

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),  
"EBSCO Publishing, Inc." (США),  
"Ulrichsweb" (США)

**2/2021**

**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: 10.31359/2227-7153**

*Рекомендовано до друку вченою радою  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого  
(протокол № 5 від 23.12.2021 р.)*

**Філософія** права і загальна теорія права : наук.  
журн. / редкол.: С. Максимов та ін. – Харків :  
Право, 2021. – № 2. – 132 с.

**Philosophy** of Law and General Theory of Law :  
Academic Journal / edit. S. Maksymov and others. –  
Kharkiv : Pravo, 2021. – № 2. – 132 p.

**2/2021**

© Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2021  
© Видавництво “Право”, 2021  
© Yaroslav Mudryi National Law University, 2021  
© Publishing House “Pravo”, 2021

## 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 Дамірілі	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
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 Шиманец	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
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)
<u>Eugenio Bulygin</u>	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
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 .....	9
<b>МЕЖІ ПРАВА</b>	
Межі права: основні аспекти проблеми <b>Петро Рабінович, Володимир Гончаров</b> (Львів, Україна) .....	13
Межі права <b>Олексій Стовба</b> (Харків, Україна) (російською) .....	23
Про межі права в методологічному контексті взаємовідношення антропологічного та культурологічного підходів <b>Олександр Литвинов</b> (Івано-Франківськ, Україна) .....	40
Парадокс наслідків Макса Вебера в контексті українського конституціоналізму <b>Всеволод Речицький</b> (Харків, Україна) .....	54
Загальна характеристика незмінюваних положень конституції <b>Григорій Берченко</b> (Харків, Україна) .....	78
Рівність ненародженої дитини та жінки у правах: конституційна дилема ліберальних суспільств <b>Тамара Горбачевська</b> (Харків, Україна) .....	93
<b>ПЕРЕКЛАДИ</b>	
Перегляд умови про наявність переслідування для визнання статусу біженця <b>Ейлід Бітон</b> (Абердин, Великобританія) .....	109
<b>НАУКОВЕ ЖИТТЯ</b>	
Межі права (Всеукраїнський круглий стіл з міжнародною участю у Харкові) <b>Наталія Сатохіна</b> (Харків, Україна) .....	127

# СОДЕРЖАНИЕ

---

От главного редактора (на украинском).....9

## ПРЕДЕЛЫ ПРАВА

Границы права: основные аспекты проблемы

**Петр Рабинович, Владимир Гончаров** (*Львов, Украина*) (на украинском) ..... 13

Пределы права

**Алексей Стовба** (*Харьков, Украина*) ..... 23

О пределах права в методологическом контексте взаимоотношения  
антропологического и культурологического подходов

**Александр Литвинов** (*Ивано-Франковск, Украина*) (на украинском) ..... 40

Парадокс последствий Макса Вебера в контексте украинского  
конституционализма

**Всеволод Речицкий** (*Харьков, Украина*) (на украинском) ..... 54

Общая характеристика неизменяемых положений конституции

**Григорий Берченко** (*Харьков, Украина*) (на украинском) ..... 78

Равенство нерожденного ребенка и женщины в правах: конституционная  
дилемма либеральных обществ

**Тамара Горбачевская** (*Харьков, Украина*) (на украинском) ..... 93

## ПЕРЕВОДЫ

Пересмотр условия о наличии преследования для признания статуса беженца

**Эйлид Битон** (*Абердин, Великобритания*) (на украинском) ..... 109

## НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

Пределы права (Всеукраинский круглый стол с международным  
участием в Харькове)

**Наталья Сагохина** (*Харьков, Украина*) (на украинском) ..... 127

# CONTENTS

---

Note of the Editor-in-Chief (in Ukrainian) .....	9
--	---

## THE LIMITS OF LAW

The Boundaries of Law: Main Aspects of the Problem <b>Petro Rabinovych, Volodymyr Honcharov</b> ( <i>Lviv, Ukraine</i> ) (in Ukrainian) .....	13
--	----

The Bounds of Law <b>Oleksiy Stovba</b> ( <i>Kharkiv, Ukraine</i> ) (in Russian) .....	23
---	----

On the Limits of Law in the Methodological Context of the Relationship between Anthropological and Culturological Approaches <b>Oleksander Lytvynov</b> ( <i>Ivano-Frankivsk, Ukraine</i> ) (in Ukrainian) .....	40
--	----

Max Weber's Paradox of Consequences in the Context of Ukrainian Constitutionalism <b>Vsevolod Rechytskyi</b> ( <i>Kharkiv, Ukraine</i> ) (in Ukrainian) .....	54
---	----

General Characteristics of the Unamendable Norms of the Constitution <b>Hryhorii Berchenko</b> ( <i>Kharkiv, Ukraine</i> ) (in Ukrainian) .....	78
--	----

Equality of the Unborn Child and Women in Rights: A Constitutional Dilemma of Liberal Societies <b>Tamara Horbachevska</b> ( <i>Kharkiv, Ukraine</i> ) (in Ukrainian) .....	93
---	----

## TRANSLATIONS

Replacing the Persecution Condition for Refugeehood <b>Eilidh Beaton</b> ( <i>Aberdeen, Great Britain</i> ) (in Ukrainian) .....	109
---	-----

## SCIENTIFIC LIFE

The Limits of Law (A Series of Events within the Framework of the IV Kharkiv International Legal Forum) <b>Nataliia Satokhina</b> ( <i>Kharkiv, Ukraine</i> ) (in Ukrainian) .....	127
--	-----



## Шановні читачі!

**П**оточний номер журналу присвячено аналізу меж права. Саме ця тема була в центрі уваги на третьому Всеукраїнському круглому столі з проблем філософії і теорії права, який відбувся у травні 2021 року під егідою Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого та Національної академії правових наук України за підтримки журналу “Філософія права і загальна теорія права.”<sup>1</sup>

Тема “Межі права” є логічним кроком на шляху розкриття багатогранності феномена права, що здійснюється творчою спільнотою юристів та філософів, причетних до нашого журналу: від обговорення феномена права як такого у його мінливості та незмінності<sup>2</sup> через зіставлення його із своєю протилежністю – “неправом”<sup>3</sup> – до окреслення простору та можливостей права через обговорення його меж. Мотивом такого погляду на право є бажання осмислити його у ширшому контексті, ніж той, що пропонує лише визначення меж правового регулювання. Коли можливості права занадто переоцінюються, виникає загроза розмивання меж права. Це несе небезпеку не лише самому праву, а й світові, у якому воно функціонує. Слід зазнати, що тема меж права є складною і багатоаспектною, а тому потребує подальшої уваги. У цьому ж випуску лише окреслюються перші кроки до її майбутнього широкого осмислення.

---

\* 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](mailto:s_maximov@ukr.net)

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

<sup>1</sup> *Фундаментальні проблеми юриспруденції III. Межі права: Тези доповідей Всеукраїнського круглого столу з міжнародною участю (28–29 травня 2021 року)*, уклад. Катерина Буряковська, Сергій Максимов, Наталія Сагохіна та Олексій Стівба (Харків, 2021).

<sup>2</sup> *Фундаментальні проблеми юриспруденції. Право: мінливий концепт у мінливому світі: Тези доповідей Всеукраїнського круглого столу (19–20 квітня 2019 року, м. Харків)*, ред. Сергій Максимов, Наталія Сагохіна і Катерина Буряковська (Харків, 2019).

<sup>3</sup> *Фундаментальні проблеми юриспруденції II. Право і неправо: Тези доповідей Всеукраїнського круглого столу (18–19 вересня 2020 року)*, уклад. Сергій Максимов і Наталія Сагохіна (Харків, 2020).

У загальнотеоретичному аспекті ключова тема номера обговорюється в статті відомих львівських дослідників **Петра Рабіновича** та **Володимира Гончарова** “Межі права: основні аспекти проблеми.” Автори аналізують проблему меж права через три основні сюжети: антропні, праволюдні та юридично-регулятивні межі. У першому сюжеті, або аспекті, проблеми право розглядається як певна невід’ємна від людини її властивість. Тому межі права – це межі самої людини. У другому аспекті межі реалізації права розглядаються як обмеження реалізації прав людини. Це стосується діяльності компетентних державних чи міжнародних органів. Межі державно-регулятивного (юридичного) регулювання окреслюють обсяг соціального простору, на який поширюється юридично-регулятивна діяльність держави, її органів, посадових осіб. Оскільки зміст правових норм відкривається через мислення і розуміння реципієнта юридичного тексту, то на думку авторів, питання про межі права значною мірою зводиться до питання про межі його тлумачення.

Філософсько-правові аспекти проблеми з метою осягнення явища права аналізуються в статті **Олексія Стовби** з лаконічною назвою “Межі права.” У статті висловлюється занепокоєння такою ситуацією у правовій науці, коли остання абсолютизує як право у його просторово-часового розповсюдженні, так і можливості самої юриспруденції. Разом з тим, підкреслює автор, такі події як війна, революція, катастрофа, чітко вказують на ту обставину, що право у зазначених випадках втрачає свою силу. Аналогічним чином, стосунки в родині, між друзями, колегами, суперниками у спорті тощо навряд чи можуть бути адекватно впорядковані правом. Тому робиться спроба переосмислити ті умови, від яких кожного разу залежить можливість розуміння відповідної події на підставі права, а також буття права у цілому.

Межам права в методологічному контексті взаємовідношення антропологічного та культурологічного підходів крізь призму універсального і партикулярного присвячена стаття **Олександра Литвинова**. Актуальність і евристична цінність цього підходу демонструється на прикладі використання його як способу розгляду стану правової реальності в пострадянських державах, насамперед в Україні. У статті підкреслюється необхідність: 1) розуміння такого становища; 2) використання культурологічного підходу як експертного інструмента для обґрунтування такого розуміння; 3) акцентування практичних дій у реалізації принципу верховенства права.

У другій частині тематичної рубрики проблема меж права розглядається в її переломленні через проблематику конституціоналізму.

Відомий політичний філософ і конституціоналіст **Всеволод Речицький** присвячує свою статтю “парадоксу наслідків” Макса Вебера в контексті українського конституціоналізму. Стаття є складовою низки публікацій автора з тематики неформального конституціоналізму. Вона відбиває лише один із аспектів у системі його поглядів на європейський і американський конституціоналізм. Загалом, стаття є втіленням жорстко критичного погляду на стан верховенства права в Україні. Водночас вона демонструє бажання автора чесно розібратися на професійному рівні в недоліках і здобутках су-

часної правової політики України. Основними недоліками українського конституціоналізму автор вважає його неринковий, постсоціалістичний характер. Це позначається як на формі, так і на глибинному змісті низки ключових конституційних норм. Стаття містить аргументацію на користь широкого конституційного оновлення України, аж до розробки нового Основного Закону. За змістом та стилем аргументації вона може бути цікавою не лише для юристів, а й для фахівців у галузі політичних наук.

У статті **Григорія Берченка** межі установчої влади окреслюються через загальну характеристику незмінюваних положень конституції. Ці положення розглядаються автором як такі, що не підлягають жодним змінам, а також як критерії (принципи), яким зміни, що вносяться, не мають суперечити. На думку автора, незмінюваність може бути не лише формально встановленою в позитивному конституційному тексті. Приклади з практики наводять його на думку про вагому роль суддів, які тлумачать позитивний конституційний текст. Отже, установча влада промовляє не лише через позитивний текст конституції, а й через суддів (суддів конституційного суду – в кельзенівській моделі конституційного контролю). Водночас автор підкреслює, що навіть за наявності незмінюваних положень може бути відсутня конкретна судова юрисдикція щодо контролю за їх дотриманням. Відсутність експліцитної незмінюваності ще не означає, що практика не сформувала імпліцитні критерії незмінюваності. Проте навіть разом узяті експліцитна та імпліцитна незмінюваність поки що все одно не може претендувати на універсальність у конституційному праві.

Молода перспективна дослідниця **Тамара Горбачевська** в статті “Рівність ненародженої дитини та жінки у правах: конституційна дилема ліберальних суспільств” досліджує проблематику визначення конституційного статусу ненародженої дитини (людського ембріону) та можливість впровадження її правового захисту на рівні такого, який надається людині після народження. Основним об’єктом аналізу є Рішення К 1\20 Конституційного Трибуналу Польської Республіки, прийняте у жовтні 2020 року, яке визнало неконституційним законодавче положення про можливість перервати вагітність у випадку виявлення тяжкого та незворотного ураження плоду чи невиліковної хвороби зародку. Авторка здійснює юридичний аналіз рішення та робить спробу окреслити філософсько-правову й конституційну проблематику щодо визначення правового статусу зародку, обсягу його прав та їх співвідношення з правом жінки на приватне життя в ситуаціях, коли ці права перетинаються та захист одного з них виключає захист іншого.

У рубриці “Переклади” публікується переклад статті доктора філософії, постдокторантки в Університеті Пенсильванії (США) та викладачки філософії Абердинського університету (Великобританія) **Ейлід Бітон** на актуальну тему “Перегляд умови про наявність переслідування для визнання статусу біженця,” здійснений Катериною Буряковською. Стаття є розгорнутою версією пленарної доповіді, представленої на Всесвітньому конгресі Міжнародної асоціації філософії права та соціальної філософії (IVR) у липні 2019 року у Люцерні, Швейцарія. У ній нагадується, що згідно з Конвен-

цією про статус біженців 1951 року умовою отримання особою статусу біженця є наявність у неї обґрунтованих побоювань переслідування через расу, релігію, національність, приналежність до певної соціальної групи чи політичні переконання. Основна проблема цієї умови отримання статусу біженця полягає в тому, що вона залишає значні прогалини в захисті, оскільки особи, які втікають від невивірковий або загального насильства чи шкоди, не відповідають цій умові. Авторка оцінює аргументи, висунуті як на захист, так і на критику умови переслідування, а також пропонує власний перелік критеріїв, які повинні її замінити. Вона обґрунтовує переваги своєї точки зору перед альтернативами, що запропоновані в юридичній літературі, тим, що її позиція задовольняє трьома ключовими вимогам: 1) вона усуває прогалини в захисті; 2) її можливо реалізувати в сьогоденному світі; і 3) вона зберігає важливий політичний характер інституту біженства.

Номер завершується підготовленим **Наталією Сатохіною** оглядом Всеукраїнського круглого столу з міжнародною участю “Межі права,” який по суті став витоком ключових ідей та знахідок цього номера.

На жаль, надзвичайні обставини, викликані збройною агресією РФ проти України, що знаходиться “за межами” будь-якого права, зумовили затримку публікації цього номера. Через це головний редактор приносить свої вибачення авторам та читачам журналу.

Наступний номер журналу буде присвячений феноменології правового досвіду, зокрема темі “Цифрові технології, людський досвід і право.” Матеріали номера будуть підготовлені на підставі обговорення цих питань на однойменній дискусійній панелі, що відбулась на V Харківському міжнародному юридичному форумі у вересні 2021 року під керівництвом Юлії Разметаєвої та Наталії Сатохіної.

Редакційна колегія часопису запрошує до співпраці вітчизняних і зарубіжних філософів, теоретиків права, дослідників галузевих юридичних дисциплін, юристів-практиків, чий науковий розвідки служитимуть подальшому розвитку та популяризації досліджень теоретичних і прикладних проблем юриспруденції, української науки загалом.

## МЕЖІ ПРАВА: ОСНОВНІ АСПЕКТИ ПРОБЛЕМИ

### Вступні зауваги

**Т**ема чергового всеукраїнського круглого столу, проведеного цього року у м. Харкові, “Межі права,” сформульована вкрай абстрактно, а тому має розглядатися, гадаємо, різноаспектно. Адже положення і висновки, викладені в одному з її аспектів, радше за все можуть не бути прийнятними, слушними для якогось іншого з цих аспектів. З огляду на це не може не привернути увагу та обставина, що організатори цього заходу не обумовили у назві зазначеної його теми, з позиції якого саме праворозуміння вона має обговорюватись; а як відомо, праворозуміння, взагалі кажучи, завжди було, є, і, вважаємо, залишатиметься неоднозмістовним, плюралістичним. Нагадаємо, що за результатами тривалих львівських досліджень проблематики праворозуміння терміно-поняттям “право” відображались щонайменше п’ятнадцять оптично різних, відносно самостійних соціальних явищ.<sup>1</sup> І хоча один із організаторів згаданого заходу професор С. І. Максимов, обґрунтовуючи у своїй доповіді зазначене формулювання теми цього круглого столу, послався на те, що воно розширює змістовний простір філософсько-правового дискурсу, проте, так би мовити, зворотню стороною такого розширення є несумісність, непорівнюваність вихідних позицій деяких учасників такого дискурсу; а це, мабуть, ослаблює його евристичність.

---

\* Петро Мойсейович Рабінович, доктор юридичних наук, академік НАПрН України, професор кафедри теорії та філософії права Львівського національного університету імені Івана Франка.

Petro Rabinovych, Doctor of Legal Sciences, 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: [rmp2009@gmail.com](mailto:rmp2009@gmail.com)

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2787-8270>

Володимир Вікторович Гончаров, кандидат юридичних наук, доцент кафедри основ права Львівського національного університету імені Івана Франка.

Volodymyr Honcharov, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor at the Department of the Basics of Law, Ivan Franko National University of Lviv.

e-mail: [volodymyr.honcharov@lnu.edu.ua](mailto:volodymyr.honcharov@lnu.edu.ua)

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1041-3939>

<sup>1</sup> Тамара Дудаш, *Праворозуміння крізь призму герменевтики* (Львів: Край, 2010), 66.

Практично ж учасники круглого столу (як це можна висновити з опублікованих тез їхніх виступів<sup>2</sup>), використовували термін “право” і похідні від нього прикметники найчастіше у легістсько-позитивістському сенсі.

З-поміж основних можливих аспектів аналізу, так би мовити, правообмежувальних сюжетів виокремимо, щонайменше, три. А саме:

- антропологічний (людиноцентричний);
- праволюдний;
- юридично-регулятивний.

Така мінімальна диференціація видається необхідною, зокрема, задля того, аби запобігти підміні або електизації неоднозначних терміно-понять та й самих висновків наукового аналізу. Додамо також, що перший аспект ґрунтується на так званому “природному” праворозумінні; другий – на праворозумінні так званому легістсько-позитивістському; а третій – на певному поєднанні (інтегруванні) двох перших аспектів.

Тож розглянемо стисло проблематику меж права у кожному із зазначених вище аспектів.

## **I. Людиноцентричні (антропні) межі**

Вони випливають із того, що саме людина (як унікальна біосоціальна істота) є первинним джерелом усіх її основоположних (буттєвих) прав, поза якими її існування та розвиток у суспільстві взагалі неможливі. Згадаємо класичне положення професора Кембриджського університету Герша Лаутерпахта (колишнього студента юридичного факультету Львівського університету) про те, що “кожна людина є джерелом і кінцевим пунктом усього права.” Реалізації цього кредо цей, можна сказати без перебільшення, юридичний геній, присвятив усю другу половину свого життя, сформулювавши зокрема а) низку складів злочинів проти людяності, б) проект Міжнародного білля з прав людини, безпосередньо використаного при підготовці ООН Загальної декларації прав людини, та в) проект міжнародного всесвітнього органу з контролю за додержанням Білля.

З антропологічного праворозуміння випливає, що поза людиною, поза межами її існування, її діяльності немає феномена права. Отож право може існувати тільки або як певна властивість, “приналежність” людини, або ж як процес чи результат її життєдіяльності.

До речі, з такої світоглядної позиції варто, на наш погляд, обмірковувати і питання, яке останнім часом привертає увагу теоретиків різних гуманітарних спеціальностей (у тому числі, ясна річ, і юристів): чи можливо визнавати носіями (суб’єктами) права тільки-но людей та їхні групи чи, крім цього, ще й якісь інші явища, зокрема носіїв штучного інтелекту? Адже у пресі вже зустрічалась інформація про те, що у деяких країнах зараховували на роботу навіть роботів (носіїв штучного інтелекту), встанов-

---

<sup>2</sup> *Фундаментальні проблеми юриспруденції III. Межі права: Тези доповідей Всеукраїнського круглого столу з міжнародною участю (28–29 травня 2021 року)* (Харків, 2021), [https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/18866/1/SB-Fundamental\\_problems\\_of\\_jurisprudence\\_III-2021.pdf.pdf](https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/18866/1/SB-Fundamental_problems_of_jurisprudence_III-2021.pdf.pdf).

лювали для них певні права, обов'язки, можливу юридичну відповідальність. Так, нещодавно у російському журналі "Государство и право" була опублікована стаття про правовий статус творчості штучного інтелекту.<sup>3</sup> Долучаючись до дискусії стосовно названої проблеми, дозволимо і собі висловити певні міркування.

Безперечно, з розвитком сучасної науки і техніки (особливо у сфері інформаційних технологій) у розпорядженні людини потрапляють такі технічні пристрої, інструменти, апарати, продуктивні можливості яких можуть перевершувати можливості людини, її мозку та й, іноді, й інших органів. Відомо також, що такі засоби можуть за певних умов навіть негативно впливати на існування, функціонування, діяльність людини, погіршувати умови її життя. Тому у таких випадках людина, яка так чи інакше є створювачем таких засобів, аби згодом запобігти спричиненню шкоди, має бути зобов'язана дотримуватись у своїй науково-технічній творчості певних меж, прогнозувати і попереджати можливі негативні (антилюдські) наслідки функціонування штучного інтелекту. Отож викладений висновок, як видається, напряду стосується проблеми меж права, а саме меж антропних. І в цьому випадку носієм юридичних прав і обов'язків мають залишатися тільки-но люди, які запроектували, створили і запустили в дію відповідні технічні пристрої, прилади, апарати (чи-то роботи, чи-то автомобілі без водіїв, чи-то ракета, яка сама наводить себе на потрібний об'єкт і таке інше).

Більш конкретно такі межі можуть бути представлені вихідними стандартами прав людини. Перший із них – це вимога у будь-яких ситуаціях, відносинах, випадках поважати гідність людини, не зазіхати на неї, не принижувати її, а другий – вимога людського (людського, людянісного) ставлення до кожної людини.

*Антропна гідність людини являє собою самоцінність людини як біосоціальної істоти – унікального родового суб'єкта, котрий уособлює найвищий рівень розвитку буття на Землі.*<sup>4</sup> Згодом інтерпретація названого терміно-поняття аналізувалась і розвивалась у вітчизняній юридичній літературі (О. Грищук, В. Кампо, О. Водянников та ін.).

Так чи інакше, повага до людської гідності, заборона зазіхання на неї, її приниження, зневажання набули значення світового стандарту, закріпленого – після Загальної декларації прав людини й у низці інших міжнародно-правових актів (зокрема у Міжнародному пакті про громадянські і політичні права, Хартії основних прав Європейського Союзу тощо).

## **II. Людяне поводження як складова реалізації права людини на повагу до її гідності**

Другим універсальним праволюдним міжнародним стандартом (у певному сенсі похідним від стандарту, так би мовити, рівновеликості, рівнозначності гідності кожної людини) є заборона нелюдського поводження, адресована, передовсім, будь-яким

<sup>3</sup> Сергей Братановский, "Искусственный интеллект: правовой взгляд," *Государство и право* 1 (2021): 201–04.

<sup>4</sup> Петро Рабінович, "Право людини на компенсацію моральної шкоди," *Юридичний вісник України* 2 (2002): 12.

суб'єктам публічної влади – державі, її органам та посадовим особам. Цю заборону було закріплено також у Загальній декларації прав людини (ст. 5) та й у низці ухвалених після неї інших актів ООН (Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (1966 р.); Декларація про захист усіх осіб від катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання (1975 р.); Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження та покарання (1984 р.).

Яке ж поводження слід вважати “нелюдським” (нелюдямим)?

Є очевидним, що для практичного застосування терміно-поняття “нелюдське поводження” (зокрема контрольними і судовими міжнародними інституціями) цей вираз (явно оціночного роду) має бути конкретизований чи то у нормативному, чи то у правозастосовному або правотлумачному акті, а що найменше – у доктринальному.

Одним із можливих варіантів вирішення останнього завдання є конструювання загального визначення (дефініції) зазначеного термінологічного виразу. Тож далі представимо одну із наших спроб у цьому напрямку.

Видається беззаперечним, що перш ніж визначати, яке поводження може кваліфікуватися як нелюдське, потрібно передовсім з'ясувати, яке поводження є власне людським (людинним, людянісним, людиновимірним, людяним). Задля пошуку відповіді на останнє запитання може бути використаний, як видається, евристичний потенціал потребового дослідницького підходу, виходячи з якого мною вже пропонувались відповідні критерії правовості тих чи інших соціальних явищ.<sup>5</sup>

*Здійснення прав і свобод людини – це використання нею у своїй практичній діяльності тих можливостей, які необхідні для задоволення фундаментальних потреб існування та розвитку її або інших суб'єктів у суспільстві.*

Отож необхідність збереження, охорони і захисту біосоціальної природи кожної людини, поважання її гідності має становити універсальну, абсолютну межу будь-якого соціального явища, яке протягом усієї історії людства, з давніх-давен відображалось і донині відображається терміно-поняттям “право”. Іншими словами зазначена межа обумовлює необхідність з боку інших суб'єктів такої поведінки, яка має людяний (людянісний) характер і дістає прояв у таких їхніх фізичних діях, спрямованих на задоволення означених потреб, і виключає зазіхання на належні кожній людині та її сім'ї їжу, житло та одяг. Так чи інакше, можна стверджувати, що цивілізований світ (насамперед в особі його нинішнього офіційного представника – Організації Об'єднаних Націй) назагал прагне забезпечити дотримання такої людиновимірної, людиноцентричної межі.

### III. Межі реалізації прав людини

Вони являють собою ***сукупність усіх явищ, які характеризують зміст та обсяг реалізації таких прав і свобод.***

<sup>5</sup> Петро Рабінович, “Явища права: потребова інтерпретація,” *Право України* 6 (2019): 175.



*Обмежування здійснення прав і свобод людини – це діяльність компетентних державних або міжнародних, чи міждержавних органів зі встановлення меж (обмежень) щодо здійснення прав і свобод людини.*<sup>6</sup>

Розглядувані межі можна класифікувати на певні різновиди, групи за різними критеріями. Зокрема:

- за буттєвою (онтичною) сутністю явища, яке обмежує здійснення людського права і свободи, – природні (природничі, біологічні, фізіологічні, екологічні) та соціальні (економічні, політичні, духовно-ідеологічні);
- залежно від зв'язку з волею носія права – абсолютно об'єктивні (законодавчі обмеження), суб'єктивно об'єктивні (фізичні потреби людини), суб'єктивні (особиста свідомість носія права);
- залежно від політико-юридичного статусу правообмежуючого суб'єкта – міжнародно-всесвітні, міжнародно-регіональні, міждержавні, внутрішньодержавні і недержавні (тобто громадські);
- за обсягом прав чи свобод людини, стосовно яких встановлено обмеження їхнього здійснення – загальні (такі, що стосуються усіх прав і свобод), спеціальні (поширюються тільки на певну групу прав і свобод), виключні (ті, що поширюються тільки на одне право);
- залежно від ступеня соціальної обґрунтованості – цілком підставні, в основному підставні, недостатньо підставні, безпідставні;
- залежно від юридичної значущості, закріпленості у законодавстві або інших юридичних джерелах – легальні (законні), позалегалі (юридично нейтральні), антилегалі (протизаконні).

Більш детальні класифікації розглядуваного явища описані в опублікованій у Львові у 2001 р. монографії “Здійснення прав людини: проблеми обмежування.”<sup>7</sup> Зауважу, до речі, що цикл загальнотеоретичних понять та їхніх відповідних дефініцій із зазначеної проблематики, викладених у цій книзі, згодом почав безпосередньо і майже дослівно використовуватись у низці рішень Конституційного Суду України.<sup>8</sup>

#### IV. Межі державно-регулятивного (юридичного) регулювання

Вони окреслюють, умовно кажучи, обсяг соціального простору (тобто суспільних відносин), на які поширюються і може поширюватись юридично-регулятивна діяльність держави, її органів, посадових осіб. Отож зв'язок між сферами правового регулювання і відповідними їхніми межами відображається у таких положеннях:

- **сфера можливого (потенційного)** юридичного регулювання (тобто та ділянка суспільних відносин, яка у принципі може бути врегульована державою об'єктивним

<sup>6</sup> Отже, межі прав і свобод людини та їх обмежування не є тотожними явищами.

<sup>7</sup> Петро Рабінович і Іван Панкевич, *Здійснення прав людини: проблеми обмежування (загально-теоретичні аспекти)* (Львів: Астрон, 2001).

<sup>8</sup> Див., зокрема, його рішення від 22.09.2005 № 5-рп/2005, № 10-рп/2008 від 22.05.2008, № 20-рп/2008 від 8.10.2008, № 26-рп/2009 від 19.10.2009, № 5-р/2018 від 22.05.2018.

юридичним правом). Її межі зумовлюються об'єктивними властивостями: а) таких відносин, б) суб'єктів права, в) самих юридичних норм;

– **сфера необхідного** юридичного регулювання (тобто та ділянка соціального простору, на яку державі, з огляду на дію соціальних закономірностей, на потреби індивідів, суспільства і держави) потрібно здійснити регулятивний вплив права. Її межі зумовлюються загальносоціальними інтересами, а також інтересами насамперед домінуючої частини суспільства, які зазвичай обстоює відповідна держава;

– **сфера законодавчого (легального)** регулювання (тобто та ділянка соціального простору, котра фактично, насправді регламентована юридичними нормами). Межі цієї сфери зумовлюються конкретно-історичними загальними принципами національної юридичної системи;

– **сфера правореалізуючого** (зокрема, **правозастосовного**) регулювання (тобто та ділянка соціального простору, в якій реально здійснюються приписи юридичних норм). Її межі визначаються чинним законодавством та іншими джерелами національного об'єктивного юридичного права.

## V. Межі визначеності норм позитивного права

Позаяк зміст правових норм відкривається опосередковано – через мислення і розуміння реципієнта юридичного тексту, питання про межі права значною мірою зводиться до питання про межі його тлумачення. Як і у випадку з теоріями тлумачення, такі межі можуть бути статичними і динамічними.

*Статичні межі* є засобами забезпечення такої властивості юридичних норм як правова визначеність. Будь-який правопорядок зазвичай спирається на стабільне, однозначне і прогнозоване розуміння текстів джерел права його учасниками. Така стабільність забезпечується засобами інтерпретаційної діяльності, що визначають статичні межі позитивного права. Йдеться про:

– формалізовані поняття, які не можуть бути витлумачені неоднозначно через абсолютно чітке, “математично” точне визначення їхнього змісту (інтенціоналу), котре, зі свого боку, виключає дискусії про визначення обсягу врегульованих явищ або відносин (екстенціоналу);

– попередню практику судового тлумачення (яка стає дороговказом для наступних рішень через засаду слідування *stare decisis*);

– волю історичного законодавця. Суди по обидва боки Атлантичного океану звикли в тих чи інших випадках покладатись на *travaux préparatoires* при тлумаченні тих чи інших змістовно неоднозначних положень позитивного права. Це пояснюється тим спостереженням, що тлумачення становить собою інверсію процесу створення тексту: тоді як законодавець, виходячи з певних історичних умов, вкладає свою нормативну волю у текст закону, інтерпретатор наче би проходить цей шлях у зворотному напрямку – від тексту до волі. Попри ту обставину, що воля законодавця теж може бути подекуди витлумачена неоднозначно, звернення до неї вкрай рідко використовується для зміни

попередньої інтерпретації, себто через звернення до такої волі забезпечується саме стабільність правового регулювання, а не його динаміка;

– первинний (“оригіналістичний”) зміст джерела права. Щоправда, ця межа інтерпретації (за якою починається сваволя і не-право) актуалізується головню у правопорядку Сполучених Штатів (особливо стосовно тлумачення першої у світі Конституції). Не секрет, що попри ту обставину, що оригіналізм, як і “новий оригіналізм” природно і закономірно не витримав критики в академічних колах заходу ще в середині 80-х років минулого століття, він, між тим, досі безроздільно панує в якості офіційної методології тлумачення Конституції Сполучених Штатів<sup>9</sup> (значно випереджаючи за популярністю теорію цільового тлумачення). Первинний (який нерідко називають об’єктивним) зміст є, безсумнівно, статичним явищем, що може визначати, знов-таки, статичні межі інтерпретації права.

Динамічні межі змісту позитивного права забезпечують, за словами Р. Алексі, коректність застосування права.<sup>10</sup> Для досягнення такого результату самої лише формальної визначеності недостатньо з низки причин, що вже давно і добре розкриті в літературі (рухливість предмета правового регулювання, абстрактність формулювань юридичних норм, змістовна багатозначність тих чи інших терміно-понять). Однак з іншого боку, коректне застосування права можливе за умови коректного динамічного тлумачення, що знов-таки, має відбуватись межах, які визначаються:

– оціночними поняттями (які мають свій зміст і обсяг (інтенціонал та екстенціонал), а відтак їхнє тлумачення не є цілком необмеженим);

– розвитком суспільних відносин, що виражає себе, зокрема, в зміні конфігурації політичних сил, ієрархій суспільних цінностей тощо);

– розвитком науки і техніки. Як помітив свого часу американський логік і філософ Х. Патнем, в сучасному суспільстві ті чи інші спільноти володіють монопольним правом на визначення тих чи інших понять.<sup>11</sup> Розвиток наукових знань неодмінно задає нові межі тлумачення (що стосується, зокрема, малої та великої психіатрії, психології тощо). Межі тлумачення також неодмінно змінюються під впливом суспільного прогресу (поміркуйте над впливом, який поширення електричних самокатів справило на тлумачення терміно-поняття “транспортний засіб”).

Межі тлумачення права перебувають у тісному зв’язку і взаємодії з іншими межами права. Однак цей сюжет заслуговує на подальше дослідження. Загалом же, підсумовуючи, важливо констатувати, що дослідження проблеми меж права, яка дискутувалася на відповідному Круглому столі, покликане сприяти послабленню проявів сваволі у юридичному регулюванні суспільних відносин в охороні і захисті прав людини.

© П. Рабінович, В. Гончаров, 2021

<sup>9</sup> Lee J. Strang, “Originalism and the ‘Challenge of Change’: Abduced-Principle Originalism and Other Mechanisms by Which Originalism Sufficiently Accommodates Changed Social Conditions,” *Hastings Law Journal* 60 (2009): 927.

<sup>10</sup> Robert Alexy, “Certainty and Correctness,” *Ratio Juris* 28 (4) (2015): 441–51.

<sup>11</sup> Хилари Патнем, “Значение и референция,” *Новое в зарубежной лингвистике* 13 (1982): 377.

## Bibliography

- Dudash, Tamara. *Law-Understanding in the Hermeneutic Paradigm*. [In Ukrainian.] Lviv: Krai, 2010. *Fundamental Issues of the Jurisprudence III. Boundaries of Law* (28–29 May 2021). [In Ukrainian.] Kharkiv, 2021
- Bratanovskiy, Sergei. “Artificial Intellect: Legal Approach.” [In Russian.] *Gosudarstvo i pravo* 1 (2021): 201–04.
- Rabinovich, Petro. “Human Right to Non-pecuniary Damage Award.” [In Ukrainian.] *Yurydychnyi Visnyk Ukrayiny* 2 (2002): 12.
- Rabinovich, Petro. “Law Phenomena: Needs-oriented Approach.” [In Ukrainian.] *Pravo Ukrayiny* 6 (2019): 175.
- Rabinovych, Petro, and Ivan Pankevych. *Enjoyment of Human Rights: Issues of Restriction*. [In Ukrainian.] Lviv: Astron, 2001.
- Strang, Lee, J. “Originalism and the ‘Challenge of Change’: Abduced-principle Originalism and other Mechanisms by which Originalism Sufficiently Accommodates Changed Social Conditions.” [In English.] *Hastings Law Journal* 60 (2009): 927–96.
- Alexy, Robert. “Legal Certainty and Correctness.” [In English.] *Ratio Juris* 28 (2015): 441–51.
- Putnam, Hilary. “Meaning and Reference.” [In Russian.] *Novoye v zarubezhnoi lingvistike* 13 (1982): 377–90.

### **Петро Рабінович, Володимир Гончаров. Межі права: основні аспекти проблеми**

**Анотація.** Стаття присвячена аналізу меж права через три основні сюжети, які складають антропні, праволюдні та юридично-регулятивні межі. Така мінімальна диференціація видається необхідною, зокрема, задля того, аби запобігти підміні або еклектизації неоднозначних терміно-понять та й самих висновків наукового аналізу. Перший аспект ґрунтується на так званому “природному” праворозумінні; другий – на праворозумінні так званому легістсько-позитивістському; а третій – на певному поєднанні (інтегруванні) двох перших аспектів.

Людиноцентричні межі зумовлені тим, що саме людина (як унікальна біосоціальна істота) є первинним джерелом усіх її основоположних (буттєвих) прав, поза якими її існування та розвиток у суспільстві взагалі неможливі. Обґрунтовується, що право може існувати тільки або як певна властивість, “приналежність” людини, або ж як процес чи результат її життєдіяльності.

Межі реалізації прав людини являють собою сукупність усіх явищ, які характеризують зміст та обсяг реалізації таких прав і свобод. Обмежування здійснення прав і свобод людини – це діяльність компетентних державних або міжнародних, чи міждержавних органів зі встановлення меж (обмежень) щодо здійснення прав і свобод людини.

Межі державно-регулятивного (юридичного) регулювання окреслюють обсяг соціального простору, на який поширюються і може поширюватись юридично-регулятивна діяльність держави, її органів, посадових осіб. З урахування цього положення, сфери правового регулювання поділяються на сфери можливого (потенційного) або необхідного регулювання, сфери законодавчого і правореалізуючого регулювання.

Позаяк зміст правових норм відкривається опосередковано – через мислення і розуміння реципієнта юридичного тексту, питання про межі права значною мірою зводиться до питання про

межі його тлумачення. Як і у випадку з теоріями тлумачення, такі межі можуть бути статичними і динамічними. В статті розкриваються явища, котрі визначають межі першого і другого гатунку.

**Ключові слова:** межі права; обмежування прав людини; правова визначеність; межі тлумачення.

**Петр Рабинович, Владимир Гончаров. Границы права: основные аспекты проблемы**

**Аннотация.** Статья посвящена анализу границ права через три основных сюжета, которые составляют антропные, правочеловеческие и юридически регулятивные рамки. Такая минимальная дифференциация кажется необходимой, в частности, для того, чтобы предотвратить подмену или эклектизацию неоднозначных терминов понятий и самих выводов научного анализа. Первый аспект основывается на так называемом «естественном» правопонимании; второй – на правопонимании так называемом легистского-позитивистском; а третий – на определенном сочетании (интегрировании) двух первых аспектов.

“Человекоцентричные” пределы обусловлены тем, что именно человек (как уникальное биосоциальное существо) является первичным источником всех его основных (бытийных) прав, вне которых его существование и развитие в обществе невозможны как таковые. Обосновывается, что право может существовать либо как некое свойство, “принадлежность” человека, либо как процесс или результат его жизнедеятельности.

Границы реализации прав человека представляют собой совокупность всех явлений, характеризующих содержание и объем реализации таких прав и свобод. Ограничение осуществления прав и свобод человека – это деятельность компетентных государственных или международных, или межгосударственных органов по установлению границ (ограничений) по осуществлению прав и свобод человека.

Границы государственно-регулятивного (юридического) регулирования определяют объем социального пространства, на который распространяются и может распространяться юридическая регулятивная деятельность государства, его органов, должностных лиц. С учетом этого положения, сферы правового регулирования делятся на сферы возможного (потенциального) или необходимого регулирования, сферы законодательного и правореализационного регулирования.

Поскольку содержание правовых норм открывается опосредованно – через мышление и понимание реципиента юридического текста, вопрос о границах права в значительной мере сводится к вопросу о границах его толкования. Как и в случае с теориями толкования, такие границы могут быть статическими и динамическими. В статье раскрываются явления, которые определяют границы первого и второго рода.

**Ключевые слова:** границы права; ограничение прав человека; правовая определенность; границы толкования.

**Petro Rabinovych, Volodymyr Honcharov. The Boundaries of Law: Main Aspects of the Problem**

**Abstract.** The article is devoted to the analysis of the boundaries of law through three main topics, which are anthropic, human rights, and legal-regulatory boundaries. Such minimal differentiation seems necessary, in particular, to prevent the substitution or eclecticism of ambiguous terms and the very conclusions of scientific analysis. The first aspect is based on the so-called “natural” understanding of the law; the second – on the so-called Legist-positivist understanding; and the third – on a certain combination (integration) of the first two aspects.

Anthropocentric boundaries stem from the fact that man (as a unique biosocial being) is the primary source of all its fundamental (existential) rights, beyond which its existence and development

in society are impossible. It is substantiated that law can exist only either as a certain property, “belonging” of a person, or as a process or result of his life.

The limits of the realization of human rights are a set of all phenomena that characterize the content and scope of the realization of such rights and freedoms. Restrictions on the exercise of human rights and freedoms are the activities of a competent state or international or interstate bodies to establish limits (restrictions) on the exercise of human rights and freedoms.

The boundaries of state-regulatory (legal) regulation outline the amount of social space to which the legal-regulatory activity of the state, its bodies, and officials may extend. Taking into account this provision, the spheres of legal regulation are divided into the spheres of possible (potential) or necessary regulation, the spheres of legislative and law-enforcement regulation.

Since the content of legal norms is revealed indirectly – through the thinking and understanding of the recipient of the legal text, the question of the limits of law is largely reduced to the question of the limits of its interpretation. As with theories of interpretation, such boundaries can be static and dynamic. The phenomena that define the boundaries of the first and second grades are revealed.

**Keywords:** limits of the law; restrictions of human rights; legal certainty; limits of interpretation.

Одержано/Received 06.09.2021

## ПРЕДЕЛЫ ПРАВА

### I

**П**редставители любой науки, какой бы она ни была, склонны абсолютизировать свой предмет. Если для математика универсум предстает как совокупность чисел, то для химика Вселенная представляет собой множество химических элементов, находящихся в разнообразных связях друг с другом. Биолог видит окружающую среду как населяющие её живые организмы, в то время как социология накладывает на все человеческую размерность, рассматривая мир сквозь призму населяющих его людей и связей между ними.

Однако, даже несмотря на описанную тенденцию, правоведение гипертрофирует свою значимость совершенно экстраординарным образом. Абсолютизм права не знает границ. Согласно воззрениям классической правовой науки, право как мир Должного пронизывает без остатка все пространство и время, действуя всегда и везде и не оставляя пробелов. Иными словами, уподобляясь религии, право превращается в незримое око Бога, пристально следящее за каждым нашим поступком и привязывая к нему правовые последствия. Тем самым, в соответствии с подобной точкой зрения, на всем протяжении человеческой истории любое отношение между людьми всегда было опосредовано правом, будь это природные закономерности естественного права, принятый в обществе обычай либо властное установление государства. Выражая эту догму языком классической юриспруденции, можно сказать, что правовая *форма* произвольно может быть придана любым связям между людьми, безотносительно специфики их *содержания*.

Вместе с тем, насколько оправданы подобные претензии? Ведь, абсолютизируя правовое регулирование и распространяя власть права на все отношения между людьми, правоведение теряет свой предмет. Иначе говоря, если предметная область правовой науки есть то, что отличает ее от смежных дисциплин, то, претендуя на безграничность правового регулирования и теряя пределы права, мы утрачиваем и само право, с одной стороны растворяя его в общих законах мироздания, а с другой – среди иных социальных норм, таких как мораль, религия, корпоративные правила поведения и т.п.

---

\* Алексей Вячеславович Стомба, доктор юридических наук, доцент кафедры права гуманитарного факультета Национального аэрокосмического университета "ХАИ."

Oleksiy Stovba, Doctor of Legal Sciences, Associate Professor at the Department of Law (Humanities and Law Faculty) of the National Aerospace University "Kharkiv Aviation Institute."

e-mail: [stovba@mail.com](mailto:stovba@mail.com)

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8154-8929>

Однако соответствует ли действительности твердая уверенность юристов в “абсолютности” своего предмета? И в самом ли деле правом всегда уже “заведено дело” на всякого человека, имеющего дело с другими людьми в своем повседневном бытии с ними? И “какое дело” праву до моих дел с друзьями, детьми, любимой, партнерами по карточному столу либо соперниками на футбольном поле? Иными словами, имеет ли право пределы своего существования либо применения, и если да, в чем они состоят?

## II

Переходя к поискам пределов права, для начала следует оговорить, что же мы понимаем под правом. Вместе с тем, недостаточно просто сформулировать еще одну дефиницию, либо же согласиться с какой-то из уже существующих. Ведь обращение к праву – не сиюминутная прихоть субъекта, но поворот в его бытии, когда право из отдаленной и эфемерной возможности внезапно превращается в *необходимость*. Право входит в жизнь человека так, что его *невозможно обойти*.<sup>1</sup> Соответственно, прежде чем давать какое-либо определение права (в котором, как “*о-пределении*” уже будут имманентно заложены его пределы), необходимо реконструировать ту сеть координат, в которых будет проводиться дальнейшее рассмотрение. Проще говоря, разговор о пределах права требует предварительного определения того, где и как мы будем искать эти пределы.

Как несложно заметить, право исходно существует в отношениях между людьми. Все идеальные закономерности права естественного либо требования Должного позитивного права остаются голыми декларациями без реального их воплощения в человеческом поведении. Вместе с тем, в совместном бытии людей находится немало вещей, не имеющих отношения к праву – дружба, любовь, научные либо религиозные воззрения, наконец, эстетические либо кулинарные предпочтения. Соответственно, следует специфицировать, как, когда и при каких условиях право оказывается релевантным для осмысления того, что происходит между людьми.

