cf. Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012).

³⁰ Cf. Rosenkranzová, *Lidská důstojnost*, 138–46.

³¹ Cf. Helena Barancová, “Ludská dôstojnosť – základ právneho štátu,” in *Hodnotový systém práva a jeho reflexia v právnej teórii a praxi*, ed. Peter Blaho and Adriana Švecová (Trnava: Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta, 2013), vol. 1, 48–64.

³² Cf. Catherine Dupré, *Importing the Law in Post-Communist Transitions: The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity* (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003), 65–155. On the notion of dignity under present Hungarian constitution, cf. Catherine Dupré, “La dignité humaine dans la Loi fondamentale hongroise de 2012,” *Revue Est Europa*, special issue no. 1 (2012): 89–110.

Bibliography

- Alexy, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Aviation Law 2002 (Poland).
- Barak, Aharon. *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Barak, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Barak, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- Barancová, Helena. "Ludská dôstojnosť – základ právneho štátu." In *Hodnotový systém práva a jeho reflexia v právnej teórii a praxi*, edited by Peter Blaho and Adriana Švecová, vol. 1, 48–64. Trnava: Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta, 2013.
- Dreier, Horst. "Art. 1 I." In *Grundgesetz. Kommentar*, edited by Horst Dreier, 139–231. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.
- Dupré, Catherine. *Importing the Law in Post-Communist Transitions: The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.
- Dupré, Catherine. "La dignité humaine dans la Loi fondamentale hongroise de 2012." *Revue Est Europa*, special issue no. 1 (2012): 89–110.
- Dürig, Günter. "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes." *Archiv des öffentlichen Rechts* 81, no. 2 (1956): 117–57.
- Dworkin, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011.
- Garlicki, Leszek. "Artykuł 30." In *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, edited by Leszek Garlicki and Marek Zubik, vol. II, 27–54. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2016.
- Judgment, file no. 1 BvR 357/05 (Bundesverfassungsgericht, Urteil des Ersten Senats vom 15. Februar 2006). Accessed November 23, 2020. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/02/rs20060215_1bvr035705.html.
- Judgment, file no. K. 26/96 (Constitutional Court, May 28, 1997).
- Judgment, file no. K 7/01 (Constitutional Court, March 5, 2003).
- Judgment, file no. K 10/04 (Constitutional Court, February 22, 2005).
- Judgment, file no. K 44/07 (Constitutional Court, September 30, 2008).
- Judgment, file no. K 1/20 (Constitutional Court, October 22, 2020). Accessed November 23, 2020. <https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wyroki/art/11300-planowanie-rodziny-ochrona-plodu-ludzkiego-i-warunki-dopuszczalnosci-przerywania-ciazy>.
- Judgment, file no. SK 6/02 (Constitutional Court, October 15, 2002).
- Judgment, file no. SK 48/05 (Constitutional Court, July 9, 2009).
- Kant, Immanuel. *Groundwork for the Metaphysics of Morals*. Translated by Allen W. Wood. New Haven and London: Yale University Press, 2002.
- "Komunikat. Planowanie rodziny, ochrona płodu ludzkiego i warunki dopuszczalności przerywania ciąży." *Trybunał Konstytucyjny*. Accessed November 23, 2020. <https://trybunal.gov.pl/>

- postepowanie-i-orzeczenia/komunikaty-prasowe/komunikaty-po/art/11299-planowanie-rodziny-ochrona-plodu-ludzkiego-i-warunki-dopuszczalnosci-przerywania-ciazy.
- Krukowski, Józef. "Godność człowieka podstawą konstytucyjnego katalogu praw i wolności jednostki." In *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, edited by Leszek Wiśniewski, 38–50. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 1997.
- Łętowska, Ewa. "O godności, jej funkcji w obrocie prawnym i promocyjnej roli Rzecznika Praw Obywatelskich." In *Godność człowieka a prawa ekonomiczne i socjalne. Księga jubileuszowa wydana w piętnastą rocznicę ustanowienia Rzecznika Praw Obywatelskich*, 241–48. Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, 2003.
- Mahlmann, Matthias. "Human Dignity and Autonomy in Constitutional Orders." In *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, edited by Michel Rosenfeld and Andrés Sajó, 370–96. Oxford: Oxford University Press 2012.
- Mazurek, Franciszek J. *Godność osoby ludzkiej podstawą praw człowieka*. Lublin: Katolicki Uniwersytet Lubelski, 2001.
- Rosenkranzová, Olga. *Lidská důstojnost: Právně teoretická a filozofická perspektiva. Giovanni Pico della Mirandola & Immanuel Kant*. Praha: Leges, 2019.
- The Family Planning, Human Embryo Protection and Conditions of Permissibility of Abortion 1993 (Poland).
- Urbańczyk, Michał. *Idea godności człowieka w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych Ameryki*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Adama Mickiewicza, 2019.
- Wojtyczek, Krzysztof. "Ochrona godności człowieka, wolności i równości przy pomocy skargi konstytucyjnej w polskim systemie prawnym." In *Godność człowieka jako kategoria prawna (opracowania i materiały)*, edited by Krystian Complak, 200–06. Wrocław: Drukarnia Centrum Handlu i Poligrafii, 2001.

Пётр Шиманец. Концепція людської гідності Аарона Барака та поняття гідності у практиці Конституційного суду Польщі

Анотація. Ізраїльський учений і суддя Аарон Барак заперечує позицію, згідно з якою гідність є аксіоматичним, універсальним поняттям. Більше того, він виступає за «розлоге» розуміння права на гідність, що робить його широкою та відкритою категорією. Метою статті є вивчити, чи є концепція гідності, представлена Бараком, корисною для розуміння підходу до людської гідності як правового поняття в тих центральноевропейських правових системах, які зазнали впливу німецької конституційної теорії. У зв'язку із цим досліджується практика Конституційного суду Польщі.

Автор не повністю поділяє підхід Барака до гідності (зокрема, не погоджуючись із тим, що розуміння права на гідність як абсолютного права є специфічним для німецької конституційної системи). Однак зроблено висновок про те, що Барак має рацію, стверджуючи, що автори конституції стикаються з альтернативою: або право на гідність у широкому розумінні, яке водночас піддається обмеженням, або абсолютне право на гідність, яке, однак, визначене дуже вузько. У першому випадку це право буде піддано обмеженням, як і будь-яке інше фундаментальне право, тоді як у другому випадку право лише у виняткових випадках буде незалежним критерієм конституційного контролю (як це було з польським та німецьким положеннями, що

стосуються захопленого терористами літака з пасажирями). Тому статус абсолютного права, наданий праву на гідність, також означає, що це право має обмежену сферу застосування та відіграє незалежну роль лише у випадках, коли до людей ставляться як до простих інструментів. Цей висновок підтверджується аналізом практики Конституційного суду Польщі.

Ключові слова: Аарон Барак; людська гідність; право на гідність; Конституційний суд Польщі.

Петр Шиманец. Концепция человеческого достоинства Аарона Барака и понятие достоинства в практике Конституционного суда Польши

Аннотация. Израильский ученый и судья Аарон Барак отвергает позицию, согласно которой достоинство является аксиоматическим универсальным понятием. Более того, он выступает за «пространное» понимание права на достоинство, делая его широкой и открытой категорией. Целью статьи является исследование того, насколько концепция достоинства, представленная Барак, полезна для понимания подхода к человеческому достоинству как правовой концепции в тех центральноевропейских правовых системах, на которые оказала влияние немецкая конституционная теория. В связи с этим изучается судебная практика Конституционного суда Польши. Автор не полностью разделяет подход Барака к достоинству. Однако делается вывод, что Барак прав, утверждая, что статус абсолютного права, предоставленный праву на достоинство, означает также, что его объем определяется ограничительным образом.

Ключевые слова: Аарон Барак; человеческое достоинство; право на достоинство; Конституционный суд Польши.

Piotr Szymaniec. Aharon Barak's Concept of Human Dignity and the Notion of Dignity in Jurisprudence of Polish Constitutional Court

Abstract. Israeli scholar and judge, Aharon Barak rejects the position that dignity is an axiomatic, universal concept. Moreover, he is in favor of “spacious” understanding of the right to dignity, making it a vast and broad category. The aim of the paper is to examine whether the concept of dignity presented by Barak is useful to understand the approach to human dignity as a legal concept in those Central European legal systems which have been influenced by German constitutional theory. In that regard the jurisprudence of Polish Constitutional Court is examined. The author is not fully convinced by Barak's approach to dignity. The conclusion is drawn, however, that Barak is right when claiming that the status of an absolute right granted to the right to dignity means also that its scope is defined in a restrictive way.

Keywords: Aharon Barak; human dignity; right to dignity; Polish Constitutional Court.

Одержано/Received 25.11.2020

ЗАСТОСОВНІСТЬ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ З ПРАВ ЛЮДИНИ НА ОСПОРЮВАНИХ ТЕРИТОРІЯХ**

Вступ

У світі існує багато прикладів оспорюваних територій, що стають предметом суперечок щодо суверенітету або на яких держава, що володіє правовим титулом, не може здійснювати контроль над всією своєю територією, – згадаймо лише випадок, коли до недавнього часу терористичне угруповання «Ісламська держава» мало контроль над величезними територіями Іраку та Сирії. Такі ситуації існують і у Європі, і їх усе частіше розглядають у справах Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ). Ця стаття досліджує застосовність Європейської конвенції з прав людини (ЄКПЛ) на оспорюваних територіях у світлі практики Суду. Така тема не привертала серйозної уваги в науковій літературі,¹ але її значущість, політична і юридична, є очевидною та, схоже, стає щоразу більш актуальною. Скажімо, Суд на сьогодні розглядає справу між Грузією та Росією, три справи між Україною та Росією та тисячі окремих заяв, які стосуються як Криму, так і Східної України.

* Марко Міланович, професор міжнародного публічного права, Школа права Ноттінгемського університету.

Marco Milanovic, Professor of Public International Law, University of Nottingham School of Law.
e-mail: marko.milanovic@nottingham.ac.uk.

Татьяна Папіч, доцент, Університет Юніон, Белград.

Tatjana Papic, Associate Professor, Union University Belgrade.
e-mail: tatjana.papic@pravnofakultet.rs.

** Marco Milanović and Tatjana Papic, “The Applicability of the ECHR in Contested Territories,” *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 67, issue 4 (October 2018): 779–800. Публікується з дозволу автора. Переклад з англійської здійснений за підтримки Проєкту Ради Європи «Внутрішнє переміщення в Україні: розробка тривалих рішень», що імплементується в межах Плану дій Ради Європи для України на 2018–2022 (<https://www.coe.int/uk/web/kyiv/idps2-ukr>), та відредагований Ганною Христовою, керівницею Проєкту, докторкою юридичних наук. Усі думки, викладені в цій статті, є виключно позицією авторів і можуть не поділятися Радою Європи. – Прим. редакції.

¹ Помітним винятком є така праця: K. Mujezinović Larsen, “‘Territorial Non-Application’ of the European Convention on Human Rights,” *Nordic Journal of International Law* 78 (2009): 73–93. Див. також (із дещо іншою спрямованістю) праця: Ganna Yudkivska, “Territorial Jurisdiction and Positive Obligations of an Occupied State: Some Reflections on Evolving Issues Under Article 1 of the European Convention,” in *The European Convention on Human Rights and General International Law*, ed. Anne van Aaken and Iulia Motoc (Oxford University Press, forthcoming), draft available on SSRN at <https://ssrn.com/abstract=2825208> (all page citations are to this draft) (усі покликання на цій сторінці на цей проєкт).

Основну увагу в цій статті зосереджено на вирішенні питання щодо застосовності ЄКПЛ, а не на її застосуванні по суті, тобто ми будемо розглядати власне те, чи застосовується ЄКПЛ на оспорюваних територіях, а не як саме застосовуються закріплені нею права й обов'язки в конкретних випадках. Хоча ці дві проблеми є концептуально різними, насправді в контексті практичної реальності така різниця зникає; неминуче, що можливі істотні наслідки впливають на правові та політичні погляди на питання, що підлягають вирішенню.² Ця стаття стверджує, що практика Суду щодо застосування ЄКПЛ на оспорюваних територіях розвивається, що є доброю тенденцією, адже такий рух у цій сфері дуже потрібний, але загальний напрям цієї еволюції залишається незрозумілим. У статті висвітлено різні варіанти, які Суд може прийняти в цьому динамічному процесі, із їхніми перевагами та недоліками.

Розділ 2 окреслює обсяги нашого дослідження, визначаючи основні рамки територіальної сфери застосування Конвенції згідно зі ст. 1 цього документа та вивчаючи різні види оспорюваних територій. Розділ 3 містить огляд практики Страсбурзького суду в ситуаціях втрати державного контролю над частиною своєї території. У розділі 4 оцінено підхід Суду та наголошено на тому, що цей підхід необхідно переосмислити. Зокрема, ідея залишкових позитивних зобов'язань, що ґрунтуються виключно на суверенному правовому титулі, є концептуально неефективною та в нормативному плані непривабливою. Ми стверджуємо, що варто відмовитися від неї на користь кращих альтернатив. У розділі 5 підбито підсумки.

І. Правова база і визначення

1. Територіальна застосовність згідно зі ст. 1 ЄКПЛ

Відповідно до ст. 1 ЄКПЛ «Високі Договірні Сторони гарантують кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, визначені в... Конвенції». Таким чином, обов'язки держав-учасниць починаються після того, як особа переходить під юрисдикцію держави-учасниці, – концепція, яка виявилася найважливішою в практиці Суду і яка, незважаючи на свою оманливу простоту, важко застосовна на практиці.³ Юрисдикція стала пороговим критерієм, який визначає, чи існує міжнародне зобов'язання для держави-учасниці згідно з ЄКПЛ щодо певної особи, що є передумовою її міжнародної відповідальності. Тільки тоді, коли існує міжнародне зобов'язання щодо держави, його порушення може призвести до міжнародної відповідальності держави.⁴

² Див.: Marco Milanović, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy* (Oxford University Press, 2011).

³ ЄСПЛ також покликався на ст. 1 у розробці позитивних зобов'язань за Конвенцією. Див.: David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates and Carla Buckley. *Harris, O'Boyle and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights* (Oxford University Press, 2014), 21.

⁴ Міжнародно-протиправне діяння держави, що тягне за собою міжнародну відповідальність цієї держави, існує тоді, коли дія або бездіяльність (а) приписується державі за міжнародним правом і (б) становить порушення міжнародного зобов'язання держави. Див.: International Law Commission.

