

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 Переліку фахових видань України,
міжнародної наукометричної бази даних
“Index Copernicus International” (Польща),
міжнародної наукометричної бази даних
“EBSCO Publishing, Inc.” (США)
і міжнародної бази даних “Ulrichsweb”

2/2022

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

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

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

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

Serhiy 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)

*Рекомендовано до друку вченою радою
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
(протокол № 4 від 23.12.2022)*

**Філософія права і загальна теорія права : наук.
журн. / редкол.: С. Максимов та ін. – Харків :
Право, 2022. – № 2. – 202 с.**

**Philosophy of Law and General Theory of Law :
Academic Journal / edit. S. Maksymov and others. –
Kharkiv : Pravo, 2022. – № 2. – 202 p.**

2/2022

© Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2022
© Видавництво “Право”, 2022
© Yaroslav Mudryi National Law University, 2022
© Publishing House “Pravo”, 2022

НАУКОВА РАДА

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

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

Сергій Максимов	доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, головний редактор
Віктор Смородинський	кандидат юридичних наук, доцент, заступник головного редактора
Наталія Сатохіна	кандидатка юридичних наук, відповідальна секретарка
Чаба Варга	доктор наук, професор (Угорщина)
Дмитро Вовк	кандидат юридичних наук, доцент
Марсело Галушпо	професор (Бразилія)
Євген Гетьман	доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
Костянтин Горобець	кандидат юридичних наук (Нідерланди)
Дмитро Гудима	кандидат юридичних наук, доцент, суддя Верхов- ного Суду
Мехман Дамірлі	доктор юридичних наук, професор (Туреччина)
Олена Дашковська	докторка юридичних наук, професорка
Стефан Кірсте	доктор наук, професор (Австрія)
Мартін Крігер	професор (Австралія)
Олександр Литвинов	доктор юридичних наук, доцент
Лариса Макаренко	докторка юридичних наук
Б'ярн Мелкевік	доктор наук, професор (Канада)
Станіслав Погребняк	доктор юридичних наук, професор
Сергій Рабінович	доктор юридичних наук, професор
Юлія Разметаєва	кандидатка юридичних наук, доцентка
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
Едоардо Фіттіпальді	професор (Італія)
Ганна Христова	докторка юридичних наук, доцентка
Станіслав Шевчук	доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
Пьотр Шиманець	доктор наук, професор (Польща)

ACADEMIC COUNCIL

Robert Alexy	Dr. hab., Professor (Germany)
Mykola Kozubra	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, Editor-in-Chief
Viktor Smorodynskyi	Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Deputy Editor-in-Chief
Nataliia Satokhina	Candidate of Legal Sciences, Executive Secretary
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)
Dmytro Hudyma	Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Judge of the Supreme Court
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)
Stanislav Pohrebniak	Doctor of Legal Sciences, Professor
Sergiy Rabinovych	Doctor of Legal Sciences, Professor
Yulia Razmetaeva	Candidate of Legal Sciences, Associate 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
Edoardo Fittipaldi	Professor (Italy)
Ganna Khrystova	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.	
Європейські цінності та конституційне судочинство	9

ЄВРОПЕЙСЬКІ ЦІННОСТІ ТА КОНСТИТУЦІЙНЕ СУДОЧИНСТВО

Врівноважена влада: “Культурне досягнення універсального значення” Мартін Крігер (Сідней, Австралія) (англійською)	14
Конституційне правосуддя та реалізація ключових цінностей конституціоналізму Райнер Арнольд (Регенсбург, Німеччина) (англійською)	42
Сучасні межі конституційного патріотизму Роман Зимовець (Київ, Україна)	64
Конституційна доктрина України: проблеми юридизації, трансформації та європеїзації Любомир Летнянчин (Харків, Україна)	86
Обмеження прав людини в умовах війни і миру: конституційний аспект Станіслав Шевчук (Київ, Україна)	102
Конституційні підстави звільнення суддів з посади: досвід Литви Тома Бірмонтієне (Вільнюс, Литва) (англійською)	122

МЕТОДОЛОГІЯ ПРАВА

Тіло права і право тіла. Тіло як правовий феномен Олексій Стовба (Харків, Україна)	139
Методологічний правовий позитивізм Євгенія Будигіна (пам’яті видатної особистості) Сергій Максимов (Харків, Україна)	147

ПЕРЕКЛАДИ

Два двовимірні темпераменти юридичної науки та питання комодифікації Александр Сомек (Відень, Австрія)	173
--	-----

Справедливість, спільнота і свобода: XXX Всесвітній конгрес
з філософії права та соціальної філософії

Сергій Максимов (*Харків, Україна*) 185

CONTENTS

Note of the Editor-in-Chief. European values and constitutional justice (in Ukrainian)	9
---	---

EUROPEAN VALUES AND CONSTITUTIONAL JUSTICE

Well-Tempered Power: “A Cultural Achievement of Universal Significance” Martin Krygier (<i>Sydney, Australia</i>)	14
---	----

Constitutional Justice and Implementation of the Key Values of Constitutionalism Rainer Arnold (<i>Regensburg, Germany</i>)	42
--	----

Modern Limits of Constitutional Patriotism Roman Zymovets (<i>Kyiv, Ukraine</i>) (in Ukrainian)	64
---	----

Constitutional Doctrine of Ukraine: Problems of Legalization, Transformation and Europeanization Lubomyr Letnyanchyn (<i>Kharkiv, Ukraine</i>) (in Ukrainian)	86
--	----

Restriction of Human Rights in Conditions of War and Peace: Constitutional Aspect Stanislav Shevchuk (<i>Kyiv, Ukraine</i>) (in Ukrainian)	102
---	-----

Constitutional Grounds for Dismissing Judges from Office: The Experience of Lithuania Toma Birmontiene (<i>Vilnius, Lithuania</i>)	122
---	-----

METHODOLOGY OF LAW

The Body of Law and the Law of the Body. The Body as a Legal Phenomenon Oleksiy Stovba (<i>Kharkiv, Ukraine</i>) (in Ukrainian)	139
---	-----

Methodological Legal Positivism of Eugenio Bulygin (in Memory of an Outstanding Personality) Sergiy Maksymov (<i>Kharkiv, Ukraine</i>) (in Ukrainian)	147
--	-----

TRANSLATIONS

Two Times Two Temperaments of Legal Scholarship and the Question
of Commodification

Alexander Somek (*Vienna, Austria*) (in Ukrainian) 173

ACADEMIC LIFE

Justice, Community, and Freedom: XXX World Congress on the Philosophy of Law
and Social Philosophy

Sergiy Maksymov (*Kharkiv, Ukraine*) (in Ukrainian) 185

ЄВРОПЕЙСЬКІ ЦІННОСТІ ТА КОНСТИТУЦІЙНЕ СУДОЧИНСТВО

DOI: <https://doi.org/10.21564/2707-7039.2.318234>

Сергій Максимов*

Шановні читачі!

Поточний номер журналу присвячено темі співвідношення європейських цінностей і конституційного судочинства та методологічним проблемам права. Він є продовженням панельної дискусії “Європейські цінності та конституційне судочинство,” проведеної в рамках V Харківського міжнародного юридичного форуму 20 вересня 2021 року. На заході обговорювався широкий спектр світоглядних (ціннісних) і методологічних проблем конституційного судочинства у компаративній перспективі під кутом зору його європеїзації та раціоналізації. У роботі панелі взяли участь провідні українські та зарубіжні дослідники, а також судді Конституційного Суду України і конституційних судів Польщі та Литви. Обговорення зазначеної теми відбувалося за такими напрямками: 1) європейські цінності та конституціоналізм; 2) цінності та конституційна юстиція; 3) конституційна юстиція та конституційна доктрина в Україні; 4) юридична методологія конституційного судочинства. Статті, підготовлені на основі виступів на заході, склали зміст головної рубрики цього номера.

Номер відкриває стаття **Мартина Крігера**, професора Університету Нового Південного Вельсу (Сідней, Австралія) “Врівноважена влада: ‘Культурне досягнення універсального значення.” Автор поділяє позицію англійського історика Е. П. Томпсона, який визнав верховенство права культурним досягненням універсального значення. Таке ставлення до верховенства права протиставляється як позиції, що бачить у верховенстві права лише

* Сергій Іванович Максимов, доктор юридичних наук, професор кафедри теорії і філософії права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого; член-кореспондент Національної академії правових наук України; головний редактор журналу “Філософія права і загальна теорія права.”

Sergiy Maksymov, Doctor of Legal Sciences, Professor, Professor at the Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudryi National Law University; Correspondence-member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine; Editor-in-chief of “Philosophy of Law and General Theory of Law” journal.

e-mail: s_maximov@ukr.net

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

“модне слово,” так і деяким помилковим тлумаченням цього феномену. Автор вважає, що верховенство права є культурним досягненням універсального значення, поняттям і реалізацією стану речей, у якому влада надійно стримана, щоб не бути здатною до свавільного зловживання. Звідси помилково було б ототожнювати його з будь-яким нібито канонічним упорядкуванням форм, інститутів чи правил, які враховуються або припускаються як його втілення.

Автор показує, що дехто робить таку помилку, наївно вважаючи, що створення знайомих інституцій, які викликають асоціацію з “верховенством права,” – це те саме, що й генерування верховенства права. Невтішна історія просування верховенства права в усьому світі показує, що це не так. З іншого боку, сучасні неліберальні, часто популістські, режими охоче схвалюють таку помилку і вдають, що вони віддані верховенству права, показуючи відповідність правовим формам, натомість систематично підриваючи, власне, верховенство права і зловживаючи ним. Автор вважає, що слід відкинути подібні тлумачення цього феномену – як наївні, так і зловмисні.

Райнер Арнольд, професор Університету Регенсбургу (Німеччина), у статті “Конституційне правосуддя і реалізація ключових цінностей конституціоналізму” звертає увагу на ту значну роль, яку відіграють судді в сучасному конституціоналізмі. Ця роль виражається в тлумаченні звичайних законів і конституції для того, щоб довести останню до її повного вираження та захистити її судовими засобами.

Суддя, насамперед конституційний суддя, повинен включити до свого розгляду основні цінності конституції, що складаються з гарантії людської гідності, принципу свободи та рівності, і взяти це до уваги для тлумачення. Суддя повинен вирішувати колізії різних конституційних цінностей із адекватним урахуванням у сенсі так званої практичної узгодженості. Важливо, щоб у разі обмеження свободи належним чином застосовувався принцип пропорційності та поважалася суть фундаментального права. При цьому національні фундаментальні права повинні тлумачитися у світлі регіональних і універсальних гарантій прав людини.

Старший науковий співробітник Інституту філософії імені Григорія Сковороди НАН України **Роман Зимовець** у статті “Сучасні межі конституційного патріотизму” піддає аналізу один із загальноновживаних концептів політичної філософії – “конституційний патріотизм.” Виникнувши в локальних умовах повоєнного розділення Німеччини, він став особливо затребуваним наприкінці минулого століття у зв’язку з подальшою глобалізацією і мультикультуралізацією світового суспільства та створенням Європейського Союзу. Конституційний патріотизм розглядається насамперед як більш абстрактна форма соціальної інтеграції, що приходить на зміну традиційній колективній ідентичності національної спільноти у формі ліберально-демократичної політичної культури. У такий спосіб він став відповіддю на закид комунітаризму в бік лібералізму щодо неврахування проблеми мотивації захисту ліберально-демократичних інституцій. Автор розглядає парадокс толерантності – проблему толерантного ставлення до нетолерантних щодо ліберальної політичної культури суспільства груп, – що окреслює екзистенційні межі космополітично ви-

тлумаченого конституційного патріотизму. Цей парадокс актуалізувався у сьогоденні внаслідок європейської міграційної кризи, а також гібридних війн, одним з інструментів яких стало використання демократичних інституцій для руйнації конституційного ладу.

Любомир Летнянчин, доцент Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, у статті “Конституційна доктрина України: проблеми юридизації, трансформації та європеїзації” робить аналіз конституційної доктрини України як такої, що поступово формується у процесі діяльності Конституційного Суду України. Саме для того, щоб процес формування конституційної доктрини України мав послідовний, системний характер, а також для підвищення її юридичної значущості й нормативної ваги (сили), у статті підтримано законодавчу ініціативу українських парламентарів щодо юридизації (легалізації) категорії “конституційна доктрина України,” щоправда, у вузькому її розумінні: як продукту діяльності органу конституційної юрисдикції, втіленого в юридичних позиціях.

Вплив як американської, так і європейської конституційних парадигм на офіційну конституційну доктрину України автор помічає через послідовне утвердження Конституційним Судом України фундаментальних конституційних цінностей свободи та людської гідності. Питання про їх взаємне співіснування, на думку автора, може бути предметом дискусій і навіть спорів. Повноцінне утвердження цінності свободи розкривається через свободу українського народу, яка в цей історичний період виборюється на полі бою.

Професор Києво-Могилянської академії **Станіслав Шевчук** у статті “Обмеження прав людини в умовах війни і миру: конституційний аспект” проводить доктринальний аналіз конституційних критеріїв обмежень щодо прав людини. Автор ставить питання про те, чи відрізняються зміст та обсяг цих обмежень в умовах воєнного стану й у мирний час, а також про те, чи надає конституція державі можливість виходу за її межі під час збройної відповіді агресору. Стверджується, що запровадження більш суворих обмежень на права людини під час воєнного стану повинно бути збалансованим із конституційною вимогою, адресованою до держави, діяти згідно з конституцією. Стверджується, що звуження змісту й обсягу існуючих конституційних прав і свобод людини є їх обмеженням, а обмеження допускаються Конституцією. Робиться висновок про те, що права і свободи, які згідно з переліком у частині другій ст. 64 Конституції України не підлягають обмеженням, обмежуються за критеріями мирного часу, тобто не підлягають екстраординарним обмеженням під час війни. Щодо інших конституційних прав і свобод, що не потрапили до зазначеного переліку у ст. 64 Конституції України, можуть діяти більш суворі обмеження щодо прав і свобод з боку держави; такі обмеження мають переслідувати легітимну мету й бути виправданими необхідністю отримання перемоги над ворогом.

Професорка Університету імені Миколаса Ромеріса **Тома Бірмонтієне** на досвіді Литви розкриває конституційні підстави для звільнення суддів з посади. Авторка стверджує, що припинення повноважень судді є процесом, який ініціюється і певною мірою реалізується політичними інституціями. Отже, надзвичайно важливо, щоб Рада суддів – орган суддівського врядування у Литві – відповідно до вимог належної процедури залишалася

незалежною під час ініціювання звільнення судді з посади. Роль Ради суддів як гаранта незалежності судової влади стала ще важливішою в питанні звільнення суддів після того, як Конституційний суд ширше розвинув конституційну доктрину і наділив значними повноваженнями цей керівний орган самоорганізації суддів, який може захистити суддів від можливого майбутнього популістського політичного тиску у випадках їх усунення з посад.

Підстави для звільнення судді з посади, передбачені ст. 115 Конституції Литви, а саме поведінка, що дискредитує посаду судді, також можуть збігатися з конституційними підставами для імпічменту, але, на жаль, Конституційний суд не сформулював чітких критеріїв розмежування таких конституційних підстав для припинення суддівського мандата. У статті зроблено висновок, що звільнення судді шляхом імпічменту стає альтернативним, більш теоретичним варіантом, залишаючи ініціативу процесу імпічменту на розсуд парламенту, попри потужну конституційну доктрину з процедури імпічменту, яку було розроблено щодо конституційних обов'язків Президента Республіки і членів парламенту в цій процедурі.

У центрі уваги двох наступних статей є питання *методології права*.

Проблемі осмислення тіла як правового феномену через протиставлення тіла права і права тіла присвячено статтю **Олексія Стовби**. Автор підкреслює, що, незважаючи на те, що тіло онтологічно є найближчим до нас, із правової точки зору воно є одним із найбільш загадкових правових явищ. Проте феномен тіла на теперішній час залишається поза увагою українських юристів. Це призводить до відсутності концептуального розуміння тіла як правового явища і до невизначеності правового регулювання щодо тіла людини як такого. Унаслідок цього можна констатувати, що феномен тіла необхідно досягнути з філософсько-правової точки зору. Результатом такого осмислення є виокремлення таких онтологічних рис тіла як правового феномену: синкретичності, лімінальності й інтенціональності. Це, своєю чергою, дає підстави стверджувати, що тілу іманентно властива нормативність, коли воно само є гіпотезою і диспозицією для оточуючих осіб, а неможливість комунікації з ним – санкцією. У підсумку автор доходить висновку, що недоторканність тіла слід закріпити на законодавчому рівні та зробити відповідні доповнення до Цивільного та Кримінального кодексів України.

Стаття **Сергія Максимова** “Методологічний правовий позитивізм Євгенія Булигіна (пам’яті видатної особистості)” розкриває основні моменти життя і творчості видатного аргентинського філософа права (харків’янина за народженням), заслуженого професора Університету Буенос-Айресу, президента Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (1999–2003), одного з найвпливовіших представників сучасного правового позитивізму. На основі автобіографічних штрихів, спогадів друзів та особистого досвіду спілкування автора з видатною особистістю описуються основні етапи життя та творчості Є. Булигіна: харківський, австрійський, аргентинський, космополітичний. Позитивно оцінюється вплив його академічних праць та особистості на розвиток сучасної філософії та теорії права в Україні.

Значну увагу в статті приділено аналізу філософсько-правового світогляду Є. Булигіна, який він однозначно ідентифікує як правовий позитивізм, але при поглибленому аналізі його розуміння права доповнюється відмінними ознаками і може бути визначене як аналітичний, методологічний та гуманістичний правовий позитивізм. Розкриваються головні методологічні положення теорії права Є. Булигіна, зокрема концепції нормативності, валідності, подолання юридичних прогалин та ін. Демонструється його полемічний дар на прикладі дискусій із Гансом Кельзенем та Робертом Алексі.

Читачі журналу також мають можливість у перекладі українською мовою ознайомитись із позицією **Александера Сомека**, професора Віденського університету (Австрія), щодо розрізнення та зіставлення двох моделей юридичної науки в контексті питання комодифікації. Професор Сомек пропонує короткий огляд континентального європейського (зокрема німецького) і американського підходів до юридичної освіти й юридичної науки. У статті досліджується, наскільки вчені-юристи, що працюють у цих культурах, є вразливими до спокуси комодифікації (перетворення своєї праці на товар), тобто зацікавлені в консультуванні клієнтів. Автор дійшов висновку, що ці стимули превалюють у країнах, де вчені-юристи вважають свою роботу низькооплачуваною, і там, де наукові традиції є слабкими. У статті досліджується, як комодифікація може негативно вплинути на культуру “юридичної науки” загалом і навіть зашкодити клієнтам.

На завершення номера публікується традиційний огляд матеріалів XXX Всесвітнього конгресу з філософії права та соціальної філософії, який був здійснений професором Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого **Сергієм Максимовим**. Конгрес відбувся влітку 2022 р. в Бухаресті. Загальна тема конгресу – “Справедливість, спільнота та свобода” – порушує фундаментальні питання кореляції двох основоположних цінностей сучасності – справедливості та свободи, опосередкованих спільнотою, у межах якої тільки й можлива реалізація як справедливості, так і свободи.

Головну увагу було зосереджено на аналізі змісту пленарних доповідей учасників конгресу, які з різних позицій розглянули взаємовідносини між справедливістю, свободою і спільнотою. Пленарні доповідачі приділили увагу таким питанням, як реалізм у політичній та правовій філософії; цивілізоване право націй; здійснення правосуддя і боротьба з грубими порушеннями прав людини; гендер, право та рівна свобода; риторика як філософія; війна в Україні та філософія права; парадокси буття; структурна расова несправедливість у контексті теорії Ролза; теорія та практика прав людини для антропоцену; рефлексивна інклюзивність і перспективи культурного протистояння; приватність, критичне мислення та расова справедливість; низці інших актуальних питань сучасної філософії права.

Наступний номер журналу під назвою “Право і війна: голоси філософів” буде присвячений філософському осмисленню співвідношення права і війни.

DOI: <https://doi.org/10.21564/2707-7039.2.318242>

UDC 340.12

Martin Krygier*

WELL-TEMPERED POWER: “A CULTURAL ACHIEVEMENT OF UNIVERSAL SIGNIFICANCE”**

When I was still young, and so a long time ago, a remarkable controversy erupted over a book by the eminent British historian, ex-communist, unorthodox Marxist, and peace activist, E. P. Thompson. The work, *Whigs and Hunters*,¹ was a close reconstruction, from masses of fragmentary evidence, of the origins, social meaning, and significance of the so-called Black Act passed by the United Kingdom Parliament in 1723. The Whigs of the title governed Britain for much of the eighteenth century, the hunters were mainly forest dwellers and farm labourers who caught game and caused other disturbances in parks and forests owned by the King, nobles and gentry. The “Black” of the Act referred to the blackface camouflage used by these hunters/poachers (“Blacks”) on the job, and the Act “at a blow” created around fifty new capital offences. It provided, Thompson writes, “a versatile armoury of death apt to the repression of various forms of social disturbance.”²

As one might expect from one of the most distinguished Marxist historians of his generation, Thompson revealed ways in which this and other laws were made and used by the government and those whose interests, particularly economic interests, they served. In a conflict between “users,” often asserting customary rights and “exploiters,” “petty predators” and “great predators” who ignored those rights, the Act was crafted and employed, he argued, by the latter, “men who had developed habits of mental distance and moral levity towards human life, or more particularly towards the lives of the “loose and disorderly sort of people.”³

* Martin Krygier, Gordon Samuels Professor of Law and Social Theory, UNSW Sydney; Senior Research Fellow, CEU Democracy Institute, Budapest.

Мартін Кригер, Гордон Семюелс професор права та соціальної теорії, Університет Нового Південного Вельсу (UNSW), Сідней; старший науковий співробітник Інституту демократії Центрально-Європейського університету (CEU), Будапешт.

e-mail: m.krygier@unsw.edu.au

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3724-0801>

** A revised version of this article published: Martin Krygier. Well-Tempered Power: “A Cultural Achievement of Universal Significance.” *Hague Journal on the Rule of Law* 2024 volume 16, 479–567. Перероблена версія цієї статті опублікована: Martin Krygier. Well-Tempered Power: “A Cultural Achievement of Universal Significance.” *Hague Journal on the Rule of Law* 2024 volume 16, 479–567.

¹ Edward Palmer Thompson, *Whigs and Hunters. The Origin of the Black Act* (London: Allen Lane, 1975).

² *Ibid.*, 191–92.

³ *Ibid.*, 196.

Had Thompson stopped there (which he almost did, given that the offending section starts at page 258 of 269 and according to his wife was added at her prompting as an "afterthought"⁴), his readers could have emerged edified and instructed but not surprised by the direction the narrative took. Ruling classes exploited the ruled; who knew? However, to the dismay of erstwhile comrades and the (occasionally pleased) surprise of many others, unused to Marxist books ending in this way, Thompson concluded his exposé of ruling class manipulations with some immediately notorious reflections on the rule of law. At their heart was his insistence that "there is a very large difference, which twentieth-century experience ought to have made clear even to the most exalted thinker, between arbitrary extra-legal power and the rule of law."⁵ Notwithstanding all the distasteful legal and extra-legal machinations and manipulations he had chronicled,

the notion of the regulation and reconciliation of conflicts through the rule of law – and the elaboration of rules and procedures which, on occasion, made some approximate approach towards the ideal – seems to me a cultural achievement of universal significance.⁶

A page later, he explains that:

I am insisting only upon the obvious point, which some modern Marxists have overlooked, that there is a difference between arbitrary power and the rule of law. We ought to expose the shams and inequities which may be concealed beneath the law. But the rule of law itself, the imposing of effective inhibitions upon power and the defence of the citizen from power's all-intrusive claims, seems to me an unqualified human good. To deny or belittle this good is, in this dangerous century when the resources and pretensions of power continue to enlarge, a desperate error of intellectual abstraction.⁷

He reinforces both these claims – "unqualified good" and "cultural achievement of universal significance" – on the next page:

if the actuality of the law's operation in class-divided societies has, again and again, fallen short of its own rhetoric of equity, yet the notion of the rule of law is itself an unqualified good. This cultural achievement – the attainment towards a universal value...⁸

Few who had learnt from him over the years were happy with these conclusions, least of all coming from *him*. Friedrich Hayek could be expected to say such things but who in the mid-1970s, and on the Left, cared about him? But comrade Thompson!

⁴ In a letter to Daniel H. Cole, cited in Daniel H. Cole, "An Unqualified Human Good": E. P. Thompson and the Rule of Law," *Journal of Law and Society* 28, no. 2 (June 2001): 183.

⁵ Thompson, *Whigs and Hunters*, 264–65.

⁶ *Ibid.*, 265.

⁷ *Ibid.*, 266.

⁸ *Ibid.*, 267.

Thompson was excoriated by former colleagues for this paean to the rule of law, and, indeed, excommunicated by a former colleague of mine: “The nub seems to be that Thompson is not a Marxist historian.”⁹ A harsher condemnation from within the tribe is hard to conceive. After all, as one commentator censoriously observed, Thompson’s “position threatens, of course, to slide into a wholesale acceptance of the Rule of Law.”¹⁰ That was not praise. A more recent writer, more sympathetic to Thompson, aptly summed up the puzzled reaction of contemporaries: “He [Thompson] had shown throughout the book – convincingly and repeatedly – that the law was being used to the benefit of “the ruling class,” even as the composition of that class was changing ... Why, then, did he turn around at the end of the book and call the rule of law “an unqualified human good?”¹¹

For these critics were confident that the rule of law was neither universal nor much of an achievement, still less an unqualified good. Not universal, since after the revolution there would be no place for it and, on some views (such as those of the Soviet Marxist, E. B. Pashukanis, doyen of Soviet law in the 1920s, liquidated as a “Trotskyite saboteur” in 1937),¹² before capitalism there *had* been no place for it. Not such an achievement, since it was an instrument and ideological crutch of the bourgeois order. And certainly no unqualified good. Although with the waning popularity and then the collapse of the Soviet experiment, the rule of law might need to be tolerated, perhaps even preferred to some alternatives, it was certainly not to be applauded.¹³ On the contrary, as Hugh Collins explained rather late in the day, “[t]he principal aim of Marxist jurisprudence is to criticize the centre piece of liberal political philosophy, the ideal called the Rule of Law.”¹⁴ And so Thompson was rebuffed, rebutted and rebuked, by people half his size.¹⁵

In those days, I was about the only person I knew who found these pages attractive, but then I was not a Marxist. Today, I no longer know many Marxists, and of course the rule of law has had multitudes of supporters in recent decades. However, the views of Thompson’s critics still find echoes, albeit from very different ideological starting points. In Orbán’s Hungary, Kaczyński’s Poland, Modi’s India, Chávez’ and Maduro’s Venezuela, Duterte’s Philippines, Bolsonaro’s Brazil,

⁹ Adrian Merritt, “The Nature of Law: A Criticism of E. P. Thompson’s Whigs and Hunters,” *British Journal of Law and Society* 7, 2 (1980): 210.

¹⁰ Hugh Collins, *Marxism and Law* (Oxford University Press, 1996), 144.

¹¹ Nancy Lee Peluso, “Whigs and hunters: the origins of the Black Act, by E. P. Thompson,” *The Journal of Peasant Studies* 44, no 1 (2017): 310.

¹² Evgeny Pashukanis, *The General Theory of Law and Marxism* (London: Routledge, 2017).

¹³ I discuss these claims at length in “Marxism and the Rule of Law: Reflections after the Collapse of Communism,” *Law & Social Inquiry* 15, no. 4 (1990). That discussion in turn caused some controversy. See the debate in the same issue at 665–730.

¹⁴ Hugh Collins, *Marxism and Law* (Oxford: Oxford University Press, 1996).

¹⁵ This paragraph is taken from my “False Dichotomies, True Perplexities, and the Rule of Law,” in *Human Rights with Modesty: The Problem of Universalism*, ed. András Sajó (Dordrecht: Springer, 2004), 252. See Collins, *op. cit.*; Bob Fine, *Democracy and the Rule of Law. Liberal Ideas and Marxist Critiques* (Pluto Press, 1984); Morton J. Horwitz “The Rule of Law: An Unqualified Human Good?” *Yale Law Journal* 86 (1977): 561; Merritt, “The Nature.” There is a later and more sympathetic discussion of Thompson’s claims and the controversy they caused among the believers in Cole, “An Unqualified.”

Obrador's Mexico, Netanyahu's Israel, Trump's United States, Putin's Russia, and many other places, there appears to be little enthusiasm – at least from those in power – for the “imposing of effective inhibitions upon power and the defence of the citizen from power's all-intrusive claims.” This time, however, these sentiments come less from the Left than from the Right.

I could draw upon examples from many parts of the world, but I will focus on Europe, which I imagine is of most relevance to my immediate audience. In recent years, there have been continual struggles between EU institutions, on the one hand, which claim that the rule of law is a fundamental pan-European value which they have a right and responsibility to uphold, and leaders and their followers in several countries, on the other, who insist that it is not such a value, or that it is not *their* fundamental value, or that it must be subordinated to other, more important values, or that they honour it, but in their own, sovereign, nationally and culturally appropriate ways. Thus, we learn from a recent article that in Hungary,

the rule of law was described as a “buzzword” by the country's justice minister; a fiction by a Fidesz MP; and a “magic word” by the Fidesz-KDNP Delegation to the European Parliament. Not to be undone, a judge from Hungary's (captured) constitutional court, has presented the rule of law “as a normative yardstick” which is little more than an empty nineteenth century ideal and a political joker [sic] for all purposes.¹⁶

One needn't look far within governing circles in Poland, and many other places, to find similar sentiments. A rationale was provided by the late Polish activist and MP, Kornel Morawiecki, father of the present Prime Minister. In November 2015, defending the President's unconstitutional first move (of many) in taking over the Constitutional Tribunal, by refusing to appoint three validly selected judges and appointing three government appointees, he explained:

The law is an important thing, but it is not holy ... Above the law is the good of the Nation! If the law disturbs that good, then it is impermissible for us to regard it as something we cannot touch and change. I am saying – the law must serve us. Law which does not serve the nation is lawlessness.¹⁷

This explication received an extended standing ovation from all the government parliamentarians in the Polish *Sejm*, the opposition having left in protest. A few months later, when both the (as yet un-“reformed”) Constitutional Tribunal and the Supreme Court sought to resist a raft of unconstitutional measures taken against them by his government, the actual ruler of Poland, Jarosław Kaczyński, himself a doctor of laws, is reported to have said without any apparent trace of irony, “We are going to settle this matter ... We will not permit anarchy in Poland, even if it is promoted by the courts.”¹⁸

¹⁶ Laurent Pech, “The Rule of Law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law,” *Hague J Rule Law* 14 (June 2022): 128.

¹⁷ “Kornel Morawiecki w Sejmie: Nad prawem jest dobro Narodu! ‘Prawo, które nie służy narodowi to bezprawie!’ Reakcja? Owacja na stojąco,” *Wspólnie brońmy Polski i prawdy*, listopada, 26, 2015, <https://wpolityce.pl/polityka/273101-kornel-morawiecki-w-sejmie-nad-prawem-jest-dobro-narodu-prawo-ktore-nie-sluzyl-narodowi-to-bezprawie-reakcja-owacja-na-stojaco-wideo>.

¹⁸ “Kaczyński Announces Aim to Change Polish Constitution,” *Radio Poland*, May, 2, 2016, <http://archiwum.thenews.pl/1/9/Artykul/251137,Kaczynski-announces-aim-to-change-Polish-constitution>.

However, Kaczyński did not claim that real, authentic rule of law was a bad thing. Like so many modern populists once they gain power,¹⁹ he claims to be delivering the real deal. And like them, though he cheats often, his government pretends to be reforming the existing legal order to restore the rule of law. Often indeed they employ a legalistic hyper-scrupulous legalism to undermine the rule of law itself, but in its name. As one Polish writer has observed:

Everything [in Poland, with regard to the judiciary] seems to happen on the basis of some legal provision or other, and in case any are missing PiS will enact something overnight, in a trice. And yet we sense that in fact it is happening by force, contrary to the constitution and to the spirit of the laws, to the principles accepted by civilized people.²⁰

These regimes typically deny that they have any intention of ignoring law or undermining the rule of law properly understood. Rather, the line is that they respect it in their own *echt* (though German words are suspect) national sovereign ways, not on the basis of alien pan-European dictates. Even if they concede that the rule of law is a European value that new member states of the EU signed up to respect, they insist that how they manifest that respect is their own business, to be handled in their own ways, according to their own traditions, values, institutional arrangements and practices. Criteria for adequate manifestation of such respect must come from inside not out. As Orbán recently insisted, while claiming to respect Hungarian rule of law, the EU “rule of law” procedure ... is a serious nail in the coffin of the EU that should be pulled out as soon as possible!”²¹

Thompson was not a philosopher. His arguments do not march in cumulative succession, one building upon and strengthening the other. He moves back and forth between a number of themes, in a fashion more literary than logical, rhetorical than rigorous. And yet I have found myself drawn back to these eleven pages time and again. They figured in many courses I have taught over decades, and in several articles I have written.²² I think they can help throw some light on current controversies. In any event, I propose to enlist them in that effort. In particular, I will seek to draw out some implications of his claim that the notion of the rule of law is “a cultural achievement of universal significance.” I will not here explore his allied claim that it is an “unqualified human good.” Though I have sympathies with the sentiment, I know few unqualified goods. A cultural achievement of universal significance is quite enough for me.

¹⁹ Martin Krygier, Adam Czarnota, and Wojciech Sadurski, eds., *Anti-Constitutional Populism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2022).

²⁰ Łukasz Bojarski, “Bez żadnego trybu,” *Dziennik Gazeta Prawna*, 22, May, 15, 2018, <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1123347,brak-podstaw-prawnych-do-dzialania-organow-w-polsce.html>.

²¹ Balázs Orbán, “The ‘rule of law’ procedure is in fact disintegrating the whole European Union,” X, January, 7, 2023, https://twitter.com/BalazsOrban_HU/status/1611671705101176833.