Как указывает М. Хайдеггер, наше бытийное устройство, которое он обозначает как сиюбытность (*Dasein*), характеризуется тем, что это сущее в своем бытии имеет дело с самим этим бытием.<sup>2</sup> Другими словами, человек в своем бытии-в-мире и бытии-с другими людьми всегда уже озабочен самим этим бытием. Под озабоченностью изначально отнюдь не следует понимать чего-то наподобие психологического состояния.<sup>3</sup> Напротив, всякая эмоция либо душевное состояние заботы возможны благодаря тому, что в своем бытии мы всегда направлены на осмысление этого бытия, вследствие чего нам открыта фактическая возможность озаботиться чем-то конкретным. Иными словами, мы постоянно направлены на мир в различных способах отношения к нему. При этом подобная направленность как забота зачастую не составляет нашего личного

<sup>1</sup> Алексей Стомба, *Темпоральная онтология права* (Санкт-Петербург: Алеф-пресс, 2017), 318–19.

<sup>2</sup> Martin Heidegger, *Sein und Zeit* (Tuebingen: Max Niemeyer Verlag, 2001), 12.

<sup>3</sup> Там же, 57.



достояния, но разделена с другими людьми. А эти люди, в свою очередь, открыты, разомкнуты нам из того дела, которым мы, смотря по обстоятельствам, совместно озаботились с ними. Как формулирует это М. Хайдеггер, “субъектный характер сиюбытности себя и Других определяется экзистенциально, т.е. из известных способов быть. В мироокружно озаботившем Другие встречают как то, что они суть; они суть то, чем они заняты.”<sup>4</sup>

Таким образом, другие люди встречаются нам не просто как наличные в мире субъекты, но как занятые тем либо иным делом, каковую занятость в зависимости от конкретных обстоятельств они разделяют с нами. Это может быть совместная езда на трамвае, инвестиции в банковскую сферу либо постройка дома, расследование преступления или же конкурс красоты. Вместе с тем, общей чертой для совместной занятости делом является то, что оно может как “сладиться,” т.е. получиться, удастся, так и наоборот, при этом как по моей вине, так и по вине Другого. Другими словами, любое дело, совместно предпринимаемое нами в нашем бытии с другими людьми, имманентно содержит возможность неудачи, провала, при этом не только “по объективным причинам,” но и вследствие того, что один из нас “подвел” другого. Как подчеркивает М. Хайдеггер, “бытие друг-с-другом основано большей частью и ближайшим образом исключительно в том, что в подобном бытии становится общей заботой. Бытие друг-с-другом, которое берет начало в том, что можно предпринимать то же самое, держится в основном не только во внешних границах, но входит в модусы отстояния и сдержанности. Бытие друг с другом тех, кто приставлен к тому же самому делу (die Sache), часто питается лишь недоверием.”<sup>5</sup>

И здесь мы, кажется, уже ближе к праву. Ведь недоверие друг к другу, питаемое в силу того, что *по вине кого-то из нас* дело фактически “провалено” либо может оказаться таковым, является истоком всякого договора и закона, т.е. позитивного права. И в самом деле, если я уверен, что другой человек добросовестно выполнит взятые на себя обязательства, мне не нужно право в целом и правовые гарантии в частности: в данном случае достаточно его “честного слова.” Тем самым, то “недоверие,” о котором идет речь выше, исходно не представляет собой психологического феномена, но экзистенциальное набрасывание себя на *возможность провала в озаботившем нас деле*, причем не в силу “объективных обстоятельств,” но *по вине Другого*.

Эта возможность настолько конститутивна для бытия с другими людьми, что она формирует основополагающие черты совместного существования людей в сфере публичности в целом. Упомянутое недоверие как “возможность провала” в совместной озабоченности делом заставляет людей *дистанцироваться* друг от друга. Скрыть подобную дистанцию призваны правила поведения в свете, обычаи делового оборота и пр. Как указывает М. Хайдеггер, “бытие-друг-с-другом, незаметно для себя самого, обеспокоенно заботой об этой дистанции. Выражаясь экзистенциально, подобное

<sup>4</sup> Мартин Хайдеггер, *Бытие и время* (Москва: Ad Marguinem, 1997), 126.

<sup>5</sup> Heidegger, *Sein und Zeit*, 122.

бытие обладает характером *дистанцированности*. Чем незаметнее этот способ бытия для повседневного существования, тем жестче и исходнее он осуществляет себя.”<sup>6</sup> Способом установления и хранения подобной дистанции М. Хайдеггер называет *заботу об отличии от Других*. По его словам,

в озбоченности тем, что может быть предпринято вместе с Другими, за них и против них, постоянно покоится забота об отличии от Других, будь это лишь для того, чтобы выровнять подобное отличие, либо же когда собственная сиюбытность – оставаясь позади Других – желает их настичь, или будь так, что сиюбытность в превосходстве над Другими исходит из того, чтобы их подавить.<sup>7</sup>

В итоге “дистанцированность, усредненность, уравнивание как способы бытия людей конституируют то, что мы знаем как публичность.”<sup>8</sup>

Следует оговориться, что под “публичностью” здесь отнюдь не следует понимать нечто, составляющее общий интерес, в его отличии от интереса частного. В той мере, в какой частно-правовой конфликт (или даже возможность такового) может перейти на “всеобщее обсуждение,” стать “всеобщим достоянием,” он утрачивает частный характер, когда уникальное и неповторимое отношение завязано на *личности* тех, кто участвует в нем. Конститутивной для публичной сути происходящего (в т.ч. и частного конфликта) является совместная – *безличная и заместимая* – вовлеченность в дело, каковая вовлеченность – ввиду возможности *виновного* провала – как раз и требует права для своего осмысления. Следовательно, можно предположить, что мы изначально сталкиваемся с правом в сфере публичности, когда исходный модус нашего публичного бытия с другими людьми по аналогии с бытием-в-мире может быть назван *In-der-Sache-sein*, бытие-в-деле. Этот способ совместного бытия нужно охарактеризовать как дистанцированное недоверие. Под дистанцией следует понимать усредненное отличие друг от друга, когда Другой выказывает себя как Любой, который может быть замещен без ущерба для сути дела.<sup>9</sup> В том же случае, если дистанция как отличие от Другого слишком велика (например, враг, иностранец), этот последний оказывается “Чужим,” с которым *нельзя* иметь дело, и тем самым права “нет.” Если же отличие меня от Другого как друга, родственника, любимой оказывается ничтожным, то Другой выявляется как “Ты,” с которым в силу слишком малой дистанции *нельзя иметь дело*, и права также “нет.”

Вместе с тем, если мы утверждаем, что права “нет,” то это означает, что мы каким-то образом ранее уже “встретили” его, т.е. знаем о нем, причем так, что это знание дает нам возможность выносить обоснованные суждения о праве, его наличии либо отсутствии. Тем самым, прежде чем задаться вопросом о том, что же означает это “нет”

---

<sup>6</sup> Heidegger, *Sein und Zeit*, 126.

<sup>7</sup> Там же.

<sup>8</sup> Там же, 127.

<sup>9</sup> Подробнее см.: Поль Рикер, *Право і справедливість* (Київ: Дух і літера, 2002), 15, 16, а также: Стомба, *Темпоральная онтология права*, 281 и далее.

как предел права, мы возвращаемся к необходимости сформулировать эксплицитное его понимание, собственно, указать, что же мы понимаем под правом?

### III

Приступая к ответу на этот вопрос, мы сталкиваемся с тем, давно известным обстоятельством, что для того, чтобы понять нечто *как* нечто, это нечто “сперва” должно быть нам как-то *дано*. Как указывал немецкий правовед Г. Гуссерль,

в мире существуют разнообразные предметы: закат солнца, докторские экзамены, мелодии (печальные, красивые, как звучащие так и хранящиеся в воспоминаниях), друг и враг, экономическое положение, дифференциальное исчисление, церковная служба, автомобиль, тюлени, вещи вообще (любимые, купленные, утраченные) ... К обстановке мира принадлежат также *правовые* вещи. Имение-мира отчетливо охватывает имение-права. Человеку вместе с его миром даны правовые вещи того общества, к которому он принадлежит. Как “даны”? Вопрос требует размышлений.<sup>10</sup>

В поисках ответа на данный вопрос феноменологическая философия обратила внимание на тот, казалось бы, непримечательный факт, что на самом деле *данность и понимание* не разделены временным промежутком, но слиты воедино. Тем самым дело не обстоит так, что *вначале* нам “дано” нечто, а *затем* мы интерпретируем его “как” что-то. Как выразительно подчеркивает немецкий феноменолог Е. Финк, “не сначала – мы, а потом приходящее понимание – нет, мы как раз и суть понимающие, смыслу-открытые. Человеческое существование – это пребывание внутри истолкованности себя самого. Человеческое бытие существует в смысловом пространстве интерпретированности.”<sup>11</sup> Тем самым, в отличие от классического правопонимания, когда *сперва* данный феномен *затем*, т.е. в ходе интерпретации, становится правовым, неклассическая философия права исходит из того, что данность и интерпретация являются не последовательными, но одновременными по своей сути явлениями. Применительно к праву это будет означать, что право – это не результат интерпретации, следующей за данностью, но результат единого, понимающе-интерпретирующего акта конституирования правового смысла.

### IV

Переходя к соотношению понимания и интерпретации в контексте конституирования феномена права (правового смысла), мы отталкиваемся от того, что подобно тому, как любое понимание нуждается в истолковании, так и акт истолкования подразумевает понимание. Эта ситуация является широко известной под названием “герменевтического круга.” Как указывает М. Хайдеггер, “ ‘круг’ в понимании принадлежит к структуре смысла, каковой феномен укоренен в экзистенциальном устройстве сию-

<sup>10</sup> Герхарт Гуссерль, “Право и мир,” *Правоведение* 3 (2015): 137.

<sup>11</sup> Евгений Финк, *Основные феномены человеческого бытия* (Москва: Канон+, РООИ «Реабилитация», 2017), 50.

бытности, в толкующем понимании. Сущее, которое как бытие-в-мире имеет дело со своим бытием, обладает онтологической структурой круга.<sup>12</sup> Тем самым и структура права как *смысла* образована истолковывающим пониманием как модусом бытия сиюбытности. В подобном “толкующем понимании” немецкий философ Ф.-В. фон Херрманн выделяет две компоненты: т.н. “брошенно-набрасываемое понимание” как первичное понимание и вторичное понимание, которое он называет “истолковывающим пониманием.” Связь между ними лежит в структурах предвзятости, предудомрения, преддрешения (предвосхищения).<sup>13</sup> Применительно к праву это будет означать, что конституирование правового смысла локализовано в промежутке между пониманием как способом человеческого бытия в мире и истолкованием как экспликацией этой исходной понятности. Само же это конституирование вершится в единстве упомянутых структур предвзятости, предудомрения и преддрешения. Соответственно далее необходимо рассмотреть сами эти структуры, чтобы затем описать сам процесс конституирования правового смысла.

Как указывает М. Хайдеггер, сиюбытность как понимание бросает свое бытие на возможности. Само это понимающее *бытие к возможностям*, через отдачу последних как разомкнутых на сиюбытность, есть умение быть. набросок понимания имеет свою возможность формировать себя. Формирование понимания мы именуем *толкованием*. В нем понимание, понимая, усваивает себе свое понятие.<sup>14</sup> Это означает, что бытие человека устроено таким образом, что, существуя, человек как бы “набрасывает” себя на определенные возможности, истолковывает их, и, реализуя одни, соответственно “отбрасывает” другие. Ключевой структурой сиюбытности М. Хайдеггер именует бытие-в-мире, которое одновременно есть бытие-с другими людьми.<sup>15</sup> Тем самым, мир предстает как веер возможностей, которые раскрыты *нам* в нашем совместном бытии-в-мире.

Характерной чертой подобных возможностей является то, что они не безграничны, но всегда имеют свои пределы. Например, как существо физическое, человек смертен, не умеет летать, жить под водой, либо проходить сквозь стены. Иными словами, предел человеческим возможностям в данном случае ставит его собственное *тело*, которое воплощает в себе те ограничения, за которые не может выйти человек. Аналогичным образом тело человека является и *социальной границей*. Прежде чем человек знакомится с принятыми в обществе обычаями или, тем более, с властными установлениями позитивного права, он сталкивается с тем обстоятельством, что предел его поступкам установлен *живым телесным присутствием Других*.<sup>16</sup> Тем самым, если мое собствен-

<sup>12</sup> Heidegger, *Sein und Zeit*, 153.

<sup>13</sup> Фридрих Вильгельм фон Херрманн, *Понятие феноменологии у Хайдеггера и Гуссерля* (Минск: Прополис, 2000), 176.

<sup>14</sup> Heidegger, *Sein und Zeit*, 32.

<sup>15</sup> Там же, 114.

<sup>16</sup> Алексей Стовба, “Право и неправое: возможна ли негативная онтология права?” *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2020): 22 и далее.

ное тело есть граница моих физических способностей, то тело Другого ставит предел моим возможностям социальным. Разумеется, конкретная мера последних из упомянутых возможностей всякий раз социально-исторически детерминирована, что, однако, не отменяет её универсальной нормативности как таковой. Таким образом, мы сталкиваемся с тем исходным фактом, что еще до того, как право воплощается в тексте нормативного акта, и еще раньше, чем оно становится аподиктически данным в сознании как имманентная ему идея, и даже до того, чтобы быть усвоенным “с молоком матери” в качестве обычая, оно становится видимым нам в живом телесном присутствии Другого, который самым фактом своего со-присутствия задает нам меру поведения – предел, направление и модальность наших деяний.<sup>17</sup> При этом необходимо подчеркнуть, что тело Другого выступает в качестве нормы права не само по себе, но лишь в контексте типизированного и опредмеченного социального взаимодействия, когда последнее выступает как своеобразный “объект” правового регулирования. Другими словами, парадоксальным образом правовой статус тела онтологически “детерминирован” как раз тем, что он призван регулировать – повторяющимся типическим взаимодействием. Тем самым, здесь мы имеем дело с “онтологическим герменевтическим кругом,” когда “объект” правового регулирования обуславливает правовой статус тела как “средства” такого регулирования.

В попытках объяснить подобный парадокс, следует обратить внимание на то, что тело Другого далеко не всегда выявляется именно как норма права. Ведь оно может быть и эстетическим объектом, либо же, как тело противника в единоборстве либо близкого человека, полагать совершенно иные пределы моим поступкам, нежели тело обезличенного Другого, встреченное мною в повседневном бытии с ним. Следовательно, необходимо осмыслить, когда, при каких обстоятельствах тело Другого понимающе истолковывается нами именно как норма права. Иначе говоря, как, благодаря чему, понимающе набрасывая себя на определенные возможности имени-дела с Другими в ходе бытия-в-деле, мы истолковываем тело Другого как “право,” придавая ему в ходе истолкования правовой смысл и отбрасывая иные интерпретации?

Как ранее уже было сказано, взаимосвязь между “первичным” (набрасывающим) и вторичным “истолковывающим” пониманиями осуществляется посредством структур предвзятости, предусмотрения и предрешения. Как указывает М. Хайдеггер, повседневное усматривающее толкование основано на предвзятости. Оно движется как усвоение понятности в понимающем бытии к уже-понятой целостности имени-дела. Также толкование основано в предусмотрении, которое раскраивает взятое в предвзятости в видах определенной толкуемости. Толкование внутри определенной концептуальности всякий раз уже предварительно либо окончательно решено; оно основано в предрешении. Толкование чего-то как чего-то по сути фундировано через описанные три структуры.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Стомба, *Темпоральная онтология права*, 305, 316 и далее.

<sup>18</sup> Хайдеггер, *Бытие и время* (Москва: Ad Marginem, 1997), 150.

Применительно к праву это будет обозначать то, что понимание тела Другого как нормы права возможно лишь на основе *предвзятости* нашего совместного бытия с Другими как публичного бытия-в-деле. Как уже было сказано, сущностной характеристикой такого бытия является дистанцированное недоверие, в основе которого лежат возможности “провала” и заместимости друг друга без ущерба для сути дела. Тем самым, специфика дел, релевантных в правовом отношении, заключается в том, что ими можно озаботиться только совместно и с кем угодно – дорожное движение, купля-продажа, получение визы. Как только это дело таково, что им можно заняться в одиночку или “не с кем угодно,” оно выходит из-под власти права, а тело Другого перестает быть правовой нормой.

Тем самым Другие как Любые уже исходно *предусмотрены* в многообразных возможностях имени-дела, которые способны озаботить нас в нашем совместном бытии-в-мире. Взятые в предвзятии т.е. совместное бытие-с Другими как публичное бытие-в-деле, “раскраивается” в видах определенной толкуемости возможностей подобного бытия. Иными словами, в ходе имени-дела друг-с-другом мы “наталкиваемся” на определенную возможность живого телесного соприсутствия Другого, когда таковое “толкуется” нами как “право.”<sup>19</sup> В свою очередь, как подчеркивает Хайдеггер,

удерживаемое в предвзятии и “предусмотрительно” взятое на прицел понятие делается через толкование внятным. Толкование может черпать принадлежащую к толкуемому существу концептуальность из него самого или же вгонять его в концепции, каким сущее по способу своего бытия противится. Так или иначе – толкование внутри определенной концептуальности всякий раз уже окончательно или предварительно решено; оно основано в *предрешении*.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> По сути, “право” оказывается в таком случае не чем иным, как одной из возможностей бытия сущего. В той мере, в какой бытие составляет смысл и основание сущего, сущее, брошенное на бытийную возможность, истолкованную в обратной отдаче на сиубытность как “право,” обретает правовое бытие, что означает: возможности сущего связаны правом, оно понимает (ся) исключительно из возможности “быть правовым:” свидетелем, истцом, обвиняемым, судьей, потерпевшим, но также и: зданием суда, нормативно-правовым актом, вещественным доказательством, предметом спора либо орудием преступления. Иными словами, вдвинутое в ходе истолкования в правовую концептуальность, сущее на время “отсекает” все прочие возможности своего бытия, вовлекаясь в бытие как смысловую тотальность права. Таковая вдвинутость сущего в правовую концептуальность может быть адекватной, т.е. генуинно исходящей из способа бытия самого сущего, либо же неадекватной, т.е. навязанной извне, когда сущее втянуто в исходно чуждый ему способ бытия. Сущее черпает способ своего бытия из соответствующего происшествия, в которое оно оказывается вовлечено. Так, в правовом происшествии «ваза» из предмета искусства превращается в орудие преступления, “тапочки” – из обуви в вещественное доказательство, живущие рядом люди из “соседей” становятся понятыми либо свидетелями и пр. В отличие от приведенных примеров, когда сущее “на время” вдвинуто в чуждую ему концептуальность, обращение к норме закона при решении спорного вопроса, либо же заключение преступника в тюрьму представляет собой истолкование сущего как правового (текста как закона, здания как тюрьмы) исходя из изначально присущего ему способа бытия. Однако все подобные “превращения” заставляют нас задать вопрос: откуда нам разомкнута такая возможность как “право,” т.е. право как некий смысл, исходя из которого окказионально может быть придано правовое значение всякому сущему?

<sup>20</sup> Хайдеггер, *Бытие и время*, 150.

Тем самым, тело Другого, встреченное нами в ходе имени-дела в мире с другими людьми, “становится внятными нам” как право, т.е. обретает правовой смысл, исходя из определенной *концептуальности*, а тем самым “*предрешается*” в качестве права *в ходе понимающего толкования*. Соответственно, прежде чем вернуться к вопросу о том, что означает ранее упомянутое “нет” как *предел права*, нам необходимо раскрыть, каким образом тело Другого оказывается понимающе истолкованным как норма права? Понимающее истолкование локализовано в бытийной области языка, вершится в речи и кристаллизуется в письме.

## V

Как можно заметить, та конкретная мера поведения, которую задает нам Другой в его живом телесном соприсутствии, не всегда одинакова. Один и тот же человек, встреченный нами днем как полицейский при исполнении служебных обязанностей, с утра как пешеход, выгуливающий собаку либо вечером как соперник на боксерском ринге, ставит нам всякий раз совершенно разные рамки нашего поведения. Очевидным образом, подобная разница обусловлена как тем делом, в которое мы оба вовлечены и исходя из которого тело Другого получает всякий раз разную интерпретацию, так и модусом нашей вовлеченности в это дело, исходя из которого и варьируется тот конкретный объем прав и обязанностей, который причитается нам в той или иной ситуации. Тем самым тело Другого как норма права обретает конкретное смысловое наполнение исходя из понимающего истолкования, которое вершится в нашем совместном бытии-в-деле. Как видно из приведенного выше примера, то, что я обязан и на что имею право в отношении Другого, также как и то, что он может и что обязан в отношении меня, зависит от того *места*, которое мы занимаем в отношении друг друга в том либо ином деле. Иными словами, для того, чтобы конкретно истолковать ту меру поведения, которая задана нам телом Другого, необходимо понять то, какое место он занимает в соответствующем деле.

Как указывает М. Хайдеггер, подобная задача является прерогативой языка. Всякое место в деле может быть уделено человеку лишь благодаря тому, что ему уже понятна, доступна та целостность мест, которая существует “при” том либо ином деле. Как мы знаем, ранее в русском языке “получить место” означало “занять какую-либо должность” либо “получить работу.” В свою очередь, конкретное многообразие мест может быть задано тем либо иным делом. Так, например, при таком “деле” как болезнь, имеются “места” лечащего врача и пациента, заведующего отделением, аптекаря, медсестры и т.д. При этом дело как синкретичная целостность “размечается” на отдельные места посредством языка. Ход рассуждений немецкого философа следующий:

Назовем искомое единство области языка разбиением. Это название зовет нас пристальнее взглянуть в собственное существо языка. “Разбить” говорится в смысле “разметить.” Мы слышим это “разбить” часто лишь в стершемся значении, как например “разбить стакан.” Между тем “разбить сад” еще и сегодня в родной речи значит: разметить, вскопать, посадить

саженцы. Разбить значит разомкнуть таким образом замкнутость земли, чтобы она приняла в себя семена и побеги. Разбиение есть собрание черт той разметки, которая прочерчивает разомкнутое, открытое пространство языка. Разбиение – рисунок области языка, строение того показывания, внутри которого, исходя из того, о чем идет речь, размечены места говорящих и их речи, сказанного и его несказанного.<sup>21</sup>

Тем самым то, на что мы всякий раз “имеем право,” “обязаны” либо “должны” сказать как существующие “в деле” зависит от того, какое место в нем мы занимаем. Вместе с тем, для того, чтобы осмысленно высказаться, мы должны понимающе истолковать как дело в целом, так и Других в их живом телесном соприсутствии в частности. Это происходит в *правовой речи*. Как указывает М. Хайдеггер, в основании толкования и высказывания лежит *речь*, которая представляет собою артикуляцию понятности.<sup>22</sup> Соответственно, истолкование живого телесного соприсутствия в деле Другого именно как нормы права, т.е. его понимание как меры (направления, предела и модальности) наших деяний, артикулируется в специфичной правовой речи. При этом необходимо иметь ввиду, что подобно тому, как деяние в сфере права не представляет собой исключительно активного действия, но подразумевает и бездействие, релевантное в правовом отношении, так и речь, как правовая, так и обычная, не сводится к простому *озвучиванию* слов. Нам известна, например, речь глухонемых, речь посредством знаков и жестов. К говорящей речи, кроме того, принадлежат как возможности *слышание* и *молчание*.<sup>23</sup> Как подчеркивает М. Хайдеггер, кто в друг-с-другом говорении умолкает, способен собственнее “дать понять,” т.е. сформировать понятность, чем тот, у кого речам нет конца.<sup>24</sup> В свою очередь, право знает такую “безмолвную речь” как конклюдентные действия, которые сообщают волю лица посредством его действия либо бездействия помимо озвучивания. Таковы, например, операции в банкомате, использование электронных проездных документов, включение знаков поворота при управлении транспортным средством и т.п. Следует подчеркнуть, что именно конклюдентные действия представляют собой наиболее распространенный в повседневности модус вступления в правовые отношения и выхода из них. Уступка водителем дороги пешеходу, бросание жетона в метро либо использование банковской карты как раз и составляют ту незаметную, повседневную коммуникативную ткань правовых практик, которая, не нуждаясь в вербальной озвучке, представляет собой тот *исходный модус правовой речи*, в котором артикулируется понятность Других в совместном бытии-в-деле: дорожном движении, купле-продаже, соблюдении пропускного режима в учреждении и т.п. Напротив, всякая вербальная *юридическая речь*, как “озвучка” прав и обязанностей, условий договора, содержания закона либо судебного решения экзистенциально-онтологически уже вторична, поскольку основана в этой исходной понятности Других, артикулированной в совместном молчаливом бытии-в-деле.

<sup>21</sup> Мартин Хайдеггер, “Путь к языку,” в *Время и бытие* (Москва: Республика, 1993), 265.

<sup>22</sup> Хайдеггер, *Бытие и время*, 161.

<sup>23</sup> Там же.

<sup>24</sup> Там же, 164.



При этом необходимо оговориться, что живое совместное соприсутствие Другого как мера наших деяний может быть явлено как непосредственно, так и опосредовано. Так, кофейный автомат, выдающий кофе в обмен на плату, не представляется просто некой геометрической фигурой, но в своей смысловой развертке указывает на своего собственника, извлекающего из него доход и содержащего его в порядке, а с другой стороны – на пользователя, для возмездного удовлетворения потребностей которого он предназначен. Аналогичным образом дело обстоит с банкоматами, турникетами в общественном транспорте, игровыми автоматами, терминалами оплаты и пр. Иными словами, все перечисленное выше сущее может быть наделено смыслом не непосредственно, но лишь путем отсылки к своему пользователю либо собственнику, *следом либо проекцией присутствия которого оно является*. Проще говоря, правовое значение моим конклюдентным действиям первично-исходно придается не нормой позитивного права, но тем живым телесным присутствием Другого лица, “заместителем” которого является соответствующий механизм.<sup>25</sup>

В свою очередь, всякие конклюдентные действия как исходный модус правовой речи подразумевают взаимную согласованность этих действий, или же, говоря юридическим языком, корреляцию прав и обязанностей. Традиционно источником последних считались нормы естественного либо позитивного права, которые становятся доступными людям из очевидностей разума, обычаев либо содержания нормативно-правового акта. Вместе с тем, как уже было сказано, все это является лишь вторичным, производным модусом бытия права, так как первичная правовая мера наших поступков задана Другим в его живом телесном соприсутствии в деле. Иными словами, наши права и обязанности как мера нашего поведения исходно “записаны” в теле Другого, становясь доступными нам посредством его размера, пола, цвета кожи, одежды, знаков отличия.<sup>26</sup> Таким образом, подобно тому, как правовая речь изначально молчаливо воплощена в конклюдентных действиях, которые мы повседневно совершаем в совместном бытии-в-деле, такая сущностная возможность правового языка как *правовое письмо* генуинно локализовано в теле соприсутствующего Другого. Всякое *юридическое письмо* как записывание текстов нормативно-правовых актов, судебных решений, договоров становится возможным лишь благодаря этой “вписанности” меры наших поступков в тело Другого. Феномен изначальной телесной запечатленности прав и обязанностей мы, поэтому, назовем правовым прото-письмом.

Отсюда мы уже ближе подходим к теме нашего разыскания – *пределам права*. “Нет” для права означает немоту права как языка. Право исходно присутствует в нашем публичном бытии как специфический *язык*, благодаря которому мы можем понимать Другого как Любого, недоверчиво-дистанцированно со-присутствующего в деле. Поэтому “понимать” означает здесь не спекулятивный процесс установления ментальной

<sup>25</sup> Стомба, “Право и неправое,” 22, 24 и далее.

<sup>26</sup> Подробное обоснование этого тезиса дано в авторской статье “Тело как норма,” которая в настоящее время готовится к публикации.

связи, но “со-хранение” (совместное хранение) дистанции с Другим в озабоченности делом. Право как язык, изначальными возможностями которого являются молчаливая речь и невербальное письмо, представляет собой исходный способ хранения дистанции в публичном бытии-в-деле, тогда как сущностный характер такого способа состоит в указывании меры (предела, направления, модальности) дистанцированности в таком совместном имении-дела друг с другом.

Тем самым, тело Другого, данное прямо либо опосредованно, понимается как норма права в ходе набрасывающего понимания на возможности недоверчиво-дистанцированного имени-дела с Другими и представляет собой правовое *прото-письмо*. Всякая правовая *речь* как толкующая экспликация модусов бытия-за, против, и рядом друг с другом основана в *понимании* этого прото-письма. Правовая речь есть *истолкование* различных модальностей заместимого бытия с Другими. Исходным модусом правовой речи является молчание. Это бессловесная речь, которая выражает вонне предписания прото-письма, воплощенные в теле Другого или его суррогатах (следах и проекциях), в ходе истолковывающего понимания. Последнее исходно воплощается не в озвучивании посредством слов, но в молчаливом *деянии* как соблюдении меры, заданной прото-письмом. Это соблюдение онтически известно нам как конклюдентное поведение – изменить направление либо сохранить избранное, остаться стоять, определить модальность приближения к со-существующему в деле Другому и т.п. В юридическом письме (писанном, позитивном праве) результаты этого молчаливо истолковывающего понимания прото-письма лишь фиксируются.

Всякое же словесное озвучивание меры поведения в деле, т.е. наших прав и обязанностей, будь это речь правового дилетанта либо же профессионала, а также юридическое письмо законодательства, судебных решений и договоров онтологически-экзистенциально основаны в правовом языке как невербальном прото-письме и безмолвной правовой речи. Там, где последние немотствуют, бессмысленны и безмолвны и средства юридически-властного дискурса. Далее мы попробуем рассмотреть типические разновидности подобных ситуаций, в которых выходят наружу пределы права.

## VI

Как уже было сказано ранее, пределы права в каждом конкретном случае зависят от той дистанции, которая, как усредненное различие между со-присутствующими в деле людьми как заместимыми Любыми, диктует нам модус разомкнутости этого Другого, а тем самым и права как первично-исходно воплощенного в его теле. Тем самым пределы права очерчены не человеческой субъективностью, не волей некоего высшего существа и не какими-то «априорными ценностями», но самим способом нашего совместного бытия. В свою очередь, это означает, что права нет и не может быть там, где дистанция как различие между мною и Другим настолько велико, либо же, наоборот, настолько ничтожно, что оно в принципе не может быть основой для манифестирования живого телесного соприсутствия как *бытия-в-деле*.

В зависимости от разновидностей дистанции как сущностной характеристики нашего совместного бытия-с-Другими можно выделить четыре разновидности ситуаций, в которых наиболее явно высвечиваются пределы права. Во-первых, дистанция как различие между Другими может быть настолько велика, что совместное имение-дела невозможно в принципе (война). Во-вторых, дистанция может быть в принципе неопределимой, а целостность имения-мест в совместном бытии друг-с-другом смешивается (катастрофа, революция). В-третьих, упомянутая дистанция может быть настолько мала, что пропадает сама возможность индифферентной заместимости, а Другой соприсутствует не как заместимый Любой, но как Ты (семья, секта, община). В-четвертых, существует еще и такой особый случай как игровые сообщества, в которых смешаны черты размежевания, содержатся рудименты войны, а также имеются признаки замкнутого сообщества. Попробуем рассмотреть подробнее упомянутые разновидности пределов права.

Итак, первой, из названных ситуаций, в которых право оказывается неуместным, являются вооруженные конфликты, гражданские либо межгосударственные войны. Говоря языком правового позитивизма, при данных условиях позитивные правила поведения могут сохранять свою действительность, но утрачивают свою действенность. Как правило, нормы права в этом случае применяются после окончательной победы одной из сторон для придания юридической формы комплексу репрессий в отношении проигравшей стороны. Аналогичным образом и нормы права естественного безмолвствуют в ситуации глобального конфликта, поскольку “естественным” можно назвать как право сильного причинить ущерб, так и право пострадавшего на его возмещение.<sup>27</sup> Точно также и обычное право в данном случае не может быть надежным ориентиром поведения, поскольку любой вооруженный конфликт представляет собой по определению атипичную ситуацию, в отношении которой отсутствуют исторически сложившиеся обычаи.

Вторым примером положений, в которых мы сталкиваемся с пределом права, являются чрезвычайные происшествия. Это могут быть как стихийные бедствия, кораблекрушения, авиакатастрофы, так и антропогенные ситуации – революции, теракты и т.п. В данном случае, нормы, например, позитивного права будут сохранять свою формальную действительность, однако утратят свою действенность в силу того, что люди, попавшие в подобные ситуации, будут спасать свою жизнь, не обращая внимания ни на что и, скорее всего, не остановятся, даже если это спасение будет возможно ценой чужой жизни. В данном случае по определению амбивалентным будет и ответ права естественного, так как “по природе” можно обосновать как спасение своей жизни ценой чужой, так и, наоборот, стремление спасти своих близких путем самопожертвования. Также по понятным причинам в подобных ситуациях не существует и норм поведения обычного права.

Наконец, третья разновидность обстоятельств, в которых право отчетливо указывает на пределы своего применения, т.е. на невозможность осмысления ситуации на

<sup>27</sup> О двойственности “естественного права” более подробно см.: Эрих Фехнер, “Философия права,” *Российский ежегодник теории права* 3 (2010): 540 и далее.

его основе, гораздо менее экзотична и встречается нам практически ежедневно и ежедневно. Она заключается в том, что нормы права (особенно позитивного) утрачивают свое значение меры человеческого поведения в рамках определенных групп или сообществ. Подобную картину мы можем наблюдать и внутри замкнутых коллективов: гетто, религиозных сект, бандитских группировок, либо же в кругу семьи и друзей. Конечно, позитивное право пытается искусственно инкорпорировать и подобные ситуации (например, посредством института частного обвинения в уголовном процессе), однако ясно, что нормы позитивного права, взятые в качестве ориентиров поведения для всех членов подобных сообществ, уступают свое место нормам религии (для членов религиозных организаций), “понятиям” для бандитов, обычаям, принятым среди семьи либо друзей и т.п. Так, например, воровство либо насилие в семье, невозврат долга, причинение телесных повреждений между друзьями чаще всего не приводят к обращению к институтам позитивного права, а разрешаются в рамках семейных норм и межличностных отношений. Да и, например, драка между учениками школы, хулиганство либо воровство среди них чаще всего решаются посредством применения дисциплинарных мер (например, исключения учащегося из школы) несмотря на формальное наличие признаков уголовно наказуемого деяния. Тем самым, в описанных случаях на место нормы права, как естественного, так и позитивного, приходят своеобразные “корпоративные нормы,” определяющие нормы поведения среди “своих” и не распространяющиеся на “чужих.” Разумеется, данные нормы не следует смешивать с правовыми, поскольку последние по определению должны распространяться на всех членов общества, а не на какую-то отдельную группу.

Однако наиболее явно право выказывает свои пределы при обращении к явлениям, абсолютно легально инкорпорированным в массовую культуру, прежде всего, таким как спорт и другие игровые сообщества. Например, боксеры или бойцы смешанных единоборств совершают на ринге такие вещи, за совершение которых вне его их бы ожидало длительное тюремное заключение. Однако вместо этого данные спортсмены получают огромные гонорары и являются кумирами миллионов людей. Аналогичным образом, футболисты, регбисты, хоккеисты на поле зачастую ломают друг другу ноги и руки, рвут связки, наносят сотрясения мозга, отделяваясь при этом желтыми и красными карточками, 2, 5, 10-ти минутными штрафами и удалениями, тогда как вопрос об их привлечении к уголовной ответственности даже не ставится. Аналогичным образом дело обстоит и в иных игровых сообществах. Например, едва ли возможно привлечение к юридической ответственности за мошенничество в играх (в т.ч. азартных), несоблюдение условий пари, невозврат карточного долга и т.п.

## VII

Таким образом, мы можем прийти к выводу, что представление классического правоведения о том, что право универсально по своей природе, является иллюзорным. Как нормы позитивного, так и нормы естественного либо обычного права име-

ют пределы своего применения, и, более того, являются вторичными по своей экзистенциально-онтологической природе. Напротив, экзистенциально-онтологически первичным является право как специфический язык, имеющий своими сущностными возможностями невербальную (молчаливую) речь и правовое прото-письмо, воплощенные в телах и поступках людей в их живом телесном соприсутствии. В свою очередь, истолкование тела Другого как первично-исходной нормы права не произвольно, но осуществляется из совместного бытия-в-деле, которым озабочена сиюбытность как публичное бытие-с друг другом. Вместе с тем, пока оставлено без ответа то, каким образом *дело* вовлекает нас в совместное бытие, причем так, что право оказывается релевантным для осмысления, происходящего в нем?<sup>28</sup> Ведь всякое *дело*, также как заданная им целостность *мест*, становится доступными нам из *мира*. Соответственно, соотношение феноменов *права* и *мира* должно стать предметом дальнейшего разыскания.

© А. Стовба, 2021

### Bibliography

- Fechner, Erich. "Philosophy of Law." [In Russian.] *Rossiiskii ezhegodnik teorii prava* 3 (2010): 539–611.
- Fink, Eugen. *The Main Phenomena of Human Being*. [In Russian.] Moscow: Kanon+, ROOI Reabilitatsia, 2017.
- Gusserl, Gerhard. "Law and World." [In Russian.] *Pravovedenie* 3 (2015): 136–71.
- Heidegger, Martin. *Being and Time*. [In Russian.] Moscow: Ad Marginem, 1997.
- Heidegger, Martin. *Sein und Zeit*. Tuebingen: Max Niemeyer Verlag, 2001.
- Heidegger, Martin. "Way to Language." [In Russian.] In *Time and Being*. Moscow: Respublica, 1993.
- Herrmann, Friedrich Wilhelm von. *The Concept of Phenomenology by Heidegger and Husserl*. [In Russian.] Minsk: Propilei, 2000.
- Ricoeur, Paul. *Law and Justice*. [In Ukrainian.] Kiyv: Duh i litera, 2002.
- Stovba, Aleksey. *Temporal Ontology of Law*. [In Russian.] Saint-Petersburg: Alef-press, 2017.
- Stovba, Aleksey. "Law and Unlaw: Does the Negative Ontology of Law Possible?" [In Russian.] *Filosofiiia prava i zagal'na teoriia prava* 1 (2020): 16–37.

#### Олексій Стовба. Межі права

**Анотація.** Статтю присвячено осмисленню проблеми меж права. Особливість дослідницького підходу полягає у спробі розібратися, що дає нам можливість досягнути якійсь предмет чи вище саме як "право." Звичайно, представники будь-якої науки схильні до абсолютизації свого предмету. Якщо для математика Універсум постає як сукупність чисел, то для хіміка Всесвіт являє собою множину хімічних елементів, які знаходяться у різноманітних зв'язках один з одним. Біолог бачить оточуюче середовище як живі організми, що населяють його, в той час як соціологія накладає на все людську розмірність та розглядає світ крізь призму людей, які мешкають у ньому, та зв'язків між ними.

<sup>28</sup> Точно также без окончательного ответа оставлен пока и вопрос о том, совпадают ли пределы права с пределами юридического регулирования?

Однак, навіть не зважаючи на сказане вище, правознавство перебільшує власну значущість вельми екстраординарним чином. Абсолютизм права не знає меж. Згідно до поглядів класичної правової науки, право як світ Належного тотально пронизує весь простір і час, діє завжди й усюди, не залишає жодного проміжку. Інакше кажучи, подібно до релігії, право перетворюється на невидиме око Бога, яке пильно спостерігає за кожним нашим вчинком та прив'язуючи до нього правові наслідки. Отже, згідно до подібної точки зору, протягом усєї людської історії будь-які відносини між людьми завжди було опосередковане правом, чи то природними закономірностями права природного, чи прийнятий у суспільстві звичай, чи владна настанова держави. Якщо виразити цю догму мовою класичної юриспруденції, правова *форма* свавільно може бути надана будь-яким відносинам між людьми, безвідносно специфіки їхнього змісту.

Разом з тим, такі події як війна, революція, катастрофа чітко вказують на ту обставину, що право у зазначених випадках втрачає свою силу. Аналогічним чином, стосунки у родині, між друзями, колегами, суперниками у спорті, навряд чи можуть бути адекватно впорядковані правом. Отже, новизна запропонованого підходу полягає у спробі переосмислити ті умови, від яких кожного разу залежить можливість розуміння відповідної події на підставі права, а також буття права в цілому. Таким чином, слід дійти висновку, що право необхідно переосмислити як правову мову, яка втілена у живій тілесній спів-присутності Іншого, що дозволить аутентично осмислити межі права.

**Ключові слова:** межі права; правова мова; тіло; буття-у-справі; буття-у-світі.

### Алексей Стомба. Пределы права

**Аннотация.** Статья посвящена осмыслению проблемы пределов права. Специфика исследовательского подхода заключается в попытке разобраться, что именно дает нам возможность понять тот либо иной предмет либо явление именно как “право.” Разумеется, представители любой науки, какой бы она ни была, склонны абсолютизировать свой предмет. Если для математика универсум предстает как совокупность чисел, то для химика Вселенная представляет собой множество химических элементов, находящихся в разнообразных связях друг с другом. Биолог видит окружающую среду как населяющие её живые организмы, в то время как социология накладывает на все человеческую размерность, рассматривая мир сквозь призму живущих в нем людей и связей между ними.

Однако, даже несмотря на описанную тенденцию, правоведение гипертрофирует свою значимость совершенно экстраординарным образом. Абсолютизм права не знает границ. Согласно воззрениям классической правовой науки, право как мир Должного пронизывает без остатка все пространство и время, действуя всегда и везде и не оставляя пробелов. Иными словами, уподобляясь религии, право превращается в незримое око Бога, пристально следящее за каждым нашим поступком и привязывая к нему правовые последствия. Тем самым, в соответствии с подобной точкой зрения, на всем протяжении человеческой истории любое отношение между людьми всегда было опосредовано правом, будь это природные закономерности естественного права, принятый в обществе обычай либо властное установление государства. Выражая эту догму языком классической юриспруденции, можно сказать, что правовая *форма* произвольно может быть придана любым связям между людьми, безотносительно специфики их *содержания*.

Вместе с тем, такие события как война, революция, катастрофа отчетливо указывают на то, что право в упомянутых случаях утрачивает свою силу. Аналогичным образом, отношения в семье, между друзьями, коллегами, соперниками в спорте едва ли могут быть адекватно урегулированы правом. Следовательно, новизна предложенного подхода заключается в попытке эксплицировать

---

те условия, от которых всякий раз зависит возможность осмысления соответствующего события на основе права, а также бытия права в целом. Таким образом, следует прийти к выводу, что необходимо переосмысление права как правового языка, воплощенного в живом телесном сопричастии Другого, которое позволит аутентично осмыслить пределы права.

**Ключевые слова:** пределы права; правовой язык; тело; бытие-в-деле; бытие-в-мире.

### **Oleksiy Stovba. The Bounds of Law**

**Abstract.** The article is dedicated to the reasoning of the bounds of law. The specificity of the chosen approach expresses itself as the attempt to clarify, what gives us a possibility to consider this or that entity as “Law.” It’s worth to remark, that any scientist, never mind on his/her scientific specificity, tends to hypertrophy the meaning of scientific subject. For example, a mathematician imagines the Universe as a sequence of numbers, (whereas) a chemist tries to represent it as the unity of chemical elements that are disposed in various relations to each other. However, a biologist considers the environment as a totality of living creatures, and a sociologist, in its turn, intends to put a human measure on everything in order to represent world through the human relations.

Thus, even despite the mentioned tendency, legal science hypertrophies its relevance in a very extraordinary way. The absoluteness of law doesn’t recognize any measures. In accordance with the point of view of classical jurisprudence, law as the world of the Ought penetrates all the space and time, law is relevant to every circumstances and doesn’t leave any gaps. That is to say, similar to religion, law turns itself into the eye of providence, which observes on the any human deeds and connects to them its legal consequences. So, the logical conclusion of the similar view is that the any human relation, which has ever existed in the history, is already ordered by law, whether natural, positive or common law. If we try to express this statement by the language of classical jurisprudence, it’s possible to say, that we can apply the legal form on all the human relations improperly, nonetheless on the specificity of its content.

At the same time, such events as wars, revolutions, catastrophes clearly indicate that in the similar circumstances law loses its validity. Similarly, family relationship, relations between friends, colleagues, rivals in the sport competitions cannot be ordered properly by the means of law. Thus, the academic novelty of the author’s approach lies in the attempt to clarify the conditions of the possibility of the reasoning the Being of law. So, we can come to conclusion that it’s necessary to reconsider law as the language of law, which is embodied in the living bodily co-presentation of the Other and gives us a possibility to conceptualize the bounds of law adequately.

**Keywords:** bounds of law; language of law; body; being-in-case; being-in-world.

Одержано/Received 02.11.2021

## ПРО МЕЖІ ПРАВА В МЕТОДОЛОГІЧНОМУ КОНТЕКСТІ ВЗАЄМОВІДНОШЕННЯ АНТРОПОЛОГІЧНОГО ТА КУЛЬТУРОЛОГІЧНОГО ПІДХОДІВ

### І. Вступ. Про підходи

У назві заявлено про спробу означення меж права як результату осмислення особливостей взаємовідношення та взаємодії антропологічного та культурологічного підходів у методологічному контексті або площині. Йдеться про контекст переважно філософсько-методологічний, коли пропонується розгляд насамперед тих особливостей антропологічного підходу, що їх можна виокремити в якості вже підходу культурологічного в дослідженні права. Щодо поняття підходу (чи то наукового або методологічного підходу), то, незважаючи на доволі широке його (їх) використання, пояснення зазвичай є таким, що мається на увазі певна сукупність методів, що разом складають таку ж певну єдність у сенсі спрямованості або науково-дослідної парадигми. Для вирішення багатьох завдань у правознавстві таке розуміння підходу або підходу до (поняття) підходу є достатнім інструментально.