ЄСПЛ інтерпретує цей пороговий критерій державної юрисдикції як такий, що передусім має *територіальне* значення і водночас повинен базуватися на понятті юрисдикції в загальному міжнародному праві.⁵ Остання позиція Суду є помилковою. Вона зближує слово «юрисдикція» у ст. 1 із загальними поняттями міжнародного права щодо державної законодавчої та виконавчої юрисдикції, які чітко мають інакшу ціль, аніж ст. 1, а саме: розширення сфери дії внутрішнього законодавства держави в певних ситуаціях і забезпечення виконання цього законодавства в тому, що стосується суверенітету інших держав.⁶ Перший пункт, однак, є правильним просто як описовий аспект – переважна більшість діянь або відносин, регульованих ЄКПЛ, відбувається на власній території держави. У цій площині існує доказова презумпція, що Держава поширює юрисдикцію в розумінні ст. 1 на всю її територію.⁷ Проте, як ми детальніше пояснимо нижче, Суд також визнав, що за виняткових обставин цю презумпцію можна спростувати або змінити.⁸

Разом з іншими органами з питань прав людини Суд тлумачив слово «юрисдикція» двома основними способами.⁹ По-перше, як *просторову* категорію – особа перебуває в межах юрисдикції держави, якщо вона є на території або в області, на якій така держава має ефективний загальний контроль. По-друге, як *особисту (персональну)* категорію – особа перебуває в межах юрисдикції держави, якщо на неї поширено владу або контроль представника держави. Обидві моделі юрисдикції було підтверджено у справі *Аль-Скеїні*, що залишається провідною справою Суду стосовно ст. 1.¹⁰ Однак більшість провідних справ за ст. 1 стосуються ситуацій *екстериторіальної* застосовності ЄКПЛ, наприклад щодо поводження британських військ під час окупації Іраку, тоді як наша основна проблема полягає в застосуванні Конвенції на території держави, коли вона втратила контроль над своєю територією.

2. Позиція згідно із загальним міжнародним правом

Загальне міжнародне право договорів не передбачає належного керівництва щодо застосування договорів до тих окремих частин території держави, які вона

Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. 2001. *Official Records of the General Assembly*. Fifty-sixth Session, Supplement no. 10. UN doc A/56/10. http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, 20 July 2017 (ILC ASR), arts. 1 and 2.

⁵ Banković et al. v Belgium et al. [GC] App no 52207/99 (ECtHR, 12 December 2001), paras 59–63; *Al Skeini et al. v the United Kingdom* App no 55721/07 (ECtHR, 7 July 2011), para 131.

⁶ Див.: Milanović, *Extraterritorial Application*, 21–41.

⁷ Див.: *Assanidze v Georgia* App no 71503/01 (ECtHR, 8 April 2004), para 139; *Ilaşcu et al. v Moldova and Russia* App no 48787/99 (ECtHR, 8 July 2004), para 312.

⁸ Див.: *Assanidze v Georgia*, para 139; *Ilaşcu et al. v Moldova and Russia*, para 312.

⁹ Див.: Milanović, *Extraterritorial Application*; UN Human Rights Committee. General Comment no 31. UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004). Para 10. ICJ. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion) [2004]. ICJ Rep 136, 179. Para 109.

¹⁰ *Al Skeini et al. v the United Kingdom*, paras 133–40.

не контролює. Стаття 29 Віденської конвенції про право міжнародних договорів передбачає, що «[я]кщо інший намір не впливає з договору або не встановлений в інший спосіб, то договір є обов'язковим для кожного учасника щодо всієї його території».¹¹ Однак основну увагу в цьому положенні звернено на укладання договорів державами, які мають територіальні підрозділи зі значною політичною автономією. У контексті федеральних або неунітарних держав федеральні положення можуть надати дозвіл територіальним одиницям будь-якої держави на звільнення від обсягу договірних або граничних зобов'язань федеральної / неунітарної держави в питаннях, які перебувають за межами її конституційної влади.¹² Такого положення в ЄКПЛ не існує.¹³ Проте Конвенція має положення про залежні території, яке виконує схожі функції для тих (зарубіжних) територій, міжнародні відносини яких є відповідальністю держави, і яке до нашого питання не має стосунку.¹⁴

Питання про можливість застосування Конвенції на оспорюваних територіях, таким чином, визначається не нормами загального міжнародного права, а тлумаченням самої Конвенції, зокрема її ст. 1. У зв'язку із цим Суд у своїй практиці виключає один варіант зміни територіальної дії Конвенції – застереження, постановляючи, що держава не може зробити дійсного застереження до ЄКПЛ відповідно до ст. 57, унаслідок якої існує територіальне обмеження зобов'язань.¹⁵ Отже, коли неунітарна / федеративна держава зіштовхується з труднощами в забезпеченні прав і свобод, закріплених у ЄКПЛ, у межах її територіальних одиниць та автономних районів просто через свої внутрішні конституційні механізми, такі обставини не впливатимуть на сферу її зобов'язань за Конвенцією, як це було ухвалено у справі *Асанідзе проти Грузії*.¹⁶ У цьому випадку Грузія несе відповідальність за порушення ЄКПЛ у зв'язку з діями влади Аджарської Автономної Республіки (ААР), яка є невід'ємною частиною Грузії із високим рівнем автономії. Як і в тому випадку, коли заявник залишався у в'язниці в ААР, незважаючи на те, що Верховний суд Грузії припинив кримінальну справу та наказав негайно звільнити його. Той факт, що влада

¹¹ Стаття 29 Віденської конвенції про право міжнародних договорів. Див. детальніше: Syméon Karagiannis, "The Territorial Application of Treaties," in *The Oxford Guide to Treaties*, ed. Duncan B. Hollis (Oxford University Press, 2012), 305.

¹² ILC ASR (n 4), 42, para 10, Anthony Aust, "Treaties, Territorial Application," in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ed. Rüdiger Wolfrum (Heidelberg and Oxford: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law/Heidelberg and Oxford University Press, 2012), 5, para 22.

¹³ Існує один у ст. 28 Американської конвенції з прав людини.

¹⁴ Див. ст. 56 ЄКПЛ; докладніше в праці: Louise Moor and Brian Simpson, "Ghosts of Colonialism in the European Convention on Human Rights," *British Yearbook of International Law* 76 (2005): 121–93.

¹⁵ Див.: *Assanidze v Georgia*, para 140; *Sargsyan v Azerbaijan* [GC] App no 40167/06 (ECmHR, 16 June 2015), paras 63–70, 93.

¹⁶ *Assanidze v Georgia*, para 141.

ААР не змогла виконати цього рішення, не вплинув на міжнародну відповідальність Грузії, яка поширювалася на діяння ААР.¹⁷

3. Визначення оспорюваних територій

Термін «оспорювані території», який ми використовуємо в цьому документі, не є юридичним спеціальним терміном, а радше, зручним скороченням для декількох різних типів ситуацій, які охоплюють втрату територіального контролю і які ми зараз розглянемо. По-перше, ми маємо розрізнити територіальне оспорювання, яке передусім є внутрішнім, тобто відбувається в межах відповідної держави, і оскарження, яке в основному є зовнішнім, тобто охоплює іншу державу.

У першому сценарії держава втрачає контроль над частиною своєї території через нездатність придушити діяльність недержавного суб'єкта в цьому районі, неспроможність виконувати основні державні функції та підтримувати свою монополію щодо застосування сили. На одному кінці цього спектра ми можемо спостерігати ситуації такої неспроможності держави, за якої відповідна територія перетворюється на хаотичний «неконтрольований простір», – згадаймо, скажімо, труднощі, із якими зіштовхувалася Мексика чи Колумбія впродовж багатьох років під час придушення діяльності наркокартелів на своїх територіях. З іншого боку, відповідний недержавний суб'єкт може бути високоорганізованим і проявляти квазі- або напівдержавні якості. Такі суб'єкти іноді бувають відкрито сепаратистськими і навіть формально вимагають незалежності від материнської держави – погляньмо, наприклад, на ситуацію в Турецькій Республіці Північного Кіпру щодо Кіпру; Косово щодо Сербії або Південної Осетії та Абхазії щодо Грузії.

У другому сценарії третя держава захоплює у територіального суверена контроль над територією. Найбільш яскравим прикладом такого сценарію на сьогодні є Крим, який Росія формально (якщо чітко – незаконно) анексувала в Україні. Більш поширеними можуть бути ситуації, коли третя держава не претендує на суверенітет над територією, яку вона контролює, як-от контроль над частинами Грузії в період конфлікту Грузії та Росії 2008 р. або – поза межами Європи – контроль Великої Британії над частиною Іраку й Афганістану під час конфліктів у цих країнах. У всіх таких ситуаціях держава територіальної юрисдикції втрачає контроль над деякою чи навіть усією своєю територією через зовнішнє втручання.

Обидва згадані сценарії можуть частково накладатися. Це відбувається в ситуаціях, коли третя держава втручається в державу територіальної юрисдикції через недержавного суб'єкта-посередника. Питання в таких випадках полягає в тому, чи *контролює третя держава відповідну територію* через свої власні збройні сили й інші органи і представників, як це було у випадку з контролем Туреччини над Північним Кіпром,

¹⁷ *Assanidze v Georgia*, para 56.

чи контролює третя держава сам недержавний суб'єкт – відповідно до загальних норм присвоєння (атрибуції), зазначених у правових положеннях про державну відповідальність,¹⁸ або, можливо, до норм присвоєння згідно з ЄКПА.¹⁹ Розгляньмо, наприклад, відносини між Росією та донецькими і луганськими парамілітарними групами на Донбасі у Східній Україні або відносини Росії з Південною Осетією та Абхазією в Грузії. Зрозуміло, що з огляду на практику ЄСПЛ ключове питання полягає в тому, які існують докази щодо точного характеру таких відносин, тобто чи недержавну групу просто підтримує держава-інтервент або ж насправді недержавна група виступає посередником такої держави.

Коли існує суперечка щодо суверенітету над територією між двома державами, що є сторонами ЄКПА, одним із можливих наслідків конкуруючих вимог щодо суверенітету є те, що відповідні держави не будуть схильні відмовлятися від застосування ЄКПА на цій території. Скажімо, Росія не буде оскаржувати застосування ЄКПА щодо власної поведінки в Криму після анексії, оскільки це не відповідає власній вимозі щодо суверенітету над регіоном. Таким чином, зміна територіального контролю принаймні в принципових питаннях не призведе до повного вакууму щодо захисту прав людини для населення відповідної території. Сценарії, у яких зустрічні претензії на суверенітет висуває сепаратистський суб'єкт, чия вимога на державність не є безперечною, як, скажімо, у випадку з Косовом та Сербією (або потенційно – з Каталонією та Іспанією), є складнішими. Якщо суб'єкт, про який ідеться, не здатний отримати

¹⁸ Найбільш актуальним тут буде присвоєння, обумовлене *де-факто* статусом органу, що виникає внаслідок відносин повної залежності та контролю між державою-інтервентом і недержавним суб'єктом-посередником, який присвоює *всю* поведінку недержавного суб'єкта відповідній державі згідно з нормами ст. 4 ILC ASR, та присвоєння на підставі державних інструкцій або ефективного контролю за *конкретною поведінкою* недержавного суб'єкта згідно зі ст. 8 ILC ASR. Див.: James Crawford, *State Responsibility: The General Part* (Cambridge University Press, 2013), 124–26, 146–56.

¹⁹ Суд ніколи чітко не висловлювався про те, чи застосовує (винятково) він норми присвоєння відповідно до ЄКПА (які розглядатимуться як *lex specialis* згідно зі ст. 55 ILC ASR), але деякі його справи можна легко інтерпретувати таким чином – див., наприклад, справу *Cyprus v Turkey* App no 25781/94 (ECtHR, 10 May 2001), para 77 («відповідальність [Туреччини] не може обмежуватися діями її власних військових або офіційних осіб у північній частині Кіпру, а повинна бути поширена і на дії місцевої адміністрації, яка все ще існує завдяки турецьким військовим та іншим видам підтримки» – «існування» є подібним, але не обов'язково тим самим, що й тестування повної залежності в загальному міжнародному праві); п. 81 («випадки мовчазної згоди або потурання владою будь-якої Договірної Сторони конкретним діям приватних осіб, які порушують гарантовані Конвенцією права інших осіб, підпадають під його юрисдикцію, що може накладати відповідальність на цю державу згідно з Конвенцією» – знову ж таки підхід, який легко узгоджується з ILC ASR). Ці тести було підтверджено в кількох подальших рішеннях, але знову не зрозуміло, чи Суд вважає, що він застосовує (правильно чи ні) норми присвоєння за загальним міжнародним правом або відповідно до Конвенції. Див., скажімо: *Sindicatul "Păstorul cel Bun" v. Romania* [GC] App no 2330/09 (ECtHR, 9 July 2013), para 76; *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC] App no 39630/09 (ECtHR, 13 December 2012), paras 206 and 211.

достатньої міри визнання та членства в Раді Європи, він не зможе стати учасником ЄКПЛ, а вакуум захисту стане більш імовірним.²⁰

Коротше кажучи, під час визначення характеру оспорюваної території ми можемо ставити такі питання: чи існує суб'єкт, який витіснив територіального суверена в контролі над відповідною територією, і яким є цей суб'єкт? Це: 1) проста недержавна збройна група; 2) високоорганізований напівдержавний недержавний суб'єкт; 3) високоорганізований недержавний суб'єкт, який претендує на незалежну державність; 4) недержавний суб'єкт, який є посередником третьої держави, що втручається; 5) органи та представники третьої держави, що діють безпосередньо, вимагаючи (чи не вимагаючи) суверенітету над оспорюваною територією. До цього питання ми можемо додати ще одне, яке стосується часу: як довго тривала ситуація суперечки або, можливо, як довго вона триватиме? Таким чином, ми можемо спостерігати, як територіальна суперечка може бути *гострою* або короткотерміною, з одного боку, або *хронічною*, стабільною та довготерміною – з іншого. Утрата територіальним сувереном контролю над частиною своєї території може бути дуже короткотерміною (тривалістю декілька днів або тижнів) або може бути довгою (тривалістю багато років чи навіть десятиліть). Скажімо, Грузія втратила контроль над містом Гори, поступившись російським силам, приблизно на 10 днів у серпні 2008 р., проте втрата контролю над Південною Осетією та Абхазією (над більшою частиною) датується серединою 1990-х рр., і, швидше за все, вона не поверне контролю в найближчому майбутньому. Кіпр не контролює північної частини острова з 1974 р. Україна також не зможе повернути собі контроль над Кримом у найближчий час, якщо взагалі колись зможе.

З огляду на ці різні ситуації територіальних суперечок звернімося до розгляду відповідної практики Європейського суду з прав людини.