²² Some of which, until I looked, I forgot having written. There might be more. See, eg. Martin Krygier, “Rządy prawa: kulturowe osiągnięcie o znaczeniu uniwersalnym,” *Res Publica*, IV no. 12 (1990); Krygier, “False Dichotomies,” “The Rule of Law between England and Sudan: Hay, Thompson, and Massoud,” *Law & Social Inquiry* 41, no. 2 (Spring 2016).

I do not claim that Thompson would endorse everything I say, or even my interpretations of everything he says, and in fact I don't agree with everything he says. However, I think he is a deeply perceptive and powerful source of inspiration. Certainly, he has inspired me. In what follows I will try to identify some elements of his brief discussion of the rule of law that deserve consideration, emulation and development, if also some amendment. What follows are my views, but they are developed from consideration of what I take to be valuable in his.

I. THE RULE OF LAW

However much they differ in their answers, when lawyers and indeed most people talk about rule of law, they typically start with some definition, specification, model, or checklist of particular legal institutions, or legal principles, or formal (and sometimes substantive) elements of legal rules.

Thompson by contrast starts elsewhere, with a valued *accomplishment*. Indeed, far from identifying the rule of law, as he found it in eighteenth century England, with any particular checklist, recipe book, or template of legal and institutional hardware, he expressed disdain for many of the particular institutions he was discussing. The Black Act itself was "a bad law, drawn by bad legislators, and enlarged by the interpretations of bad judges."²³ On his interpretation, it was spawned by an ascendant and obnoxious ruling Whig oligarchy "which created new laws and bent old forms in order to legitimize its own property and status,"²⁴ "inventing callous and oppressive laws to serve its own interests."²⁵ More generally:

The law when considered as institution (the courts, with their class theatre and class procedures) or as personnel (the judges, the lawyers, the Justices of the Peace) may very easily be assimilated to those of the ruling class.²⁶

Thompson did not identify the rule of law with any of these laws and institutions. Instead, he began with ends rather than means, by stressing the "obvious point" that "there is a difference between arbitrary power and the rule of law." On this account, then, the rule of law is what in another context the sociologist Gianfranco Poggi called an "insofar as reality."²⁷ It exists insofar as "the imposing of effective inhibitions upon power and the defense of the citizen from power's all-intrusive claims" is achieved. It is such an *achievement*, not any particular array of legal bits and pieces that might (or might not) achieve it, which he characterised as the rule of law. His approach, in other words, is what I have elsewhere called *teleological*, starting with the point of the enterprise, rather than *anatomical*,

²³ *Ibid.*, 267.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*, 265.

²⁶ Thompson, *Whigs and Hunters*, 260.

²⁷ Poggi coined the phrase to describe Durkheim's conception of society as not just a random collection of individuals but something that exists insofar as these individuals share "manières d'agir et de penser." See Gianfranco Poggi, *Durkheim* (New York: Oxford University Press, 2000), 85.

stipulating elements taken to form some legal configuration to be anointed with the title, rule of law.²⁸

His is a good way to start. The rule of law is not self-justifying, nor is it like a painting or piece of music, to be valued for the intrinsic aesthetic or technical fineness of its composition. Rather, the rule of law is an answer to a question, a solution to a problem. Purported solutions need to be matched to real problems in real circumstances, not the other way around. Given the variety of histories, traditions, institutions, beliefs and practices we inherit, and circumstances we encounter, what in particular it takes to solve such problems will vary.

Questions precede answers to them. Only *after* we come to a view on what the problem is, why we don't want it, and then what a solution might do to help solve it, does it make sense to ask where specifically to look, for what, and what we might find, to do that, in the particular circumstances that do confront us, and others that might.

What, then, is the rule of law problem? Thompson argued, as multitudes over millennia have²⁹ and so do I, that the central problem which we want the rule of law to deal with is arbitrary exercise of significant power. Arbitrariness is not the only thing we don't want yoked to power, but it is significant, and countless thinkers have taken its reduction to be the particular task of the rule of law. Other problems, other solutions. For arbitrary power is obnoxious. Opportunities to exercise it should be minimised. Easy to say; hard to do. One resource, commended over millennia, has been the rule of law. Terms vary, but the idea is exceedingly old.³⁰

Unfortunately, the rule of law is not a natural state of affairs. Nor is it simple to contrive, particularly when, as so often, unruly power comes to be concentrated in the big grasping hands of small numbers. Often despotism is simpler,³¹ unruliness easier still,³² the latter often leads to the former,³³ and the two frequently co-exist.³⁴

Arranging power, so that it is not available for arbitrary exercise, is not one task, nor is it simple. It is not one, since the particular sources of arbitrary power, the circumstances in which

²⁸ For the distinction, see Martin Krygier, "The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology," in *Relocating the Rule of Law*, eds. Gianluigi Palombella and Neil Walker (Oxford: Hart, 2008).

²⁹ See John Philip Reid, "In Legitimate Stirps: The Concept of 'Arbitrary,' the Supremacy of Parliament, and the Coming of the American Revolution," *Hofstra Law Review* 5, no. 3 (1977).

³⁰ See David M. Beatty, *Faith, Force and Reason. An Armchair History of the Rule of Law* (University of Toronto Press, 2022); Fernanda Pirie, *The Rule of Laws. A 4,000-Year Quest to Order the World* (Profile Books, 2022); Gerald Postema, *Law's Rule* (Oxford University Press, 2023), chapter 1; John Phillip Reid, *Rule of Law: The Jurisprudence of Liberty in the Seventeenth and Eighteenth Centuries* (DeKalb: Northern Illinois University Press, 2004); Julian Sempill, "Ruler's Sword, Citizen's Shield: The Rule of Law & the Constitution of Power," *Journal of Law and Politics*, 31 (2017).

³¹ See Montesquieu, *The Spirit of the Laws* (Cambridge University Press, 1989), 63.

³² See Thomas Hobbes, *Leviathan*, Introduction by J. C. A. Gaskin (Oxford University Press, 2023), chapter 13.

³³ See John Locke, *The Second Treatise on Government*, ed. C. B. Macpherson (Hackett Publishing, 1980), chapter XI; Philippe Nonet and Philip Selznick, *Law and Society in Transition. Toward Responsive Law*, (Routledge, 1978), 36–37; 39; 44.

³⁴ See Daron Acemoglu and James A. Robinson, *The Narrow Corridor. How Nations Struggle for Liberty*, (Penguin Books, 2020), 341 – on "paper Leviathans."

it is amassed and wielded, the technologies – including institutional technologies – apt for any particular incarnation will vary. It is not simple, because reducing the possibilities of arbitrariness in the exercise of power takes a lot of power, and not everyone has it or can arrange and deploy it to good effect. It requires resources, institutions, social and political supporting structures, norms and habits, effective technologies, incentives for good acts and protections against bad ones; and typically time and good fortune. Historically these have come together rarely.³⁵ So, world-and-history-wide, a sturdy regime of power not given to arbitrary eruptions and interruptions has always been exceptional. Where realised in reasonable measure, something significant has been achieved, arguably against the grain of human affairs.

II. A CULTURAL ACHIEVEMENT

What *kind* of achievement is that? Typically and unsurprisingly, the rule of law is thought of as a *legal* achievement, to be accomplished by well-ordered legal arrangements. After all, it's the rule of *law* we are talking about. But as we have seen, though he too thinks law is crucial for the achievement, Thompson several times calls it something else, a *cultural* achievement. What could that mean? He gives some clues.

We have already seen that he did not start from particular legal institutions but from a valued state of affairs, and though he stressed that it was a legal accomplishment he did not attribute it to any particular legal institutional arrangements. More was involved. Thus, when he acknowledged that the specific institutions of eighteenth century English law could easily and rightly be seen as instruments of a ruling class, he went on: "But all that is entailed in "the law" is not subsumed in these institutions."³⁶ So what else was there?

He sets some store by the "forms of law." They are important in themselves, he thinks, for "It is inherent in the especial character of law, as a body of rules and procedures, that it shall apply logical criteria with reference to standards of universality and equity."³⁷ Already there is some cultural element here, since these criteria must be learnt, thought about and applied. But who would take them seriously and why, particularly if they might thwart powerful interests?

Well, those involved in the administration of the law, what has been called the "legal complex,"³⁸ might be acculturated to do so. According to Thompson, "[i]n the case of an ancient historical formation like the law, a discipline which requires years of exacting study to master, there will always be some men who actively believe in their own procedures and in the logic of justice. The law may be rhetoric, but it need not be empty rhetoric. Blackstone's *Commentaries* represent an intellectual exercise far more rigorous than could have come from an apologist's pen."³⁹ As Karpik, Halliday and their collaborators, and Polish judges and lawyers in recent years, have

³⁵ See Heinrich Popitz, *Phenomena of Power. Authority, Domination, and Violence* (New York: Columbia University Press, 2017), 41–42.

³⁶ Thompson, *Whigs and Hunters*, 260.

³⁷ *Ibid.*, 262.

³⁸ See Lucien Karpik and Terry Halliday, "The Legal Complex," *Annual Review of Law and Social Science* 7 (2011).

³⁹ Thompson, *Whigs and Hunters*, 263.

shown, there is considerable evidence for this claim, particularly in relation to civil and political rights (and protection of legal forms). Still, to adapt Stalin, how many divisions do lawyers have?⁴⁰ Not enough, on their own.

But they are not always on their own. In England, Thompson insists, law was not merely a bunch of thunderbolts thrown by Whig oligarchs from on high, but was deeply embedded in everyday ways of life themselves, “often a definition of actual agrarian *practice*, as it had been pursued “time out of mind” ... deeply imbricated within the very basis of productive relations which would have been inoperable without this law.”⁴¹ Law was not merely a matter of commands which one needed to know how to obey or avoid, but rather sources of felt entitlement and, when thwarted, grievance. For the law did not inhabit a vacuum. At least in eighteenth century England, “this law, as definition or as rules (imperfectly enforceable through institutional legal forms), was endorsed by norms, tenaciously transmitted throughout the community.”⁴²

This is a key observation. Even if Hobbes was right that “covenants, without the sword, are but words and of no strength to secure a man at all,”⁴³ swords are not enough for the rule of law. Particularly since those with most power typically have the sharpest swords. But in some cultures, cultural frames and content – traditions, norms, and other sources of social imaginaries – exercise (often invisible) framing, channelling, limiting, constituting influence over ways of thinking, acting, feeling, imagining. These are the sorts of cultural achievements that Thompson described. On the one hand, much of the past remains present even though unbidden and unnoticed (*especially* where unnoticed) but just there, as the result of age-old accretion, becoming “second nature.” On the other, the present-past continually changes, partly because much that was past is forgotten or rejected, but also often as a result of deliberate additions, the acceptability of which in turn is to varying extents aided and limited by what stays around of what has gone before. Neither past nor present is fully sovereign.⁴⁴

These various cultural strands – lawyers’ consciousness, popular normative assumptions and understood practices – vary in strength and pervasiveness between and within societies and over time. In some societies, few have what H. L. A. Hart called an “internal” attitude to law, that treats it as “as a general standard to be followed by the group as a whole.”⁴⁵ It is widely regarded something to be exploited or avoided, used or abused. “Informal practices” not only exist, as they

⁴⁰ See Pascal Tréguer, “History of the Phrase ‘How Many Divisions Has the Pope?’,” *World Histories*, accessed January 6, 2023, <https://wordhistories.net/2019/08/23/how-many-divisions-pope/>.

⁴¹ Thompson, *Whigs and Hunters*, 261.

⁴² *Ibid.*, 261.

⁴³ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Introduction by J. C. A. Gaskin, (Oxford University Press, 2023), chapter 17.

⁴⁴ See Martin Krygier, “Law as Tradition,” *Law and Philosophy* 5 (1986); “The Traditionality of Statutes,” *Ratio Juris* 1, no. 1 (1988); “Tradition,” *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, (1988); “Thinking Like a Lawyer,” in *Ethical Dimensions of Legal Theory*, ed. Wojciech Sadurski (Leiden, The Netherlands: Brill, 1991); “Too Much Information,” in *A Cosmopolitan Jurisprudence: Essays in Memory of H. Patrick Glenn*, ed. Helge Dedek (ASCL Studies in Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2021).

⁴⁵ See H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press, 1961), 55.

do everywhere, but often contradict or ignore or supplement or replace law.⁴⁶ But where such strands are intertwined and in sync with each other, culture matters.

This remains true, even where law works, as it so often does, to serve those with more power than those with less. Marxists were familiar with the idea that law supports ruling classes not simply as their sharp or blunt sword but – full of handsome and self-justifying words as it typically is – as legitimating *ideology*. Thompson accepts, indeed emphasises these ideological components, but gives them a twist. For he insists that as ideology, law is two-edged. To be effective in legitimating power an ideology must be plausible, both to those subject to it and even to those who benefit from it. As for the former,

it is not often the case that a ruling ideology can be dismissed as a mere hypocrisy; even rulers find a need to legitimize their power, to moralize their functions, to feel themselves to be useful and just. In the case of an ancient historical formation like the law, a discipline which requires years of exacting study to master, there will always be some men who actively believe in their own procedures and in the logic of justice. The law may be rhetoric, but it need not be empty rhetoric.⁴⁷

And though those in power used the law for their purposes, this is not the same thing as to say that the rulers had need of law, in order to oppress the ruled, while those who were ruled had need of none. What was often at issue was not property, supported by law, against no-property; it was alternative definitions of property-rights ... For as long as it remained possible, the ruled – if they could find a purse and a lawyer – would actually fight for their rights by means of law; occasionally the copyholders, resting upon the precedents of sixteenth-century law, could actually win a case. When it ceased to be possible to continue the fight at law, men still felt a sense of legal wrong: the propertied had obtained their power by illegitimate means.⁴⁸

And so, even though it was not false to identify law as “ideology” and “rhetoric,” those very characteristics made it possible for law occasionally to trouble the powerful and enable the powerless.

At least in eighteenth century England, Thompson insists, though the law was full of ruling class rhetoric, “so far from the ruled shrugging off this rhetoric as a hypocrisy, some part of it at least was taken over as part of the rhetoric of the plebeian crowd, of the “free-born Englishman” with his inviolable privacy, his *habeas corpus*, his equality before the law.”⁴⁹ Thompson was aware that English public culture in the eighteenth century was particularly law-suffused, in comparison with earlier ages (where, for example, religion was more important) and with other societies where laws might have little cultural resonance.⁵⁰ So while some passages do sound as though

⁴⁶ See e.g., Alena Ledeneva, *Russia's Economy of Favours* (Cambridge University Press, 1998); Alena Ledeneva, *How Russia Really Works. The Informal Practices that Shaped Post-Soviet Politics and Business* (Cornell University Press, 2006).

⁴⁷ Thompson, *Whigs and Hunters*, 264.

⁴⁸ *Ibid.*, 261.

⁴⁹ *Ibid.*, 264.

⁵⁰ *Ibid.*, 262–64.

these cultural supports for the rule of law inhere in law simply because it is law, he also concedes that he does “not know what transcultural validity these reflections may have.”⁵¹

This is an important concession, even though he does not put enough weight on it, and some of his reflections seem more general than they should. But acknowledgment of variation is suggested by his talk of *cultural* achievement. There are, we know, times and places where the notion that power should be tempered by law is weak or non-existent, and/or other ideologies than law prevail, and/or legal ideologies are purely instrumental and betray no sense that law might be, should be, binding on those who make it and benefit from it. And, as we have seen, cultural assumptions and practices are of many sorts. All these things vary, and in many circumstances the rule of law is hard to achieve, even to conceive. Certainly, given what is pitted against the achievement, one cannot rely on it happening naturally, nor can one rely on law alone, nor can one always rely on culture to support the law, still less the rule of law. There is, then, no necessity that the rule of law will be supported by culture in such ways. In principle, it is as possible that the law will be undercut by inconsistent norms, or overwhelmed by more powerful ones. But it is also possible that law and cultural norms reinforce each other, and where that is the case, something significant is happening.

And here I think we need to attend to one word in Thompson’s discussions, which I believe has gone unnoticed. At least, after over 40 years of reading and teaching these 12 pages, and writing about them, I have only noticed it now. Typically, the conclusion to *Whigs and Hunters* is taken to be a full-throated praise of the rule of law *itself*, and of course it is that. However, when he writes of the rule of law as a cultural achievement, he several times focuses not on the actual achievement of the rule of law itself, but on what he calls the *notion* of it. Thus, he remarks, “Turn where you will, the rhetoric of eighteenth-century England is saturated with *the notion of law*.”⁵² Again, it is “*the notion* of the regulation and reconciliation of conflicts through the rule of law – and the elaboration of rules and procedures which, on occasion, made some approximate approach towards the ideal – [that] seems to me a cultural achievement of universal significance.” When we see his despised Whigs manipulating the law, “we feel contempt for men whose practice belied the resounding rhetoric of the age. But we feel contempt not because we are contemptuous of *the notion* of a just and equitable law but because this notion has been betrayed by its own professors.”⁵³ And finally, while Thompson is usually remembered for saying that “the rule of law” is a universal good, he also says that it is “*the notion* of the rule of law [that] is itself an unqualified good.”

Arguably, the notion of the rule of law is as important as the thing itself, or at least a necessary element of it. In many societies and cultures, those whose power matters most, and to whom power matters most, simply cannot *imagine* that theirs should or could be tempered.⁵⁴ It has, for

⁵¹ *Ibid.*, 263.

⁵² Thompson, *Whigs and Hunters*, 263. In all these references to “notion,” the italics are mine.

⁵³ *Ibid.*, 268.

⁵⁴ “For my friends everything. For my enemies the law,” attributed to Oscar R. Benavides, President of Peru 1933–1939. And see Richard Pipes, *Russia under the Old Regime* (Penguin, 1974); Pirie, *The Rule of Laws*, 2022, chapter 3 (on Imperial China).

example, been argued by scholars that for most of their history neither China⁵⁵ nor Russia⁵⁶ knew the notion that law might temper rulers' power, still less that it should. When known it was rejected, at least by those with power. In many cultures, the role of law is to help rulers impose "order" or "tranquillity."⁵⁷ None of this is past history.

Consider this telling epitome of the long-lived Russian legal tradition: "Count Benckendorff, the chief of police under Nicholas I, once said: "Laws are written for subordinates, not for the authorities." As a logical consequence, laws did not need to be made public in order to go into effect. Those who broke the law would find out anyway."⁵⁸ Clearly when Benckendorff spoke of laws being written for subordinates, he did not mean "for their sakes," or "for their protection, guidance and use." The Russian tradition is particularly striking in its starkly top-down, instrumental view of law, but it is far from unique. More rare, indeed, are political and legal cultures where laws, or a substantial proportion of them, *are* supposed to be written for the protection, guidance and use of citizens, where this is widely expected to be the case and thought properly to be so, to varying extents by both rulers and ruled. To the extent that such "notions" are alive in a society, the rule of law gains often invisible but significant cultural support.

The early history of my own country, Australia – from penal colony to a free society (for white settlers) in the space of some 50 years – cannot be understood without recognising that it was not just convicts who were transported to the other end of the world, but particular ideas and ideals about the legal rights of "native born Englishmen" that they (and their rulers) carried "as part of their cultural baggage."⁵⁹ Central to that baggage was belief in the rule of law, that it should be respected by their rulers and that it could and should form the basis of constraint on and challenge to these rulers. "A cluster of ideas known as the rule of law provided the major institutions, arguments, vocabulary and symbols with which the convicts forged the transformation."⁶⁰ Convicts fought battles for status and recognition in terms of their entitlements under the law, believed that the rule of law should apply to them, insisted that the authorities should respect it, demanded rights that they believed flowed from it. A great deal flowed from these beliefs. Convicts were rather liberally granted legal rights; and they made use of them, often to good effect. When they won, it was because their opponents' hands were tied. They too, after all, had the same baggage in their heads. And even where they didn't, the courts often did,

⁵⁵ Pirie, *The Rule of Laws*, 2022.

⁵⁶ Pipes, *Russia under the Old*, 1974.

⁵⁷ See Nick Cheesman, *Opposing the Rule of Law. How Myanmar's Courts make Law and Order* (Cambridge University Press, 2015); Nick Cheesman, "Law and Order as Asymmetrical Opposite to the Rule of Law," *Hague Journal on the Rule of Law* 6 (2014); Donald C. Clarke, "Order and Law in China," *GWU Legal Studies Research Paper*, *GW Law School Public Law and Legal Theory Paper* 52 (August 2020); Moritz Rudolf, "Xi Jinping Thought on the Rule of Law," *Stiftung Wissenschaft und Politik Comment* 28 (April 2021).

⁵⁸ Stefan Hedlund, "Can Property Rights Be Protected By Law?" *East European Constitutional Review* 10, no. 1 (Winter 2001), 50.

⁵⁹ David Neal, *Rule of Law in a Penal Colony* (Cambridge University Press, 1991), xi. Neal's argument was heavily influenced by *Whigs and Hunters*, and mine in turn by Neal's.

⁶⁰ *Ibid.*, 62.

insisting on their independence under British law, and the subordination of the apparently (and in many ways really) autocratic governors to that same law.

It didn't have to be like this. What if the convicts and their Governors had come from Russia? There would have been fewer tricky arguments making their way through the courts, about the legal rights of free-born Russians. Indeed the penal colony would likely not have had – from the very beginning – courts in which convicts could sue their masters, and oftentimes win, and this for two reasons: courts would not have been provided, and had they been few people would have thought to use them. There would have been no fuss about trial by jury, still less about who had a right to serve on juries. Nor would the Governors have constantly had to battle against prickly judges, conscious of their independence and attached to their traditions, or free settlers against far-too-smart ex-convict (“emancipist”) lawyers, who were often able to best them in court.

Of course, not everyone benefited equally from that law. The tragedy of Australia's Aborigines, about which I have written elsewhere,⁶¹ had many sources and was indeed overdetermined, but it was without doubt the harshest example of the “human blindness” that was also part of the cultural baggage that English colonists brought with them. Far from undermining Thompson's argument, however, this poignantly confirms its two-pronged point: the rule of law is a cultural achievement, not a matter simply of legal rules and institutions (which theoretically were for some time the same for Aborigines and whites). In England itself, the haves came (and commonly still come) out ahead, and the notion of the rule of law was unevenly achieved. In relation to Australian Aborigines, the cultural ground for that notion was dramatically infertile, both among Aborigines, who knew nothing of it and settlers who typically cultivated it only for their own benefit.

The differences in availability of the rule of law to convicts and Aborigines derived both from a complete absence of cultural common ground between indigenous and settler Australians, as well as from a deep split in the moral imagination of the dominant early Australian law-makers, enforcers, and, more generally, of settlers. In early contact with Aboriginal society the baggage that convicts shared with their rulers and benefited from, was simply not extended or made available to Aborigines, even where the will to make it so was. And commonly it was not. That did not in the first instance depend upon the law but underlay it and conditioned the ways it worked in the world. This then made its way – often, one imagines, unconsciously, as part of obvious taken-for-granted views of the world – to be reflected in the practices, character, forms and obligations embodied in the institutions of law, and in the entitlements, or lack of them, of its subjects. Better, its subjects and objects. Among the former, the “notion” of the

⁶¹ Martin Krygier, “Letter from Australia. Neighbours: Poles Jews, and the Aboriginal Question,” *East Central Europe/L'Europe du Centre Est. Eine wissenschaftliche Zeitschrift* 29, no. 1–2 (2002); Krygier, “False Dichotomies”; Martin Krygier, “The Grammar of Colonial Legality: Subjects, Objects, and the Australian Rule of Law,” in *Australia Reshaped. 200 Years of Institutional Transformation*, eds. Geoffrey Brennan and Francis G. Castles (Cambridge: Cambridge University Press, 2002); Martin Krygier & Robert van Krieken, “The Character of the Nation,” in *Whitewash. On Keith Windschuttle's Fabrication of Aboriginal History*, ed. Robert Manne (Melbourne: Black Inc. Books, Melbourne, 2003).

rule of law was remarkably strong. Between the former and the latter, it often had no standing at all. The notion of the rule of law occasionally had some purchase, but commonly not. It took a long time for that to change, in many respects it has yet to be fully achieved, although the constituency for "the notion" – both among Aborigines and the (now multicultural) majority – has expanded considerably.

Of course, a notion is not enough. Even where it exists, it is typically only partially, fitfully, unevenly realised. Nevertheless, the rule of law will never be established or sustained by law alone. Though law can offer distinctive resources of focus, experience, authority and enforcement,⁶² its effects are always mediated and often thwarted by complex interactions with cultural – and not just cultural but also political, social, and economic – forces. The cultural aspects are often the hardest to spot and to talk intelligently about. And yet they are key.

III. UNIVERSAL SIGNIFICANCE

What could it mean to say that the notion of the rule of law has universal significance? It follows from what I have already said that we should be chary of assuming that any particular arrangement of legal institutions has this significance, given the variety of social, political, legal and cultural configurations and contexts. That should have been understood as a matter of social theoretical principle, and surely we might have learnt from the prevalence in the practice in international "rule of law promotion" of the now notorious problems of "isomorphic mimicry ... adopting the camouflage of *organizational* forms that are successful elsewhere to hide their actual dysfunction,"⁶³ where institutions and rules are shipped or copied but the outcomes expected do not eventuate. Does one then have the rule of law because the institutions appear to be in place, or lack it because nothing works as it should? I believe Thompson would instantly have opted for the latter alternative, and I with him.

Instead, he finds universal significance in "the obvious point ... that there is a difference between arbitrary power and the rule of law." I agree. However, in endorsing his point, I would reframe it in one respect and reword it in another. Like most who have written about the rule of law, Thompson describes its aim primarily in terms of what it rules *out* rather than what it facilitates, what it constrains rather than what it makes room for. Above all, he praises it for "the imposing of effective *inhibitions* upon power and the defence of the citizen from power's all-intrusive claims."

And yet he has another way of writing, as when he stresses its role as "definition of actual agrarian *practice*, as it has been pursued "time out of mind,"⁶⁴ which set out rights and entitlements as well as limitations and prohibitions. Indeed, the same laws could serve to do both. Thus, after acknowledging throughout the book that the Black Act was made and used by rulers as standard Marxism 101 would predict, he goes on to say:

⁶² See Postema, *Law's Rule*; Stephen J. Toope, *A Rule of Law for Our New Age of Anxiety* (Cambridge University Press, forthcoming).

⁶³ Lant Pritchett, Michael Woolcock, and Matt Andrews, "Capability traps? The mechanisms of persistent implementation failure," *Center for Global Development. Working Paper* 234 (2010).

⁶⁴ Thompson, *Whigs and Hunters*, 261.

But this is not the same thing as to say that the rulers had need of law, in order to oppress the ruled, while those who were ruled had need of none. What was often at issue was not property, supported by law, against no-property; it was alternative definitions of property rights ... For as long as it remained possible, the ruled – if they could find a purse and a lawyer – would actually fight for their rights by means of law; occasionally ... could actually win a case. When it ceased to be possible to continue the fight at law, men still felt a sense of legal wrong: the propertied had obtained their power by illegitimate means.⁶⁵

This suggests what is often missed in conventional accounts of the rule of law purely as aimed to “limit” or “inhibit” governing power. For limitation is not all we want, and at times, it is *not* what we want. As well as wishing to block bad ways of exercising power, we want to *augment* the ability of power-holders to exercise power in non-arbitrary ways. We need to generate means of channelling and *strengthening* certain ways of exercising power, indeed *creating, constituting* forms of power that otherwise would not exist, to achieve positive effects otherwise unavailable,⁶⁶ as much as we do to limit arbitrariness.

Power is unavoidable in human society, and often indispensable for things we value, so getting rid of it is not an option. Moreover, some sorts are better than others, and need to be facilitated. Like most skills – speaking, writing, swimming ... – power needs to be *disciplined*. This does not make it weaker but stronger and more fit for purpose. The notion of the rule of law should therefore not be understood purely as a negative instrument⁶⁷ for limiting⁶⁸ power, for it should be as much a positive means of channelling and *strengthening* certain ways of exercising power, to achieve positive effects otherwise unavailable. At the same time, and often with the same means, possibilities of malignant uses of power must be strengthened, while benign ones are enabled and facilitated.⁶⁹ The rule of law on this understanding is not power’s enemy, but its potentially ennobling friend.

So, rather than focus on limitation of power I recall and would recommend to Thompson an old and evocative notion strong in rule of law discussions, in many languages, over millennia: power should be *tempered*. Traditionally, as first a personal “cardinal virtue,” classical uses of the

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ See Michael Mann, “The Autonomous Power of the State: Its Origins, Mechanisms and Resources,” in *States, War, and Capitalism: Studies in Political Sociology* (Oxford; New York: Blackwell, 1988), 32. See also his *Sources of Social Power* (Cambridge University Press, 1986), vol. 1, 477.

⁶⁷ See Joseph Raz, “The Law’s Own Virtue,” *Oxford Journal of Legal Studies* 39, no. 1 (Spring 2019): “the rule of law is essentially a negative value.”

⁶⁸ See F. A. Hayek, *Law, Legislation, and Liberty*, vol. 3, (Chicago: University of Chicago Press, 1979), 128. See too Judith N. Shklar, “Political Theory and the Rule of Law,” in *Political Thought. Political Thinkers*, ed. Stanley Hoffmann (Chicago, University of Chicago Press, 1998), 21–37.

⁶⁹ See Stephen Holmes, “What Russia Teaches Us Now. How Weak States Threaten Freedom,” *The American Prospect* (July/August 1997); and his *Passions and Constraint* (Chicago, University of Chicago Press, 1995). See also Daron Acemoglu and James A. Robinson, *The Narrow Corridor. How Nations Struggle for Liberty* (UK: Penguin, 2020) and Jeremy Waldron, “Constitutionalism: A Skeptical View,” *NYU School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, no. 10–87 (December 2010). From another angle, Hilton L. Root, *Political Foundations of Markets in Old Regime France and England* (University of California Press, 1994).

term (and its direct Greek predecessor, *sôphrosynê*) emphasised self-restraint, flexibility, blending, balancing, and thoughtfulness in the exercise of power.⁷⁰ Similar virtues were later attributed, after the Greek was translated by Cicero as *temperantia*, to institutional tempering of power. A third, metallurgical, use of the term refers to judicious blending of materials, to render the resulting product tougher, stronger, less fragile, and better fit for important purposes than its individual components.⁷¹ This sort of tempering, say of steel or glass, renders power stronger than untempered power for many (good) purposes, while also less apt for bad ones.⁷² The fact that in some languages,⁷³ finally, to temper is to sharpen also serves my purposes. Only metaphor, but it helps one think. Thus armed, I join, and only slightly adapt, Thompson to say that well-tempered power is an achievement of universal significance. I doubt that he would object.

This is not an anthropological claim, that either the notion or the achievement of the rule of law is universal, in the sense either that everyone everywhere supports it or has it. We know that is not true. Nor even that it is readily universalisable, made available to everyone everywhere. It is an *achievement*, after all.

Instead, it is a normative claim. Arbitrary power is never – or if not never then so rarely as to be in need of explanation and strenuous justification – a good thing. More precisely, there is a huge presumption against it. Anyone seeking to justify it carries a huge burden, extremely hard to discharge. By contrast, the *notion* that power should be reliably tempered, still more actual approaches to realising that notion, are achievements universally worth striving for.

Elsewhere, I have sought to distil from rule of law writings four sources or kinds of arbitrary power – for short: uncontrolled,⁷⁴ unpredictable,⁷⁵ unrespectful,⁷⁶ ungrounded⁷⁷ power. Each

⁷⁰ See Helen North, *Sophrosyne: Self-Knowledge and Self-Restraint in Greek Literature* (Cornell University Press, 1966); Helen North, "Temperance (*Sôphrosynê*) and the canon of the cardinal virtues," in *Dictionary of the History of Ideas*, vol. 4 (New York: Charles Scribner's Sons, 1973); Helen North, "A Period of Opposition to *Sôphrosynê* in Greek Thought," *Transactions and Proceedings of the American Philological Association* 78 (1947).

⁷¹ See John Braithwaite, "Hybrid politics for justice: The Silk Road for restorative justice Part II," *Restorative Justice* 5 (2017), 25; John Braithwaite, "Tempered Power, Variegated Capitalism, Law and Society," *Buffalo Law Review* 67 (2019); Martin Krygier, "Tempering Power," in *Constitutionalism and the Rule of Law. Bridging idealism and realism*, eds. Maurice Adams, Ernst Hirsch Ballin, Anne Meuwese (Cambridge University Press, 2017); Postema, *Law's Rule*.

⁷² See Mann, *States, War*, 32. See also his *Sources of Social Power*, and Holmes, *Passions and Constraint*; Stephen Holmes, "In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror," *California Law Review* 97 no. 2 (April 2009).

⁷³ The Polish word for pencil sharpener is *temperówka*. See Jacek Żakowski, "Jak temperować władzę," in *Wirus*, ed. Jacek Żakowski (Sic, 2020).

⁷⁴ See Philip Pettit, *Republicanism* (Cambridge University Press, 1997), 55; Locke, *The Second Treatise*, chapter XI, 137.

⁷⁵ Lon Fuller, *The Morality of Law* (Yale University Press, 1969), chapter 2; Joseph Raz, "The Rule of Law and its Virtue," in *The Authority of the Law* (Oxford, Clarendon Press, 1979).

⁷⁶ Jeremy Waldron, "The Rule of Law and the Importance of Procedure," in *Getting to the Rule of Law*, ed. James Fleming (New York: New York University Press, 2011).

⁷⁷ Montesquieu, *The Spirit*, 189; Joseph Raz, "The Law's Own," 5.

is obnoxious, together they are toxic. For they threaten human dignity,⁷⁸ equality,⁷⁹ liberty,⁸⁰ lead to domination⁸¹ and fear,⁸² imperil trust and social co-ordination,⁸³ and generate solipsistic short-sightedness and stupidity among the powerful, who foolishly fancy they benefit from them.⁸⁴ More can be said about each of these sources and each of these vices. Since they are likely to flow from the availability of arbitrary power in most circumstances of which I can conceive I am happy to stand on the “very narrow ledge”⁸⁵ that Thompson imagined he had placed himself, and to say that the notion, and then the reality, of organising ways to avoid them by tempering power, are “cultural achievement[s] of universal significance.”