*Актуальність* теми цієї статті витікає з певних очевидностей соціально-правового буття нашої країни, де однією з головних є парадоксальність ситуації, що складається в процесі державотворення, включаючи й її тяглість, що стає загрозливою для цього процесу: країна, яка має всі умови для успішного (заможного тощо) існування, загрузла мов би в болоті примітивізованого минулого, що і не дозволяє їй досягти вказаного успіху. Це яскраво проявляється в правовій площині, оскільки її можна вважати «лакмусовим папірцем», який дозволяє діагностувати ступінь враженості світоглядними вірусами минулого (у сенсі примітивності мислення) сучасних дієвців (у сенсі реального змісту рішень, що приймаються на загальному, тобто державному, законодавчому тощо рівні, та відповідних наслідків).

Однією з попередніх пояснювальних думок буде така, що її можна сформулювати у вигляді екзистенційно спрямованої заяви про відсутність досвіду свободи у більшості громадян. Проявами цього є вельми об'єктивні показники: крім бідності значної

\* Олександр Миколайович Литвинов, доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри соціально-гуманітарних дисциплін Луганського державного університету 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>



частини населення, слід назвати прояви неефективності соціальної комунікації, що надає можливість дійти висновку про відсутність раціонального ставлення до світу і до самих себе.

Цей останній висновок дозволяє апелювати до культурно-історичних підмурків антропологічного в цілому, включаючи тоталітарне минуле, а також припустити, що посткомуністичне (посттоталітарне) у нашій правовій реальності значною мірою є хронотопною і водночас логічною (а також, значною мірою ідеологічною та психологічною) умовністю: “пост” у поширеному визначенні сучасного – поточного – стану (“пост-тоталітарний,” “пост-комуністичний” тощо) має значення переважно фізично-хронологічне, а не змістовне. Це надає поясненням наших хронічних негараздів, як удається, більшого змістовного наповнення через акцентуацію смислів (така собі феноменологічна конотація в межах культурологічного підходу). Тобто, “пост” у цьому випадку означає лише або переважно хронологічну констатацію: “після.” На тлі таких узагальнених міркувань величезне значення має також інформаційний тиск імперського (шовіністичного) ґатунку, що відбувається в умовах нинішньої гібридної війни з історичним центром концентрації вказаного минулого, державницькі конструкції якого принципово суперечать поняттю права в його гуманістичній традиції останніх століть.

Таким чином ми виходимо на можливий (як на думку автора цих рядків – евристично виправданий і практично дієвий) варіант пояснення меж права, їхніх пригод як пересування, а також фактичного зникнення та повернення права в тих формах і виглядах, що виникають у процесі взаємодії з іншими нормативними системами, що їх вироблено людською культурою тощо. Надто часта втрата сенсу правом, навіть юридично оформленим, для вирішення поточних проблем або втілення інтересів різних персон (представників людського суспільства), заміна цього юридичного звичаєвим чи то іншим (релігійним, політичним, адміністративним тощо) є вельми цікавою ілюстрацією – якщо міркувати з точки зору культурологічної – втрати продуктивних і позитивних можливостей, які надає раціонально структуроване соціальне буття, що є зорієнтованим на концепти свободи та справедливості навіть у їх найзагальніших (і в психологічному, і в соціальному сенсах) втіленнях.

Можна констатувати певні (переважно негативні) наслідки особливостей вказаної властивості замін чи то підмін норм права нормами іншими, що відіграють роль правових у здійсненні соціально-регулятивних функцій насамперед. Таке значення фактично імітаційності як вплив на право, точніше на його рухи, коли масове мовчазливе сприйняття підміни правового іншим, перш за все політичним, спирається на сприйняття її як загальної соціальної норми, актуалізує не тільки питання меж права, а й його змісту. І це стосується також ситуацій, коли втілюються прагнення здавалося б найшляхетніші в сенсі досягнення справедливості, що констатується в сучасному вітчизняному правознавстві:

... 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.<sup>1</sup>

Таке слушне і неспростовне філософсько-правове судження потребує доповнення у вигляді відповіді на запитання про те, чому ж перетинаються межі права в різних напрямках і з різною метою. Відповідь, звісно ж, бажано отримати в актуальному для нас ракурсі.

Тоді також слід наголосити, що одним із чинників, і вельми вагомим, указанного редукування, включаючи й смислове навантаження категорії права, був “войовничий атеїзм” (В. Ленін), що відіграв у науках, особливо гуманітарних (а також в освіті) роль своєрідного “кривого дзеркала,” яке спотворювало і бачення світу, і його образ як у минулому, так і в теперішньому та майбутньому. Зокрема, це відбивалося і в тлумаченні проблем антропологічного наповнення (як правило, підмінялося соціальним, навіть соціально-політичним), і наповнення культурологічного (підмінялося суто мистецьким). Ця інерція продовжує залишатися впливовим освітянським чинником, що посилюється сьогодні ще й доволі потужним загальним світоглядним тиском постмодернізму, де редукаціонізм та детермінантний розрив мислення панують серед головних світоглядних тенденцій. Впливає це й на освіту юридичну: так, наприклад, у чинному державному стандарті вилучено значну частину гуманітарного циклу навчальних дисциплін, що надає підставу вважати такий стан речей світоглядною диверсією, зважаючи на сучасну ситуацію постійного намагання сприяння відновленню ідеологічних штампів тоталітарного минулого в країні, зокрема ставленню до ідеї верховенства права, становище якої залишається доволі хитким. Знову споглядаємо рух меж права?

Тому *мету* цієї статті в найзагальнішому вигляді можна сформулювати як спробу доведення евристичного потенціалу культурологічного методологічного підходу в філософії права на прикладі висвітлення питання меж права.

## II. Про методи та підходи

Викладання міркувань та думок як діалектики цілого і частини в осмисленні вчорашнього правового життя та його досягнення (правової реальності, якщо за С. Максимовим) буде спиратися на класичну лінію раціоналізму в її найбільш плідній для правознавства традиції (Аристотель, Г. Гроцій, Т. Гоббс, Б. Спіноза, Дж. Локк, І. Кант, А. Бергсон, К. Поппер, Дж. Сорос, В. Лекторський, М. Попович, Є. Бистрицький, С. Пролеєв та ін.), включаючи й гранично загострений варіант такого осмислення у вигляді різноспрямованих прото-критичних або критичних осмислень соціальності аж до антиутопій (Аристофан, Ф. Рабле, Дж. Свіфт, О. Радіщев, Є. Замятін, Дж. Орвелл, Е. Бюрджес, О. Гакслі, Р. Бредбері, О. Зинов'єв, брати А. і Г. Вайнери, Т. Антіпович та ін.).

---

<sup>1</sup> Сергій Максимов, “Спір про природу права,” *Філософія права і загальна теорія права* 2 (2020): 28.

Оскільки в цьому тексті пропонується акцентувати увагу на культурологічній складовій методології досліджень права та інших нормативних систем, то на його створення мали вплив й ідеї деяких теологів, а також дослідників фундаментальних засад та світоглядних підмурків культур та культурних кодів. Останні розуміються як відбиття релігійних уявлень та позицій, що мали безпосередній або опосередкований вплив на нормативні системи, зокрема на право. Тобто, йдеться як про доволі давні позиції та думки Іларіона Київського (рівні закони не тільки для одного богообраного народу та принцип любові як соціальний), так і не такі давні результати досліджень Д. Зільбермана (блискуче доведення єдності культурних кодів православної віри і комуністичної ідеї). І далі: як М. Лютера, Ж. Кальвіна та їхніх послідовників (які заклали відповідні їхньому часу засади прав людини), так і М. Вебера (який довів історичну спорідненість юридичного і буржуазного як єдність морального та економічного) й Е. Соловйова (який екстраполював ці думки на пострадянське сьогодення). Як Т. Аквінського (який поєднав формалізм античної логіки мислення з юридичним аспектом християнства через погляд на поведінку, що дисциплінує), так і про всю католицьку традицію аж до Ж. Марітена та папи Івана-Павла II (які показали неможливість ігнорування або заперечення єдності морального і правового на езистенціальному рівні). Кінцевою ризикою, що підводить такий підхід до загального знаменника наведений перелік (доволі неповний) імен, є концепція А. Тойнбі, що доводить релігійні засади підмурків будь-якої культури.

Також, і прямо, і непрямо, на подальші міркування та висновки впливало прочитання текстів з культурологічної точки зору і таких, у тому числі вже названих і відомих правознавців, філософів та істориків. Це Г. Гроцій, Т. Гоббс,<sup>2</sup> Дж. Локк (який вважав себе на-самперед теологом<sup>3</sup>), Б. Кістяківський, Г. Берман, А. Бергсон, Ф. Бродель, Р. Дворкін, Р. Познер, Р. Алексі, У. Еко, Ю. Павленко, В. Біблер, А. Буасон, Н. Фергюсон та ін.

Звісно, слід указати на вітчизняних правознавців та методологів науки, які наполегливо працюють в напрямку повернення вітчизняної юриспруденції в річище сучасних процесів осмислення права та надання йому статусу, що включає світоглядну складову, незважаючи на необхідну формалізацію. Організаційно це втілюється в перейменуванні кафедр теорії держави і права в кафедри теорії і філософії права, що відбивається і в спрямованості наукових пошуків, а наукові пошуки – у відповідні підручники та посібники для майбутніх правознавців уже нового покоління (П. Рабіновича, а також відомі видання за редакцією М. Козюбри, Ю. Оборотова, О. Петришина та ін.). Творчо-наукові колективи, що працювали над створенням цих науково-навчальних праць, накреслюють нові напрямки побудови шляхів подолання того редукованого іноді аж

<sup>2</sup> Олександр Литвинов, *Право як феномен культури: спроба філософського осмислення* (Луганськ: Янтар, 2014), 349–65.

<sup>3</sup> Бьярн Мелкевик, “Я – естественное право”: Критика интеллектуальной ловушки,” в *Заметки по истории правовых понятий*, пер. с фр. Е. Г. Самохиной, отв. ред. М. В. Антонов (Санкт-Петербург: Алет-Пресс, 2018), 60.

до схематизму погляду на право, що домінувало в тоталітарні часи і мало відчутний, а в методологічному сенсі часто прямий вплив і протягом останніх десятиліть. Тут можемо констатувати розширення меж розуміння права та висвітлення цього з різних методологічних позицій, де антропологічна спрямованість і культурологічна складова є постійно присутніми.

Тому наявне розмаїття термінології у визначенні методів і підходів та в їхній класифікації у вітчизняному правознавстві відбиває не тільки стан переходу від монізму до плюралізму в цій сфері, що відбувається доволі непросто, а й з причин інших. Розуміння цього питання ускладнюється ще й тим, що до процесу інтенсивного і не завжди адекватного засвоєння методологічного інструментарію, накопиченого в ХХ столітті (що був, як відомо, багато десятиліть для нас не тільки неприйнятним, а й принципово – насамперед методологічно – “ворожим”), слід додати й трансформації свідомості людства в цілому, що прискорюються в його одній частині, і водночас зустрічають шалений спротив частини іншої. Це також є й питанням свідомості історичної (відповідно й історичної науки), яка є не тільки значною, навіть визначальною частиною світогляду взагалі, а й фундаментальною засадою методологічного характеру, особливо в науках соціальних. У правознавстві в цьому контексті маємо згадати про саме таку роль філософії права, яку вона відігравала в соціальних науках в цілому наприкінці ХІХ – початку ХХ століття, втім, насамперед в юриспруденції. Наприклад, на засадах філософської рефлексії розроблялися концептуальні положення навіть у таких доволі специфічних галузях юридичної науки, як державне право, що стосується багатьох країн, особливо Британської, Германської та Російської імперій. Тому, свідомо беручи за зразок концептуальні підходи А. Дайсі, Г. Еллінека, Л. Петражицького, Б. Кістяківського, П. Новгородцева та інших видатних мислителів, які значно розширили методологічний інструментарій правознавства через звернення саме до філософської рефлексії (філософії права), зробимо спробу здійснити черговий крок в описаному напрямку, що полягає в обґрунтуванні доцільності виокремлення культурологічного підходу в правознавчих дослідженнях, спираючись насамперед на антропологічні засади праворозуміння.

### III. Про культурологічний підхід

Культурологічний підхід пропонується розуміти як такий, що є тісно пов'язаним із підходом антропологічним, з яким він не може не збігатися в певних настановах і положеннях.<sup>4</sup> Поняття культури і культурного, яке є водночас і людським, і не може бути іншим, втім, не втрачає своєї історико-етимологічної автентичності як “покрашене людиною” – це Цицерон, який справся, як відомо, на стоїків і в цілому на грецьку філософську, у тому числі й філософсько-правову традицію. Остання, за всієї своєї

---

<sup>4</sup> Олександр Литвинов, “Культура, право і війна: про здійсненність проекту ‘вічного миру,’ або щодо деяких методологічних питань філософії права,” *Філософія права і загальна теорія права* 2 (2020): 79–85.

різноманітності, мала й певний безумовно антропологічний стрижень традиції солов'янсько-сократівської, де виокремлювався Розум, що розумівся як єдність того, що ми сьогодні називаємо інтелектуальним і моральним. Уже на цій підставі видається логічним і можливим, а значить евристично продуктивним, виокремлювати культурологічне з антропологічного.

Втім, підхід антропологічний як такий, що склався на теперішній час в юриспруденції, найбільш коректно пов'язувати з філософсько-правовими концепціями Нового часу, коли постановка питання про права людини, а потім про необхідність такої загальнокультурної засадничої (насамперед для права) ідеї автономної особистості набувають все більшої ваги, свідченням чого є поступова юридизація цих філософських по суті ідей. Також слід додати, що чинник економічний, що був головним у поясненні стрімкого розповсюдження того, що називали "буржуазним," є лише частиною цього "буржуазного," бо не меншого значення мали саме ці процеси юридичного оформлення процесу розширення свободи вже кожної людини, що стає наріжним каменем і нового типу державного ладу. Раціоналізація і поступова соціальна структуризація (у П. Сорокіна, потім – стратифікація) з відхиленням, а потім і відкиданням станової ієрархії була також процесом установавання тих меж права, які вже не завжди допускали в його склад унормовані уявлення про регулювання життя соціуму в звичаях, міфології, включаючи й інституалізовані та легітимізовані релігійні догмати тощо, аж до потестарних імперативів. Звісно, це не виключає апеляцію до морально-етичних норм, особливо на світоглядно-релігійному (тобто культурному) підґрунті, коли формувалося законодавство, але все більший вплив набували природноправові ідеї раціоналістичного (філософського та пов'язаного з природничими науками) ґатунку.

Усе це було не тільки своєрідним процесом поглинання правом нормативної спадщини, що її насамперед слід назвати культурною, а й процесом раціоналізації цих культурних норм з орієнтацією вже на концепт прав (природних і невід'ємних) людини. Ця раціоналізація відбувалася на методологічному ґрунті, що його формулюють сьогодні як формально-догматичний метод у правознавстві, що є по суті втіленням наріжного каменя науки логіки в першопочатковій її інтерпретації як руху від поняття до поняття, де логос виокремлювався як своєрідність мислення, яке дозволяє досягнути істинного знання.<sup>5</sup> Навіть якщо не торкатися комунікативного аспекту цих процесів вигадає необхідним зауважити щодо історичної наскрізності їх епістемологічної складової саме на методологічних засадах у збільшенні – розширенні – меж права в культурологічній площині за рахунок наповнення (насичення) поняття гуманістичного християнським мислосердям як напрямком руху від більш простого – формально-логічного – відокремлення суто людського від іншого живого (насамперед тваринного).

Але діалектика соціальних процесів є такою, що ці тенденції як нова парадигма політико-правового розвитку мали не менш потужних опонентів, значна частина яких

<sup>5</sup> М. Булагов, "Багатоманітність методів: історико-філософський екскурс," *Філософсько-антропологічні читання*'97 (Київ: Стилос, 2000), 154–63.

апелювала до простих (звичайних) очевидностей, що на рівні буденної свідомості призводила (як це відбувається і сьогодні) до містифікації, що є свідченням і потужного культурно обумовленого впливу міфології як принципу сприйняття та пояснення світу. Тут образ перемагає поняття через тиск емоцій (*motus*) на розум (*ratio*). Сприйняття нормативності часто втрачає раціональний ґрунт, коли підміна одних норм іншими (правових звичаєвими або ієрархічно-потестарними) сприймається майже як належне.

Фактично відбувається те, що можна назвати примітивізацією або варваризацією соціальних процесів (знову апеляція до минулого, несвідома і свідомо), чому сьогодні сприяє ще й ситуація постмодерну з його відвертим тяжінням до архаїзації і свідомості, і соціальних процесів. Назвемо тут тільки один з окремих випадків, відомий як корупція, значення якої в “розмиванні” меж права недооцінити неможна. Загострення цієї проблеми в країнах “пост” полягає в юридизації корупційних підходів і принципів, а тоді питання меж права опиняється перед проблемою визначення самого права, в результаті чого правознавча думка знову таки розвертається в минуле, коди ідея права (природне право) стикається з законодавством, де вона не завжди є присутньою.

Чи можемо ми в таких випадках говорити про зникнення меж права взагалі, чи нас можуть задовольнити класичні визначення на кшталт кантівського “неправового закону”? Спроби методологічного обґрунтування такого собі “розмивання” змісту права через релятивізм “посткласичної” філософії права, як удається, не завжди виглядає переконливим. Це є результатом не тільки постулювання культурного (переважно використовується поняття соціокультурного) як партикулярного, а й в ігноруванні феноменологічних засад того цілого (загального, спільного) в культурі людства, що слід вважати універсальним. Тоді, як удається, імпліцитно маємо “методологічне рівняння” на О. Шпенглера, а не на П. Тейяра-де-Шардена і В. Вернадського в концептуальних позиціях багатьох правознавців, навіть якщо вони позірно апелюють до комунікативності, інтерсуб’єктивності чи то діалогу.

Ці дещо схематично описані процеси та їх осмислення в правовій площині стосуються всього світу, втім у різного ступеня впливу на соціального буття, і цей ступінь належить від впливу культурного як раціонального (насамперед у праві) на антропологічне як людське (у загальній цілісності цього людського). Для країн “пост” як пострадянських таке розуміння права, його значущості та меж має особливе значення. Тому далі, хоч і вимушено, але виправдано (для нас сьогодні), слід знову додати до розгляду причин наявного становища невизначеності та руху меж права як загальної наукової проблеми редукціонізму юридичного позитивізму ленінського зразка, відомий як “марксизм-ленінізм”.

У контексті цієї розвідки методологічно значущою виглядає позиція Ч. Варги, який зробив спробу політико-правового діагнозу процесів реанімації природного для європейських країн шляху після шокуючої травми радянського соціалістичного (комуністичного) експерименту (що для нас залишається в соціокультурному плані проблемою

ще більш нагальною).<sup>6</sup> Він говорить про історичну належність країн Центральної Європи до європейської сім'ї народів, і при цьому, навіть не зважаючи на більш короткий у порівнянні з країнами, що були в складі СРСР, період тоталітарного політико-правового режиму, наслідки його впливу аж ніяк не подолано. Слід додати, що, крім більш короткого періоду історичного, ці режими були ще й не такими жорсткими, точніше навіть жорстокими, як то можна говорити про сам Радянський Союз. Його блискучий аналіз сучасної ситуації транзиту від комунізму до верховенства права, насамперед в Угорщині, показує надзвичайну вкоріненість радянських стереотипів у певних верств населення, насамперед інституціалізованих: військових, держслужбовців тощо. Ці, як він називає їх, "старі-нові сили," які залишилися на своїх позиціях у державі, і діють, і імітують діяльність в зазначеному на сьогодні напрямку заради збереження влади. Питання тлумачення верховенства права чи то в англо-саксонській традиції, чи то в континентальній, що його розглядає Ч. Варга, на цих рядках не є першочерговими, слід тільки наголосити, що відомий правознавець неодноразово апелює саме до культурологічних (культурно-історичних) засад досліджуваних процесів. Втім, про значущість цієї складової свідчить і назва статті, де це сформульовано як "дилема етосу."

Така ситуація, яка є значною мірою матричною для багатьох країн "комуністичного табору," у політичній площині виглядає доволі прозоро, однак подолання вад минулого відбувається надто повільно, навіть якщо інструментом цього подолання є правова система. Остання ж надто відверто не витримує тиску тієї корозії свідомості, яка стає причиною посягань не тільки на право і звуження його меж як можливостей, а часто й посяганням на здоровий глузд (саме того *common sense*, який є однією з культурно-історичних засад ідей прав людини і правової держави, включаючи, до речі, і лексикон, що є актуальним і сьогодні).

Необхідність виходу за межі суто політико-правового в антропологічне вже стала зрозумілою, маємо рух і в бік усвідомлення надзвичайної евристичної цінності категорії культури для правознавства, включаючи й звернення до проблеми взаємовідношення універсальності права та культурного партикуляризму і релятивізму. Один із варіантів такого розгляду в І. Честнова доволі красномовно про це свідчить.<sup>7</sup> Втім, його апеляція до видатних досягнень людської думки (наприклад, теореми Гьоделя тощо) і доволі слушна з формально-логічної точки зору критика юснатуралізму призводить до висновку аристотелівського гатунку: остаточною є апеляція до функціоналізму. Підкріплення такої думки дослідженнями кримінологічними і соціологічними (Я. Гілінський), як удається, залишає нас у контексті констатації фактичного функціонування права як законодавства і не відповідає на питання особливості самого права. Тому складається враження певної імітаційності звернення до надзвичайних досягнень ма-

<sup>6</sup> Чабва Варга, "Верховенство права, або Дилема етосу: вирощування чи механічне нав'язування," *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2013): 48–64.

<sup>7</sup> Ілля Честнов, "Універсальність права в контексті культурного релятивізму," *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2013): 183–90.

тематики та фізики (крім теореми Гюделя – закони термодінаміки), оскільки вони є втіленням (як і теорія відносності) переважно не експериментальної науки, а філософського мислення, а якщо точніше – феноменології. Тому, якщо продовжити (на наведеному прикладі) думку про універсальність права, то його межі слід досліджувати не тільки в дійсності як законодавства і навіть функціонування норм звичаїв, моралі та релігії, що виконують ролі норм права, а в правовій реальності в цілому. Тобто, йдеться про те, що ідея права є феноменологічною, а цьому вона є справжнім втіленням людського як культурного, тобто такого, що докорінно відрізняє її – людину – від інших істот. Число філософа Піфагора мислилося як Бог усього (бо математиком він став уже в підручниках багато століть потім).

У соціальному житті такою феноменологічною одиницею є Право. Через постестарні інтенції соціальної комунікації (що в правознавстві починається осмислюватися в термінології 1980-х років як діалогічне, комунікаційне, інтерсуб'єктивне тощо) маємо раціоналізовані варіанти конкретизації “філософії життя,” в цьому випадку Ф. Ніцше, як “волі до влади.” Необізнаність правознавців у фундаментальних засадах методології як трагічна спадщина вказаних вище заборон “знати” за межами офіційної ідеології за часів панування догматів жорсткого позитивізму “марксистсько-ленінського” гатунку стає фундаментом постійного відновлення його примітивованого пояснення сфери правового та відповідних дій. Іншими словами, Право, його зміст та його межі – знов таки імпліцитно – координуються із Владою як Силою, а не Можливістю та Свободою. Звідси й згадана критика юснатуралізму з формально-логічної точки зору І. Честновим набуває тих рис імітаційності, що дозволяє без особливих сумнівів як мінімум у питанні меж права долучити його до представників того минулого, описуванню якого було присвячено так багато рядків.

Культурним (соціокультурним, культурно-історичним) відбиттям такого стану є й лінгвістичний аспект: нероздільність указанного в попередньому реченні. Тобто, того, що маємо як *Law* і *Right* в англomовному варіанті. Тому навіть постановка питання в цьому ракурсі (і формально-логічно, і методологічно) має бути уточненою кожного разу, коли йдеться про праворозуміння, оскільки обговорення меж того, що не є визначеним у певному, навіть так: конкретному тексті втрачає сенс. Якщо право розуміти в культурному контексті проблеми взаємодії та взаємовпливу партикулярного та універсального, то це є можливість впливу на вольову сферу особистості та долю Іншого як розширення чи обмеження його свободи, що втілюються в низці сталих або/та визнаних загалом – представниками культури – норм, що забезпечуються силою. Слід тільки зауважити про надзвичайну важливість у зазначеному контексті розрізнення та осмислення ступеню взаємодії легального і легітимного в тій силі, про яку йдеться.

Межі права варіюються в залежності від тиску ззовні, і тоді питання впливу партикулярного чи то універсального стає принциповим, оскільки в першому випадку йдеться (переважно) про обмеження свободи, у другому – (переважно) про її розширення. Більше того, персоналістична спрямованість розвитку людської культури, технічний



аспект чого є надто очевидним, долає партикулярність у правовій площині через переведення культурних характеристик будь-кого у приватну площину. Виникає все більше умов для створення універсального простору людства, що означає, зокрема, і зростання ступеня синонімічності понять людини культурної та людини правової. Право стає можливістю вільного прояву волі особистості як дій, що створюють її долю в межах сталих або/та визнаних і прийнятих загалом норм.

Зазначений вище факт все більшій юридизації таких норм як раціоналізоване поглинання завжди обмежених пересудами та уявленнями минулого проявів партикулярного робить право неперевершеним у своїй значущості у формуванні парадигми мислення, що може створити умови для позитивної для людства перспективи. Фактична наявність спротиву формуванню такої парадигми різного штибу партикуляризму лише доводить, як удається, необхідність культурологічного підходу як методологічного інструменту – хоча б для більш точної діагностики соціальних, включаючи й політико-правові, процесів.

Зазначена (і не одношарова) діалектика ідей, як і способів їх втілення, включаючи й юридичне оформлення, дозволяє робити припущення не тільки про природну суперечність соціальних процесів, включаючи можливість руйнацію культурного як поліпшеного і гуманного, а й про методологічну небезпеку “зсуву” меж права як раціонально обґрунтованої нормативності в бік заповнення його змістовного поля смислами ірраціональними, породженими свідомістю міфологічною, а сьогодні підтриманою свідомістю буденною. Тому у виявленні перш за все антропологічних підмурків таких процесів полягає, як удається, евристичне і практичне значення культурологічного підходу в правознавстві.

Можна наполягати на тому, що це дозволяє певною мірою конкретизувати та посилити дослідницькі можливості визнаної вже “соціокультурної антропології”,<sup>8</sup> де соціологічна акцентуація імпліцитно продовжує відновлювати тяглість ідей платонівської генези і комунітарної (до- і після- марксистської) парадигми за рахунок тиску аж до знищення культурної (як культуротворчої) неагресивної традиції, що спирається в правовій площині на раціональне осмислення проблем, включаючи конфлікти, договір, компроміс тощо. Додамо, що така спрямованість, що її обстоює автор цих рядків, не є новиною в світовому правознавстві, а в своїх міркуваннях він спирався, крім доволі розлогого переліку авторів у Розділі I цього тексту, ще й на конкретні сучасні дослідження, зокрема Р. Познера<sup>9</sup> та інших представників того підходу, що сформульований як культурологічний.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Дмитро Гудима, “Антропологічні дослідницькі (методологічні) підходи,” *Велика українська юридична енциклопедія, т. 2. Філософія права* (Харків: Право, 2017), 57.

<sup>9</sup> Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 1990).

<sup>10</sup> Austin Sarat and Jonathan Simon, eds., *Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Law: Moving Beyond Legal Realism* (Durham and London: Duke University Press, 2003).

#### IV. Висновки. Про необхідність втілення принципу верховенства права

Якщо право складається з правил, якими люди керуються в їхньому спільному житті, а антропологічною підставою користування ними є “відкритість людини світові”,<sup>11</sup> то вже тут виглядає нездоланим протиріччя між людиною і соціумом, де правилами, які вважаються правом, ця відкритість скасовується. Тому зазначену «антропологічну підставу» слід вважати такою частиною людського, що виходить за межі загальної характеристики людини, а стосується того, що в солонівсько-сократівській інтерпретації (а ще й Аристотелевій) є Розумом, християнській теології (а також вітчизняній філософії – Сковорода) – “божественне,” у Бергсона і Поппера – здатністю долати (також за допомогою розуму) тваринно-інстинктивне в побудові “відкритого суспільства,” у Тейяра де Шардена – “Наджиття” як універсалізації життя людей на планеті. Тобто, те “покращання людини,” що є основою культури (навіть так: це і є сама культура) стає не просто результатом її розвитку як поєднання різних антропологічних типів на основі єдності свідомості та єдності правил співіснування, а й діалектичного переходу партикулярного в універсальне через людино(культуро)творчі інтенції та потенції права. Як удається, уже розуміння цього як результат використання культурологічного підходу має доволі великий евристичний потенціал у дослідженні права та, відповідно, його меж. Можна також, в якості наступного висновку, наполягати на необхідності використання культурологічного підходу як експертного інструмента для обґрунтування такого розуміння.

У наступному висновку має йтися про акцентування практичних дій в реалізації принципу верховенства права, що має сприяти встановленню меж права в сучасному його розумінні насамперед як прав людини (тобто, без обтяження рудиментами минулого у вигляді законсервованого на рівні партикулярних культур). З цієї точки зору принцип верховенства права є саме тим необхідним для сучасного етапу розвитку людства інструментом, який через свою захисну функцію має виконати навіть не завдання, а місію в житті тієї істоти, що означається як “феномен людини.” З тією ж самою необхідністю такими інструментами стають “правова держава,” “правове суспільство” і “правова людина” як конкретизація втілення права як феномена культури. Ці висновки на методологічному рівні підтверджуються й дослідженнями істориків. Так, наприклад, один з найвідоміших і найвпливовіших сьогодні істориків Н. Фергюсон доводить, що послаблення принципу верховенства права призводить до спотворення громадянських інститутів, що потребує його відновлення для попередження можливого колапсу.<sup>12</sup> Інші приклади можуть показати вже не тільки діагностичні, але й практично-дієві спроможності культурологічного підходу в правознавстві. Але це вже є темою іншого дослідження, де поняття партикулярності та універсальності в запропонованому ме-

<sup>11</sup> Сергій Максимов, “Антропология права,” *Велика українська юридична енциклопедія, т. 2. Філософія права* (Харків: Право, 2017), 62.

<sup>12</sup> Нил Фергюсон, *Великое вырождение. Как разрушаются институты и гибнут государства* (Москва: АСТ, Корпус, 2016).

тодологічному контексті дозволять долати культурний релятивізм софістичного ґатунку, зважаючи на час – сьогодні, і його виклики.

© О. Литвинов, 2021

## Bibliography

- Bulatov, M. "Diversity of Methods: Historical and Philosophical Digression." [In Ukrainian.] In *Philosophical and Anthropological Readings* '97, 154–63. Kyiv: Stylos, 2000.
- Chestnov, Illia. "The Universality of Law in the Context of Cultural Relativism." [In Ukrainian.] *Filosofiiia prava i zagal'na teoriia prava* 1 (2013): 183–90.
- Ferguson, Niall. *The Great Degradation. How Institutions Decay and Economies Die*. [In Russian.] Moscow: ACT, Corpus, 2016. 192 p.
- Hudyma, Dmytro. "Anthropological Research (Methodological) Approaches." [In Ukrainian.] In *Great Ukrainian Legal Encyclopedia, vol. 2. Philosophy of Law*, 55–59. Kharkiv: Pravo, 2017.
- Lytvynov, Olexander. "Culture, Law and War: On the Feasibility of the Project of 'Eternal Peace,' or on Some Methodological Issues of the Philosophy of Law." [In Ukrainian.] *Philosophy of Law and General Theory of Law* 2 (2020): 72–91.
- Lytvynov, Olexander. *Law as a Phenomenon of Culture: Experience of Philosophic Comprehension*. [In Ukrainian.] Luhansk: Yantar, 2014.
- Maksymov, Sergiy. "Dispute about the Nature of Law." [In Ukrainian.] *Philosophy of Law and General Theory of Law* 2 (2020): 17–34.
- Maksymov, Sergiy. "Anthropology of Law." [In Ukrainian.] In *Great Ukrainian Legal Encyclopedia, vol. 2. Philosophy of Law*, 59–64. Kharkiv: Pravo, 2017.
- Melkevik, Bjarne. "I am Natural Law: The Criticism of an Intellectual Trap." [In Russian.] In *Notes on the History of Legal Concepts*. Translated by Ekaterina Samohina, edited by Mihail Antonov. Saint Petersburg: Alef-Press, 2018.
- Posner, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 1990.
- Sarat, Austin, and Jonathan Simon, eds. *Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Law: Moving Beyond Legal Realism*. Durham and London: Duke University Press, 2003.
- Varga, Csaba. "Rule of Law, or the Dilemma of an Ethos: To be Gardened or Mechanicised." [In Ukrainian.] *Philosophy of Law and General Theory of Law* 1 (2013): 48–64.

### **Олександр Литвинов. Про межі права в методологічному контексті взаємовідношення антропологічного та культурологічного підходів**

**Анотація.** Розглядається дослідницький філософсько-методологічний сюжет як варіант обґрунтування застосування культурологічного підходу до дослідження права та його меж у взаємовідношенні з іншими нормативними системами. З методологічної точки зору цей підхід інтерпретується як взаємопов'язаний з підходом антропологічним, але відмінним від нього якісно в апеляції до такого людського, яке принципово відрізняє саму людину від інших істот. Насамперед це моральне та інтелектуальне в їхній єдності. Актуальність і евристична цінність цього підходу демонструється на використанні його як способу розгляду стану правової

реальності в пострадянських державах, насамперед в Україні. Переважно хронологічний зміст предиката “пост” дозволяє інтерпретувати правові і в цілому соціальні процеси, де деструктивна роль в ерозії права належить не тільки наслідкам марксизму-ленінізму, а й більш глибоким культурно-історичним засадам. У рамках культурологічного підходу нерациональність взаємодії різних сфер правової реальності пояснюється тиском партикулярного як минулого, що зберігається, на універсальне як раціоналізовану нормотворчість, що формує сьогодення і майбутнє.

У висновках підкреслюється необхідність: 1) розуміння такого становища; 2) використання культурологічного підходу як експертного інструменту для обґрунтування такого розуміння; 3) акцентування практичних дій в реалізації принципу верховенства права.

**Ключові слова:** культура; право; філософія права; межі права; методологія; антропологічний підхід; культурологічний підхід; партикулярне; універсальне; верховенство права.

### **Александр Литвинов. О пределах права в методологическом контексте взаимоотношения антропологического и культурологического подходов**

**Аннотация.** Рассматривается исследовательский философско-методологический сюжет как вариант обоснования применения культурологического подхода к исследованию права и его границ во взаимоотношении с другими нормативными системами. С методологической точки зрения этот подход интерпретируется как взаимосвязанный с антропологическим подходом, но отличный от него качественно в апелляции к такому человеческому, которое принципиально отличает самого человека от других существ. Прежде всего, это моральное и интеллектуальное в их единстве. Актуальность и эвристическая ценность этого подхода демонстрируется на использовании его как способа рассмотрения состояния правовой реальности в постсоветских государствах, прежде всего в Украине. Преимущественно хронологическое содержание предиката “пост” позволяет интерпретировать правовые и в целом социальные процессы, где деструктивная роль в эрозии права принадлежит не только последствиям марксизма-ленинизма, но и более глубинным культурно-историческим устоям. В рамках культурологического подхода нерациональность взаимодействия различных сфер правовой реальности объясняется давлением партикулярного как сохраняющегося прошлого на универсальное как рационализированное нормотворчество, формирующее настоящее и будущее.

В выводах подчеркивается необходимость: 1) понимания такого положения; 2) использования культурологического подхода как экспертного инструмента для обоснования такого понимания; 3) акцентирования практических действий в реализации принципа верховенства права.

**Ключевые слова:** культура; право; философия права; пределы права; методология; антропологический подход; культурологический подход; партикулярное; универсальное; верховенство права.

### **Oleksander Lytvynov. On the Limits of Law in the Methodological Context of the Relationship between Anthropological and Culturological Approaches**

**Abstract.** A variant of concretization of the application of the culturological approach to the study of law in relation to other normative systems regulating the life (functioning) of society is proposed. The culturological approach (as a set of methods that take into account and use the categories of culture) allows, from the author’s point of view, to discover and describe the fundamentals of law as a phenomenon that can manifest itself not only in the form of formalized legal norms and procedures. As a methodological problem, this approach is interpreted as interconnected with the anthropological approach, but qualitatively different from

it in appeal to the human, which fundamentally distinguishes the person from other creatures. First of all, it is moral and intellectual in their unity (Reason in the ancient understanding, which developed as a tradition dating back to Solon and Socrates). The relevance and heuristic value of this approach is demonstrated by its application as a way of considering the state of legal reality in post-Soviet states, primarily in Ukraine. The established semantic content of the predicate “post” as predominantly chronological (not chronotopic) allows us to propose a version of the interpretation of legal and social processes in general, which allows us to reveal the destructive role in the erosion of law (primarily in its modern understanding as human rights) not only of Marxism

As conclusions the author offers provisions requiring: 1) understanding of such situation; 2) using the culturological approach as an expert tool to substantiate this understanding; 3) accentuation of practical actions in the implementation of the principle of the rule of law. In general, this can contribute to the establishment of the limits of law in its modern understanding, primarily as human rights without burdening with the rudiments of the past.

**Keywords:** culture; law; limits of law; methodology; philosophy of law; anthropological approach; culturological approach; particular; universal; the rule of law.

Одержано/Received 01.11.2021

## ПАРАДОКС НАСЛІДКІВ МАКСА ВЕБЕРА В КОНТЕКСТІ УКРАЇНСЬКОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

### I. Початок

Явище *парадоксу наслідків* Макса Вебера відоме в соціальних науках давно. Цей феномен є характерною ознакою сучасного життя як невідворотний наслідок соціальних зрушень епохи Модерну. У своїй роботі “*Політика як покликання й професія*”<sup>1</sup> Макс Вебер розмірковує над революційними засобами досягненням таких цінностей, як рівність і справедливість, але при цьому попереджає про їх неочікуваний факультативний ефект. Зокрема, він наголошує на тому, що політичні цілі в силу своєї природи часто руйнують або й знищують в підсумку морально-етичні принципи, заради утвердження яких “все починалось.”

Домагаючись масової лояльності від своїх послідовників, харизматичні політики використовують силу людських інстинктів, серед яких особливо результативними є прагнення до влади, мстивість й звичайна жадібність. У цьому сенсі відомі політичні максими про те, що переможців не судять і що моральним є все, що сприяє перемозі пролетаріату, вважаються класикою. Утім, констатацією подібних закономірностей Макс Вебер не обмежується.

У аналітичному дослідженні, спеціально присвяченому використанню Максом Вебером поняття *парадокс*, Майкл Саймондс і Джейсон Падсі вказують на те, що це поняття сприймалося ним як універсальна умова людської життєдіяльності, “логічна характеристику розвитку сучасного західноєвропейського суспільства.”<sup>2</sup> Схожий підхід поділяли й такі авторитетні науковці, як Брайан Тернер (Bryan S. Turner), Роберт Мертон (Robert K. Merton) та Фрідхельм Гуттандін (Friedhelm Guttandin).

Зокрема, Брайан Тернер пов’язував парадокс наслідків Макса Вебера з базовими цінностями, про які йдеться в роботі Вебера про вплив протестантської етики на капіталізм (протестантський аскетизм як несподіваний шлях до багатства). У свою чергу,

---

\* Всеволод Володимирович Речицький, кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного права України Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

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

e-mail: vsevolodrechytskyi@windowslive.com

<sup>1</sup> Див.: Макс Вебер, *Избранные произведения*, пер. Юрий Давыдов (Москва: Прогресс, 1990), 643–706.

<sup>2</sup> Див.: Michael Symonds and Jason Pudsey, “The Concept of ‘Paradox’ in the Work of Max Weber,” *Sociology* 42, no. 2 (April 2008): 223.

Фрідхельм Гуттандін помітив прояви парадоксу наслідків Вебера у Адама Сміта (соціальна гармонія походить з хаосу ринку), Бернарда де Мандевіля (публічний ефект від гедоністичних індивідуальних прагнень) й Едмунда Берка (соціальна невинуватість політичного радикалізму).

Так або інакше, розглядаючи парадокс наслідків Макса Вебера в сучасному контексті,<sup>3</sup> можна дійти висновку про те, що Вебер користувався даним поняттям для позначення специфічних проявів соціальної практики як такої, безвідносно до особистих якостей реформаторів чи революціонерів. За Вебером, сама природа змушує харизматичних фігур обирати такі способи й засоби досягнення своїх цілей, які з часом починають підривати цю ціль. Можна сказати, що у Вебера йдеться про принцип моди в його глобальному розумінні. Якої б сфери суспільного життя не торкався Вебер – економіки, політики, науки чи культури, він завжди констатує суперечливий характер протікання в них основних процесів.

Парадокс наслідків Вебера яскраво проявляється в спробах творення різних *харизматичних спільнот*, коли первісна ціль занепадає через рутину повсякдення й поступове виродження героїчного етосу вождів. За даним правилом фашизм, комунізм і навіть раціоналізм породжують – у силу власної природи – такі наслідки, які поступово знищують потенціал первісного пасіонарного задуму як такого.

Сьогодні потенціал спостережень і висновків Макса Вебера допустимо поширити не тільки на релігійно-конфесійні чи політичні явища Нового часу. Помічений Вебером ефект виродження героїчної харизми свідчить про характерні ризики будь-якого утопічного проекту. Завдяки Веберу ми знаємо, що наука не забезпечує вичерпних відповідей на запитання про те, що саме людям необхідно робити в першу чергу, на що наважуватись і за якими поведінковими моделями вони мають жити. Це показує також, як прагнення до рівності, справедливості й братерства в контексті соціалістичних практик ХХ ст. призводить до встановлення централізованого контролю за всім економічним, політичним і культурним життям суспільства.

При цьому особливого розвитку досягають секретні й тіньові урядові відомства й служби, зворотній вплив яких на економічне, політичне й культурне життя країни стає диспропорційно великим. Даною логікою парадоксу просякнута не лише політична історія сталінізму. Вона є типовим атрибутом більшості, якщо не всіх утопічних замірів. Зовні ж надійним симптомом небезпечного розростання державних функцій є диспропорційна вилка зарплат в бюджетній сфері. У сучасній Україні вона досягає співвідношення 1:100–150, тобто є суттєво вищою, ніж в умовах навіть грубого капіталізму.

У підсумку, як писав Тоні Джадт, все “те, що починається із централізованого планування, закінчується централізованими вбивствами.”<sup>4</sup> Причому дане знання є інфор-

<sup>3</sup> Див.: А. Амираган и О. Симонова, “Понятие ‘парадокс’ в творчестве Макса Вебера,” *Социология: Реферативный журнал*, сер. 11 (2010): 60–66.

<sup>4</sup> Тоні Джадт, *Після війни. Історія Європи від 1945 року*, пер. Катерина Зарембо (Київ: Наш формат, 2020), 610.

маційним надбанням не лише із розсекречених архівів, але й результатом математичних висновків з історії неліберальних демократій на зразок України.

Утім, навіть на Заході тривалий час

побутувала думка, що держава завжди зробить краще, аніж нерегульований ринок: і це стосувалося не лише забезпечення правосуддя й державної безпеки чи розподілення товарів і послуг, а розробки та впровадження стратегій щодо суспільної згуртованості, моральної поживи й культурної активності. Ідею про те, що такі речі краще залишити під опікою освіченої корисливості й надбав вільного ринку у формі товарів та ідей <...> вважали <...> у найкращому разі – поганим засвоєнням уроків Депресії, у найгіршому – заохоченням до конфлікту й завуальованим зверненням до основних людських інстинктів.<sup>5</sup>

З позицій конструювання ефективних конституційних парадигм, відмова від антиринкових ілюзій означає щось суттєво більше, ніж просто засторогу перед серйозною небезпекою. Органічний конституціоналізм вимагає ринку так само, як ринок вимагає конституціоналізму. На жаль, у посттоталітарній Україні навіть в академічному середовищі лібералізм робить лише свої перші не дуже впевнені кроки. З метою реалізації європейських цінностей у сфері економіки, політики й культури у нас досі покладаються не стільки на вільний ринок, скільки на оновлене бюрократичне управління. Знання про те, що даний тип врядування ставить під реальну загрозу не лише цінності демократії, але й майбутнє України в цілому, вважається в Україні чимось маргінальним.

Суперечлива історія парламентського проходження законопроекту “Про Службу безпеки України” 2021 р. є свідченням того, що спокуса отримання результатів без дотримання конституційних гарантій захисту автономного індивіда з незалежними статками є сильною навіть для наших західних партнерів. Причин для цього існує багато, але найголовніша – брак ментальної свободи, особливості неліберального менталітету.