II. Огляд практики Страсбурзького суду щодо втрати територіального контролю

1. Початковий підхід: презумпція юрисдикції та її спростування

Початковий підхід Європейської комісії до ситуацій утрати контролю держави над своєю територією був простим: існувало припущення, що держава контролює всю територію, на яку вона має право володіння, але цю презумпцію було спростовано на фактах. Якщо її було дійсно спростовано, то держава територіальної юрисдикції більше не мала зобов'язань за ЄКПЛ, оскільки вона більше не мала юрисдикції у відповідній зоні в розумінні ст. 1. Перші такі випадки можна було спостерігати на півночі Кіпру. У 1974 р. було створено за допомогою регулярних турецьких збройних сил сепаратистську Турецьку Республіку Північного Кіпру (ТРПК). Презумпцію

²⁰ Див. детальніше частину III нижче.

юрисдикції Кіпру було спростовано як прямо,²¹ так і опосередковано у справах проти Туреччини, рішення про спростування ухвалили, указуючи на наявність екстериторіальної юрисдикції на північному Кіпрі, а отже, зобов'язання за ЄКПЛ.²²

У єдиній справі, поданій проти Кіпру за порушення ЄКПЛ на півночі, Комісія оголосила заяву неприйнятною через несумісність зі ст. 1 ЄКПЛ.²³

Комісія раніше зазначила, що «Європейська конвенція з прав людини поширюється на всю територію Республіки Кіпр» і що визнання Туреччиною турко-кіпріотської адміністрації на півночі Кіпру як «Турецької Федеративної Держави Кіпр» не впливає на «актуальне існування Республіки Кіпр як єдиної держави та Високої Договірної Сторони Конвенції» (№ 8007/77, справа «Кіпр проти Туреччини», рішення 10.7.78, D. R. 13, стор. 85, пункти 149–150).

Однак у той же час Комісія також установила, що уряд Республіки Кіпр «із 1974 року перешкоджає здійсненню своєї юрисдикції на півночі острова. Це обмеження на фактичне здійснення юрисдикції... обумовлено присутністю турецьких збройних сил» (там само).

Тепер Комісія вважає, що повноваження уряду-респондента фактично обмежуються лише південною частиною Кіпру. Із цього випливає, що Республіка Кіпр не може бути відповідальною за статтею 1 (ст. 1) Конвенції за дії турецько-кіпріотських владних структур на півночі Кіпру, про що скаржаться заявники.²⁴

Посилання Комісії на відсутність відповідальності Кіпру за дії владних структур турків-кіпріотів можна тлумачити як застосування тесту на присвоєння. У контексті, однак, зрозуміло, що Комісія виходила з точки зору відсутності зобов'язань із боку Кіпру через відсутність власної юрисдикції на півночі. Відзначимо також, що Комісія не вагалася щодо чіткого підтвердження актуальності суверенітету Кіпру над оспорюваною територією. У своєму рішенні у справі *Loizidou (Loizidou)* 1996 р. Суд також нагадав про відмову Ради Безпеки ООН та європейських інституцій у позові від ТРПК щодо державності, заявивши, що «міжнародна спільнота не вважає “ТРПК” державою за міжнародним правом і що Республіка Кіпр залишається єдиним легітимним урядом Кіпру та як така зобов'язана дотримуватися міжнародних стандартів у сфері захисту прав людини та прав меншин».²⁵ Суд, однак, не вказав на обсяг зобов'язань Кіпру через відсутність територіального контролю, позаяк цього не вимагали.

Як було зазначено вище, Суд дотримувався підходу Комісії щодо презумпції / спростування в рішенні щодо справи *Асанідзе* 2004 р. Важливо, що Грузія не заперечувала,

²¹ Див., наприклад: *Cyprus v Turkey* App no 8007/77 (ECmHR, 10 July 1978), paras 23–24.

²² *Cyprus v Turkey* App no 25781/94 (ECmHR, 10 May 2001), paras 77–78. ЄСПЛ визнав, що за таких обставин інший висновок, який би відрізнявся від того, за яким вони перебувають під юрисдикцією Туреччини, залишив би заявників у «прикрому вакуумі в системі захисту прав людини». Там само, п. 78. Покликання на вакуум є непрямую оцінкою того, що Кіпр більше не мав юрисдикції над територією.

²³ *An and Others v Cyprus* App no 18270/91 (ECmHR, 18 October 1991).

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Loizidou v Turkey (merits)* App no 15318/89 (ECmHR, 18 December 1996), para 44.

що заявник перебував у межах її юрисдикції, але, як і раніше, ЄСПЛ продовжував обговорювати, чи існують достовірні докази сепаратистських амбіцій ААР або ефективний контроль іншої держави, щоб спростувати презумпцію юрисдикції,²⁶ і прийшов до висновку, що немає жодних.²⁷ Проте через кілька місяців Суд зробив зовсім інакше у справі *Ілашку та інші проти Молдови та Росії*.

2. *Ілашку (Paşcu) та Катан (Catan): послаблена, але не знята юрисдикція*

У справі *Ілашку* ЄСПЛ повинен був прийняти рішення про відповідальність Молдови та Росії за незаконний арешт, затримання й неналежне поводження з чотирма молдовськими громадянами у Придністров'ї на сході Молдови,²⁸ де було проголошено сепаратистську «Молдавську Республіку Придністров'я» (МРП)²⁹ Молдова не мала ефективного контролю над цим районом,³⁰ тоді як Росія – на відміну від Туреччини в Північному Кіпрі – не окупувала Придністров'я, але сприяла створенню МРП і надавала їй політичну, економічну та військову підтримку.³¹ Через це навіть після насильницьких зіткнень між придністровськими сепаратистськими силами і молдовськими силами безпеки (кінець 1991 р. – початок 1992 р.)³² Молдова не повернула контролю над цією частиною своєї території.³³ Вона згодом вжила політичних зусиль для відновлення контролю над Придністров'ям; станом на середину 1992 р. вона обрала позицію мовчазної згоди щодо ситуації в Придністров'ї,³⁴ зберігала обмежений контроль, коли йшлося про питання засвідчення особи та митних печаток і мала «більш-менш відносини *де-факто*» з придністровськими органами влади в деяких сферах.³⁵

У справі *Ілашку* відповідною точкою ЄСПЛ стало те, що презумпція юрисдикції держави може бути обмежена [тільки] за виняткових обставин, особливо якщо держава не здатна здійснювати своїх повноважень на частині своєї території. Таку ситуацію може спричинити військова окупація, здійснювана збройними силами іншої держави, яка фактично контролює відповідну територію [...], військові дії чи заколоти або діяння іноземної держави, яка підтримує створення сепаратистської держави в межах території відповідної держави.³⁶

Зверніть увагу, що покликання зроблено на *обмеження*, а не на *спростування* юрисдикції. Далі Суд постановив, що Молдова не здійснює повноважень щодо частини своєї території, яка перебуває під ефективним контролем МРП,³⁷ але тим не менше

²⁶ *Assanidze v Georgia*, paras 133, 134.

²⁷ *Ibid*, paras 139–43.

²⁸ *Paşcu et al. v Moldova and Russia*, para 331.

²⁹ *Ibid*, para 2. Цей суб'єкт не був визнаний на міжнародному рівні.

³⁰ *Ibid*, para 331.

³¹ *Ibid*, paras 382, 392.

³² *Ibid*, para 51.

³³ *Ibid*, para 65.

³⁴ *Ibid*, para 329.

³⁵ *Ibid*, para 179–80.

³⁶ *Ibid*, para 312. Виділено.

³⁷ *Ibid*, para 330.

встановив, що вона все ще мала позитивні зобов'язання відповідно до ст. 1, із тим щоб забезпечити права за ЄКПЛ.³⁸ Ці залишкові *позитивні зобов'язання* є двоякими, включно із заходами (1), спрямованими на відновлення контролю над відповідною територією, та (2) забезпеченням особистих прав заявників.³⁹ Отже, фактична ситуація в Придністровському регіоні не означає, що Молдова перестала мати юрисдикцію, відповідно й зобов'язання, згідно з ЄКПЛ. Навпаки, її юрисдикція була *обмежена певними позитивними зобов'язаннями*:

На підставі всього матеріалу, що є в розпорядженні Суду, він вважає, що уряд Молдови, єдиний легітимний уряд Республіки Молдова за міжнародним правом, не володіє повноваженнями щодо частини своєї території, а саме тієї частини, яка підконтрольна «МРП». ...Однак навіть за відсутності ефективного контролю над Придністровським регіоном Молдова, як і раніше, має позитивний обов'язок згідно зі статтею 1 Конвенції *вживати дипломатичних, економічних, судових та інших заходів, яких їй належить вживати і які відповідно до міжнародного права повинні забезпечувати заявникам права, гарантовані Конвенцією*.⁴⁰

Таким чином, ЄСПЛ визнав, що Молдова порушила ці зобов'язання, оскільки після 2001 р. не змогла обговорювати справу заявників на переговорах щодо врегулювання ситуації в Придністров'ї, а також не розглянула та не вжила жодних інших заходів, аби гарантувати заявникам здійснення їхніх прав за ЄКПЛ.⁴¹

Судове рішення ЄСПЛ у цій справі було інноваційним із кількох причин. По-перше, юрисдикції не обговорювали з точки зору презумпції та її спростування, як було раніше. Попередня позиція була менш гнучкою та більш відповідною до формулювання ст. 1 – держава або має юрисдикцію, або ні. Там не було місця для скорочень або для «розділення й адаптації»,⁴² щоб передбачити інший обсяг зобов'язань залежно від виняткових обставин справи.⁴³

Знову ж таки формулювання статті 1 не передбачало підтримки залишкових позитивних зобов'язань *Ілашку*. По-друге, до цього моменту поняття позитивних зобов'язань не мало такого самостійного існування. На відміну від попередньої практики Суду, де його розробили для забезпечення ефективного захисту конкретного матеріального права, вимагаючи від держави не лише утриматися від порушення, а й вживати заходів для його гарантування,⁴⁴ у справі *Ілашку* було застосовано позитивні зобов'язання

³⁸ *Plașcu et al. v Moldova and Russia*, paras 331–33.

³⁹ *Ibid*, paras 339, 340–46.

⁴⁰ *Ibid*, paras 333–34. Виділено.

⁴¹ *Ibid*, para 350.

⁴² Цей вислів було використано в контексті екстериторіального застосування. Порівняйте: *Banković et al. v Belgium et al.*, para 75, і *Al Skeini et al. v the United Kingdom*, para 137.

⁴³ Див. також: Larsen, “Territorial Non-Application,” 86.

⁴⁴ Див.: Harris, O'Boyle, Bates and Buckley, *Harris, O'Boyle and Warbrick*, 21–23. Див також: Alastair Mowbray, *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (Hart Publishing, 2004).

за ЄКПЛ у цілому.⁴⁵ Нарешті, ЄСПЛ також розглянув заявників одночасно в межах юрисдикції Росії.⁴⁶ Юрисдикція Росії була екстериторіальною⁴⁷ й існувала через те, що МРП залишалася «під [її] дієвим управлінням або принаймні під [її] вирішальним впливом».⁴⁸ За таких обставин Росія мала забезпечити весь набір основних прав, передбачених ЄКПЛ.⁴⁹

Суд затвердив свій підхід до справи *Ілашку* у справі *Катан*, яка була наступною справою щодо порушень права на освіту в Придністров'ї⁵⁰:

[У] цитованому вище рішенні у справі *Ілашку* Суд постановив, що затримані на території Придністров'я особи належали до юрисдикції Молдови, оскільки це була територія держави Молдова, хоча вона й не мала ефективного контролю над регіоном Придністров'я. Водночас зобов'язання Молдови за статтею 1 Конвенції «гарантувати кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, [конвенційні] права і свободи» обмежувалося, за відповідних обставин, позитивним обов'язком вжити дипломатичних, економічних, судових чи інших заходів, яких вона мала можливість вжити і які відповідали міжнародному праву... Суд не бачить підстав, які б чимось відрізняли справу, яку розглядають. Хоча Молдова не має ефективного контролю над діями «МРП» у Придністров'ї, той факт, що цей регіон визнають за міжнародним правом частиною території Молдови, тягне за собою обов'язок за статтею 1 Конвенції використати всі доступні державі юридичні та дипломатичні засоби з тим, щоб продовжувати гарантувати здійснення прав і свобод, визначених Конвенцією, усім особам, які там проживають.⁵¹

Відповідно до фактів та на відміну від справи *Ілашку*, Суд установив, що Молдова дійсно виконала свої позитивні зобов'язання.⁵² Також було встановлено, що Росія продовжує здійснювати юрисдикцію над сепаратистським утворенням у Придністров'ї, незважаючи на дещо слабшу присутність Росії на місцях за минулі роки.⁵³ Проте по суті справи Суд знову не був достатньо чітким у розмежуванні питань юрисдикції та присвоєння в поведінці. З рішення Суду незрозуміло, чи визнає він Росію відповідальною за дії сепаратистських органів влади, оскільки вони пов'язані з Росією або тому, що Росія не виконала позитивного зобов'язання запобігти таким порушенням з боку недержавного суб'єкта, який діє в межах території під її юрисдикцією.⁵⁴

⁴⁵ Див. детальніше: Larsen, “Territorial Non-Application,” 86.

⁴⁶ *Paşcu et al. v Moldova and Russia*, para 394.

⁴⁷ *Ibid*, paras 314–16.

⁴⁸ *Ibid*, para 392.

⁴⁹ Див. також: *Cyprus v Turkey* App no 25781/94, paras 76–77.

⁵⁰ *Catan and Others v Moldova and Russia* App nos 43370/04, 8252/05 and 18454/06 (ECmHR, 19 October 2012).

⁵¹ *Ibid*, para 110.

⁵² *Ibid*, paras 145–48.

⁵³ *Ibid*, paras 121–23.

⁵⁴ Див. детальніше: Marco Milanović, “Grand Chamber Judgment in *Catan and Others*.” *EJIL: Talk!* October 21, 2012, <https://www.ejiltalk.org/grand-chamber-judgment-in-catan-and-others/>.

Загалом як у справі *Ілашку*, так і у справі *Катан* ми можемо спостерігати, як пленарна юрисдикція Росії у Придністров'ї зміщувала обмежену юрисдикцію Молдови для виконання лише позитивних зобов'язань.⁵⁵ У своїй найсучаснішій практиці з цього питання ЄСПЛ був чітким у таких питаннях: обмежену юрисдикцію територіальної держави компенсувала юрисдикція іншої держави – учасниці ЄКПЛ, що постала повністю та екстериторіально.⁵⁶ Однак Суд натомість, здається, не готовий терпіти вакуум – якщо не існує жодної іншої держави, що здійснює екстериторіальну юрисдикцію щодо проблемної зони, юрисдикція територіальної держави залишатиметься без змін, без звужень, як у справі *Ілашку*. Це буде обговорено в наступному розділі.