IV. RETURN TO EUROPE

Let us return to where we began, current controversies over the rule of law and European values. What are the implications of the foregoing discussion of a few concluding pages of an old work by a late (though great) historian, for contemporary problems in countries he says not a word about? I detect two.

The first is that the European claim is correct but too modest. The ideal of the rule of law is indeed European, but not just that. It may not be “an unqualified human good” – there are few such things – but it is truly “a cultural achievement of universal significance.” Each word in that phrase, I have sought to demonstrate, deserves emphasis and respect.

However, and this is the second implication, it makes a huge difference what one takes the rule of law to be. What is universal is the notion and realisation of a state of affairs in which power is reliably tempered so as not to be available for arbitrary abuse. It is a mistake to identify it, as so many do, with any allegedly canonical arrangement of forms and institutions and rules that are enlisted or assumed to embody it.

This has some important implications. Where one is fortunate, the *notion* is a cultural achievement, embodied variously in practices, beliefs, norms and imaginations, some very old, and substantially realised. Good inheritances are a bonus, but their lack or weaknesses does not mean that the rule of law is out of one’s grasp, though it is harder. Cultures, and we who inhabit them and are inhabited by them, change, mix, learn, and develop. And people are not just creatures of culture but creators as well. Secular societies were once religious. Since ancient

⁷⁸ See Fuller, *The Morality*, 162–163; Jeremy Waldron, “The Rule of Law.”

⁷⁹ See Paul Gowder, *The Rule of Law in the Real World* (Cambridge University Press, 2016).

⁸⁰ See Charles Larmore, “Liberal and Republican Conceptions of Freedom,” *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 6 (2003). Christian List, “Republican freedom and the rule of law,” *Philosophy, Politics and Economics* 5 (2016).

⁸¹ Pettit, *Republicanism*; Gianluigi Palombella, “The Rule of Law as an Institutional Ideal,” in *Rule of Law and Democracy: Internal and External Issues*, ed. G. Palombella and L. Morlino (Brill, 2010).

⁸² See Judith Shklar, “The Liberalism of Fear” and “Political Theory,” in *Political Thinking* 3–20; 21–37.

⁸³ On the key importance of which in modern societies, see Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, vol. 1 (Indianapolis: Liberty Classics, 1981), 26.

⁸⁴ Holmes, “In Case of Emergency.”

⁸⁵ Thompson, *Whigs and Hunters*, 260.

Greece, there were no democracies until the end of the eighteenth century. That changed. Germans were not Nazis once and most are not Nazis now. Indeed the notion of the rule of law is deeply embedded in contemporary German culture, and the practices are strong also. Gays and Blacks were not always "proud." A lot, if not enough, has changed for them, and a lot has probably changed in their own notions of what they are entitled to. That notions of Gay and Black Pride are prominent today is a recent cultural achievement, arguably of universal significance.

Sometimes we can attribute such changes to tectonic cultural shifts of which we are unaware. Other times they are the results of deliberate action, mobilisation, demand and transformation. We might judge some such changes positively, others negatively. We cannot deny that they occur. However, whatever their sources, and all the more where they cut against strong contrary notions, formal rules and organisations are unlikely easily to make inroads on their own. They need to be nurtured, inculcated, defended, promoted, supported by other cultural, political, and social forces, and they need to be *institutionalised* in the sense proposed by the great American sociologist, Philip Selznick: "*infuse[d] with value* beyond the technical requirements of the task at hand."⁸⁶ Apart from inheritance, as Selznick showed in his many writings on institutional leadership, cultural notions, attachments and loyalties can be encouraged inculcated, be *projects* to be realised, though again that will not be a merely technical affair of laying down rules, and will have to take into account already existing and institutionalised bodies and forces.⁸⁷ It requires more than installation or routine management.

Over time, institutional inheritances and deliberate institutionalising projects can be intertwined and modified, and in the case of law, it is important that they are, if "law in action" is going to have any resemblance to "law in the books." As Selznick observed:

The starting mechanism [of institutionalisation] is often a formal act, such as the adoption of a rule or statute. To be effective, however, the enactment must build upon preexisting resources of regularity and legitimacy and must lead to a new history of consistent conduct and supportive belief. Institutions are established, not by decree alone, but as a result of being bound into the fabric of social life. Even so weighty an enactment as the United States Constitution cannot be understood apart from the legal and political history that preceded it, the interpretive gloss given it by the courts, and the role it has played in American history and consciousness. The formal acts of adoption and ratification were only part of a more complex, more open-ended process of institution-building.⁸⁸

⁸⁶ Selznick, *supra* n. 11, p. 17.

⁸⁷ See Philip Selznick, *TVA and the Grass Roots: A Study in the Sociology of Formal Organization* (Berkeley: University of California Press, 1949); *The Organizational Weapon: A Study of Bolshevik Strategy and Tactics* (New York: McGraw-Hill, 1952); *Leadership in Administration: A Sociological Interpretation* (New York: Harper & Row, 1957). And as applied to the rule of law, see Martin Krygier, "The Challenge of Institutionalisation: Post-Communist 'Transitions,' Populism, and the Rule of Law," *European Constitutional Law Review*, 15 (2019).

⁸⁸ Philip Selznick, *The Moral Commonwealth* (University of California Press, 1992), 232.

That sort of institutionalisation, however, is not easy or inevitable. Such higher-order values might be unknown in a particular order. Alternatively, they might be well known but not institutionalised, because they conflict with, maybe are alien to, the animating ideals or practices of existing institutions which *are* institutionalised, or because significant actors are hostile to them, or because no one gives them any heed, or because they are difficult in particular circumstances to institutionalise, even where there is a will to do so. So while legal rules and arrangements are commonly central to the institutional architecture of states, the extent to which the notion of the rule of law is institutionalised in and around them varies greatly across space and time.

Not much of this was appreciated in the 1990s, by those who sought to “build” the rule of law to post-communist Europe. Instead that enterprise had much less to do with cultural nurture, adaptation, development and patient grafting, than with imitation and insertion. As I have argued elsewhere:

We have much more to say about “international best practice” in institutional *design* than we do about how to generate local institutional *attachment*, and yet without the latter, the former is unlikely to matter much. <... >

Post-communist, democratic, legal, and constitutional transformations were much more given to *emulation, adaptation and installation*, than to *institutionalisation*.⁸⁹

Again, there was something strangely naïve in the pretence of the EU that its acceptance of 10 new members in 2004 and several others later, was based on their showing they had “achieved stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights, respect for and protection of minorities,” by aligning their legal rules and institutions with 80,000 pages of the EU *acquis*. A second’s thought about the complexity of such a cultural achievement shows this to be implausible. But then those both at the centre and the peripheries were desperate to expand the club. Today it seems that, in a parody of Groucho Marx, some seem reluctant to be part of a club that would have them as members.

This might sound like an endorsement of the Hungarian and Polish objections to EU rule of law requirements as culturally insensitive quasi-imperial impositions. After all, am I saying anything else than Victor Orbán recently has, that “cultures are different, constitutional traditions are different, so there is no single European definition and no single European standard. And if you create a case without these, the result will be not “the rule of law” but the “rule of man.”⁹⁰

Well, there is, indeed, one thing in common. Technical legal conformity is not of itself adherence to the rule of law. It is certainly not sufficient, and in any particular legalistic detail it might not be necessary. What *is* necessary, however, is the notion and the reality of the “regulation and reconciliation of conflicts through the rule of law.” And, for all their pretences

⁸⁹ Krygier, “The Challenge of Institutionalisation,” 559.

⁹⁰ Orbán, “The “rule of law.”

and, to use a technical term – cheating,⁹¹ that is precisely what modern authoritarian populists seek to undermine.

Orbán and Kaczyński are well aware of the difference. It plays into their hands to focus on legal technicalities. On the one hand, they can accuse critics of cultural insensitivity, and simply insist to despised Eurocrats that “this is the way we do things here.” On another, they can go shopping to find some country somewhere which has legal provisions like their own. If it’s good enough for Germany, or Liechtenstein, why not for us? And if one does not pay heed to Thompson’s stress on the rule of law as a *cultural* achievement, that question is hard to answer. A committee of government appointees is formed to take over the appointment of judges in Poland and, at the time of writing, this looks likely to be legislated by the new far-Right government in Israel. S.72 of the Australian Constitution requires all federal court judges, including those of its single highest appeal court, to be appointed effectively in the same way. Forms aside, the government appoints the judges. But Australia’s High Court is one of the least politicised in the world, at times to a fault. Poles and Israelis who value the rule of law are right to fear the consequences, but so far Australians have done ok. The difference lies not in provisions but in political and legal culture.

And, if I may be granted a third hand, notwithstanding his protests, rulers like Orbán are actually fond of battling on the terrain of forms, for unlike many earlier authoritarians who explicitly and altogether had little time for law at all, still less the rule of law, recent authoritarian-populist regimes around the world have contrived to undermine the rule of law with the assistance of hallowed legal forms.⁹² It turns out it’s not so hard.

These techniques of legal self-mutilation have metastasised and spawned a variety of neologisms: abusive constitutionalism, stealth authoritarianism, constitutional coups, autocratic legalism, abuse of the constitution, or twisting and turning of the rule of law.⁹³ The forms these pathologies take are interesting and various, and I commend them to those with a taste for dark arts.

⁹¹ See András Sajó, *Ruling by Cheating* (Cambridge University Press, 2022).

⁹² See Gianluigi Palombella, “The Abuse of the Rule of Law,” *Hague Journal on the Rule of Law* 12 (2020).

⁹³ See David Landau, “Abusive Constitutionalism,” *University of California Davis Law Review* 47 (2013); Ozan O. Varol, “Stealth Authoritarianism,” *Iowa Law Review* 100 (2015); Kim Lane Scheppele, “Constitutional Coups in EU Law,” in *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, eds. Maurice Adams, Anne Meuwese and Ernst Hirsch Ballin (Cambridge University Press, 2017); Kim Lane Scheppele, “Autocratic Legalism,” *University of Chicago Law Review* 85 no. 2 (March 2018), 545; Grażyna Skąpska, “Znieważający konstytucjonalizm i konstytucjonalizm znieważony. Refleksja socjologiczna na temat kryzysu liberalno-demokratycznego konstytucjonalizmu w Europie pokomunistycznej,” *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna* 7, no. 1 (2018); Grażyna Skąpska, “The decline of liberal constitutionalism in East Central Europe,” in *The Routledge International Handbook of European Social Transformation* eds. P. Vihalemm, A. Masso & S. Opermann (London: Routledge, 2018); András Sajó & Juho Tuovinen, “The rule of law and legitimacy in emerging illiberal democracies,” *Osteuropa Recht* 64 (2019); Rosalind Dixon and David Landau, *Abusive Constitutional Borrowing. Legal globalization and the subversion of liberal democracy* (Oxford: Oxford University Press, 2021); Regitze Helene Rohlfing & Marlene Wind “Death by a thousand cuts: measuring autocratic legalism in the European Union’s rule of law conundrum,” *Democratization* 30 no. 4 (2022).

Forms of chicanery multiply, whereby one pretends fidelity to formal rules, in order to achieve purposes alien to the underlying (and often unwritten) aims, values, practices and institutions on which the substance of the rule of law was supposed to rest.⁹⁴ Moreover, because those aims and values have no weight with these leaders, they can be constitutional pedants when it serves their ends,⁹⁵ and “constitutionally shameless”⁹⁶ when pedantry does not work for them. Given the often sophisticated legalistic pretences that accompany these subversive practices, conventional partisans of the rule of law have difficulty knowing how to respond. Thus, as Kim Lane Scheppele has observed of Orbán’s mock objection, quoted above: “Here is Viktor Orbán’s approach to the rule of law – making every requirement so detailed that the forest is lost in the trees. He loves checklists because they can always be gamed. But he hates general principles because he violates them all.”⁹⁷

But if we return to Thompson, these gambits are less persuasive. Though particular ways of achieving this result might vary greatly, the rule of law calls for key powers to be checked, balanced, separated (and then connected). Instead, anti-rule of law populists seek to consolidate and concentrate power in their own hands. Where its achievement depends on substantial independence of power-adjudicators from power-wielders, such populists increase their dependence. Where one mediates power and calls for a patient filtering of decisions through institutions, the other seeks to make it all personal, unmediated, and unconstrained: it endorses an instantaneous quasi or pseudo democracy in which a decision by the leader may become law the next day.

Deliberately and insidiously, it is made difficult to tell that anything particularly sinister is happening. Institutions are “deflated rather than demolished by populist authoritarians.”⁹⁸ The rule of law is typically brought down by “a thousand cuts,”⁹⁹ many of them small and often unseen, while the cumulative result is blood-letting of the *notion*, on a torrential scale. All done with the active assistance of law.

Europeans who have watched the cat-and-mouse games played between the European Commission and lawyers representing Poland and Hungary, or who have witnessed Hungary’s Prime Minister Viktor Orbán’s self-vaunted “peacock dances” in Brussels might have a sense of how these legal games are played. Apparently earnest and technical points of law are raised by regime lawyers: about interpretation, inclusion or exclusion of this or that provision, sacking

⁹⁴ See Sajó, *Ruling by Cheating*. Orbán, “The ‘rule of law.’”

⁹⁵ See Kim Lane Scheppele, “Here is Viktor Orbán’s approach to the rule of law...” X, January, 8, 2023. <https://twitter.com/KimLaneLaw/status/1612085837709074432?cn=ZmxleGlibGVfcjcw%3D%3D&refsrc=email>.

⁹⁶ Tarunabh Khaitan, “Killing a Constitution with a Thousand Cuts: Executive Aggrandizement and Party-state Fusion in India,” *Law & Ethics of Human Rights*, 14 no. 1 (2020): 93.

⁹⁷ See the thread of posts on a search “Orban Victor Rule of Law,” e.g. The Kyiv Independent, “EU launches processes to slash Hungary funds over rule-of-law breaches,” X, April, 5, 2022; Brian Klaas, “Donald Trump just endorsed Victor Orban,” X, January, 3, 2022, etc.

https://twitter.com/search?q=orban%20viktor%20rule%20of%20law&src=recent_search_click.

⁹⁸ Wojciech Sadurski, *A Pandemic of Populists* (Cambridge: Cambridge University Press, 2022), 54.

⁹⁹ Khaitan, “Killing a Constitution.”

and packing, dismantling or inventing, this or that court, "disciplining" this or that disobedient judge —all replete with poker-faced legal argumentation, typically of a highly formalistic sort. If critics allege that an institutional innovation is intended, say, to threaten judicial independence from the executive, the hunt will be on for some ostensible, context-free, in-any-way-similar-looking arrangement, cherry-picked from anywhere that might serve. That these comparisons and purported borrowings are radically superficial, selective, decontextualised, and hostile to the achievement Thompson writes about¹⁰⁰ is rarely obvious to laypersons and never, naturally enough, emphasised by their sponsors.

Several governments have sought in these and other ways to undermine key legal and other sites and processes that might temper their power. Where they can, they then seek to take them over. These governments have expressed disdain for the notion that their power should be tempered, though they claim to be serving the rule of law in their own way, "with Chinese, Hungarian, etc, characteristics." These attempts to eliminate competing sources and resources of power and destruction of opposition are often complex in form but they are not complex to understand, and they have little to do with the sanctity of canonical institutions. They have to do with the point of the enterprise.

Where the achievement of which Thompson wrote is undermined in such ways, what we are seeing is an often refined form of *abuse* of the rule of law, but in its own name. Law is *used* precisely so that the purpose and the fundamental principles of the rule of law can be abused.¹⁰¹ For the idea advanced by various leaders and sympathisers, that we are witnessing the birth of a culturally distinct but equally legitimate "Polish [or Hungarian, or Venezuelan, or Israeli] rule of law," is simply absurd when the whole direction of travel is away from any measures and practices that might temper the exercise of ruling power, and so serve the rule of law. Not because some particular, imported, western institution is lacking, but because by their actions these governments are subverting the very "notion" of the rule of law and, thereby, the chances of its realisation. Perhaps Polish circles are square, and Polish squares are circular, but that's not my experience or expectation. The achievement of universal significance that is the rule of law might be approached from many different locations and in many different ways. But not by systematic movement in the opposite direction.

© M. Krygier, 2022

Bibliography

- Acemoglu, Daron and James A. Robinson. *The Narrow Corridor. How Nations Struggle for Liberty*. Penguin Books, 2020.
- Beatty, David M. *Faith, Force and Reason. An Armchair History of the Rule of Law*. University of Toronto Press, 2022.
- Bojarski, Łukasz. "Without any mode." *Dziennik Gazeta Prawna*. May 22, 15, 2018. <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1123347,brak-podstaw-prawnych-do-dzialania-organow-w-polsce.html>.

¹⁰⁰ Dixon and Landau, *Abusive Constitutional Borrowing*.

¹⁰¹ See Palombella, "The Abuse of the Rule."

- Braithwaite, John. "Hybrid politics for justice: The Silk Road for restorative justice Part II." *Restorative Justice* 5 (2017): 7–28.
- Braithwaite, John. "Tempered Power, Variegated Capitalism, Law and Society." *Buffalo Law Review* 67 (2019): 533–94.
- Cheesman, Nick. "Law and Order as Asymmetrical Opposite to the Rule of Law." *Hague Journal on the Rule of Law* 6 (2014): 96–114.
- Cheesman, Nick. *Opposing the Rule of Law. How Myanmar's Courts make Law and Order*. Cambridge University Press, 2015.
- Clarke, Donald C. "Order and Law in China." *GWU Legal Studies Research Paper, GW Law School Public Law and Legal Theory Paper* 52 (August 2020): 1–55.
- Collins, Hugh. *Marxism and Law*. Oxford University Press, 1996.
- Cole, Daniel H. "An Unqualified Human Good': E. P. Thompson and the Rule of Law." *Journal of Law and Society* 28, no. 2 (June 2001): 177–203.
- Dixon, Rosalind and David Landau. *Abusive Constitutional Borrowing. Legal globalization and the subversion of liberal democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- Fine, Bob. *Democracy and the Rule of Law. Liberal Ideas and Marxist Critiques*. Pluto Press. 1984.
- Fuller, Lon. *The Morality of Law*. Yale University Press, 1969.
- Gowder, Paul. *The Rule of Law in the Real World*. Cambridge University Press, 2016.
- Hart, L. A. *The Concept of Law*. Oxford University Press, 1961.
- Hayek, F. A. *Law, Legislation, and Liberty*, vol. 3. Chicago: University of Chicago Press, 1979.
- Hedlund, Stefan. "Can Property Rights Be Protected By Law?" *East European Constitutional Review* 10, no. 1 (Winter 2001): 48–52.
- Hobbes, Thomas. *Leviathan*. Introduction by J. C. A. Gaskin. Oxford University Press, 2023.
- Holmes, Stephen. "In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror." *California Law Review* 97 no. 2 (April 2009): 301–56.
- Holmes, Stephen. *Passions and Constraint*. Chicago: University of Chicago Press, 1995.
- Holmes, Stephen. "What Russia Teaches Us Now. How Weak States Threaten Freedom." *The American Prospect* (July/August 1997): 30–39.
- Horwitz, Morton J. "The Rule of Law: An Unqualified Human Good?" *Yale Law Journal* 86 (1977): 561–66.
- "Kaczyński Announces Aim to Change Polish Constitution." *Radio Poland*. May, 2, 2016. <http://archiwum.thenews.pl/1/9/Artykul/251137,Kaczynski-announces-aim-to-change-Polish-constitution>.
- Karpik, Lucien and Terry Halliday. "The Legal Complex." *Annual Review of Law and Social Science* 7 (2011): 217–36.
- Khaitan, Tarunabh. "Killing a Constitution with a Thousand Cuts: Executive Aggrandizement and Party-state Fusion in India." *Law & Ethics of Human Rights*, 14 no. 1 (2020): 49–95.
- Klaas, Brian. "Donald Trump just endorsed Victor Orban." X, January, 3, 2022. https://twitter.com/search?q=orban%20viktor%20rule%20of%20law&src=recent_search_click.
- Krygier, Martin, Adam Czarnota, and Wojciech Sadurski, eds. *Anti-Constitutional Populism*. Cambridge Studies in Law and Society. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

- Krygier, Martin, Robert van Krieken. "The Character of the Nation." In *Whitewash. On Keith Windschuttle's Fabrication of Aboriginal History*, edited by Robert Manne, 81–108. Melbourne: Black Inc. Books, 2003.
- Krygier, Martin. "The Challenge of Institutionalisation: Post-Communist 'Transitions,' Populism, and the Rule of Law." *European Constitutional Law Review*, 15 (2019): 544–73.
- Krygier, Martin. "False Dichotomies, True Perplexities, and the Rule of Law." In *Human Rights with Modesty: The Problem of Universalism*, edited by András Sajó, 251–77. Dordrecht: Springer, 2004.
- Krygier, Martin. "The Grammar of Colonial Legality: Subjects, Objects, and the Australian Rule of Law." In *Australia Reshaped. 200 Years of Institutional Transformation*, edited by Geoffrey Brennan and Francis G. Castles, 220–60. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- Krygier, Martin. "Law as Tradition," *Law and Philosophy* 5 (1986): 237–62.
- Krygier, Martin. "Letter from Australia. Neighbours: Poles Jews, and the Aboriginal Question." *East Central Europe/L'Europe du Centre Est. Eine wissenschaftliche Zeitschrift* 29, no. 1–2 (2002): 297–309.
- Krygier, Martin. "Marxism and the Rule of Law: Reflections after the Collapse of Communism." *Law & Social Inquiry* 15, no. 4 (1990): 633–63.
- Krygier, Martin. "The Rule of Law between England and Sudan: Hay, Thompson, and Massoud." *Law & Social Inquiry* 41, no. 2 (Spring 2016): 480–88.
- Krygier, Martin. "The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology." In *Relocating the Rule of Law*, edited by Gianluigi Palombella and Neil Walker, 44–69. Oxford: Hart, 2008.
- Krygier, Martin. "Rządy prawa: kulturowe osiągnięcie o znaczeniu uniwersalnym." *Res Publica*, IV no. 12 (1990): 50–53.
- Krygier, Martin. "Tempering Power." In *Constitutionalism and the Rule of Law. Bridging idealism and realism*, edited by Maurice Adams, Ernst Hirsch Ballin, Anne Meuwese, 34–59. Cambridge University Press, 2017.
- Krygier, Martin. "Thinking Like a Lawyer." In *Ethical Dimensions of Legal Theory*, edited by Wojciech Sadurski, 67–90. Leiden, The Netherlands: Brill, 1991.
- Krygier, Martin. "Too Much Information." In *A Cosmopolitan Jurisprudence: Essays in Memory of H. Patrick Glenn*, edited by Helge Dedek, 117–42. ASCL Studies in Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
- Krygier, Martin. "Tradition," *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, (1988): 423–25.
- Krygier, Martin. "The Traditionality of Statutes," *Ratio Juris*, 1, no. 1 (1988): 120–39.
- "Kornel Morawiecki in the Sejm: Above the law is the good of the Nation! 'A law that does not serve the nation is lawlessness!' The reaction? A standing ovation." *Together let's defend Poland and the truth*. November, 26, 2015, <https://wpolityce.pl/polityka/273101-kornel-morawiecki-w-sejmie-nad-prawem-jest-dobro-narodu-prawo-ktore-nie-sluzzy-narodowi-to-bezprawie-reakcja-owacjana-stojaco-wideo>.
- The Kyiv Independent. "EU launches processes to slash Hungary funds over rule-of-law breaches." X, April, 5, 2022. https://twitter.com/search?q=orban%20viktorkrule%20of%20law&src=recent_search_click.
- Landau, David. "Abusive Constitutionalism." *University of California Davis Law Review* 47 (2013): 189–260.

- Larmore, Charles. "Liberal and Republican Conceptions of Freedom." *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 6 (2003): 96–111.
- Ledeneva, Alena. *How Russia Really Works. The Informal Practices that Shaped Post-Soviet Politics and Business*. Cornell University Press, 2006.
- Ledeneva, Alena. *Russia's Economy of Favours*. Cambridge University Press, 1998.
- List, Christian. "Republican freedom and the rule of law." *Philosophy, Politics and Economics* 5 (2016): 201–20.
- Locke, John. *The Second Treatise on Government*. Edited by C. B. Macpherson. Hackett Publishing, 1980.
- Montesquieu. *The Spirit of the Laws*. Cambridge University Press, 1989.
- Mann, Michael. *The Sources of Social Power*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.
- Mann, Michael. *States, War, and Capitalism: Studies in Political Sociology*. Oxford; New York: Blackwell, 1988.
- Merritt, Adrian. "The Nature of Law: A Criticism of E. P. Thompson's Whigs and Hunters." *British Journal of Law and Society* 7, no. 2 (1980): 194–214.
- Neal, David. *Rule of Law in a Penal Colony*. Cambridge University Press, 1991.
- Nonet, Philippe and Philip Selznick. *Law and Society in Transition. Toward Responsive Law*. Routledge, 1978.
- North, Helen. "A Period of Opposition to Sôphrosynê in Greek Thought." *Transactions and Proceedings of the American Philological Association* 78 (1947): 1–17.
- North, Helen. *Sophrosyne: Self-Knowledge and Self-Restraint in Greek Literature*. Cornell University Press, 1966.
- North, Helen. "Temperance (Sôphrosynê) and the canon of the cardinal virtues." In *Dictionary of the History of Ideas*, vol. 4, 365–78. New York: Charles Scribner's Sons, 1973.
- Orbán, Balázs. "The 'rule of law' procedure is in fact disintegrating the whole European Union." X, January, 7, 2023. https://twitter.com/BalazsOrban_HU/status/1611671705101176833.
- Palombella, Gianluigi. "The Abuse of the Rule of Law." *Hague Journal on the Rule of Law* 12 (2020): 387–97.
- Palombella, Gianluigi. "The Rule of Law as an Institutional Ideal." In *Rule of Law and Democracy: Internal and External Issues*, edited by G. Palombella and L. Morlino, 3–37. Brill, 2010.
- Pashukanis, Evgeny. *The General Theory of Law and Marxism*. London: Routledge, 2017. First published 1924 in Russian.
- Pech, Laurent. "The Rule of Law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law." *Hague J Rule Law* 14, (June 2022): 107–38.
- Pipes, Richard. *Russia under the Old Regime*. Penguin, 1974.
- Pirie, Fernanda. *The Rule of Laws. A 4,000-Year Quest to Order the World*. Profile Books, 2022.
- Pettit, Philip. *Republicanism*. Cambridge University Press, 1997.
- Poggi, Gianfranco (2000). *Durkheim*. New York: Oxford University Press, 2000.
- Popitz, Heinrich. *Phenomena of Power. Authority, Domination, and Violence*. New York: Columbia University Press, 2017.
- Peluso, Nancy Lee. "Whigs and hunters: the origins of the Black Act, by E. P. Thompson." *The Journal of Peasant Studies* 44, no 1 (2017): 309–21.
- Postema, Gerald. *Law's Rule*. Oxford University Press, 2023.

- Pritchett, Lant, Michael Woolcock, and Matt Andrews. "Capability traps? The mechanisms of persistent implementation failure." *Center for Global Development. Working Paper 234*, (2010): 1–49.
- Regitze, Helene Rohlffing & Marlene Wind. "Death by a thousand cuts: measuring autocratic legalism in the European Union's rule of law conundrum." *Democratization* 30, no. 4 (2022): 551–68.
- Reid, John Phillip. *Rule of Law: The Jurisprudence of Liberty in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*. DeKalb: Northern Illinois University Press, 2004.
- Raz, Joseph. "The Law's Own Virtue." *Oxford Journal of Legal Studies* 39, no. 1 (Spring 2019): 1–15.
- Raz, Joseph. "The Rule of Law and its Virtue." In *The Authority of the Law*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- Reid, John Philip. "In Legitimate Stirps: The Concept of 'Arbitrary,' the Supremacy of Parliament, and the Coming of the American Revolution." *Hofstra Law Review* 5, no. 3 (1977): 459–99.
- Root, Hilton L. *Political Foundations of Markets in Old Regime France and England*. University of California Press, 1994.
- Rudolf, Moritz. "Xi Jinping Thought on the Rule of Law." *Stiftung Wissenschaft und Politik Comment* 28 (April 2021): 1–8.
- Sadurski, Wojciech. *A Pandemic of Populists*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.
- Sajó, András & Juho Tuovinen. "The rule of law and legitimacy in emerging illiberal democracies." *Osteuropa Recht* 64 (2019): 506–29.
- Sajó, András, *Ruling by Cheating*. Cambridge University Press, 2022.
- Scheppele, Kim Lane. "Autocratic Legalism." *University of Chicago Law Review* 85 no. 2 (March 2018): 545–83.
- Scheppele, Kim Lane. "Constitutional Coups in EU Law." In *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, edited by Maurice Adams, Anne Meuwese and Ernst Hirsch Ballin, 446–478. Cambridge University Press, 2017.
- Scheppele, Kim Lane. "Here is Viktor Orbán's approach to the rule of law..." X, January, 8, 2023. <https://twitter.com/KimLaneLaw/status/1612085837709074432?cn=ZmxleGlibGVfcmVjcw%3D%3D&refsrc=email>.
- Selznick, Philip. *Leadership in Administration: A Sociological Interpretation*. New York: Harper & Row, 1957.
- Selznick, Philip. *The Moral Commonwealth*. University of California Press, 1992.
- Selznick, Philip. *The Organizational Weapon: A Study of Bolshevik Strategy and Tactics*. New York: McGraw-Hill, 1952.
- Selznick, Philip. *TVA and the Grass Roots: A Study in the Sociology of Formal Organization*. Berkeley: University of California Press, 1949.
- Sempill, Julian. "Ruler's Sword, Citizen's Shield: The Rule of Law & the Constitution of Power." *Journal of Law and Politics* 31 (2017): 333–415.
- Shklar, Judith N. *Political Thought. Political Thinkers*, edited by Stanley Hoffmann. Chicago, University of Chicago Press, 1998.
- Skąpska, Grażyna. "The decline of liberal constitutionalism in East Central Europe." In *The Routledge International Handbook of European Social Transformation* eds. P. Vihalemm, A. Masso & S. Opermann, 130–45. London: Routledge, 2018.

- Skąpska, Grażyna. "Znieważający konstytucjonalizm i konstytucjonalizm znieważony. Refleksja socjologiczna na temat kryzysu liberalno-demokratycznego konstytucjonalizmu w Europie pokomunistycznej." *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna* 7, no. 1 (2018): 276–301.
- Smith, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, vol. 1. Indianapolis: Liberty Classics, 1981.
- Thompson, Edward Palmer. *Whigs and Hunters. The Origin of the Black Act*. London: Allen Lane, 1975.
- Toope, Stephen J. *A Rule of Law for Our New Age of Anxiety*. Cambridge University Press, forthcoming.
- Tréguer, Pascal. "History of the Phrase 'How Many Divisions Has the Pope?'" *World Histories*. Accessed January 6, 2023. <https://wordhistories.net/2019/08/23/how-many-divisions-pope/>.
- Varol, Ozan O. "Stealth Authoritarianism." *Iowa Law Review* 100 (2015): 1673–742.
- Waldron, Jeremy. "Constitutionalism: A Skeptical View." *NYU School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, no. 10–87 (December 2010): 1–45.
- Waldron, Jeremy. "The Rule of Law and the Importance of Procedure." In *Getting to the Rule of Law* edited by James Fleming, 3–31. New York: New York University Press, 2011.
- Żakowski, Jacek. "Jak temperować władzę." ("How to sharpen power.") In *Wirus (Virus)*, edited by Jacek Żakowski, 103–113. Sic, 2020.

Мартін Крігер. Врівноважена влада: "Культурне досягнення універсального значення"

Анотація. У статті протиставляються дві основні позиції щодо верховенства права. У межах першої верховенство права характеризується як "модне слово" і "нормативне мірило," яке є не більше ніж порожнім ідеалом XIX століття та політичним інструментом для всіх цілей (Лоран Пех). У межах другої сумно відомий і неоднозначний англійський історик Е. П. Томпсон назвав верховенство права "культурним досягненням універсального значення." Автор доводить, що Томпсон мав рацію і кожне слово в цій фразі заслуговує на увагу та повагу.

Однак дуже суттєвою є різниця в тому, як хтось думає про верховенство права і що це таке. Власне універсальними є поняття та реалізація стану речей, у якому влада надійно стримана, щоб не бути доступною для свавільного зловживання. Це те, що є культурним досягненням загального значення. Помилково ототожнювати його універсальне ядро верховенства права з будь-яким нібито канонічним упорядкуванням форм, інститутів або правил, які враховуються або припускаються як його втілення.

Багато хто припускається цієї помилки. Дехто робить це, тому що наївно думає, що створення знайомих інституцій, що їх вони асоціюють із "верховенством права," – це те саме, що й генерування верховенства права. Невтішна історія просування верховенства права в усьому світі показує, що це не так. З іншого боку, сучасні неліберальні, часто популістські, режими охоче схвалюють таку помилку і вдають, що вони віддані верховенству права, показуючи відповідність правовим формам і водночас систематично підриваючи та зловживаючи власне верховенством права. Слід відкинути як наївні, так і зловмисні тлумачення.

Ключові слова: верховенство права; культурне досягнення; універсальне значення; політичний популізм; зловживання верховенством права.

Martin Krygier. Well-tempered Power: "A Cultural Achievement of Universal Significance"

Abstract. This article examines two central perspectives on the rule of law. Within the former, the rule of law is characterized as a "buzzword" and a "normative yardstick" that is no more than an empty nineteenth-century ideal and a political tool for all intents and purposes. (Laurent Pech). The

controversial and ambivalent English historian E. P. Thompson described the rule of law "a cultural achievement of universal significance." The author proves that Thompson was right and every word in this phrase deserves attention and respect.