На відміну від політичних еліт Великобританії й США, в Україні мало хто готовий беззастережно підтримати мотто Джереми Волдрона:

Ми вимагаємо економічної свободи, вільних ринків і приватної власності тому, що життєві плани кожного із нас відмінні, а також тому, що ми знаємо, не існує іншого способу примирити наші різні уподобання в рамках узгодженого життєвого курсу. Ми підкоряємося вимогам верховенства права, аби врядування здійснювалося в таких формах й за посередництвом таких процедур, які поважали б нашу гідність.<sup>6</sup>

У жодному випадку непотрібно, щоб наші критичні погляди на капіталізм “були витлумачені як применшення важливості приватної власності, ринків й економічної свободи. Вони неймовірно важливі, й ніяке пояснення нашої політичної моралі не буде адекватним, якщо не приділить їм видатного місця.”<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Джадт, *Після війни*, 399.

<sup>6</sup> Джереми Уолдрон, *Верховенство права и мера собственности*, пер. С. Моисеев (Москва: Институт Гайдара, 2020), 137.

<sup>7</sup> Уолдрон, *Верховенство права и мера собственности*, 138.



Сьогодні справедливості висновків Вебера щодо парадоксу наслідків підтверджено відразу на багатьох дослідницьких майданчиках. Це й виправдання американського ірраціонального етосу у Френсіса Фукуями,<sup>8</sup> й непередбачуваність наслідків у теорії ігор Джона фон Неймана і Оскара Моргенштерна,<sup>9</sup> й теорія перспектив від Деніела Канемана й Амоса Тверські.<sup>10</sup> Про це свідчать також свіжі результати, отримані в руслі досліджень поведінкової економіки від Девіда Карда й Гвідо Імбенса (Нобелівська премія з економіки 2021 р.).<sup>11</sup>

Доволі прикметним у цьому сенсі є також висновок Девіда Гребера з його досліджень у сфері зайнятості: “Люди практично ніколи не діють й не реагують так, як передбачають наші теорії людської природи.”<sup>12</sup> Про аналогічний ефект сповіщає й Джим Лейцель: “Дослідження, які проводяться в традиції ‘права та економіки,’<sup>13</sup> дуже часто розкривають механізми, за посередництвом яких виникає протидія запланованому ефекту від ухвалення законів, можливо навіть протидія, що викликається саме тією поведінкою, яку [ці закони] прагнуть стимулювати.”<sup>14</sup> Не викликає сумніву те, що поняття законів охоплює тут і сферу конституційного регулювання.

## II. Дві візії свободи

Тут доречно пригадати слова Фрідріха Гаєка відносно двох концепцій свободи, які є особливо важливими для адекватного усвідомлення канонів органічного конституціоналізму. Перша концепція свободи, на думку Гаєка, передбачає, що свобода виникла внаслідок суто спонтанних, стохастичних процесів. До прихильників такого розуміння свободи Гаєк відносив Девіда Юма, Адама Сміта, Алексіса де Токвіля, Едмунда Берка, Шарля Монтеск’є й Бенджаміна Констана. Відповідно, їх розуміння свободи виходить із того, що суспільство й цивілізація є доволі нестабільними й крихкими. При цьому більшість людських спільнот утворюється не на основі раціонального вибору, а під впливом свідомих і підсвідомих симпатій і антипатій. У подібних випадках люди керуються не стільки раціональним розрахунком, скільки власними ірраціональними почуттями й забобонами, включаючи інтуїтивну довіру до харизматичних лідерів і кон-

<sup>8</sup> Див.: Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man* (New York: The Free Press, 1992), 229.

<sup>9</sup> Див.: Джон фон Нейман и Оскар Моргенштерн, *Теория игр и экономическое поведение* (Москва: Книга по требованию, 2013).

<sup>10</sup> Див.: Дэниел Канеман, *Думай медленно... решай быстро* (Москва: АСТ, 2021).

<sup>11</sup> Див.: Ярослав Вінокуров, “Експерименти над людською природою: за що дали нобелівську премію з економіки у 2021,” *Українська правда*, Жовтень 11, 2021, [www.epravda.com.ua/publications/2021/10/11/678636/](http://www.epravda.com.ua/publications/2021/10/11/678636/).

<sup>12</sup> Дэвид Гребер, *Бредовая работа. Трактат о распространении бессмысленного труда* (Москва: Ад Маргинем Пресс, 2020).

<sup>13</sup> Аналіз в руслі традиції “права й економіки” оцінює законодавство на основі економічної ефективності результатів правозастосування.

<sup>14</sup> Джим Лейцель, *Принципы права и экономики. Руководство для любознательных*, пер. И. Кушнарева (Москва: Институт Гайдара, 2017), 179.

ституційний патріотизм.<sup>15</sup> За такого розуміння свободи її найкращою гарантією є поліцентричний порядок, відповідно до якого урядова бюрократія має утримуватися від проникнення в пласти економічного життя.

Як дійшов висновку історик повоєнної Європи Тоні Джадт, “якби держава трималася на безпечній відстані, якби політики – хоч якими би добрими не були їхні наміри – виявилися відгородженими від планування, маніпулювання або спрямування справ своїх співгромадян, то і праві, і ліві екстремісти трималися би на відстані.”<sup>16</sup> Він також нагадує нам, що такі глибокі люди, як Людвіг фон Мізес, Фрідріх Гаєк, Йозеф Шумпетер і Пітер Друкер рішуче підтримували лібералізм навіть за трагічних обставин ХХ ст.

Що ж стосується другої концепції свободи, то вона є результатом свідомо створеної людьми утопічної моделі. Її протагоністами Фрідріх Гаєк вважав Жан-Жака Руссо, Ніколя Кондорсе, Томаса Гоббса й Томаса Пейна. Неважко помітити, що перша концепція свободи є більш дотичною до ідейної аури Американської революції й Конституції США 1787 р., а друга – до Великої французької революції 1789 р. й ухвалених на її основі конституційних документів.

Парадигма західного конституціоналізму в цілому зазнала на собі потужного впливу кожного з цих підходів. Перший з них дозволив сформулювати аксіому конституціоналізму американського типу, відповідно до якої *свобода детермінує обсяг необхідної в суспільстві демократії*, а другий стимулював вироблення формули: *демократія детермінує обсяг необхідної в суспільстві свободи*.

Так або інакше, Ніколя Кондорсе належить у другому переліку зірок прикметна роль. У 1785 р. він сформулював відомий *парадокс вибору*, відповідно до якого волевиявлення соціальних груп, кожна з яких представляє більшість, може потрапити в нерозв’язну суперечність. Такий ефект можна спостерігати в процесі ухвалення закону, кожна із статей якого підтримується парламентською більшістю, але закон в цілому відторгається корпусом депутатів. Можливою є й зворотна ситуація, коли парламент ухвалює закон, зміст якого не підтримується більшістю депутатів на індивідуальному рівні.

У конституційній реальності парадокс наслідків Макса Вебера не може не перетинатися з парадоксом вибору Ніколя Кондорсе, що в підсумку може створювати сильний непередбачуваний ефект. Крім того, будь-яка органічна конституційна культура відчуває на собі результат поєднання економічних циклів Миколи Кондратьєва<sup>17</sup> з повторюваністю ключових політичних процедур (революцій і демократичних повстань, актів громадянської непокори, референдумів, виборів тощо).

При цьому навіть в обмеженому контексті тоталітарного й посттоталітарного конституціоналізму парадокс наслідків Вебера може спостерігатися доволі часто. Фана-

<sup>15</sup> Див. також: Джейсон Бреннан, *Проти демократії*, пер. Максим Бистрицький (Київ: Дух і Літера, 2020), 301.

<sup>16</sup> Тоні Джадт, *Коли змінюються факти* (Львів: Човен, 2021), 373.

<sup>17</sup> Див.: Николай Кондратьев, *Большие циклы конъюнктуры и теория предвидения* (Москва: Академический проект, 2015).

тична спрямованість на диктатуру пролетаріату, закріплена в Конституції РСФРС 1918 р. й Конституції УСРР 1919 р., мала своїм несподіваним наслідком не “воєнний комунізм,” а рятівний лібералізм НЕПУ. У свою чергу, започаткована ленінським декретом “Про землю” від 27 жовтня 1917 р. акумуляція земельної власності в руках держави з її пролонгацією в частині першої ст. 13 Конституції України 1996 р., призвела не до очікуваного процвітання, а до відвертого зубожіння монополіста продуктивного чорнозему.

Амбігнне визначення в частині першої ст. 3 Конституції України 1996 р. життя і здоров’я людини в якості *найвищих соціальних цінностей* мало своїм неочікуваним ефектом світове лідерство України за рівнем смертності на 1000 осіб в період 2010–2015 років.<sup>18</sup> Так само парадоксальною виявилась відмова в частині другій ст. 15 Основного Закону України від будь-якої ідеології як ... *обов’язкової для держави*. Очевидно, що формально вільним від ідеології мав би стати не класичний інститут легітимованого насильства, а автономний індивід з незалежними статками й громадянське суспільство. Не виключено, що через системну відсутність ідеологічних маяків в Українській державі досі не може здійснитися ні органічний конституціоналізм, ні верховенство права в цілому.

### III. Масштаби впливу

Навіть якщо віднести щойно згадані суперечності до ексцесів національного зростання, парадокс наслідків Вебера не втратить на своїй силі. Нині його прояви можна спостерігати не тільки на національному, але й на міжнародному рівні. Так, найбільш катастрофічні у світовій історії війни відбулися не на периферії високорозвиненого світу, а в самому центрі цивілізації, на пікові культурного прогресу. Як на це звернув увагу в книзі “*Out of Control*” Збігнев Бжезінський, початок ХХ ст. в Європі вважався справжнім історичним прологом втілення засад розуму, науки й прогресу. Однак тепер ми знаємо про цей період як про епоху світових воєн, ГУЛАГУ й голокосту, століття мегасмерті.<sup>19</sup> Закономірно, що після подібного усвідомлення меланхолійне твердження *Бог помер* здобуло найбільшу підтримку не в атеїстичних соціалістичних країнах, а в морально вимогливих, ліберально-демократичних західних суспільствах.

Як дійшла до сумного висновку ровесниця ХХ ст. Айн Ренд, “прогрес людства відбувається не прямо й не автоматично, цей шлях є важким і звивистим, часом він відводить далеко вбік або повертає назад, до глухої темряви ірраціоналізму.”<sup>20</sup> Людвіг Вітгенштейн був також переконаний у тому, що вектор поступу йде “ламанною кривою,” постійно змінюючись.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> *Світ у цифрах 2013 року* (Київ: Тиждень, 2013), 82.

<sup>19</sup> Див.: Zbigniew Brzezinski, *Out of Control: Global Turmoil on the Eve of the 21st Century* (USA: Touchstone, 2010).

<sup>20</sup> Айн Ренд, *Романтический манифест. Философия литературы* (Москва: Альпина Паблишер, 2018), 10.

<sup>21</sup> Ludwig Wittgenstein, *Culture and Value*, trans. Peter Winch (USA: The University of Chicago Press, 1984).

Французька революція 1789 р. намірялася замінити несправедливий політичний режим кращим, але її реальні здобутки були напрочуд руйнівними. Як написав з цього приводу Джейсон Бреннан, “революція призвела до війни, тиранії мас, хаосу, масових страт, і, нарешті, до піднесення Наполеона.”<sup>22</sup> Диспропорційність намірів і результатів стала майже загальною ознакою новітнього часу, в якому... “євреї опинилися в центрі культури й [водночас] на узбіччі суспільства” (Стівен Беллер).<sup>23</sup>

Утім, у світі й раніше спостерігалися несподівані наслідки, які можна було оцінювати в залежності від географічного контексту. Про неочікувані здобутки доби Просвітництва й спокушання світу марксизмом писалося не раз. Що ж стосується парадоксальних результатів Жовтневої революції 1917 р., то література про це безмежна. Та ми можемо обмежитися лаконічною констатацією Енн Епплбаум: “надто багато жорстокості, надто багато крові, надто багато брехні.”<sup>24</sup>

З огляду на історичний досвід ХХ ст. можна дійти висновку про те, що “більше цивілізації” може означати не лише більше науки, освіти й інтелекту, але також більше смерті, насильства й політичного лицемірства. Філософи вже давно запідозрили людську природу в тому, що в її глибинах зовнішній раціональний розрахунок веде постійну боротьбу з потужним підсвідомим спокушанням.

Як пише сьогодні Френсіс Фукуяма, “ніхто не заперечує, що люди здатні до раціональної поведінки або що вони керуються своєкорисливими устремліннями до володіння все більшими багатствами та ресурсами. Але людська психологія набагато складніша, ніж передбачає ця безпристрасна економічна модель. Перш, ніж ми зможемо аналізувати сучасну політику ідентичності, нам необхідно зробити крок назад і випрацювати більш глибоке й досконале розуміння мотивації та поведінки людини. Іншими словами, нам потрібна якісніша теорія людської душі.”<sup>25</sup>

Якщо подивитися на сучасні війни з гегелівської точки зору, можна дійти висновку про те, що їх величезна частина є проявом підсвідомості, скерованої на захист й знищення людської ідентичності. При цьому виглядає так, що в даному процесі ступінь цивілізованості відіграє суто інструментальну роль. Принаймні Лешек Колаковський одним із перших вказав на дивовижну залежність трагізму новітньої історії Європи від її ж безпрецедентних інтелектуальних здобутків.

#### IV. Інше застосування

Утім, парадокс наслідків Макса Вебера може проявлятися також на індивідуальному рівні. Попри старі упередження проти спекулятивного капіталу, матеріалістичні гроші вважаються сьогодні цілком надійним засобом верифікації складних інтелектуальних

<sup>22</sup> Бреннан, *Проти демократії*, 301.

<sup>23</sup> Див.: Алекс Росс, *Дальше – шум. Слушая ХХ век* (Москва: АСТ, 2015), 71.

<sup>24</sup> Енн Епплбаум, *Гулаг*, пер. Леонид Мотылев (Москва: АСТ, 2016), 557.

<sup>25</sup> Френсіс Фукуяма, *Идентичность: Стремление к признанию и политика неприятия*, пер. Александр Соловьев (Киев: Альпина Паблшер, 2020), 34–35.

стратегій і тактик, людської обдарованості й таланту. Тобто на ринках символічної реальності (творчої людської уяви) це правило діє так само надійно, як у промисловості й торгівлі. Зокрема, “гроші були для... [Пабло Пікассо] не стільки засобом товарообміну, скільки єдиним чітким і бездоганим показником успіху” в мистецтві.<sup>26</sup> Дане твердження нагадує слова Поля Гогена про те, що у художника для вираження душі є лише тіло. Супроти очікувань, матеріалістичний початок за ринкових умов не пригнічує й не принижує символічного духовного початку.

Даний зв'язок добре відчував і розумів Ольгерд Бочковський, підкреслюючи, що народи “в країнах з сильно розвиненим капіталізмом” набагато краще розвинулися й досягли більших успіхів, ніж в країнах, де панують лише обмежено капіталістичні відносини.<sup>27</sup> Сюди ж варто віднести висновок Джима Лейцеля про те, що в процвітаючих капіталістичних країнах “традиція загального (прецедентного. – В. Р.) права створює більш сприятливі умови для економічного зростання, ніж континентальне право. Зокрема, загальне право, як це можна спостерігати, здатне краще захищати приватну власність від посягань зі сторони держави, заохочуючи тим самим інвестиції, які відіграють центральну роль в економічному зростанні.”<sup>28</sup>

Так виглядає, що дана закономірність є справді глибокою. За Гаєком, ефект верховенства права виникає завдяки використанню абстрактних норм, які народжуються й еволюціонують *спонтанно*, тобто за тими ж правилами, що й судовий прецедент, а не штучно вироблені статутні норми. У свою чергу, це підштовхує нас до важливого висновку про те, що підсвідомість та інтуїція є кращими джерелами права, ніж побудований на утопії раціональний розрахунок. Інакше як можна пояснити той загальновідомий факт, що тоталітаризм не зміг прижитися саме в країнах англосаксонського права.

Не лише з юридичних спостережень випливає, що ефективна правова система має бути гнучкою й уважною до зміни життєвих обставин. Це викликає потребу в суддях з розвинутою уявою на зразок Фелікса Франкфуртера, здатних застосовувати конституційні принципи безпосередньо. Подібний висновок не лише вкладається в концепцію парадоксу наслідків Макса Вебера, але й підтверджує її. Високочутливі судді нового покоління покликані здолати оманливий універсалізм права, яке в українських посттоталітарних реаліях приховує в собі елементарний *шаблон*.

На жаль, у посттоталітарних суспільствах на зразок України право все ще хибно сприймається не стільки в якості гарантії невтручання держави в живе й строкате “життя як таке,” скільки в якості централізовано виробленого блоку команд, орієнтованих на егалітарні патерналістські пріоритети. Однак з часом державницький колективізм починає все більше програвати приватним індивідуалістичним стратегіям, що викликає реакцію у вигляді українського законодавства про олігархів. У підсумку ми

<sup>26</sup> Арианна Стасинопулос-Хаффінгтон, *Пикассо: творець і разрушитель*, пер. С. Кузнецова (Москва: Роузбад-Интерэктив, 2015), 258.

<sup>27</sup> Ольгерд Іполит Бочковський, *Вибрані праці та документи*, т. 1 (Київ: Дух і Літера, 2018), 492.

<sup>28</sup> Джим Лейцель, *Принципи права и экономики. Руководство для любознательных*, 52–53.

отримуємо свідчення загальної кризи української версії утопічного конституціоналізму.

Як вважав Джон Гідденс, людей мотивує спосіб індивідуального мислення й віра, а не об'єктивні інтереси, які прийнято вимірювати умоглядними статистичними показниками. Це знову нагадує парадокс, але багато людей відчують себе нещасливими просто тому, що змушені отримувати гроші, яких вони насправді не заробили в глибокому, сутнісному сенсі.<sup>29</sup> Останнє свідчить про те, що ринок об'єктивно покликаний працювати не лише на обмін товарами, але й для того, щоб підтримувати в людях зоровий глузд, наснажувати до соціального оптимізму. Хоч як це прикро, але даний (підтверджений емпірично) висновок суперечить забобонним пострадянським уявленням про “нормальні” стимули до повнокровного й щасливого життя.

Сильним аргументом на користь реального існування парадоксу наслідків Вебера служить і той факт, що дорослі громадяни Швейцарії (2016 р.), так само як і громадяни Фінляндії (2018 р.), відмовилися на національних референдумах від отримання “гарантованого державного доходу.” Успішні високорозвинені індивіди прагнуть максимізувати свою вигоду, але роблять це далеко не так однозначно, як про це думав прагматичний Ієремія Бентам.

Як відомо, британським колоністам у Північній Америці жилося матеріально не краще, ніж під британським правлінням (Джейсон Бреннан). Так само не кращим від попереднього є нині життя українців у зонах збройного конфлікту на сході. Однак людське прагнення жити по-своєму є нездоланим, навіть якщо такий вибір вимагає жертв. Як мусила визнати колись Голда Меїр, людська інтуїція – хитра штука. Буває, що до неї слід прислухатися миттєво.<sup>30</sup> Люди справді наважуються переміститися з комфорту в дискомфорт, хоча далеко не всім щастить при цьому зловити свій вітер.

Андре Бретон вірив у “скинення всього” й закликав “розірвати пута розуму й обмеженого раціоналізму” з метою досягнення “надреальності” як продуктивного стану інтелекту. Нині в такому стилі висловлюються нечасто, але питання людських мотивацій залишається й досі відкритим. У час епідемії COVID-19 Ентоні Гопкінс зробив незвичне зізнання: “Я не думаю, що раціональне мислення в наш час працює. Потреба існує в ірраціональному мисленні, у підсвідомості. <...> Я вірю, що ми можемо згущувати час, притягувати його до себе. <...> Це лише можливість, але ми можемо перетягнути час у сьогодні, прямо тепер, у сонячне сплетіння, в нашу душу.”<sup>31</sup>

Найпотужніші стимули до творчості й просто активної дії містять в собі щось неловиме. Це щось можна порівняти із станом пташки у вольєрі, коли приходить весна, або з відчуттям правильного (нарешті) життя у вщент розбитому союзниками Берліні

<sup>29</sup> Гребер, *Бредова работа*, 212.

<sup>30</sup> Голда Меїр, *Моя жизнь* (Москва: Мосты культуры, 2017), 432.

<sup>31</sup> Див.: Михаил Мосягин, “Верьте мне, старому дураку”: Энтони Хопкинс обратился к выпускникам всего мира,” *Fishki.net*, опубліковано Май 18, 2020, <https://fishki.net/3319859-veryte-mne-satromuduraku-jentoni-hopkins-obratilsja-k-vypusknikam-vsego-mira.html>.

(Вернер Гейзенберг). Навпаки, притлумлене відчуття фіаско зазвичай продукує *captive mind* – розум, поневолений силою утопічної доктрини. У цьому сенсі “Ми живі” Айн Ренд є не просто талановитою белетристикою, але й глибинним емоційним запереченням диктатури.

Показовим у цьому відношенні є також фрагмент спогадів Джейн Біркін про відвідини нею Москви в 1988 р.: “Непроникні обличчя офіціантів, схоже, що вони засуджують нашу легковажність. Я розмовляю з перекладачкою, вона говорить, що багато молодих людей закінчує життя самогубством, втративши надію на те, що система зміниться.”<sup>32</sup> Утім, очевидна тоскність “Московського щоденника” (1926-1927) Вальтера Беньяміна попереджає нас про щось набагато більш пронизливе й пророче.

## V. Проявлення в Україні

Михайло Горбачов зневажав партійний офіціоз (“алілуйщину”) й називав започатковані в СРСР зміни “поверненням в лоно цивілізації.” Його політичні однодумці (“прораби перебудови”) відкрито підтримали цей грандіозний *power-shift*, хоча в подальшому інерція радянської системи загальмувала цей ірраціональний по своїй суті виклик.

Україна здобула формальну незалежність від СРСР в 1991 р., але насправді почала зневіруватися в соціалістичних цінностях лише протягом останнього десятиліття. Початкові спроби відійти від стилю радянського врядування виявилися доволі інфантильними, що спровокувало лавину неочікуваних наслідків у національному масштабі. Ураженість України соціалізмом виявилася несподівано глибокою. Посттоталітарний синдром захопив не тільки державу, але навіть і громадянське суспільство.

Так, зорієнтовані Українською Гельсінською групою в 1976 р. на вільне поширення інформації й інтелектуальну свободу, колишні українські дисиденти несподівано стали “державниками.” Паралельно в молодіжному русі піонерський етос перебрали на себе українські пластуни.

Незалежність не змогла захистити Україну від посттоталітарної фрустрації. З одного боку, еліта української діаспори не ризикнула повернутися на землю своїх предків, а з іншого – націоналістично налаштовані радикали швидко втратили парламентську репрезентацію через п’ятивідсотковий бар’єр. Національна ідея, як сакраментально висловився з цього приводу Леонід Кучма, “не спрацювала.”

Натомість виправданим в Україні виявився страх перед радикальними перемінами. Формально запозичена на Заході *заборона цензури* (частина третя ст. 15 Конституції 1996 р.) невдовзі поєдналася в Україні з письменницькою ксенофобією й щільним контролем за естрадно-театральним контентом.<sup>33</sup> Однак всупереч очікуванням дане

<sup>32</sup> Джейн Біркін, *Post-Scriptum* (1982-2013), пер. Александра Василькова, Елена Леонова, Татьяна Чугунова (Москва: Синдбад, 2020), 144.

<sup>33</sup> Див.: Володимир Яворський, “Заборона російськомовного культурного продукту: чому мовчить Омбудсмен?” *Українська правда*, опубліковано Листопад 6, 2018, <https://www.pravda.com.ua/rus/>

інформаційне самообмеження поглибило в інтелігентських колах не стільки національну гордість, скільки призабуте вже відчуття провінційності. Посади, призи й відзнаки

columns/2018/11/6/7197388/; “Рада дозволила штрафувати канали і радіо за сепаратизм,” *Українська правда*, опубліковано Листопад 1, 2016, <https://www.pravda.com.ua/news/2016/11/1/7125468/>; “Держкіно заборонило фільм Warner Bros з Тієм Швайгером через майора ФСБ,” *Українська правда*, опубліковано Листопад 12, 2016, <https://www.pravda.com.ua/rus/news/2016/11/12/7126606/>; “Держкіно заборонило ще один російський серіал,” *Українська правда*, опубліковано Листопад 4, 2016, <https://www.pravda.com.ua/news/2016/11/4/7125721/>; “Держагентство заборонило ще 34 російських фільми та серіали,” *Українська правда*, опубліковано Червень 25, 2016, <https://www.pravda.com.ua/news/2016/04/25/7106712/>; “Життя розсудить”. Держкіно заборонило 7 російських серіалів, бо при реєстрації збрехали,” *Українська правда*, опубліковано Листопад 22, 2016, <https://life.pravda.com.ua/culture/2016/11/22/220350/>; Вячеслав Кириленко, “Кінець путінській книжковій отруті,” *Українська правда*, опубліковано Грудень 8, 2016, <https://blogs.pravda.com.ua/authors/kyrylenko/584950c872322/>; “У Києві скасували показ фільму про Волинську трагедію,” *Українська правда*, опубліковано Жовтень 17, 2016, <https://life.pravda.com.ua/culture/2016/10/17/219001/>; “Одного разу в Ростові” та інші. Держкіно не пустило на екрани 12 фільмів та серіалів,” *Українська правда*, опубліковано Жовтень 24, 2016, <https://life.pravda.com.ua/culture/2016/10/24/219286/>; “Порошенко ввів в дію рішення РНБО, що передбачає блокування сайтів,” *Українська правда*, опубліковано Лютий 18, 2017, <https://www.pravda.com.ua/news/2017/02/18/7135750/>; “Рада заборонила пропагандистські книги з Росії,” *Українська правда*, опубліковано Грудень 8, 2016, <https://www.pravda.com.ua/news/2016/12/8/7129235/>; “Юристи Порошенка за потреби подаватимуть позови на ті ЗМІ, хто цитуватиме Онищенка,” *Українська правда*, опубліковано Грудень 09, 2016, <https://www.pravda.com.ua/news/2016/12/9/7129382/>; “Шкіряк ініціює заборону “В контакте” та “Одноклассников” в Україні,” *Українська правда*, опубліковано Лютий 16, 2017, <https://www.pravda.com.ua/news/2017/02/16/7135569/>; “ООН і ОБСЄ пояснили, коли можна блокувати сайти,” *Українська правда*, опубліковано Березень 06, 2017, <https://www.pravda.com.ua/news/2017/03/6/7137324/>; “Україна знову опустилася в рейтингу свободи інтернету,” *Українська правда*, опубліковано Листопад 14, 2016, <https://www.pravda.com.ua/news/2016/11/14/7126790/>; Вячеслав Кириленко, “Книжкова деколонізація продовжується,” *Українська правда*, опубліковано Квітень 5, 2017, <https://blogs.pravda.com.ua/authors/kyrylenko/58e4c16172f80/>; “АП розіслала “темники”, як виправдати скандальні правки до декларування,” *Українська правда*, опубліковано Березень 28, 2017, <https://www.pravda.com.ua/news/2017/03/28/7139524/>; “СБУ готується заблокувати ще 100 сайтів із пропагандою Росії,” *Українська правда*, опубліковано Лютий 12, 2019, <https://www.pravda.com.ua/news/2019/02/12/7206425/>; “В Україну заборонили ввозити ще 9 книг із РФ через географічні “помилки,” *Українська правда*, опубліковано Лютий 22, 2018, <https://www.pravda.com.ua/news/2018/02/22/7172505/>; “У Дніпрі театр скасував російськомовну виставу після погроз “Правого сектора,” *Українська правда*, опубліковано Квітень 12, 2018, <https://www.pravda.com.ua/news/2018/04/12/7177481/>; Сергій Сидоренко, “Свобода слова чи безпека: як розділилася Європа щодо заборони соцмереж та “Яндексу,” *Європейська правда*, опубліковано Травень 17, 2017, <https://www.eurointegration.com.ua/articles/2017/05/17/7065829/>; “У Держдені закликали Україну поважати свободу слова,” *Українська правда*, опубліковано Травень 18, 2017, <https://www.pravda.com.ua/news/2017/05/18/7144250/>; Антон Кушнір, “Як українські суди блокують сайти в обхід закону,” *Європейська правда*, опубліковано Травень 30, 2018, <https://www.epravda.com.ua/rus/publications/2018/05/30/637260/>; “Рівень свободи преси в Європі найкрихітший з кінця холодної війни – звіт,” *Європейська правда*, опубліковано Лютий 12, 2019, <https://www.eurointegration.com.ua/news/2019/02/12/7092731/>; “Омбудсмен КМУ по гендерним вопросам Левченко обратился в СБУ относительно призывов “запретить пропаганду гомосексуализма,” *Цензор.нет*, опубліковано Декабрь 08, 2018, [https://sensor.net/ru/news/3101354/ombudsmen\\_kmu\\_po\\_gendernym\\_voprosam\\_levchenko\\_obratitsya\\_v\\_sbu\\_otnositelno\\_prizyvov\\_zapretit\\_propagandu/](https://sensor.net/ru/news/3101354/ombudsmen_kmu_po_gendernym_voprosam_levchenko_obratitsya_v_sbu_otnositelno_prizyvov_zapretit_propagandu/); “Трансляція Самойлової все одно порушує закон України – Кириленко,” *Українська правда*, опубліковано Березень 23, 2017, <https://life.pravda.com.ua/ukr/culture/2017/03/23/223310/>;



вкотре виборювалися не в широкій і відкритій конкуренції, а через номенклатурне узгодження. У життя і здоров'я людини як “найвищу соціальну цінність” (частина перша ст. 3 Основного Закону) не повірила навіть Українська держава. Довга черга на закордонні операції для дітей продовжує існувати, а за показниками смертності від COVID-19 Україна почала встановлювати європейські й світові рекорди.

Нині проблема загальмованого поступу стоїть в Україні на рівні конституційних аспектів. Основний Закон 1996 р. було зібрано з розрізнених й погано узгоджених між собою фрагментів. Довгоочікуване визнання приватної власності поєдналося в ньому зі збереженням соціалістичної власності на основний економічний ресурс – землю. Сьогодні землю почали продавати, але за цінами, які апіорі не можуть бути високими й справді ринковими. Свободу слова український законодавець викроїв за європейськими лекалами 1950 р., але при цьому не зміг відірватися від сталінської ідеї *мистецтва на службі народу*. Крок вперед спровокував два кроки назад, що зробило посттоталітарну ортодоксію не менш осоружною, ніж радянський тоталітаризм.

Між тим люди, які стали дійсно вільними, прагнуть досягти до “усміхненої, некрикливої й недемагогічної європейської культури.”<sup>34</sup> Наука, література й мистецтво є аристократичними по своїй суті. Вони вимагають повної свободи автора й аудиторії й не можуть бути однаково виправданими й зрозумілими для всіх. Притаманні символічній реальності еманції й нюанси сенсу вмирають від найменшого контролю. Адже розум цензора є завжди примітивним у порівнянні з душевною організацією деміурга.

На жаль, посттоталітарна свідомість продукує апаратний тип сприйняття не лише в номенклатурних сферах. Вона шкодить ірраціональному потенціалові громадянського суспільства, яке за нормальних обставин мало б виступати справжньою какофонією інформаційних послань – картина, що її міг би добре відобразити Джексон Поллок.

Амбітні українці хочуть бути схожими на західних зірок, але їм лише зовсім недавно дозволили грати в азартні ігри в комфортних умовах. На приватне володіння компактною зброєю накладено табу, хоча номенклатура володіє тут цілими арсеналами. Магнати в умовах капіталізму – це справжня “сіль землі,” але в Україні вони позбавлені політичного представництва. Сенатори й верхня палата потрібні Україні як рятувальний круг, натомість Верховна Рада веде боротьбу з неслухняними й заможними індивідами. Не менш назрілим є й запровадження у нас множинного громадянства, без якого діаспора навряд чи ризикне поділитися своїм інтелектуальним й не тільки потенціалом. Світ “ядра” в душі Імануїла Валлерстайна стає все більш складним, однак українські вищі не готові відповісти на цей виклик.

Так виглядає, що подальший розвиток України може здійснитися лише за умов глибокої конституційної перебудови. Йдеться про оновлення філософії Основного За-

“Франківська обора просить захистити українську сім'ю від геїв,” *Курс.іф*, опубліковано Грудень 07, 2018, [https://kurs.if.ua/news/frankivska\\_obrada\\_prosy\\_t\\_zahysty\\_ty\\_ukrainsku\\_simyu\\_vid\\_geiv\\_71156.html/](https://kurs.if.ua/news/frankivska_obrada_prosy_t_zahysty_ty_ukrainsku_simyu_vid_geiv_71156.html/); “В Україні немає повністю вільного інтернету,” *Українська правда*, опубліковано Жовтень 14, 2020, <https://www.pravda.com.ua/news/2020/10/14/7269911/>.

<sup>34</sup> Іван Лисяк-Рудницький, *Щоденники* (Київ: Дух і Літера, 2019), 41.

кону України як правового гаранта ринку. У свою чергу, ринок як основний об'єкт захисту Конституції має суттєво вплинути на дизайн конституційних прав людини. Конституція України 1996 р. має чи не найдовший у Європі перелік суб'єктивних прав і свобод (Геннадій Друзенко). Однак майже третина з них – це продукт ідеологічно дискредитованого соціалізму. Йдеться про права, розраховані на патерналізм рахунком бюджету. Саме ці права роблять Конституцію України *законом для бідних*, від якого не можна очікувати комфорту й навіть подоби процвітання.

## VI. Усвідомлення

Як зазначив у 1992 р. суддя Верховного Суду США Ентоні Кеннеді, суб'єктивна свобода – це “право мати власне уявлення про життя, його сенс, Всесвіт і таємниці людського існування.”<sup>35</sup> Можна сказати, що саме такого розуміння свободи вимагає органічна конституційна культура. Тому за канонами конституціоналізму війна з посттоталітарною свідомістю за свободу мала б стати першочерговим завданням України. Тим більше, що пострадянський менталітет прагне не до свободи, а до полювання на магнатів і замість справжньої рівності провокує стиль *ami cochon* у спілкуванні із Президентом.

Натомість характерну ознаку західного стилю життя виявив у своїх дослідженнях архітектури ХХ ст. Якуб Вуек.<sup>36</sup> Як свідчить його аналіз, сучасні люди хотіли б жити в умовному Нью-Йорку, але при цьому відділеними від Сьомої авеню й Бродвею сталевими дверима банківського типу. Розвинені індивіди хочуть жити в самому серці цивілізації, одночасно будучи захищеними від неї як Робінзон Крузо. Невипадково стіни дорогих апартаментів у кращих готелях мають звукоізоляцію, яку раніше забезпечували 2 метри суцільної цегляної кладки.

У 1975 р. Семюел Пельцман відкрив ефект людської поведінки, відповідно до якого удосконалення систем захисту життя парадоксальним чином провокує посилення особистої безвідповідальності. Так, запровадження ременів безпеки призвело до зростання швидкості руху, а це зробило ще більш небезпечною їзду на трасах. Сьогодні ми знаємо напевно, що державна опіка й патерналізм нищать особисту мотивацію й ініціативу. При цьому недовіра до індивіда-власника, як і заперечення ринкового ціноутворення з його наслідками, провокують загальну апатію, нещирість і лицемірство. Паралельно відбувається компрометація принципу рівних можливостей, який швидко вироджується у соціалістичну зрівнялівку. Очевидним наслідком такого підходу є всім знайоме переконання в тому, що корисні для суспільства професії й заняття не повинні добре оплачуватися.<sup>37</sup> Український медперсонал, вчителі й працівники бібліотек відчувають це на собі в першу чергу. Не дивно, що з відкриттям кордо-

<sup>35</sup> Див.: Фукуяма, *Идентичность*, 83.

<sup>36</sup> Див.: Якуб Вуек, *Мифы и утопии архитектуры XX века*, пер. М. Предтеченский (Москва: Стройиздат, 1990).

<sup>37</sup> Див.: Гребер, *Бредовая работа*, 298–300.

нів еміграція з країн народної демократії в капіталістичні ринкові країни набуває шаленої популярності.

З іншого боку, “легковажні” постмодерні суспільства без месіанських амбіцій не вмюють виробляти речі на зразок водневої бомби, але, як сказав би з цього приводу Герберт Гувер, вони також не забувають про радість рибалки.<sup>38</sup> Справжня боротьба з неринковою свідомістю проходить для маси людей через гарні коктейлі, захоплення *Blue Jeans* і культуру хіпі. Тим більше, що ця остання, як виявилось, має потужний ринковий потенціал.

Не випадково наприкінці Другої світової війни в дивізії під керівництвом генерала Роберта Мак Клурі успішно використовувалися такі засоби розкріпачення тоталітарної свідомості, як американський джаз та інші популярні твори, що здатні були спокушати й витіснити на маргінес ідею арійського переважання.<sup>39</sup> Як відомо, джазові імпровізації так само ефективно підривали в часи Хрущова міфологію соціалістичного реалізму.

Повоєнний світ вимагав повернення до гедоністичного стилю життя, романтизму й етичної відповідальності водночас. Розчарований *Realpolitik* союзників, Анджей Бобковський емігрував до Гватемали в 1948 р. Епоха 60-х мала ні з чим не зрівняний шарм, але ближче до кінця століття участь у африканських сафари вже не сприяла піднесенню харизми нобелівських лауреатів. Захід ставав усе більш багатим й морально вимогливим, хоча в СРСР на це спочатку не звертали уваги.

Нині люди з капіталістичною пропискою сплячуть десятки тисяч доларів, щоб дивитися з космічної висоти на Землю. Водночас досі централізовано керована українська медицина не спромоглася забезпечити лікарні достатнім обсягом кисню. При цьому смертність в Україні від ураження COVID-19 в листопаді 2021 р. стала другою за абсолютними показниками в світі.

## VII. Читання

Не дивно, що функціонування “дбайливої як бабуся” (Джон Грей) Конституції України 1996 р. спричиняє нині все більш парадоксальний ефект. Чим більш налаштованою на добрі справи вважає її Конституційний Суд, тим більш далекою від рятівного капіталізму опиняється Україна. Освячене Основним Законом державницьке піклування про людей обертається філософією пільг і субсидій, а ця остання провокує хронічне жебракування населення з національного й місцевих бюджетів. Така модель має своїм наслідком деградацію не лише економічної або політичної свободи, але й призупинення українського поступу як такого.

По-радянськи освічене чиновництво не розуміє, чому так високо оплачується в ринкових умовах людська уява. Утіленням справедливості в Україні може вважатися що завгодно, окрім ціни ринку. Помітно, що продаж на *Sotheby's* абстрактного полотна

<sup>38</sup> Див.: Герберт Гувер, “Радость рыбалки,” *Америка* 1 (Январь 1986): 24.

<sup>39</sup> Див.: Росс, *Дальше – шум. Слушая XX век*, 332.

“№ 7” Ротко за 82 млн. доларів сприймається нашою інтелігенцією з недовірою й підозрінням. Залишаючись глибоко провінційною в ментальному сенсі й усе ще надто централізованою – економічно, Україна не може дозволити собі художніх галерей і бібліотек світового рівня. Попри формальну відкритість світові, її символічні здобутки залишаються затіненими, а це робить країну обмежено зрозумілою для партнерів.

Описане є логічним наслідком незадовільного *status quo*, який нині проявляє себе в помітному контрасті між фізичною красою нації та її духовним життям. За даними Інституту книги, кількість українців, які регулярно читають книжки, продовжує знижуватися. Щодня читає лише 8% населення. Якщо в Італії регулярно читають 56% населення, у Польщі – 36%, то в Україні частіше одного разу на тиждень читає лише 27% населення.<sup>40</sup> Продаж паперових книжок знизився у нас за минулий рік вдвічі, хоча за кордоном він виріс на 7–9%.

Україна лише втричі поступається за кількістю населення Росії, однак обсяг книгодрукування у північного сусіда перевищує український на порядок. Середній українець витрачає 2 євро в рік на придбання паперових носіїв інформації, а такий самий німець – більше 200 євро. До початку збройного конфлікту на сході вартість друкованої продукції, завезеної в Україну з Росії, становила 30 млн. доларів на рік, але вже у 2017 р. вона знизилася до 1,5 млн. доларів.<sup>41</sup>

За свідченням видавця Віктора Круглова, в Україні працює нині не більше 200 (!) книгарень. Тільки за півтора роки тут збанкрутувало 50 книжкових магазинів. І це при тому, що інтернет-торгівля заповнює в Україні лише 20% книжкового ринку. У 2021 р. випуск книжок в Україні зменшився на 11%. Нині видається близько 800 тис. книжок на місяць, тобто 1/50 книги на одного жителя України. У 2020 р. припили діяльність близько 300 українських видавництв, у 2021 р. Україна втратила 25–30% видань за назвами й приблизно 50% – за накладами.<sup>42</sup>

Попри сумну статистику, Україна закріпила в Основному Законі курс на вступ до Євросоюзу й НАТО, країни-члени яких вважають своїми пріоритетами освіту й науку. Сучасний світ визнає три принципи повноцінного членства в Євросоюзі, головним серед яких є “ринкова економіка, де можна змагатися.”<sup>43</sup> Однак саме цей принцип залишається найбільш виключним і проблематичним для України. За Мейнардом Кейнсом, страх перед свободою є наслідком загальної непередбачуваності людських справ – теза,

<sup>40</sup> Дарія Поперечна, “У Інституті книги підраховали, як мало українці читають щодня,” *Українська правда*, опубліковано Березень 10, 2021, <https://life.pravda.com.ua/society/2021/03/10/244194/>.

<sup>41</sup> Владислав Мельничук і Богдан Мірошніченко, “Російськомовні видання захоплюють ринок. Як українській книзі виграти боротьбу?” *Європейська правда*, опубліковано Жовтень 8, 2020, <https://www.epravda.com.ua/publications/2020/10/8/666039/>.

<sup>42</sup> Віктор Круглов, “Нові карантинні обмеження: коли книгарень може не стати, а COVID-19 залишиться,” *Українська правда*, опубліковано Жовтень 21, 2021, <https://life.pravda.com.ua/columns/2021/10/21/246254/>.

<sup>43</sup> Тімоті Снайдер, *Шлях до несвободи: Росія, Європа, Америка*, пер. Г. Герасим (Львів: Човен, 2020), 82.

на користь якої свідчить і парадокс наслідків Макса Вебера. Подібний страх було добре помітно під час Великої депресії (1929–1933 рр.), в роки фашизму й щойно після завершення Другої світової війни. Однак в Україні він виявився сильним навіть в лютому 1996 р., коли Конституційна комісія вилучила *категорію свободи* з переліку найвищих соціальних цінностей в проекті національного Основного Закону.

### VIII. Зразки й висновки

Непевність перед майбутнім ризикує стати характерною рисою України, правлячий клас якої все ще намагається лікувати хворобу невідповідно простими засобами. Лівий унілатералізм залишається світоглядною опорою українців, хоча саме вони заплатили найдорожчу ціну, захищаючи свою ідентичність. Україні поки що не вдається здобути свого Вашингтона “з новим і праведним законом,” як на це сподівався Тарас Шевченко. Але сам по собі вибір національного генія є цікавим.

Свого часу саме Джордж Вашингтон не пішов через найменший опір і зробив ставку в адміністрації на особистостях «найбільшого калібру та незалежності думки» (Роман Борковський). Досить згадати, що він призначив на пост віце-президента Джона Адамса – сильну індивідуальність й водночас свого найрозумнішого опонента.

На відміну від Симона Петлюри чи Володимира Винниченка, Джордж Вашингтон розумів прагнення до щастя не в дусі “загірної комуни,” а як свободу, поєднану з приватним володінням. Замість нетолерантної позиції: хто не з нами, той проти нас, Вашингтон висунув куди більш прагматичне гасло: хто не з нами, той ще може бути з нами. Не визнаючи примітивної логіки репресій, він поставив на агітацію й пропаганду й так здобув свій успіх.

Вашингтон не плекав ілюзій відносно мудрості народних мас.<sup>44</sup> На його думку, прагнення народу не ґрунтуються на глибоких роздумах, а є зазвичай результатом хвилевих емоцій. Сьогодні подібне розуміння спонукає до переоцінки здобутків егалітарних революцій 1789 р. та 1917 р. Принаймні в незалежній Україні політики мали б вже давно зрозуміти, що сильно перестаралися з культом “простої людини” й політичною апологетикою мас.

Хоч як це дивно, гасло соціалістичної рівності обернулося в Україні пануванням напів-освіченості. Підмінивши реальну свободу вибору гаслом патерналістських прав, український конституціоналізм вчинив невідповідно до людської натури. Соціалістична рівність виявилася небезпечно близькою до культу однаковості й призвела до морального пригнічення людей обдарованих і найбільш професійних.

Навіть сьогодні егалітарна модель поміркованості, закладена в українську конституційну культуру, продовжує штовхати загал не вгору, а на долину. Власне тому Україні вкотре не вдається зійти з колії дискредитованого соціалізму. Між тим, органічне усвідомлення щастя є глибоко індивідуалістичним. Його не можна визначити об’єктивно,

<sup>44</sup> Див.: *Американська демократія. Ідеологічні основи американської політичної системи* (Нью-Йорк: Сучасність, 1990), 21, 25, 30.

бо воно залежить від унікального поєднання різних нюансів. Досі не усвідомлюючи цього, Україна продовжує жити без “вищої математики,” умовно “арифметично.” Невипадково тут і досі мало кого по-справжньому захоплює складне абстрактне мистецтво.