3. Саргсян: юрисдикція не обмежена

Справа *Саргсяна проти Азербайджану* виникла внаслідок нагірно-карабаського конфлікту між Вірменією та Азербайджаном. Заявникам було відмовлено в поверненні до їхнього села, розташованого на території Азербайджану, але поруч із лінією зіткнення (або на такій лінії) між цією державою та самопроголошеною Нагірно-Карабаською Республікою. Село було зруйновано, заміновано і залишилося недоступним для будь-якого цивільного населення.⁵⁷

Азербайджан стверджував, що концепцію, розроблену у справі *Ілашку*, – про *обмежену відповідальність* держави в тому разі, якщо вона втратила ефективний контроль над частиною своєї території на користь іншої держави чи сепаратистського режиму, – так само варто застосовувати й до спірних зон або «ділянок, які є недосяжними у зв'язку з такими обставинами».⁵⁸ Однак ЄСПЛ не погодився із цим аргументом.⁵⁹ Починаючи з особливого характеру ЄКПЛ – «конституційного інструменту європейського публічного порядку (*ordre public*), призначеного для захисту конкретних осіб»⁶⁰, – Суд підкреслив, що вся територія Азербайджану після ратифікації ЄКПЛ увійшла в «правовий простір Конвенції».⁶¹ Потім він розпочав розмежовувати справи *Саргсяна* та *Ілашку* і схожі справи⁶² на тій підставі, що зона (село) в попередній справі не була окупована збройними силами іншої держави в сенсі військової окупації за міжнародним правом⁶³ і не перебувала під контролем будь-якого сепаратистського режиму. Нарешті, ЄСПЛ використовував ті самі аргументи, що і для встановлення

⁵⁵ Див. також: Larsen, “Territorial Non-Application,” 84.

⁵⁶ *Sargsyan v Azerbaijan*, para 148.

⁵⁷ *Ibid*, paras 47–49.

⁵⁸ *Ibid*, paras 145–46.

⁵⁹ *Ibid*, para 149.

⁶⁰ *Ibid*, para 147.

⁶¹ *Ibid*.

⁶² *Ivanțoc et al. v Moldova and Russia* App no 23687/05 (ECmHR, 15 November 2011), para 105; *Catan and Others v Moldova and Russia*, para 109; *Sargsyan v Azerbaijan*, paras 140–42.

⁶³ *Sargsyan v Azerbaijan*, para 144. Див. детальніше: Marco Milanović, “European Court Decides that Israel Is Not Occupying Gaza,” *EJIL: Talk!* June 17, 2015. <https://www.ejiltalk.org/european-court-decides-that-israel-is-not-occupying-gaza>.

екстериторіальної юрисдикції Туреччини в ситуації з Північним Кіпром,⁶⁴ – необхідність уникнути вакууму в гарантованому Конвенцією захисті⁶⁵ – зробити висновок, що не існувало жодних «виняткових обставин, характер яких давав би підстави для обмеження відповідальності [Азербайджану] за Конвенцією».⁶⁶

ЄСПЛ не просто вважав, що виняток, розбудований у справі *Лаишку*, не застосовувався в даній справі, Суд ще й порівнював ситуацію у справі *Саргсяна* із ситуацією у справі *Асанідзе* (що стосується застосування ЄКПЛ до територіальних одиниць держави), заявляючи, що «з юридичної точки зору уряд Азербайджану здійснює юрисдикцію як територіальна держава і несе повну відповідальність за Конвенцією».⁶⁷

У підсумку в справі *Саргсяна* Суд не був готовий прийняти захисний вакуум, який виник внаслідок готовності Азербайджану утримувати нічийну землю на своїй лінії зіткнення з Нагірним Карабахом. По суті справи Суд урахував питання безпеки, визнаючи, що етнічні вірмени, які перемістилися з відповідного села, (ще) не отримали права повернутися на територію, яка й досі перебуває в зоні постійних військових дій, але Азербайджан повинен був надати заявникам альтернативні заходи щодо забезпечення їхніх майнових прав (чого він не зробив).⁶⁸ І знову підхід як ЄСПЛ, так і Азербайджану продемонстрував тривалу плутанину між юрисдикцією та відповідальністю⁶⁹ у практиці ЄСПЛ.⁷⁰ Азербайджан стверджував, що він має «обмежену відповідальність» через виняткові обставини, а не те, що він має обмежену юрисдикцію. ЄСПЛ прийняв це формулювання, яке концептуально заплутує, оскільки термін «юрисдикція» є основою межі щодо існування юридичних зобов'язань, тоді як відповідальність є наслідком порушення таких зобов'язань, які стосуються держави.⁷¹ Така концептуальна плутанина була ще більш очевидна у справі *Чірагова (Chiragov)*,⁷² схожій справі, вирішеній у той самий день, коли вирішували справу *Саргсяна*, щодо якої Суд визнав, що Вірменія здійснює юрисдикцію над Нагірним Карабахом. Суд це зробив, не визначивши, яка саме протиправна поведінка була притаманна власне Вірменії; йому фактично не вдалося розмежувати контроль Вірменії над відповідною територією та її контроль як діяча (або відсутність такого контролю) над сепаратистським суб'єктом у Нагірному Карабасі.⁷³

⁶⁴ *Cyprus v Turkey* App no 25781/94.

⁶⁵ *Sargsyan v Azerbaijan*, para 148.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*, para 150.

⁶⁸ *Ibid.*, paras 233–42.

⁶⁹ Див., наприклад: *Cyprus v Turkey* App no 25781/94, para 78. Див. детальніше: Milanović, *Extraterritorial Application*, 41.

⁷⁰ Див. також: *Sargsyan v Azerbaijan*, думку судді Ziemele (Ціме́ле), яка збігається, п. 3.

⁷¹ Див. також: Marco Milanović, "Jurisdiction, Attribution and Responsibility in Jaloud," *EJIL: Talk!* December 11, 2014, <https://www.ejiltalk.org/jurisdiction-attribution-and-responsibility-in-jaloud/>.

⁷² *Chiragov and Others v Armenia* App no 13216/05 (ECmHR, 16 June 2015).

⁷³ Див. детальніше: Marco Milanović, "The Nagorno-Karabakh Cases," *EJIL: Talk!* June 23, 2015, <https://www.ejiltalk.org/the-nagorno-karabakh-cases/>.

Такі обставини повертають нас до питання про те, як Суд розглядав ситуацію в Сербії та Косові, що розгортає унікальну фактичну картину – територію, яку спочатку було піддано міжнародній адміністрації, що тоді оголосила незалежність від її материнської держави, залучаючи водночас значний, але далеко не беззаперечний рівень міжнародного визнання.⁷⁴

4. Сербія та Косово: уникнення суверенітету, прийняття вакууму

Після втручання НАТО у 1999 р. Косово, провінція Сербії (тодішня частина Союзної Республіки Югославії (СРЮ), стала територією, якою управляє ООН на основі резолюції 1244 (1999) Ради Безпеки ООН.⁷⁵ Після створення міжнародної адміністрації та наступного приєднання Сербії до ЄКПЛ⁷⁶ питання сербських зобов'язань за ЄКПЛ у Косові не привертало багато уваги. Це відбувалося просто тому, що насправді не постало жодної справи, яка безпосередньо стосувалася б зобов'язань Сербії щодо людей у Косові, тоді як статус Сербії як номінального суверена Косова залишався беззаперечним. Суверенітет Сербії над Косовом був зовсім випадково підтверджений ЄСПЛ у справах *Бехрами і Сарамати*,⁷⁷ які визнано неприйнятними, що стосується поведінки інших держав-учасниць, які сприяли присутності міжнародних цивільних сил (UNMIK, Тимчасова Місія ООН у Косові) та сил безпеки (KFOR, Сили для Косова) у Косові.⁷⁸

Як це не парадоксально, тільки після того, як Косово оголосило незалежність від Сербії у лютому 2008 р., у ЄСПЛ з'явилася можливість ухвалити рішення щодо зобов'язань Сербії за ЄКПЛ у Косові. У справі *Аземі (Azemi)*⁷⁹ заява стосувалася неви-

⁷⁴ Див. детальніше: Tatiana Papić, "Fighting for a Seat at the Table: International Representation of Kosovo," *Chinese Journal of International Law* 12, no. 3 (2013): 543.

⁷⁵ Цій резолюції передувала Військово-технічна угода, у якій Сербія домовилася про виведення сил ФРЮ та присутність міжнародних сил безпеки. Текст доступний за покликанням: <http://edition.cnn.com/WORLD/europe/9906/09/kosovo.agreement.text/>, 4 вересня 2017 р. Більше інформації про передумови див. у справах *Behrami and Behrami v France, Saramati v France, Germany and Norway* [GC] App nos 71412/01 and 78166/01 (ECmHR, 2 May 2007).

⁷⁶ Сербія приєдналася до ЄКПЛ у березні 2004 р. шляхом наступництва Державного союзу Сербії та Чорногорії, як раніше ФРЮ перейменувала себе. Докладніше в статті: Tatiana Papić, "The More You Ignore Me the Closer I Get: Application of the European Court of Human Rights. Standards on the Journalistic Duty of Care in Serbia," in *Public Law in Serbia: Twenty Year After*, edited by Violeta Beširević (European Public Law Organization, 2012), 197.

⁷⁷ *Behrami and Behrami v France*, paras 69–70.

⁷⁸ Через їхню невідповідність *ratione personae* до положень ЄКПЛ, оскільки ЄСПЛ розглянув усі передбачувані порушення, які варто покладати на ООН, оскільки вона, відповідно до глави VII Статуту ООН, санкціонувала міжнародну присутність у Косові. Див. справу *Behrami and Behrami v France*, paras 128–52. Для аналізу рішення див.: Marco Milanović and Tatiana Papić, "As Bad as It Gets: The European Court of Human Rights' Behrami and Saramati Decision and General International Law," *International & Comparative Law Quarterly* 58 (2009): 267.

⁷⁹ *Azemi v Serbia* App no 11209/09 (ECmHR, 5 November 2013). Заявник підкреслив, що це рішення ґрунтувалося на сербському законодавстві, «яке успадкувало UNMIK, юридично визначив наслідки

конання рішення муніципального суду, ухваленого 2002 р. на користь заявника у справі за позовом від 1990 р. про незаконне припинення трудової діяльності. У листопаді 2013 р. ЄСПЛ оголосив заяву неприйнятною, постановивши (як стверджував сам відповідач), що Сербія не мала юрисдикції щодо заявника.⁸⁰

Відрізнивши позицію Сербії та Косова від позиції Молдови та Придністров'я, Суд зауважив, що «не існує жодних доказів того, що Сербія здійсню[вала] будь-який контроль над UNMIK, судовими чи іншими установами Косова, які було створено на підставі положень UNMIK. Не [можна] стверджувати, що сербські органи влади підтримували військові, економічні, фінансові та політичні установи Косова».⁸¹ Відзначаючи декларування незалежності Косова, кількість отриманих подальших визнань і звужену роль UNMIK, Суд дійшов висновку, що «там існували об'єктивні обмеження, які перешкоджали Сербії забезпечувати права та свободи в Косові».⁸² Нарешті, ЄСПЛ визнав, що заявник не вказав на будь-які відповідні заходи стосовно його прав, яких Сербія мала право вжити, і зробив висновок, що він не може назвати «будь-яких позитивних зобов'язань, які держава-відповідач мала щодо заявника (порівнюючи та протиставляючи позитивні зобов'язання Молдови у справі *Ілашку* [...])».⁸³

Щодо цього рішення виникає багато питань, які не вдасться обговорити через обмежений обсяг цієї статті.⁸⁴ Обґрунтування Суду не є взірцем ясності. Спочатку він явно обрав нейтральну позицію щодо статусу Косова, щоб уникнути висновку про те, хто дійсно був сувереном цієї території,⁸⁵ що відтак свідчить про відхід від своєї позиції у справі *Бехрами* без належного виправдання того, чому саме він це робив.⁸⁶ Потім він вагався між розглядом Сербії як територіальної держави та поглядом на неї як на державу іноземну щодо такої території. Прикладом останнього стало обговорення того, чи Сербія контролює, фінансує та підтримує установи Косова,⁸⁷ за аналогією з Росією у справі *Ілашку*.⁸⁸ Що стосується першого, Суд розглянув

дій чи бездіяльності» з боку Сербії, коли вона фактично здійснювала контроль над Косовом (*Azemi v Serbia*, para 37).

⁸⁰ Ibid, paras 33, 49.

⁸¹ Ibid, paras 43, 45.

⁸² Ibid, para 46.

⁸³ Ibid, para 47.

⁸⁴ Для обговорення деяких питань див.: Kushtrim Istrefi, "Azemi v Serbia: Discontinuity of Serbia's De Jure Jurisdiction over Kosovo," *European Human Rights Law Review* 4 (2014): 388–94; Id. *EJIL: Talk!* March 13, 2014, <https://www.ejiltalk.org/azemi-v-serbia-in-the-european-court-of-human-rights-discontinuity-of-serbias-de-jure-jurisdiction-over-kosovo/>.

⁸⁵ *Azemi v Serbia*, para 1, fn. 1.

⁸⁶ Див також аргументи, запропоновані Істрєфі: Istrefi, "Azemi v Serbia," 393.

⁸⁷ Ibid, para 45.

⁸⁸ Див. виноску 31.

позитивні зобов'язання та «об'єктивні обмеження», які перешкоджають Сербії забезпечити виконання ЄКПЛ в Косові.⁸⁹ Іншими словами, Суд уникнув ухвалення рішення про суверенітет Сербії над Косовом (або його відсутність), неявно заявивши, що навіть якщо Сербія була сувереном і, отже, мала залишкові позитивні зобов'язання, схожі до справи *Ілашку*, такі зобов'язання мали несуттєвий характер чи були зняті за фактами справи. Таким чином, головним висновком Суду було, як здається, ухилення від питання щодо суверенітету.