However, it makes a huge difference how one thinks about the rule of law, and what one takes it to be about. What is universal is the notion and realization of a state of affairs in which power is reliably tempered so as not to be available for arbitrary abuse. It is that which is a cultural achievement of universal significance. Identifying it with any allegedly canonical arrangement of forms, institutions, or rules that are enlisted or assumed to embody it is a mistake.

Many people make that mistake. Some do so, because they naively think that installation of familiar institutions they associate with "the rule of law" is the same as generating the rule of law itself. The disappointing history of rule of law promotion around the world shows that is not the case. On the other hand, modern illiberal, often populist, regimes are happy to endorse such a mistake and pretend that they are committed to the rule of law by making a show of conformity to legal forms, while systematically subverting and abusing the rule of law itself. Both naïve and malicious interpretations must be unequivocally rejected.

Keywords: rule of law; cultural achievement; universal significance; political populism; abusing the rule of law.

Одержано / Received 04.12.2022

CONSTITUTIONAL JUSTICE AND THE REALIZATION OF THE KEY VALUES OF CONSTITUTIONALISM

1. About the organization of the community order

Human beings need for their existence and further development an organized order in community with other human beings.

This community order must be endowed with institutions and instruments suitable for the efficient attainment of its objectives. This is the *institutional-functional dimension* of this order.

And furthermore, this order must have a basic value orientation, namely that its goal is to secure the existence of man in such a way that the basic attributes of the human being are maintained and realized: dignity, which includes freedom and to which everyone is equally entitled by virtue of being human. These three basic attributes of dignity, freedom and equality are necessarily the foundation of this community to be secured. The primary orientation to these three values is the *value dimension* of this order.¹

This order must be a *legal* one, since only law, through its obligatory character, contains the necessary stability and can thus sufficiently fulfill the securing function. Moreover, the law, by its general and universal character, corresponds to the idea of equality, and finally, the law is a rational construct that is sense-oriented, gives a perceptible reason for its arrangement, and can convey consistency in behaviors.

A system of order such as a legal order thus contains principles of *structure* and principles of *value*. The *structure* of the legal order refers to its institutional system (in a broader sense, so that also in the case of the legal order of a state the various forms of the territorial organization

* Райнер Арнольд, професор, доктор юридичних наук, Регенсбурзький університет (Німеччина), завідувач кафедри Жана Моне ad personam "Правові відносини Європейського Союзу з Центрально-Східною та Південно-Східною Європою," завідувач кафедри публічного права (em.), запрошений професор ("hostující profesor") у Карловому університеті Праги, доцент Міжнародної академії порівняльного правознавства, член-кореспондент Болонської академії наук.

Rainer Arnold, Prof. Dr. Dr.h.c.mult., University of Regensburg, Jean Monnet Chair ad personam "Legal Relations of the European Union with Central Eastern and Southeastern Europe," Chair of Public Law (em.), Visiting Professor ("hostující profesor") at the Charles University of Prague, Membre titulaire of the Académie internationale de droit comparé, Corresp. Member of the Academy of Sciences of Bologna email: jean.monnet@gmx.de

¹ See the reflections on this process by Jean-Jacques Rousseau, *Du Contract social ou Principes du Droit Politique* (Amsterdam: Marc Michel Rey, 1762), chapter 1.1; 1.6; 2.3.

are included), but contains also functional structural principles, in particular the requirement of functional efficiency, transparency, organ loyalty, functional contradiction freedom, etc. In this context, it can already be stated that the institutional structures cannot ultimately be separated from the value dimension. The values such as freedom (democracy being political freedom) affect the institutions, institutionally mediate self-determination and freedom for the people, the members of the community, through parliament or other basic decision-making mechanisms.

Since the freedom of the individual is realized through the *law* that binds the community of individuals, all other institutions of this system of order, in addition to the institution that directly represents the individuals – the parliament in the state – also mediate freedom, since they realize the law as the freedom creating instrument through application, by the executive, and control, by the judiciary.

2. About the value system of the organized community

The appearance of the organized community is traditionally the state. However, there is a tendency to shift state functions to plurinational bodies; the main example is the European Union as a supranational community, based on an autonomous legal order created by the transfer of national sovereign rights.² Functionally, it takes over significant areas of responsibility from the member states, with which it forms a unit that is, however, superior to them. The European Union is a consolidated system in its functional areas, even if the majority of its competences are those it shares with the Member States.³ Like the state, the supranational community is characterized by the fact that in numerous areas it is able to exercise public power over individuals or, even without this, to substantially shape areas relevant to the lives of individuals. The reference to the individual in this way, both in the state and in the supranational community and in (possibly in the future emerging) comparable community forms, is the reason for considering, in addition to the institutional-organizational structure dimension, also and especially the above-mentioned value dimension as necessary for this community.

Already at this point we can state that whenever public power can be exercised against individuals, be it in the state or in another community form, the validity also of the value dimension, which includes human dignity, the principle of freedom and equality as basic elements, must be assumed.⁴

If we look at yet another, but considerably less consolidated form of community, the relations between states under international law – whether these are grouped in international organizations or not, and whether they are universal or regional – the aforementioned value order is relevant here as well.

² See in particular *Flaminio Costa v E. N. E. L.*, case 6/64 (ECJ, 15 July 1964), 585, 587 et seq.

³ See Conference of the Representatives of the Governments of the Member States, *Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union* 2008/C 115/01, European Union, 13 December 2007, art. 4.

⁴ See also Rainer Arnold, “Contemporary Constitutionalism and the Anthropocentric Value Order – On the Modernity of the 1921 Constitution of Georgia,” *Journal of Constitutional Law* 1 (2021): 15, 21.

Even if, according to the traditional view, the subjects of international law are the sovereign states and the individual is “mediatized” by the state, there are, as is often emphasized, tendencies toward individualization. Evident examples are the individual’s right to sue before the European Court of Human Rights or the criminal liability of individuals before the International Criminal Court. The traditional disponibility of international law, which corresponds to the state-centeredness of this legal system, is contrasted by the emergence of objectively binding norms of international law, especially those with reference to the individual. It is not uncommon to speak of the constitutionalization of international law⁵ in this respect.

In the area of human rights, international law has an indirect guarantee function insofar as it obliges states to respect human rights as standardized in international law. Moreover, essential areas of state life today are predetermined by the working results of multinational organizations, which are an expression of globalization; without international expertise, no knowledge can be gained in many areas that would be sufficiently well-founded in today’s transnational world.

So we see: indirect, but significant individual reference and co-determination of essential areas of life by international law, which makes it necessary to assume the value-relatedness with regard to the individual as necessary also in international law.

3. Constitutions in a formal and functional sense

Constitutions are the basic legal order of a state, or in a broader sense of a consolidated social system such as the European Union in which public power is exercised over individuals.

Even if, after the failed attempt to create a constitution for Europe, the word constitution is avoided in the new documents that have formed the basis of the new European Union since 2009, they are more than international or supranational integration treaties, but functionally constitutions. This is true at least for the Basic Treaty on European Union and for the Charter of Fundamental Rights of the EU. The fundamental provisions of the Treaty on the Functioning of the European Union could also be functionally qualified as constitutional law. The European Court of Justice has always used this terminology.⁶

It should also be mentioned here that even the European Convention on Human Rights, which does not have a consolidated institutional underpinning comparable to that of the European Union, is nevertheless referred to as constitutional law because it created a European public order. The European Court of Human Rights itself has made this qualification.⁷ In view of the above criteria, this can certainly be affirmed. In addition, the European Convention on Human Rights is a kind of supplementary constitution to the national constitutions of the 46

⁵ See Markus Krajewski, *Völkerrecht* (Nomos 2017), 11–13.

⁶ *Parti écologiste ‘Les Verts’ v European Parliament*, case 294/83 (ECJ, 23 April 1986). See paragraph 23 – I the treaty as the “basic constitutional Charter.” *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, cases C-402/05 P and C-415/05 P (ECJ, 3 September 2008), paragraph 202.

⁷ *Loizidou v Turkey* (Preliminary Objections) (23 March 1995) Series A no. 15318/89, paragraph 75.

member states, since the interpretation of the Convention made by the Court of Justice is (at least to a large extent) taken up by the national constitutional courts or supreme courts and considered authoritative for the interpretation of their own constitutional norms.

We can therefore refer to national constitutions as formal constitutions and to the basic treaty provisions on the European Union and the European Convention on Human Rights as constitutions in the functional sense. However, this conceptual qualification also applies to the other multinational human rights treaties, the American Convention on Human Rights⁸ and the African Charter on Human and Peoples' Rights.⁹ By their form, they are treaties under international law; by their function, they are constitutions.

However, it should be noted that the term "formal constitution" is used here for the result of the traditional process of constitution-making in the state, but that constitutions in the functional sense, as they are called here, are also formalized in the way that they are contained in a written document that is considered fundamental. There is no constitutionalization as in the state, since the member states have ratified these treaties.

Constitutions are the basic legal order of a state and also have this function outside the state, as a constitution in the functional sense. As can be seen from the above, they have two basic functions, they determine the organization of the community of people through the establishment of institutions and functional mechanisms and they determine the ideal orientation through values.

Constitutions are created in a certain historical moment, usually by fixing them in writing, without being able to be perfect at the moment of creation nor during the duration of the existence of the constitution. A constitution is a living instrument¹⁰ that has both a regulative character, determining the basic conditions of the social community in question, and an adaptive character, allowing the constitution to adapt to the changing basic conditions of society during its existence. While the basic value order of a constitution oriented to man must always be preserved in its functional core, the constitution not only aims to create stability in its foundations, but also possesses the dynamics of adaptation, due to which the regulative functional goal is preserved even in the case of fundamental changes in the target object.

The text of constitutions is necessarily imperfect owing to its dynamics. It is written and at the same time unwritten and must be supplemented by judicial interpretation. Formal constitutional amendments are not always possible and purposeful; judicial interpretation has an important function in the continuous adaptation of the constitution to changed basic conditions.

⁸ See Thomas M. Antkowiak, "The Americas," in *International Human Rights Law*, 3rd edition, ed. Daniel Moeckli, Sangeeta Shah & Sandesh Sivakumaran (Oxford OUP, 2018).

⁹ See Rafea Ben Achour, "Inter-fertilisation jurisprudentielle: Quand le juge de la Cour africaine dialogue avec ses homologues européen et interaméricain," *Ordine internazionale e diritti umani* 5 (2021).

¹⁰ Rainer Arnold, "Le dynamisme de la Constitution – quelques réflexions," in *Mélanges en l'honneur de Bertrand Mathieu*, eds. Anne-Laure Cassard-Valembois, Charles Fortier et Marie-Odile Peyroux-Sissoko (Paris: Lextenso, 2023).

As a rule, a constitution also has a codifying effect; however, it does not have to be exhausted in one document, but, as some examples show, can manifest itself in several basic documents¹¹ or, as in Austria, consist of a series of constitutional laws in addition to the main text.¹²

It also follows from the quality of a constitution as a basic order that it takes precedence over all other normative acts, i.e., laws, ordinances, etc. The supremacy of the constitution in a legal order is a characteristic of a formal constitution and results from its quality as a basic order.¹³ There are only a few exceptions to this, for example in Great Britain, where the supreme source of law is the parliamentary act, not a constitution in the continental sense.¹⁴

4. The basic value system as an anthropological prerequisite for a constitution

A constitution is oriented toward the human being. Its aim is to protect and promote human beings. This anthropocentric basic orientation of a constitution is the characteristic of every genuine constitution and is intended by the constitution-maker.

At the center of the constitution is the human being, its dignity, which necessarily includes the principle of freedom. Without fundamental freedom, human dignity is not possible. Human dignity cannot be restricted and cannot be weighed against other constitutional values; it is absolute. Freedom, on the other hand, must be shared with other members of the community; it is restrictable for legitimate purposes of that community. The guarantee of human dignity requires that human freedom is a fundamental principle that can be restricted by legitimate interests of the community, as an exceptional case. The principle of proportionality is the adequate criterion for the demarcation between freedom and restriction of freedom.

The three basic values human dignity, principle of freedom and equality are consequences of the anthropological basic conditions of man. They form the foundation for the further basic rights of man; these are substantive specifications of these three values. Since these values are connected with the essence of man, they are universal in their “normative reality,” independent of culture and time.

That the subjective perception of these values can, and not infrequently does, deviate from this reality is a sociological fact. Perception is the realization of these values in the particular perspective of the legislator, the norm-interpreting user of the law in the executive and judicial branches, the political decision-makers, the individual, and even the constitution-making and constitution-amending powers. The ideal case is that perception and normative reality coincide.

¹¹ For example in *Czech Republic: Constitution of the Czech Republic*, accessed February, 10, 2024, <https://www.refworld.org/legal/legislation/natlegbod/1992/en/14515> and *Charter of Fundamental Rights and Freedoms: Listina základních práv a svobod*, accessed February, 10, 2024, <https://www.psp.cz/docs/laws/listina.html>.

¹² See *Verfassungsgesetze in Österreich*, accessed February, 10, 2024, <https://www.parlament.gv.at/verstehen/politisches-system/bundesverfassung/verfassung/>.

¹³ See Rainer Arnold, “Constitutional Jurisdiction and Primacy of the Constitution,” in *Constitutionality of Law without a Constitutional Court*, ed. Mirosław Granat (Routledge, 2023).

¹⁴ Marc Johnson, “The models of Parliamentary Sovereignty,” last modified December 2017, <https://legalresearch.blogs.bris.ac.uk/2017/12/the-models-of-parliamentary-sovereignty/>.

If there is divergence, it is up to the judge to bring the wrong perception back into line with normative reality.¹⁵

The constitution is based on the goal of comprehensively protecting the freedom of the individual. This idea of protection, which does not allow any gaps in protection, is ultimately rooted in human dignity. This is necessarily linked to the principle of freedom, as already emphasized. If freedom is to be understood as a principle, it must be comprehensive freedom, which can be restricted only by legitimate community interests. Freedom means not only respect of the state for the self-responsible, own actions of humans, but also protection against not justified interferences of the state and also of other individuals. This also shows that the protective concept of the constitution is not limited from the outset to the only written guarantees, but that there are also unwritten fundamental rights, aspects of protection not expressed in the constitutional text. Constitutional law, including in the area of fundamental rights, is not only the law written at the time of the constitution's creation, but also the constitutional law not covered by the text, but nevertheless in force, since it was either incompletely written down at the historical moment of the constitution's creation or became incomplete as a result of the further development of the constitutional order. The constitution is, as already underlined, a living instrument, which aims to develop its normativity throughout the period of the constitution's existence. Further, new needs for protection may arise as a result of changes in the situation, such as technological development; the fundamental protective finality of the constitution covers these as well. This will be discussed later in the context of judicial functions.

Furthermore, it should also be emphasized that the protection of the freedom of the individual is not only always comprehensive in terms of content, but that the functional effectiveness of the protection of fundamental rights is also intended by the Constitution in the broadest possible form. One can therefore speak of substantial and functional efficiency of the protection of fundamental rights.¹⁶ This applies not only to the national level, but also to the supranational level, and the idea is also relevant, as far as possible, in the less integrated area of international legal relations.

Functional efficiency means that fundamental rights are fully effective, that their interpretation aims at optimal realization of protection,¹⁷ that the protection intended by fundamental rights may only be restricted in a limited way, and that the essence of a fundamental right may never be touched.

The state of today is fundamentally an open state, which respects international law and which has also integrated itself into supranational integration communities. Fundamental rights are

¹⁵ See for these considerations recently Rainer Arnold, "Struttura ed interpretazione della Costituzione – Alcune riflessioni," in *Scritti in onore di Fulco Lanchester*, vol. I, eds. G. Caravale, S. Cecanti, L. Frosina, P. Picciacchia, A. Zei (Napoli: Jovene, 2022).

¹⁶ See Rainer Arnold, "Substanzielle und funktionelle Effizienz des Grundrechtsschutzes im europäischen Konstitutionalismus," in *Von der Kultur der Verfassung, Festschrift für Friedhelm Hufen zum 70. Geburtstag*, eds. Max-Emanuel Geis, Markus Winkler, Christian Bickenbach (Germany: C. H. Beck, 2015).

¹⁷ See Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 8th ed. (Germany: Suhrkamp, 2018), 75.

also covered by this transnational perspective. They are to be interpreted in the sense of international law.¹⁸

5. The role of judiciary in modern constitutionalism

The judiciary has an essential task within the framework of the constitutional order. It is through the interpretation of constitutional norms that it brings the constitutional order to fruition. This will be discussed below.

Jurisdiction is limited to applying the law in force. This presupposes interpretation, which in the area of the constitution, i.e. generally speaking in the area of constitutionalism, has various peculiarities compared to the interpretation of simple statutory law.

First of all, it is necessary to point out that the interpretation of a law tries to find out the objective will of the law at the moment of interpretation. It is not the subjective will of the legislator as a person or institution, but the will abstracted from it, i.e. the objective will, which results from the law as a norm. The subjective will of the legislator, as manifested in the genesis of the norm, can to a certain extent also provide clues to the objectified will of the law. But the subjective-historical interpretation is rightly admitted only as a subsidiary means of knowledge. Essential is the idea that a norm has a specific goal of realizing the norm. As a rule, this goal exists during the entire time of the norm's existence. Thus, a criminal law norm naturally applies during the entire period of its duration. Since the object of the norm is subject to change in the course of time, the goal of the norm must be adapted in such a way that the realization of the goal is guaranteed during the existence of the norm without the regulative concern of the norm being lost. It should be preserved and have the intended effect even in altered situations. Since the relationship between the normative goal and the object of the goal can change at a later point in time than the time when the norm was created, the interpretation can only be concerned with the objective intention of the norm at the respective point in time of the interpretation.¹⁹

This basic consideration also applies, and in a special way, to the interpretation of the constitution, which is, after all, a constantly evolving instrument, as above mentioned, a "living instrument."

The interpretation of constitutional law starts with written law, but also has the task of making unwritten constitutional law manifest. Constitutional law is unwritten if it cannot be made recognizable through a written norm by way of broad interpretation oriented to the optimal realization of objectives, i.e. to the so-called "*effet utile*."²⁰ The dynamic development of the Constitution makes written norms appear in a new light, which the interpretation must take up. In this case, the interpretation is an interpretation of the *written* norm that takes account of the new development, not a visualization of unwritten constitutional law.

¹⁸ See *ibid.*, chap. 6.

¹⁹ See Rainer Arnold, "Le dynamisme de la Constitution."

²⁰ See Michael Potacs, "Effet utile als Auslegungsgrundsatz," *Europace* 44 (2009).

In the context of these considerations, we can distinguish:

- (1) Principles or rules not written from the time of the constitution's creation, but which are to be regarded as mandatory for an authentic constitution, i.e. which exist normatively from the beginning without appearing in the written text,
- (2) norms resulting from the further development of the Constitution, which are now mandatory due to this development,
- (3) normative elements of the Constitution that can be recognized from the moment of their creation only through (*effet utile* oriented) judicial interpretation of a written norm, and
- (4) normative understandings resulting from the further development of the constitution, which are only made visible by the interpretation of a written norm.

Regarding the first category, an example can be given of the non-explicit mention of the principle of the rule of law in the Belgian²¹ and Luxembourg²² constitutions; this was recognized as a principle implicit in constitutional law and thus made manifest as a component of the constitutional legal order. A similar example can be found in Polish constitutional law shortly after the end of the communist era. In the so-called Small Constitution, the principle of the rule of law was explicitly inserted into the text, but the text of the Constitution lacked, for example, the fundamental right to life. This was then derived from the principle of the rule of law.²³ A similar process can be found in the law of the European Communities from the 1960s onwards. In the treaty text, which functionally, at least in its fundamental parts, has and had also at that time a constitutional character, no fundamental rights were explicitly concealed. However, the jurisprudence of the European Court of Justice, in a long series of decisions, developed general principles of Community law, which had the function of fundamental rights.²⁴

An example of the second category in the German constitutional order is the constitutional principle of open statehood in its current developments. It is true that this principle was basically already laid down in the text of the Basic Law of 1949, for example in Article 24, which allows the transfer of sovereign rights to intergovernmental bodies. It was the basis for the creation of the supranational Coal and Steel Community and the European Economic Community, and was then supplemented, with the creation of the (first) European Union, by the new Article 23 of the Basic Law. While these developments still took place within the framework of the text of the Basic Law, the further development of constitutional integration law in Germany can in part be understood as a further development of the law that clearly goes beyond the text of the

²¹ See André Alen & Willem Verrijdt, "L'Etat de Droit dans la Jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Belge: Histoire et Défis," in *The Concept of the Rule of Law in Constitutional Jurisprudence*. Comparative Law Studies, vol. 16, ed. Rainer Arnold (forthcoming).

²² See "L'Etat de droit et la justice constitutionnelle dans le monde moderne," *Rapport de la Cour constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg, 4ième Congrès de la Conférence mondiale sur la justice constitutionnelle*, (Vilnius, Lituanie, Septembre 2017), accessed February, 10, 2024, <https://lrkt.lt/data/public/uploads/2021/10/luxembourg-constitutional-court-fr.pdf>.

²³ Maria Kruk, "Progrès et limites de l'état de droit," *Pouvoirs* 3, no. 118 (2006).

²⁴ See Frédéric Sudre, Laure Milano, Hélène Surrel, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14e édition (Paris: Puf, 2014), 138–46.

Basic Law: the adoption of the primacy principle, the establishment of the existence of a German constitutional identity defined by the so-called eternity clause of Article 79(3) of the Basic Law,²⁵ the principle of responsibility for integration²⁶ developed by case law, and finally the expansion not long ago by case law of the competence of the Federal Constitutional Court to review not only the violation of German fundamental rights but also the misinterpretation and misapplication of fundamental rights of the EU Charter of Fundamental Rights.²⁷ A similar process is the obligation, not contained in the text of the Basic Law but elaborated by case law in the course of the strengthening of open statehood in Germany, to interpret the fundamental rights contained in the Basic Law in the light of the European Convention on Human Rights.²⁸ These new, concise processes of solidification and expansion of the general principle of open statehood are not developments provided for in the text of the Constitution, but they have received impetus from political and social reality to the point where they have been singled out by judicial interpretation as new principles of constitutional law.

However, it must be emphasized that in both the first and the second category, the judicial interpretation in the above-mentioned manner took place because these newly recognized constitutional norms (be they rules or principles) were considered constitutionally necessary. In this regard, it should be noted that the Constitution, if it is an authentic Constitution, contains necessary parts. Since the constitution is anthropocentric, that is, it exists for the sake of man, the basic value system: human dignity principle of freedom and equality is a compulsory part of a constitution be it written or unwritten. The principle of the rule of law also exists in every authentic constitution as a compulsory component, since only the orientation to the law does justice to the anthropological basic factors of human dignity. This orientation to the law means that constitutional values are also made binding for the institutions of the state, for their structuring and function and above all for their activity.

Changes in actual life, in the social conditions of a society, may also lead to the need for new constitutional norms or concepts, or to the need for certain reinterpretations of existing constitutional provisions. The reaction may consist of a textual amendment as part of a constitutional reform, which is difficult to achieve politically, or, to the extent that this does not exceed judicial discretion, it may take the form of judicial interpretation.

There are also constitutional norms that are not necessary and can be incorporated into the text of a constitution by the constitution-maker or constitutional reformer. However, care should be taken to ensure that these non-necessary constitutional norms have a fundamental character, so that there is sufficient justification to include them in the constitutional text. Judicial interpretation itself cannot, as a rule, create such non-essential constitutional norms, since

²⁵ “Decisions published in the Official Digest (BVerfGE),” BVerfG, accessed February, 10, 2024, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Entscheidungen/Amtliche%20Sammlung%20BVerfGE/Amtliche%20Sammlung%20BVerfGE.html>, vol. 123, 267, 344, 353 et seq., 397.

²⁶ *Ibid.*, vol. 123, 267, 351 et seq.

²⁷ *Ibid.*, vol. 152, 216 et seq.

²⁸ *Ibid.*, vol. 111, 307 et seq.

otherwise the function of constitution-making or constitutional amendment would be interfered with.

The above-mentioned fourth category includes judicial interpretations of norms written in the text, which, however, appear in a (usually only partially) new light due to changes in the circumstances of the time.

An example, again, from German constitutional law: the fundamental rights of the Basic Law were initially interpreted only in the traditional way as subjective defensive rights against encroachments by the state on the fundamental rights of the individual. Only some time, albeit a short time later, were the fundamental rights qualified as objective values, which also report a binding for private.²⁹ Much later, the so-called objective duty to protect was derived from the nature of fundamental rights, which today plays an enormously important role in the argumentation of constitutional jurisprudence.³⁰ Finally, and this only in 2021, the so-called intertemporal dimension of fundamental rights was established, i.e. that a current, i.e. today's, violation of a fundamental right can already occur if it only has a restrictive effect on fundamental rights in the future.³¹

Summarizing what has been said so far, we can describe the functional task of jurisprudence in the development of contemporary constitutionalism as follows: judges (especially constitutional judges) have the task, on the one hand of ensuring the efficiency of the constitution. This means that they interpret the constitutional norms in such a way that they fully achieve the normative goal pursued by them and, in doing so, find an optimal balancing solution, especially when balancing between constitutional principles.

Ensuring efficiency also means that judges always develop, perfect the function of a constitutional norm. One example is the aforementioned expansion of the function of the protection of fundamental rights in German constitutional law, from the subjective right of defense to the assumption of the objective value of fundamental rights, further to the elaboration of an objective duty to protect, and finally the new recognition of the intertemporal, future dimension of fundamental rights.

This also includes the identification of new aspects of fundamental rights, such as new fields of personality protection or, to take another significant example from German constitutional law, the assumption of a right to "guarantee the confidentiality and integrity of information technology systems," in short: a fundamental computer right.³²

Another example is the task of the constitutional judge to declare unconstitutional ordinary laws that weaken or even eliminate the efficiency of institutions enshrined in the constitution. If an institution, for example, the Constitutional Court, is enshrined in the Constitution, a simple law may not reduce its efficiency. The Constitution guarantees the full functioning of an institution by enshrining it in the Constitution. Ordinary legislation that does not respect this

²⁹ *Ibid.*, vol. 7, 198, 204/205.

³⁰ *Ibid.*, vol. 49, 89. et seq. See also vol. 125, 39, 78.

³¹ *Ibid.*, vol. 157, 30 et seq.

³² *Ibid.*, vol. 120, 274 et seq.

would not be in conformity with the Constitution. This is another aspect of ensuring the efficiency of constitutional norms.

The second important function of the judiciary in contemporary constitutionalism is to make the unwritten parts of the constitution visible and to include them in the overall interpretation. This has already been explained in detail above.

In addition, it should be noted that a distinction must be made between an expanding interpretation of a written constitutional norm and making unwritten constitutional law visible. In the former case, it is often a matter of concretization of written constitutional norms of a general nature. An example is the exceedingly numerous personality rights that the German Federal Constitutional Court developed in its jurisprudence on the basis of Article 2(1) of the Basic Law, which guarantees the free development of personality in its text, but which was expanded in early jurisprudence into a general fundamental right of freedom of action, in conjunction with the guarantee of human dignity of Article 1(1) of the Basic Law. While these two constitutional norms are combined under the name of general personal rights, the numerous individual aspects are specific personal rights.

6. Open statehood

The task of the judiciary is to do justice to the increasingly important and intensive principle of so-called *open statehood*. This principle is partly contained in explicit norms, the overall view of which makes it appear as a constitutional obligation to duly observe inter- and supranational law and to harmonize it with the internal legal order. Open statehood requires a judicial interpretation of the national constitution that must meet the requirements of these extra-state legal systems and, on the other hand, also take into account the legitimate concerns of the state constitution. In Germany, for example, case law has developed the principles of interpretation that is friendly to international law and to European law.³³

Accordingly, it is the task of the judge to derive the solution sought in the national law not only from the national perspective but also from the international perspective, i.e. in this sense to develop a comprehensive, internationalized perspective. This appears to be particularly important in the area of fundamental values.

Open statehood requires, first of all, that judges interpret the norms contained in the Constitution that concern the relationship with inter- and supranational law in a way that meets the requirements of the modern state oriented toward precisely this open statehood. Such an interpretation often shows a tendency to relativize the traditional rules of the Constitution, which are more oriented toward the state, and to adapt them to modern developments. German constitutional law can again be taken as an example: the European Convention on Human Rights, regional international law, is, according to the traditional transformation rule of Article 59(2)

³³ See BVerfG, Order of the Second Senate of 15 December 2015-2 BvL 1/12, paras. 1–26, accessed February, 10, 2024, https://www.bverfg.de/e/ls20151215_2bvl000112.html and BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009-2 BvE 2/08, paras. 1–421, https://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208en.html, paras. 225.

of the Basic Law, an international treaty transformed into German federal law, occupying only the rank of an ordinary federal law in the internal German legal order. Nevertheless, judicial interpretation, in keeping with the significance of the Convention, has ultimately placed the guarantees of this Convention on an equal footing with the Constitution by imposing the unwritten constitutional obligation to interpret German fundamental rights in the light of the Convention in each case, at least to the extent that this is interpretatively possible.³⁴ This has also brought about a paradigm shift in German constitutional law in that the European Convention on Human Rights is frequently referred to by constitutional jurisprudence, whereas this was hardly the case before the relevant Görgülü decision in 2004.³⁵ The constitutional jurisprudence also makes use of the fundamental idea expressed by article 1(2) of the Basic Law, namely that the international human rights are “the basis of every human community, of peace and justice in the world.” This rather general clause is ultimately considered decisive for the fact that human rights have a universal character and must therefore also permeate the rights formulated in the national constitution.

If we look at the supranational law of the European Union, it is true that the national constitutions of the member states are the basis for the transfer of national competences to the supranational bodies, but an autonomous legal order has emerged there which now draws its functional existence from itself. Certainly, there is a certain theoretical divergence here between the legal thinking in the member states and the view of the European Union on the question of where the ground of validity for supranational law lies in the national constitutions or in the supranational legal order itself. This question is answered by the national constitutional courts in the former sense, but is seen differently on the side of the European Union, based on the case law of the European Court of Justice.³⁶ The German Federal Constitutional Court, similarly to other constitutional courts of the EU Member States, conceives them as “masters of the Treaties.”³⁷ It is true that the European Union cannot unilaterally change the treaties on which it is based, but this cannot be done by one Member State alone, but only by the Member States as a whole. However, no argument can be seen here against the assumption that the ground of validity of supranational law lies with the supranational legal order itself.

Even if one assumes that the ground of validity of supranational law lies with the EU and not with the Member States, the latter are, however, responsible for interpreting and applying the constitutional norms of integration. In German constitutional law, these are Article 24 of the Basic Law and, since the emergence of the first European Union, i.e. in 1993, Article 23 of the Basic Law. Two jurisdictions are active on the same subject – the European Court of Justice in Luxembourg and the national constitutional courts or, in the Member States without a constitutional court of their own, the supreme or higher courts. Thus, divergences may well arise, as is the case in Germany.

³⁴ BVerfG, “Decisions published,” vol. 111, 307, 317, 329.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Flaminio Costa v E. N. E. L.*, case 6/64 (ECJ, 15 July 1964), 585, 587 et seq.

³⁷ BVerfG, “Decisions published,” vol. 89, 155, 190, 199; vol. 123, 267, 349.

It is now the task of the constitutional judge or the judge at the higher or supreme courts responsible here to avoid, as far as possible, an irreconcilable conflict between the two jurisdictions. The judges have the task of achieving, as far as possible, a balance that is acceptable to both sides. This conflict comes to a head in the fundamental question of the relationship between two autonomous legal systems, namely the question of which of the two legal systems is to be given preference, i.e. which takes precedence over the other legal system. As is well known, the European Court of Justice has already developed the concept of supremacy of supranational law in its previous case law,³⁸ which states that in the event of a conflict between EU law and national law, even constitutional law is not to be applied.³⁹ It has priority, but not in the way that the national law contradicting the supranational law is null and void, but that it remains in force, but is not applied.

To return to German law, the German Federal Constitutional Court accepts the primacy of supranational law from its own point of view, but it has made three important restrictions: first, in the famous “Solange” case law (Solange I 1974⁴⁰ and Solange II 1986),⁴¹ the reservation that the European Community (now the European Union) must have effective protection of fundamental rights comparable to the Basic Law. If this is not the case, the fundamental rights of the German constitution apply. The Solange II decision already assumed that, at the time of this decision, judicial protection of fundamental rights comparable to the Basic Law already existed on the part of the Community, so that recourse to German fundamental rights was no longer necessary. If effective protection of fundamental rights continues to exist on the supranational side, the European Court of Justice and no longer the national constitutional court is responsible for this. The latter only exercises a general watchdog function in the sense that it observes whether this effective protection of fundamental rights still exists at the time of a decision. If this is no longer the case, the Constitutional Court can return to the situation of the Solange I decision.⁴² At the latest with the entry into force of the EU Charter of Fundamental Rights in 2009, supranational protection of fundamental rights has been consolidated in written form, so that there is no longer any danger that the general level of protection on the part of the European Union will be decisively lowered.

Thus, we see here that the national constitutional judge assumes a protective function by describing the protection of fundamental rights as an identifying feature of the national constitutional order, which must necessarily be maintained. At the same time, however, the Solange jurisprudence emphasizes an important element of the Europeanization of the protection of fundamental rights. The act of a German institution, which is bound to German fundamental rights according to Article 1(3) of the Basic Law, is subject to supranational and not in German

³⁸ *Flaminio Costa v E. N. E. L.*, case 6/64 (ECJ, 15 July 1964), 585, 587 et seq.

³⁹ *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, case 11–70 (ECJ, 17 December 1970).

⁴⁰ BVerfG, “Decisions published,” vol. 37, 271, 285.

⁴¹ *Ibid.*, “Decisions published,” vol. 73, 339.

⁴² Confirmed by BVerfG, “Decisions published,” vol. 89, 155, 174, 175; vol. 102, 147, 164.

fundamental rights protection if the legal act applied by the German institution is of Community law origin.