Задіяні в українському конституціоналізмі ментальні конструкції відповідають простим матеріалістичним пріоритетам, яких щиро намагався уникнути (“ще одна міщанська республіка”) Михайло Грушевський. З іншого боку, усе це є закономірним, якщо будувати суспільний лад, сумніваючись у класичних здобутках капіталізму. Гарна освіта не повинна вважатися надбанням лише заможних верств, але саме вони є ресурсом прогресу в умовах приватного володіння. Кодекс Наполеона абсолютизував приватну власність, натомість в СРСР священною й недоторканою проголошувалась лише власність держави. У результаті вишуканість і елітарність, відчуття стилю й моди, розуміння смаку опинилися на маргінесі. І хоча Україна визнає нині драматизм власної політичної історії, той, хто виріс в тюрмі, ще довго сприйматиме тюремні правила за дороговказ (Єва Анчел).

Горбачовська перебудова вплинула на соціальні пріоритети, але не настільки радикально, щоб це дозволило Україні націлитися на лібералізм, відмовитись від апологетики китайського шляху чи розвінчати сарказм щодо отримувачів західних грантів. Вкотре за парадоксом наслідків Вебера “Місто Сонця” Кампанелли еволюціонувало в систему “Наглядати й карати” від Мішеля Фуко.

Егалітарні українські університети практично не відраховують студентів за неуспішність, а якщо й відраховують, то не більше 5% від їх загальної маси. Для порівняння на Заході (також у країнах з безкоштовною освітою) середній показник відрахування коливається в межах 20–55%. Посткомунізм у вищій школі України нищить ідею академічної свободи. Ринок вкотре перемогла реліктова розподільча й пере-розподільча ментальність.

Між тим, ідея рівності на Заході означає приблизно те саме, що й близька до неї ідея справедливості. Йдеться про те, щоб нікого не кривдити й кожному віддавати належне, навіть якщо винагорода є великою й швидкою настільки, що це вражає уяву. Таке розуміння справедливості має своє фундаментальне відображення в праві. Недарма у Вірджинській декларації прав 1776 р. йшлося про органічне право кожного “втішатися життям і свободою, засобами набування й посідання власності, а також пошуками щастя й безпеки.”<sup>45</sup>

Як зазначив у 1789 р. Вашингтон, немає більшої істини, ніж та, що економіка й природа нерозривно пов’язані з людськими чеснотами й щастям. Обов’язки не можуть посягати на людське прагнення до вигоди, а чесна й великодушна політика має вести загал до насолоди життям і процвітання.<sup>46</sup> Щаслива нація має демонструвати спокій і толерантність. Надмірна ненависть, так само як надмірна любов до чужинців ризику-

<sup>45</sup> *Американська демократія. Ідеологічні основи американської політичної системи*, 59.

<sup>46</sup> Там само, 75.

ють зробити народ вічним рабом.<sup>47</sup> І саме тому успішна політика – це завжди тонкий баланс демократії і свободи.

На жаль, поточне українське життя свідчить про серйозне викривлення ідеї справедливості в її західному розумінні. Установивши оклади суддів Конституційного й Верховного Судів на рівні, що у 15–20 разів перевищує зарплату вітчизняного професора права, українська влада тим самим не стільки підтримала, скільки підірвала засади органічного конституціоналізму. Даний крок перетворив посаду судді на синекуру. Конституційний Суд не зміг стати обмежувачем влади, перебравши на себе функцію адвоката держави. Парадокс наслідків вкотре довів свою актуальність.

Тут можна пригадати Вацлава Гавела, який не раз писав про те, що на вищі публічні посади необхідно залучати людей, які цих посад зазвичай уникають. Добровільна участь у конкурсах на державний пост з окладом у 10 тис. євро, коли мінімальна зарплата дорівнює 200 євро на місяць, вимагає від претендентів не так присутності, як відсутності моральних чеснот, принаймні в їх традиційному сенсі. Подібний дисбаланс є також елементарно небезпечним. Адже, як свого часу говорив Лінкольн, незадоволений урядом народ має органічне й невідчужуване право “розчленувати й скинути його.”

У підсумку все це означає, що конституційні системи повинні бути відкритими й справедливими насамперед в ринковому сенсі. Це правило набуває особливої актуальності в посттоталітарних країнах, де поняття *ринку* ще тривалий час буде сприйматися з підозрінням. Україна закріпила в своєму Основному Законі намір добиватися членства в Євросоюзі й НАТО, а це означає, що їх цінності є нині стратегічно привабливими для України. Оскільки ключовою засадою Євросоюзу є конкурентна економіка з виходом на ринки (Тімоті Снайдер), Україна має якнайшвидше звільнитися від аури неринкового побутування. Паралельно в Україні необхідно швидко утверджувати органічну конституційну культуру. Вона передбачає право кожного вільно чинити власною долею, тобто діяти переважно на свій, а не державний страх і ризик. Прагматизм намірів і вчинків має стати гаслом нарешті вже й ментально незалежної України.

Очевидно, що Тарас Шевченко був генієм не лише поетичної уяви. У спектрі харизматичних фігур епохи він розпізнав і особливо виділив американця Вашингтона. У свою чергу, застереження Макса Вебера відносно правил політичного процесу підтвердилися так само надійно. Відтак, чи варто Україні чекати на якісь кращі підказки?

© В. Речицький, 2021

## Bibliography

- American Democracy. The Ideological Foundations of the American Political System.* [In Ukrainian.] New York: Suchasnist, 1990.
- Amirahian, A., and O. Simonova. “The Concept of ‘Paradox’ in the Work of Max Weber.” [In Russian.] *Sotsyolohiia: Referatyvnyi Zhurnal* 11 (2010): 60–66.

<sup>47</sup> *Американська демократія. Ідеологічні основи американської політичної системи*, 79.

- Applebaum, Anne. *Gulag: A History*. [In Russian.] Translated by Leonid Motylov. Moscow: AST, 2016.
- Birkin, Jane. *Post-Scriptum (1982-2013)*. [In Russian.] Translated by Aleksandra Vasytkova, Yelena Leonova, Tatiana Chuhunova. Moscow: Sindbad, 2020.
- Boczkowski, Olgierd Hipolit. *Selected Works and Documents*. [In Ukrainian.] Vol. 1. Kyiv: Dukh i Litera, 2018.
- Brennan, Jason. *Against Democracy*. [In Ukrainian.] Translated by Maksym Bystrytskyi. Kyiv: Dukh i Litera, 2020.
- Brzezinski, Zbigniew. *Out of Control: Global Turmoil on the Eve of the 21st Century*. USA: Touchstone, 2010.
- Censor.net. "CMU Gender Ombudsman Levchenko Has Appealed to The SBU Regarding Calls to 'Ban the Promotion of Homosexuality.'" Published December 08, 2018. [https://censor.net/ru/news/3101354/ombudsmen\\_kmu\\_po\\_gendernym\\_voprosam\\_levchenko\\_obratitsya\\_v\\_sbu\\_otnositelno\\_prizyvov\\_zapretit\\_propagandu](https://censor.net/ru/news/3101354/ombudsmen_kmu_po_gendernym_voprosam_levchenko_obratitsya_v_sbu_otnositelno_prizyvov_zapretit_propagandu).
- Fukuyama, Francis. *Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*. [In Russian.] Translated by Aleksandr Soloviov. Kyiv: Alpina Publisher, 2020.
- Fukuyama, Francis. *The End of History and the Last Man*. New York: The Free Press, 1992.
- Graeber, David. *Bullshit Jobs: A Theory*. [In Russian.] Moscow: Ad Marhynem Press, 2020.
- Hoover, Herbert. "Fishing for Fun: And to Wash Your Soul." [In Russian.] *America* 1 (January 1986): 24.
- Judt, Tony. *Postwar: A History of Europe Since 1945*. [In Ukrainian.] Translated by Kateryna Zarembo. Kyiv: Nash format, 2020.
- Judt, Tony. *When the Facts Change: Essays, 1995–2010*. [In Ukrainian.] Lviv: Choven, 2021.
- Kahneman, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. [In Russian.] Moscow: AST, 2021.
- Kondratiev, Nikolai. *Long Cycles of Business Activity and the Theory of Foresight*. [In Russian.] Moscow: Akademiicheskii projekt, 2015.
- Kruhlov, Viktor. "New Quarantine Restrictions: 'When Bookshops May Be Gone But COVID-19 Will Remain.'" [In Ukrainian.] *Ukrainska Pravda*, published October 21, 2021. <https://life.pravda.com.ua/columns/2021/10/21/246254/>.
- Kurs.if. "Ivano-Frankivsk Regional Council Asks for Protection of Ukrainian Family from Gays." [In Ukrainian.] Published December 07, 2018. [https://kurs.if.ua/news/frankivska\\_oblrada\\_prosyt\\_zahystyty\\_ukrainsku\\_simyu\\_vid\\_geiv\\_71156.html/](https://kurs.if.ua/news/frankivska_oblrada_prosyt_zahystyty_ukrainsku_simyu_vid_geiv_71156.html/).
- Kushnir, Anton. "How Ukrainian Courts Are Blocking Websites to Circumvent the Law." [In Ukrainian.] *Yevropeiska Pravda*, published May 30, 2018. <https://www.epravda.com.ua/rus/publications/2018/05/30/637260/>.
- Kyrylenko, Viacheslav. "Book Decolonization Continues." [In Ukrainian.] *Ukrainska Pravda*, published April 5, 2017. <https://blogs.pravda.com.ua/authors/kyrylenko/58e4c16172f80/>.
- Kyrylenko, Viacheslav. "The End of Putin's Book Poison." [In Ukrainian.] *Ukrainska Pravda*, published December 8, 2016. <https://blogs.pravda.com.ua/authors/kyrylenko/584950c872322/>.
- Leitzel, Jim. *Concepts in Law and Economics: A Guide for the Curious*. [In Russian.] Translated by I. Kushnarova. Moscow: Instytut Haidara, 2017.
- Lysiak-Rudnytsky, Ivan. *Diaries*. [In Ukrainian.] Kyiv: Dukh i Litera, 2019.



- Meir, Golda. *My Life*. [In Russian.] Moscow: Mosty kultury, 2017.
- Melnychuk, Vladyslav, and Bohdan Miroschnyenko. "Russian-language Editions are Taking Over the Market. How Can a Ukrainian Book Win the Battle?" [In Ukrainian.] *Yevropeiska Pravda*, published October 8, 2020, <https://www.epravda.com.ua/publications/2020/10/8/666039/>.
- Mosiahin, Mykhail. "'Believe me, old fool': Anthony Hopkins addressed the world's graduates." [In Russian.] *Fishki.net*, published May 18, 2020. <https://fishki.net/3319859-veryte-mne-satromuduraku-jentoni-hopkins-obratilsja-k-vypuschnikam-vsego-mira.html>.
- Neumann, John von, and Oskar Morgenstern. *Theory of Games and Economic Behavior*. [In Russian.] Moscow: Kniha po trebovaniu, 2013.
- Poperechna, Dariia. "The Institute of Books Estimates How Little Ukrainians Read Every Day." [In Ukrainian.] *Ukrainska Pravda*, published March 10, 2021. <https://life.pravda.com.ua/society/2021/03/10/244194/>.
- Rand, Ayn. *The Romantic Manifesto: A Philosophy of Literature*. [In Russian.] Moscow: Alpina Publisher, 2018.
- Ross, Alex. *The Rest Is Noise: Listening to the Twentieth Century*. [In Russian.] Moscow: AST, 2015.
- Snyder, Timothy. *The Road to Unfreedom: Russia, Europe, America*. [In Ukrainian.] Translated H. Herasym. Lviv: Choven, 2020.
- Stassinopoulos Huffington, Arianna. *Picasso: Creator and Destroyer*. [In Russian.] Translated by S. Kuznietsova. Moscow: Rouzbad-Interektiv, 2015.
- Sydorenko, Serhii. "Freedom of Speech or Security: How Europe is Divided on Banning Social Networks and 'Yandex.'" [In Ukrainian.] *Yevropeiska Pravda*, published May 17, 2017. <https://www.eurointegration.com.ua/articles/2017/05/17/7065829/>.
- Symonds, Michael, and Jason Pudsey. "The Concept of 'Paradox' in the Work of Max Weber." *Sociology* 42, no. 2 (April 2008): 223–41.
- The World in Figures 2013*. [In Ukrainian.] Kyiv: Tyzhden, 2013.
- Ukrainska Pravda*. "A Theatre in Dnipro Has Cancelled a Russian-language Performance After Right Sector Threats." [In Ukrainian.] Published April 12, 2018. <https://www.pravda.com.ua/news/2018/04/12/7177481/>.
- Ukrainska Pravda*. "Film About Volyn Tragedy Cancelled in Kyiv." [In Ukrainian.] Published October 17, 2016. <https://life.pravda.com.ua/culture/2016/10/17/219001/>.
- Ukrainska Pravda*. "Life Will Judge". The State Film Committee Banned 7 Russian TV series Because They Lied During Registration." [In Ukrainian.] Published November 22, 2016. <https://life.pravda.com.ua/culture/2016/11/22/220350/>.
- Ukrainska Pravda*. "Once Upon a Time in Rostov" and Others. The State Film Committee Has Barred 12 Films and TV series From Release." [In Ukrainian.] Published October 24, 2016. <https://life.pravda.com.ua/culture/2016/10/24/219286/>.
- Ukrainska Pravda*. "Poroshenko Has Enacted a Decision of the National Security and Defense Council of Ukraine to Block Websites." [In Ukrainian.] Published February 18, 2017. <https://www.pravda.com.ua/news/2017/02/18/7135750/>.

- Ukrainska Pravda*. “Poroshenko’s Lawyers Will Sue Media Outlets That Quote Onishchenko if Necessary.” [In Ukrainian.] Published December 09, 2016. <https://www.pravda.com.ua/news/2016/12/9/7129382/>.
- Ukrainska Pravda*. “Samoilova’s Broadcast Still Violates Ukrainian Law – Kyrylenko.” [In Ukrainian.] Published March 23, 2017. <https://life.pravda.com.ua/ukr/culture/2017/03/23/223310/>.
- Ukrainska Pravda*. “Security Service of Ukraine Preparing to Block 100 More Websites with Russian Propaganda.” [In Ukrainian.] Published February 12, 2019. <https://www.pravda.com.ua/news/2019/02/12/7206425/>.
- Ukrainska Pravda*. “Shkiriak Initiates Ban on VKontakte and Odnoklassniki in Ukraine.” [In Ukrainian.] Published February 16, 2017. <https://www.pravda.com.ua/news/2017/02/16/7135569/>.
- Ukrainska Pravda*. “The AP Has Sent Out “Temnyky” on How to Justify the Scandalous Edits to the Declaration.” [In Ukrainian.] Published March 28, 2017. <https://www.pravda.com.ua/news/2017/03/28/7139524/>.
- Ukrainska Pravda*. “The State Agency Has Banned 34 More Russian Films and TV series.” [In Ukrainian.] Published June 25, 2016. <https://www.pravda.com.ua/news/2016/04/25/7106712/>.
- Ukrainska Pravda*. “State Department Urges Ukraine to Respect Freedom of Speech.” [In Ukrainian.] Published May 18, 2017. <https://www.pravda.com.ua/news/2017/05/18/7144250/>.
- Ukrainska Pravda*. “The State Film Committee Banned Another Russian TV series.” [In Ukrainian.] Published November 4, 2016. <https://www.pravda.com.ua/news/2016/11/4/7125721/>.
- Ukrainska Pravda*. “The State Film Committee Banned Warner Bros. Film with Til Schweiger Over FSB Major.” [In Ukrainian.] Published November 12, 2016. <https://www.pravda.com.ua/rus/news/2016/11/12/7126606/>.
- Ukrainska Pravda*. “There Is No Totally Free Internet in Ukraine.” [In Ukrainian.] Published October 14, 2020. <https://www.pravda.com.ua/news/2020/10/14/7269911/>.
- Ukrainska Pravda*. “Ukraine Banned Import of 9 More Books from Russia Due to Geographical “Errors.” [In Ukrainian.] Published February 22, 2018. <https://www.pravda.com.ua/news/2018/02/22/7172505/>.
- Ukrainska Pravda*. “Ukraine Has Fallen Back in the Internet Freedom Rankings.” [In Ukrainian.] Published November 14, 2016. <https://www.pravda.com.ua/news/2016/11/14/7126790/>.
- Ukrainska Pravda*. “UN and OSCE Explain When Websites Can Be Blocked.” [In Ukrainian.] Published March 06, 2017. <https://www.pravda.com.ua/news/2017/03/6/7137324/>.
- Ukrainska Pravda*. “Verkhovna Rada of Ukraine Allows Channels and Radio to Be Fined for Separatism.” [In Ukrainian.] Published November 1, 2016. <https://www.pravda.com.ua/news/2016/11/1/7125468/>.
- Ukrainska Pravda*. “Verkhovna Rada of Ukraine Banned Propaganda Books from Russia.” [In Ukrainian.] Published December 8, 2016. <https://www.pravda.com.ua/news/2016/12/8/7129235/>.
- Vinokurov, Yaroslav. “Experiments on Human Nature: What Won the Nobel Prize in Economics in 2021.” [In Ukrainian.] *Ukrainska Pravda*, October 11, 2021. [www.epravda.com.ua/publications/2021/10/11/678636/](http://www.epravda.com.ua/publications/2021/10/11/678636/).
- Waldron, Jeremy. *The Rule of Law and the Measure of Property*. [In Russian.] Translated by S. Moysiev. Moscow: Institut Haidara, 2020.

- Weber, Max. *Selected Works*. [In Russian.] Translated by Yuri Davydov. Moscow: Prohress, 1990.
- Wittgenstein, Ludwig. *Culture and Value*. [In Russian.] Translated by Peter Winch. USA: The University of Chicago Press, 1984.
- Wujek, Jakub. *Myths and Utopias of 20th Century Architecture*. [In Russian.] Translated by M. Predtechenskiy. Moscow: Stroizdat, 1990.
- Yavorskiy, Volodymyr. "Ban on Russian-language Cultural Products: Why Is the Ombudsman Silent?" [In Ukrainian.] *Ukrainska Pravda*, published November 6, 2018. <https://www.pravda.com.ua/rus/columns/2018/11/6/7197388/>.
- Yevropeiska Pravda*. "The Level of Press Freedom in Europe Is the Most Fragile Since the End of the Cold War – Report." [In Ukrainian.] Published February 12, 2019. <https://www.eurointegration.com.ua/news/2019/02/12/7092731/>.

### **Всеволод Речицький. Парадокс наслідків Макса Вебера в контексті українського конституціоналізму**

**Анотація.** У статті розглядається явище "парадоксу наслідків" Макса Вебера в контексті проблематики українського конституціоналізму. На думку автора, Україна лише останніми роками розпочала процес ментального звільнення від тоталітаризму, який суттєво вплинув на дизайн Конституції України 1996 р.

Основними недоліками українського конституціоналізму автор вважає його неринковий, постсоціалістичний характер. Це позначається як на формі, так і на глибинному змістові низки ключових конституційних норм. Автор показує, що модерний український конституціоналізм продовжує залишатися віддаленим спадкоємцем утопічного соціалістичного проекту, що негативно позначається на економіці, політиці й культурі сучасної України, темпах її прогресу.

Стаття містить в собі аргументацію на користь широкого конституційного оновлення України, аж до розробки нового Основного Закону. Аргументацію автора побудовано на широкому колі ілюстративного матеріалу. Автор звертається до джерел історичного, політичного й естетичного характеру, що дозволяє йому розкрити тему в нешаблонному, оригінальному стилі.

Попри звернення до наукових аргументів, автор статті апелює також до моральних і естетичних почуттів своєї аудиторії. Він доводить, що органічний конституціоналізм є пов'язаним не лише з раціональним, але й ірраціональним, почуттєвим початком. На його думку, зміст модерного конституціоналізму становить свобода вибору й приватна власність в дуже широкому їх розумінні. Він наполягає на тому, що зірки сучасного бізнесу й торгівлі повинні мати в Україні своє відокремлене політичне представництво. Таким представництвом може стати Сенат як верхня палата оновленого парламенту України.

Стаття є складовою частиною низки публікацій автора з тематики неформального конституціоналізму. Вона відображає лише один із аспектів в системі його поглядів на європейський і американський конституціоналізм. У цілому, стаття є втіленням жорстко критичного погляду на стан верховенства права в Україні. З іншого боку, вона демонструє бажання автора чесно розібратися на професійному рівні в недоліках і здобутках сучасної правової політики України.

За стилістикою стаття обіцяє бути цікавою не лише для юристів. Однаковою мірою вона може зацікавити фахівців в ділянці політичних наук, філософії й теорії права.

**Ключові слова:** конституція; конституціоналізм; свобода; ліберальна демократія; ринок; негативні права людини; парадокс наслідків; верховенство права; тоталітаризм; посттоталітарний менталітет; прагнення до щастя.

### **Всеволод Речицкий. Парадокс последствий Макса Вебера в контексте украинского конституционализма**

**Аннотация.** В статье рассматривается явление “парадокса последствий” Макса Вебера в контексте проблематики украинского конституционализма. По мнению автора, Украина только в последние годы начала процесс ментального освобождения от тоталитаризма, который оказал существенное влияние на дизайн Конституции Украины 1996 г. Основными недостатками украинского конституционализма автор считает его нерыночный, постсоциалистический характер. Это сказывается как на форме, так и на глубинном содержании ряда ключевых конституционных норм.

Автор показывает, что современный украинский конституционализм продолжает оставаться отдаленным наследником утопического социалистического проекта, что негативно сказывается на экономике, политике и культуре современной Украины, общих темпах ее прогресса. Статья содержит аргументацию в пользу широкого конституционного обновления Украины, вплоть до разработки нового Основного Закона. Аргументация автора построена на широком круге иллюстративного материала. Автор обращается к источникам исторического, политического и эстетического характера, что позволяет ему раскрыть тему в нешаблонном оригинальном стиле.

Кроме обращения к научным аргументам, автор статьи апеллирует также к нравственным и эстетическим чувствам своей аудитории. Он доказывает, что органический конституционализм связан не только с рациональным, но и с иррациональным, чувственным началом. По его мнению, содержание модерного конституционализма составляет свобода выбора и частная собственность в предельно широком их понимании.

Он настаивает на том, что звезды современного бизнеса и торговли должны иметь в Украине свое структурно выделенное политическое представительство. Таким представительством может стать Сенат, как верхняя палата обновленного парламента Украины. Статья является составной частью ряда публикаций автора по теме неформального конституционализма. Она отражает только один из аспектов в системе его взглядов на европейский и американский конституционализм.

В целом статья является воплощением жестко критического взгляда на состояние верховенства права в Украине. С другой стороны, она демонстрирует желание автора честно разобраться на профессиональном уровне в недостатках и достижениях украинской правовой политики. По своей стилистике статья обещает быть интересной не только для юристов. В равной степени она может заинтересовать специалистов в области политических наук, философии и теории права.

**Ключевые слова:** конституция; конституционализм; свобода; либеральная демократия; рынок; негативные права человека; парадокс последствий; верховенство права; тоталитаризм; пост-тоталитарный менталитет; стремление к счастью.

### **Vsevolod Rechytskyi. Max Weber's Paradox of Consequences in the Context of Ukrainian Constitutionalism**

**Abstract.** The article considers the phenomenon of Max Weber's “paradox of consequences” in the context of the issue of Ukrainian constitutionalism. According to the author, Ukraine has only recently begun the process of mental liberation from totalitarianism, which significantly influenced the design of the 1996 Constitution of Ukraine. The main shortcomings of Ukrainian constitutionalism, the author considers its non-market, post-socialist nature. This affects both the form and the in-depth content of a number of key constitutional norms.

The author shows that modern Ukrainian constitutionalism continues to be a distant successor to the utopian socialist project, which has a negative impact on the economy, politics and culture of modern Ukraine, the vector of its progress. The article contains arguments in favor of a broad constitutional renewal of Ukraine, up to the development of a new Basic Law. The author's argument is based on a wide range of illustrative material. The author turns to sources of historical, political and aesthetic nature, which allows him to reveal the topic in a non-standard, original style.

Despite the appeal to scientific arguments, the author of the article also appeals to the moral and aesthetic feelings of his audience. He argues that organic constitutionalism is associated not only with rational, but also irrational, sensual beginnings. In his view, the content of modern constitutionalism is freedom of choice and private property in their very broad sense. He insists that the stars of modern business and trade must have a separate political representation in Ukraine.

The Senate as the upper house of the renewed parliament of Ukraine can become such a representation. The article is part of a number of the author's publications on informal constitutionalism. It reflects only one aspect of his views on European and American constitutionalism. In general, the article embodies a strongly critical view of the rule of law in Ukraine. On the other hand, it demonstrates the author's desire to honestly understand at a professional level the shortcomings and achievements of modern legal policy of Ukraine.

Stylistically, the article promises to be interesting not only for lawyers. It may be of equal interest to specialists in political science, philosophy and theory of law.

**Keywords:** constitution; constitutionalism; freedom; liberal democracy; market; negative human rights; paradox of consequences; rule of law; totalitarianism; post-totalitarian mentality; desire for happiness.

Одержано/Received 06.12.2021

## ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА НЕЗМІНЮВАНИХ ПОЛОЖЕНЬ КОНСТИТУЦІЇ

Формальні правила щодо конституційних поправок існують із часу виникнення перших писаних конституцій. А от вимоги, що забезпечували незмінюваність положень конституції не були від початку розповсюдженими (хоч ситуація за декілька століть досить сильно змінилася). Йдеться про т.з. незмінювані конституційні положення, які забороняють в тій чи іншій формі вносити зміни до конституції. За однією з версій, вперше незмінюване положення було сформульовано в ст. V Конституції США – жоден зі штатів без його згоди не може бути позбавлений рівного з іншими штатами права голосу в Сенаті.<sup>1</sup> В Україні такі незмінювані положення закріплені у ст. 157 Конституції України.

Одразу маємо зробити застереження щодо термінології. Ми оперуємо терміном “незмінювані положення” (англ. “unamendable provisions”), який часто використовується.<sup>2</sup> Незмінювані положення обмежують повноваження щодо внесення змін до конституції, вони забороняють здійснювати такі повноваження щодо певних конституційних суб’єктів, принципів або інститутів.<sup>3</sup>

Замість терміну “незмінювані положення” можуть використовуватися також інші терміни: застереження про незмінюваність, застереження про вічність, формула (клаузула, гарантія) вічності чи незмінюваності (“eternity clause” – англ., “Ewigkeitsgarantie” – нім.).<sup>4</sup> Термін “гарантія вічності” використовується безпосередньо в рішеннях Федерального конституційного суду Німеччини (див., наприклад, рішення щодо Лісабонського договору, BVerfGE 123, 267 – Lissabon<sup>5</sup>). Незмінювані положення також на-

\* Григорій Валерійович Берченко, кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного права України Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

Hryhorii Berchenko, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor at the Department of Constitutional Law of Ukraine, Yaroslav Mudryi National Law University.

e-mail: berchenkog@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0365-9009>

<sup>1</sup> Детальніше про історію виникнення незмінюваних положень див.: Michael Hein, “Constitutional Norms for All Time? General Entrenchment Clauses in the History of European Constitutionalism,” *European Journal of Law Reform* 21, no. 3 (2019): 226–42.

<sup>2</sup> Див., напр.: Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 15.

<sup>3</sup> Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, 21.

<sup>4</sup> Див.: Silvia Suteu, *Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism* (Oxford: Oxford University Press, 2021).

<sup>5</sup> BVerfGE 123, 267 – Lissabon, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv123267.html>.

зивають “абсолютним закріпленням” (“absolute entrenchment”) – п. 89, 201, 206, 219 Доповіді CDL-AD(2010)001-е. В усіх випадках йдеться про положення конституції, які забороняють вносити до неї зміни. Надалі в статті ми будемо ототожнювати усі наведені формулювання, вживаючи узагальнений термін “незмінювані положення,” або “формула незмінюваності” (за винятком тих випадків, коли ми будемо згадувати авторську позицію певного вченого, тоді буде використаний той термін, яким оперує той чи інший автор, також збережена термінологія Венеційської комісії).

На думку Яніва Рознаї, термін “вічні положення” є неточним:

ці положення не є ні вічними, ні незмінюваними. Хоча вони служать механізмом обмеження повноважень щодо внесення поправок, вони не обмежують (і не можуть обмежувати) повноваження первинної установчої влади. Навіть положення, які не підлягають змінам, піддаються змінам, внесеним позаконституційним чином. Більше того, їх зміст також може “змінюватися” через судове тлумачення.<sup>6</sup>

Вчений стверджує, що вдалішим є термін із бразильської конституції, яка називає відповідні положення “petrous clauses” (в оригіналі з іспанської – *cláusula pétrea* – кам’яна клаузула або кам’яні положення).<sup>7</sup>

На нашу думку, що “кам’яність,” що “вічність” – це певні метафори, що набули юридичного статусу. Конкретний термін, вжитий для позначення відповідного явища, може варіюватися залежно від країни і відповідних національних юридичних традицій і юридичної техніки. Такі метафори позначають юридичні презумпції (“кам’яності,” “вічності”), і такі презумпції в ході історії, звичайно, можуть бути спростовані (якщо все таки не зможуть забезпечити відповідну незмінюваність на практиці). Допоки вони (презумпції) не спростовані, до них слід ставитися серйозно і визнавати як незмінювані положення, формули “вічності” тощо.

Потрібно підкреслити, що незмінювані положення за своєю природою стосуються передусім саме внесення змін до конституції. При перегляді конституції за встановленою в ній самій процедурою, а також ухваленні нової конституції у зв’язку із розривом континуїтету ( правонаступності), тобто при здійсненні “конституційної революції” (тобто коли нова конституція ухвалюється поза процедурами, передбаченими чинною конституцією), найпоширенішою є думка, що незмінювані положення вже не діють.<sup>8</sup>

Як стверджує Венеційська комісія, усі історичні дані вказують на те, що для конституцій, які діють протягом будь-якого періоду часу, абсолютне закріплення на практиці ніколи не буде абсолютним. Якщо обставини зміняться достатньо, або якщо політичний тиск стане занадто сильним, то навіть “незмінювані” правила будуть змінені – так чи інакше. У таких ситуаціях конституційна незмінність може навіть мати негативний

<sup>6</sup> Yaniv Roznai, “Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers” (PhD diss., the London School of Economics, 2014), 23–24.

<sup>7</sup> Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 129.

<sup>8</sup> Із цього приводу існує дискусія, проте її аналіз не входить в предмет дослідження цієї статті.

вплив невинного затягування конфліктів і, таким чином, посилення тиску та збільшення витрат для суспільства на необхідні реформи (п. 219 Доповіді Венеційської комісії про внесення змін до конституцій,<sup>9</sup> далі – Доповідь CDL-AD(2010)001-e). Жодна конституція не може зберігатися шляхом заборони певних змін конституції, якщо вона втрапить свою нормативну силу.<sup>10</sup> Наведена думка є цілком зрозумілою у вже згаданому нами випадку розриву континуїтету і створення ситуації конституційної революції.

Крім того, дія незмінюваних положень може бути нейтралізована за рахунок т.з. “подвійної поправки.” Мається на увазі, що спочатку скасовується або змінюється положення, яке встановлює незмінюваність (формула незмінюваності), а потім – безпосередньо ті положення, які були захищені формулою незмінюваності і після поправки втратили такий захист.<sup>11</sup> Це скоріше гіпотетична конструкція, оскільки її реалізація є дуже складною на практиці. Водночас, свого часу до Конституції Португалії якраз були внесені зміни до формули незмінюваності, хоч і внесення подібних змін було досить спірним.<sup>12</sup>

Більше того, змістовне наповнення формули незмінюваності може еволюціонувати за допомогою практики її застосування (формування звичаю) або судового тлумачення. Тому саме з огляду на вищевказане ми маємо ще раз наголосити на необхідності не перебільшувати роль семантики слів “вічність” і “незмінюваність” і не переоцінювати регулятивний вплив незмінюваних положень, не розглядати їх як своєрідну панацею для захисту тих чи інших цінностей.

Незмінювані положення часто кваліфікують як конституційні надконституційні норми (*supra-constitutional norms*).<sup>13</sup> Дійсно, історично ідею надконституційності розвивали саме таким чином і в такий спосіб, щоб вона охоплювала питання про незмінювані положення самої конституції. Ми ж пропонуємо подумати про перегляд таких поглядів, і використовувати ідею надконституційності для характеристики меж установчої влади, пов’язаних із природним і міжнародним правом, але не включати до поняття надконституційності власне експліцитно виражені у самій конституції незмінювані положення. Такі незмінювані положення якраз можуть мати відповідне надконституційне походження (у природному або міжнародному праві), а можуть мати

<sup>9</sup> CDL-AD(2010)001-e. Report on Constitutional Amendment adopted by the Venice Commission at its 81st Plenary Session (Venice, 11–12 December 2009), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad(2010)001-e).

<sup>10</sup> Конрад Хессе. *Основы конституционного права ФРГ*, пер. Е. А. Сидоровой (Москва: Юридическая литература, 1981), 328.

<sup>11</sup> Див. детальніше про це: Ричард Альберт, “Как вносит изменения в правила внесения конституционных поправок,” *Сравнительное конституционное обозрение* 2 (2016): 64–95.

<sup>12</sup> Див. детальніше: Xenophon Contiades (ed.), *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA* (Abingdon: Routledge, 2012), 287–88; Hein, “Constitutional Norms for All Time?” 237.

<sup>13</sup> Див.: Дмитрий Шустров, “Надконституционные нормы в конституционном праве,” *Сравнительное конституционное обозрение* 140, no. 1 (2021): 102–04.



своїм джерелом виключно волю установчої влади (тобто допускається широка свобода розсуду у встановленні тих чи інших незмінюваних положень різного змісту). Крім того, ідея надконституційності може бути використана при характеристиці доктрини “конституційного блоку” і в рамках неї визначати певні внутрішні акти ієрархічно вищими щодо самої конституції (наприклад, Литва, Молдова).<sup>14</sup>

Ще один важливий аспект. Як свідчить практика, незмінювані положення можуть бути не лише формально встановленими в позитивному конституційному тексті. Зарубіжний досвід свідчить про значну роль у формулюванні незмінюваних положень суддів, які тлумачать позитивний конституційний текст. В цьому разі установча влада промовляє не лише через позитивний текст конституції, а й через суддів (для кельзенівської моделі конституційного контролю – суддів конституційного суду). Як приклад, можна назвати доктрину базової структури конституції (Індія) і доктрину заміщення конституції (Колумбія), вироблену судовими органами цих держав. В такому випадку формуються імпліцитні незмінювані положення, як їх часто називають в літературі. Ми маємо враховувати такі випадки при загальній характеристиці незмінюваних положень, проте можливості детально зупинитися на таких випадках в рамках цієї статті, на жаль, немає.

Як ми побачимо далі, в літературі використовується термін “unamendability,” тобто незмінюваність. Незмінюваність може бути пов’язана із певними позитивними і експліцитно вираженими в тексті конституції положеннями, вона може також виявлятися у імпліцитних положеннях, що формулюються судовими органами (в обох випадках експліцитно або імпліцитно виражена незмінюваність характеризується нами крізь призму незмінюваних положень). Крім того, незмінюваність позначають певний стан, тобто сукупність низки характеристик, що забезпечують власне незмінюваність на практиці, тобто як фактичний результат.

Ричард Альберт запропонував попередню типологію шести основних форм незмінюваності (англ.: “unamendability”) в ліберальних демократіях. Ці форми незмінності вчений розділив на дві основні категорії – матеріальні та процесуальні – з трьома дорядними варіаціями: формальні, неформальні та теоретичні.<sup>15</sup>

Вчений виокремлював також конструктивну незмінюваність, яка походить від політичного клімату, який робить малоімовірним, хоча й не неможливим, досягнення необхідної більшості для прийняття формальної поправки. Тому це не є результатом ні формального конституційного задуму, ні тлумачення конституційного права, а скоріше конституційної політики.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> З приводу доктрини конституційного блоку див: Григорій Берченко, “Декларація про державний суверенітет України і Акт проголошення незалежності в аспекті доктрини конституційного блоку,” *Право та державне управління* 4 (2020): 24–30; Григорій Берченко, “Преамбула конституції: юридична природа та практика внесення змін,” *Прикарпатський юридичний вісник* 34, no. 5 (2020): 44–48.

<sup>15</sup> Richard Albert, “Constructive Unamendability in Canada and the United States,” *Supreme Court Law Review* (2014): 188–93.

<sup>16</sup> Albert, “Constructive Unamendability in Canada and the United States,” 182.

Згодом у той же Річард Альберт у співавторстві із Бертіль Емра Одер запропонували вісім варіантів форм незмінюваності (англ.: “unamendability”). В основу класифікації вчені покладають декілька критеріїв: незмінюваність у конституційному тексті може бути як прямо зазначена формально так і не зазначена (є неформальною), може стосуватися змісту поправки або самої процедури змін. Додатково можуть існувати вимоги в часі: або тимчасові або діяти стільки, скільки сама Конституція. Тому існує чотири форми матеріальної незмінюваності: експліцитна чи імпліцитна незмінюваність, зі строком дії чи без такого строку. Також може бути чотири форми процедурної незмінюваності: формальна та неформальна зі строком дії чи ні.<sup>17</sup>

Як бачимо, незмінюваність постає в дуже широкому розумінні – як сукупність низки факторів. При цьому така незмінюваність сама по собі не впливає лише із незмінюваних норм сама по собі, а й охоплює інші фактори і обставини.

Крім того, в науці оперують терміном “матеріальні межі щодо внесення змін до конституції.” На думку Д. Г. Шустрова матеріальні межі змін до конституції можуть бути двох видів: 1) експліцитні – які прямо виражені в конституції; 2) імпліцитні – такі, що не отримали прямого закріплення в конституції, але що мають на увазі і виводяться з тексту або змісту конституції органом конституційного контролю за допомогою тлумачення. Прикладом останнього є практика конституційного суду Італії, де окрім прямо встановленого незмінного принципу республіканської форми правління у ст. 139 статі Конституції Італії,<sup>18</sup> конституційний суд розширив матеріальні межі також на принципи конституційного порядку і невід’ємні права людини.<sup>19</sup> Можемо згадати також приклади Литви, Бразилії, України, Молдови Колумбії, Індії та багатьох інших країн, що сформували такі імпліцитні межі.

До відповідної класифікації Д. Г. Шустрова ми б додали зауваження про те, що експліцитні незмінювані положення можуть розширюватися органом конституційної юрисдикції за рахунок додавання імпліцитних. Про це свідчить і наведений самим автором приклад Італії. Таким же шляхом пішла практика в Молдові, Україні, Бразилії. Прикладом імпліцитних меж в чистому вигляді (за повної відсутності експліцитних) є Литва, Колумбія, Індія.

За Д. Г. Шустровим, матеріальні межі внесення змін до конституції формулюються в ній в так званому застереженні про незмінність – нормі, яка перераховує незмінні конституційні положення і/або принципи. В основі матеріальних меж зміни конституції лежить ідея збереження конституційної ідентичності, яка базується на уявленні про те, що конституція, держава, правопорядок втратять свій характер в тому вигляді,

<sup>17</sup> Richard Albert and Bertil Emrah Oder, eds., *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies* (Cham: Springer, 2018), 5.

<sup>18</sup> “Конституція Італійської Республіки,” у *Конституції країн світу: Італійська Республіка, Держава-Місто Ватикан, Королівство Іспанія, Португальська Республіка* (Київ: ОВК, 2021), 68.

<sup>19</sup> Дмитрій Шустров, *Конституційний контроль за поправками к конституции в зарубежных странах* (Москва: Юрлитинформ, 2019), 20–21.

як їх створила установча влада, якщо виключити або змінити будь-який фундаментальний принцип або положення, що лежать в їх основі.<sup>20</sup>

Визначення матеріальних меж внесення змін до конституції через формулу незмінюваності означає те, що вчений ототожнює незмінюваність із матеріальними межами внесення змін до конституції, ігноруючи процедурну незмінюваність, про яку згадують Річард Альберт і Бертіль Емра Одер.

На нашу ж думку, матеріальні межі внесення змін і формули незмінюваності все ж мають співвідноситися не як тотожні поняття, а як ті, що частково перетинаються. По-перше, формули незмінюваності означають також процедурну незмінюваність. По-друге, самі по собі матеріальні межі внесення змін не обов'язково означають незмінюваність, оскільки в певних випадках вони не є абсолютними і лише створюють додаткові бар'єри, а не повну заборону щодо внесення змін. Власне матеріальні обмеження складаються з двох груп: абсолютні обмеження, що включають незмінювані положення *per se*, та відносні обмеження. Лише абсолютні обмеження щодо внесення змін до конституції можна охарактеризувати як незмінювані положення.

На прикладі Литви Дайнюс Жалімас описує три випадки відносних обмежень.<sup>21</sup> Так само Венеційська комісія розмежовує абсолютну незмінюваність і посилену сувору процедуру внесення змін до конкретних положень, що є майже “незмінністю” на практиці (п. 216 Доповіді CDL-AD(2010)001-е).

Останню тезу Венеційської комісії можна розвинути за рахунок ідеї про те, що конституційний дизайн часто є багаторівневим. За ідеєю Розалінд Диксон і Девіда Ландау багаторівневий конституційний дизайн має на меті поєднати переваги жорсткості та гнучкості, створюючи різні правила внесення змін до конституції для різних частин конституції. Більшість положень досить легко змінити, але деякі статті чи принципи мають більший рівень закріплення. Багаторівневий дизайн потенційно може зберегти простір для необхідних оновлень конституційного тексту, завдяки гнучкому дизайну, водночас забезпечуючи стабільність ядра конституції та захист від антидемократичних форм конституційних змін.<sup>22</sup>

Тут же можна навести позицію Майкла Гейна, який виділяє загальне поняття “положення про закріплення” (англ.: “entrenchment clauses”) і всередині нього два різновиди. По-перше, “загальні заборони внесення поправок” (“general prohibitions of amendments”), а також “загальні обмеження щодо внесення поправок” (“general constraints on

<sup>20</sup> Дмитрій Шустров, “Материальные пределы изменения конституций постсоветских государств,” *Сравнительное Конституционное Обозрение* 2 (2018): 88.

<sup>21</sup> Dainius Žalimas, “Hierarchy of Constitutional Principles as Criteria of Constitutionality of Constitutional Amendments,” in *Presentation to the XVIIIth Congress of the Conference of the European Constitutional Courts “Role of the Constitutional Courts in Upholding and Applying the Constitutional Principles,” June 28-July 1st, 2017, Batumi*, [https://www.lrkt.lt/data/public/uploads/2017/09/hierarchy-of-constitutional-principles-as-criteria-of-amendments\\_batumi2017.pdf](https://www.lrkt.lt/data/public/uploads/2017/09/hierarchy-of-constitutional-principles-as-criteria-of-amendments_batumi2017.pdf).

<sup>22</sup> Rosalind Dixon and David Landau, “Tiered Constitutional Design,” *The George Washington Law Review* 86, no. 2 (2018): 438.

amendments”), які розрізняють дві або більше груп конституційних предметів, щодо яких застосовуються різні жорсткі правила внесення змін.<sup>23</sup> Перший різновид – це те, що ми називаємо незмінюваними положеннями, другий різновид – це той самий згаданий вище багаторівневий конституційний дизайн за Розалінд Диксон і Девідом Ландау.

Мова йде про те, що за матеріальними критеріями (змістом змін) ми відмежовуємо одну процедуру внесення змін (більш просту) від іншої (більш складної). За своєю природою багаторівневий конституційний дизайн встановлює матеріальні межі внесення змін до конституції, проте не обов’язково в формі незмінюваності, а може набувати форми ускладненої процедури внесення змін до конституції. Отже, при вживанні терміну “матеріальні обмеження,” не обов’язково йдеться саме про абсолютні матеріальні обмеження щодо внесення змін до конституції. Цей аспект треба враховувати, використовуючи відповідні терміни.

Незмінювані положення іноді тлумачаться як такі, що все ж можуть бути змінені. І мова не йде про ситуацію, коли незмінюваність спростовується в ході історії і конституційної революції (у випадку розриву конституційного континуїтету) або ж при скасуванні самої формули незмінюваності в тексті чинної конституції шляхом “подвійної поправки.” Йдеться про специфічну інтерпретацію самої незмінюваності. Є. Танчев при класифікації конституційних положень, які належать до числа недоторканих або таких, що не підлягають змінам, виділяє три основні типи таких положень. *Першу групу*, на його думку, складають питання, які лежать поза межами повноважень установчої і встановленої влади і є так званими вічними положеннями. Конституції Німеччини, Франції (Третьої, Четвертої і П’ятої республік, що передбачають незмінність республіканської форми правління), деякі положення Конституції Румунії 1991 р. тощо. *До другої групи*, на думку вченого, належать такі конституції, як, наприклад, Конституція Болгарії 1991 року, містять квазівічні положення що стосуються форми правління, унітарного характеру держави, форми встановленого балансу влади або встановленої форми поділу влади, які фіксують таким чином установчу владу. Внесення змін надзвичайно складно здійснити, оскільки потрібне рішення Великого народного зібрання, що дозволяє де-факто віднести ряд положень до категорії “вічних.” *Остання (третья) група* положень, що складають основу, яка не підлягає перегляду, за Є. Танчевим, це положення, що містять певні національні характеристики конституційної конфігурації, зміна яких вимагає абсолютної або кваліфікованої парламентської більшості.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Hein, “Constitutional Norms for All Time?” 227.