Суто прагматично цей підхід є виправданим, навіть якщо він принципово суперечить думці, що залишкові позитивні зобов'язання йдуть за суверенним правом над територією. А саме: між Косовом та іншими оспорюваними територіями (Північний Кіпр, Придністров'я та Нагірний Карабах) існують суттєві відмінності, які раніше обговорював ЄСПЛ у контексті юрисдикції. На відміну від останнього, Косово було визнано багатьма державами як незалежну державу⁹⁰ і її декларація про незалежність – ефективна у створенні державності чи ні – не порушує міжнародного права в очах Міжнародного суду ООН.⁹¹ Ці факти могли вимагати інакших висновків щодо юрисдикції, ніж ті, які брали до уваги у справі *Бехрами* і які було надано до оголошення незалежності. З іншого боку, Косово не було визнано Сербією та низкою інших європейських держав, вона не є членом ООН або членом Ради Європи і тому не може стати державою – учасницею ЄКПЛ. Отже, наслідком підходу Суду у справі *Азemi* є те, що в Косові існує саме такий вакуум у захисті прав за ЄКПЛ, якого Суд дуже відчайдушно уникав в інших справах.⁹²

Нарешті, аналіз Суду про відсутність будь-яких зобов'язань із боку Сербії через те, що вона не контролювала, не фінансувала і не підтримувала установ у Косові, насправді можна застосовувати навпаки до осіб, які проживають в анклавих етнічних сербів у Косові, особливо на півночі та у Мітровіцькому районі, де сербський вплив є великим і може – за правильного підходу в справі – навіть стати вирішальним. Вплив Сербії був найсильнішим у період, коли вона фінансувала паралельні установи косовських сербів.⁹³ Розглянемо, скажімо, нещодавнє вбивство Олівера Івановича,

⁸⁹ *Azemi v Serbia*, para 46.

⁹⁰ На момент завершення цієї статті Косово було визнано (згідно з урядом Косова) 113 державами (<http://www.mfa-ks.net/?page=2,224>). Проте сербський уряд заперечує, що деякі з цих визнань насправді відбулися, а також стверджує, що деякі з них були відкликани.

⁹¹ У зв'язку з тим, що міжнародне право не містить заборон такої декларації. ICJ, *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo* (Advisory Opinion) [2010], Rep. 403, 436ff.

⁹² Див. також: Yudkivska, "Territorial Jurisdiction," 14.

⁹³ Див. детальніше: Marco Prelec and Naim Rashiti, "Serb Integration in Kosovo After the Brussels Agreement," *Balkans Policy Research Group*, March 19, 2015, <http://balkansgroup.org/wp-content/uploads/2017/09/Serb-Integration-in-Kosovo-After-Brussels-Agreement.pdf>.

видатного поміркованого сербського політика, на півночі Косова: відповідно до фактів можна було б уявити собі, що Сербія має певні позитивні зобов'язання за ст. 2 ЄКПЛ. Фактично Сербія хотіла активно брати участь у розслідуванні влади Косова щодо вбивства Івановича (запит, який влада Косова відхилила на підставі суверенітету) і в цьому керунку здійснила принаймні деякі слідчі кроки на території Сербії.⁹⁴

Відповідною точкою порівняння в наявній практиці ЄСПЛ може стати Рішення Палати 2017 р. у справі *Гюзелюртлу та інші проти Кіпру та Туреччини (Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey)*⁹⁵, у якому Суд визнав, що Кіпр та Туреччина несуть відповідальність за процедурною частиною ст. 2, оскільки вони не співпрацюють одна з одною під час розслідування неодноразових убивств, які відбулися на території Кіпру, тоді як відповідні докази та підозрювані були присутні на території Туреччини та підконтрольній їй ТРПК.⁹⁶ У той час як Палата розділилася на 5 голосів проти 2 у питанні, чи мав Кіпр обов'язок співпрацювати із сепаратистськими органами влади ТРПК (більшість із яких, по суті, вирішили, що так), одногосно було підтримано, що Туреччина мала зобов'язання співпрацювати з Кіпром лише на підставі того, що *підозрювані* перебували на її території,⁹⁷ рішення, яке важко узгодити з практикою Суду, зосередженою на *потерпілих* щодо питання юрисдикції в ст. 1 ЄКПЛ. На момент написання цієї статті цю справу розглядали у Великій палаті.

III. Оцінка підходу Суду

Як і в усіх справах, що стосуються ст. 1 ЄКПЛ, важко надати чіткий описовий звіт щодо підходу ЄСПЛ до застосування Конвенції на оспорюваних територіях. Ця ситуація передусім зумовлена тим, що підхід Суду розвинувся в дуже ситуативний, залежний від фактів спосіб. Спочатку Комісія та Суд застосували простий, бінарний аналіз – якщо відповідна держава більше не мала контролю над частиною своєї

⁹⁴ Див., наприклад: “Kosovo Serb Politician Oliver Ivanović Shot Dead outside Party Headquarters,” *The Guardian*, January 16, 2018, <https://www.theguardian.com/world/2018/jan/16/oliver-ivanovic-serb-politician-in-kosovo-shot-dead>.

⁹⁵ *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* App no 36925/07 (ECmHR, 4 April 2017).

⁹⁶ *Ibid*, paras 282–97.

⁹⁷ *Ibid*, paras 183–89. Суд розглянув питання про юрисдикцію *proprio motu*, тобто турецький уряд не стверджував, що Конвенція не застосовувалася екстериторіально щодо фактів справи. Порівняйте *Rantsev v. Cyprus and Russia* App no 25965/04 (ECmHR, 7 January 2010) стосовно смерті російської жінки, яку було продано до Кіпру. У цій справі уряд-відповідач *насправді* ухвалив юрисдикційне заперечення, яке Суд відхилив, зазначивши, що торгівля жертвою почалася на території Росії (*ibid*, paras 205–08). Суд згодом визнав порушення процесуальних зобов'язань із боку Росії лише щодо торгівлі людьми, а не щодо смерті жертви, яка сталася на Кіпрі (*ibid*, paras 243–47, 307–09).

території, то вона більше не мала юрисдикції над цією територією. *Передбачено*, що держава буде контролювати всю територію, на яку вона має право володіння, але це просте доказове припущення, яке узгоджується з тим фактом, що більшість держав більшу частину часу контролює більшу частину своєї території. Це припущення є спростованим, а наслідком спростування є відсутність юрисдикції і, отже, відсутність будь-яких обов'язків за ЄКПА.

Основна зміна підходу Суду відбувається у справі *Ілашку*, де залишкові позитивні зобов'язання безпосередньо прив'язані до *суверенітету* держави над територією. Таким чином, юрисдикція звужується в разі втрати державного контролю над територією, але не зникає; вона зберігається навіть у разі звуження лише на підставі права володіння. Ми бачили різні труднощі, із якими Суд був змушений давати раду після справи *Ілашку*; ще однією серйозною проблемою є постійна плутанина, яка випливає з практики Суду, між поняттям юрисдикції у ст. 1 і правовими положеннями про відповідальність держави.

Це приводить нас до питання про нормативну доцільність та узгодженість підходу Суду. Є щонайменше три основні проблеми, пов'язані з розвитком у Суді залишкових позитивних зобов'язань, які ґрунтуються на суверенному праві. По-перше, на такий підхід у тексті Конвенції немає жодних підстав, і це спотворює юридичну природу поняття юрисдикції у ст. 1 ЄКПА, підриваючи основну ідею, за якою юрисдикція є *фактичним* здійсненням державної влади або над територією (як у справі *Лоїзиду* чи *Чірагова*),⁹⁸ або над окремими особами (як у справі *Аль-Скейні*).⁹⁹ Це є те фактичне поняття юрисдикції, яке виявилось настільки важливим у контексті екстериторіального застосування ЄКПА, і, як видається, немає обґрунтованих підстав для розгляду *внутрішньотериторіальних* ситуацій іншим шляхом.¹⁰⁰ Юрисдикція в сенсі ст. 1 є або *правом* на здійснення влади, або *фактичним здійсненням* цієї влади – як законно, так і незаконно; вона не може злагоджено бути й одним, й іншим. Так само є багато вагомих причин на те, аби віддавати перевагу останньому варіанту, як це робив Суд у минулому; не останній із таких аргументів полягає в тому, що цей варіант закриває багато лазів у ситуаціях, коли держави втручаються в права людини, не реалізуючи жодних типів прав чи повноважень відповідно до міжнародного права (мається на увазі все від

⁹⁸ *Loizidou v Turkey* (merits), para 52: «відповідальність Договірної Сторони також може виникнути, коли внаслідок військових дій, чи законних, чи незаконних, вона здійснює ефективний контроль над територією за межами своєї національної території. Обов'язок забезпечити в такому районі права та свободи, викладені в Конвенції, випливає з факту такого контролю (...)»; *Chiragov and Others v Armenia*, para 168.

⁹⁹ *Al Skeini et al. v the United Kingdom*, paras 133–37.

¹⁰⁰ Див. також: Milanović, *Extraterritorial Application*, 106–07.

повномасштабного незаконного втручання в третю країну до нагляду,¹⁰¹ викрадення¹⁰² або навіть винищення людей,¹⁰³ які проживають там).

По-друге, залишкові позитивні зобов'язання дають мало практичних переваг; вони рідко матимуть значну дієвість. Нагадаємо, як Суд у справі *Ілашку* заявляв про два таких зобов'язання: зобов'язання Молдови вживати належних заходів для відновлення контролю над оспорюваною територією, її обов'язок співпрацювати з органами влади оспорюваної території з метою забезпечення прав конкретного заявника.¹⁰⁴ Перше питання – відновлення державного контролю – має стільки різних обставин і настільки політично залежить від інших факторів, що воно не придатне для будь-якого суттєвого судочинства. Чи поверне колись Молдова контроль над Придністров'ям, або Україна над Кримом чи Донбасом, або Грузія над Південною Осетією та Абхазією – найменше залежить від ЄСПЛ і того, що може сказати Європейський суд. І дійсно, за фактами справи *Ілашку* Суд визнав, що це зобов'язання було знято з використанням такого шанобливого критерію для перегляду, що він виглядав практично безглуздим: усе, що потрібно було для того, аби задовольнити вимоги, – це продемонструвати *бажання* Молдови повернути контроль над Придністров'ям у якийсь момент майбутнього.¹⁰⁵

¹⁰¹ Див., наприклад: *Human Rights Watch and Others v Foreign Secretary* (UK Investigatory Powers Tribunal, UKIPTrib 15_165-CH, 16 May 2016), paras 49–64 (Трибунал визнав, що ЄКПЛ не застосовується до заходів Великої Британії, пов'язаних зі спостереженням за кордоном); Marco Milanović, “Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age,” *Harvard International Law Journal* 56, no. 1 (2015): 81.

¹⁰² Див., скажімо: *Lopez Burgos v Uruguay* (1981) 68 ILR 29, UN Human Rights Committee, Communication no. R.12/52, UN doc supp. no. 40 (A/36/40); Benjamin Nussberger and Fin-Jasper Langmack, “A Cold War like Thriller in Summer – Icy Times Between Vietnam and Germany,” *EJIL: Talk!* February 20, 2018, <https://www.ejiltalk.org/a-cold-war-like-thriller-in-summer-icy-times-between-vietnam-and-germany/>.

¹⁰³ Скажімо, убивство Олександра Литвиненка нібито російськими агентами в Лондоні в 2006 р., убивство Кім Чен Нама у 2017 р. в аеропорту Куала-Лумпур нібито за наказом його брата-близнюка, північнокорейського диктатора Кім Чен Іна, або спроба вбивства Сергія та Юлії Скрипалів у Солсбері в 2018 р.

¹⁰⁴ *Plașcu et al. v Moldova and Russia*, para 339.

¹⁰⁵ *Ibid*, para 345. Див. також: Yudkivska, “Territorial Jurisdiction,” 9: «[Обов'язок відновити контроль] постає як чиста політична риторика, яка мало пов'язана з юридичними зобов'язаннями, а також навряд чи підлягає оцінці правовими заходами. Молдова була також зобов'язана “утриматися від підтримки сепаратистського режиму”. На мою думку, складно узгодити позитивні зобов'язання щодо людей, які залишаються на окупованих територіях, зі зобов'язанням утримуватися від підтримки сепаратистського режиму. Ці зобов'язання виявляються взаємовиключними: якщо держава бере участь у переговорах із сепаратистами, вимагаючи від них захисту прав осіб на окупованих територіях (це саме ті дії, виконання яких Суд очікував для пана Ілашку), то така стратегія передбачає пропонування чогось в обмін, скажімо, надання економічної підтримки, яка може знадобитися сепаратистам. Якщо Молдова була зобов'язана домовитися про звільнення пана Ілашку та інших, вона повинна була запропонувати щось сепаратистам на додаток до вже відступленої території».

Коли йдеться про більш конкретне зобов'язання забезпечити права окремих заявників, це може мати деяку практичну актуальність, але знову ж таки не таку вже й значну. Здебільшого суб'єкт, який контролює територію і, таким чином, володіє фактичними можливостями порушувати або захищати права заявників, буде протистояти центральним органам державної влади, відтак останні зможуть зробити дуже небагато. Якщо ми подивимося на факти справи *Катана*, за якими, скажімо, Суд визнав, що Молдова вже виконала свої позитивні зобов'язання щодо шкіл Придністров'я, які хотіли б використовувати латинський алфавіт, ми побачимо, що фактичне здійснення цих прав головним чином залежить від сепаратистських органів влади. Якщо рішення у справі *Катана* мало позитивний вплив на це питання (і ми не знаємо, чи дійсно би так трапилося), це відбулося б через російську сторону справи, оскільки саме Росія має вирішальний вплив на сепаратистів. Коротше кажучи, залишкові позитивні зобов'язання, сформульовані Судом, здебільшого матимуть лише граничну користь.

Третя проблема, пов'язана з ідеєю залишкового позитивного зобов'язання, заснованого на праві володіння, полягає в тому, що вона логічно вимагає, щоб Суд виголошував суверенітет над оспорованою територією, якщо він прагне визнати порушення залишкового зобов'язання. Питання суверенітету може бути чи не бути юридично очевидним, і, як ми бачимо, Суд неодноразово висловлював свої міркування щодо таких питань у минулому, як щодо північного Кіпру чи Придністров'я. Проте як тільки це питання стало юридично складним, як це трапилося у випадку Косова та Сербії, Суд у справі *Аземі* уникнув проблеми, додавши стільки «води» до залишкового зобов'язання, що Сербія не могла б його порушити, навіть якщо це зобов'язання існувало від самого початку.