In order to understand this constellation, it is necessary to realize that the application of supranational legal norms falls for the most part within the competence of national institutions. The integration system is built on the participation of both the supranational central power and that of the member states. There is then a competition of fundamental rights, namely the supranational fundamental rights regime with regard to the enactment of the legal norm and the national fundamental rights regime with regard to the execution of the legal norm. The national institution is obliged to execute the supranational legal act. This is a supranational obligation, which is covered by the national integration norm that allows the transfer of sovereign rights. The protective function of the judge lies, as stated, in the maintenance of the protection of the individual, in the recognition of the subsidiary validity of the (in 1974, the year of the Solange I decision) existing national fundamental rights. Ultimately, this also means that it is not a matter of which legal system guarantees protection, but rather that the protection as such is ensured in a functionally adequate way.

There is a parallel here to the (more than 30 years later) process whereby the FCC case law has extended the standard of review of the constitutional complaint, i.e. the constitutional court's primary instrument of fundamental rights protection, to the application of the fundamental rights of the EU Charter.⁴³ The Federal Constitutional Court examines not only the correct application of German fundamental rights, as under the traditional understanding, but also that of EU fundamental rights. The court sees the primary reference in the function of fundamental rights protection, which should not have any gaps.

The second reservation that the case law of the German Federal Constitutional Court assumes is that of the prohibition of acts of supranational institutions that are not covered by competence, i.e. the prohibition of ultra vires acts. Here, the judge performs a control function, since supranational acts may be performed only within the scope of the sovereign rights conferred under the national constitution.⁴⁴ This control function flows into the concept of responsibility for integration, which was later coined by case law:⁴⁵ integration must take place as required by the Basic Law in accordance with its text and the detailed constitutional case law. The guardianship is entrusted to national institutions, but ultimately to the Constitutional Court.

In the area of this second integration reservation, another important function of the judges' manifesto also becomes clear: the function of balancing supranational and national positions by adopting an interpretative perspective that is friendly to European law. In 2010, the Federal Constitutional Court clarified the concept of a prohibited ultra vires act to the effect that not every, even minor, transgression of competences already falls under this verdict, but only those that are obvious and shift the system of competences between the EU and the Member States.⁴⁶

⁴³ BVerfG, "Decisions published," vol. 152, 216, 236 et seq.

⁴⁴ *Ibid.*, vol. 89, 155, 188.

⁴⁵ *Ibid.*, vol. 123, 267, 351 et seq.

⁴⁶ *Ibid.*, vol. 126, 286, 304 et seq.

It is also in the spirit of an EU-friendly attitude of the Member States that the national constitutional courts conduct a dialogue with the European Court of Justice, i.e. in case of doubt as to whether the EU institutions have kept within the scope of their competences or exceeded them, they refer the matter to the European Court of Justice for clarification via a preliminary ruling procedure. This is laid down in Article 267 TFEU and, in more general terms, in Article 19(3)(b) TEU. The obligation, also recognized by German constitutional jurisprudence, to become acquainted with the position of the European Court of Justice via such proceedings is in itself an expression of this European law-friendly behavior.⁴⁷ However, it is substantially limited by the fact that the German Federal Constitutional Court reserves the last word for itself, i.e. in the event of a divergence of opinion between the ECJ and the Federal Constitutional Court that cannot be eliminated, the latter grants itself the last decisive word. The case law upholds the final decision for all three reservations, the fundamental rights reservation, the ultra vires reservation and, in particular, the (especially important) reservation of constitutional identity, which will be discussed in more detail below. The essential justification is that this right to a definitive decision flows from state sovereignty and cannot be transferred to the supranational community.⁴⁸

The reservation of national constitutional identity, which cannot be affected by EU law, was developed by the case law of the Federal Constitutional Court in its decision on the constitutionality of the Lisbon Treaty in 2009.⁴⁹ According to this ruling, the guarantees contained in the so-called eternity clause of Article 79(3) of the Basic Law are not only to be exempt from constitutional amendment, but also cannot be relativized or eliminated by supranational law. In the opinion of the Federal Constitutional Court, these guarantees constitute the so-called constitutional identity of the German constitution. By adopting this concept of identity, the judiciary has exercised a function that protects the constitution and preserves its essence. This is to be understood as a restriction of the principle of open statehood.

The reason for this case law is probably the fact that the integration norm of the Basic Law, Article 23 (1) 3, also refers to Article 79 (2) and (3) (although a definition of constitutional identity cannot be derived from this provision alone). In addition, however, Germany's integration into the supranational community, while not formal, implies a constitutional change in many respects in terms of content. It is therefore not far-fetched to locate the limit of the so-called integration power in the perpetuity (or: eternity) clause of Article 79(3) of the Basic Law.

However, the definition of constitutional identity as given by case law is not without problems. According to the case law of the Federal Constitutional Court, the eternity clause is interpreted narrowly and referred to the time of its creation.⁵⁰ This is doubtful, however, since a constitution, as noted above, is a "living instrument" that evolves over time and acquires new characteristics. What is not mentioned in the text of Article 79(3) of the Basic Law, but is very relevant for the

⁴⁷ BVerfG, "Decisions published," vol. 126, 286, 304.

⁴⁸ Thus, the argumentation in BVerfG, "Decisions published," vol. 123, 267, 350.

⁴⁹ *Ibid.*, vol. 123, 267, 344, 353, 354, 397, 399.

⁵⁰ *Ibid.*, vol. 109, 279, 310.

identification of the German constitutional system, is the pronounced constitutional jurisdiction and is also the increasingly developed open statehood. This includes integration into the European Union and also acceptance of its basic conditions. These comprise the primacy of supranational law over national law and also the principle of mutual solidarity, as concretized in Article 4 TEU. This provision imposes on the EU institutions the obligation to respect national identity, which includes the narrower concept of constitutional identity. While the Federal Constitutional Court considers constitutional identity from a national perspective, Article 4 TEU expresses it from a supranational perspective. It is also part of a constitutional identity defined from the national perspective to take this supranational perspective into account and to include it in itself. This means that a conception of identity encompassing both perspectives must be found.

The issue of constitutional identity raises a special question in integration spaces: Does this conception mean that supranational law, which after all, according to the EU, enjoys priority over all national law, may not restrict concepts mentioned in Article 79(3) of the Basic Law and shaped by the German legal tradition as such, or that the validity of the values mentioned there must remain guaranteed only functionally, regardless of whether this function is guaranteed via national or supranational law. To give an example: the guarantee of human dignity is enshrined in Article 1(1) of the Basic Law, as well as, precisely with the same wording, in Article 1 of the EU Charter of Fundamental Rights.

Is German constitutional identity preserved if Article 1 of the EU Charter is applied in a specific case and its mode of operation corresponds to that of Article 1 of the German Basic Law? In principle, the functional, if not the substantive, constitutional identity of the German constitutional order would then be preserved.

Such an approach, however, could only be assumed if the national and supranational concepts of protection were essentially functionally equivalent.

Within the framework of open statehood in integration areas such as the EU, the judiciary has a certain function in adapting to integration. This is also evident in the case law of the German Federal Constitutional Court, but it also applies, in each case with graduated intensity, to the other member states. If cooperation is intensified at the political and ordinary legislation level in integration areas as the European Union, there is an interweaving of politics and legislation, and also a need for a basic order of this integration area that is as uniform as possible. For politics and legislation are carried out within the framework of their respective basic order. Integration also means the absence of significant divergences in the ideological foundations. Therefore, integration can succeed only if the basic ideas of the constitutional foundations coincide among all members of the integration community. This also opens up the task of judges to harmonize these foundations by way of interpretation. This is done, as mentioned above, by means of an interpretation that takes due account of the constitutional systems involved in their mutual influence and thus in the steadily progressing process of constitutional convergence in the area of values. The interpretation of German fundamental rights in the light of the European Convention on Human Rights and also in the light of the EU Charter of Fundamental Rights,

as carried out by the Federal Constitutional Court, shows the process of convergence of the value bases. Article 52(3) and (4) of the EU Charter of Fundamental Rights, which provides guidelines for the interpretation of the Charter rights, namely those of the European Convention on Human Rights on the one hand and the common constitutional tradition of the Member States on the other, is virtually a mechanism that presupposes this convergence and also promotes it itself. From the perspective of the German Federal Constitutional Court, we can also observe an increasing convergence in this respect. Thus, the European Convention on Human Rights has clearly been established as the common value basis for both the Member States of the Council of Europe and the European Union, as well as for the European Union itself.

Certainly, this pro-integration interpretation has not prevented the Federal Constitutional Court from erecting a barrier against it by assuming national constitutional identity, which cannot be touched by integration processes. However, it is apparent from recent case law that functionally similar guarantees at the national and supranational levels are regarded as common guarantees, without regard to the reservation of constitutional identity.

Significant is the statement of the Federal Constitutional Court in its decision of December 1, 2020, in which it characterizes the relationship between the German identity clause (which includes Article 1(1) of the Basic Law, the guarantee of human dignity), and the EU Charter of Fundamental Rights: “However, an identity check can only be considered if the requirements following from the Charter of Fundamental Rights of the European Union, as expressed in the case law of the Court of Justice of the European Union, do not satisfy the indispensable level of protection of fundamental rights in Article 1(1) of the Basic Law.”⁵¹

This means that the EU fundamental rights apply without regard to the German concept of identity if they are functionally essentially the same.

Also in the decision of the Federal Constitutional Court of 6 November 2019 (decision “Right to be Forgotten I”) important statements are made on the overall topic of the convergence of values in the integration area.

On the “European dimension” of the protection of fundamental rights in the Member States, the Federal Constitutional Court establishes the principle that the level of protection of the EU Charter of Fundamental Rights is co-guaranteed by the national fundamental rights (in this specific case, the German fundamental rights). The case law thus assumes a functional congruence of the levels of protection of both legal systems. It says: what is it now.

“If, thereafter, it is to be regularly assumed that the specialized law, insofar as it opens up scope for the Member States, is also oriented towards diversity for the shaping of the protection of fundamental rights, the Federal Constitutional Court can rely on the presumption that, as a rule, the level of protection of the Charter, as interpreted by the European Court of Justice, is *co-guaranteed* by an examination by the yardstick of the fundamental rights of the Basic Law” (italics by the author).

⁵¹ BVerfG, Order of the Second Senate of 1 December 2020-2 BvR 1845/18, paras. 1–85, accessed February, 10, 2024, https://www.bverfg.de/e/rs20201201_2bvr184518en.html.

“This presumption is supported by an *overarching connectedness of the Basic Law and the Charter in a common European tradition of fundamental rights* (italics by the author). Like the general principles of law equivalent to fundamental rights, which the European Court of Justice had initially developed in judicial law ..., the Charter is also based on the various constitutional traditions of the Member States (cf. Preamble para. 5 sentence 1, Art. 52 (4) EU Fundamental Rights Charter). It brings them together, develops them and unfolds them as a standard for Union law.

In this context, it is significant that the various fundamental rights systems of the Member States today have a *common foundation in the European Convention on Human Rights* (italics by the author), on which the treaty foundations of the Union itself and the Charter of Fundamental Rights are based...”⁵²

“Both Article 6 (3) TEU and the preamble to the Charter make explicit reference to them. Via Art. 52 (3) and Art. 53 of the Charter, their guarantees are largely incorporated into the Charter of Fundamental Rights. For the Member States, it provides an overarching common foundation for the protection of fundamental rights. The Convention is a binding treaty under international law, which not only all Member States have implemented with domestic effect, but which is also given special effectiveness by the Council of Europe and, in particular, the European Court of Human Rights. The European Union itself has not yet acceded to the Convention, as provided for by the treaty in Article 6 (2) TEU. However, it constitutes a decisive guideline for the interpretation of the Charter and is used by the European Court of Justice for the interpretation of the Charter in accordance with Art. 52 (3) sentence 1 CFR and with recourse to the case law of the Court of Human Rights<...>

Just as the interpretation of the Charter has a decisive basis in the Human Rights Convention, the fundamental rights of the Basic Law are also interpreted in light of the Human Rights Convention. According to settled case law, it follows from Articles 1(2) and 59(2) of the Basic Law that there is a duty to use the Human Rights Convention and its interpretation by the Human Rights Court as an aid to interpretation when applying the fundamental rights of the Basic Law...”

We thus see an interweaving of European legal systems at the national, supranational and regional international law levels into a common European standard of values. Article 2 TEU makes precisely the congruence of values of the European Union and all Member States a central obligation. The judicial interpretation of individual cases on the basis of a common standard of values contributes significantly to the consolidation of convergent value concepts in the integration area. We see a central role of the judiciary for the formation of a European community of values.

This conception specifically concerns the area of the European Union and the Council of Europe. However, we can say in general, and this also with a view to other existing or developing value-based integration areas, that transnational cooperation and especially plurinational

⁵² *Ibid.*, paras. 56, 57.

legislation have an inherent tendency to transnational judicial dialogue and also to interpretational convergence of value concepts. This also has special significance for the role of the judiciary in contemporary constitutionalism.

Conclusion

In a brief conclusion, it should be emphasized that the function of the judiciary plays a very important role in the development and consolidation of contemporary constitutionalism. Constitutionalism is the totality of normative sources of constitutional law, their interpretation by the judge, their observance in state practice, their acceptance by the society, and their anchoring in the legal culture.

The famous phrase of Charles Evans Hughes, the constitution is what the judge says,⁵³ on the one hand underlines the importance of the judicial interpretation of the basic state order, but does not sufficiently express that the judge is bound to the normative specifications. Certainly, these are sometimes very broad in the case of a constitution and leave a great deal of room for judicial interpretation, but the constitutional text is the basis of interpretation. However, this is where the judge's task begins: the constitutional text, which is supposed to express the will of the constitutional legislator, is not static but dynamic. The meaning of a constitutional norm can change. Judicial interpretation must reveal this further development of the constitution.

The task of the judge is also, and above all, to grasp the normative goal of the constitutional provision in an effective approach. This is the judicial function of effectuation.

A constitution that has come into being at a concrete historical moment is never textually perfect. The judge has to recognize the unwritten parts of a constitution and make them manifest. In doing so, as in his interpretive task in general, he must be guided by the basic value order of a constitution, which includes the three values of human dignity, the principle of freedom and equality. This is the completion function of the judge.

In addition, there is the important task of adequately incorporating the ever-growing importance of so-called open statehood into his interpretation. The interpretation must be "friendly" to international law and, for the Member States of the European Union, to supranational law. The international constitutional values must be understood in this context. They are not to be grasped from the perspective of a single legal order alone but must be interpreted in their functional context with the international understanding of these values. This is especially true for integration areas such as that of the European Union.

© R. Arnold, 2022

Bibliography

Alen, André & Willem Verrijdt. "L'Etat de Droit dans la Jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Belge: Histoire et Défis." In *The Concept of the Rule of Law in Constitutional Jurisprudence*. Comparative Law Studies, vol. 16, edited by Rainer Arnold (forthcoming).

⁵³ Charles Evans Hughes, "Speech before the Elmira Chamber of Commerce, May 3, 1907," in *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes Governor of New York 1906–1908* (New York: The Knickerbocker Press, 1908).

- Alexy, Robert *Theorie der Grundrechte*, 8th ed. Germany: Suhrkamp, 2018.
- Antkowiak, Thomas M. "The Americas." In *International Human Rights Law*, 3rd edition, edited by Daniel Moeckli, Sangeeta Shah & Sandesh Sivakumaran, 425–40. Oxford OUP, 2018.
- Arnold, Rainer. "Constitutional Jurisdiction and Primacy of the Constitution." In *Constitutionality of Law without a Constitutional Court*, edited by Miroslaw Granat. Routledge, 2023.
- Arnold, Rainer. "Contemporary Constitutionalism and the Anthropocentric Value Order – On the Modernity of the 1921 Constitution of Georgia." *Journal of Constitutional Law* 1 (2021): 11–46.
- Arnold, Rainer. "Le dynamisme de la Constitution – quelques réflexions." In *Mélanges en l'honneur de Bertrand Mathieu*, edited by Anne-Laure Cassard-Valembois, Charles Fortier et Marie-Odile Peyroux-Sissoko. Paris: Lextenso, 2023.
- Arnold, Rainer. "Struttura ed interpretazione della Costituzione – Alcune riflessioni," In *Scritti in onore di Fulco Lanchester, vol. I*, edited by G. Caravale, S. Cecanti, L. Frosina, P. Picciacchia, A. Zei, 41–56. Napoli: Jovene, 2022.
- Arnold, Rainer. "Substanzielle und funktionelle Effizienz des Grundrechtsschutzes im europäischen Konstitutionalismus." In *Von der Kultur der Verfassung, Festschrift für Friedhelm Hufen zum 70. Geburtstag*, edited by Max-Emanuel Geis, Markus Winkler, Christian Bickenbach, 3–10. Germany: C. H. Beck, 2015.
- Ben Achour, Rfaa. "Inter-fertilisation jurisprudentielle: Quand le juge de la Cour africaine dialogue avec ses homologues européen et interaméricain." *Ordine internazionale e diritti umani* 5 (2021): 1144–153.
- BVerfG. "Decisions published in the Official Digest (BVerfGE)." Accessed February, 10, 2024. <https://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Entscheidungen/Amtliche%20Sammlung%20BVerfGE/Amtliche%20Sammlung%20BVerfGE.html>.
- BVerfG. Judgment of the Second Senate of 30 June 2009-2 BvE 2/08, paras. 1–421. Accessed February, 10, 2024. https://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208en.html.
- BVerfG. Order of the Second Senate of 1 December 2020-2 BvR 1845/18, paras. 1–85. Accessed February, 10, 2024. https://www.bverfg.de/e/rs20201201_2bvr184518en.html.
- BVerfG. Order of the Second Senate of 15 December 2015-2 BvL 1/12, paras. 1–26. Accessed February, 10, 2024. https://www.bverfg.de/e/l20151215_2bvl000112.html.
- Charter of Fundamental Rights and Freedoms: Listina základních práv a svobod*. Accessed February, 10, 2024. <https://www.psp.cz/docs/laws/listina.html>.
- Conference of the Representatives of the Governments of the Member States. *Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union* 2008/C 115/01. European Union, 13 December 2007.
- Czech Republic: Constitution of the Czech Republic*. Accessed February, 10, 2024. <https://www.refworld.org/legal/legislation/natlegbod/1992/en/14515>.
- Flaminio Costa v E. N. E. L.* Case 6/64 (ECJ, 15 July 1964).
- Hughes, Charles Evans. "Speech before the Elmira Chamber of Commerce, May 3, 1907." In *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes Governor of New York 1906–1908*, 133–146. New York: The Knickerbocker Press, 1908.

- Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*. Case 11–70 (ECJ, 17 December 1970).
- Johnson, Marc. “The models of Parliamentary Sovereignty.” Last modified December 2017. <https://legalexresearch.blogs.bris.ac.uk/2017/12/the-models-of-parliamentary-sovereignty/>.
- Krajewski, Markus. *Völkerrecht*. Nomos, 2017.
- Kruk, Maria “Progrès et limites de l'état de droit.” *Pouvoirs* 3, no. 118 (2006): 73–88.
- Loizidou v Turkey* (Preliminary Objections) (23 March 1995) Series A no. 15318/89.
- Parti écologiste 'Les Verts' v European Parliament*. Case 294/83 (ECJ, 23 April 1986).
- Potacs, Michael. “Effet utile als Auslegungsgrundsatz.” *Europace* 44 (2009): 465–87.
- Rapport de la Cour constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg, 4ième Congrès de la Conférence mondiale sur la justice constitutionnelle*. “L'Etat de droit et la justice constitutionnelle dans le monde moderne.” (Vilnius, Lituanie, Septembre 2017). Accessed February, 10, 2024. <https://lrkt.lt/data/public/uploads/2021/10/luxembourg-constitutional-court-fr.pdf>.
- Rousseau, Jean-Jacques. *Du Contract social ou Principes du Droit Politique*. Amsterdam: Marc Michel Rey, 1762.
- Sudre, Frédéric, Laure Milano, Hélène Surrel. *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14e édition. Paris: Puf, 2014.
- Verfassungsgesetze in Österreich*. Accessed February, 10, 2024. <https://www.parlament.gv.at/verstehen/politisches-system/bundesverfassung/verfassung/>.
- Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities*. Cases C-402/05 P and C-415/05 P (ECJ, 3 September 2008).

Райнер Арнольд. Конституційне правосуддя та реалізація ключових цінностей конституціоналізму

Анотація. Судді відіграють значну роль у сучасному конституціоналізмі. Вони тлумачать як звичайні закони, так і конституцію. Їхнє завдання – довести конституцію до її повного вираження та захистити її судовими засобами. Судді повинні розуміти конституцію як живий інструмент, динаміку якого вони мають враховувати у своїй юриспруденції. Це вимагає застосування телеологічного методу тлумачення, який полягає у пошуку об'єктивної мети конституції, того, як ця мета розуміється на момент тлумачення, незалежно від поглядів історичних творців конституції.

Суддя, особливо конституційний суддя, повинен включити до свого розгляду основні конституційні цінності – людську гідність, свободу та рівність – і взяти до уваги ці принципи для тлумачення. Конституція також містить неписані закони; зробити їх видимими – це функція суддівського тлумачення. Конфлікти між конституційними цінностями мають вирішуватися на підставі принципу практичної узгодженості. Важливо, щоб у разі обмеження свободи належним чином застосовувався принцип пропорційності й поважалася суть фундаментального права.

Суддя також виконує функцію інтернаціоналізації, оскільки він / вона належним чином враховує вплив між- і наднаціонального права, як це передбачено конституцією. Зокрема, національні фундаментальні права мають тлумачитися у світі регіональних і універсальних гарантій прав людини.

Ключові слова: динамічне тлумачення; об'єктивна воля Конституції; неписане конституційне право; тлумачення на користь між- і наднаціонального права.

Rainer Arnold. Constitutional Justice and the Realization of the Key Values of Constitutionalism

Abstract. Judges play a pivotal role in contemporary constitutionalism, interpreting both ordinary laws and the Constitution. Their role involves fully realizing the Constitution's intent and safeguarding it through judicial mechanisms. Judges must approach the Constitution as a living document, integrating its evolving dynamics into their jurisprudence. This requires employing a teleological approach, seeking the Constitution's objective intent as understood at the time of interpretation, independent of the framers' historical perspectives.

Judges, particularly constitutional judges, must consider the Constitution's core value system – human dignity, freedom, and equality – and integrate these principles into their interpretations. The Constitution encompasses unwritten laws, and revealing these is essential to judicial interpretation. Conflicts between constitutional values should be resolved through the principle of practical concordance.

Judges also serve an internationalization function, considering the influence of inter- and supranational law as envisioned by the Constitution. National fundamental rights should be interpreted in alignment with regional and universal human rights frameworks.

Keywords: dynamic interpretation; objective will of the Constitution; unwritten constitutional law; interpretation in favor of inter- and supranational law.

Одержано / Received 14.11.2022

СУЧАСНІ МЕЖІ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПАТРІОТИЗМУ

Завданням запропонованої статті є дослідження сучасних викликів, які виявляють межі конституційного патріотизму як у його теоретичному, так і в практичному вимірі. Для його реалізації ми зупинимося на історії появи концепту конституційного патріотизму в контексті політичної історії повоєнної Німеччини (I), універсалізації цього концепту, що відбулася насамперед завдяки працям Ю. Габермаса (II), діалектиці універсальних цінностей та їх партикулярних культурно-політичних інтерпретацій як сутності конституційного дискурсу (III), необхідності застосування диференційованого підходу до аналізу концепту конституційного патріотизму залежно від контекстів складних взаємодій “більшості” та “меншостей” в рамках автономної ліберально-демократичної політичної культури (IV), специфічному кейсі українського конституційного патріотизму, який вкладається в рамки партикуляристської інтерпретації цього концепту (V) питанні можливого майбутнього конституційного патріотизму у зв’язку з політичними та світоглядними зрушеннями, що відбуваються в сучасному світі (VI).

I. До історії поняття “конституційний патріотизм”

Поняття конституційного патріотизму (*Verfassungspatriotismus*) з’явилося у ФРН у 1970-х роках, ставши результатом тривалого осмислення післявоєнної ідентичності німців Західної Німеччини. Теоретиком конституційного патріотизму у його сучасному значенні філософсько-правової та філософсько-політичної доктрин вважається Дольф Штеренберг, який 23 травня 1979 року, у день 30-річчя заснування ФРН, опублікував однойменну статтю в газеті “Frankfurter Allgemeine Zeitung.”¹ Своєю чергою, Штеренберг спирався на теоретичний спадок Арістотеля, Ханні Арендт і, особливо, Карла Ясперса.²

Ідея Ясперса щодо колективної відповідальності німців за злочини, здійснені під час Другої світової війни конституювали тісний зв’язок між пам’яттю та демократичною по-

* Роман Віталійович Зимовець, кандидат філософських наук, науковий співробітник відділу філософії культури, етики та естетики Інституту філософії імені Г. С. Сковороди НАН України.

Roman Zymovets, Candidate of Philosophical Sciences, researcher at the Department of Philosophy of Culture, Ethics and Aesthetics of the Institute of Philosophy named after H. S. Skovoroda of the National Academy of Sciences of Ukraine.

e-mail: romanzim-ovets@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6045-6374>

¹ И. Н. Барциц, *Конституционный патриотизм. Четыре европейские реинкарнации и российская версия* (Москва: Издательский дом “Дело,” 2018), 15.

² Jan-Werner Muller, *Constitutional Patriotism* (Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2007), 18, 21.

літичною культурою. Конституційний патріотизм відштовхується від негативної пам'яті про злочини, які були зумовлені, у тому числі, і певними традиційними упередженнями, вплетеними у тканину "старої" німецької культури та ідентичності. До цього дотична й інша риса конституційного патріотизму – його активний характер. Конституційний патріотизм не є байдужим чи нейтральним щодо самого себе, власних принципів і підвалін. Він є рефлексивним у сенсі розуміння власної крихкості перед лицем антидемократичних та антиліберальних сил, що також зумовлено його зв'язком з негативною пам'яттю.

З іншого боку, спираючись на "республіканізм" Арістотеля та Арендт, Штеренберг розглядає зв'язок між конституційним і національним патріотизмом лише як тимчасову історичну реальність. Зокрема, давньогрецька відданість демократії не передбачала необхідного зв'язку з етнічною спільнотою. Так само до епохи національних революцій та появи відповідних держав (тобто до кінця XVIII століття) патріотизм переважно мав конституційний характер у сенсі прихильності до держави та її законів, а не до конкретної нації співвітчизників. Отже, сучасний конституційний патріотизм можна розглядати як повернення до умовного донціонального стану.³ У такій інтерпретації конституційний патріотизм постає як субстанційна форма соціальної інтеграції, яка передує національній інтеграції та водночас наслідує її.

Усі три наведені вище риси конституційного патріотизму – зв'язок з негативною пам'яттю, активізм, субстанціалізм – так чи інакше відсилають нас до специфічних історичних умов Західної Німеччини, що природно викликало "генеалогічну" лінію критики цього поняття. Далеко не всі нації настільки обтяжені власною негативною пам'яттю і, відповідно, змушені долати її шляхом конструювання нової ідентичності. Так само апеляція до конституційного патріотизму як до певного субстанційного стану, що передував традиційному національному патріотизму і водночас долає його у сучасному та майбутньому, видає стару прихильність німецької політичної думки до етатизму з його акцентом на лояльності держави та верховенстві права.⁴

Однак концептові конституційного патріотизму вдалося подолати специфічні умови власного виникнення та набутти універсального характеру завдяки прогресуючій глобалізації та космополітизації світу. У теоретичному ж авангарді такого долання стояв Ю. Габермас.

Прикметно, що німецький філософ застосовує концепт конституційного патріотизму у 1986 році – під час так званого спору істориків у Німеччині, у якому він брав активну участь.⁵ Цей спір стосувався багатьох неоднозначних історичних аспектів Другої світової війни, зокрема страждань німців від звірств радянської армії, подібності німецької та радянської систем концтаборів тощо. Але в центрі цієї дискусії, так чи інакше, опинилося концептуальне питання німецької ідентичності, зокрема нав'язаного переможцями сприйняття минулого, що нібито заважало формуванню нормальної колективної

³ Muller, *Constitutional Patriotism*, 22.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, 26.

пам'яті, історичним пошукам істини та вільним дискусіям. Частина правоконсервативних істориків наполягала на відновленні “нарративної моделі” німецької історіографії, яка б дозволила подолати травми минулого й “відновити” німецьку ідентичність. У рамках цієї моделі передбачалося, що злочини націонал-соціалізму не повинні розглядатись як щось екстраординарне, вони стоять в одному ряду із такими масовими злочинами ХХ століття, як, скажімо, геноцид вірмен або громадянська війна у постреволюційній Росії. Проти такої “нормалізації” німецького минулого рішуче виступив Габермас, для якого не могло бути жодного включення націонал-соціалістичного періоду в традиційну історичну оповідь. Навпаки, лише рішучий розрив із цим минулим і формування нової колективної ідентичності могли би стати запорукою неповторення цього досвіду. Подолання націонал-соціалістичного минулого зумовлює конституційний патріотизм як “єдино можливу форму патріотизму” для громадян ФРН.⁶

Отже, здається, Габермас слідує цілком в річищі роздумів Штеренберга, аплікуючи поняття конституційного патріотизму насамперед щодо західнонімецької післявоєнної ідентичності. Але насправді німецьке походження цього концепту не повинно затуляти того універсалістського потенціалу, який у ньому закладений і який Габермас послідовно розгортатиме у своїх працях. Німецький філософ вбудовує концепт конституційного патріотизму в потужний теоретичний ланцюг традиції ліберального космополітизму, що бере початок від кантівського проекту “вічного миру.” Логіка універсалізації конституційного патріотизму, на думку Габермаса, закладена в самій еволюції модерної політичної практики, яка йде шляхом формування більш абстрактних форм колективної ідентичності.

II. Концепт конституційного патріотизму у філософії Ю. Габермаса

Попри те, що Габермас не розробив самостійної теорії конституційного патріотизму, цей концепт є вбудованим у його соціальну, політичну і правову філософію як з логічної, так і з нормативної точки зору.⁷ Далі ми спробуємо простежити логіку появи та обґрунтування концепту конституційного патріотизму в перспективі соціальної, морально-етичної та політичної філософії Габермаса.

Конституційний патріотизм для Габермаса – це до певної міри закономірна форма соціальної інтеграції, яка стає результатом довгого процесу модернізації. Просвітництво являє собою ключову віху цього процесу, оскільки саме воно знаменує собою початок рефлексивного осмислення традицій. Перше таке осмислення виникає на рівні національної ідентичності. Формування модерних націй віддзеркалює культурно-політичний аспект модернізації. За Габермасом, сучасні нації та відповідна їм ідентичність постали як результат рефлексивного опанування традицій і в цьому сенсі є абстрактнішими формами соціальної інтеграції порівняно з домодерними суспільствами.

⁶ Юрген Хабермас, “Граници неисторизма. Беседа с Жаном-Марком Ферри,” в *Политические работы*, пер. с нем. Б. М. Скуратова (Москва: Праксис, 2005), 140.

⁷ Predrag Zenovic, “Constitutional patriotism in the context of Habermas’s political philosophy,” *Prolegomena* no. 20 (1 2021): 119–36.

Політична свідомість приналежності до нації виникає з динаміки, яка вперше охопила населення після процесів економічної і соціальної модернізації, що зірвали людей з їх місць у соціальній ієрархії, водночас мобілізуючи та ізолюючи їх як індивідів. Націоналізм є формою свідомості, яка передбачає рефлексивне та історіографічно відфільтроване прийняття культурних традицій.⁸

За Габермасом, націям завжди була притаманна амбівалентність, напруга “між універсальністськими ціннісними орієнтаціями правової держави і демократією, з одного боку, та партикуляризмом нації, що відмежовує себе від зовнішнього світу, з іншого.”⁹ Власне і “внутрішній” егалітаризм націй, як відомо, не був швидким досягненням. Спочатку до категорії громадян належали лише обмежені групи населення, зазвичай чоловіки з відповідним рівнем статків. Але поступове включення різних груп населення в категорію громадян незалежно від їх походження, статі, кольору шкіри і статків послідовно створювало новий рівень юридично опосередкованої соціальної інтеграції.¹⁰ Три провідні групи громадянських прав – ліберальні, політичні та соціальні – поступово стали надбанням усього дорослого населення відповідних націй.

Цей процес “внутрішньої егалітаризації” націй супроводжувався поступовою автономізацією політичної культури. Вже закінчення європейських релігійних війн дало потужний імпульс для формування політичної культури, відмінної від етичних вподобань (“концепцій блага”) громадян, які її поділяли. Подальший розвиток модерних націй дедалі більше сприяв автономізації політичної культури від розмаїття концепцій “доброго життя,” яке сповідували чи могли сповідувати її громадяни. Спільний публічно-політичний простір не є місцем для суперечки навколо тих чи інших ідеалів життя чи конфесійних вподобань. Він є сферою інституційно-правового впорядкування ключових умов спільного життя; решта залишається у приватній сфері. Автономізація політичної культури, яку ми спостерігаємо протягом усього модерного часу в межах національних держав, дає підстави сподіватись і на поступове вироблення абстрактнішої колективної ідентичності громадян, яка буде спрямована не на минуле спільної історичної долі, а на майбутнє, відкрите для включення нових громадян, що належать до різних етнічних чи культурних груп.

Щодо національного партикуляризму, який відмежовує та навіть протиставляє націю зовнішньому світу, то він суттєво послаблюється у другій половині ХХ століття. Подальша комунікаційна, культурна й економічна глобалізація як ніколи раніше зумовили зближення різноманітних гетерогенних форм життя. Економічна мобільність призвела до збільшення міграційних потоків і, як наслідок, груп мігрантів у розвинутих країнах. Більш-менш

⁸ Jurgen Habermas, “Citizenship and National Identity,” trans. by William Rehg, in *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1996), 493.

⁹ Юрген Хабермас, “Историческое сознание и посттрадиционная идентичность. Западная ориентация ФРГ,” в *Политические работы*, пер. с нем. Б. М. Скуратова (Москва: Праксис, 2005), 120.