<sup>24</sup> Евгений Танчев, “Конкурирующие иерархии: конституционное верховенство против примата наднационального права. Доклад Евгения Танчева. Международная конференция ‘Применение международных договоров конституционными судами и эквивалентными органами: вызовы для диалога’, Батуми, 9–10 сентября 2015 г.,” в *Венецианская комиссия о конституциях, конституционных поправках и конституционном правосудии: сборник аналитических материалов Венецианской комиссии Совета Европы*, сост. Т. Я. Хабриева, Р. А. Курбанов, В. И. Лафитский; под ред. Т. Я. Хабриевой (Москва: Институт законодательства и сравнительного правоведения при правительстве Российской Федерации, 2016), 565–66.

Аналізуючи підхід Є. Танчева, як на нас, коректніше було б застосовувати термін “матеріальні межі” у абсолютному і відносному значеннях, а не розширювати термін “незмінювані положення” і включати до таких положень водночас і ті, що не можуть бути змінені, і ті, що можуть бути змінені лише за певних умов. По суті, вчений в термінах незмінюваності насправді намагається описати інше явище – багаторівневий конституційний дизайн, про який ми згадували вище.

Зрозуміло, що така заплутаність в термінології, яку ми навели, не може не позначатися на якості досліджень незмінюваних положень, оскільки дуже часто різні вчені тією самою назвою позначають відмінні явища.

Тлумачачи незмінювані положення вузько, як абсолютно незмінювані, варто поглянути на їх експліцитні варіанти закріплення на прикладів окремих формул незмінюваності в зарубіжних конституціях.

Відповідно до ч. 1 ст. 110 Конституції Греції положення Конституції можуть бути переглянуті за винятком тих, які визначають основу і форму державного ладу, у тому числі однопалатну парламентську демократію, рівно як і положення, що регулюються ч. 1 ст. 2, частинами 1, 4 і 7 ст. 4, частинами 1 і 3 ст. 5, ч. 1 ст. 13 і ст. 26 Конституції.<sup>25</sup> Це такі положення: авторитет і захист цінностей людства є первинним завданням; греки є рівними перед законом; лише громадяни Греції допускаються на всі державні служби крім випадків, що передбачені спеціальними законами; дворянські титули і звання не схвалюються і не визнаються серед громадян Греції; кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості і участі в соціальному, економічному і політичному житті країни, якщо не порушує прав інших осіб або норм Конституції і вимоги моралі; особиста свобода є недоторканною. Ніхто не може піддаватися переслідуванню, арешту або позбавлення свободи або іншому способу обмеження за винятком випадків, вказаних в законі.; свобода релігійної совісті є недоторканною; здійснення громадянських і політичних прав не залежить від релігійних переконань. Двадцять шоста ж стаття регулює розподіл влад.

Відповідно до ч. 2 ст. 9 Конституції Чеської Республіки зміна основних атрибутів демократичної правової держави не допускається.<sup>26</sup>

Відповідно до ч. 193 Конституції Швейцарської конфедерації при повному перегляді зобов'язуючі положення міжнародного права не можуть порушуватися. Відповідно ж до ч. 2 ст. 194 частковий перегляд повинен дотримуватися єдності матерії і не може порушувати зобов'язуючі положення міжнародного права.<sup>27</sup>

У Бельгії під час правління не можна вносити змін до Конституції щодо конституційних повноважень Короля та статей 85–88, 91–95, 106 та 197 Конституції<sup>28</sup> (всі вони стосуються повноважень Короля).

<sup>25</sup> “Конституция Греции” (Харків: Право, 2014), 96–97.

<sup>26</sup> “Конституція Чеської Республіки,” у *Конституції країн світу: Королівство Данія, Французька Республіка, Чеська Республіка, Республіка Польща* (Київ: ОВК, 2021), 103.

<sup>27</sup> “Конституція Швейцарської Конфедерації,” у *Конституції країн світу: Швейцарська Конфедерація, Королівство Норвегія, Фінляндська Республіка* (Київ: ОВК, 2021), 79.

<sup>28</sup> “Конституція Королівства Бельгія,” у *Конституції країн світу. Королівство Бельгія. Федеративна Республіка Німеччина. Королівство Швеція* (Київ: ОВК, 2021), 105.

У ст. 148 Конституції Румунії, яка називається “Межі перегляду,” передбачено таке. Положення, що стосуються національного незалежного, єдиного і неподільного характеру румунської держави, республіканської форми правління, територіальної цілісності, незалежної юстиції, політичного плюралізму та офіційної мови, не можуть бути предметом перегляду. Крім того, не може проводитися ніякий перегляд, якщо його результатом буде скасування основних прав і свобод громадян або їх гарантій.<sup>29</sup>

Відповідно до статті 139 Конституції Італії республіканська форма правління не може бути предметом конституційного перегляду. Як зазначає П'єтро Фарагуна, хоча текст конституції передбачає досить вузьке експліцитне незмінюване положення, конституція була з боку конституційного суду піддана розширювальному тлумаченню. Інтерпретаційне розширення незмінюваності спочатку пройшло через розширене тлумачення експліцитного незмінюваного пункту, поєднавши його тлумачення з проголошенням недоторканності основних прав. Паралельно процес розширення проходив через розробку теорії імпліцитної незмінюваності.<sup>30</sup> Мова йде про рішення конституційного суду Італії від 15–29 грудня 1988 р. № 146.

Відповідно до ст. 288 Конституції Португалії закони про перегляд Конституції повинні поважати:

- a) національну незалежність і єдність держави;
- b) республіканську форму правління;
- c) відділення церкви від держави;
- d) права, свободи і гарантії громадян;
- e) права трудящих, комісій трудящих і профспілкових об'єднань;
- g) наявність економічних планів у рамках змішаної економіки;
- h) загальні, прямі, періодичні вибори при таємному голосуванні для призначення виборних посадових осіб органів державної влади, органів автономних областей і місцевої влади, а також систему пропорційного представництва;
- i) плюралізм думок і політичних організацій, включаючи політичні партії, і право на демократичну опозицію;
- j) поділ і взаємозалежність органів державної влади;
- l) контроль за конституційністю юридичних норм при їх застосуванні або в разі прогалин в законодавстві;
- m) незалежність судів;
- n) автономію місцевих самоврядних одиниць;
- o) політико-адміністративну автономію Азорських островів і Мадейри.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> “Конституція Румунії,” у *Конституції країн світу: Республіка Болгарія, Румунія, Угорщина, Республіка Хорватія* (Київ: ОБК, 2021), 119–20.

<sup>30</sup> Pietro Faraguna, “Unamendability and Constitutional Identity in the Italian Constitutional Experience,” *European Journal of Law Reform* 3 (2019): 329–44, <https://ssrn.com/abstract=3391105>.

<sup>31</sup> “Конституція Португальської Республіки,” у *Конституції країн світу: Італійська Республіка, Держава-Місто Ватикан, Королівство Іспанія, Португальська Республіка* (Київ: ОБК, 2021), 315.

Відповідно до ч. 1 ст. 182 Конституції *Республіки Кіпр* статті та частини статей Конституції, зазначені в Додатку III, включені до Конституції відповідно до угоди, укладеної в Цюриху 11 лютого 1959, являють собою основні статті Конституції і не можуть будь-яким способом бути змінені, наприклад, шляхом поправок, доповнень, скасування або скорочень.<sup>32</sup>

Причому сам перелік досить значний, можливо навіть це найбільший за обсягом перелік незмінюваних положень серед усіх зарубіжних конституцій. На відміну від досить широкого переліку, визначеного в португальській конституції, де визначені певні принципи, а не конкретні норми, Конституція Кіпру містить перелік саме конкретних статей, що не підлягають змінам, скасуванню, доповненню, скороченню.

Відповідно до ст. 4 Конституції *Турецької Республіки* положення статті 1 щодо форми держави, яка є республікою, характеристики республіки у статті 2 та положення статті 3 не можуть бути змінені та жодні пропозиції щодо цього не можуть вноситись.<sup>33</sup>

Відповідно до ч. 2 ст. X Конституції *Боснії і Герцеговини* жодні поправки до цієї Конституції не можуть скасовувати або обмежувати будь-які з прав і свобод, про які йде мова в статті II цієї Конституції, або змінювати цей пункт.<sup>34</sup>

Ю. Г. Барабаш<sup>35</sup> називає дві тенденції конституційного закріплення недоторканих положень: від встановлення чіткого переліку таких положень до закріплення лише загального формулювання стосовно обмеження в конституційному реформуванні.<sup>36</sup>

Вартим нашої уваги є підхід Венеційської комісії, яка розрізняє *положення* і *принципи*. Відносно невелика кількість конституцій містять правила про те, що певні положення, які не можуть бути змінені – це означає, що будь-яка запропонована поправка до формулювання положення є неприйнятною. Більш поширеним методом, однак, є закріплення того, що певні принципи в конституції не можуть бути змінені. Це набагато більш гнучкий підхід, який дозволяє певною мірою проводити зміни до тих пір, поки підтримуються основні елементи охоронюваних принципів (п. 209 Доповіді CDL-AD(2010)001-e).

Прикладом *положень* у вищевказаному розумінні Венеційської комісії можуть бути незмінювані положення турецької конституції, яка вказує норми, зміни до яких внесені бути не можуть.<sup>37</sup> Країни, в конституціях яких містяться саме *принципи* – Франція,

<sup>32</sup> “Конституція Республіки Кіпр,” у *Конституції країн світу: Конституція Грецької Республіки. Конституція Республіки Кіпр, Конституція Турецької Республіки* (Київ: ОВК, 2021), 232.

<sup>33</sup> “Конституція Турецької Республіки,” у *Конституції країн світу: Конституція Грецької Республіки. Конституція Республіки Кіпр, Конституція Турецької Республіки* (Київ: ОВК, 2021), 261.

<sup>34</sup> “Конституція Боснії і Герцеговини,” у *Конституції країн світу: Республіка Словенія, Боснія і Герцеговина, Республіка Північна Македонія* (Київ: ОВК, 2021), 94.

<sup>35</sup> Юрій Барабаш, *Державно-правові конфлікти в теорії та практиці конституційного права* (Харків: Право, 2008), 161.

<sup>36</sup> Із контексту зрозуміло, що під недоторканими положеннями мається на увазі те, що ми називаємо “незмінюваними положеннями.”

<sup>37</sup> Такий підхід використано також у вже згаданій Конституції Республіки Кіпр.

Італія, Чехія, Португалія, Україна (п. 210–214 Доповіді CDL-AD(2010)001-е). Серед спеціальних принципів, що охороняються незмінюваністю, зазвичай, можна знайти один або кілька наступних: фундаментальна демократична (або республіканська) форма правління, федеративна структура, суверенітет, територіальна цілісність і деякі основні права і свободи (п. 215 Доповіді CDL-AD(2010)001-е).

На прикладі Німеччини Конрад Гессе (Konrad Hesse) пояснює складність тлумачення відповідних принципів:

Звичайно, були б “порушені” межі ст. ст. 1 і 20, якщо б ст. 1 була скасована, вводилася б монархія, скасовувалися б вибори або правосуддя передавалося б виконавчим органам. У менш ясих випадках на питання не можна відповісти відразу, тому що форма демократичного, державно-правового і федерально-державного ладу Основного закону визначена лише сукупністю низки окремих положень, і все залежить від того, наскільки велике значення цих положень, щоб вони підпадали під заборону змін.<sup>38</sup>

Схожий класифікаційний підхід на положення і принципи, який здійснює Венеційської комісії, використовує і Д. Г. Шустров. Використання *положень*, передбачає неприпустимість формальної зміни того чи іншого конституційного положення, в тому числі забороняє його скасування, виключення, доповнення, переформулювання тощо.<sup>39</sup> Тим самим незмінна норма чи інша структурна одиниця конституції не може бути змінена. Використання *принципів* передбачає неприпустимість, насамперед, змістовного, хоча також і формально-процедурного, протиріччя конституційним принципам змін, внесених до конституції. Це більш гнучкий і складний підхід, що передбачає оцінку змісту зміни на предмет відповідності принципам, при якому постає питання про факт і ступінь відповідності або суперечності зміни конституційним принципам. Незмінювані конституційні принципи не просто забороняють їх формальну зміну, але означають щось більше, а саме: основоположним ідеям і фундаментальним рішенням конституції не повинні суперечити ніякі зміни конституції, які, в разі їх реалізації, призводять до появи в конституції конкретних правил, здатних блокувати дію принципів. Перший і другий підходи можуть поєднуватися в рамках третього, який передбачає одночасну заборону вносити зміни як в певні конституційні положення, так і змінювати конкретні конституційні принципи.<sup>40</sup>

Зовнішню (експліцитно) виражену незмінюваність детально дослідив Янів Рознаї на прикладі 742 конституцій світу з 1789 по 2015 рік. На першій хвилі конституціоналізму між 1789 і 1944 роками лише 17 відсотків конституцій світу, прийнятих у цей період, містили незмінювані положення (52 із 306), тоді як у другій хвилі конституціоналізму, між 1945 і 1988 роками, 27 відсотків конституцій країн світу, прийняті в ті роки, включали такі положення (79 із 287). З конституцій, прийнятих на третій

<sup>38</sup> Хессе, *Основи конституційного права ФРГ*, 329–30.

<sup>39</sup> Шустров, “Матеріальні межі зміни конституцій постсовєтських держав,” 90.

<sup>40</sup> Там само, 91.



хвилі конституціоналізму, між 1989 і 2015 роками, вже більше половини (54 відсотки) включали положення, які не підлягають змінам (81 із 149). Загалом із 742 розглянутих вченим конституцій 212 конституцій (28 відсотків) містили незмінювані положення.<sup>41</sup>

За підрахунками Майкла Гейна, наприкінці 2015 року з усіх 57 національних конституцій, чинних у Європі та постсоціалістичній Центральній Азії, 16 конституцій містили загальну заборону внесення змін (англ.: “general prohibition of amendments”).<sup>42</sup>

Отже, незмінювані положення містять далеко не всі конституції. Як стверджує Венеційська комісія, ситуація, пов’язана із наявністю незмінюваних положень в жодному разі не домінує. Велика кількість європейських конституцій не мають будь-яких правил про незмінюваність, і багато хто з тих, які обмежують невелику частину конституції, або принципів, які є настільки розпливчастими і загальними і не окладають будь-яких фактичних обмежень. Крім того, незмінність підпадає під юрисдикцію в деяких з цих конституційних систем, які мають такі правила. В інших системах, такі положення слугують більше як політичні заяви, ніж як юридичні обмеження конституційного законодавця (п. 208 Доповіді CDL-AD(2010)001-e).

Насправді це дуже важливий момент, який демонструє відсутність універсальних підходів щодо незмінюваності на практиці. І навіть за наявності таких положень може бути відсутня конкретна судова юрисдикція щодо контролю за їх дотриманням.<sup>43</sup> Можлива також ситуація, коли відсутність експліцитної незмінюваності ще не означає, що практика не сформувала імпліцитні критерії незмінюваності (згадувані вже нами приклади Індії, Колумбії тощо). Проте, виходячи із кількісних показників, навіть разом узяті експліцитна і імпліцитна незмінюваність поки що все одно не може претендувати на універсалізм в конституційному праві. Конкурентом незмінюваних положень у цьому розумінні може вважатися багаторівневий конституційний дизайн (в термінології Розалінда Диксон і Девіда Ландау). Крім того, значна кількість конституцій, а також практика політичних і судових органів свідчить про визнання за установчою владою досить широкого розсуду при внесенні змін до конституції.

© Г. Берченко, 2021

## Bibliography

- Albert, Richard. “Constructive Unamendability in Canada and the United States.” *Supreme Court Law Review* (2014): 181–219.
- Albert, Richard. “How to Amend the Rules for Constitutional Amendments.” [In Russian.] *Sravnitel’noye Konstitutsionnoye Obozreniye* 2 (2016): 64–95.

<sup>41</sup> Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, 20–21.

<sup>42</sup> Hein, “Constitutional Norms for All Time?” 242.

<sup>43</sup> Див.: Григорій Берченко, “Конституційний контроль за внесенням змін до конституції: зарубіжний досвід,” *Публічне право* 3 (2020): 9–16.

- Albert, Richard, and Bertil Emrah Oder, eds. *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*. Cham: Springer, 2018.
- Barabash, Iurii. *State and Legal Conflicts in the Theory and Practice of Constitutional Law*. [In Ukrainian.] Kharkiv: Pravo, 2008.
- Berchenko, Hryhorii. "Constitutional Control over Amendments to the Constitution: Foreign Experience." [In Ukrainian.] *Publichne pravo* 3 (2020): 9–16.
- Berchenko, Hryhorii. "Declaration of State Sovereignty of Ukraine and the Act of Independence in the Aspect of the Doctrine of the Constitutional Bloc." [In Ukrainian.] *Pravo ta derzhavna upravlinnya* 4 (2020): 24–30.
- Berchenko, Hryhorii. "Preamble to the Constitution: The Legal Nature and Practice of Change." [In Ukrainian.] *Prykarpats'kyi yurydychnyy visnyk* 34, no. 5 (2020): 44–48.
- CDL-AD(2010)001-e. Report on Constitutional Amendment adopted by the Venice Commission at its 81st Plenary Session (Venice, 11–12 December 2009). [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad(2010)001-e).
- Contiades, Xenophon, ed. *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*. Abingdon: Routledge, 2012.
- Dixon, Rosalind, and David Landau. "Tiered Constitutional Design." *The George Washington Law Review* 86, no. 2 (2018): 438–512.
- Fraguna, Pietro. "Unamendability and Constitutional Identity in the Italian Constitutional Experience." *European Journal of Law Reform* 3 (2019): 329–44. <https://ssrn.com/abstract=3391105>.
- Hein, Michael. "Constitutional Norms for All Time? General Entrenchment Clauses in the History of European Constitutionalism." *European Journal of Law Reform* 21, no. 3 (2019): 226–42.
- Hesse, Konrad. *Fundamentals of Constitutional Law of the Federal Republic of Germany*. Translated by E. A. Sidorova. [In Russian.] Moscow: Yuridicheskaya literatura, 1981.
- Roznai, Yaniv. "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers." PhD diss., the London School of Economics, 2014.
- Roznai, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Suteu, Silvia. *Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- Shustrov, Dmitry. "Supra-constitutional Norms in Constitutional Law." [In Russian.] *Sravnitel'noye Konstitutsionnoye Obozreniye* 140, no. 1. (2021): 100–27.
- Shustrov, Dmitry. "Material Limits of Changing the Constitutions of Post-Soviet States." [In Russian.] *Sravnitel'noye Konstitutsionnoye Obozreniye* 2 (2018): 86–103.
- Shustrov, Dmitry. *Constitutional Control over Amendments to the Constitution in Foreign Countries*. [In Russian.] Moscow: Jurlitinform, 2019.
- Tanchev, Eugene. "Competing Hierarchies: Constitutional Supremacy versus Supranational Rule. Report by Evgeny Tanchev. International Conference 'Application of International Treaties by Constitutional Courts and Equivalent Bodies: Challenges for Dialogue.' Batumi, September 9–10, 2015." In *Venice Commission on Constitutions, Constitutional Amendments and Constitutional Justice: A Collection of Analytical Materials of the Venice Commission of the Council of Europe*, comp. T. Ya. Khabrieva, R. A. Kurbanov, V. I. Lafitsky; ed. T. Ya. Khabrieva. [In Russian.] Moscow: Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, 2016.

Žalimas, Dainius. "Hierarchy of Constitutional Principles as Criteria of Constitutionality of Constitutional Amendments." In *Presentation to the XVIIth Congress of the Conference of the European Constitutional Courts "Role of the Constitutional Courts in Upholding and Applying the Constitutional Principles," June 28-July 1, 2017, Batumi*. [https://www.lrkt.lt/data/public/uploads/2017/09/hierarchy-of-constitutional-principles-as-criteria-of-amendments\\_batumi2017.pdf](https://www.lrkt.lt/data/public/uploads/2017/09/hierarchy-of-constitutional-principles-as-criteria-of-amendments_batumi2017.pdf).

### **Григорій Берченко. Загальна характеристика незмінюваних положень конституції**

**Анотація.** У статті розглядається феномен незмінюваних положень конституції, їх еволюція, різні класифікації. Незмінювані положення розглядаються вузько – як положення, що не підлягають жодним змінам, а також як критерії (принципи), яким зміни, що вносяться, не мають суперечити. Розглядаються синонімічні поняття, що позначають незмінюваність – абсолютне закріплення, клаузула про вічність, кам'яні положення. Ідея надконституційності все ж, розглядається як відмінне від незмінюваних положень конституції явище. Стверджується, що матеріальні (змістовні, субстантивні) вимоги до внесення змін не були від початку розповсюдженими (хоч ситуація за декілька століть досить сильно змінилася). Як свідчить практика, незмінюваність може бути не лише формально встановленою в позитивному конституційному тексті. Існуючі приклади наводять нас на думку про вагому роль суддів, які тлумачать позитивний конституційний текст. В цьому разі установча влада промовляє не лише через позитивний текст конституції, а й через суддів (для кельзенівської моделі конституційного контролю – суддів конституційного суду). Незмінювані положення самі по собі можна змінити, про що свідчать відповідні приклади з практики (хоч і поодинокі). Крім того, історія знає приклади відходу від позитивно закріплених незмінюваних положень (у випадку розриву конституційного континітету). Навіть за наявності незмінюваних положень може бути відсутня конкретна судова юрисдикція щодо контролю за їх дотриманням. Відсутність експліцитної незмінюваності ще не означає, що практика не сформувала імпліцитні критерії незмінюваності. Проте навіть разом узяті експліцитна і імпліцитна незмінюваність поки що все одно не може претендувати на універсальність в конституційному праві.

**Ключові слова:** внесення змін до конституції; конституційна ідентичність; незмінювані положення; абсолютне закріплення; вічні положення; надконституційність.

### **Григорій Берченко. Общая характеристика неизменяемых положений конституции**

**Аннотация.** В статье рассматривается феномен неизменяемых положений конституции, их эволюция, различные классификации. Неизменяемые положения рассматриваются узко – как положения, не подлежащие никаким изменениям, а также как критерии (принципы), которым вносимые изменения не должны противоречить. Рассматриваются синонимические понятия, обозначающие неизменяемость – абсолютное закрепление, клаузула о вечности, каменные положения. Идея надконституционности все же рассматривается как отличное от неизменяемых положений конституции явление. Утверждается, что материальные (содержательные, субстантивные) требования к внесению изменений не были изначально распространены (хотя ситуация за несколько столетий достаточно сильно изменилась). Как показывает практика, неизменяемость может быть не только формально установленной в позитивном конституционном тексте. Существующие примеры наводят нас на мысль о весомой роли судей, истолковывающих положительный конституционный текст. В этом случае учредительная власть говорит не только через положительный текст конституции, но и через судей (для кельзеновской модели конституционного контроля – судей Конституционного суда). Неизменяемые положения сами по себе

можно изменить, о чем свидетельствуют примеры из практики (хотя и единичные). Кроме того, история знает примеры ухода от положительно закрепленных неизменяемых положений (в случае разрыва конституционного континуитета). Даже при наличии неизменяемых положений может отсутствовать конкретная судебная юрисдикция по контролю за их соблюдением. Отсутствие эксплицитной неизменяемости еще не означает, что практика не сформировала имплицитные критерии неизменяемости. Однако даже вместе взятая эксплицитная и имплицитная неизменяемость пока все равно не может претендовать на универсализм в конституционном праве.

**Ключевые слова:** внесение изменений в конституцию; конституционная идентичность; неизменяемые положения; абсолютное закрепление; вечные положения; надконституционность.

### **Hryhorii Berchenko. General Characteristics of the Unamendable Norms of the Constitution**

**Abstract.** The article considers the phenomenon of unchanging provisions of the constitution, their evolution, different classifications. Immutable provisions are considered narrowly – as provisions that are not subject to any changes, as well as criteria (principles), which the changes made should not contradict. Synonymous concepts denoting immutability are considered – absolute entrenchment, the clause of eternity, stone provisions. The idea of supra-constitutionality, however, is seen as a different phenomenon from the unchanging provisions of the constitution. It is claimed that the material (substantive, substantive) requirements for change were not common from the beginning (although the situation has changed quite a few centuries). As practice shows, immutability can be not only formally established in a positive constitutional text. Existing examples lead us to think about the important role of judges who interpret a positive constitutional text. In this case, the constituent power speaks not only through the positive text of the constitution, but also through the judges (for the Kelzen model of constitutional control – the judges of the constitutional court). The unchanging provisions themselves can be changed, as evidenced by relevant examples from practice (albeit isolated). In addition, history knows examples of departure from the positively enshrined immutable provisions (in the case of a rupture of constitutional continuity). Even if the provisions remain unchanged, there may be no specific jurisdiction to monitor compliance. The absence of explicit immutability does not mean that the practice has not formed implicit criteria of immutability. However, even combined explicit and implicit immutability can still not claim universalism in constitutional law.

**Keywords:** constitutional amendments; constitutional identity; absolute entrenchment; eternity clause; supra-constitutionality; unamendability.

Одержано/Received 06.12.2021

## РІВНІСТЬ НЕНАРОДЖЕНОЇ ДИТИНИ ТА ЖІНКИ У ПРАВАХ: КОНСТИТУЦІЙНА ДИЛЕМА ЛІБЕРАЛЬНИХ СУСПІЛЬСТВ

### І. Вступні положення

**І**дея провести дослідження та аналіз прийнятого у жовтні 2020 року Рішення К 1\20 (далі – Рішення) Конституційного Трибуналу (далі – Трибунал) Польської Республіки виникла на зрізі публічних диспутів, які постали внаслідок виключення можливості жінок у Польщі перервати вагітність у разі виявлення тяжкого та незворотного ураження плоду, або невиліковної хвороби зародку, та викликали шквал соціальних протестів у цій державі.

Та чи справді цим Рішенням Трибунал “скасував”<sup>1</sup> можливість вчинити аборт? І чи має право на застосування у правовому врегулюванні та судовій практиці ідея рівності у правах (а, при застосуванні тесту пропорційності – превалювання у певних випадках) ненародженої дитини й жінки?

Стаття має за мету аналіз дебатів навколо питання переривання вагітності в цілому та підстав для нього, а не пропонування шляхів вирішення проблеми можливого співвідношення прав вагітної жінки та її ненародженої дитини.

В контексті даного рішення та більш широких дискусій щодо його аргументації та обговорення застосування принципу пропорційності у визначенні меж втручання у право людського ембріона життя та право жінки на визначення долі власного тіла, виникає два питання. По-перше, чи може бути визнаним право зародка на життя та гідність рівним праву жінки на приватне життя? По-друге, за яким критерієм застосувати загальновизначений принцип пропорційності при втручанні у права, які перетинаються – критерієм первинності права зародку на гідність та життя чи правом жінки на приватне життя?

Стаття складається з трьох підрозділів, які є важливими для постановлення проблематики у відповіді на поставлені вище запитання. На початку, пропонується аналіз самого рішення Трибуналу та основні юридичні положення, які вплинули на його

---

\* Тамара Ігорівна Горбачевська, аспірантка кафедри теорії й філософії права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

Tamara Horbachevska, PhD student of the Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudriy National Law University.

e-mail: [t.i.gorbachevska@nlu.edu.ua](mailto:t.i.gorbachevska@nlu.edu.ua)

<sup>1</sup> “Пекло для жінок. Польща заборонила аборти,” *BBC News*, October 22, 2020, <https://www.bbc.com/ukrainian/features-54651664>.

формування. Згодом розглядається питання про те, чи допустимим є заборона здійснювати переривання вагітності на тій підставі, що у людського зародка виявлено тяжке та незворотне ураження плоду, або невиліковну хворобу. В заключній частині пропонується аналіз підходів, що пропонує філософія права до віднесення питання абортів до так званих “складних справ” та основних поглядів на те, яким чином вирішувати такі справи у юридичному полі.

## II. Рішення Трибуналу

22 жовтня 2020 року Трибунал прийняв Рішення,<sup>2</sup> яким обмежив право жінки на переривання вагітності у випадку виявлення тяжкого та незворотного ураження плоду, або невиліковної хвороби зародку, яка загрожує його життю. Трибунал продовжив раніше існуючу конституційну практику тлумачення ст.38 Конституції Польської Республіки, що захищає право на життя людини на кожному етапі її розвитку.<sup>3</sup>

Частина науковців розмежовує питання юридичного аналізу даного рішення від його оцінки, намагаючись бути поза дискусіями щодо цінностей, на яких це рішення ґрунтується.<sup>4</sup> Проте, аналіз судового рішення у таких складних справах не зможе розкрити проблематику самого питання без звернення до ціннісних орієнтирів, на яких рішення вибудовується.

У польській справі, якщо брати до уваги відсутність національного консенсусу щодо права жінки на аборт (що є очевидним з огляду на численні протести після прийняття Рішення),<sup>5</sup> існують правові положення, викладені як у Конституції Польської Республіки, так і в тлумаченнях органів конституційної юстиції, щодо непорушності гідності та права на життя людського ембріона, а право жінки на приватне життя (якщо це не стосується самого права на життя) має меншу вагу, і самовільне переривання вагітності визнається аморальним. Проте, важливим є питання, чи є виправдною позитивна мораль, яка підтримується рішеннями Трибуналу та кримінальними покараннями за сприяння у вчиненні абортів.

У Рішенні Трибунал ставить два питання: визначення, чи є зародок людиною, та питання конституційності чи неконституційності переривання його життя після виявлення невиліковної хвороби.

Трибунал у Рішенні продовжує аргументацію попереднього (та єдиного у польсько-муніципальному судочинстві) рішення Трибуналу К 26/96 щодо можливості

---

<sup>2</sup> Decision of the Constitutional Tribunal of the Polish Republic K 1/20 of October 22, 2020, in *Official Collection of the Constitutional Court. Series A* (Warsaw, 2021), 154.

<sup>3</sup> The Constitution of The Republic of Poland 1997.

<sup>4</sup> Piotr Szymaniec, “Constitutionality of Abortion: Legal Analysis of the Recent Case in Poland,” *International Center for Law and Religion Studies*, April 20, 2021, <https://talkabout.iclrs.org/2021/04/20/constitutionality-of-abortion/>.

<sup>5</sup> “Poland Abortion Ban: Thousands Protest for Third Day,” *BBC News*, January 29, 2021, <https://www.bbc.com/news/world-europe-55866162>.

жінки здійснити аборт через “тяжку життєву ситуацію.”<sup>6</sup> Саме рішення К 26/96 стало основою для радикального звуження підстав, за яких жінка може припинити вагітність, вказавши, що “єдиною підставою для заборони абортів ... має бути визнання цінності життя зачатої людини.”<sup>7</sup>

У Рішенні К 26/96 Трибунал жодного разу не згадує релігію та мораль (окрім декількох параграфів щодо сексуальної освіти), проте звертається до балансу конституційних цінностей, де ставить на один щабель права жінки і зачатої дитини на життя та здоров'я.<sup>8</sup> Дотримуючись даної тези, Рішення К 1\20 визначає, що право зародка на життя нічим не відрізняється від права народженої дитини на життя.<sup>9</sup>

Трибунал використовує принцип пропорційності та приходять до висновку, що захист матеріального становища жінки, її особистих стосунків, або можливості здійснювати свої власні потреби, при відсутності загрози її життю та здоров'ю, не може бути настільки далекосяжним щоб вести до порушення фундаментальної цінності людського життя.<sup>10</sup>

Конституційний трибунал, приймаючи таке рішення, встановив юридично-обов'язкову вимогу до жінки щодо збереження ембріону, знаючи, що дитина пожиттєво хворітиме певним захворюванням, що суттєво позначиться і на її житті, і на житті матері, що виявляла моральну готовність усе своє життя пережити ці складнощі. Після прийняття Рішення здійснення абортів у жінок, зародок яких є враженим небезпечним захворюванням, підпадає під кримінальне покарання, яке становить покарання осіб, які сприяють жінці у вчиненні абортів, у вигляді ув'язнення до трьох років, коли ембріон не може жити поза утробою матері, та до восьми років, якщо ембріон вже може існувати самостійно (статті 152–154 Кримінального кодексу Польщі). Видається сумнівним, чи готова кожна жінка до такого випробування і чи взагалі повинна бути готова, що за це призначається кримінальне покарання. Відсутність доступу до процедури переривання вагітності погіршується страхом лікарів та медичних інституцій підпасти

<sup>6</sup> The Ruling of the Constitutional Tribunal of 28 May 1997, case no. K26/96, last modified March 17, 2022, [https://www.law.utoronto.ca/utfl\\_file/count/documents/reprohealth/poland\\_1997\\_decision\\_english.pdf](https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/poland_1997_decision_english.pdf).

<sup>7</sup> Ibid, 4.

<sup>8</sup> Трибунал у своєму рішенні оцінює право жінки на вибір мати чи не мати дитину: “Це право поширюється, зокрема, на рішення про зачаття дитини. Насправді будь-яке втручання чи то держави, чи інші осіб, слід розглядати як неприпустиме порушення прав кожної людини. Народження дитини можна розуміти в більш широкому розумінні як право вирішувати питання про народження дитини. У такому випадку було б неприпустимо застосовувати будь-яку юридичну заборону народжувати зачаття дитину, яку держава могла б застосувати ... У негативному аспекті право на відповідальне рішення мати дітей виключно зводиться до права відмови від зачаття дитини. Однак, коли дитина вже зачата, це право може реалізуватися лише в позитивному сенсі цього, тобто, серед іншого, право народжувати та виховувати дитину.” (The Ruling of the Constitutional Tribunal of 28 May 1997, 14).

<sup>9</sup> Decision of the Constitutional Tribunal of the Polish Republic K 1/20 of October 22, 2020, III, 3–4.

<sup>10</sup> Ibid, III, 4.2.

під кримінальну відповідальність,<sup>11</sup> що підтверджується випадками смертей вагітних жінок від несвоєчасного надання їм медичної допомоги.<sup>12</sup>

Показники соціологічних досліджень також не вказують на моральну готовність жінки будь-якою ціною виношувати та виховувати дитину. Свідченням є опитування 2019 року, проведені у Польщі, які виявили, що 50% респондентів підтримували надання вільного доступу до процедури абортів на ранніх стадіях вагітності<sup>13</sup> й законодавство про аборти має бути лібералізовано про аборти в країні.<sup>14</sup> Принагідно, що й на загальнонаціональних референдумах в Ірландії та Португалії, де 66% та 59% респондентів відповідно проголосувало за можливість абортів.<sup>15</sup> Проте, аргументація конституційних судів у цих державах щодо питання можливості переривання вагітності кардинально відрізняється від Рішення Трибуналу.

Конституційний суд Португалії у своїй аргументації слушно посилається на те, що у справі абортів вимоги щодо придатності та потреби застосування кримінальних санкцій

не виконуються з причин, що стосуються специфіки конфлікту, що виникає в результаті рішення про переривання: “внутрішнього,” екзистенційного конфлікту в особистій сфері того, хто одночасно спричиняє та зазнає поранення. У цих окреслених рамках можна стверджувати, що на початковій фазі вагітності держава могла б краще виконати свій обов’язок захищати, представивши зважене рішення, але для якого наприкінці дня вагітна жінка залишається сама нести відповідальність, ніж погрожуючи їй покаранням.<sup>16</sup>

Відповідальність за прийняття рішення про переривання вагітності не може поширюватися за межі особистої відповідальності жінки у питанні вибору спрямування свого подальшого життя. Притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які беруть участь

<sup>11</sup> Atina Krajewska, “Revisiting Polish Abortion Law: Doctors and Institutions in a Restrictive Regime,” *Social & Legal Studies* 31 (3) (2022): 15.

<sup>12</sup> Owen Dyer, “Demonstrations Erupt in Poland after New Abortion Law is Blamed in Woman’s Death,” *British Medical Journal* (Online) 375 (2021); “Polish State Has ‘Blood on Its Hands’ after Death of Woman Refused an Abortion,” *The Guardian*, January 26, 2022, <https://www.theguardian.com/global-development/2022/jan/26/poland-death-of-woman-refused-abortion>; “Protesters in Poland Claim a Pregnant Woman Died due to New Abortion Law,” *Euronews*, November 7, 2021, <https://www.euronews.com/2021/11/07/protesters-in-poland-claim-a-pregnant-woman-died-due-to-new-abortion-law>.

<sup>13</sup> Inga Koralewska and Katarzyna Zielińska, “‘Defending the Unborn,’ ‘Protecting Women’ and ‘Preserving Culture and Nation’: Anti-abortion Discourse in the Polish Right-wing Press.” *Culture, Health & Sexuality* 24 (5) (2022): 1–15.

<sup>14</sup> Marta Makowska, Rafał Boguszewski, and Katarzyna Sacharczuk, “A Study of Opinions about the Polish Constitutional Tribunal’s Judgement Strengthening Polish Abortion Laws,” *The European Journal of Contraception & Reproductive Health Care* 27.1 (2022): 39–44.

<sup>15</sup> “Irish Abortion Referendum: Ireland Overturns Abortion Ban,” *BBC News*, May 26, 2018, <https://www.bbc.com/news/world-europe-44256152>; Ana Figueiredo and Jorge Silva, “The Abortion Referendum in Portugal: The Influence of Psychosocial Variables in the Voting Intentions and Behaviour of Portuguese Youth,” *The Multidisciplinary Journal of Social Protest* 2(1) (2014): 5–24.

<sup>16</sup> Portuguese Constitutional court Ruling no. 75/2010 of February 23, 2010.



у процедурі переривання вагітності має стримуючий ефект і створює практику не свідомого вибору жінки зберегти дитину, а вибору, здійсненого під страхом покарання.

Підсумовуючи перший розділ, варто зазначити, що Рішення Трибуналу продовжило аргументацію рішення Трибуналу К 26/96, прийнятого у 1996 році, та ще раз окреслило, що гідність людського ембріону починається з його зачаття й ембріон наділяється правом на життя на рівні з правом на життя жінки. В інтерпретації Трибуналу, таке право ембріона закріплене в статтях 30 та 38 Конституції Польської Республіки, вказуючи, що “не може бути ніякого захисту людської гідності, якщо немає достатніх основ для захисту життя.”<sup>17</sup> Його обмеження не може виправдовуватися виявленням тяжкого та незворотного ураження плоду, або невиліковної хвороби зародку, адже тоді буде заперечувати гідність ембріона на рівні із запереченням гідності прав “дитини з психічними чи фізичними вадами,” які відповідно до статті 23 Конвенції про права дитини кожна держава має забезпечити необхідне лікування та догляд.<sup>18</sup> За висновком суду, виявлення незворотного ураження плоду, або невиліковної хвороби зародку як підстава для проведення процедури абортів становитиме дискримінаційну й євгенічну практику.<sup>19</sup>

Таким чином, Трибунал залишив в силі дві легітимні підстави для переривання вагітності – загроза життю жінки та згвалтування. В цьому контексті важливим питанням є те, чи є морально та право допустимим заборона переривання життя плоду у випадку виявлення тяжкого та незворотного ураження плоду, або невиліковної хвороби зародку, а також на питаннях того, чому в двох інших випадках (загроза життю жінки та згвалтування), переривання вагітності є допустимим.

### **III. Щодо переривання вагітності на тій підставі, що у людського зародка виявлено тяжке та незворотне ураження плоду, або невиліковну хворобу, та засад ліберального суспільства, яке будується на правах людини**

Конституційний Трибунал, порівнюючи ембріон з людиною, також вказує на існування прямої дискримінації на основі стану здоров'я у існуванні дозволу на аборт у випадку виявлення невиліковної та незворотної хвороби ембріона, толерування якого може відповідати вбивству людини через те, що вона є людиною з інвалідністю.

Роберт П. Джордж та Крістофер Толлефсен у книзі “Ембріон: Захист людського життя” доводять, що питання поводження з ембріоном стосується загального питання

<sup>17</sup> Decision of the Constitutional Tribunal of the Polish Republic K 1/20 of October 22, 2020, III, 3.1.

<sup>18</sup> Ibid, I, п. 5.2.

<sup>19</sup> Ibid, III, п. 2.3: Варто уточнити, що під терміном євгеніка Трибунал використовує поняття “ліберальна євгеніка,” яка за виявленням волі приватних осіб, а не держави, передбачає можливість генетичних маніпуляцій з метою покращення характеристик майбутньої дитини. Негативним проявом ліберальної євгеніки, на думку Трибуналу, є саме підстава переривання вагітності на підставі виявлення незворотного ураження плоду, або невиліковної хвороби зародку. Марта Буклок вказує, що такий термін використовувався Трибуналом для консервативної критики самого лібералізму: Marta Bucholc, “Abortion Law and Human Rights in Poland: The Closing of the Jurisprudential Horizon,” *Hague Journal on the Rule of Law* 14 (2) (2022): 16–17.

моральної філософії “правильного поводження з іншими людськими істотами, включаючи дуже молодих людських істот, дуже старих людських істот, та людських істот, які в результаті хвороби, випадку, чи генетичного дефекту, є фізично неповноцінними чи розумово-відсталими.”<sup>20</sup>

Виходячи із цінності людського життя, яке надається суспільством людям з інвалідністю та того нормативного наповнення цінності життя зародку, яке викладено у польській конституційній доктрині, захист життя зародку від його припинення на підставі виявлення ураження плоду чи невиліковної хвороби є вартісним, адже в протилежному випадку цінність його життя заперечується можливістю переривання через ті якості, якими він наділений від природи.

З мого погляду, така підстава для переривання вагітності є сумнівною з точки зору самого ціннісного наповнення життя людини та відповідає ситуації, коли людина приходить до дитбудинку, з радістю бажаючи всиновити дитину, всиновлює, приводить додому, а потім дізнається про те, що у неї невиліковне захворювання, повертається до дитбудинку і віддає дитину назад як невдало обраний товар.

Проте тут залишається відкритою дилема як держава одночасно має захистити право жінки на приватне життя при повному захисті права зародку на життя та гідність.

Можливим виходом із такої складної правової ситуації, коли з одного боку існує захищена конституцією та національним законодавством цінність життя людського зародку на рівні людського, а з іншого – захищена ліберальними системами цінностей, зокрема правом прав людини, можливість жінки до самовизначення та права на приватне життя, було б передбачення загального строку, під час якого жінка може вирішити, чи збереження дитини відповідає її сприйняттю свого призначення у суспільстві. Проте, цей строк має носити саме загальний характер, не вказуючи окремих підстав (таких як тяжка життєва ситуація чи ураження плоду) для такого вибору.

Адже, іншим звучало б питання у випадку надання мінімального права для жінки визначитися хоче чи ні вона дитину. Це схоже, хоча і не повністю (адже вагітність не є сферою абсолютного вибору й не може завжди залежати від бажання жінки<sup>21</sup>) до людини, яка не хоче всиновлювати дитину і тому не йде в дитбудинок взагалі щоб її обирати. Або ж візьмемо, наприклад, дітей, батьки яких загинули, а родичі не хочуть їх брати не тому, що вони діти з інвалідністю, а просто тому, що вони ніколи не хотіли дітей.

В такому випадку жінка не оцінює саму ненароджену дитину на відповідність певним критеріям, а здійснює вибір на основі своїх внутрішніх і визначальних переконань про те, які цілі вона переслідує у своєму приватному житті. Тоді право на життя людського ембріона як прояву його гідності не буде залежати від його біологічних чи генетичних властивостей, а від первинного права жінки на визначення щодо її власного тіла.

---

<sup>20</sup> Robert George and Christopher Tollefsen, *Embryo: A Defense of Human Life* (New York: Doubleday, 2008), 19–22.

<sup>21</sup> Зокрема, вагітність як наслідок згвалтування є прикладом відсутності абсолютного вибору у бажанні мати дитину.

В ситуації ж відсутності вільного вибору, як у випадку із звалтуванням, в сучасних суспільствах, зокрема й в Польській Республіці, процедура абортів є легітимним й передбаченим правом. Хоча гідність людського ембріону залишається тією ж самою, що ембріону, зачатого з вільного волевиявлення, проте тут його право на життя обмежується з метою захисту права жінки на приватне життя. В цьому контексті важливе значення має суспільна мораль та її вплив на розрізнення цінності гідності й права на життя людського ембріону в залежності від волевиявлення жінки, що розглядається в наступному підрозділі.

#### IV. Філософсько-правове окреслення проблематики

Питання правого регулювання щодо переривання вагітності знаходить різну аргументацію у філософській поглядів про те, яким має бути захист людського зародку, які часто втілюються саме у правових нормах, що тлумачиться в рамках конституційного судочинства. Очевидно, що в цьому питанні не може бути одностайної відповіді, про що й свідчить Рішення, яке зазначає, що ембріон є людиною з самого зачаття і заслуговує на захист на рівні окремої особистості.

Зважаючи на вимоги світськості і релігійної нейтральності держави і правової системи, релігійна й моральна аргументація щодо заборони абортів не видаються достатніми для розуміння захисту права ембріона на життя, хоча вони можуть займати визначне місце в обґрунтуванні правових положень.

Трибунал у Рішенні надає аргументи без використання посилань безпосередньо до релігії та моралі, а застосовує тлумачення конституційного права на життя людини.<sup>22</sup> Намагаються виключити з аргументації релігійний та моральний контекст й Джордж та Толлефсен.<sup>23</sup> У своїй роботі вони заперечують “моральний дуалізм” щодо визначення природи людського зародку (коли зародок до певного моменту не вважається людиною) та вказують, що життєдіяльність людини та її неперервність розпочинаються з моменту зачаття.