Але питання про суверенітет може бути юридично легким, проте все ж пов'язуватися з політично небезпечними труднощами. Розглянемо лише Крим і безліч міждержавних та окремих справ, що стосуються конфлікту на території України. Можна легко уявити, що український уряд позитивно закликає Суд підтверджувати свій тривалий суверенітет над Кримом незалежно від конкретних зобов'язань, які можуть бути поставлені на карту, тоді як Росія визнає застосовність ЄКПЛ до своїх дій у Криму, але глибоко заперечує будь-які незручні висновки Суду з питання суверенітету.¹⁰⁶ Ми особисто не маємо проблеми з тим, що Суд протистоїть Росії чи будь-якій іншій потужній державі, – навпаки. Але чи дійсно це варто робити, якщо така практика не має суттєвого впливу на покращення прав людини будь-яких постраждалих осіб і якщо рішення Суду використовують лише інструментально в суперечці щодо суверенітету?

Суд цілком може опинитися в незavidному становищі, якщо з'явиться фактична картина, яка передбачає порушення Україною залишкових зобов'язань, що мають тяжкість, аналогічну до справи *Лаїшу*, та вже не зможе використати маневр уникнення

¹⁰⁶ Позиція Росії щодо Донбасу, на суверенітет над яким вона не претендує, ймовірно, буде відрізнятися.

з тією ж легкістю, що й у справі *Аземі*. У такому разі, якщо Суд знову ж таки хоче визнати порушення залишкового зобов'язання, він також повинен визнати, що Україна залишається сувереном Криму. Не варто було б вирішувати питання щодо суверенітету за будь-яке порушення з боку Росії, чия юрисдикція може просто ґрунтуватися на ефективному контролі над територією, незалежно від того, отримана вона законно чи незаконно.¹⁰⁷ Отже, виявляється, що хоча й судова практика у справі *Ілашку* була мотивована добрими намірами, вона несе значні ризики. На нашу думку, як мінімум втрати, здається, явно переважають здобутки. І хоча малоімовірно, що Суд явно скасовував би рішення у справі *Ілашку*,¹⁰⁸ він усе ж таки зможе застосувати його дуже вузько. Якими тоді будуть можливі альтернативи?

На наш погляд, існують дві такі життєздатні альтернативи. Перша – повернутися до традиційного бінарного підходу – юрисдикція як суто фактичне поняття територіального контролю, яке можна *припускати* на територіях, над якими держава має право володіння. Але коли таку презумпцію буде спростовано, держава більше не матиме юрисдикції, а отже, й позитивних зобов'язань. Це є тим підходом, який ми б схвалили. Його головною цінністю є чіткість – як щодо визнання фактичного контролю, так і подальших наслідків.¹⁰⁹ У разі його визнання буде застосовано повне позитивне зобов'язання забезпечити права людини в цьому районі. З іншого боку, такий підхід у виняткових випадках може бути не повністю вичерпним у тому сенсі, що існують речі, які держава могла б зробити з метою пом'якшення несприятливої ситуації для особи, як це було у справі *Ілашку*, і які не передбачають територіального контролю. Однак, як ми пояснили вище, такі ситуації насправді достатньо рідкісні, оскільки залишкове позитивне зобов'язання, сформульоване Судом, має дуже низьку дієвість. Недостатня вичерпність, іншими словами, компенсується чіткістю та керованістю визнання юрисдикції, яка поширюється по суті таким же чином як на внутрішньому, так і на екстериторіальному рівні.

Друга альтернатива полягає в застосуванні більш *функціонального* підходу, який би пов'язав появу позитивних зобов'язань безпосередньо зі *здатністю держави виконувати їх*. Така здатність може змінюватися залежно від рівня впливу, який держава здійснює в будь-якій конкретній зоні. З огляду на те, що бінарний підхід є категоричним із точки зору застосовності позитивних зобов'язань, за такого підходу

¹⁰⁷ *Loizidou v Turkey (merits)*, para 52.

¹⁰⁸ Підхід щодо залишкових позитивних зобов'язань був нещодавно затверджений 16 голосами проти 1 в рішенні Великої палати у справі *Mozer v. the Republic of Moldova and Russia* [GC] App no 11138/10 (ECmHR, 23 February 2016), paras 96–112, у яких Суд не знайшов причин відхилятися від своїх висновків у справі *Catan and Others v Moldova and Russia*. Після справи *Мозера* було прийнято низку рішень Палати, останнє з яких (і децю унікальне за фактами, оскільки воно стосується в'язня, який перебуває під контролем молдовських органів влади на сепаратистській території Придністров'я) стосується справи *Pocasovschi and Mihaila v. the Republic of Moldova and Russia* App no 1089/09 (ECmHR, 29 May 2018).

¹⁰⁹ Див.: Marco Milanović, *Extraterritorial Application*, 115–16, 209–28.

зобов'язання будуть розділені й адаптовані залежно від обставин.¹¹⁰ Однак основу зобов'язань становитиме не суверенітет над територією, а здатність виконати такі зобов'язання по суті справи.¹¹¹ Іншими словами, позитивне зобов'язання не просто гнучке, воно також не є залишковим, оскільки його основа – у здатності, а не праві володіння; зокрема, Суду не доведеться будь-яким чином вирішувати суперечку, яка стосуватиметься суверенітету щодо конкретної території, про яку йдеться.

Ми можемо спостерігати схожий підхід у справі про *Боснійський геноцид*, у якій Міжнародний суд ООН обмежив позитивне зобов'язання держав щодо запобігання геноциду (який він застосував навіть екстериторіально) з огляду на рівень здатності держави виконувати його.¹¹² Інша корисна аналогія – це поріг військової окупації в міжнародному гуманітарному праві (МГП). Учені в цьому питанні поділяються на прибічників більш традиційного, бінарного підходу, за яким окупація вимагає наземної операції та існує або повністю, або взагалі не існує, і прихильників більш функціонального підходу, за якого статус окупації і рівень зобов'язань, що випливають із такого статусу, є головним чином питанням рівня, ніж чіткої відмінності.¹¹³ Парадигматичним прикладом, навколо якого, як правило, точаться ці дебати, звісно, є позиція Ізраїлю щодо Гази, у якій він (як правило) не має наземної операції, але над якою зберігає величезний вплив.¹¹⁴

На відміну від традиційного бінарного підходу, функціональна модель не переймається через неприйнятність. Однак проблема з функціональною моделлю полягає в тому, що вона фактично знищує юрисдикцію як попередній пороговий запит – позитивні зобов'язання існуватимуть, коли вони повинні існувати, в оцінці Суду, і це завжди буде суб'єктивною та сутнісною оцінкою якогось виду. Функціональна модель не має

¹¹⁰ Yuval Shany, "Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law," *The Law and Ethics of Human Rights* 7 (1) (2013): 47–71.

¹¹¹ Див. також: Nienke Van der Have, *The Prevention of Gross Human Rights Violations Under International Human Rights Law* (Springer, 2018), 117–20.

¹¹² *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro)* (Merits) [2006] ICJ Rep 43, paras 430, 434, 438, особливо 430: «Різні параметри діють під час оцінки того, чи належним чином держава виконала відповідне зобов'язання. Першим, який дуже сильно відрізняється в кожній окремій країні, безумовно, є здатність ефективно впливати на дії осіб, які можуть здійснити або вже вчинили геноцид. Сама ця здатність залежить, окрім іншого, від географічної відстані відповідної держави від місця подій та від сили політичних зв'язків, а також зв'язків усіх інших видів між владою цієї держави й основними суб'єктами таких подій».

¹¹³ Див., наприклад: Aeyal Gross, *The Writing on the Wall: Rethinking the International Law of Occupation* (Cambridge University Press, 2017); Tristan Ferraro, "Determining the Beginning and End of an Occupation under International Humanitarian Law," *International Review of the Red Cross* vol. 94, no. 885 (2012): 133–63; див. також: Marco Milanović, "The ICRC's Position on a Functional Approach to Occupation," *EJIL: Talk!* November 18, 2015, <https://www.ejiltalk.org/the-icrcs-position-on-a-functional-approach-to-occupation/>.

¹¹⁴ Див., наприклад: Yuval Shany, "Binary Law Meets Complex Reality: The Occupation of Gaza Debate," *Israel Law Review* 41 (2008): 68–86.

чіткості на відміну від свого бінарного опонента і може призвести до більшої розбіжності в ході судового розгляду щодо того, що є придатним і доречним у будь-яких конкретних обставинах. І, подібно до підходу ЄСПЛ у справі *Ілашку*, вона, можливо, не буде мати впливу на практиці. Проте, на відміну від справи *Ілашку*, формальною основою для цієї моделі є не територіальний суверенітет, який стає несуттєвим фактором у справі. Іншими словами, Суд міг би застосувати функціональний підхід до позитивного зобов'язання України перед кимось у Криму, не визнаючи позитивно, що Україна залишається сувереном Криму.

Висновок

Потік справ, що стосуються оспорюваних територій, особливо в Східній Європі, не буде зменшуватися в середньотерміновій перспективі. Тому існує нагальна потреба в тому, щоб Європейський суд прийняв узгоджений, принциповий підхід до таких справ,¹¹⁵ особливо тому, що вони також пов'язані – юридично, фактично та політично – із ситуаціями екстериторіального застосування. Підхід Суду після справи *Аль-Скейні* до екстериторіального здійснення юрисдикції в сенсі ст. 1, схоже, розвивається в правильному (більш фактичному і більш широкому) напрямку. Однак на оспорюваних територіях практика Суду на основі справи *Ілашку* залишається проблематичною. Як ми бачили, уся ідея «залишкових» зобов'язань, що базуються на суверенітеті, особливо складна в умовах територіальної суперечки, яка є хронічною і яка відбувається між двома державами (як з Україною та Росією стосовно Криму) або між державою і суб'єктом, який має юридично обґрунтовану претензію на державність (як у Сербії та Косова). Якщо при розгляді індивідуальної скарги Суд має прийняти рішення щодо суверенітету в таких випадках (а логічно він повинен це зробити, якщо хоче визнати порушення залишкового позитивного зобов'язання), він ризикує спровокувати значний політичний негативний вплив, не роблячи майже нічого або й узагалі нічого, щоб суттєво підсилити гарантування прав відповідних осіб. Ми не вважаємо за потрібне, особливо в умовах наявного політичного клімату, аби Суд вирішив заявити (не заявити) про суверенітет Росії над Кримом, коли в його розпорядженні існують кращі альтернативи, такі як бінарні та функціональні підходи, які ми розглянули вище.

Ця стаття розглядала головним чином порогове юрисдикційне питання. Але питання юрисдикції, як ми вже із самого початку сказали, насправді пов'язане з тим, на яке застосування Конвенції по суті очікують.¹¹⁶ Ми бачили, якими гнучкими можуть бути позитивні зобов'язання в контексті оспорюваних територій. Така гнучкість у відповідних ситуаціях може бути ще більше посилена з огляду на інші відповідні сфери міжнародного права, такі як МГП, скажімо, у все ще актуальному конфлікті в Східній

¹¹⁵ Див. також: Yudkivska, "Territorial Jurisdiction," 16–19.

¹¹⁶ Див.: Milanović, *Extraterritorial Application*, 106–17.

Україні. В інших стабільних і хронічних ситуаціях територіального оскарження, як-от стосовно Північного Кіпру, Суд також продемонстрував готовність дещо нормалізувати такі ситуації;¹¹⁷ подивіться, як у справі *Демопулос (Demopoulos)* Суд вимагав у контексті прийнятності вичерпання внутрішніх засобів правового захисту, наданих сепаратистською ТРПК.¹¹⁸

Зрозуміло, що досвід застосування ЄКПЛ на оспорюваних територіях є таким, на якому можуть вчитися інші правозахисні органи. Наша увага зосереджена винятково на ЄКПЛ, але оскаржувані території, як ті, що ми розглянули, існують у всьому світі та, ймовірно, більш поширені за межами Європи, ніж у її межах. Неминучим є те, що в майбутньому як Європейському суду, так й іншим судам і договірним органам із прав людини доведеться зіштовхнутися з такими ситуаціями впритул.¹¹⁹ Головний урок, який потрібно взяти з європейського досвіду, на нашу думку, полягає в тому, що добрі наміри не обов'язково приводять до результатів, більш сприятливих для захисту прав людини.

Нарешті ми хотіли б відзначити, що розглянуті тут проблеми не є унікальними саме для договорів про права людини. Скажімо, триває судовий процес стосовно того, як інвестиційні договори застосовуватимуть щодо України та Росії в питанні іноземних інвестицій у Крим.¹²⁰ Актуальний механізм урегулювання суперечок також може спиратися на досвід застосування ЄКПЛ на оспорюваних територіях – основна дилема (яка не повинна бути вирішена однаково в різних галузях міжнародного права) полягає в тому, чи варто в першу чергу розглядати сформовану практику або ж офіційні міркування про, скажімо, суверенітет як джерело юридичного зобов'язання. Принаймні коли йдеться про законодавство щодо прав людини, нашу перевагу віддаємо першому варіанту.

© М. Міланович і Т. Папіч, 2020

¹¹⁷ Див. також: Gaiane Nuridzhanian, "(Non-)Recognition of De Facto Regimes in Case Law of the European Court of Human Rights: Implications for Cases Involving Crimea and Eastern Ukraine," *EJIL: Talk!* October 9, 2017, <https://www.ejiltalk.org/non-recognition-of-de-facto-regimes-in-case-law-of-the-european-court-of-human-rights-implications-for-cases-involving-crimea-and-eastern-ukraine/>.

¹¹⁸ *Demopoulos v Cyprus* [GC] App nos 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04 (ECmHR, 1 March 2010).

¹¹⁹ Скажімо, Комітет з прав людини вже розглянув таку ситуацію щодо Криму в рамках своєї функції моніторингу і звітування, а не через індивідуальне спілкування; таким чином, його заключні зауваження щодо доповіді Росії «враховують резолюцію 68/262 Генеральної Асамблеї про територіальну цілісність України» – це дипломатично непряма згадка про актуальний суверенітет України, тоді як зобов'язання Росії зумовлюють її ефективний контроль над територією (UN Human Rights Committee. "Concluding Observations on the Seventh Periodic Report of the Russian Federation." (2015) CCRP/C/RUS/CO/7, para 23).

¹²⁰ Див., наприклад: Nataliia Tuzheliak, "Investors at Conflict's Crossroads: An Overview of Available International Courts and Tribunals in the Crimean Context," *UCL Journal of Law and Jurisprudence* 6 (2017): 14–45.