¹⁰ Юрген Хабермас, *Вовлечение Другого. Очерки политической теории*, пер. с нем. Ю. С. Медведева (СПб: Наука, 2001), 235.

гомогенні суспільства громадян почали трансформуватися в напрямку відносної відкритості іноземцям. Водночас самі громадянські нації стали більш чутливими до внутрішньої культурної гетерогенності, яка неодмінна мала місце або як “залишковий ефект” національної гомогенізації, або як результат довгого статусної дискваліфікації певних груп.

Ці явища знайшли теоретичне відображення в політичній філософії мультикультуралізму, у рамках якої було порушено питання так званих колективних або групових прав. Мультикультуралізм багато в чому став реакцією на дефіцит класичної ліберальної теорії, яка не мала теоретичного інструментарію для пояснення культурних вимог різноманітних груп за умови, якщо провідні ліберальні права є інституціалізованими. Проте саме наростаюче зближення гетерогенних форм життя внаслідок прогресуючої глобалізації світу виявили важливість колективних (групових) прав, більшість яких стосувалися питань збереження та розвитку культур відповідних груп, зазвичай меншин (етнічних і національних), які утворилися в тих чи інших державах унаслідок міграційних процесів. Ось чому мультикультуралізм можна вважати таким, що випливає з логіки або з “контексту” класичного лібералізму.¹¹ В обох випадках ідеться про захист меншин, але в першому він зосереджений на індивідуальних правах, у другому – на колективних.

На нашу думку, сучасний концепт конституційного патріотизму, у тому числі і в його найбільш авторитетній інтерпретації Ю. Габермаса, необхідно розглядати насамперед як спробу визначити джерела соціальної інтеграції та ідентичності в епоху мультикультуралізму. Йдеться не про окрему категорію спільнот, які можна визначити як мультикультурні (наприклад, США, Швейцарія або сучасні ФРН і Франція), а про те, що будь-яка сучасна державна спільнота повинна розглядатись під кутом зору мультикультурності – якщо не актуальної сучасної, то потенційної майбутньої. Такий розгляд зумовлюється проекцією модерного соціального розвитку з його дедалі комплекснішими і водночас абстрактнішими формами соціальної інтеграції в майбутнє. Водночас він підкріплюється нормативною логікою розгортання сучасної моральної свідомості, яка дедалі більше набуває “постконвенційного” характеру.

У “Моральній свідомості та комунікативній дії” Габермас виокремлює три рівня інтеракції та моральної свідомості, які виявляються як на онтогенетичному рівні розвитку індивідуального морального судження, так і на філогенетичному рівні розвитку суспільних норм і способів їх обґрунтування.¹² Преко́нвенційний ступінь інтеракції та моральної свідомості характеризується через взаємну спрямованість перспектив “Я” і “Ти” й відповідно через стратегічну, направлену на успіх дію. На конвенційному ступені у гру вступає перспектива стороннього спостерігача (“Вони”), завдяки чому з’являється різновид дій, що регулюються нормами. До стратегічної інтеракції тут додається взаємодія, спрямована на досягнення розуміння. На цьому ступені поступово визріває розуміння значення належ-

¹¹ Уилл Кимлика, *Современная политическая философия. Введение*, пер. с англ. Сергея Моисеева (Москва: издательский дом Государственного университета – Высшей школы экономики, 2010), 427.

¹² Юрген Хабермас, *Моральное сознание и коммуникативное действие*, пер. с нем. Д. В. Складнева (СПб.: Наука, 2000), 237–246.

ного, а також інтерсуб'єктивного авторитету спільної волі. Саме конвенційна інтеракція та моральна свідомість характеризують національні життєві світи з їх розумінням спільного блага, необхідності підпорядкування закону і спільним рішенням.

Але в сучасному глобальному світі конвенційні моральні настанови проблематизуються. Люди можуть мати й часто-густо мають різні розуміння не лише благаго, але й належного.

З переходом до постконвенційного ступеня інтеракції доросла людина долає наївність повсякденної практики. Вона залишає даний їй від природи соціальний світ, у який вона вступила при переході до конвенційного ступеня. Для учасника дискурсу блякне актуальність взаємозв'язку досвіду; не меншою мірою ніж об'єктивний характер речей та подій блякне для нього й нормативний характер існуючих порядків.¹³

Ця ситуація релятивізації ціннісно-нормативного горизонту традиційних (у цьому випадку – національних) життєвітів робить моральний дискурс єдиною точкою опори для суджень, які претендують на всезагальність. Не універсальність норм, а універсальність процедур дискурсу, що своєю чергою вбудована в нашу повсякденну мову, є ознакою постконвенційного етапу. І лише з огляду на таким чином зрозумілі дискурсивні процедури будь-яка норма може бути перевірена на предмет її універсальності, тобто прийнятності для всіх, кого вона стосується.

Перехід від одного рівня інтеракції та моральної свідомості до іншого розуміється Габермасом як відповідь на ті проблеми, з якими людська взаємодія стикається на попередньому рівні. Так, перехід до конвенційного ступеня був зумовлений неможливістю побудови стійких соціальних структур на підвалинах виключно стратегічної взаємодії. Перехід до постконвенційного ступеня зумовлений релятивізацією національних життєвітів, “ціннісним поїтеїзмом,” який настає в епоху глобалізації. Кожен із цих переходів є результатом “конструктивного навчання” – не в сенсі інституціалізованого процесу, а в сенсі досягнення нового рівня рефлексивності щодо обґрунтування принципів взаємодії.

Щодо нашої теми цей дещо абстрактний етичний відступ має безпосередній стосунок. Він вказує на “нормативне місце” конституційного патріотизму, яким є постконвенційна стадія інтеракції та моральної свідомості. Конституційний патріотизм з'являється як елемент цього нового, суто рефлексивного ставлення до нормативності, коли її традиційні джерела, вкорінені в національних життєвітах, релятивізуються та втрачають свою апіорну значимість.

Політичним віддзеркаленням етики дискурсу є деліберативна політика, яку Габермас старанно диференціює як щодо лібералізму з його акцентом на індивідуальних правах, так і щодо республіканізму з його акцентом на етично вкоріненій спільності. Деліберативна політика зосереджена на процесі обговорення політичних рішень у рамках інституціалізованих демократичних процедур. Як етика дискурсу, так і деліберативна політика відмовляються від фігур думки філософії свідомості, яка в політичному плані акцентує увагу на індивідуальних суб'єктах як носіях відповідних прав (лібералізм) або на уявному колек-

¹³ Хабермас, *Моральное сознание и коммуникативное действие*, 242.

тивному суб'єкті, суспільстві, що приймає політичне рішення (республіканізм). Замість цього "теорія дискурсу робить реалізацію деліберативної політики залежною не від колективно дієздатної сукупності громадян, але він інституціалізації відповідних процедур."¹⁴ У такий спосіб деліберативна політика віднаходить ще один ресурс суспільної інтеграції, який Габермас визначає як "комунікативну владу."¹⁵ У рамках лібералізму таким ресурсом виступають гроші (яким відповідають стратегічно вмотивовані суб'єкти вільного ринку) та адміністративна влада (яка встановлює відповідні правила гри й зумовлює компроміси). Республіканська модель демократії додає до цього солідарність як результат політичної рефлексії над етичним життєвим контекстом суспільства. Комунікативна влада як джерело інтеграції є чимось більшим, ніж ліберальна інтеграція, але меншим, ніж республіканська етично насичена солідарність. Замість "щільної спільноти" тут постає "децентроване суспільство," розмаїття комунікативних груп, яке, завдяки комунікативним процедурам, генерує комунікативну владу, а остання, відповідно до процедур правової держави, трансформується у владу адміністративну.

У контексті деліберативної моделі демократії конституційний патріотизм може бути визначений вужче та конкретніше, а саме – як її корелят, що забезпечує мотивацію децентрованого суспільства вирішувати питання спільного життя в рамках певного політичного цілого. Але чому цей патріотизм є саме "конституційним," а не, скажімо, громадянським? Які фундаментальні риси конституції та конституційного дискурсу дають змогу обґрунтувати специфічну мотивацію громадян, позбавлених етично вкоріненої солідарності до участі у спільному політичному житті? За Габермасом, такою фундаментальною рисою слід вважати поєднання у конституційному дискурсі універсальних норм та їх партикулярних інтерпретацій, пов'язаних із такою, що історично склалася, політичною культурою.

III. Конституційна діалектика універсального та партикулярного

Габермас вказує на той факт, що конституції демократичних держав втілюють одні й ті самі принципи, які мають, по суті, універсальний характер: права людини, демократичне самоврядування, справедливість розподілу суспільних благ тощо. Водночас у рамках конституцій окремих держав ці принципи отримують партикулярні інтерпретації, які відображають складний історичний шлях формування відповідних політичних культур. "Політична культура тієї чи іншої країни кристалізується навколо діючої конституції. У світлі власної історії кожна національна культура кожен раз розвиває відмінне тлумачення одних і тих самих, втілених і в інших формах республіканського устрою принципів – таких як народний суверенітет і права людини."¹⁶ *Тож конституцію можна вважати точкою перетину універсальних політичних цінностей, з одного боку, і культурно навантаженої політичної історії, – з іншого. Універсальні принципи прав людини, демократичного самоврядування, рівності шансів поєднуються тут із конкретно-політичними інтерпретаціями різних*

¹⁴ Хабермас, *Вовлечение Другого*, 395.

¹⁵ *Ibid.*, 395.

¹⁶ *Ibid.*, 217.

видів громадянських прав, партикулярними формами адміністративно-територіального розподілу, місцевого самоврядування, представництва, соціальних гарантій тощо. *Можна говорити про конституційну діалектику універсально-правового та історично зумовленого культурно-політичного, що віддзеркалюється у конституційних принципах та нормах.* Наприклад, універсальний принцип демократичного самоврядування може набувати різноманітних форм залежно від традицій місцевого самоврядування, адміністративно-територіального поділу, прихильності до унітаризму чи федералізму тощо.

Але, вочевидь, ця діалектика універсального та партикулярного була притаманна й конституціям класичних національних держав XIX–XX століть, хоча концепт конституційного патріотизму не був для них актуальним. За Габермасом, конституційний патріотизм як специфічний мотиваційний феномен з'являється після того, як “культура та державна політика диференціювалися сильніше, ніж у національній державі старого типу. При цьому ідентифікації з власними життєвими формами і традиціями напластувалися на патріотизм, що зробився абстрактним та таким, що засновується вже не на конкретній нації як цілому, але на абстрактних процедурах та принципах.”¹⁷

Габермас говорить про таке відокремлення політичної культури і як про фактичний процес, і як про завдання, натякаючи на його нормативний характер. “Рівень загальної політичної культури повинен бути відділений від рівня субкультур та їх дополітично сформованих ідентичностей.”¹⁸ Головним чином це стосується субкультури етнічної або культурної більшості, “титової нації,” оскільки з нею часто-густо плутають політичну культуру суспільства загалом. Будь-які дополітично сформовані ідентичності ніби нейтралізуються перед лицем політичної культури, яка завжди центрується навколо конституції (або основних законів, навіть якщо вони й не названі “конституцією”). Така нейтралізація і є переходом від конвенційної до постконвенційної стадії політичної інтеграції. Завдяки відокремленню політичної культури від етично насиченої культури більшості, як і від інших дополітично сформованих культур, сам демократичний процес бере на себе роль соціального інтегратора замість спільних історичних наративів, мови і традиційних культурних практик. Народний суверенітет стає “процедуралізованим” і єдине, чого він потребує для свого здійснення, – підтримки з боку ліберально-демократичної політичної культури, яка має бути увібрана громадянами.¹⁹

Отже, конституційний патріотизм як нормативна ідея працює в напрямку універсалістського розімкнення будь-якої конкретної національної політичної культури. Таке розімкнення грає, насамперед, на користь включення різноманітних мігрантських груп у демократичний процес формування комунікативної влади. Постконвенційна політична культура, відокремлена від етично насиченої культури більшості, стає *відкритою* для включення будь-яких інших груп із власними культурами у політичний процес. Вона є принципово *незавершеною*, оскільки демократичні процеси, що відбуваються в ній, не є запрограмованими на певний

¹⁷ Хабермас, “Историческое сознание и посттрадиционная идентичность,” 129–30.

¹⁸ Хабермас, *Вовлечение Другого*, 217.

¹⁹ Habermas Jurgen, “Popular Sovereignty as Procedure,” in *Between Facts and Norms*, 487.

результат чи, тим більше, на успіх. Інакше кажучи, вона є направленим у майбутнє проектом.²⁰ *Константою залишається лише постійна реінтерпретація конституційних принципів у світлі нового досвіду, тобто той самий процес конструктивного навчання, в рамках якого досягається новий рефлексивний рівень спільного, інституційно оформленого життя.*

Власне тут варто звернути увагу на суперечливий момент, який наявний у габермасівському розумінні конституційного патріотизму. По суті, німецький філософ намагається сумістити дві різні інтерпретації цього концепту, між якими завжди існуватиме напруженість. З одного боку, Габермас досить чітко визначається у своєму розумінні конституційного патріотизму як форми соціальної інтеграції, що приходить на зміну "початковому націоналізму",²¹ тобто як форми політичної мотивації, яка відповідає постконвенційному рівню соціальної інтеракції та моральної свідомості з їх орієнтацією на універсальні норми й дискурсивну практику обґрунтування. З іншого боку, він не втомлюється повторювати, що "опора на принципи правової держави та демократії може <...> стати реальністю у різних націй (на шляху до постанціональних держав) лише у тих випадках, якщо ці принципи вкорінені у різноманітних політичних культурах кожен раз на свій лад."²² Універсалістські принципи конституційної демократії мають бути вкорінені у політичній культурі кожної країни, вони повинні бути суголосними мотивам і переконанням громадян.²³

Першу інтерпретацію можна визначити як *космополітичну*, оскільки в її рамках граничним горизонтом реалізації конституційного патріотизму є все людство, другу – як *партикуляристську*, оскільки вона підкреслює значення партикулярних інтерпретацій універсальних принципів, пов'язаних з локальними політичними культурами, і саме в цих інтерпретаціях укорінює конституційний патріотизм. Перша інтерпретація тяжіє до політичної філософії ліберального космополітизму, яка не визнає за політичними кордонами держав моральної релевантності, друга – до ліберального націоналізму, який наголошує на необхідності певної "соціетальної культури" (В. Кімліка)²⁴ для успішної соціальної інтеграції суспільства. Обидві інтерпретації апелюють до універсальних норм та інклюзивного демократичного політичного дискурсу. Але для першої немає легітимних обмежень інклюзії, всі бар'єри на її шляху можуть бути подоланими завдяки "конструктивному навчанню", моральному дорослішанню, яке веде людство до постконвенційної, а отже й до постанціональної ідентичності. Друга ж вбачає такі обмеження в тих інтерпретаціях конституції, які можуть змінити саму сутність політичного цілого. Отже, різниця вказаних інтерпретацій конституційного патріотизму полягає не в нормативній орієнтації власне цього концепту, а, скоріше, у питанні його застосування.

²⁰ Muller, *Constitutional Patriotism*, 61.

²¹ Хабермас, *Вовлечение Другого*, 216.

²² Хабермас, *Границы неисторизма*, 143.

²³ Habermas, *Citizenship and National Identity*, 499.

²⁴ Під соціетальною культурою Кімліка розуміє "інституційно повну культуру", яка є територіально сконцентрованою та базується на спільній мові: Will Kimlicka, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1995), 76, 80.

Попри намагання несуперечливо поєднати ці дві різновекторні інтерпретації, весь контекст філософії Габермаса вказує на його тяжіння до космополітичного розуміння конституційного патріотизму. Він визнає, що національні традиції та відповідні національні ідентичності продовжують бути життєвою формою, що має привілейований статус. Але на постконвенційній стадії соціальної інтеракції вони вже не потребують “центральної точки, де вони фокусуються й інтегруються у національну ідентичність.”²⁵ Її місце займає конституційно-патріотичний зв’язок, який базується на абстрактній ідеї демократії та прав людини. Але, вочевидь, така відсутність “центральної точки” релятивізує не лише ідентичності в рамках існуючих політичних кордонів, а й ставить під сумнів легітимність самих цих кордонів зі всіма наслідками, що випливають звідси. І хоча теоретики конституційного патріотизму прагнуть відмежуватись від такого роду питань,²⁶ імплікації універсалістської інтерпретації цього концепту є досить очевидними. Врешті-решт сам Габермас ставить питання про “політичну конституцію для плюралістичного світового співтовариства,”²⁷ що досить прозоро висвітлює розвиток його політичної думки загалом і концепту конституційного патріотизму зокрема.

Хоча видається логічним, що послідовне розгортання розуміння конституції як точки перетину універсалістських правових принципів та історичної форми їх втілення з необхідністю веде до розуміння конституційного патріотизму не лише як відданості абстрактним універсальним принципам, а і як захисту конкретної політичної форми їх втілення, тобто конституційного ладу, що має власну, іноді досить важку й емоційно насичену, історію становлення. Звісно, в останньому випадку не йдеться про захист конституційної легальності у всіх її нюансах і деталях. *Проте деякі партикулярні інтерпретації універсальних норм мають принципове значення для ідентичності відповідної політичної культури, і без їх захисту саме політичне ціле стає проблематичним.* Недооцінка цього другого аспекту конституційного патріотизму робить це поняття нерелевантним сьогоdnішнім викликам, а отже і вразливим для критики.

Габермас не відповідає на ключове питання, яке постає у зв’язку з конституційною діалектикою універсального та партикулярного: *яким чином і завдяки чому відбувається те, що він називає “політично-культурним укоріненням” універсалістських основоположень демократичної правової держави?* Вочевидь, стосовно окремих спільнот можна казати про історичний характер такого укорінення. Але як бути з тими спільнотами, культура яких не була суголосна, скажімо, цінностям демократії чи індивідуальної автономії? Як наслідок, без відповіді залишаються і два похідні від цього питання. *По-перше, що робити в тих випадках,*

²⁵ Хабермас, *Историческое сознание и посттрадиционная идентичность*, 130.

²⁶ Я.-В. Мюллер вказує, що конституційний патріотизм – “це не самостійна теорія формування політичних кордонів, а отже, не відповідає на питання про політичне самовизначення, на які конкуруючі теорії, такі як ліберальний націоналізм, цілком могли б відповісти” (Muller, *Constitutional Patriotism*, 48).

²⁷ Юрген Хабермас, *Между натурализмом и религией*, пер. с нем. Б. М. Скуратова (Москва: Весь мир, 2011), 293–331.

коли таке “вкорінення” не відбувається зовсім? По-друге чому, в окремих випадках навіть таке вкорінення не рятує політичні нації від розколу?

Поставлені питання відображають ті виклики, з якими безпосередньо стикнулися багато країн світу за останнє десятиліття. Міграційна криза у Європі спричинила потужний спротив політиці визнання та інклюзії, проявом чого став правий популізм. Цей феномен не можна вважати лише консервативною реакцією, яка відкидає “більшість” титульних націй на конвенційну стадію моральної свідомості. Він, скоріше, вказує на сутнісну проблему універсалістського розуміння конституційного патріотизму: його безпорадність перед тими меншинами, які не хочуть переймати толерантну ліберальну політичну культуру, сформовану більшістю. З іншого боку, масовий рух за сецесію Каталонії, сепаратистські рухи в Шотландії, Країні Басків, на Корсиці, зрештою, Брекзит доводять, що і в рамках успішних ліберальних демократій або об'єднань ліберально-демократичних держав мають місце суспільні розколи.

У рамках концепції конституційного патріотизму перший виклик може бути осмислений як парадокс толерантності: як політична спільнота має поводитись із нетолерантними меншинами, що користуються всіма благами толерантної ліберально-демократичної політичної культури. Другий виклик вказує на більш приховану проблему: за неповагою до ліберально-демократичної культури може приховуватись неповага до культури титульної більшості, яка цю культуру виробила і з якою ця культура залишається пов'язаною у певний унікальний спосіб (наприклад, через використання в політичній культурі відповідної національної мови). У цьому випадку неповага до існуючих політичних інституцій стає лише наслідком неповаги до більшості. Конституційний патріотизм може більш-менш ефективно впоратись із першим викликом, але другий виклик встановлює нездоланну межу для політичної інтеграції нації та рано чи пізно зумовлює сецесію певної частини її громадян.

IV. Парадокс толерантності і межі конституційного патріотизму

Як лібералізм, так і мультикультуралізм завжди виходили з того, що у великих національних суспільствах небезпека походить з боку більшості стосовно меншості чи меншостей. Отже, головне завдання ліберальної політики полягало в тому, щоб забезпечити права меншості (як індивідуальні, так і колективні). Політичні процеси, що відбуваються останніми десятиліттями, продемонстрували, що може відбуватися і зворотне. Небезпека може походити не лише від культури більшості щодо культури меншості, але й від нетолерантних чи іліберальних меншостей щодо політичної культури більшостей.

Вказаний процес вже став предметом обговорення в середовищі політичних філософів. Так, В. Кімліка констатував, що на початку XXI століття відкривається антимультикультуралістський фронт, який звертає увагу на ті небезпеки, які політика мультикультуралізму несе для єдності політичної культури спільнот.²⁸ Вочевидь, надання колективних прав певним групам суспільства ставить їх у привілейоване становище щодо інших

²⁸ Кімліка, *Современная политическая философия. Введение*, 462–63.

груп. Отже, є великі ризики виникнення конкуренції за привілеї, а також невдоволення серед членів непривілейованих груп. Ще жорсткіше із цього приводу висловлюється Ф. Фукуяма. Він пояснює сучасну правопопулістську хвилю, яка дедалі більше захоплює різні країни світу, провалом лівих лібералів, які занадто захопилися питаннями соціальної інтеграції виключених чи маргінальних груп, забувши про більшість, які не лише сформували відповідні політичні культури, а й продовжують надавати їм найістотнішу підтримку. У результаті ці більшість стали маргіналізуватись у рамках політичного дискурсу, але разом із тим зазнала деградації і політична культура. Це зумовило сучасну міграцію політик ідентичності зліва направо, інша назва якої – правопопулістський поворот.²⁹

Які рецепти пропонуються для виходу із цієї ситуації? І чи здатний конституційний патріотизм бути одним із таких рецептів? Кімліка пропонує розрізняти колективні права залежно від того, спрямовані вони на “внутрішні обмеження,” чи на “зовнішній захист” членів відповідних груп.³⁰ Меншина має право на колективні права, якщо її ідентичності загрожують “зовнішні” по відношенню до групи (в межах політичної спільноти) ризики, наприклад втрата рідної мови або статусні обмеження. У цій ситуації, з ліберальної точки зору, варто забезпечити меншину ресурсами, які допоможуть їй захистити суттєві елементи її форми життя. Водночас нелегітимними є повноваження, які дозволяють групі обмежувати своїх членів у ліберальних правах, наприклад забороняти їм виходити з групи або змушувати виконувати певні процедури чи рішення всупереч їхній волі.

Таке розрізнення дозволяє диференціювати два різні види груп відповідно до їх внутрішнього ставлення до своїх членів – ліберальні та ілліберальні, а також різні стратегії конституційного патріотизму, спрямовані на соціальну інтеграцію членів цих груп. Групи, які вимагають прав, спрямованих лише на зовнішній захист, і які не накладають на своїх членів обтяжень, що суперечать ліберальним правам, є сумісними з ліберальною демократією, і конституційний патріотизм в цьому випадку є стратегією інтеграції групи через дискусію щодо справедливості надання тих чи інших колективних прав. Групи, які вимагають права на зовнішній захист, але водночас пропагують і застосовують внутрішні обмеження щодо своїх членів, можуть бути визначені як ілліберальні. За Кімлікою, ліберально-демократична держава не може погодитись з обмеженнями індивідуальних прав. Єдино можлива в цій ситуації стратегія конституційного патріотизму полягатиме в тому, щоб стати максимально привабливою формою вибору для окремих представників ілліберальних груп. Політична інтеграція цих груп можлива лише на рівні індивідуальної інтеграції їх членів.

Диференціація цих двох видів груп зазвичай має ідеально-типовий характер. У реальності часто-густо зовнішній захист і внутрішні обмеження є настільки поєднаними, що їх важко диференціювати одне від одного. Наприклад, обов’язкове шкільне вивчення французької мови у Квебеку може тлумачитись і як зовнішній захист, і як певне внутрішнє

²⁹ Francis Fukuyama, *Identity. Contemporary Identity Politics and the Struggle for Recognition* (London: Profile Books Ltd, 2018), 90, 119.

³⁰ Kimlicka, *Multicultural Citizenship*, 35–44.

обмеження для членів групи. У цих складних ситуаціях стратегія конституційного патріотизму повинна бути спрямована на проведення чіткої лінії розмежування політичної культури суспільства й етично насиченої культури меншості. У практичному плані це означає, що члени меншин, попри специфіку їх форми життя, повинні бути забезпечені всіма ліберально-демократичними правами, від яких залежить продовження їх життя, у тому числі й продовження традицій відповідних груп. Виходячи за рамки групи, скажімо, вливаючись у процес демократичних виборів, їх члени приєднуються до загальної політичної культури суспільства і в цьому сенсі проявляють свій конституційний патріотизм. У кожному конкретному випадку інтеграція групи або її членів є предметом окремого політичного дискурсу, запорукою якого є бажання облаштувати спільне життя в рамках єдиної держави.

Проблема полягає в тому, що на практиці таке бажання може бути відсутнє. Що відбувається в ситуації, коли у частини громадян, яка ідентифікує себе з певною групою, відсутні мотиви долучатися до спільної політичної культури? Ці питання змушують доповнити диференціацію Кімліки ще однією парою. Для політичної інтеграції має значення не лише диференціація меншин на ліберальні та іліберальні, але і їх диференціація залежно від ставлення до культури більшості. Як ліберальні, так і іліберальні групи можуть бути толерантними або нетолерантними щодо культури більшості. І саме на цьому рівні космополітичні стратегії конституційного патріотизму впираються у нездоланий бар'єр, а найбільш реалістичним виходом із цієї ситуації стає сецесія частини громадян з політичного цілого, яка може мати мирний або конфліктний характер (див. таблицю).

Стратегії конституційного патріотизму залежно від типу груп,
що претендують на колективні права

	Ліберальні групи	Іліберальні групи
Толерантні щодо більшості	Групова інтеграція	Індивідуальна інтеграція
Нетолерантні щодо більшості	Мирна сецесія	Конфліктна сецесія (війна)

Як може проявлятися нетолерантність груп щодо політичної культури більшості? І чи не є ця нетолерантність зворотнім боком різноманітних ефектів несправедливості, які приховує ця культура? Класичний лібералізм і мультикультуралізм схильні позитивно відповідати на останнє питання. Але така відповідь аж ніяк не вирішує проблему нетолерантних меншостей ні в теоретичному, ні у практичному плані. Питання в тому, що навіть власне тонка й абстрактна політична культура залишається пов'язаною з політичною культурою більшості, що її сформувала. Але чи варто вважати таку пов'язаність перешкодою на шляху політичної соціалізації окремих груп?

Габермас наголошує на тому, що толерантність передбачає наявність "добрих" і раціональних суб'єктивних аргументів, на підставі яких громадяни приходять до обґрунтованої незгоди, яка, однак не зачіпає їх інтеракції на політичному рівні. Толерантність

слід відрізняти від упереджень, які неможливо толерувати, їх можна лише долати.³¹ Але, спираючись на таке визначення, відданість “більшостей” певним партикулярним елементам власних політичних культур також може бути обґрунтована з позицій “добрих” раціональних суб’єктивних аргументів і в цьому сенсі легітимно вимагати толерантності до себе. До таких партикулярностей необхідно віднести мову політичної культури та її історичну спадщину, без якої відповідна політична культура втрачає свою ідентичність.

Будь-яка політична культура має свою мову, тобто мову, яку використовують політичні та адміністративні інституції. Тривалий час на значній території Європи цією мовою була латина. З поступовою націоналізацією держав навіть імперські державні інституції перейшли на мови більшостей населення, тобто, власне, на національні мови.³² Як доводять і історичні, і сучасні приклади, мова політичної культури не повинна збігатися з етнічними кордонами відповідних носіїв. Для нормального розвитку політичної культури достатньо того, щоб цією мовою володіли всі члени політичного цілого, тобто щоб була певна прихильність до мови політичних інституцій.³³ Але мають місце приклади відмови від участі в політичній культурі саме через небажання приймати мову цієї культури. Яскравий приклад – Канада, у якій боротьба франкофонів призвела до інституціоналізації французької мови як “федеральної.” Українські події 2014 року теж є прикладом поділу політичної нації *у тому числі* за мовним принципом. При цьому лінія розмежування пролягала не між українськомовними та російськомовними українцями, а між прихильниками української мови як єдиної державної (мови політичних інституцій) і прихильниками надання статусу державної російській мові. Для обох груп громадян це питання мало не стільки утилітарний, скільки важливий символічний характер.

Габермас наводить приклади США і Швейцарії як країн, у яких спільність мови, етнічного й культурного походження не є конститутивними принципами політичної культури.³⁴ Ці приклади є релевантними лише щодо питання етнічного походження.

У США англійська мова як мова політичної культури від початку існування держави не ставилася під сумнів. Дійсно, сам характер американської держави як “держави емігрантів” вкупі з гарантованими ліберальними свободами й потужним економічним потенціалом завжди робили її привабливою для людей зі всього світу. Але, попри всю мультикультурність цієї держави, саме англійська мова була і продовжує залишатися важливим чинником політичної акультурації та мовою “соціетальної культури,” яка охоплює всі інституції.

³¹ Про різницю між суб’єктивними раціональними аргументами та упередженнями: Хабермас, *Между натурализмом и религией*, 288.

³² Іноді це були не мови більшостей, а найбільш розвинуті та пристосовані до адміністративного управління мови (наприклад, німецька в Австрійській монархії).

³³ Саме прихильність до англійської мови як мови політичних інституцій зумовила швидкий процес інтеграції мігрантів у політичну культуру США. Так само прихильність російськомовних українців до української мови зумовлює їх безпроблемну інтеграцію в українську політичну культуру.

³⁴ Habermas, *Citizenship and National Identity*, 500.

Швейцарія дійсно є одним із небагатьох прикладів держав, політична культура яких базується на кількох державних мовах. Але специфіка швейцарської мультикультурності не в останню чергу вкорінена у довгому протистоянні її кантонів оточуючим політичним світам як через їх географічну відокремленість, так і через зазіхання могутніших монархічних держав, насамперед Священної Римської імперії. Протистояння зовнішнім силам пояснює і той факт, що до середини XIX століття Швейцарія була, по суті, військово-політичним союзом незалежних кантонів. А її знаменитий “нейтралітет,” тобто свідоме дистанціювання та до певної міри протиставлення себе оточуючому світу є осереддям швейцарського дискурсу ідентичності, який визначає не лише минуле цієї політичної нації, але і її проєкт майбутнього.³⁵ Політична історія Швейцарії, безумовно, демонструє, що принципом національної інтеграції може бути не лише мова, яка так чи інакше відсилає до певного етносу, а й колективна пам’ять про спільну боротьбу та обстоювання свободи. Проте саме ця пам’ять конститує непереможну специфіку політичної культури, яка пов’язує її з громадянською більшістю. Аналогічна за своєю структурою колективна пам’ять про боротьбу за свободу притаманна й американській політичній культурі.

Приклади США і Швейцарії демонструють пов’язаність навіть тонкої політичної культури мультикультурних націй з культурою більшості або через мову, або через спільну політичну пам’ять, або і через мову, і через пам’ять. Звісно, ліберально-демократична політична культура за визначенням повинна бути відкритою для включення як нових громадян, так і нових груп. Але вимога поваги до партикулярності відповідної політичної культури є достатньо “добрим” раціональним аргументом з боку політичної більшості, *яка в такий спосіб обґрунтовує підвалини політичної єдності в межах конкретного політичного цілого*. Відповідно, нові громадяни або групи громадян можуть або (а) беззаперечно приймати цей аргумент, або (б) ставитись до нього з толерантністю (не погоджуючись із ним у певних моментах, але поважаючи його когнітивну силу), або (в) не приймати його як такий. У випадках (а) і (б) конституційний патріотизм стає ефективною формою інтеграції. У випадку (а) він тяжіє до ліберального націоналізму у визначенні Кімліки як поділу спільної соціетальної культури, на якій ґрунтується і культура політична. У випадку (б) він тяжіє до деліберативної моделі демократії, коли суперечності сторін, що толерантно ставляться одна до одної, можуть бути розв’язані у довгостроковій перспективі за допомогою вдосконалення ліберально-демократичних процедур. У випадку (в) конституційний патріотизм обмежується захистом наявної політичної культури, тобто набуває форми партикулярного конституційного патріотизму. *Тут автономна й толерантна політична культура натикається на свою межу у вигляді необхідності збереження умов власної можливості*.

Запропонований підхід до розуміння конституційного патріотизму може бути визначений як диференційований, оскільки він ставить цей концепт у залежність від характеру інтеракції більшості та меншості в рамках ліберально-демократичної політичної культури.

³⁵ Jean-Claude Favez, “Between Myth and Memory: Swiss History and the Present Day,” *Contemporary European History* 3, no. 3 (1994): 363–65.

Варіант (а) є найбільш безпроблемним, адже він передбачає політичну акультурацію меншостей в рамках існуючих партикулярностей політичної культури більшості. Водночас ліберально-націоналістична версія політичної культури може виявляти нечутливість до тих вимог меншостей, які більшість вважає надмірними. Саме тут виявляється потреба в делібератції, результатом якої може бути зміна ліберально-демократичних процедур і свідомої трансформації політичної культури (варіант (б)). Але конституційний патріотизм перетворюється на стратегію захисту більшості у випадку, коли меншість не приймає партикулярність політичної культури більшості як таку, попри ліберально-демократичний характер цієї культури (в).