Джордж та Толлефсен вирізняють базові блага, які є невід’ємними елементами людського процвітання та наповнення. За їх аргументацією, студент, академічна кар’єра якого знаходиться під загрозою через необхідність піклуватися про свою вагітну дівчину та її майбутню дитину, може спонукати її зробити аборт, щоб “звільнити” їх від ненародженої дитини. З точки зору базових людських благ такі дії будуть моральною

<sup>22</sup> Трибунал пише: “Тому Суд зазначає, що він не посилається, як він не посилався раніше, на аргументи філософського характеру або, точніше, на етичні аргументи, що стосуються щодо статусу людини і походження людського життя. Суд засновує свої висновки на чисто нормативних передумовах, що випливають з переконаності в узгодженості, особливо аксіологічної, правової системи, а також зі слідування за системою правової раціональності законодавця, яка особливо актуальна щодо найбільш важливих питань, до яких, без сумніву, належить захист людського життя.” (Decision of the Constitutional Tribunal of the Polish Republic K 1/20 of October 22, 2020, III, 3.4).

<sup>23</sup> George and Tollefsen, *Embryo: A Defense of Human Life*, 83.

помилкою, через те, що наслідки для цілісності певного блага будуть негативними незалежно від того добрими чи поганими намірами вони були вмотивовані.<sup>24</sup> Джордж та Толлефсен повністю відкидають даною аргументацією теорію консіквенціалізму та прагнуть показати, що є такі людські цінності, які знаходяться на вершині ієрархії суспільних благ.

Іншим аргументом на користь активістів “про-вибору” (*pro-choice*) є теза Джудіт Томсон про те, що не кожна особа може бути гарним Самарянином, у статті “На захист абортів.”<sup>25</sup> Авторка подає ідею “мінімально достойного Самарянина,” який у критичній ситуації робить хоча б мінімум морально необхідних дій, а вимагати від жінки виношувати дитину без її на те бажання є надмірною вимогою у порівнянні з іншими правовими нормами, які є набагато менш вимогливими, наскільки морально має поводити себе індивід у критичних правових ситуаціях.<sup>26</sup>

Джон Фінніс у статті, що критикує вищезгадану роботу пані Томпсон, ставить питання про те, чи завжди аборт буде дією спрямованою на заперечення цінності людського життя, а отже, дією, спрямованою проти основного блага людського життя,<sup>27</sup> і чи все, за аргументацію Томпсон, зводиться до звичайної чи особливої відповідальності жінки за дитину, що в ній перебуває.<sup>28</sup>

Він стверджує те, що і жінка, і дитина, є рівноправними особами і життя яких не може бути прямо таргетованим.<sup>29</sup> З посиланням на Тому Аквінського Фінніс пише, що у випадку визнання життя ненародженої дитини ціннішим ніж життя хворої матері, помилкою, неправильною дією буде позбавлення її життя, адже дія буде прямо спрямована супроти блага людського життя.<sup>30</sup>

Фінніс роздумує над допустимістю здійснювати аборт при загрозі життю жінки: адже тоді, замість допустимості природної смерті жінки вчиняється штучна смерть зародку.<sup>31</sup> Того ж аргументу дотримується і представник Заявників у К 1/20. Проте, важко з ним однозначно погодитися, адже, як в одному місці подання представник пише про існування лише загрози життю жінки і цього може не статися при народженні дитини, так само і в інших аргументах щодо неконституційності переривання вагітності з підстави невиліковної хвороби дитини, заявники посилаються на те, що пренатальний діагноз може бути неточним і після народження не підтвердитися.

<sup>24</sup> George and Tollefsen, *Embryo: A Defense of Human Life*, 102–03.

<sup>25</sup> Judith Thomson, “A Defense of Abortion,” *Philosophy & Public Affairs* 1 (1) (1971): 62.

<sup>26</sup> *Ibid*, 63.

<sup>27</sup> John Finnis, “The Rights and Wrongs of Abortion: A Reply to Judith Thomson.” *Philosophy & Public Affairs* 2 (2) (1973): 129.

<sup>28</sup> *Ibid*, 122–23.

<sup>29</sup> *Ibid*, 132.

<sup>30</sup> *Ibid*, 133.

<sup>31</sup> У роботі Фінніс задається питанням, чи є проблема моральності абортів взагалі застосовною, коли аборт не є самопричиною, а нею є врятування іншого блага: “Коли слід сказати, що очікуваний поганий ефект чи аспект вчинку не призначений навіть як засіб і, отже, не визначає моральний характер вчинку як вибір не поважати одну з основних людських цінностей?” Проте, остаточної відповіді вчений не знайшов навіть для себе.

Припустимість діагнозів є неунікною, адже не можна домогтися абсолютно точного аналізу, що виключає таку вимогу. Тоді важко буде визначитися з тим, яка загроза є менш небезпечною. Така неоднозначність є вкрай складною для тих, хто має приймати рішення – суддів чи законодавця. Особливо в контексті питання абортів, зокрема, щодо категорії “непомірного тягаря,” створеного щодо вагітної жінки, яка хоче здійснити аборт, буде здебільшого ґрунтуватися на суб’єктивних визначеннях суддів, що буде створювати ще більшу різноманітність судових позицій щодо питання абортів.<sup>32</sup>

Питання гідності людського ембріону та його перетину із гідністю жінки є дуже складним у вирішенні, адже поряд зі інтерпретацією Фінніса й інших послідовників ідеології “за життя” (*pro-life*), існує широкий спектр позицій, які розглядають можливість жінки у вирішенні долі свого тіла як тої, що належить до сфери інтимності жінки<sup>33</sup> та становить невід’ємну частину її гідності й права на самовизначення.<sup>34</sup>

Розалінда Діксон та Марта Нуссбаум пропонують теорію про підхід спроможностей, яка визначає, що кожен індивід, що має гідність, повинен бути забезпечений мінімальними гарантіями для забезпечення його основних індивідуальних спроможностей. Проте, в їх інтерпретації гідність людського зародка є підвидом людської гідності, який має “потенційний й залежний статус”<sup>35</sup> на відміну від незалежного індивіда.<sup>36</sup> Таким чином, Діксон та Нуссбаум представляють погляд, за яким сама жінка,<sup>37</sup> будучи неза-

<sup>32</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992); Том Кемпбелл звертає увагу на тяжкість і неоднозначність тягаря у суддів щодо вирішення моральних питань, які, належать до прерогативи законодавця: “Крім того, процес інтерпретації абстрактних моральних ідеалів, виражених зазвичай у білльях та конвенціях про права, таких як свобода слова, свобода договору або недоторканність життя як такого, з метою отримання правил, які є достатньо ясними і конкретними для того, щоб вирішити проблему наклепу (у випадку свободи слова), примусу і не добросовісної реклами (у випадку свободи договору) або абортів та евтаназії (у випадку життя), врешті-решт вимагає радше морального, ніж правового судження. Такі судження виявляють конкуруючі моральні інтуїції та залучають низку економічних і соціальних факторів, стосовно яких суди на практиці погано захищені та позбавлені достатнього морального і політичного впливу.” Том Кемпбелл, “Права людини: демократичний шлях,” *Філософія права і загальна теорія права* 2 (2013): 33–50.

<sup>33</sup> *German Federal Constitutional Court's Judgment of February 25, 1975* (BVerfGE 39, 1 et seq.).

<sup>34</sup> Rosalind Dixon and Martha C. Nussbaum, “Abortion, Dignity and a Capabilities Approach,” *Chicago Public Law and Legal Theory Working Papers* 345 (2011): 1.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 6.

<sup>36</sup> За інтерпретацією підходу спроможностей, пропонованого Нуссбаум, особа, яка перебуває у вегетативному стані, не є носієм людської гідності. Варто наголосити, що це приклад аргументації щодо змісту людської гідності. Ця інтерпретація не є загально-усталеною серед послідовників підходу спроможностей. Див. пряму цитату там само, 6: “... в той час як плід не володіє в повній мірі дівою суб’єктністю, видається, що він має сильнішу претензію на діву суб’єктність, ніж особа в постійному вегетативному стані (не носій гідності за підходом спроможностей), бо він є хоча б потенційно розумним і суб’єктивним. Тому було б непослідовно, якби підхід спроможностей відмовився від будь-якого морального статусу плоду. І справді, підхід спроможностей визнає, що плід володіє типом людської гідності — хоча залежний і лише потенційний статус плоду означає, що цей тип людської гідності є відмінний і не прямо співмірний із незалежними людськими істотами.”

<sup>37</sup> Цікава думка щодо вибору жінки у питаннях вагітності представлена у книзі Рональда Дворкіна “Релігія без Бога” щодо того, що сам вибір жінки робити чи ні аборт є проявом свободи релігії

лежним індивідом, наділяє людський ембріон гідністю, або ні, в залежності від її волі до цього та підтверджуючих дій.<sup>38</sup> Вчені озвучують думку, яка відлунює питання щодо відносного захисту людської гідності ембріону у випадках відсутності волі жінки до вагітності, які було викладено мною в кінці попереднього підрозділу:

якщо вагітність серйозно загрожує підірвати фізичне або психологічне здоров'я жінки, через небезпеку, пов'язану з самою вагітністю, або травмою, пов'язаною з народженням дитини, яка є результатом сексуального насильства або підлягає серйозним порушенням, у більшості випадків це також було б необґрунтованим у ліберальному суспільстві, яке загалом підносить індивідуальну людську гідність над поняттями комунального зобов'язання, нав'язувати такий обов'язок (обов'язок не переривати вагітність – *примітка моя.* – Т.Г.), навіть якщо сам зародок претендує на те, щоб мати гідність.<sup>39</sup>

Близьким до цієї тези є аргумент Рональда Дворкіна про те, що усі люди мають різний рівень значущості до кожної цінності і якщо ми цінуємо роботи Белліні і не хочемо їх руйнувати, то набагато менше ми будемо шкодувати, якщо зруйнуємо роботу “другорядного художника епохи Відродження.”<sup>40</sup> Проводячи аналогію цього твердження з відношенням до різних етапів людського життя, він зазначає, що не можливо однаково розцінювати ембріон раннього розвитку та ембріон пізнього розвитку.<sup>41</sup>

У використанні такої аргументації дуже важливо встановити критерії, за якими ми можемо визначити, коли ембріон починає мати такі права й інтереси, які заслуговують на правовий захист (такі критерії можуть бути мати різне значення у схожих, на перший погляд, ситуаціях), й важливо, як пишуть Діксон та Нуссбаум, не робити лише одну точку зору нормативною та систематичною у державній політиці щодо складних питань.

Олександра Шрамова також висловлює думку щодо того, що право на життя людського ембріону є відносним в тому ж сенсі, що й право на життя в загальній інтерпретації, коли передбачаються обмеження щодо його захисту, хоча й припинення життя на пренатальній стадії може мати інший характер, ніж на постнатальній, але все

---

й переконань. Він припускає, що “якщо ж, навпаки, свобода релігії не зводиться до поглядів з приводу бога, але охоплює всі глибинні переконання про мету життя і відповідальність людини, то можна припустити, що питання про те, чи є право на аборт релігійним питанням, залишається відкритим.” (Ronald Dworkin, *Religion without God* (Harvard University Press, 2013), 115). Прояв релігійної свободи є тут справді можливим, адже головною релігійною тезою супроти абортів є священність людського життя з моменту зачаття й жінка, навіть бажаючи завагітніти, може не погоджуватися або ж не вірити у нормативність життя з моменту зачаття з певної релігійної позиції, так як може взагалі не сповідувати жодної з релігій. Проте, ця дискусія буде більш релевантною щодо дослідження релігійних норм щодо переривання вагітності, яка не є дотичною до цілі даної статті висвітлити як переплітається аргументація конституційних судів із філософською у прийнятті рішення щодо можливості чи ні застосування процедури абортів. Тому, обмежусь тут лише зазначенням, що це припущення Рональда Дворкіна вимагає більш детального та глибокого аналізу в окремій статті.

<sup>38</sup> Dixon and Nussbaum, *Abortion, Dignity and a Capabilities Approach*, 7.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Ronald Dworkin, *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom* (New York: Alfred A. Knopf, 1993), 80.

<sup>41</sup> Ibid.

ж вони будуть підпадати під загальні обмеження права на життя в обох випадках.<sup>42</sup> Проте, на цьому етапі констатувати, що право на життя людського ембріону є обмеженим – недостатньо, потрібно також дослідити як саме формуються обмеження права на життя людського ембріону у порівнянні з правом на приватне життя жінки.

Герберт Харт у своїй роботі “Право, свобода і мораль” розглядає питання криміналізації гомосексуальних відносин та проституції у середині ХХ століття у Великобританії. Хоча книга не пропонує прямого осмислення питань щодо можливості переривати вагітність й процедури абортів, проте філософські роздуми щодо суспільної моралі та її впливу на співвідношення між цінностями, викладені автором, мають важливе значення для цієї статті.

Харт розрізняє поняття “позитивної моралі” та “критичної моралі.” Перше означає моральний устрій певної групи людей, яка є превалюючою. Друге – загальні моральні принципи, використовувані для критики позитивної моралі.<sup>43</sup> В контексті даного розмежування філософ ставить питання морального виправдання підтримки правом позитивної моралі. Коли мова йде за підтримку моралі чи публічної пристойності за допомогою кримінальних санкцій, то вчений вказує, що мета покарання може відрізнитися від міри покарання залежно від консенсусу щодо різних цінностей (яких намагаються досягнути за допомогою санкцій), прийнятого в суспільстві. Харт пише, що у царині кримінального покарання як забезпечення моралі, морально терпиме буде набагато складнішим ніж у чистій теорії: “В житті суспільства ми зазвичай не можемо прагнути до реалізації єдиної цінності чи єдиної моральної мети, не піклуючись про необхідність знаходити компроміси з іншими.”<sup>44</sup>

Рональд Дворкін висловлює погляд, що “суспільна мораль, крайньою мірою в цих питаннях (тобто питаннях, зокрема, абортів), не є сумою, поєднанням або функцією від конкуруючих тверджень членів даного суспільства; вона, скоріше, є тим, на що претендує кожне з цих конкуруючих тверджень.”<sup>45</sup>

Ці аргументи застосовуються і в ситуації конкуруючих цінностей приватності, свободи жінки та життя майбутньої дитини. Адже, якби теза Харта не мала б сенсу, тоді правом було б необхідно забороняти також аборт з підстави згвалтування жінки. Зачатий ембріон в такому випадку за своїми біологічними характеристиками нічим не відрізняється від того, який був зачатий в щасливому шлюбі. Переривання вагітності становитиме порушення гідності плоду за походженням, так само, як і у випадку порушення гідності плоду за станом здоров'я при абортах щодо ембріонів з тяжкими захворюваннями чи вадами.

<sup>42</sup> Стешенко Олександра, “Права дитини на пренатальній стадії розвитку: теоретико-правове дослідження” (Дис. канд. юрид. наук, Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2021), 169–70.

<sup>43</sup> Герберт Харт, *Право, свобода і мораль*, пер. с англ. Сергея Моисеева (Москва: Издательство Института Гайдара, 2020), 38.

<sup>44</sup> Там само, 58.

<sup>45</sup> Рональд Дворкін, *О правах всерьез*, пер. с англ.; ред. Л. Б. Макеева (Москва: Российская политическая энциклопедия, 2004), 7–8.

Право в такому випадку шукає консенсус щодо права жінки на свободу та цілісність. У ситуації згвалтування самоцінність жінки та усвідомлення нею своєї гідності та цілісності як індивіда буде порушено. Спонукаючи жінку виносити та залишити дитину, буде продовженням її приниження та страждань. Таким чином, у суспільстві існують дилеми, які право вирішує з відносною моральністю<sup>46</sup> і дуже важко визначити, де межа, за якою точно не можна обмежувати право ембріона на життя та така ж межа для обмеження права жінки на гідність та самовизначення.

З огляду на аргументацію Рішення, в якій держава, визнаючи непорушність права на життя ембріона у випадку виявлення невиіковної хвороби чи ураження плоду, таким чином робить нормативною вимогу від жінки не здійснювати переривання вагітності, не пов'язаної із загрозою для її життя, й повинна забезпечити право жінки відмовитися від подальшого виховання дитини після народження та створити соціальні інститути, які б могли здійснювати повноцінне виховання дітей, від яких відмовилися батьки. Рівень цінності життя зародка відповідає рівню морального розвитку самого суспільства.

## V. Заключні зауваження

В завершення вищезначених роздумів варто зазначити, що теза Герберта Харта про те, що суспільство за природою своєю не може прагнути реалізувати єдину для всіх цінність чи моральну мету, а покликане шукати компроміси у такого роду дилемах. Так само як Розалінда Діксон і Марта Нуссбаум пишуть, що держава не може систематично, в нормативному порядку, надавати перевагу одній із цінностей – праву на життя людського зародку чи права жінки на приватне життя.<sup>47</sup>

Позиція Конституційного Трибуналу Польської Республіки щодо гарантій захисту життя та гідності ненародженої дитини знаходить своє відображення не лише у юридичних аргументах, але й в працях філософів, до яких звертається сам Трибунал<sup>48</sup> і, які проаналізовані в цій роботі. Право людського ембріону на життя та гідність може бути визнаним рівним праву жінки на приватне життя. Проте, питання відсутності консенсусу у ліберальних державах щодо настільки сильного конституційного захисту ненародженої дитини створює проблему одночасного захисту права жінки на приватне життя.

Тому, навіть при прийнятті законодавства, яке накладає жорсткі обмеження на підстави переривання вагітності мають бути передбачені мінімальні гарантії забезпечення права жінок на визначення свого життя, наприклад, загальний строк, за який кожна жінка може прийняти рішення про переривання вагітності. Допомога у здійсненні такого рішення (медична чи організаційна) не повинна каратися законом й створюва-

---

<sup>46</sup> Критику “національної моралі” чи публічного інтересу у її захисті див: Julia Kapelańska-Pręgowska, “The Scales of the European Court of Human Rights: Abortion Restriction in Poland, the European Consensus, and the State’s Margin of Appreciation,” *Health and Human Rights* 23.2 (2021): 213.

<sup>47</sup> Dixon and Nussbaum, *Abortion, Dignity and a Capabilities Approach*, 8.

<sup>48</sup> Decision of the Constitutional Tribunal of the Polish Republic K 1/20 of October 22, 2020, III, 1.2, 3.3.3.



ти стримуючий ефект й практичні перешкоди для тих жінок, які прийняли рішення про переривання вагітності.

Щодо визнання неконституційною такої підстави для переривання вагітності як виявлення невиліковної та незворотної хвороби ембріона я тяжію до думки, що така підстава насправді є дуже сумнівною не лише з точки зору морального чи релігійного підходів, але й з точки зору доктрини прав людини та поняття людської гідності.

В цьому випадку не йдеться про ціннісний вибір жінки щодо того мати чи ні дитину як прояву її розуміння призначення свого життя. В цьому випадку стоїть питання переривання вагітності не тому, що жінка не хоче родити апріорі, а тому, що вона не хоче мати саме цю дитину, таким чином здійснюючи селекційний вибір свого потомства. Сумнівним видається думка, що такий вибір відповідає правовій повазі до людини як цілі існування самої по собі, не залежно від наділених природою якостей.

При близькому до абсолютизації захисті конституційного права на життя ембріона, держава, як і у випадку із соціальним захистом і турботою про людей з інвалідністю, так і в контексті новонароджених дітей з інвалідністю, повинна забезпечити їх захист, а не покладати увесь тягар на плечі жінки чи сім'ї, які не здатні його винести.

У випадку встановлення вимоги щодо виношення дитини без загрози життю для усіх жінок, які ані фінансово, ані морально, ані соціально не готові і не хочуть виховувати дитину, повинна проводитися державна політика не щодо цькування соціально непридатності та безвідповідальності жінки, а її заохочення збереження життя зародку, якого вона не хоче бачити своєю дитиною, проте і не хоче порушувати його конституційне право на життя.

Підсумовуючи, вкрай важливим є розмежування вищеописаних двох світоглядних підстав для бажання перервати вагітність і від цього буде залежати, яке право переважатиме – право жінки на приватне життя, чи право людського ембріону на життя й його гідність. У випадку свідомого бажання мати дитину здійснення процедури абортів лише у зв'язку з виявленою хворобою чи ураженням плоду є нелегітимним, адже супроводжується не відсутності вільного вибору щодо самого зачаття дитини, а прагненням отримати дитину з кращими генетичними характеристиками. У ситуації ж переривання вагітності на ранніх стадіях у зв'язку з попереднім й світоглядним небажанням мати дітей (й сама вагітність відбулась випадково або без вільної згоди на це жінки) має бути виправданим з точки зору ліберального права жінки на приватне життя й розпорядження своїм тілом.

© Т. Горбачевська, 2021

## Bibliography

- Bucholc, Marta. "Abortion Law and Human Rights in Poland: The Closing of the Jurisprudential Horizon." *Hague Journal on the Rule of Law* 14 (2) (2022): 16–17.
- Campbell, Tom. "Human Rights: A Democratic Path." [In Ukrainian.] Translated by Serghyi Maximov and Natalia Satokhina. *Filosofia prava i zahalna teoriia prava* 2 (2013): 33–50.

- Dixon, Rosalind, and Martha C. Nussbaum. "Abortion, Dignity and a Capabilities Approach." *Chicago Public Law and Legal Theory Working Papers* 345 (2011): 1–19.
- Dworkin, Ronald. *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. New York: Alfred A. Knopf, 1993.
- Dworkin, Ronald. *Religion without God*. Harvard University Press, 2013.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. [In Russian.] Translated by L. B. Makeeeva. Moscow: Rossyiskaia polytycheskaia entsyklopediya, 2004.
- Dyer, Owen. "Demonstrations Erupt in Poland after New Abortion Law is Blamed in Woman's Death." *BMJ: British Medical Journal (Online)* 375 (2021).
- Figueiredo, Ana, and Jorge Silva. "The Abortion Referendum in Portugal: The Influence of Psychosocial Variables in the Voting Intentions and Behaviour of Portuguese Youth." *The Multidisciplinary Journal of Social Protest* 2 (1) (2014): 5–24.
- Finnis, John. "The Rights and Wrongs of Abortion: A Reply to Judith Thomson." *Philosophy & Public Affairs* 2 (2) (1973): 117–145.
- George, Robert, and Christopher Tollefsen. *Embryo: A Defense of Human Life*. New York: Doubleday, 2008.
- Hart, Herbert. *Law, Freedom and Morality*. [In Russian.] Translated by Sergey Moiseyev. Moscow: Yzdatelstvo Ynstitutu Haidara, 2020.
- "'Hell for Women' Poland Banned Abortion." [In Ukrainian.] *BBC News*, October 22, 2020. <https://www.bbc.com/ukrainian/features-54651664>.
- "Irish Abortion Referendum: Ireland Overturns Abortion Ban." *BBC News*, May 26, 2018. <https://www.bbc.com/news/world-europe-44256152>.
- Kapelańska-Pręgowska, Julia. "The Scales of the European Court of Human Rights: Abortion Restriction in Poland, the European Consensus, and the State's Margin of Appreciation." *Health and Human Rights* 23/2 (2021): 213–24.
- Koralewska, Inga, and Katarzyna Zielińska. "'Defending the Unborn,' 'Protecting Women' and 'Preserving Culture and Nation:' Anti-abortion Discourse in the Polish Right-wing Press." *Culture, Health & Sexuality* 24 (5) (2022): 1–15.
- Krajewska, Atina. "Revisiting Polish Abortion Law: Doctors and Institutions in a Restrictive Regime." *Social & Legal Studies* 31 (3) (2022): 409–38.
- Makowska, Marta, Boguszewski, Rafał, and Katarzyna Sacharczuk. "A Study of Opinions about the Polish Constitutional Tribunal's Judgement Strengthening Polish Abortion Laws." *The European Journal of Contraception & Reproductive Health Care* 27.1 (2022): 39–44.
- "Poland Abortion Ban: Thousands Protest for Third Day." *BBC News*, January 29, 2021. <https://www.bbc.com/news/world-europe-55866162>.
- "Polish State Has 'Blood on Its Hands' after Death of Woman Refused an Abortion." *The Guardian*, January 26, 2022. <https://www.theguardian.com/global-development/2022/jan/26/poland-death-of-woman-refused-abortion>.
- "Protesters in Poland Claim a Pregnant Woman Died due to New Abortion Law." *Euronews*, November 7, 2021. <https://www.euronews.com/2021/11/07/protesters-in-poland-claim-a-pregnant-woman-died-due-to-new-abortion-law>.

Steshenko, Oleksandra. "Rights of the Child in the Prenatal Stage of Development: Theoretical and Legal Research." [In Ukrainian.] Candidate of legal sciences diss., Taras Shevchenko National University, 2021.

Szymaniec, Piotr. "Constitutionality of Abortion: Legal Analysis of the Recent Case in Poland." *International Center for Law and Religion Studies*, April 20, 2021. <https://talkabout.iclrs.org/2021/04/20/constitutionality-of-abortion/>.

Thomson, Judith. "A Defense of Abortion." *Philosophy & Public Affairs* 1 (1) (1971): 47–66.

### **Тамара Горбачевська. Рівність ненародженої дитини та жінки у правах: конституційна дилема ліберальних суспільств**

**Анотація.** У статті досліджується проблематика визначення конституційного статусу ненародженої дитини (людського ембріону) та можливість впровадження його правового захисту рівного тому, який надається людині після народження.

Основним об'єктом аналізу є Рішення К 1\20 Конституційного Трибуналу Польської Республіки, прийняте у жовтні 2020 року, яке визнало неконституційним законодавче положення про можливість перервати вагітність (здійснити аборт) у випадку виявлення тяжкого та незворотного ураження плоду, або невиліковної хвороби зародку.

Авторка здійснює юридичний аналіз Рішення та робить спробу окреслити філософсько-правову й конституційну проблематику щодо визначення правового статусу зародку, об'єму його прав, та їх співвідношення із правом жінки на приватне життя у ситуаціях, коли вони перетинаються та захист одного права виключає захист іншого.

Авторка звертається до концепції "позитивної моралі" Герберта Харта й його думки про те, що суспільство не може прагнути до досягнення єдиної для всіх моральної мети чи цінності, що робить необхідним досягнення компромісів.

У межах цієї статті представлено три підрозділи, які є важливими для постановлення проблематики у відповіді на поставлені запитання. Перша частина пропонує аналіз самого рішення Трибуналу та основні юридичні положення, які вплинули на його формування. Друга частина представляє погляд на те, чи допустимим є заборона здійснювати переривання вагітності на тій підставі, що у людського ембріона виявлено тяжке та незворотне ураження плоду, або невиліковну хворобу. Третя частина передбачає осмислення загально філософської проблематики віднесення питання абортів до так званих "складних справ" та основних поглядів на те, яким чином вирішувати такі справи у юридичному полі.

**Ключові слова:** конституційні цінності; людська гідність; права людини; права ненародженої дитини; право жінки на приватне життя; принцип пропорційності.

### **Тамара Горбачевская. Равенство нерожденного ребенка и женщины в правах: конституционная дилемма либеральных обществ**

**Аннотация.** В статье исследуется проблематика определения конституционного статуса нерожденного ребенка (человеческого эмбриона) и возможность внедрения его правовой защиты равной той, которая предоставляется человеку после рождения.

Основным объектом анализа является Решение К 1\20 Конституционного Трибунала Польской Республики, принятое в октябре 2020 года, которое признало неконституционным законодательное положение о возможности прервать беременность (осуществить аборт) в случае выявления тяжелого и необратимого поражения плода, или неизлечимой болезни зародыша.

Автор осуществляет юридический анализ Решение и пытается очертить философско-правовую и конституционную проблематику по определению правового статуса эмбриона, объема его прав, и их соотношение с правом женщины на частную жизнь в ситуациях, когда они пересекаются и защиту одного права исключает защиту другое.

Автор обращается к концепции “позитивной морали” Герберта Харта и его мысли о том, что общество не может стремиться к достижению единой для всех нравственной цели или ценности, что делает необходимым достижение компромиссов.

В рамках данной статьи представлены три подразделения, которые являются важными для вынесения проблематики в ответе на поставленные вопросы. Первая часть предлагает анализ самого решения Трибунала и основные юридические положения, которые повлияли на его формирование. Вторая часть представляет взгляд на то, допустимым является запрет осуществлять прерывание беременности на том основании, что у человеческого эмбриона обнаружено тяжелое и необратимое поражение плода, или неизлечимая болезнь. Третья часть предполагает осмысление общеправовой проблематики отнесения вопроса аборт в так называемым “сложным делам” и основных взглядов на то, каким образом решать такие дела в юридическом поле.

**Ключевые слова:** конституционные ценности; человеческое достоинство; права человека; права нерожденного ребенка; право женщины на частную жизнь; принцип пропорциональности.

### **Tamara Horbachevska. Equality of the Unborn Child and Women in Rights: A Constitutional Dilemma of Liberal Societies**

**Abstract.** The article examines the problem of determining the constitutional status of an unborn child (human embryo) and the possibility of implementing his or her legal protection equal to that provided for a person after birth.

The main object of analysis is the decision K 1\20 of the Constitutional Tribunal of the Polish Republic, adopted in October 2020, which recognized the unconstitutionality of legislative provisions on the possibility of terminating pregnancy (conducting abortion) in case of detection of severe and irreversible lesions of the fetus, or incurable disease of the embryo.

The author carries out a legal analysis of the decision and attempts to outline the philosophy of law and constitutional issues regarding the determination of the legal status of the embryo, the volume of rights, and their relation with the right of a woman to private life in situations when they intersect and protection of one right excludes the protection of another.

The author appeals to Herbert Hart’s concept of “positive morality” and his opinion that society cannot strive for a single moral goal or value that makes compromises necessary.

Within this article, three subsections are presented that are important for the establishment of issues in responding to the questions. The first part offers the analysis of the decision of the Tribunal and the main legal provisions that influenced its formation. The second part represents a view of whether the prohibition to terminate pregnancy on the grounds of detection of severe and irreversible lesions of the fetus, or incurable disease of the embryo is permissible. The third part involves understanding the general philosophical issues of attributing abortions to so-called “complex cases” and basic views on how to solve such cases in the legal field.

**Keywords:** constitutional values; human dignity; human rights; the rights of the unborn child; women’s right to privacy; the principle of proportionality.

Одержано/Received 26.10.2021

## ПЕРЕГЛЯД УМОВИ ПРО НАЯВНІСТЬ ПЕРЕСЛІДУВАННЯ ДЛЯ ВИЗНАННЯ СТАТУСУ БІЖЕНЦЯ<sup>1</sup>

### I. Вступ

Відповідно до Конвенції про статус біженців 1951 року для отримання статусу біженця особа має відповідати водночас двом кумулятивним умовам: 1) наявність статусу іноземця – тобто перебування за межами країни своєї національної належності або свого колишнього місця проживання та 2) наявність обґрунтованих побоювань стати жертвою переслідування через расу, релігію, національність, приналежність до певної соціальної групи чи політичні переконання.<sup>2</sup> Завжди і всюди я висловлюю думку про те, що перша умова має бути виключена.<sup>3</sup> Хоч би які були інші критерії, особи, які не є біженцями тільки тому, що залишаються в країні своєї національної належності, мають також отримати статус біженця. У цій статті я повертаюсь до оцінки умови переслідування, яка отримала значну увагу в літературі. Я доводитиму, що зведення умов отримання статусу біженця до факту переслідування не виправдано позбавляє захисту тих людей, чий основоположні права можуть бути забезпечені лише шляхом надання статусу біженця. Через необхідність усунення цих прогалин у захисті умову переслідування слід замінити іншою, більш інклюзивною умовою. Зрештою, я захищаю альтернативне визначення біженства,

---

\* Ейлід Бітон, доктор філософії, постдокторант в Університеті Пенсільванії (США); викладач філософії Абердинського університету (Великобританія).

Eilidh Beaton, PhD, Postdoctoral Fellow, Perry World House, University of Pennsylvania (USA); Lecturer in Philosophy, University of Aberdeen (Great Britain).

e-mail: [eilidh@sas.upenn.edu](mailto:eilidh@sas.upenn.edu)

<sup>1</sup> Попередні версії цієї статті були представлені на Всесвітньому конгресі IVR 2019 та на семінарах для аспірантів в Університеті Пенсільванії. Велика подяка організаторам та учасникам цих заходів за їхні ґрунтовні та корисні коментарі, а також особлива подяка Кок-Чору Тану, Браяну Беркі та Семюелю Фріману за їхні надзвичайно корисні відгуки щодо ранніх редакцій цієї статті. – Прим. автора. Англomовна версія цієї статті: Eilidh Beaton, "Replacing the Persecution Condition for Refugeehood," *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 106 (1) (2020): 4–18, <https://doi.org/10.25162/arsp-2020-0001>. Переклад Катерини Буряковської. – Прим. редакції.

<sup>2</sup> UNHCR, *Convention and Protocol Relating to the Status of Refugees, 1951 and 1967, article 1*.

<sup>3</sup> Eilidh Beaton, "Against the Alienage Condition for Refugeehood," *Law and Philosophy* 39 (2) (2020): 147–76.

яке задовольняє важливим критеріям: 1) воно усуває прогалини в захисті 2) його можливо реалізувати в такому світі, як наш 3) воно враховує той факт, що біженство є принципово політичним способом захисту.

Ця стаття має таку структуру. У розділі II я пропоную критичний погляд на існуюче визначення біженця в міжнародному праві та відтворюю альтернативне визначення, яке, мабуть, частіше за все знаходить підтримку у філософській літературі. У розділі III я окреслюю деякі проблеми цієї альтернативної дефініції. У розділі IV я представляю сучасні підходи до захисту умови переслідування та доводжу, що, хоча ці підходи й не пояснюють, чому ця умова має лишитись, але вони проливають світло на найбільш вартісні характеристики Конвенції, включаючи те, що у ній концептуалізовано поняття біженства як виду принципово політичного способу захисту. У Розділі V я захищаю своє визначення біженства та відповідаю на важливу критику запропонованої точки зору. Висновки зроблені у розділі V.

## II. Критика Конвенції

### *1. Заповнюючи прогалини Конвенції: додаткові юридичні інструменти*

Конвенція про статус біженця 1951 року називає біженцем особу, яка:

... через обґрунтовані побоювання стати жертвою переслідувань за ознакою расової належності, релігії, громадянства, належності до певної соціальної групи чи політичних поглядів знаходиться за межами країни своєї національної належності і не в змозі користуватися захистом цієї країни або не бажає користуватися таким захистом внаслідок таких побоювань.<sup>4</sup>

Головна проблема умови переслідування полягає в тому, що вона створює прогалини у захисті. Загальновідомо, що особи, які втікають, рятуючись від громадянських війн, невибіркового насильства, а також впливу кліматичних змін, не є біженцями у розумінні Конвенції через те, що вони не зазнали переслідування з жодної з п'яти перерахованих підстав<sup>5</sup>. Це звучить дивно, адже ці групи людей становлять значну частину тих, хто вимушений переміщуватись, називаються "біженцями" у загальному дискурсі та майже не отримують адекватного захисту від своїх держав у середній та довготривалій перспективі.

З метою заповнення цих прогалин захисту, які створені Конвенцією, деякі держави та регіони створили додаткові юридичні інструменти, завдяки яким особи, що не відповідають критеріям Конвенції, отримують захист як біженці або схожий до того. Мабуть, найбільш визначним прикладом такого інструменту є Конвенція Організації Африканської Єдності щодо конкретних аспектів проблем біженців в Африці 1969 року, яка поширює статус біженців не тільки на тих осіб, які зазнають переслідування, але

---

<sup>4</sup> UNHCR, *Convention and Protocol Relating to the Status of Refugees*, 1951 and 1967, article 1.

<sup>5</sup> Хоча не існує універсального визначення переслідування, прийнято вважати, що переслідування передбачає серйозну шкоду, яка є несумісною з належним державним захистом.

й на тих, хто змушений переміщуватись “через зовнішню агресію, окупацію, іноземне панування та інші події, які серйозно порушують публічний порядок, як у частині держави національності чи походження особи, так і на всій її території.”<sup>6</sup> Картахенська декларація 1984 року про біженців містить подібні, хоча й необов’язкові положення про поширення статусу біженця на переміщених Латинською Америкою.<sup>7</sup> На відміну від Конвенції про статус біженців, обидва ці інструменти надають біженство особам, які стикаються із серйозними загрозами, включно із загрозами, що не пов’язані з переслідуванням, які мають невивірковий або узагальнений характер.

У заможніших регіонах картина дещо інша. ЄС, наприклад, схвалює конвенційне визначення біженця без додаткового розширення, а замість цього заповнює щойно окреслені прогалини захисту через додатковий “інститут додаткового захисту,” доступний особам, які “стикаються з реальним ризиком зазнати серйозної шкоди,” наприклад, смертної кари, катування або загрози життю.<sup>8</sup> У США, як і в ЄС, також існує додаткова категорія захисту: статус тимчасового захисту (Temporary Protected Status) – імміграційний статус, який надається Міністром внутрішньої безпеки громадянам країн, які перебувають у зоні ризику через триваючий збройний конфлікт, екологічну катастрофу або інші надзвичайні чи тимчасові стани.<sup>9</sup> Незважаючи на те, що ці категорії додаткового захисту є більш вузькими за своїм змістом, у порівнянні з тими, які містяться у Конвенції ОАЄ та Картахенській декларації, проте вони також забезпечують людям, яким загрожує невивіркова серйозна шкода, підтримку подібну до притулку, у такий спосіб викликаючи сумніви щодо моральної необхідності вимоги переслідування. Однак одержувачам цих форм захисту часто надається значно вужчий набір прав, ніж одержувачам статусу біженця за Конвенцією. Наприклад, на відміну від притулку, тимчасовий захист не має постійного характеру; а в ЄС країни-члени зобов’язані видавати біженцям дозволи на проживання, дійсні щонайменше 3 роки, тоді як дозволи на проживання для одержувачів додаткового захисту мають бути дійсними не менше 1 року.<sup>10</sup> Ці відмінності є суттєвими, адже надання дозволів на проживання на значно коротший строк для одержувачів додаткового захисту свідчить про те, що їх статус менш стабільний, ніж статус біженців, що може мати серйозний вплив на здатність особи продовжувати своє життя в новому суспільстві.

Врешті-решт, створення додаткових інструментів захисту, подібних до статусу біженця, свідчить про те, що критерії Конвенції про статус біженців є занадто вузькими. Однак, оскільки ці альтернативні форми захисту є недостатніми порівняно зі статусом

<sup>6</sup> Organisation of African Unity, *Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa*, 1969, article 1.

<sup>7</sup> Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama, *Cartagena Declaration on Refugees*, 1984, conclusion III.3.

<sup>8</sup> European Parliament and Council, *Directive 2011/95/EU*, 2011, article 15.

<sup>9</sup> US Code: Title 8 “Aliens and Nationality,” 2011, par. 1254a.

<sup>10</sup> European Parliament and Council, *Directive 2011/95/EU*, 2011, article 15

біженця за Конвенцією, вони не заповнюють належним чином прогалини, створені Конвенцією.

## 2. Наукова критика Конвенції

Згадані вище проблеми щодо існуючого визначення біженства спонукали деяких вчених закликати до розширення змісту вимоги Конвенції щодо переслідування. Однією з найбільш поширених пропозицій з цієї точки зору є думка про те, що *тип* серйозної шкоди, якої зазнає особа, не повинен визначати, чи має вона право на притулок. Натомість слід враховувати лише *тяжкість* шкоди, від якої втікає заявник.

Джозеф Каренс і Майкл Даммет – серед тих вчених, які відстоюють цю точку зору. Наприклад, як стверджує Каренс, той факт, що відповідно до Конвенції претенденти на статус біженця повинні піддаватись переслідуванню їхньою державою, яка це робить свідомо, указує на “неправильну розстановку пріоритетів,” оскільки це означає, що люди, ув’язнені за свої політичні погляди, як правило, мають право на отримання статусу біженця, тоді як ті, хто втікає від громадянської війни та голоду, такого права не мають.<sup>11</sup> Каренс стверджує, що це нерозумно – “з моральної точки зору, найважливішими є скоріше серйозність загрози основним правам людини і ступінь ризику, ніж джерело або характер загрози.”<sup>12</sup> Подібним чином Дамметт стверджує, що “всі обставини, які позбавляють когось можливості жити там, де він знаходиться в мінімальних умовах для гідного людського життя, повинні стати підставою для пошуку притулку в іншому місці.”<sup>13</sup> Аналогічним чином Дамметт припускає, що саме серйозність, а не джерело шкоди – це те, що має значення для визначення права на отримання статусу біженця.

З практичної точки зору, подібні підходи, які я називатиму “пріоритет потреби,” розуміють біженців як усіх переміщених осіб, які рятуються від достатньо серйозних загроз. Особи, які тікають від громадянської війни, загального насильства, крайньої бідності та наслідків стихійних лих, – усі мали б право на отримання статусу біженця, якби вони могли поїхати в іншу державу та подати заяву про притулок, незалежно від того, чи їх переміщення було викликано активною ворожою поведінкою їхньої держави, її небажанням захищати їх від шкоди, заподіяної недержавними суб’єктами, або просто нездатністю (навіть за наявності бажання) захистити їхні основні інтереси.

Застосування визначення біженства, заснованого на пріоритеті потреби, усуне прогалини в захисті, викладені в розділі II. Із цього погляду вони є кращими, ніж існуюче у Конвенції визначення. Якщо говорити більш узагальнено, задоволення потреб людей є безсумнівним важливим пріоритетом для тих, хто дотримується підходу, заснованого на пріоритеті потреби, і в цьому є щось принципово морально привабливе. Незважаючи на ці очевидні переваги, пріоритет потреби не позбавлений недоліків.

<sup>11</sup> Joseph Carens, *The Ethics of Immigration* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 200–01.

<sup>12</sup> *Ibid*, 201.

<sup>13</sup> Michael Dummett, *On Immigration and Refugees* (Routledge, 2001), 37.



### III. Проблеми підходу, заснованого на пріоритеті потреби

#### 1. Підхід, заснований на пріоритеті потреби, та умова про статус іноземця

В інших свої роботах я уже стверджувала, що слід відмовитись від умови про статус іноземця для отримання статусу біженця.<sup>14</sup> Ця умова є несправедливою, оскільки фактично покладає на шукачів притулку весь тягар втечі з території країни їхнього громадянства. Існування цієї умови призводить до укорінення системи, в якій безпечні держави намагаються перешкодити прибуттю біженців на свою територію, а біженці змушені здійснювати небезпечні, нерегулярні подорожі у пошуках безпечного місця – за умови, якщо вони взагалі мають змогу втекти.

Істотною проблемою підходу, заснованого на пріоритеті потреби, є те, що, як я поясню далі, перегляд умови переслідування не так легко поєднується з відмовою від умови про статус іноземця. Аргументи підходу “пріоритету потреби,” як правило, захищаються на фоні припущення, що умова про статус іноземця має бути задоволена. Це виглядає дивно, тому що перевага цих поглядів полягає саме в тому, що вони, здається, надають пріоритет захисту окремих осіб, але допоки зберігається умова про статус іноземця, ті, хто залишаються на території країни свої національності та не мають можливості втекти від серйозної шкоди, не отримують належного захисту.

Каренс, наприклад, наполегливо відмовляється від умови переслідування на фоні припущення про те, що біженці є винятком із правила про державний суверенітет, згідно з яким демократичні держави мають право на свободу розсуду щодо контролю над імміграцією.<sup>15</sup> З цієї точки зору, – стверджує Каренс, – “саме той факт, що людина, яка шукає притулку, потрапила на нашу територію, має моральне значення. Її фізична присутність створює певний ступінь моральної відповідальності, якого раніше не існувало.”<sup>16</sup> Це тому, що: “поділ світу на окремі держави має значення для обсягу наших моральних обов’язків. Ми маємо інший тип відповідальності за те, що відбувається в нашій власній юрисдикції, у порівнянні із відповідальністю за те, що відбувається в інших місцях.”<sup>17</sup>

Звичайно, Каренс має рацію, коли зауважує, що прихильність державному суверенітету, як правило, передбачає прихильність ідеї, що держави мають більш серйозні зобов’язання перед особами, які перебувають на їхній території, ніж перед особами, які на ній не перебувають. Однак, навіть якщо це точна оцінка зобов’язань держав перед сторонніми особами загалом, її не слід сприймати як оцінку зобов’язань держав

<sup>14</sup> Див. виноску 3.

<sup>15</sup> Звичайно, в інших роботах Каренс відкидає аргумент про те, що держави мають право впроваджувати обмежувальні імміграційні політики. Однак, оскільки питання біженства передбачають імпліцитно як передумову державний суверенітет, він висуває це припущення саме з метою обговорення біженців. Про аргумент Каренса щодо відкритих кордонів див. Joseph Carens, “Aliens and Citizens,” *The Review of Politics* 49, no. 2 (1987): 251–73.

<sup>16</sup> Carens, *The Ethics of Immigration*, 207.

<sup>17</sup> *Ibid*, 117.

перед іноземцями, наприклад біженцями, які не отримують належного захисту від свого уряду. Якщо ми справді стурбовані усуненням прогалин у захисті, ми повинні визнати, що держави зобов'язані зробити все, що вони можуть, щоб надати притулок принаймні деяким особам, які зазнали серйозної шкоди, і які ще не перетнули кордон. На підставі цього можна відхилити твердження про те, що фізичне прибуття одно-значно трансформує моральні відносини між державою та шукачем притулку. Хоча це і правда, що фізичне прибуття *сьогодні* є найпоширенішим механізмом, за допомогою якого недосконалі зобов'язання держав приймати біженців перетворюються на досконалі зобов'язання щодо конкретних шукачів притулку, ця умова не повинна бути обов'язковою.