Bibliography

- Al Skeini et al. v the United Kingdom* App no 55721/07 (ECtHR, 7 July 2011).
- An and Others v Cyprus* App no 18270/91 (ECmHR, 18 October 1991).
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro)* (Merits) [2006] ICJ Rep 43.
- Assanidze v Georgia* App no 71503/01 (ECtHR, 8 April 2004).
- Aust, Anthony. "Treaties, Territorial Application." In *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, edited by Rüdiger Wolfrum. Heidelberg and Oxford: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law/Heidelberg and Oxford University Press, 2012.
- Azemi v Serbia* App no 11209/09 (ECmHR, 5 November 2013).
- Banković et al. v Belgium et al.* [GC] App no 52207/99 (ECtHR, 12 December 2001).
- Behrami and Behrami v France, Saramati v France, Germany and Norway* [GC] App nos 71412/01 and 78166/01 (ECmHR, 2 May 2007).
- Catan and Others v Moldova and Russia* App nos 43370/04, 8252/05 and 18454/06 (ECmHR, 19 October 2012).
- Chiragov and Others v Armenia* App no 13216/05 (ECmHR, 16 June 2015).
- Crawford, James. *State Responsibility: The General Part*. Cambridge University Press, 2013.
- Cyprus v Turkey* App no 25781/94 (ECtHR, 10 May 2001).
- Cyprus v Turkey* App no 8007/77 (ECmHR, 10 July 1978).
- Demopoulos v Cyprus* [GC] App nos 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04 (ECmHR, 1 March 2010).
- El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC] App no 39630/09 (ECtHR, 13 December 2012).
- Ferraro, Tristan. "Determining the Beginning and End of an Occupation under International Humanitarian Law." *International Review of the Red Cross* vol. 94, no. 885 (2012): 133–63.
- Gross, Aeyal. *The Writing on the Wall: Rethinking the International Law of Occupation*. Cambridge University Press, 2017.
- Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* App no 36925/07 (ECmHR, 4 April 2017).
- Harris, David, Michael O'Boyle, Ed Bates, and Carla Buckley. *Harris, O'Boyle and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford University Press, 2014.
- Human Rights Watch and Others v Foreign Secretary* (UK Investigatory Powers Tribunal, UKIPTrib 15_165-CH, 16 May 2016).
- ICJ, *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo* (Advisory Opinion) [2010].
- Ilaşcu et al. v Moldova and Russia* App no 48787/99 (ECtHR, 8 July 2004).
- International Law Commission. Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. 2001. *Official Records of the General Assembly*. Fifty-sixth Session, Supplement no. 10. UN doc A/56/10. http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, 20 July 2017 (ILC ASR).

- Istrefi, Kushtrim. "Azemi v Serbia: Discontinuity of Serbia's De Jure Jurisdiction over Kosovo." *European Human Rights Law Review* 4 (2014): 388–94. Id. Istrefi, Kushtrim. "Azemi v Serbia: Discontinuity of Serbia's De Jure Jurisdiction over Kosovo." *EJIL: Talk!* March 13, 2014. <https://www.ejiltalk.org/azemi-v-serbia-in-the-european-court-of-human-rights-discontinuity-of-serbias-de-jure-jurisdiction-over-kosovo/>.
- Ivançoc et al. v Moldova and Russia* App no 23687/05 (ECmHR, 15 November 2011).
- Karagiannis, Syméon. "The Territorial Application of Treaties." In *The Oxford Guide to Treaties*, edited by Duncan B. Hollis, 305–27. Oxford University Press, 2012.
- "Kosovo Serb Politician Oliver Ivanović Shot Dead outside Party Headquarters." *The Guardian*, January 16, 2018. <https://www.theguardian.com/world/2018/jan/16/oliver-ivanovic-serb-politician-in-kosovo-shot-dead>.
- Larsen, K. Mujezinović. "'Territorial Non-Application' of the European Convention on Human Rights." *Nordic Journal of International Law* 78 (2009): 73–93.
- Loizidou v Turkey* (merits) App no 15318/89 (ECmHR, 18 December 1996).
- Lopez Burgos v Uruguay* (1981) 68 ILR 29, UN Human Rights Committee, Communication no. R. 12/52, UN doc supp. no. 40 (A/36/40).
- Milanović, Marco, and Tatiana Papić. "As Bad as It Gets: The European Court of Human Rights' Behrami and Saramati Decision and General International Law." *International & Comparative Law Quarterly* 58 (2009).
- Milanović, Marco. *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*. Oxford University Press, 2011.
- Milanović, Marco. "Grand Chamber Judgment in Catan and Others." *EJIL: Talk!* October 21, 2012. <https://www.ejiltalk.org/grand-chamber-judgment-in-catan-and-others/>.
- Milanović, Marco. "Jurisdiction, Attribution and Responsibility in Jaloud." *EJIL: Talk!* December 11, 2014. <https://www.ejiltalk.org/jurisdiction-attribution-and-responsibility-in-jaloud/>.
- Milanović, Marco. "Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age." *Harvard International Law Journal* 56, no. 1 (2015): 81–146.
- Milanović, Marco. "European Court Decides that Israel Is Not Occupying Gaza." *EJIL: Talk!* June 17, 2015. <https://www.ejiltalk.org/european-court-decides-that-israel-is-not-occupying-gaza>.
- Milanović, Marco. "The Nagorno-Karabakh Cases." *EJIL: Talk!* June 23, 2015. <https://www.ejiltalk.org/the-nagorno-karabakh-cases/>.
- Milanović, Marco. "The ICRC's Position on a Functional Approach to Occupation." *EJIL: Talk!* November 18, 2015. <https://www.ejiltalk.org/the-icrcs-position-on-a-functional-approach-to-occupation/>.
- Moor, Louise, and Brian Simpson. "Ghosts of Colonialism in the European Convention on Human Rights." *British Yearbook of International Law* 76 (2005): 121–93.
- Mowbray, Alastair. *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Hart Publishing, 2004.
- Mozer v. the Republic of Moldova and Russia* [GC] App no 11138/10 (ECmHR, 23 February 2016).

- Nuridzhanian, Gaiane. "(Non-) Recognition of De Facto Regimes in Case Law of the European Court of Human Rights: Implications for Cases Involving Crimea and Eastern Ukraine." *EJIL: Talk!* October 9, 2017. <https://www.ejiltalk.org/non-recognition-of-de-facto-regimes-in-case-law-of-the-european-court-of-human-rights-implications-for-cases-involving-crimea-and-eastern-ukraine/>.
- Nussberger, Benjamin, and Fin-Jasper Langmack. "A Cold War like Thriller in Summer – Icy Times Between Vietnam and Germany." *EJIL: Talk!* February 20, 2018. <https://www.ejiltalk.org/a-cold-war-like-thriller-in-summer-icy-times-between-vietnam-and-germany/>.
- Papić, Tatiana. "The More You Ignore Me the Closer I Get: Application of the European Court of Human Rights. Standards on the Journalistic Duty of Care in Serbia." In *Public Law in Serbia: Twenty Year After*, edited by Violeta Beširević. European Public Law Organization, 2012.
- Papić, Tatiana. "Fighting for a Seat at the Table: International Representation of Kosovo." *Chinese Journal of International Law* 12, no. 3 (2013): 543–70.
- Pocasovschi and Mihaila v. the Republic of Moldova and Russia* App no 1089/09 (ECmHR, 29 May 2018).
- Prelec, Marco, and Naim Rashiti. "Serb Integration in Kosovo After the Brussels Agreement." *Balkans Policy Research Group*, March 19, 2015. <http://balkansgroup.org/wp-content/uploads/2017/09/Serb-Integration-in-Kosovo-After-Brussels-Agreement.pdf>.
- Rantsev v. Cyprus and Russia* App no 25965/04 (ECmHR, 7 January 2010).
- Sargsyan v Azerbaijan* [GC] App no 40167/06 (ECmHR, 16 June 2015).
- Shany, Yuval. "Binary Law Meets Complex Reality: The Occupation of Gaza Debate." *Israel Law Review* 41 (2008): 68–86.
- Shany, Yuval. "Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law." *The Law and Ethics of Human Rights* 7 (1) (2013): 47–71.
- Sindicatul "Păstorul cel Bun" v. Romania* [GC] App no 2330/09 (ECtHR, 9 July 2013).
- Tuzheliak, Nataliia. "Investors at Conflict's Crossroads: An Overview of Available International Courts and Tribunals in the Crimean Context." *UCL Journal of Law and Jurisprudence* 6 (2017): 14–45.
- UN Human Rights Committee. General Comment no 31. UN Doc CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13 (2004). Para 10. ICJ. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion) [2004]. ICJ Rep 136, 179.
- UN Human Rights Committee. "Concluding Observations on the Seventh Periodic Report of the Russian Federation." (2015) CCPR/C/RUS/CO/7.
- Van der Have, Nienke. *The Prevention of Gross Human Rights Violations Under International Human Rights Law*. Springer, 2018.
- Yudkivska, Ganna. "Territorial Jurisdiction and Positive Obligations of an Occupied State: Some Reflections on Evolving Issues Under Article 1 of the European Convention." In *The European Convention on Human Rights and General International Law*, edited by Anne van Aaken and Iulia Motoc. Oxford University Press, forthcoming, draft available on SSRN at <https://ssrn.com/abstract=2825208> (all page citations are to this draft).

Марко Міланович і Татьяна Папіч. Застосовність Європейської конвенції з прав людини на оспорюваних територіях

Анотація. Ця стаття розглядає застосовність Європейської конвенції з прав людини (ЄКПЛ) у тому разі, коли держава втрачає контроль над частиною своєї території. У ній стверджено, що юриспруденція Європейського суду з прав людини, у межах якої наполегливо добиваються дотримання залишкових позитивних зобов'язань, що базуються на суверенному праві над територією, є проблематичною і потребує переосмислення. Сучасний підхід Суду не лише викликає опір, оскільки вимагає від держави вирішення політичних вибухонебезпечних питань статусу суверена, а й робить це лише частково в практичних інтересах захисту прав людини. Тому в статті розглянуто кращі альтернативи.

Ключові слова: юрисдикція; відповідальність; ЄКПЛ; Європейський суд з прав людини; суверенітет; позитивні зобов'язання; Косово; Грузія; Україна; Росія; Крим.

Марко Міланович и Татьяна Папич. Применимость Европейской конвенции по правам человека на оспариваемых территориях

Аннотация. Эта статья рассматривает применимость Европейской конвенции по правам человека (ЕКПЧ) в том случае, когда государство теряет контроль над частью своей территории. В ней утверждается, что юриспруденция Европейского суда по правам человека, в рамках которой настойчиво добиваются соблюдения остаточных позитивных обязательств, основанных на суверенном праве над территорией, является проблематичной и требует переосмысления. Современный подход Суда не только вызывает сопротивление, поскольку требует от государства решения политических взрывоопасных вопросов статуса суверена, но и делает это лишь частично в практических интересах защиты прав человека. Поэтому в статье рассмотрены лучшие альтернативы.

Ключевые слова: юрисдикция; ответственность; ЕКПЧ; Европейский суд по правам человека; суверенитет; позитивные обязательства; Косово; Грузия; Украина; Россия; Крым.

Marco Milanović and Tatjana Papić. The Applicability of the European Convention for Human Rights in Contested Territories

Abstract. This article examines the applicability of the European Convention for Human Rights (ECHR) when a State loses control over parts of its territory. It argues that the jurisprudence of the European Court for Human Rights, which insists on residual positive obligations based in sovereign title over territory, is problematic and needs to be rethought. The Court's current approach is not only likely to provoke backlash, since it requires it to decide politically explosive questions of sovereign title, but does so for very little practical benefit for the protection of human rights. The article therefore explores more preferable alternatives.

Keywords: jurisdiction; responsibility; ECHR; European Court of Human Rights; sovereignty; positive obligations; Kosovo; Georgia; Ukraine; Russia; Crimea.

Одержано/Received 03.09.2020

КОНСТИТУЦІЙНІ ЦІННОСТІ ТА НОВА ФІЛОСОФІЯ СУДОВОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ: ЛЮДИНА, ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА, ГІДНІСТЬ

Пропонуємо до Вашої уваги друге видання монографії, яка розкриває філософські та судові аспекти конституційних цінностей.¹ У дослідженні розкривається концепція конституції як живого інструменту, сутність якої відображають основні конституційні цінності. Автором застосований природно-правовий підхід, який дозволив запропонувати концепцію конституції, змістовне наповнення якої активно розвивається разом із розвитком суспільства, що дозволило автору виділити і запропонувати ієрархічну систему конституційних цінностей, на вершині якої заходиться людська гідність.

У монографії всебічно проаналізовано окреслену проблематику від перших спроб їх філософського осмислення періоду Античності і до нашого часу. Особливо підкреслено значення впливу християнської релігії на місце і роль конституційних цінностей, а головне – на роль і значення людини у суспільстві, яка поступово переходить у стан вищої цінності як творіння Божого. Епоха Нового часу, безумовно, була етапом філософського і ментального прориву, коли рівність, свобода, братерство та справедливість чи не вперше отримали об'єктивізацію в позитивному праві. Значна увага автора зосереджена на німецькій класичній філософії, коли Кантом, Гегелем та іншими тогочасними мислителями були запропоновані доктринальні аспекти свободи, рівності, справедливості, прав людини та людської гідності.

Історичний розвиток системи конституційних цінностей зазнав і трагічних поворотів, одним із яких стала Друга світова війна, яка була найбільшою за людськими втратами і заподіяними нею стражданнями. Проте впевненою відповіддю цивілізованого людства на ці дії стало об'єднання навколо спільних цінностей і насамперед навколо людської

* Гулько Борис Іванович, Голова Касаційного цивільного суду в складі Верховного Суду, Заслужений юрист України.

Borys Gulko, Chairman of the Civil Court of Cassation of the Supreme Court, Honored Lawyer of Ukraine.

¹ Оксана Гришук, *Конституційні цінності: філософські та судові аспекти*. Монографія. Видання 2-ге доопрацьоване і доповнене (Київ: Ваіте, 2020).

гідності. Недаремно очільники фашистської Німеччини, які на Нюрнберзькому трибуналі заявили, що вони не порушували чинного позитивного права, все ж були притягнуті світовою спільнотою до відповідальності за злочини проти людяності. Саме із цього визначного моменту веде свій відлік сучасна система захисту прав людини. Саме ця методологічна основа дозволила створити такі міжнародні організації, як ООН, Рада Європи, Європейський Союз. Саме керуючись природно-правовою методологією, Загальна декларація прав людини, а пізніше Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права та Міжнародний пакт про громадянські і політичні права, прийняті ООН, визнали людську гідність джерелом основних прав і свобод людини. Такий підхід дозволив у межах Ради Європи прийняти Європейську конвенцію і створити Європейський суд з прав людини, який є ефективним інструментом захисту прав і свобод людини, зокрема і в Україні, і саме такий підхід дозволив підтвердити у преамбулі Конституції України європейську ідентичність Українського народу і незворотність європейського курсу України.