Чи задовольнить запропонований підхід прихильників космополітичного тлумачення конституційного патріотизму? Відповідь на це питання залежить від того, чи приймуть вони вищенаведені аргументи на захист партикулярності політичної культури як “добрі” та “раціональні.” Як ми спробували довести, ці аргументи повною мірою можуть бути визначені як такі, адже саме партикулярна інтерпретація універсального надає останньому тої ваги, яка вмотивовує на захист як універсальних цінностей, так і політичної спільноти, що їх втілює. З конкретною формою такого втілення можна суб’єктивно не погоджуватись, але її не можна раціонально не толерувати. Нетолерантність до таких аргументів може свідчити про упередження меншості, які мають місце не стільки до конкретної форми політичної культури, скільки до етично насиченої культури більшості, яка її сформувала. Тобто будь-яке просування в бік більш всеосяжної конституційно-патріотичної політичної єдності можливе лише на шляху взаємного толерування всіх актуальних і потенційних учасників такої єдності (варіант (б)). Саме на цих підвалинах Канада спромоглася інституціалізувати другу мову її політичної культури. Відсутність такого толерування не лише унеможливає інтеграцію політичної спільноти, а й стає причиною її дезінтеграції, виразом чого є як правий популізм, так і політична радикалізація певних меншин (наприклад, рух BLM у США). В обох випадках ідеться вже не про інституціалізацію більш справедливої ліберально-демократичної процедури, а про визнання переваг, привілеїв, зрештою, влади відповідних груп громадян.

V. Україна: кейс партикулярного конституційного патріотизму

Цей текст був написаний до широкомасштабної агресії та мав закінчуватись аналізом української інтерпретації Мінських домовленостей як кейсу українського партикулярного консерватизму. Попри те, що Мінський процес вже став частиною історії, диференційований підхід до феномену конституційного патріотизму дає змогу визначити позицію України у 2014–2022 рр. у складному контексті відносин підтримуваної ззовні нетолерантної меншості та культурно вмотивованої ліберально-демократичної більшості.

Як відомо, Мінські домовленості, підписані Україною у важкій ситуації зовнішнього тиску, вимагали внесення змін до Конституції України та передбачали визнання особливого статусу Окремих районів Донецької та Луганської областей (ОРДЛО). Соціологічне опитування, проведене ще у 2016 році, продемонструвало, що більшість українців хотіли б

винести питання автономії ОРДЛО на всеукраїнський референдум. Своєю чергою, на референдумі більшість висловились би за визнання цих територій окупованими та надання їм відповідного статусу. Близько 30% респондентів висловилися б за надання ОРДЛО автономного статусу у складі України.³⁶ Тобто більшість громадян України, а також український політичний клас не бажали зміни Конституції України, принаймні в тому напрямі, який пропонувався в рамках Мінських домовленостей. Чи була така позиція “упередженням” українців? Чи українські громадяни мали достатньо добрі раціональні аргументи для захисту своєї позиції?

Спробуємо спочатку гіпотетично відповісти на це питання з позиції космополітичного розуміння конституційного патріотизму. Відповідно до нього найбільш релевантним кроком була би спроба вироблення нової політичної культури, яка охоплювала би правові вимоги ОРДЛО. Однією з ключових таких вимог був офіційний статус російської мови. Враховуючи переважну російськомовну більшість у цих регіонах, така вимога здавалася доволі раціональною та легітимною. Як бачимо з наведеного вище дослідження, не проти нього була і значна кількість громадян України. Здається, тут мав включатися варіант (б) і сторони мали би сісти за стіл переговорів і виробити спільні підвалини нової, більш тонкої політичної культури, яка б меншою мірою залежала від етично насиченої культури української більшості держави. Власне прихильність ЄС і, зокрема, Німеччини (пригадаємо хоча б “формулу В. Штайнмаєра”) до імплементації Мінських домовленостей пояснюється не лише “погоджувальною” політикою щодо Росії або особливістю “східної політики” повоєнної Німеччини. Вона дійсно відповідала тому мультикультуралістському контексту, який вже багато десятиліть формує ментальний фон європейської політичної культури. І очевидна недооцінка цього контексту відверто заважала українцям (зокрема й офіційним представникам української влади) адекватно зрозуміти позицію ЄС та Німеччини.³⁷

Справжня проблема, яку далеко не завжди розуміли або бажали розуміти зовні України, полягала в тому, що з 2014 року не було підстав говорити про жодну толерантність групи, представленої ОРДЛО політичній культурі України. Скоріше, навпаки, це взірєць нетолерантної щодо української більшості (насамперед її культури включно з мовою) та ілліберальної за своєю внутрішньою структурою групи, яка запрошувала військових іншої

³⁶ Ставлення українців до мінських домовленостей та статусу тимчасово окупованих територій Донецької та Луганської областей – опитування Центру Разумкова. <https://razumkov.org.ua/uploads/socio/infoDonbas1116.pdf>.

³⁷ В Україні, здається, не звернули уваги на той факт, що ще в середині 90-х років минулого століття в одній зі своїх робіт з політичної філософії Ю. Габермас називає росіян, що проживають в Україні “ущемленою групою,” по відношенню до якої не виказується необхідної поваги щодо “форм діяльності,” “практик,” “світосприйняття.” Така неповага є характерною щодо “гастарбайтерів та інших іноземців у Федеративній Республіці Німеччина, до хорватів у Сербії, до росіян на Україні, до курдів у Туреччині, до інвалідів, гомосексуалістів тощо” (Хабермас, *Вовлечение Другого*, 336). Враховуючи інтелектуальний вплив Габермаса на активну частину німецького суспільства, особливо його лівоорієнтованих громадян, можна зрозуміти витoki неоднозначного сприйняття німцями подій, пов’язаних з анексією Криму та війною на сході України.

держави для доведення власних аргументів і члени якої активно переходили у громадянство цієї держави, проявляючи небажання жити в рамках українського політичного цілого. І діалог із такого роду групою жодним чином не міг сприяти виробленню якоїсь тоншої ліберально-демократичної культури. Він був би принципово асиметричним, тобто таким, у якому нетолерантна меншість чинить тиск на ліберально-демократичну українську більшість за допомогою, у визначенні Габермаса, стратегічних, “позамовних” медіумів впливу.

Інше питання: чи могла б такого роду абстрактніша політична культура бути виробленою до 2014 року? Чи можна було би сподіватися, скажімо, на проведення всеукраїнського національного діалогу щодо суперечливих питань української політичної культури? Чи дозволили б різні колективні ідентичності, – не лише з різними мовами, а й з різними культурними пам’яттями та візіями майбутнього,³⁸ що опинилися в кордонах держави Україна після 1991 року, – виробити абстрактну ліберально-політичну культуру, партикуляризм якої задовольняв би всі залучені сторони? І наскільки висхідним чином толерантними стосовно одне одного були б ці сторони? Ці питання мають залишитися для самокритичного історичного осмислення новітньої української історії, яке ще чекає свого часу.

Очевидним є те, що кордон між толерантними й нетолерантними групами до лютого 2022 року проходив по лінії зіткнення, тож спротив (явний чи неявний) змінам Конституції України був кейсом партикулярного конституційного патріотизму, коли обстоювання ліберально-демократичної політичної культури було безпосередньо пов’язане із захистом тих особливостей Основного закону (унітарність, мова тощо), без яких сумнівною ставала сама ця культура.

VI. Чи є майбутнє у космополітичного конституційного патріотизму?

З початком повномасштабної агресії для України питання внутрішнього узгодження політичної культури, принаймні наразі, втратило актуальність. Іліберальна меншість, яка претендувала на суб’єктність під загальною аббревіатурою ОРДЛО, була поглинена російською державою, яка виступила як агресор, що перестав приховувати власні наміри.

З іншого боку, ця агресія фактично зруйнувала принципи міжнародних відносин, закладені після Другої світової війни, а разом з ними – весь той інтелектуальний фон, який супроводжував розвиток країн Європи як після 1945, так і після 1991 року. Космополітичне розуміння світу, без сумніву, було одним із важливих елементів цього фону, що на різних етапах підживлювався інтеграційними процесами в рамках ЄС, зникненням біполярного світу, економічною глобалізацією. Космополітизм добре відповідав настрою “кінця історії” – мейнстриму першої половини 90-х років минулого століття та постконвенційному розумінню моралі, у тому числі й у її політичній проекції.

Космополітизм другої половини ХХ століття ґрунтувався на двох фундаментальних, онтологічних передумовах: спільній картині єдиного світу, який, завдяки глобалізації,

³⁸ Щодо різних колективних ідентичностей громадян України дивіться: Г. Касьянов, *Україна і соседи: историческая политика*. 1987–2018 (Москва: НЛО, 2019), 21–22; Євген Бистрицький, Роман Зимовець, Сергій Пролеєв, *Комунікація і культура у глобальному світі* (Київ: Дух і літера, 2020), 267–73.

ставав все більш економічно та політично пов'язаним,³⁹ і пацифізму як впевненості в тому, що глобальна війна вже не повториться. Обидві передумови були вкорінені у просвітницькому проєкті модерну разом з його прогресистським спрямуванням до кантівського “вічного миру” й недооціненістю ролі історичних “майстер-нарративів” і корелятивних їм лективних ідентичностей.

Російська агресія зруйнувала обидві передумови. Єдина картина світу розпалася на конкуруючі інтерпретації сучасного стану справ, альтернативні проєкти майбутнього та різні пам'яті про події минулого. Ліберальна демократія не стала універсальною панацеєю від націоналізму, історичного реваншизму, імперських синдромів. Більше того, виявилось, що не лише політичні еліти, а й суспільства можуть відмовлятися від неї (чи від руху в її напрямку) заради фундаментальніших культурно вмотивованих цілей. Виявилось, що принаймні на євразійському континенті існують відмінні світи й паралельні реальності, між якими не лише немає згоди, а й існує принципова незгода, радикальне непорозуміння, зіткнення, які неможливо пояснити з перспективи комунікативної раціональності Габермаса.⁴⁰

Пацифістський мейнстрим сучасного Західного світу підірваний не лише перспективою (чи вже реальністю?) третьої світової війни, а й визнанням того факту, що мир дедалі більше стає предметом відвертого шантажу з боку країн, які не поділяють ліберально-демократичні цінності, включно з фундаментальною цінністю людського життя. “Постгероїчна ментальність” (Габермас) сучасного Західного світу, тобто його неготовність до захисту власних цінностей, у тому числі й військовими засобами, відкриває шлях для тиску з боку держав – ворогів ліберальної демократії. Ліберально-демократичні спільноти стали перед дилемою: захищати фундаментальну цінність людського життя через відмову від частини інших цінностей та прав (наприклад, права на захист культури, ідентичності, зрештою, суверенітету) або ж піддавати ризику життя власних громадян, не поступаючись іншими ліберально-демократичними принципами (у такий спосіб повертаючись до “героїчної ментальності”).

У зв'язку з такою втратою підвалин космополітично орієнтований конституційний патріотизм опинився у скрутному становищі. У сучасних умовах космополітична відкритість означає, у тому числі, відкритість іліберальним групам і спільнотам, які, врешті-решт, підривають самі його основи. Наразі існує тенденція перетворення іліберальних груп у середині ліберальних демократій на агентів впливу держав, що протистоять цим демократіям або ж навіть намагаються знищити їх зсередини. Відкритість політичної культури такого роду ризикам може підірвати життєсвіт відповідного політичного цілого, історія та культурні цінності якого є умовою її можливості.

Звідси напрошується висновок про те, що космополітичний конституційний патріотизм можливий лише в рамках ліберальних демократій, які інтегрують у власні політичні куль-

³⁹ У цьому зв'язку варто пригадати загальноновизнані “демократичні тенденції” в Росії та Китаї у 90-х роках минулого століття та досить органічну інтеграцію цих країн у світовий розподіл праці.

⁴⁰ Є. Бистрицький і Л. Ситниченко, “Філософія і дискурс війни: конфлікт світів як межа комунікативної теорії Юргена Габермаса,” *Філософська думка* 3 (2022): 78–79.

тури тих, хто готовий поділяти їхні принципи. А збереження умов існування самої ліберально-демократичної політичної системи на підвалині кожен раз особливої політичної культури – це вже справа партикулярного, а не космополітичного конституційного патріотизму. Тому лише партикулярний конституційний патріотизм, що обстоює конкретну, культурно-історично вкорінену форму політичної системи, наразі може бути джерелом соціальної інтеграції.

Чи зможе колись стати таким джерелом космополітичний конституційний патріотизм? Це залежить від відновлення двох онтологічних передумов, про які йшлося вище: спільної картини єдиного світу і його пацифістського розуміння. У площині політичної філософії до цих передумов має додатись прояснення фундаментального питання, відповідь на яке виходить за межі цієї розвідки: чи дійсно за умов “повної інформації” та відсутності примусу люди повинні віддавати перевагу ліберальній демократії (у самому широкому значенні цього поняття) над іншими формами державно-політичного устрою, які можна спостерігати в нашому сьогоденні, – ідеологічно визначеною владою меншості, теократією, імперськи вмотивованою диктатурою чи автократією держави загального добробуту?

© Р. Зимовець, 2022

Bibliography

- Bartsyts, Y. N. Constitutional Patriotism. Four European Reincarnations and a Russian Version. [In Russian.] Moscow: Yzdatelsky dom “Delo,” 2018.
- Bystrytskyi, Yevgen, Roman Zymovets and Sergiy Proleiev. Communication and culture in the global world. [In Ukrainian.] Kyiv: Dukh i litera, 2020.
- Bystrytskyi, Ye., and L. Sytnychenko. “Philosophy and discourse of war: the conflict of worlds as a border of the communicative theory of Jürgen Habermas.” *Filosofska dumka* 3 (2022): 64–82.
- Favez, Jean-Claude. “Between Myth and Memory: Swiss History and the Present Day.” *Contemporary European History* 3, no. 3 (1994): 355–65.
- Fukuyama, Francis. *Identity. Contemporary Identity Politics and the Struggle for Recognition*. London: Profile Books Ltd, 2018.
- Habermas, Jurgen. “Citizenship and National Identity.” In *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, 491–515. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1996.
- Habermas, Jurgen. “Popular Sovereignty as Procedure.” In *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, 463–90. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1996.
- Habermas, Jurgen. *The Involvement of the Other. Essays on Political Theory*. [In Russian.] SPb: Nauka, 2001.
- Habermas, Jurgen. *Moral consciousness and communicative action*. [In Russian.] SPb: Nauka, 2000.
- Habermas, Jurgen. “The Borders of Neo-Historicism. A Conversation with Jean-Marc Ferry.” In *Polytycheskye raboty*, 137–46. [In Russian.] Moscow: Praksys, 2005.
- Habermas, Jurgen. “Historical consciousness and post-traditional identity. Western orientation of the FRG.” In *Political works*, 114–36. [In Russian.] Moscow: Praksys, 2005.
- Habermas, Jurgen. *Between Naturalism and Religion*. [In Russian.] Moscow: Ves myr, 2011.

- Kasianov, H. *Ukraine and its Neighbors: Historical Politics. 1987–2018.* [In Russian.] Moscow: NLO, 2019.
- Kimlicka, Will. *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights.* Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Kimlyka, Will. *Modern Political Philosophy. Introduction.* [In Russian.] Moscow: Yzdatelskiy dom Hosudarstvennoho unyversyteta – Vyshei shkoly ekonomyky: 2010.
- Muller, Jan-Werner. *Constitutional Patriotism.* Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2007.
- Zenovic, Predrag. *Constitutional patriotism in the context of Habermas's political philosophy. Prolegomena* 20 (1) (2021): 119–36.

Роман Зимовець. Сучасні межі конституційного патріотизму

Анотація. Наразі “конституційний патріотизм” став одним із загальновживаних концептів політичної філософії. Виникнувши в локальних умовах повоєнного розділення Німеччини, він став особливо затребуваним наприкінці минулого століття у зв’язку з подальшою глобалізацією та мультикультуралізацією світового суспільства і створенням Європейського Союзу. Конституційний патріотизм розглядається насамперед як більш абстрактна форма соціальної інтеграції, яка приходить на зміну традиційній колективній ідентичності національної спільноти у формі ліберально-демократичної політичної культури. У такий спосіб він став відповіддю на закид комунітаризму в бік лібералізму щодо неврахування проблеми мотивації захисту ліберально-демократичних інституцій. У статті доводиться необхідність диференційованого підходу до аналізу конституційного патріотизму. Виокремлюються дві інтерпретації концепту конституційного патріотизму – космополітична та партикуляристська. Парадокс толерантності – проблема толерантного ставлення до нетолерантних щодо ліберальної політичної культури суспільства груп – окреслює екзистенційні межі космополітично витлумаченого конституційного патріотизму. Цей парадокс актуалізувався у сьогоденні внаслідок європейської міграційної кризи, а також гібридних війн, одним з інструментів яких стало використання демократичних інституцій для руйнації конституційного ладу. Сучасні політичні втілення парадоксу толерантності доводять, що автономізація ліберально-демократичної політичної культури завжди має свою межу у збереженні умов існування самої цієї політичної культури, яка, так чи інакше, залишається пов’язаною з етично насиченою та історично вкоріненою культурою більшості.

Ключові слова: конституційний патріотизм; лібералізм; мультикультуралізм; ліберальний націоналізм; космополітизм; толерантність.

Roman Zymovets. Contemporary Limits of Constitutional Patriotism

Abstract. “Constitutional patriotism” has become one of the common concepts of political philosophy. Emerging in the local context of post-war Germany’s division, it gained particular popularity at the end of the last century in connection with the further globalization and multiculturalization of the world community and the creation of the European Union. Constitutional patriotism is seen, above all, as a more abstract form of social integration, replacing the traditional collective identity of the national community with a liberal-democratic political culture. Thus, it was a response to the criticism of communitarianism towards liberalism regarding the underestimation of the problem of motivating the protection of liberal democratic institutions. The article substantiates the need for a differentiated approach to the analysis of constitutional patriotism. There are two interpretations of constitutional patriotism – cosmopolitan and particularistic. The paradox of tolerance – the issue of maintaining

a tolerant attitude towards groups intolerant of the liberal political culture of society – outlines the existential boundaries of universally interpreted constitutional patriotism. This paradox became relevant as a result of the European migration crisis, as well as hybrid wars, one of the tools of which was the use of democratic institutions to destroy the constitutional order. Modern political incarnations of the paradox of tolerance demonstrate that the autonomy of liberal-democratic political culture always has its limits in preserving the conditions necessary for the existence of political culture itself.

Keywords: constitutional patriotism; liberalism; multiculturalism; liberal nationalism; cosmopolitanism; tolerance.

Одержано / Received 04.10.2022

КОНСТИТУЦІЙНА ДОКТРИНА УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЗАЦІЇ, ТРАНСФОРМАЦІЇ ТА ЄВРОПЕЇЗАЦІЇ

Аумки відомих конституціоналістів щодо оцінки стану вітчизняної конституційної доктрини наразі є доволі стриманими. Як зазначає В. Речицький: “Сама собою офіційна доктрина може існувати лише тоді, коли більшість поглядів на роль і функції основного закону є усталеними (“класичними”). У випадку, коли погляди конституційних суддів є хронічно змінюваними, говорити про офіційну конституційну доктрину можна лише із застереженнями, тобто умовно.”¹ Суддя Конституційного Суду України, професор В. Колісник вважає, що “в Україні про офіційну конституційну доктрину говорити передчасно, оскільки якогось цілісного та внутрішньо узгодженого і окресленого як відносно завершене й усталене бачення щодо певного конституційно-правового явища Конституційний Суд ще не сформував.”²

Дозволимо собі висловити міркування, що не збігаються з точкою зору знаних конституціоналістів. За чверть століття органом конституційного контролю в Україні послідовно сформульована низка усталених позицій щодо розуміння сутності, природи та призначення Конституції України,³ яку сміливо можна назвати доктриною верховенства Конституції України. Для ілюстрації можна навести один вельми показовий приклад – Рішення Конституційного Суду України від 3 жовтня 1997 р. № 4-зп (справа про набуття чинності Конституцією України), яке мало революційний, як для того часу, характер і заклало фундамент нового підходу до розуміння конституції. Добре відомо, що Консти-

* Летнянчин Любомир Іванович, кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного права України, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого (Україна).

Letnyanchin Lybomir, Candidate of Legal Sciences (Ph. D.), Docent of the Department of Constitutional Law of Ukraine, Yaroslav Mudryi National Law University (Ukraine).

e-mail: lubomyr_1976@ukr.net

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6495-9809>

¹ Всеволод Речицький, “Чи може існувати в Україні офіційна конституційна доктрина?” *Філософія права і загальна теорія права*, 1–2 (2016): 282.

² Віктор Колісник, “Перегляд юридичних позицій Конституційним Судом та конституційна доктрина,” у *Сучасні конституційні доктрини: проблеми формування та застосування в юрисдикційній практиці*, за заг. ред. проф. А. П. Гетьмана (Харків: ТОВ “Видавництво ‘Права людини,’” 2021), 153.

³ Див.: Любомир Летнянчин, “Офіційна конституційна доктрина Конституції України,” у *Конституційний дизайн: від макро до мікро рівня*, за заг. ред. А. П. Гетьмана (Харків: ТОВ “Вид-во ‘Права людини,’” 2020), 70–72.

туційний Суд України в цьому рішенні для обґрунтування особливої природи і юридичного верховенства Конституції України використав відому західному конституціоналізмові “доктрину установчої влади,” за якою

Конституція України як Основний Закон держави за своєю юридичною природою є актом установчої влади, що належить народу.

Установча влада по відношенню до так званих встановлених влад є первинною: саме в Конституції України визнано принцип поділу державної влади на законодавчу, виконавчу і судову (частина перша статті 6) та визначено засади організації встановлених влад, включно законодавчої. Прийняття Конституції України Верховною Радою України означало, що у даному випадку установча влада була здійснена парламентом.

Закони є актами встановленої Конституцією України законодавчої влади і, більше того, актами єдиного органу законодавчої влади – Верховної Ради України. Це зумовлює їх субординацію відносно Конституції України, з чого можна зробити висновок, що норми частини п'ятої статті 94 Конституції України щодо набрання чинності законом не раніше дня його опублікування не можуть бути віднесені до самої Конституції України.⁴

Однак обґрунтування доктрини верховенства Конституції України виключно через концепцію установчої влади народу має свої вади: народ як творець конституції не завжди є компетентним і здатен помилятися. Усуває цей недолік і водночас робить доктрину верховенства Конституції України більш досконалою, довершеною сприйняття Основного Закону України як гаранта певних фундаментальних цінностей – свободи й людської гідності, прав людини.⁵ Поступово ця конституційна аксіома, відома ще з часів Великої французької революції XVIII століття, дістала безпосереднє юридичне вираження у практиці Конституційного Суду України у твердженні, що

суспільство, в якому права і свободи людини і громадянина не гарантовано та не здійснено поділу влади, не має конституції в її сутнісному розумінні. Таким чином, Конституція

⁴ Рішення Конституційного Суду України від 03.10.1997 р. № 4-зп/1997. URL: <https://ccu.gov.ua/docs/374>. Доктрина установчої влади набула свого розвитку у практиці Конституційного Суду України. Див., зокрема, рішення Конституційного Суду України: від 11.07.1997 р. № 3-зп/1997, URL: <https://ccu.gov.ua/docs/373>, від 27.03.2000 р. № 3-пп/2000, URL: <https://ccu.gov.ua/docs/410>, від 05.10.2005 р. № 6-пп/2005, URL: <https://ccu.gov.ua/docs/517>, від 16.04.2008 р. № 6-пп/2008, URL: <https://ccu.gov.ua/docs/526>, від 26.04.2018 р. № 4-п/2018, URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/4_r_2018.pdf, від 13.06.2019 р. № 5-п/2019, URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/5_p_2019.pdf, від 01.11.2022 р. № 2-п/2022, URL: <https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/2-r2022.pdf>.

⁵ Цікаво, що північноамериканці від самого початку пов'язували авторитет та юридичне верховенство Конституції далеко не з тим, що її творцем є народ (ця концепція – порівняно пізніший продукт американської конституційної теорії, яка набула популярності під впливом континентальної конституційної теорії), а з її змістом, тобто втіленням вищої і вічної справедливості (Див.: Арендт Ханна. *О революциях* (Москва: Издательство “Европа,” 2011), 216; Шайо Андраш. *Конституция свободы: введение в юридический конституционализм*, пер. с англ. Д. В. Сичинавы и Е. А. Захаровой (Москва: Институт права и публичной политики, 2021), 69).

України буде відповідати природі та функціональному призначенню лише тоді, коли поділ влади та гарантії прав і свобод будуть адекватно відображені в її тексті й належним чином реалізовуватимуться на практиці” (пункт 8 мотив. частини).⁶

Не зайвим буде нагадати, що Рішення Конституційного Суду України від 3 жовтня 1997 р. № 4-зп давало відповідь на питання щодо юридичного захисту прав людини за умов відсутності офіційно оприлюдненого тексту Основного Закону України. Громадянина Барабаша Олександра Леонідовича, який звернувся до Конституційного Суду України з конституційним зверненням – передвісником сучасної конституційної скарги, – цікавили аж ніяк не високі конституційні матерії на кшталт “доктрини установчої влади народу,” а просте, більш приземлене питання: чи міг він реалізувати суб’єктивне конституційне право на захист прав і свобод у суді з 28 червня 1996 р. Так от, у супереччя позиції судів загалом і Верховного Суду України зокрема, який відмовив громадянину Барабашу О. А. у захисті його виборчих прав через начебто відсутність на момент подання скарги права на судовий захист, оскільки “конституційні норми не могли бути застосовані у вирішенні питання про прийняття відповідної скарги у зв’язку з тим, що Конституція України була опублікована 13 липня 1996 року,” орган конституційної юрисдикції інтерпретував права і свободи людини, втілені Конституцією, як безпосередньо діюче право і водночас джерело самої Конституції України, реалізація якої в цій частині мала прямий характер. Таке трактування Конституції України відповідала класичним (головним чином в англосаксонській традиції) уявленням про верховенство права, відповідно до якого, зокрема, права людини є джерелом, а не наслідком Конституції. Відлуння цього підходу бачимо в Рішенні від 16 вересня 2021 р. № 6-п(ІІ)/2021 (справа про перегляд вироку особи, караній на довічне позбавлення волі), яким органом конституційного контролю було відкрито “право на надію.”⁷

По суті Конституційний Суд України в рішенні у справі про набуття чинності Конституцією України наголосив, що в тих реаліях суди мали брати на себе ініціативу із захисту фундаментальних прав і свобод, не чекаючи офіційного оприлюднення Конституції України, адже на той період відповідна юридична інфраструктура для захисту конституційних (фундаментальних) прав і свобод вже існувала. Так, “принцип верховенства Права” був відомий ще за рік до прийняття Конституції України завдяки Конституційному Договору між Верховною Радою України та Президентом України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування на період до прийняття нової Конституції України від 8 червня 1995 р. (частина друга статті 1), а частина перша статті 37 стверджувала, що “суди захищають права і законні інтереси громадян, юри-

⁶ Висновок Конституційного Суду України від 16.12.2019 р. № 7-в/2019. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/7_v_2019.pdf. Див. також: Рішення Конституційного Суду України від 28.08.2020 р. № 9-п/2020. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/9_p_2020.pdf.

⁷ Рішення Конституційного Суду України від 16.09.2021 р. № 6-п(ІІ)/2021. URL: <https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/6-p2-2021.pdf>.

дичних осіб і держави шляхом здійснення правосуддя.” Загальновідомий принцип “*jura novit curia*” (“суд знає приписи права”) не був якимось новим для суддівської спільноти й вимагав у тій ситуації судової активності. До того ж Україна підписала Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 р., процес розробки й прийняття Конституції України був відкритим, прозорим і гласним, відповідно кому як не суддям (та й правникам загалом) пасувало “знати право.” Тому О. Л. Барабаш звернувся до належного органу і мав усі підстави сподіватися на допомогу. Якщо проводити певні аналогії, то ситуація виглядає так, якби на початку поширення в Україні коронавірусної інфекції COVID-19 особа звернулася до закладу охорони здоров’я по допомогу, а у відповідь почула: “Вибачте, нічим допомогти не зможемо, оскільки відсутній/не оприлюднений протокол лікування.”

Спроба легалізувати категорію “конституційна доктрина” з перемінним успіхом триває увесь пореформений період. Уже в першому після схвалення змін до Конституції України щодо правосуддя (2 червня 2016 р.) законопроекті про Конституційний Суд України та засади конституційного судочинства (серпень 2016 р.) містилася дефініція терміно-поняття “правові позиції Конституційного Суду України” як послідовних, взаємоузгоджених висновків, тверджень, принципів, юридичних аргументів та заперечень, що їх сформулював Суд, розглядаючи конкретну ситуацію в конституційному праві на підставі Конституції України, з урахуванням загальноновизнаних цінностей, конституційних принципів і міжнародних стандартів, загальних принципів права, що дають юридичне розуміння положень Конституції України (стаття 23). Чинний Закон України “Про Конституційний Суд України” від 13 липня 2017 р. № 2136-VIII (далі – чинний закон) оперує категорією “юридична позиція,” яка дістала своє формальне вираження в дещо “усіченому” вигляді – без нормативного визначення, але з юридизацією як такою та наданням Конституційному Суду України права її розвивати і конкретизувати, а також змінювати за чітко визначених умов (стаття 92).

На 25-му році прийняття Конституції України та формування Конституційного Суду України знаковою подією стала ініціатива українських парламентарів запровадити в законодавчий обіг і конституційно-правову практику – юридизувати – “категорію конституційна доктрина.” Отже, відповідно до частини першої статті 3 проекту Закону України “Про конституційну процедуру” від 21 грудня 2020 р. (реєстр. № 4533):

Конституційна доктрина – це система основоположних поглядів на Конституцію України і конституційні принципи та цінності, яка розкриває зміст різних конституційних положень, їх взаємозв’язок, баланс між конституційними цінностями та суть конституційно-правового регулювання як єдиного цілого. Конституційну доктрину складає сукупність юридичних позицій Конституційного Суду, які містяться в його актах. Водночас у частині, не охопленій юридичними позиціями Конституційного Суду, конституційну доктрину також складають загальноновизнані й усталені ідеї, положення, наукові погляди, принципи права та теоретичні узагальнення щодо предмета конституційно-правового регулювання.⁸

⁸ Проект Закону України “Про конституційну процедуру” від 21.12.2020 р. (реєстр. № 4533). URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70729.

Голова Конституційного суду Литви Дайнюс Жалімас вважає, що поняття “конституційна доктрина” охоплює собою два автономні значення: концепцію, юридичну теорію конституціоналізму, сформульовану правознавцями (науковцями) і зумовлену потребою в забезпеченні цілісності національної правової системи (так звана неофіційна доктрина), і втілення розуміння права, притаманного державному органу, що здійснює конституційний контроль (офіційна конституційна доктрина). На відміну від поглядів науковців, остання є юридично зобов’язуючою (“binding”) концепцією, що ґрунтується виключно на офіційному тлумаченні Конституції Конституційним Судом.⁹ Так само для В. Речицького

очевидно, що академічна, або так звана “неофіційна” доктрина впливає на офіційну конституційну доктрину не прямо, а опосередковано. Йдеться про формально розділені, але змістовно пов’язані між собою юридичні наративи. І якщо це так, то між офіційною конституційною доктриною, з одного боку, й академічною конституційною доктриною – з другого, мають формуватися відносини взаємопроникнення, юридичної інтертекстуальності.¹⁰

Насправді в українських конституційно-правових реаліях конституційна доктрина знаходиться під домінуючим впливом діяльності Конституційного Суду України, а “конституційно-правова наука, швидше за все, іде в фарватері офіційної конституційної доктрини.”¹¹

Видається, що якщо вже і юридизувати категорію “конституційна доктрина,” то на законодавчому рівні слід підкреслити юридичну значущість саме офіційної конституційної доктрини, яка є продуктом діяльності органу конституційного контролю і виявляється, зокрема, у трьох нормативних вимогах: 1) сприяє розкриттю змісту Конституції; 2) має зобов’язувальний характер; 3) служить засобом забезпечення верховенства Конституції.¹²

Як зазначає суддя Конституційного Суду України, професор В. В. Лемак,

юридичні позиції Суду, які містяться в мотивувальній або резолютивній частинах його рішень чи висновків, є обов’язковими для виконання чи дотримання всіма органами державної влади незалежно від того, чи вживається в них формулювання “застереження” і незалежно від того, чи передбачені з цього приводу відповідні норми у регламентних нормах цих органів державної влади.¹³

⁹ Жалімас Дайнюс, “Офіційна конституційна доктрина: концепція, значення і основні принципи розвитку,” *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2016): 267.

¹⁰ Всеволод Речицький, “Чи може існувати в Україні офіційна конституційна доктрина?,” 284.

¹¹ Юрій Барабаш, “Роль академічної думки у формуванні офіційної конституційної доктрини” у *Взаємні здобутки Європейської Комісії “За демократію через право” і органів конституційної юстиції та проблеми тлумачення у конституційному судочинстві* (Київ: ВАІТЕ, 2020), 42.

¹² Жалімас Дайнюс, “Офіційна конституційна доктрина: концепція, значення і основні принципи розвитку,” 268.

¹³ Окрема думка судді Конституційного Суду України В. В. Лемака стосовно Висновку Конституційного Суду України від 13.11.2019 р. № 5-в/2019. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/5_v_2019_3.pdf.