Однак після того, як умову про статус іноземця відхилено, незрозуміло, що робити з підходом, заснованим на пріоритеті потреби. Розглянемо два найбільш очевидні варіанти, доступні захисникам цієї позиції:

1. Стверджувати, що всім особам, які опинились перед обличчям серйозної загрози, і перетинають кордон, щоб просити про надання притулку, має бути надано статус біженця, однак до тих, хто стикається із серйозними загрозами, але ще не перетнув кордон, мають бути висунуті суворіші вимоги.

2. Стверджувати, що *всі* особи, які стикаються із серйозними загрозами, повинні мати право на отримання статусу біженця, незалежно від їхнього місцезнаходження.

Якщо мета полягає в тому, щоб знайти таке визначення біженства, яке не створює прогалин у захисті, і яке можливо реалізувати, жоден з цих варіантів не є прийнятним. Варіант (1) несумісний з аргументом проти статусу іноземця, оскільки він робить статус біженця залежним від місця розташування. Це також не узгоджується з ідеєю, яка робить підхід, заснований на пріоритеті потреби, найбільш інтуїтивним – пріоритет має бути наданий тим, хто зазнав найбільш серйозної шкоди. Зрештою, прийняття варіанту (1) може призвести до того, що особа, яка перетнула кордон, щоб уникнути помірної несприятливої економічної ситуації, отримає притулок, а значно бідніша особа, яка залишилася в країні свого громадянства, притулку не отримає, попри те, що вона стикається з більш серйозними загрозами.

З іншого боку, варіант (2) натикається на серйозні проблеми з точки зору імплементації. Зміна визначення біженця відповідно до (1) була б надзвичайно революційною. Наприклад, це дозволить багатьом із 767 мільйонів людей у світі, які живуть в умовах крайньої бідності, отримати статус біженця, порівняно з 24 мільйонами біженців і 40 мільйонами внутрішньо переміщених осіб, які наразі існують у всьому світі.<sup>18</sup> Навряд чи можна було б надати притулок у таких масштабах. Що ще важливіше, але також і незрозуміло: чи є необхідним, з точки зору задоволення базових потреб, поширювати статус біженця на всіх осіб, які зазнають серйозної шкоди. Як зазначали такі письменники, як Метью Лістер і Макс Черем, багатьом людям із незадоволеними базовими

<sup>18</sup> UNHCR, *Global Trends: Forced Displacement in 2017, 2018*, 2; World Bank, *Taking on Inequality: Poverty and Shared Prosperity 2016*, 2016, 35.

потребами можна допомогти – часто більш ефективно – за допомогою інших засобів, ніж надання притулку, зокрема шляхом гуманітарної допомоги.<sup>19</sup> Це важливо, оскільки ми вважаємо, що ефективність систем міжнародного захисту означає те, що існують різні типи відшкодування для різних видів шкоди, якої зазнають люди.

Загалом, незрозуміло, що робити з підходом, заснованим на пріоритеті потреби, у контексті відмови від умови про статус іноземця. Застосування такого підходу, як передбачено варіантом (1), було б несумісним з духом аргументу проти умови про статус іноземця та суперечило б найінтуїтивнішій базовій ідеї, яка, здається, лежить в основі підходу “пріоритету потреби.” З іншого боку, глибоко незрозуміло, чи було б можливим реалізувати підхід, заснований на пріоритеті потреби, разом із повною відмовою від умови про статус іноземця, як передбачає варіант (2). Таким чином, хоча прихильники ідеї пріоритету потреби мають рацію, підкреслюючи, що визначення Конвенції потребує розширення, тим не менш, потрібен більш тонкий підхід щодо відмови від умови про статус іноземця.

## 2. Біженство як особливий вид політичного захисту

Існує ще одна, більш фундаментальна проблема, пов’язана з підходом, заснованим на пріоритеті потреби. Повністю ігноруючи будь-яке посилання на природу шкоди, яка загрожує особам, що мають право на отримання статусу біженця, цей підхід може змінити природу самого поняття біженства. Як пояснюють Джеймс Хетуей та Мішель Фостер, країни, що підписали Конвенцію, мали намір поширити статус біженця на підгрупу осіб, яким загрожує серйозна загроза, спричинена неспроможністю державного захисту, – тобто тих, хто був “позбавлений звичайних переваг громадянства.”<sup>20</sup> У цьому сенсі біженців зазвичай розглядають як групу осіб, що мають право на альтернативну форму політичного членства. Підхід, заснований на пріоритеті потреби, не враховує цю важливу функцію біженства. З цієї точки зору, притулок розуміють як ще один гуманітарний інструмент, засіб задоволення основних потреб, що знаходяться під загрозою, який доречний навіть тоді, коли рідна держава особи бажає захистити її, але не в змозі зробити це через відсутність міжнародної допомоги. Це розширене та переосмислене поняття біженства є проблематичним не лише з точки зору виконувальності. Відкидаючи уявлення про те, що біженство є засобом захисту від певних типів шкоди, підхід, заснований на пріоритеті потреби, зосереджує увагу на тій важливій ролі, яку відіграє притулок у реагуванні на характерну шкоду від втрати політичного членства. Тут я звертаюся до роботи Ханни Арендт, – значною мірою за сприяння реконструкції Серени Парех, – щоб проілюструвати негативні наслідки переосмислення біженства у такий спосіб.

<sup>19</sup> Matthew Lister, “Who Are Refugees?” *Law and Philosophy* 32, no. 5 (September 2013): 660; Max Cherem, “Refugee Rights: Against Expanding the Definition of a ‘Refugee’ and Unilateral Protection Elsewhere,” *The Journal of Political Philosophy* 24, no. 2 (2016): 191.

<sup>20</sup> James C. Hathaway and Michelle Foster, *The Law of Refugee Status*. 2<sup>nd</sup> ed (Cambridge University Press, 2014), 183–84.

Парех стверджує, що Арендт, яка сама була біженкою, визначила два різні види шкоди, пов'язані з досвідом біженців, або “безгромадянством,” як це описала Арендт. Перша і найочевидніша шкода – втрата політичної спільноти та правової ідентичності. На думку Арендт, наслідки цієї втрати є неймовірно глибокими: оскільки ми зараз опинилися у світі, повністю організованому у політичні спільноти, права людини можуть бути ефективно гарантовані лише в державах. Відомо, що Арендт описала цю потребу в політичному членстві як “право мати права,” а людей без громадянства, тобто вимушено переміщених осіб, які не мають політичного членства, назвала *безправними*.<sup>21</sup> Такі особи позбавлені фундаментальної гідності членства в політичній спільноті, яка здатна взагалі гарантувати їх права.

Зрозуміло, вимушеність існування в умовах, коли основи прав людини є хиткими, само по собі вже є шкодою. Однак Парех пояснює, що для Арендт позбавлення політичного членства також породжує окрему, глибшу шкоду, яку Парех називає *онтологічною депривацією* – переживанням втрати чогось фундаментального для своєї людяності: своєї гідності та ідентичності як особистості як такої.<sup>22</sup> Загалом природа онтологічної депривації є складною, але якщо коротко підсумувати, то основний висновок полягає в тому, що оскільки людей без громадянства позбавляють членства в політичній спільноті, до них не ставляться як до рівних людей. Натомість вони відокремлені від “загального людства” – тобто, приблизно, світу, який є продуктом людського творіння, – тому що їм бракує політичних прав, здатності соціально інтегруватися на певній території та можливості брати участь у глобальній економіці.<sup>23</sup> Таким чином, особи без громадянства позбавлені можливості бути “співтворцями” світу, а разом з цим позбавляються гідності особистості.<sup>24</sup> Звертаючись до творчості Джорджо Агамбена, Парех описує цю втрату ідентичності як зведення до “голого життя” – тобто біологічного життя, відокремленого від політичного існування.<sup>25</sup> Парех пояснює, що ця шкода від позбавлення ідентичності є важкою для переміщених людей не тільки з екзистенційної, але й з практичної точки зору. Зведення до “голого життя” в очах світу зменшує шанси особи без громадянства отримати ефективну допомогу, оскільки ресурси та можливості переселення, за іронією долі, більш доступні для осіб, ідентичність яких вважається значущою.<sup>26</sup> Як зазначає Арендт, “здається, що людина, яка є лише людиною, втрачає ті якості, які уможливають ставлення інших до неї як до ближнього.”<sup>27</sup>

Звісно існує низка обґрунтованих причин пручатись тому, що Арендт говорить про онтологічну шкоду, пов'язану з досвідом біженців. По-перше, підхід Арендт частково

<sup>21</sup> Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism* (Mariner Books, 1973), 267.

<sup>22</sup> Serena Parekh, *Refugees and the Ethics of Forced Displacement*, 1<sup>st</sup> ed. (Routledge, 2017), 83, 86.

<sup>23</sup> Ibid, 90.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, trans. Daniel Heller Roazen (Stanford: Stanford University Press, 1998), 228; Parekh, *Refugees and the Ethics of Forced Displacement*, 86.

<sup>26</sup> Parekh, *Refugees and the Ethics of Forced Displacement*, 86.

<sup>27</sup> Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, 300.

ґрунтується на її унікальних концепціях автономії та свободи (agency and freedom), які самі по собі є суперечливими. Більше того, як зазначає Парех, занепокоєння може викликати те, що Арендт не приділяє достатньої уваги тому факту, що переміщені люди можуть формувати і дійсно формують своє життя особливим соціальним і політичним чином.<sup>28</sup> Крім того, можна заперечити твердженням Арендт про те, що ті, хто не має політичного членства, є *абсолютно* безправними, указуючи на ті зміни, які відбулись у міжнародному праві прав людини за час, що сплив з моменту написання її робіт.<sup>29</sup> Незважаючи на те, що вся ця критика є змістовною, погляд Арендт на шкоду, пов'язану з безгромадянством, тим не менш відкриває доволі цінне розуміння природи досвіду біженців, що залишається актуальним і сьогодні. Незважаючи на зміни у міжнародному праві прав людини після 1950-х років, захист прав людини з точки зору міжнародного права все ще лишається ненадійним та важкодоступним у порівнянні із захистом прав людини усередині державі. Більше того, певні права особи можуть мати лише як члени держави, включно із правом голосу та правом на рівність перед законом. У ході свого аналізу Арендт визнає це, а також той факт, що наявність незахищених прав негативно впливає на гідність людини. Справді, її твердження про те, що втрата політичного членства сама по собі є глибокою шкодою, узгоджується із сучасним аналізом цінності політичної спільноти – адже навіть ті, хто відкидає твердження, що політичне членство є сутнісно цінним, визнають його інструментальну цінність у світі, в якому обов'язки щодо захисту основних прав осіб розподілені між державами.<sup>30</sup>

Тепер ми бачимо значення цієї точки зору для концепції біженства, заснованій на пріоритеті потреб. Основна проблема з визначенням, узгодженим із цими концепціями, полягає в тому, що вони поширюють право на притулок на всіх осіб, які рятуються від серйозної шкоди, без розрізнення між тими, хто зберігає членство в політичній спільноті, і тими, хто фактично втратив його. Аргумент Арендт демонструє, що це значний недогляд, оскільки втрата політичного членства сама по собі є окремою шкодою. Наразі біженство виконує не лише функцію задоволення базових потреб; воно надає особам, які втратили членство в політичній спільноті, право на заміник політичного захисту та представництва. Як ми бачили, це є необхідним для стабільності захисту прав людини та поваги до людської гідності. Але підхід, заснований на пріоритеті потреби, випускає це з поля зору, і за умови реалізації цього підходу надання притулку біженцям буде перетворено на передовсім гуманітарний захід, спрямований на задоволення потреб і захист людей від серйозних загроз. І хоча виглядало б непотрібним і, можливо, навіть недоречним, пропонувати політичне членство тим, хто має незадоволені базові потреби і походить із обтяжених держав, які бажають, але не можуть їм допомогти, з точки зору пріоритету потреб біженство поширюється на цю

<sup>28</sup> Parekh, *Refugees and the Ethics of Forced Displacement*, 96.

<sup>29</sup> Ibid, 85.

<sup>30</sup> Див. наприклад, Robert E. Goodin, "What is so Special About Our Fellow Countrymen?" *Ethics* 98, no. 4 (1988): 678–85.

категорію людей.<sup>31</sup> Це є проблематичним, оскільки, оминаючи принципово політичну природу біженства, підхід, заснований на пріоритеті потреб, загрожує взагалі його ліквідувати.

У розділі VI буде захищено альтернативне визначення, що, як я стверджуватиму, є кращим за підхід, заснований на пріоритеті потреб, оскільки усуває прогалини в захисті та зберігає розуміння біженства як принципово політичного засобу захисту. Однак спочатку, задля отримання більш чіткого уявлення про те, як саме значення політичного членства має впливати на юридичне визначення біженця, я проведу оцінку деяких аргументів на користь умови переслідування, які представлені у сучасній літературі.

#### IV. Сучасні захисники Конвенції

Думка про те, що визначення біженства має бути розширене, є, напевно, домінуючою у сучасній літературі. Однак останніми роками ця тенденція дещо змінилася, і низка вчених запропонували аргументи на захист оригінального визначення Конвенції. У цьому розділі я проводжу оцінку двох найвпливовіших прикладів таких аргументів, які представлені Метью Лістером і Максом Черемом. Зрештою, я стверджуватиму, що ні Лістер, ні Черем не показують, що недоліків у захисті, зазначених у розділі II, можна уникнути, та не обґрунтовують їх, і тому їх аргументи не служать захисту Конвенції. Проте я також стверджую, що їхні доробки містять цінну інформацію, адже проливають світло на особливості існуючої концепції, які варто зберегти.

І Лістер, і Черем захищають Конвенцію від авторитетного заклику Ендрю Шекнове до радикального розширення.<sup>32</sup> Добре відомо, що на думку Шекнове, фундаментальна нормативна основа Конвенції – ідея про те, що притулок має бути доступним для всіх осіб, чий зв'язок з їхньою державою розірвано, – сама по собі свідчить про те, що переслідування не є морально необхідним для отримання статусу біженця.<sup>33</sup> Оскільки незадоволеність базових потреб майже завжди є результатом процесів, які підлягають контролю з боку держави, усі загрози для існування повинні розглядатися як доказ того, що стався розрив відносин між громадянином і державою, і це є підставою для отримання статусу біженця.<sup>34</sup> Таким чином, на думку Шекнове, людині не треба під-

<sup>31</sup> За таких обставин більш доречним є така допомога біженцям з боку міжнародного співтовариства, якою останнє сприятиме зміцненню спроможності обтяженої держави захищати своїх громадян, а не шляхом заміни зобов'язань держави.

<sup>32</sup> Тут слід зазначити, що хоча Шекнове виступає проти Конвенції та пропонує радикальне альтернативне визначення, було б неправильно характеризувати його підхід як заснований на пріоритеті потреби. Саме відсутність державного захисту, а не гострота потреби, є для Шекнове фундаментальним обґрунтуванням права на притулок. Однак на рівні реалізації його точка зору буде дуже схожою на підхід, заснований на пріоритеті потреби, оскільки він стверджує, що люди з незадоволеними базовими потребами зазвичай походять із держав, які не бажають їх захищати.

<sup>33</sup> Andrew Shacknove, "Who Is a Refugee?" *Ethics* 95, no. 2 (1985): 277.

<sup>34</sup> *Ibid*, 280–81.

даватись переслідуванням для того, щоб мати право на отримання статусу біженця – натомість вона повинна мати незадоволені базові потреби та бути позбавленою можливості звертатися до уряду своєї країни.<sup>35</sup>

І Лістер, і Черем заперечують проти методології Шекнове, за допомогою якої він захищає свою точку зору. Шекнове розпочинає свою аргументацію з твердження про те, що поняття біженства має бути визначене *перед* визначенням прав та обов'язків, пов'язаних зі статусом біженця. Лістер і Черем, навпаки, наполягають на тому, що важливо мати уявлення про ці права та обов'язки, перш ніж захищати певне визначення біженця.<sup>36</sup> Лістер підкреслює це найбільш чітко. Він наполягає на тому, що визначення біженства принципово пов'язане з питанням про те, що належить біженцям; Шекнове, не визнаючи цього, приділяє недостатню увагу тому факту, що один і той самий основний принцип може породити безліч різних зобов'язань.<sup>37</sup> Наприклад, припустимо, що загальний принцип, який породжує зобов'язання перед біженцями, виглядає так: “коли політична влада не бажає або не може захищати основні права своїх громадян, міжнародне співтовариство має втрутитися.” Захисники Конвенції можуть послідовно приймати цей принцип, заперечуючи, однак, що всі зобов'язання, які він породжує, зводяться до зобов'язання надати *притулок*. Основні права людини можуть залишатися незабезпеченими з кількох різних причин і у кілька різних способів, а зміст зобов'язання міжнародного співтовариства реагувати на незабезпечені права людини може значно відрізнятись залежно від контексту, навіть якщо всі зобов'язання випливають з того самого загального принципу.

Лістер використовує цю методологічну критику, щоб захистити умову переслідування від заперечень Шекнове. Приймавши стратегію, яка є прямо протилежною стратегії Шекнове, він починає з ідеї, що, по суті, біженець – це будь-яка особа, щодо якої держава має моральний обов'язок дозволити в'їзд, незалежно від інших аспектів власної імміграційної політики.<sup>38</sup> І він, і Черем стверджують, що визначення Конвенції є кращим саме тому, що з усіх осіб, права яких порушуються, воно виділяє підгрупу тих, кому можна допомогти лише так або для кого така допомога буде найкращою.<sup>39</sup> Базуючись на твердженні, що переслідувані особи є єдиною групою, яка потребує притулку для захисту своїх прав людини, Лістер і Черем стверджують, що лише переслідувані мають право на притулок. Навпаки, тим, чиї фундаментальні права не дотримуються з інших причин, можна ефективно зарадити іншими альтернативними засобами, тому, хоча вони й можуть мати загальне право на міжнародну допомогу, вони не мають права на притулок.<sup>40</sup> Загалом і Лістер, і Черем стверджують, що умова переслідування має бути

<sup>35</sup> Andrew Shacknovе, “Who Is a Refugee?” *Ethics* 95, no. 2 (1985), 282.

<sup>36</sup> Lister, “Who Are Refugees?” 658; Cherem, “Refugee Rights,” 190–92.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 658–59.

<sup>38</sup> Lister, “Who Are Refugees?” 647–48.

<sup>39</sup> Lister, “Who Are Refugees?” 659; Cherem, “Refugee Rights,” 189.

<sup>40</sup> Lister, “Who Are Refugees?” 659; Cherem, “Refugee Rights,” 191–92.

збережена, оскільки переслідувані є єдиною групою з незабезпеченими правами людини, яка особливо потребує притулку.

Я згодна з цією критикою методології Шекнове. Лістер і Черем мають рацію, зазначаючи, що притулок відрізняється від інших заходів у відповідь на порушення прав людини тим, що надає реципієнтам, щонайменше, право в'їзду в державу, яка не є їхньою. Проте їхнє твердження про те, що лише ті, хто задовольняє конвенційне визначення біженця, мають в'їхати в іншу державу для захисту своїх прав людини, є менш переконливим. Як зазначено в розділі II, є багато осіб, яких не переслідують, – включно з тими, хто тікає від громадянської війни або загального насильства, – для яких неможливо отримати допомогу на місці, але вони не мають права отримати статус біженця за Конвенцією. Ці особи часто потребують довготривалого захисту своїх основоположних інтересів, але відповідно до Конвенції їм у цьому відмовлено.

Проте, незважаючи на ці проблеми, із захисту Конвенції Лістером і Черемом можна отримати дуже важливе міркування. Основна моральна ідея, яку вони схвалюють, полягає у тому, що ті, хто потребує притулку, зокрема, для захисту своїх основних прав людини, є єдиною групою людей, які мають безумовне право на притулок, – є інтуїтивно привабливою. Зараз ми опинилися у світі, де запит на притулок високий, і багато держав роблять все можливе, щоб обмежити кількість біженців, яких вони можуть пускати до своїх кордонів. У таких умовах є вагомими практичні підстави схвалити мінімальне визначення біженства, яке все ж усуває прогалини в захисті. Звичайно, держави, як і раніше, будуть зобов'язані допомагати іншим особам, які відчувають прогалини у захисті прав людини, але міжнародне право не повинно вимагати виконання цих обов'язків шляхом надання притулку, зокрема, коли є альтернативні заходи.

## V. Інший підхід

### 1. Визначення

Дотепер я припускала, що юридичне визначення біженця має заповнювати прогалини в захисті, щоб притулок був доступним для всіх тих, хто його потребує для захисту своїх фундаментальних прав; водночас я уникала нездійсненого визначення, що ґрунтується на потребах та не враховує значення притулку як засобу відшкодування шкоди, завданої втратою політичного членства. У цьому розділі я пропоную альтернативне визначення, яке, на мою думку, задовольняє цим критеріям.

У попередньому розділі я припустила, що, хоча я не погоджуюся з їхнім твердженням про те, що визначення Конвенції слід зберегти, *принцип*, що лежить в основі захисту Конвенції Лістером і Черемом, згідно з яким біженство має бути забезпечене тим особам, які потребують притулку, зокрема, для захисту їхніх фундаментальних прав, є дуже правдоподібним. На мій погляд, визначення Конвенції має бути переформатовано так, щоб більше відповідати цьому принципу. Таким чином, визначення біженства, яке я підтримую, таке:



Біженець – це будь-яка особа, яка має обґрунтовані побоювання, що її основні права людини піддані нагальній загрозі; яка не має можливості звернутись до уряду своєї країни, навіть якщо доступною є відповідна міжнародна допомога; і чий інтереси можуть бути задоволені лише або найкращим чином за допомогою біженства, тобто шляхом захисту, наданого політичною владою іншої країни, зазвичай у формі притулку на території цієї країни.

Моральна ідея, що лежить в центрі цього нового визначення, не нова. Як зазначалося вище, це визначення відповідає твердженням Лістера і Черема про те, що статус біженця має бути передбачений для підгрупи осіб, чий основні потреби можуть бути задоволені лише або найкращим чином за допомогою захисту в іншій країні. Більше того, це також відповідає бажаному визначенню біженця, наданого Девідом Міллером, згідно з яким біженці – це “люди, чий фундаментальні права не можуть бути захищені іншим шляхом, окрім як переміщенням через кордон.”<sup>41</sup> Однак, існує декілька важливих ознак, які відрізняють моє визначення від цих пропозицій. Наприклад, у той час як Міллер стверджує, що цей принцип має бути реалізований поряд із вимогою про статус іноземця, я стверджую, що його слід реалізувати без посилання на місце розташування. Більше того, хоча і Міллер, і Лістер розглядають цей принцип як відповідну *моральну* концепцію біженця, я розглядаю цей принцип як *юридичне* визначення. Далі я окреслю деякі інші ознаки, за якими мої причини схвалення цього принципу суттєво відрізняються від тих, яких дотримується Міллер, і поясню, чому це визначення є кращим, ніж визначення, засноване на пріоритеті потреб, з одного боку, і визначення Конвенції, з іншого.

Міллер підтримує твердження про те, що статус біженця має бути надано тим, хто потребує притулку, зокрема через міркування про права держав на самовизначення. На думку Міллера, зобов'язання міжнародного співтовариства перед біженцями подібні до обов'язку легкого порятунку. Подібно до того, як окремі особи зобов'язані допомагати незнайомцям, яким загрожує серйозна шкода, коли вони можуть зробити це з мінімальними витратами для себе, так само держави зобов'язані надавати притулок негромадянам, які зазнали порушення прав людини, доки це не є неприйнятно обтяжливим.<sup>42</sup> Відповідно до цього порівняння, Міллер стверджує, що держави не зобов'язані приймати біженців, коли витрати на це “занадто високі – навіть якщо потенційні витрати на прийняття більшої кількості біженців значно менші, ніж шкода, від якої біженці тікають.”<sup>43</sup> Міллер стверджує, що держави можуть надавати пріоритет інтересам своїх громадян, і це пояснює, чому, на його думку, статус біженця має бути передбачений для людей, чий фундаментальні права можуть бути гарантовані *лише* за допомогою притулку. Для нього той факт, що держави частіше вважають за краще допомагати людям, які не є їхніми власними громадянами та чий права людини порушені, іншими

<sup>41</sup> Miller, *Strangers in Our Midst*, 83.

<sup>42</sup> Ibid, 78.

<sup>43</sup> Ibid.

способами, аніж надання притулку, сам по собі є причиною не розширювати право на притулок.<sup>44</sup>

Незважаючи на суттєву схожість між визначенням біженця Міллера і моїм власним визначенням, причини, з яких я підтримую це визначення, суттєво відрізняються від мотивації Міллера. Я відхиляю твердження про те, що обов'язки приймати біженців подібні до обов'язку легкого порятунку. Як зазначає Метью Гібні, держави часто частково обґрунтовано відповідальні за тяжке становище біженців, і, як переконливо стверджував Джозеф Каренс, глобальна система суверенних держав, у якій ми опинилися, не є природною системою, а є структурою, яка підтримується самими державами.<sup>45</sup> Оскільки біженців цілком обґрунтовано можна розглядати як осіб, що зазнали невдачі в цій глобальній системі держав, то можна розумно припустити, що міжнародне співтовариство *зобов'язане* надавати притулок біженцям, саме для того, щоб зробити цю систему легітимною. З точки зору таких міркувань важливо, щоб будь-яке визначення біженця ґрунтувалося на визнанні того, що біженці – це особи, які мають *право* на захист, претензії щодо якого вони можуть адресувати міжнародному співтовариству. На відміну від Міллера, я підтримую думку про те, що статус біженця повинен бути звужений, і поширюватись на тих, хто потребує притулку, зокрема тому, що більш розширене тлумачення зробить неможливим його імплементацію у реальне життя у поєднанні з відмовою від умови про статус іноземця, а не тому що вибір державами засобів, за допомогою яких вони захищають права людини тих, хто не є їхніми громадянами, є морально значущими.

Це пов'язано з деякими важливими перевагами мого визначення у порівнянні із підходом, заснованим на пріоритеті потреб. На відміну від цього підходу, моє переосмислення умови переслідування може просто застосовуватися разом із відмовою від умови про статус іноземця. На мій погляд, якщо основні права людини можна захистити лише за допомогою притулку, то це означає, що у людини з'являється право на отримання статусу біженця – незалежно від того, перетнула вона кордон чи ні. Таким чином, якщо мою концепцію запровадити як частину відповідної системи міжнародного права прав людини, тоді не залишається жодних прогалів у захисті. Навпаки ж, як стверджувалося в розділі III, оскільки згідно з підходом, заснованим на пріоритеті потреб, статус біженця поширено на *всіх* осіб, які рятуються від загроз їхнім основоположним інтересам, незрозуміло, що з ними робити після виключення умови про статус іноземця. Ще одна перевага моєї точки зору у порівнянні із “пріоритетом потреби” полягає в тому, що я визнаю важливість альтернативного політичного захисту. Поширюючи право на притулок на тих, хто не може розраховувати на захист вдома, я підтримую традицію надавання притулку тим, хто втратив належний політичний захист, який Арендт, як відомо, визначила як передумову людської гідності та прав людини.

<sup>44</sup> Miller, *Strangers in Our Midst*, 80.

<sup>45</sup> Matthew Gibney, “The Ethics of Refugees,” *Philosophy Compass* 13, no. 10:e12521 (2018): 4; Carens, *The Ethics of Immigration*, 196.

## 2. Відповідь на заперечення

У попередньому розділі я стверджувала, що моє визначення біженства усуне прогалини в захисті, які утворились у системі міжнародного права, а також в інших системах захисту права людини. Через умовність цієї претензії погляди, подібні до моїх, є предметом важливих заперечень. Кіран Оберман зазначає, що визначення Міллером поняття біженця (яке, як згадувалося раніше, є подібним до мого власного) передбачає, що статус біженця не слід поширювати на осіб, яким міжнародне співтовариство *може* допомогти іншим способом, окрім надання притулку.<sup>46</sup> Оберман, однак, стверджує, що питання про те, чи *можна* комусь допомогти іншим способом, окрім притулку, є недоречним з моральної точки зору. Єдине, що має значення, стверджує він, це те, чи *буде* їм насправді надана допомога у такий спосіб. Якщо можна передбачити, що особа не отримає необхідної допомоги у разі повернення до країни свого громадянства, їй слід надати статус біженця.

До певної міри я погоджуюся з твердженням Обермана: є морально неправильним повертати особу в країну її походження, якщо є передбачуваним, що її фундаментальні інтереси там залишаться незахищеними, і апелювання до того факту, що інтереси особи *гіпотетично* можуть бути захищені за допомогою інших засобів, ніж надання притулку, жодним чином не зменшить неправомірність депортації, коли альтернативна допомога фактично не надається. Однак я не вважаю, що подібні міркування повинні впливати на визначення біженства в міжнародному праві. Аргумент цієї статті стосується однієї галузі міжнародного захисту – мета полягає в тому, щоб сформулювати найкраще *загальне визначення* біженства, на яке ми могли б сподіватися і яке можна було б застосувати як частину ширшої системи захисту прав людини. Враховуючи це, недоцільно розпочинати з припущення, що міжнародне співтовариство не зможе виконати інші свої зобов'язання в рамках цієї ширшої системи. Отже, визначення, яке я підтримую, не є недосконалим як юридичне визначення біженця.

З огляду на це, Оберман, звичайно, має рацію, підкреслюючи, що держави можуть не виконувати всі свої міжнародні зобов'язання; коли держави виконують свої зобов'язання, то цілком імовірно можуть виникнути прогалини в захисті для деяких осіб, які не відповідають наведеному вище визначенню біженства. Таким чином, дуже важливо забезпечити наявність резервних можливостей, щоб гарантувати захист цих людей. У цьому випадку цілком зрозуміло, що саме міжнародне право прав людини є належною галуззю: кожна людина має право на захист своїх основоположних прав, і у той час як держави несуть основну відповідальність за захист своїх громадян, регіональні та міжнародні спільноти мають комплементарні зобов'язання допомагати, коли держави не можуть або не хочуть виконувати цю функцію. У деяких випадках надання статусу біженця можна вважати найпростішим способом виконання цих зобов'язань, але в інших випадках альтернативні ефективні засоби допомоги також обов'язково

<sup>46</sup> Kieran Oberman, "Reality for Realists: Why Economic Migrants Should Not Just 'Go Home and Wait for Assistance,'" *European Political Science* 17 (2018): 658–61.

мають бути доступними. Це вирішальний фактор, що відрізняє людей, про яких говорить Оберман, від біженців “першої черги.” В обох випадках держави мають обов’язки захищати права людини, але якщо надання біженцям притулку є обов’язком держави, то у випадку осіб із незахищеними правами, яким можна ефективно допомогти у різний спосіб, держави можуть мати свободу розсуду щодо шляхів захисту їх прав людини – не обов’язково через надання притулку. Знову ж таки, необхідно підкреслити, що головною метою надання такої свободи розсуду є збереження визначення біженства, яке можливо реалізувати на практиці, а не моральна значущість вибору держав у цьому питанні як такого.

Такий підхід видається більш доречним, ніж перегляд визначення біженця в міжнародному праві. У рамках ефективної системи міжнародного захисту слід забезпечити кореляцію окремих видів шкоди з найбільш доречними засобами захисту від них. Важливо, щоб ми могли визнати, що ситуація, коли особи, яким не забезпечено захист прав людини, просять про притулок, навіть якщо їх права людини можна було б захистити альтернативними способами, є свідченням того, що держави не виконують свої міжнародні зобов’язання щодо захисту людини у межах своєї юрисдикції. Переосмислення юридичного визначення біженця у спосіб, який пропонує Оберман, затьмарює це міркування.

## VI. Висновок

У цій статті я стверджую, що умова переслідування для отримання статусу біженця, яка міститься у Конвенції 1951 року, має бути замінена. Натомість я віддаю перевагу визначенню, яке знаходиться посередині, між розширеним, але нездійсненим підходом, заснованим на пріоритеті потреби, з одного боку, і недосконалим визначенням чинної Конвенції, з іншого. На мій погляд, статус біженця має поширюватися на всіх осіб, які стикаються із загрозою для власних фундаментальних прав, і для уникнення цих загроз потребують особливих засобів правового захисту у вигляді притулку. Цей підхід, як я стверджую, є кращим за альтернативи, оскільки він не залишає прогалин у захисті, не надто розширює визначення біженства, що могло б зробити його нездійсненим і, на відміну від підходу, заснованого на пріоритеті потреб, зберігає принципово політичну природу інституту біженства.

© Е. Бітон, 2021

## Bibliography

- Agamben, Giorgio. *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*. Translated by Daniel Heller Roazen. Stanford: Stanford University Press, 1998.
- Arendt, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. Mariner Books, 1973.
- Carens, Joseph. “Aliens and Citizens.” *The Review of Politics* 49, no. 2 (1987): 251–73.
- Carens, Joseph. *The Ethics of Immigration*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

- Cherem, Max. "Refugee Rights: Against Expanding the Definition of a 'Refugee' and Unilateral Protection Elsewhere." *The Journal of Political Philosophy* 24, no. 2 (2016), 183–205.
- Dummett, Michael. *On Immigration and Refugees*. Routledge, 2001.
- Global Trends: Forced Displacement in 2017*. UNHCR, 2018.
- Goodin, Robert E. "What Is so Special About Our Fellow Countrymen?" *Ethics* 98, no. 4 (1988): 663–86.
- Hathaway, James C., and Michelle Foster. *The Law of Refugee Status*. 2<sup>nd</sup> ed. Cambridge University Press, 2014.
- Lister, Matthew. "Who Are Refugees?" *Law and Philosophy* 32, no. 5 (September 2013): 645–71.
- Miller, David. *Strangers in Our Midst*. Harvard University Press, 2016.
- Matthew Gibney, "The Ethics of Refugees." *Philosophy Compass* 13, no. 10:e12521 (2018).
- Oberman, Kieran. "Reality for Realists: Why Economic Migrants Should Not Just 'Go Home and Wait for Assistance.'" *European Political Science* 17 (2018): 658–61.
- Parekh, Serena. *Refugees and the Ethics of Forced Displacement*. 1<sup>st</sup> ed. Routledge, 2017.
- Shacknovе, Andrew. "Who Is a Refugee?" *Ethics* 95, no. 2 (1985): 274–84.
- Taking on Inequality: Poverty and Shared Prosperity*. World Bank, 2016.

### **Ейлід Бітон. Перегляд умови про наявність переслідування для визнання статусу біженця**

**Анотація.** Згідно з Конвенцією про статус біженців 1951 року умовою отримання особою статусу біженця є наявність у неї обґрунтованих побоювань переслідування через расу, релігію, національність, приналежність до певної соціальної групи чи політичні переконання. Основна проблема цієї умови отримання статусу біженця полягає у тому, що вона залишає значні прогалини в захисті, оскільки особи, які втікають від невибіркового або загального насильства чи шкоди, не відповідають цій умові. У цій статті я оцінюю існуючі аргументи, висунуті як на захист, так і на критику умови переслідування, а потім представляю власний перелік критеріїв, які повинні її замінити. Я стверджую, що моя точка зору є кращою за альтернативи, запропоновані в літературі, оскільки вона задовольняє трьома ключовим вимогам: 1) вона усуває прогалини в захисті; 2) її можливо реалізувати в такому світі, як наш; і 3) вона зберігає важливий політичний характер інституту біженства.

**Ключові слова:** біженець; притулок; міграція; права людини; переслідування.

### **Эйлид Битон. Пересмотр условия о наличии преследования для признания статуса беженца**

**Аннотация.** Согласно Конвенции о статусе беженцев 1951 года условием получения лицом статуса беженца является наличие у него обоснованных опасений преследования из-за расы, религии, национальности, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений. Основная проблема этого условия получения статуса беженца заключается в том, что оно оставляет значительные пробелы в защите, поскольку лица, которые бегут от неизбирательного или общего насилия или вреда, не соответствуют этому условию. В этой статье я оцениваю существующие аргументы, выдвинутые как в защиту, так и в качестве критики условия преследования, а затем представляю собственный перечень критериев, которые должны его заменить. Я утверждаю, что моя точка зрения лучше альтернатив, предложенных в литературе, поскольку она удовлетворяет трем ключевым требованиям: 1) она устраняет пробелы в защите;

2) ее возможно реализовать в таком мире, как наш; и 3) она сохраняет важный политический характер института беженства.

**Ключевые слова:** беженец; убежище; миграция; права человека; преследование.

**Eilidh Beaton. Replacing the Persecution Condition for Refugeehood**

**Abstract.** In this article, earlier versions of which were presented at the IVR World Congress in 2019 and in graduate student workshops at the University of Pennsylvania, the author offers a critical look at the existing definition of a refugee in international law, in particular, in the 1951 Convention relating to the Status of Refugees. The Convention recognizes a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion as a condition for a person to be granted refugee status. However, this leaves significant gaps in the protection of persons fleeing indiscriminate or generalized violence or harm, although such people today constitute a significant proportion of those forced to move from their country of nationality. The author emphasizes that within some regions and countries there are legal instruments capable of bridging these gaps (the 1969 Organization of African Unity Convention on the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, the 1984 Cartagena Declaration on Refugees, as well as temporary protection in the EU and the US), but the UN Convention continues to be deficient in this regard.

The author proposes to correct these shortcomings by applying the “needs-first” approach, which understands refugees as all displaced persons fleeing sufficiently serious threats. The author presents her own definition of a refugee as “any person with a well-founded fear that their fundamental human rights are urgently threatened; who would have no recourse to their home government, even if appropriate international assistance were available; and whose interests can only or best satisfied by means of refugee – that is, by means of protection from a political authority that is not their own, usually in the form of asylum within the territory of that country.”

The author acknowledges that her proposed “needs-first” approach is not without its drawbacks, and the main challenge in its implementation is to avoid becoming a purely humanitarian measure and to preserve the political identity of the individuals who are fleeing the threat to countries not of their nationality.

**Keywords:** refugee; asylum; migration; human rights; persecution.

Одержано/Received 05.09.2021

## МЕЖІ ПРАВА (Всеукраїнський круглий стіл з міжнародною участю у Харкові)

У травні 2021 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 з міжнародною участю “Фундаментальні проблеми юриспруденції III. Межі права.” Щорічний круглий стіл було започатковано у 2019 році з метою сприяти розвитку фундаментального знання про право і діалогу між філософією та юриспруденцією.

Вибір спеціальної теми цьогорічного заходу – “Межі права” – було мотивовано бажанням вийти за рамки вузько юридичного погляду на право та осмислити останнє в дещо ширшому контексті. Дійсно, юристам нерідко властиво сприймати багатовимірний життєвий світ крізь призму права і значно переоцінювати можливості останнього. Разом з тим, для людини, що не має стосунку до юриспруденції, очевидно, що далеко не все підлягає правовому осмисленню і правовому регулюванню, а право не є панацеєю. Так виникає проблема меж права. Сучасний світ, з одного боку, рясніє прикладами порушення цих меж, а з іншого, робить останні дедалі більш розмитими, що загрожує передовсім самому праву. Водночас у сучасному філософсько-правовому дискурсі проблема меж права аж ніяк не належить до центральних проблем і переважно зводиться до визначення меж правового регулювання. Круглий стіл був покликаний надати об’єму проблемі меж права через виявлення та осмислення, поряд з традиційними інтерпретаціями, менш очевидних її аспектів. Серед іншого, йдеться про пошук відповідей на такі питання.

Чи існують царини, у які для права немає доступу? І які критерії того, що підлягає правовому осмисленню? Чи всьому можна дати правову оцінку, або ж існує щось позаправове? Яке при цьому місце права серед інших суспільних регуляторів?

---

\* Наталія Іванівна Сатохіна, кандидатка юридичних наук, доцентка кафедри теорії і філософії права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого.

Nataliia 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](mailto:nataliasatokhina@gmail.com)

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2480-9405>

Що може право, і чого воно не може? Чи не сформулював Кант насправді найбільшу ілюзію юристів – уявлення про те, що розумно влаштована система інститутів здатна навіть дияволів примусити до ангельської публічної поведінки? Чи виправданий такий нормативний оптимізм? Або ж, навпаки, можливості правових інститутів вельми обмежені, і мирне співіснування людей вимагає насамперед нашої відданості праву?

Чи здатне право встановити справедливість там, де стається непоправне, що воно унеможливає будь-яку еквівалентність? Чим в такому випадку є справедливість – реалістичної утопією чи лише мрією права? І якщо право не гарантує справедливості, то на що ми все ж можемо розраховувати, апелюючи до неї?

Нарешті, що являє собою межа права як така – нездоланну стіну між правовим і позаправовим або тонку й рухливу грань? І яка в такому випадку природа пограничних ситуацій? Можливо, тільки тут, на грані правового, ми й можемо усвідомити межі права, віддати праву те, що за правом йому належить, не більш, але й не менше.

Ці та інші питання стали предметом обговорення, у якому взяли участь близько 30 дослідників з Дніпра, Києва, Львова, Санкт-Петербурга, Северодонецька та Харкова. У виступах П. М. Рабіновича та Є. В. Бурлая було розкрито широкий спектр інтерпретацій проблеми меж права. У доповіді В. О. Абашніка було презентовано історико-філософську розвідку, присвячену проблемі меж права в творчості Нікласа Лумана. Феноменологічний погляд на проблему було запропоновано Д. О. Бочаровим, Н. І. Сатохіною та О. В. Стівбою. Складній діалектиці права та моралі, а також взаємодії різних нормативних систем та типів аргументації в цілому присвятили свої виступи О. М. Литвинов, С. І. Максимов та В. М. Сущенко. С. П. Рабіновичу та В. С. Смородинському йшлося про межі правового регулювання та ширше – про межі впливу права, а в центрі уваги С. П. Погребняка опинились “сутінкові зони права” в світлі практики Верховного Суду. Д. А. Гудима, О. Е. Радутний та Ю. С. Разметаєва розмірковували над динамічністю меж права в контексті новітніх трансформацій людського досвіду. А. В. Поляков окреслив смислові межі права через аналіз вимоги справедливості, а К. О. Буряковська запропонувала розглянути феномен перехідного правосуддя як виклик усталеним принципам та відповідним уявленням про межі права. Доповіді О. О. Уварової та Ю. В. Шеляженка було присвячено праволюдними смислами запропонованої теми. Т. І. Дудаш розглянула проблему меж права в контексті теорії правової аргументації, а О. В. Тарасов – в світлі концепції персонативної правової реальності.

Напередодні круглого столу було видано тези доповідей учасників.<sup>1</sup> Статті, які учасники заходу підготували на основі виступів та дискусій, що їх супроводжували, опубліковані в цьому номері.

На продовження цих дискусій наступний, вже четвертий, круглий стіл “Фундаментальні проблеми юриспруденції,” який заплановано провести в першому півріччі

<sup>1</sup> *Фундаментальні проблеми юриспруденції III. Межі права:* Тези доповідей Всеукраїнського круглого столу з міжнародною участю (28–29 травня 2021 р.), уклад. Катерина Буряковська, Сергій Максимов, Наталія Сатохіна та Олексій Стівба (Харків, 2021).



2022 року, буде присвячено темі “Право і світ. Мир і право,” яка передбачає осмислення багатогранного зв’язку між правом і світом/миром, що їх організатори заходу мислять у нерозривній єдності. Запрошуємо усіх бажаючих долучитись 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, 2021

Одержано / Received 10.08.2021

## 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 – 0,5 см, шрифт *Times New Roman*, розмір шрифту 14, міжрядковий інтервал – 1,5. Бібліографія та анотації подаються шрифтом 12, міжрядковий інтервал – 1,0.

Матеріали подаються електронною поштою [philosophyoflawjournal@gmail.com](mailto:philosophyoflawjournal@gmail.com).

### **Написання анотації**

Публікація не англійською мовою супроводжується анотацією англійською мовою обсягом не менш як 1 800 знаків, включаючи ключові слова; публікація не українською мовою супроводжується анотацією українською мовою обсягом не менш як 1 800 знаків, включаючи ключові слова. З тексту анотації має бути зрозуміло,

яку проблему поставлено, у чому полягає особливість дослідницького підходу, які висновки зроблено та в чому полягає їх наукова новизна. Анотація до полемічної статті має містити опис полемічних позицій.

### **Оформлення бібліографії**

Бібліографію необхідно розміщувати після тексту статті та складати згідно з *Чикаго стиль: виноски та бібліографія* (*Chicago style: notes and bibliography*). Див. [https://www.chicagomanualofstyle.org/tools\\_citationguide/citation-guide-1.html](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 видавництв 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: виноски та бібліографія*. Посилання на нормативні акти та судові справи подаються згідно з міжнародним стилем цитування та посилання в наукових роботах *Оскола стиль* (*OSCOLA Style*). Див. [https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola\\_4th\\_edn\\_hart\\_2012.pdf](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.).

Редагування і коректура *О. П. Красенко*

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації  
серія КВ № 23923-13763 Р від 03.04.2019

Підписано до друку 16.06.2022.

Формат 70×100/16. Папір офсетний. Гарнітура Arno Pro.  
Ум. друк. арк. 10,6. Обл.-вид. арк. 9. Тираж 100 прим.  
Вид. № 3070

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](mailto:verstka@pravo-izdat.com.ua)

E-mail для замовлень: [sales@pravo-izdat.com.ua](mailto:sales@pravo-izdat.com.ua)

Свідоцтво про внесення суб’єкта видавничої справи  
до Державного реєстру видавців, 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