Другий великий блок питань, які розглянуто у монографії, – це судові аспекти конституційних цінностей. Автор зібрала і проаналізувала практику конституційних судів Федеративної Республіки Німеччина та Польщі, а також практику Конституційного Суду України щодо розуміння ними конституційних цінностей. Проведений аналіз розкриває цікаві прикладні аспекти тлумачення змісту конституційних цінностей конституційними судами при розгляді ними конкретних справ. Цікавим показовим, як на мене, є рішення Конституційного Суду України від 23 травня 2018 р. 5-р/2018, де він, керуючись найсучаснішими надбаннями філософії права і цінностями та принципами міжнародного права, вказав, що людську гідність необхідно трактувати як право, гарантоване ст. 28 Конституції України, і як конституційну цінність, яка наповнює сенсом людське буття, є фундаментом для всіх інших конституційних прав, мірилом визначення їх сутності та критерієм допустимості можливих обмежень таких прав. Цим рішенням було підкреслено місце і роль конституційних цінностей та значення людської гідності як системоутворюючої цінності, джерела прав і свобод людини.

Авторкою підкреслено, що конституційні цінності є ефективним інструментом, регулятором суспільних відносин. Якщо державою створені умови для реалізації людської гідності, свободи, справедливості, рівності, демократії, то в такій державі виникає і діє стан верховенства права. Автор аргументовано обстоює позицію, що верховенство права є інструментальною (процедурною) цінністю, яка виникає за умови ефективної реалізації вищезазначених основних конституційних цінностей. Верховенство права розглядається як своєрідний тест, який відображає, наскільки ефективно реалізуються основні конституційні цінності.

Запропонований підхід узгоджується з правовою позицією Конституційного Суду України, який у своєму рішенні від 2 листопада 2004 р. № 1-33/2004 вказав, що верховенство права розглядається як панування права в суспільстві, а тому вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема

в закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним із проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України.

Запропонований авторкою підхід узгоджується також із баченням Венеційської комісії, яка вказала, що ідея верховенства права передбачає систему чітких та передбачуваних приписів права, відповідно до яких кожному належить право на ставлення до нього з боку всіх суб'єктів ухвалення рішень на основі гідності, рівності й розумності та відповідно до приписів права, а також право на можливість звернутися з оскарженням рішень до незалежних і безсторонніх судів у рамках справедливих судових процедур. Венеційська комісія у своїй доповіді дійшла висновку, що, попри розбіжності в поглядах, існує консенсус стосовно обов'язкових елементів поняття «верховенство права», зокрема: законність, включаючи прозорий, підзвітний і демократичний процес введення в дію приписів права; юридична визначеність; заборона свавілля; доступ до правосуддя, представленого незалежними та безсторонніми судами, включно з тими, що здійснюють судовий нагляд за адміністративною діяльністю; дотримання прав людини; заборона дискримінації та рівність перед законом.

Таким чином, видається підставним, що принцип верховенства права має ціннісну природу, у його основі лежить ідея обмеження сили правом і запобігання свавілля. Саме верховенство права обмежує суверенну волю держави, коли держава порушує чи є реальна загроза порушення прав людини та людської гідності. Тому відповідь на питання про межу суверенної волі держави і межу застосування сили потрібно шукати в кожному конкретному випадку через баланс основоположних конституційних цінностей, в першу чергу через призму поваги до людської гідності.

Венеційська комісія наголосила, що верховенство права може процвітати лише в країні, жителі якої мають почуття колективної відповідальності за його впровадження, роблячи його невіддільною частиною власної правничої, політичної та соціальної культури. Як відомо, у найширшому розумінні соціальна культура розглядається як система загально визнаних соціальних цінностей. Розвинена соціальна культура передбачає відповідність індивідуальних цінностей і стандартів поведінки людини і соціальних цінностей. Такий взаємозв'язок є вирішальним при легітимації державної влади, а легітимність як частина правосвідомості являє собою переконаність у законності влади, тобто у її праві приймати загальнообов'язкові рішення. Таким чином, влада в державі стає не лише формально законною, але й визнаною громадянами. Особливого значення це набуває у сфері судової влади, де спільно сформовані конституційні цінності є ефективним інструментом збільшення довіри до судової влади та підвищення авторитету суду.

Видається, що запропоновані професоркою Оксаною Гришук ідеї є цікавими, новаторськими, науково обґрунтованими. Особливо наголошу, що кожна теорія, доктрина потребує перевірки практикою, а тому пропоную монографію «Конституційні цінності: філософські та судові аспекти» до прочитання, перш за все, своїм колегам – суддям, які у своїй роботі кожного дня стикаються з питаннями застосування права, а це завжди питання балансування цінностей. Сподіваюсь, що монографія стане корисною при вирішенні складних практичних питань застосування і тлумачення права.

© Б. Гулько, 2020

Борис Гулько. Конституційні цінності та нова філософія судової влади в Україні: людина, верховенство права, гідність

Анотація. Рецензія на монографію О. В. Гришук «Конституційні цінності: філософські та судові аспекти» (Гришук, Оксана. *Конституційні цінності: філософські та судові аспекти*. Монографія. Видання 2-ге доопрацьоване і доповнене. Київ: Ваіте, 2020).

Борис Гулько. Конституционные ценности и новая философия судебной власти в Украине: человек, верховенство права, достоинство

Аннотация. Рецензия на монографию О. В. Гришук «Конституционные ценности: философские и судебные аспекты» (Гришук, Оксана. *Конституційні цінності: філософські та судові аспекти*. Монографія. Видання 2-е доопрацьоване і доповнене. Київ: Ваіте, 2020).

Boris Gulko. Constitutional Values and a New Philosophy of the Judiciary in Ukraine: Human, Rule of Law, Dignity

Abstract. Review of O. V. Gryshchuk's monograph "Constitutional Values: Philosophical and Judicial Aspects" (Hryshchuk, Oksana. *Constitutional Values: Philosophical and Judicial Aspects*. Monograph. 2nd edition revised and supplemented. Kyiv: Vaite, 2020).

Одержано/Received 10.12.2020

DOI: <https://doi.org/10.21564/2707-7039.2.243022>
УДК 340.12

Наталія Сатохіна*

ПРАВО І НЕПРАВО (Всеукраїнський круглий стіл у Харкові)

У вересні 2020 року Національним юридичним університетом імені Ярослава Мудрого та Національною академією правових наук України за підтримки журналу «Філософія права і загальна теорія права» було проведено Всеукраїнський круглий стіл «Фундаментальні проблеми юриспруденції II. Право і неправ». Щорічний круглий стіл було започатковано у 2019 році з метою сприяти розвитку фундаментального знання про право і діалогу між філософією та юриспруденцією.

Спеціальна тема цього річного заходу, винесена в заголовок огляду, відобразила хитке становище права у сучасному світі, де парадоксальним чином поєднуються тотальна юридизація нашого досвіду, з одного боку, і стрімке поширення фактичного безправ'я, з другого. Адже табори для біженців, війни та диктаторські режими є не менш реальними, ніж визнані за кожною людиною гідність і права, «невід'ємні» та «невідчужувані». На перший погляд, ідеться про певну тотальність права, яке охоплює й випадки власного заперечення, а відтак «право є, а неправ немає». Однак зблизька буттєва тканина права виявляється не такою вже й щільною, а діалектика права й неправ – не такою вже й прозорою. Остання, що вона від самого початку задає філософсько-правовій думці її внутрішню динаміку, сьогодні постає в таких формах, які вимагають від нас особливо уважної рефлексії. На позір цілком політична, проблема неправ насправді з неминучістю повертає нас від загальних етико-політичних міркувань до власне правової проблематики, тобто до філософії права як такої, і, як жодна інша, потребує діалогу правників і філософів.

Що являє собою цей простір аномії, який ми зазвичай воліємо не помічати? Чи можна вписати надзвичайний стан у правову реальність? Врешті-решт, чи здатні численні теорії надзвичайного стану якось зарадити на практиці усім тим, хто сьогодні фактично переживає безправ'я на власному досвіді?

* Наталія Іванівна Сатохіна, кандидатка юридичних наук, доцентка кафедри теорії і філософії права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого.

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

e-mail: nataliasatokhina@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2480-9405>

Чи змінюється разом із правом і неправо? Або принаймні як і чому змінюються уявлення про них? Якщо право на різних етапах свого розвитку постає в історично мінливих формах, то чи можемо ми прослідкувати й відповідну еволюцію неправу? Чи навпаки, мінливість неправу зумовлює й трансформацію права? Чи не породжує існування неправу необхідність у праві як такому? Та яку роль відведено цій діалектиці в численних проєктах зникнення права?

Чи може неправу поставати у формі закону? Відповідно, чи може закон бути неправовим, а право надзаконним? Чи варто нам і досі перейматись цим питанням, що воно було осердям знаменитих філософсько-правових дискусій другої половини ХХ століття? Чи можливе співіснування правових і неправових законів у рамках однієї нормативної системи, і тоді якою є природа останньої?

Чи може неправу мати правові наслідки? Чи можливе взагалі право після неправу? Як можливі постконфліктне правосуддя і транзитивна справедливність? Зрештою, на що ми можемо сподіватися після того, як зруйновано всі конвенції?

Ці та інші питання стали предметом обговорення, у якому взяли участь близько 30 дослідників з Дніпра, Києва, Львова, Одеси, Сєвєродонецька та Харкова. У виступах С. І. Максимова, П. Р. Мирцала, П. М. Рабіновича та В. С. Смородинського було розкрито широкий спектр інтерпретацій поняття неправу в контексті проблеми праворозуміння. Відповідні історико-філософські розвідки було презентовано в доповідях В. О. Абашніка, Т. І. Дудаш і К. О. Литвинюк. Феноменологічний погляд на проблему неправу було запропоновано Д. О. Бочаровим, Н. І. Сатохіною та О. В. Стовбою. Складній діалектиці права і сили присвятили свої виступи О. Л. Богініч та Д. А. Гудима, а В. С. Бігуну та С. П. Погребняку йшлося про право і неправу у правозастосуванні. Дихотомія «правового – неправового» на межі права й політики опинилась у центрі уваги О. М. Єрьоменка та С. П. Рабіновича. Доповіді О. Р. Дашковської та О. М. Литвинова стосувалися недержавного правового регулювання та позаправових нормативних систем. К. О. Буряковська та Ю. С. Разметаєва розмірковували над праволюдними смислами запропонованої теми, а О. Е. Радутний і О. В. Тарасов – над її галузевими аспектами.

Статті, які учасники заходу підготували на основі виступів і дискусій, що їх супроводжували, опубліковано в журналі «Філософія права і загальна теорія права» за 2020 рік.

Цілком очікувано нетривіальна для сучасної юриспруденції тема круглого столу дозволила виявити цілу низку дотичних проблем, які, не перебуваючи в центрі уваги юристів, становлять разом із тим найбільші загадки філософії права. Серед них – проблема меж права, якій і вирішено присвятити наступний (уже третій) круглий стіл «Фундаментальні проблеми юриспруденції», що його заплановано провести у квітні 2021 року. Чи всьому можна дати правову оцінку, або ж існує щось позаправове? Що може право, і чого воно не може? Зрештою, що являє собою межа

права як така – нездоланну стіну між правовим і позаправовим або тонку й рухливу грань? Організатори заходу запрошують усіх бажаючих долучитися до майбутніх дискусій у стінах Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого і Національної академії правових наук України та на сторінках журналу «Філософія права і загальна теорія права».

© Н. Сатохіна, 2020

Одержано/Received 10.12.2020

ІНФОРМАЦІЯ ДЛЯ АВТОРІВ

Редколегія приймає до розгляду статті, переклади, рецензії, огляди, інформацію про події у царині філософії права та загальної теорії права.

Статті мають містити наукову новизну, враховувати провідні сучасні публікації з відповідної проблематики й історію її розгляду, відповідати науковому профілю журналу. З тексту має бути зрозуміло, яку проблему поставлено, якою є мета статті та які висновки з поставленої проблеми зроблено.

Рішення щодо можливості прийняття до друку здійснюється за результатами «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 телефону, ORCID ID);

2) основний текст статті;

3) бібліографію;

4) ім'я та прізвище автора, назву статті, анотацію та ключові слова (5-10 слів) трьома мовами (українська, російська, англійська).

Уся інформація повинна міститись в одному файлі у форматі .doc або .docx. Назва файлу має складатися з прізвища автора та перших 3-4 слів назви.

Рекомендований обсяг рукопису – від 20 до 40 тис. знаків (за погодженням з редакцією – до 60 тис. знаків).

Якщо у статті виокремлено тематичні розділи (бажано), то слід застосовувати нумерування римськими цифрами.

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: виноска 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. Опис кирилических джерел необхідно перекласти англійською та зазначити мову оригіналу. Назви періодичних видань та видавництва не перекладаються, а транслітеруються. Наприклад:

Sartre, Jean-Paul. *Being and Nothingness: An Essay on Phenomenological Ontology*. [In Ukrainian.] Kyiv: Osnovy, 2001.

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: виноска та бібліографія*. Посилання на нормативні акти та судові справи подаються згідно з міжнародним стилем цитування та посилання в наукових роботах *Оскола стиль* (*OSCOLA Style*). Див. https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_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 у лапки, є інші цитування та інші слова або вислови, що мають уживатися в лапках, доцільно використовувати різні лапки – зовнішні "..." і внутрішні '...' Цитата, яка складається з п'яти і більше рядків тексту (блокова цитата), подається в тексті з нового рядка 12 шрифтом з абзацним відступом зліва для всієї цитати і не береться в лапки. Перед блоковою цитатою та після неї йде один рядок відступу.

Якщо автор статті, наводячи цитату, виділяє у ній деякі слова, робиться спеціальне застереження, напр.: (курсив мій. – С. І.).

Коректори: *П. О. Білоус, М. М. Поточняк, О. І. Новохацька*

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
серія КВ № 23923-13763 Р від 03.04.2019

Підписано до друку 09.06.2021.

Формат 70×100/16. Папір офсетний. Гарнітура Arno Pro.
Ум. друк. арк. 20,8. Обл.-вид. арк. 17,8. Тираж 100 прим.
Вид. № 2879

Видавець – видавництво «Право»
Національної академії правових наук України
та Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
вул. Чернишевська, 80-А, Харків, 61002, Україна
Тел./факс (057) 716-45-53

Сайт: <https://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, виготовлювачів і розповсюджувачів
видавничої продукції – серія ДК № 4219 від 01.12.2011

Виготовлювач – ТОВ «ПРОМАРТ»,
вул. Весніна, 12, Харків, 61023, Україна
Тел. (057) 717-28-80

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготовлювачів і розповсюджувачів
видавничої продукції – серія ДК № 5748 від 06.11.2017