Не менш категорично щодо цього питання висловився сам орган конституційної юрисдикції:

Згідно з Основним Законом України рішення Конституційного Суду України є обов'язковими та остаточними, тому після їх опублікування викладені в них юридичні позиції Конституційного Суду України, перебуваючи в нормативній єдності з витлумаченими в цих рішеннях положеннями Конституції України, стають безпосереднім регулятором суспільних відносин, зокрема визначають зміст та обсяг конституційних прав і свобод.¹⁴

Багата практика Конституційного Суду України дозволяє “вписати” солідний доробок у загальновизнані в конституціоналізмі доктрини. Системне дослідження виявило цілу низку вже розвинених (усталених) і одну перспективну офіційні конституційні доктрини. Ідеться про доктрину установчої влади, доктрину обмеженого праваління, доктрину прихованих повноважень, доктрину політичного питання, доктрину позитивного обов'язку держави, доктрину дружнього ставлення до міжнародного права, доктрину правомірних обмежень у здійсненні конституційних прав і свобод людини й перспективну доктрину – “конституційної ідентичності.”¹⁵

Таким чином, юридизація офіційної конституційної доктрини зумовлена потребою у визначенні вимог до її формування, розвитку і зміни, а також необхідністю підвищення її юридичної значущості та нормативної сили.¹⁶ За твердженням голови Конституційного суду Литви Д. Жалімаса, сформульована Конституційним Судом офіційна доктрина має сприйматися суспільством у ролі живої конституції (“the living Constitution”), яка існує як автономний юридичний феномен, що характеризується певним набором принципів, серед яких:

1) принцип *поступовості* в розвитку доктрини; 2) принцип *послідовності*; 3) принцип *неприпустимості* тлумачення на основі нижчих [щодо Конституції] правових актів; 4) принцип *тлумачення* [Конституції] відповідно до норм міжнародного права та права Європейського Союзу; 5) принцип *використання різних методів* тлумачення Конституції.¹⁷

¹⁴ Рішення Конституційного Суду України від 20.12.2018 р. № 13-п/2018. URL: <https://ccu.gov.ua/docs/2481>.

¹⁵ Юрій Барабаш та Любомир Летнянчин, “Офіційна конституційна доктрина України: генеза та сучасний стан.” *Правова наука України: сучасний стан, виклики та перспективи розвитку* : монографія, редкол.: О. В. Петришин (голова редкол.), В. А. Журавель (заст. голови редкол.), Н. С. Кузнецова (заст. голови редкол.) [та ін.] (Харків : Право, 2021), 115–137.

¹⁶ Це можна вирішити за прикладом законодавчого визначення обов'язковості висновків щодо застосування норм права, викладених у постановах Верховного Суду для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права (частина п'ята статті 13 Закону України від 2 червня 2016 р. “Про судоустрій і статус судів”), поширивши цю вимогу на суди, підсиливши таким чином частину третьої статті 89 Закону України від 13 липня 2017 р. щодо пріоритетності й авторитетності конституційного тлумачення.

¹⁷ Жалімас Дайнюс, “Офіційна конституційна доктрина: концепція, значення і основні принципи розвитку,” 269.

Примітно, що автори проекту Закону України “Про конституційну процедуру” намагалися запровадити ці концептуальні положення в частинах 3–4 статті 3. Так, відповідно до частини четвертої статті 3:

Конституційний Суд України зобов’язаний узгоджувати конституційну доктрину із усталеною практикою Європейського суду з прав людини і загальними засадами права Європейського Союзу, крім випадків, коли відповідними положеннями Конституції України і вже сформованою конституційною доктриною передбачається вищий рівень гарантій прав і свобод людини та громадянина.

Яскравим прикладом практичного втілення цих вимог стало Рішення Конституційного Суду України від 16 вересня 2021 р. № 6-р(II)/2021 (справа про перегляд вироку особи, караній на довічне позбавлення волі),¹⁸ яке ґрунтується на документах міжнародного права, зокрема Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., Статуті Організації Об’єднаних Націй 1945 р., Всесвітній декларації людських прав (“Загальна декларація прав людини”) 1948 р., Міжнародному пакті про громадянські й політичні права 1966 р., Міжнародному пакті про економічні, соціальні й культурні права 1966 р. Резолюції Комітету міністрів Ради Європи “Про поводження з особами, засудженими до тривалих строків ув’язнення” від 17 лютого 1976 р. № (76)2, Додатку Комітету Міністрів Ради Європи до Рекомендації “Про умовне звільнення (умовно-дострокове звільнення)” від 24 вересня 2003 р. № Rec(2003)22, а також практиці Європейського суду з прав людини, Суду Справедливості Європейського Союзу.

У Рішенні Конституційний Суд України врахував практику органів конституційної юрисдикції європейських країн – Німеччини, Польщі, Румунії, Литви, Угорщини, а також західну наукову доктрину, зокрема монографію *Dirkvan Zyl Smith and Catherine Appleton. Life Imprisonment: A Global Human Rights Analysis. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2019.*

Кристалізація або “народження” офіційної конституційної доктрини може відбуватися як через отримання відповідного титулу від Конституційного Суду України (наприклад, “принцип дружнього ставлення до міжнародного права”), так і через процес своєрідної “сертифікації” в неофіційній конституційній доктрині. У будь-якому разі офіційна конституційна доктрина як сукупність юридичних позицій щодо того чи іншого конституційно-правового інституту чи явища вводить діяльність органу конституційного контролю в Україні в певне “генеральне русло,” вимагає дотримання всього масиву юридичних позицій (їх духу), що є необхідною умовою легітимності його діяльності. Своєю чергою необґрунтований відступ може загрожувати конституційному порядку, національній безпеці й довірі до конституційного судочинства. Так, формування нової офіційної доктрини

¹⁸ Рішення Конституційного Суду України від 16.09.2021 р. № 6-р(II)/2021. URL: <https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/6-p2-2021.pdf>.

“конституційної ідентичності,”¹⁹ що пов’язується, зокрема, із рішенням від 16 липня 2019 р. № 9-р/2019, висновком від 24 грудня 2019 р. № 9-в/2019 і, особливо, рішенням від 14 липня 2021 р. № 1-р/2021, напевно спонукатиме до використання аналогічних аргументів (підходів) при гіпотетичній оцінці закону, що уможливить в Україні подвійне/множинне громадянство, особливо в контексті загроз для національної безпеки України.

Інша річ – перспектива певного коригування “курсу” в межах “генеральної траєкторії/русла,” його осучаснення через конкретизацію, розвиток чи навіть зміну юридичних позицій. Так, вже належно розроблена офіційна конституційна доктрина обмеженого правління дозволяє інакше подивитися на юридичну аргументацію, застосовану органом конституційної юрисдикції в Рішенні від 25 грудня 2003 р. № 22-рп/2003 (справа щодо строків перебування на посту Президента України),²⁰ де як ключовий аргумент не зовсім доречно був використаний імператив незворотності дії законів у часі як складник принципу верховенства права. Так само сучасна доктрина прав людини толерує перегляд висновку, сформульованого Конституційним Судом України в Рішенні від 9 лютого 1999 р. № 1-рп/99 (справа про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів), про те, що “положення частини першої статті 58 Конституції України про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів у випадках коли вони пом’якшують або скасовують відповідальність особи, стосується фізичних і не поширюється на юридичних осіб.”²¹

Однак в остаточній редакції проекту Закону України “Про конституційну процедуру,” підготовленого до другого читання і розміщеного на офіційному вебсайті Верховної Ради України 10 вересня 2021 року вже під новою назвою “Про конституційне провадження” (далі – проект закону), усі прогресивні й перспективні новації не знайшли підтримки депутатського корпусу. Ба більше, відбувся помітний відступ від тих здобутків, які вже стали частиною конституційно-правової дійсності. Ідеться про норму, згідно з якою

Конституційний Суд може < ... > змінювати юридичну позицію Суду в разі суттєвої зміни нормативного регулювання, яким керувався Суд при висловленні такої позиції, або за наявності об’єктивних підстав необхідності покращення захисту конституційних прав і свобод з урахуванням міжнародних зобов’язань України та за умови обґрунтування такої зміни в акті Суду” (частина друга статті 92 чинного закону).

Тепер народні депутати України пропонують правову конструкцію, відповідно до якої “юридична позиція Конституційного Суду України не може бути змінена, якщо не змінено

¹⁹ Її сутність полягає в тому, що в Конституції існують основоположні цінності та принципи, які визначають “ідентичність Конституції,” нівелювати сутність яких є неприпустимим явищем у правовій демократичній державі.

²⁰ Рішення Конституційного Суду України від 25.12.2003 р. № 22-рп/2003. URL: <https://ccu.gov.ua/docs/489>.

²¹ Рішення Конституційного Суду України від 09.02.1999 р. № 1-рп/99. URL: <https://ccu.gov.ua/docs/397>.

текст відповідної статті Конституції України” (частина друга статті 2 проекту закону). Як бачимо, про конституційну доктрину як таку безпосередньо в тексті вже не йдеться, а процедура зміни юридичної позиції надто ускладнюється.

Наприклад, подібна новація без конституційних змін унеможливить перегляд висновку щодо непоширення положення частини першої статті 58 Конституції України про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів у випадках, коли вони пом’якшують або скасовують відповідальність особи та юридичних осіб. Отже, це може негативно позначитися на становищі юридичних осіб приватного права, яким при прискіпливому аналізі статті 24 проекту закону загрожує перспектива втрати суб’єктності в реалізації права на конституційну скаргу, що, очевидно, не узгоджується з усталеною практикою Європейського суду з прав людини і загальними засадами права Європейського Союзу та лише шкодить європеїзації офіційної конституційної доктрини України. Водночас таке положення унаочнює різницю між офіційною конституційною доктриною (як цілим) і юридичною позицією (як її складовою). Видається, що некоректно зміну однієї юридичної позиції ставити в залежність від зміни Конституції України і, навпаки, цілком допустимо, логічно й рівнозначно (адекватно) зміну окремої офіційної конституційної доктрини ставити в залежність від зміни Конституції України.

Нині офіційна конституційна доктрина України знаходиться під впливом як американської, так і європейської конституційних парадигм. Однак про серйозну конкуренцію цих впливів поки що не йдеться. Ба більше, зарано говорити про якісне переважання в Україні північноамериканських конституційно-правових поглядів і підходів.²² Це добре помітно на послідовному утвердженні Конституційним Судом України як фундаментальних конституційних цінностей свободи й людської гідності²³. Причому перша [свобода] безпосередньо Конституцією України не визначена як цінність. Важливо зазначити, що свобода й людська гідність – це цінності з різних правових систем (традицій): американської (англосаксонської) і європейської (особливо німецької) відповідно. І питання про їх взаємне співіснування може бути предметом дискусій і навіть спорів.

Щодо цінності людської гідності, то позиція органу конституційної юрисдикції в Україні німакимально наближена до панівних на європейському континенті поглядів. Переконливим прикладом гарантій людської гідності як найвищої цінності конституційного ладу є правова система Німеччини. Яскравим свідченням є рішення Федерального конституційного суду Німеччини від 15 лютого 2006 р. (1 BvR 357/05) щодо конституційності Закону “Про забезпечення безпеки повітряного руху,” що розглядалось у порядку конституційної

²² Всеволод Речицький, “Конституція, конституційна доктрина, конституційний процес і війна,” *Український часопис конституційного права*, 2 (2022): 56.

²³ Любомир Летнянчин, “Свобода й людська гідність як фундаментальні конституційні цінності,” у *Збірник матеріалів і тез науково-практичних заходів конституційного тижня*. Частина перша (Київ: ВАІТЕ, 2021), 27–35.

скарги. “Думка про те, що кожна окрема людина в інтересах держави в цілому у випадку крайньої необхідності зобов’язана пожертвувати своїм життям, якщо лише таким чином можна захистити правопорядок від посягань, спрямованих на його руйнацію чи знищення” є неприйнятною. Зобов’язати людину принести себе в жертву неможливо.²⁴ Своєю чергою,

Конституційний Суд України наголошує, що людську гідність необхідно трактувати як право гарантоване статтею 28 Конституції України, і як конституційну цінність, яка наповнює сенсом людське буття, є фундаментом для усіх інших конституційних прав, мірилом визначення їх сутності та критерієм допустимості можливих обмежень таких прав (абз. шостий підп. 2.3 пункту 2 мотив. частини).²⁵

З часом орган конституційного контролю підносить людську гідність на вершину конституційних цінностей, використовуючи при цьому підкреслено високий стиль:

Людина є скарбом Природи, звідки й походять притаманні людині за народженням права і свободи, тобто ті, що природні. Людська гідність як джерело всіх прав і свобод людини та їх основа є однією із засадничих цінностей українського конституційного ладу. Із статті 3 Конституції України випливає обов’язок держави забезпечувати охорону та захист людської гідності. Такий обов’язок покладено на всіх суб’єктів публічної влади. Верховна Рада України, ухвалюючи закони, має гарантувати належний захист та реалізацію прав і свобод людини, що є однією з умов забезпечення людської гідності як природної цінності. Своєю чергою, суди мають тлумачити юридичні норми так, щоб під час їх застосування це не завдавало шкоди людській гідності (абз. другий підп. 2.1 пункт. 2 мотив. частини).²⁶

Нормальною й доволі звичною в наш час є ситуація, за якої свобода й людська гідність перебувають у стані гармонії і навіть взаємного проникнення, що нагадує явище дифузії. Досить вдало цей стан описує колишня міністерка юстиції ФРН і правозахисниця Сабіна Лойтхойссер-Шнарренбергер зазначаючи, що

захист людської гідності дає громадянину право розраховувати на повагу його особистості й оберігає від зовнішніх впливів, що обмежують його самостійність. Це вельми змістовне поняття. Воно означає, не більше і не менше, що кожна людина повинна мати можливість індивідуального розвитку, можливість самому розпоряджатися своєю долею і нести особисту відповідальність за своє життя. Те, що людина сама визначає своє життя і смерть, робить її вільною й озброєною проти страху – страху втратити владу над власною волею до самостійного вибору.²⁷

²⁴ Сабіна Лойтхойссер-Шнарренбергер, “Страх съедает свободу: почему мы должны защищать свои основные права?”, пер. с нем. А. Ярина под науч. ред. М. Антонова (Москва : Мысль, 2021), 38.

²⁵ Рішення Конституційного Суду України від 22.05.2018 р. № 5-п/2018. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/5_p_2018.pdf. Див. також: Рішення Конституційного Суду України від 07.11.2018 р. № 9-п/2018. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/9_p_2018.pdf.

²⁶ Рішення Конституційного Суду України від 16.09.2021 р. № 6-п(П)/2021. URL: <https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/6-p2-2021.pdf>.

²⁷ Сабіна Лойтхойссер-Шнарренбергер, “Страх съедает свободу: почему мы должны защищать свои основные права?”, 39.

Втім, свобода й людська гідність можуть конфліктувати, бути антагоністами, як, наприклад, “правова держава” і “соціальна держава,”²⁸ між ними можуть виникати “тертя” і “напруга.” В українських реаліях це може особливо проявитися, коли державі слід буде по-справжньому виконувати імперативну вимогу Конституційного Суду України [позитивний обов’язок] про те, що

зміни законодавства у соціальній сфері, складна фінансово-економічна ситуація, потреба в забезпеченні збалансованості Державного бюджету України не **повинні призводити до порушення гідності людини, яка належить до фундаментальних цінностей, захищених Конституцією України, та становить основу системи конституційного захисту прав і свобод людини і громадянина.** Обов’язковою складовою **людської гідності є доступ людини до мінімальних соціальних благ,** здатних забезпечити їй достатній і гідний життєвий рівень. Верховна Рада України, формуючи соціальну політику, **повинна гарантувати ефективну реалізацію права на повагу до людської гідності,** зокрема, шляхом забезпечення пенсій, інших видів соціальних виплат та допомоги для осіб, які потребують соціального захисту (всюди виділення моє. – Л. Л.) (абз. четвертий пункту 4 мотив. частини).²⁹

Навряд чи втілення цих настанов матиме лише схвальну реакцію з боку суб’єктів підприємництва та й загалом працюючих, адже саме на них лягатиме тягар з наповнення державної скарбниці.

Конституційний Суд України виходить із того, що

серед фундаментальних цінностей дієвої конституційної демократії є свобода, наявність якої у особи є однією з передумов її розвитку та соціалізації (виділення моє. – Л. Л.). Право на свободу є невід’ємним та невідчужуваним конституційним правом людини і передбачає можливість вибору своєї поведінки з метою вільного та всебічного розвитку, самостійно діяти відповідно до власних рішень і задумів, визначати пріоритети, робити все, що не заборонено законом, безперешкодно і на власний розсуд пересуватися по території держави, обирати місце проживання тощо. Право на свободу означає, що особа є вільною у своїй діяльності від зовнішнього втручання, за винятком обмежень,

²⁸ Як зазначає відомий німецький теоретик медіа і комунікації Норберт Болц, “згідно з конституцією ми живемо у правовій і соціальній державі, але правова і соціальна держава не перебувають у заданій нею гармонії. Правова держава гарантує, соціальна виконує <...> Ядро правової держави – конституція, яка стежить за забезпеченням гарантій з реалізації її норм, ядро соціальної держави – управління, яке відповідає за їх виконання.” Див.: Норберт Болц, “Размышление о неравенстве. Анти-Руссо,” пер. с нем. И. А. Женина; под науч. Ред. Я. Н. Охонько; Нац. иссл. ун-т “Высшая школа экономики” (М.: Изд. Дом Высшей школы экономики, 2014), 22–23.

²⁹ Рішення Конституційного Суду України від 07.11.2018 р. № 9-п/2018. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/9_p_2018.pdf. На додаток до цього “держава не може вдаватися до обмежень, що порушують сутність конституційних соціальних прав осіб, яка безпосередньо пов’язана з обов’язком держави за будь-яких обставин забезпечувати достатні умови життя, сумісні з людською гідністю” (третє речення абз. п’ятого підп. 2.3 пункту 2 мотив. частини Рішення Конституційного Суду України від 22.05.2018 р. № 5-п/2018. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/5_p_2018.pdf).

які встановлюються Конституцією та законами України (абз. перший, другий підп. 2.3 пункту 2 мотив. частини).³⁰

У зв'язку з вищевикладеною юридичною позицією у багатьох науковців виникло цілком логічне запитання: це “добудова” статті 3 Конституції України, тобто вписування до переліку найвищих цінностей свободи, чи це створення якогось нового реєстру конституційних цінностей – фундаментальних цінностей “дієвої конституційної демократії?!” Аналіз справ, у яких орган конституційної юрисдикції виклав свою позицію, дозволяє дійти висновку, що йдеться, скоріше, про певне розширення статті 3 Основного Закону України. Такий підхід органу конституційного контролю мав би вітатися беззастережно – мовляв, нарешті свобода посіла своє гідне місце в переліку цінностей, захищених статтею 3, – засадничою статтею українського конституційного ладу. Втім не все так просто, як видається на перший погляд, адже і в такому разі залишається проблема, про яку давно й послідовно говорить Всеволод Речицький. Так, критично оцінюючи окремі ініціативи Конституційної Асамблеї України, які були матеріалізовані в оприлюдненій 21 червня 2013 р. Концепції внесення змін до Конституції України, зокрема в частині включення свободи до переліку цінностей, встановлених частиною першою статті 3 Основного Закону України, науковець і на той час член Конституційної Асамблеї звертає увагу на те, що тепер “даний перелік поєднує в собі цінності з різних смислових реєстрів.” Цікавою є його аргументація.

Відомо, що Держаний Гімн України містить в собі слова Павла Чубинського: “Душу й тіло ми положим за нашу свободу,” визнаючи тим самим вищу позицію свободи у порівнянні з фізичним життям людини. Життя людини як фізичної істоти не розглядалося в якості *вищої соціальної цінності* ні християнськими мучениками, ні такими авторитетами древності, як Сократ, Геродот або Софокл. Пізніші історико-філософські уявлення про те, що людське життя є найвищою соціальною цінністю були піддані аргументованій критиці Гегелем, а в наш час – Олександром Кожевим і Френсісом Фукуямою. Тобто не викликає сумніву те, що *життя людини* становить її найвищу *особисту цінність*. Проте нації зазвичай відносно легко жертвують життями своїх громадян для збереження суверенітету, політичної свободи і територіальної цілісності своєї країни. Політично незріла, “інфальтивна” нація може якийсь час не розрізняти цінностей *свободи*, з одного боку, і *життя громадян*, з іншого, але політично досвідчені народи легко складають собі уявлення про те, що є реально доступним для політичного менталітету молодій держави.³¹

³⁰ Рішення Конституційного Суду України від 01.06.2016 р. № 2-рп/2016. URL: <https://ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/2-rp2016.pdf>. Ця юридична позиція вже є усталеною. Див. також: Рішення Конституційного Суду України: від 23.11.2017 р. № 1-п/2017, URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/1_p_2017.pdf, від 26.02.2019 р. № 1-п/2019, URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/1_p_2019.pdf, від 13.06.2019 р. № 4-п/2019, URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/4_p_2019.pdf, від 25.06.2019 р. № 7-п/2019, URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/7-r_19.pdf, від 20.12.2019 р. № 12-п/2019, URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/12_p_2019.pdf, від 22.12.2022 р. № 4-п/2022, URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/4-r2022_0.pdf.

³¹ Всеволод Речицький, *Конституційне АБВ* (Харків: ТОВ “Видавництво ‘Права людини,’” 2016), 246.

Таким чином, конституційно-судовим активізмом проблема концептуально не вирішується, але це вже важливий і перспективний крок. Свобода й життя людини стають тепер цінностями однакової вартості, і нонсенсом виглядатиме спроба, коли виникне така потреба, “пожертвувати” життям людини заради її ж [людини] свободи (чи навпаки). Інша річ, коли життям і свободою людини жертвують заради свободи іншого ґатунку – свободи народу.

У будь-якому разі в одному з нових рішень органу конституційної юрисдикції від 22 червня 2022 р. № 5-р(II)/2022 (щодо дискримінації у реалізації права на житло) свобода остаточно дістала своє **конституційне визнання – конституціоналізацію** (виділення моє. – Л. Л.), щоправда, знов-таки у прив’язці до прав і вольностей людини:

З огляду на зміст приписів статті 21 Конституції України, відповідно до яких “усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах,” “права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними,” Конституційний Суд України дійшов висновку, що **свобода (вільність) людини a priori є визначальною та пріоритетною для шанування державою** (виділення моє. – Л. Л.) загалом, органами державної влади, органами місцевого самоврядування, іншими суб’єктами.

Конституційний Суд України керується тим, що **конституційна презумпція людської свободи** (виділення моє. – Л. Л.) обумовлює доконечність потреби обґрунтування будь-якого істотного її обмеження з боку держави” (абзаци четвертий – п’ятий підпункту 3.2 пункту 3 мотивувальної частини).³²

Отже, категорія свободи здобула конституціоналізацію через офіційне тлумачення Конституції України органом конституційного контролю. Тепер на часі її повноцінне утвердження, але вже в іншій якості. Як зазначає Нобелівський лауреат Ф. фон Гаек, “застосування поняття ‘свобода’ до колективу, а не по відношенню до індивідів, є цілком очевидним, наприклад, у тому випадку, коли ми говоримо про прагнення народу звільнитися з-під іноземного іґа й самому визначати свою долю. У цьому випадку ми використовуємо слово ‘свобода’ у розумінні примусу по відношенню до народу в цілому.”³³ Очевидно, що в умовах повномасштабної війни з Російською Федерацією свободу слід сприймати в розумінні приспіву Державного Гімну України – “Душу й тіло ми положим за нашу свободу” – чи так, як про неї говорив Бенджамін Франклін і це виражало кредо ангlosаксонських країн, але є рівною мірою застосовним як до держав, так і до людей: “Ті, хто в головному відмовляються від свободи на користь тимчасової безпеки, не заслуговують ні свободи, ні безпеки.”³⁴ Адже ці твердження в російсько-українській війні підтверджуються героїчними діями Сил оборони України та спротивом всього українського народу.³⁵

© Л. Летнянчин, 2022

³² Рішення Конституційного Суду України від 22.06.2022 р. № 5-р(II)/2022. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/5-r_2_2022.pdf.

³³ Фридрих Август фон Хайек, *Конституція свободи*, пер. с англ. (М.: Новое издательство, 2018), 33.

³⁴ Фридрих Август фон Хайек, *Дорога к рабству*, пер. с англ. М. Гнедовского (Москва: Издательство АСТ, 2017), 194.

³⁵ Любомир Летнянчин, “Війна як каталізатор утвердження в Україні свободи як фундаментальної конституційної цінності,” у *Відновлення та розвиток України: ідеї, правові засади, інструментарій* (Ужгород: Ужгородський національний університет, 2022), 84–94.

Bibliography

- Arendt, Hannah. *On Revolution*. [In Russian.] Moscow: "Europe," 2011.
- Barabash, Iurii. "The role of academic opinion in the formation of the official constitutional doctrine." [In Ukrainian.] In the *Mutual achievements of the European Commission "For democracy through Law" and the bodies of constitutional justice and the problems of interpretation in the constitutional court*, 42. Kyiv: BAITE, 2020.
- Barabash, Iurii and Lybomir Letnyanchin. *Official constitutional doctrine of Ukraine: genesis and modern condition. Legal science of Ukraine: modern condition, challenges and prospects of development*. [In Ukrainian.] Kharkiv: Pravo, 2021.
- Bolz, Norbert. *Thinking about inequality. Anti-Russo*. Translated by Zhenin Illya. [In Russian.] Moscow: Publishing house of the HSE University, 2014.
- Hayek, Friedrich August von. *The Constitution of Liberty*. Translation from English. [In Russian.] Moscow: New Publishing House, 2018), 33.
- Hayek, Friedrich August von. *The Road to Slavery*. Translated by Mikhail Gnedovsky [In Russian.] Moscow: Publishing House ACT, 2017), 194.
- Kolisnyk, Viktor. "Review of legal positions by the Constitutional Court and constitutional doctrine." [In Ukrainian.] In the *Modern constitutional doctrines: Problems of formation and application in jurisdictional practice*, edited by prof. Hetman Anatoly, 153. Kharkiv: Human Rights, 2021.
- Letnyanchin, Lybomir. "Official constitutional doctrine of the Constitution of Ukraine." [In Ukrainian.] In the *Constitutional design: From macro to micro level*, edited by prof. Hetman Anatoly, 70–72. Kharkiv: Human Rights, 2020.
- Letnyanchin, Lybomir. "Freedom and human dignity as fundamental constitutional values." [In Ukrainian.] In the *Collection of materials and theses of scientific and practical measures of the constitutional week. Part one*, 27–35. Kyiv: BAITE, 2021.
- Leutheusser-Schnarrenberger, Sabine. *Eating fear Freedom: why we have to protect our fundamental rights?* [In Russian.] Translated by Yarin Olexander. Moscow: Thought, 2021.
- Rechytskiy, Vsevolod. "Can there be an official constitutional doctrine in Ukraine?" [In Ukrainian.] *Philosophy of law and general theory of law*, no. 1–2 (2016): 282.
- Rechytskiy, Vsevolod. "Constitution, constitutional doctrine, constitutional process and war." [In Ukrainian.] *Ukrainian journal of constitutional law*, no. 2 (2022): 56.
- Rechytskiy, Vsevolod. *Constitutional ABC*. [In Ukrainian.] Kharkiv: Human Rights, 2016.
- Sajo, Andras. *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism*. [In Russian.] Translated by Dmytro Sychivana, Olena Zakharova. Moscow: Institute of Law and Public Policy, 2021.
- Žalimas, Dainius. "Official constitutional doctrine: Concept, meaning and basic principles of development." [In Ukrainian.] *Philosophy of law and general theory of law*, no. 1–2 (2016): 267.

Любомир Летнянчин. Конституційна доктрина України: проблеми юридизації, трансформації та європеїзації

Анотація. Дискусія в науці конституційного права України свідчить про доволі стриману оцінку стану конституційної доктрини України. Це не заважає автору статті стверджувати,

що за понад чверть століття діяльності Конституційного Суду України вже можна говорити про певні досягнення, особливо в царині застосування і розвитку усталених у країнах західної демократії доктрин, зокрема установчої влади та верховенства конституції, а також інших конституційно-правових доктрин. Вони далекі від завершеності, однак вже помітні контури тих доктрин, що перебувають у стадії формування і розвитку, а також деякі перспективні. Саме для того, щоб процес формування конституційної доктрини України мав послідовний, системний характер, а також для підвищення її юридичної значущості й нормативної ваги (сили) у статті підтримано законодавчу ініціативу українських парламентарів щодо юридизації (легалізації) категорії “конституційна доктрина України,” щоправда, у вузькому її розумінні, як продукту діяльності органу конституційної юрисдикції, втіленого в юридичних позиціях. Водночас критично оцінено останню версію законопроекту, яка взагалі зводить нанівець усі прогресивні досягнення в цій сфері за останній пореформений період.

Нині офіційна конституційна доктрина України знаходиться під впливом як американської, так і європейської конституційних парадигм. Це добре помітно на послідовному утвердженні Конституційним Судом України як фундаментальних конституційних цінностей свободи й людської гідності, причому перша [свобода] безпосередньо Конституцією України не визначена як цінність. Важливо зазначити, що свобода й людська гідність – це цінності з різних правових систем (традицій): американської (англосаксонської) і європейської (особливо німецької) відповідно. І питання про їх взаємне співіснування може бути предметом дискусій і навіть спорів. Щодо цінності людської гідності, то позиція органу конституційної юрисдикції максимально наближена до панівних на європейському континенті поглядів. Категорія свободи здобула конституціоналізацію через офіційне тлумачення Конституції України органом конституційного контролю у прив'язці до прав і вольностей людини. Тепер на часі її повноцінне утвердження, але вже в іншій якості. Ідеться про свободу Українського народу, яка в цей історичний період виборюється на полі бою.

Ключові слова: конституційна доктрина; Конституційний Суд України; юридичні позиції; доктрина установчої влади; доктрина верховенства Конституції України; свобода, людська гідність.

Lybomir Letnyanchin. Constitutional Doctrine of Ukraine: Problems of Legalization, Transformation and Europeanization

Abstract. The discussion in the science of constitutional law of Ukraine indicates a rather restrained assessment of the state of the constitutional doctrine of Ukraine. This does not prevent the author of the article from asserting that for more than a quarter of a century of activity of the Constitutional Court of Ukraine, it is already possible to talk about certain achievements, especially in the field of application and development of doctrines established in Western democracies, in particular, the constituent power and the supremacy of the constitution, as well as other constitutional and legal doctrines. They are far from complete, but the contours of those doctrines that are in the stage of formation and development, as well as some promising ones, are already visible. In order the process of formation of the constitutional doctrine of Ukraine to have a consistent, systematic character, as well as to increase its legal significance and normative weight (power), the article supports the legislative initiative of Ukrainian parliamentarians regarding the legalization of the category “constitutional doctrine of Ukraine”, although in its narrow understanding, as a product of the activity of a body of constitutional jurisdiction embodied in legal positions. At the same time, the latest version of the draft law, which completely nullifies all progressive achievements in this area during the last post-reform period, was critically evaluated.

Currently, the official constitutional doctrine of Ukraine is under the influence of both the American and European constitutional paradigms. This is clearly visible in the consistent approval as fundamental constitutional values of freedom and human dignity by the Constitutional Court of Ukraine. Despite the fact that the first [freedom] is not directly defined as a value by the Constitution of Ukraine. It is important to note that freedom and human dignity are values from different legal systems (traditions): American (Anglo-Saxon) and European (especially German), respectively. And the question of their mutual coexistence can be the subject of discussions and even disputes. Regarding the value of human dignity, the position of the body of constitutional jurisdiction is as close as possible to the prevailing views on the European continent. The category of freedom acquired constitutionalization due to the official interpretation of the Constitution of Ukraine by the body of constitutional control, in relation to human rights and freedoms. Now is the time for its full approval, but in a different capacity. It is about the freedom of the Ukrainian people, which at this historic time is elected on the battlefield.

Keywords: constitutional doctrine; the Constitutional Court of Ukraine; legal positions; the doctrine of the constituent power; the doctrine of the supremacy of the Constitution of Ukraine; freedom, human dignity.

Одержано / Received 11.11.2022

ОБМЕЖЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ В УМОВАХ ВІЙНИ І МИРУ: КОНСТИТУЦІЙНИЙ АСПЕКТ

Україна зараз веде війну з підступним ворогом за своє майбутнє, за свободу й права людини, за майбутнє нашої конституційної демократії. Конституції ніколи не слугували інструментом знищення держави або “суїцидальним пактом,” навпаки – інструментом її зміцнення. Зараз як ніколи ми потребуємо сильної української держави та потужних збройних сил, щоб надати відсіч ворогу й вийти на державний кордон 1991 року. Для цього нам потрібна сильна держава, яка водночас діє в межах Конституції.

На час запровадження воєнного стану, тобто за екстремальних умов, конституційні права та свободи підлягають більш суворим, ніж за мирних часів, обмеженням, коли їх реалізація зіштовхується з необхідністю захисту демократії, української держави, її суверенітету й територіальної цілісності від агресора. Разом із цим у науковій літературі ще не проводився системний доктринальний аналіз конституційних критеріїв обмежень щодо конституційних прав та свобод не лише під час дії воєнного стану, а й під час їх реалізації за умов ординарного, мирного функціонування Конституції.

Отже, метою цього дослідження є аналіз дії конституції за екстремальних умов порівняно зі звичайним мирним часом, а саме в контексті запровадження обмежень щодо конституційних прав та свобод. У цій статті буде досліджено: 1) у чому полягає зміст цих обмежень; 2) чи загалом підлягають певні права і свободи екстраординарним обмеженням згідно з критеріями мирного часу; 3) чи може держава за умов запровадження воєнного стану порушувати саму сутність або ядро цих прав та свобод; 4) чи надає конституція державі можливість виходу за її межі під час збройної відповіді агресору. Дослідження базується на аналізі Конституції та відповідної практики Конституційного Суду України та інших країн.

Аксіомою є те, що обмежена держава завжди є сильнішою за державу, де її влада не обмежена конституцією. Навіть в умовах війни ми залишаємося конституційною демократією, яка захищає себе. Коли існування конституційної демократії знаходиться під загрозою,

* Станіслав Володимирович Шевчук, доктор юридичних наук, професор кафедри загальнотеоретичних та державно-правових наук Національного університету “Києво-Могилянська академія,” член-кореспондент НАПрНУ, Голова Конституційного Суду України (2018–2019).

Stanislav Shevchuk, Doctor of Law, Professor at the Department of General Theoretical and State-Legal Sciences of the National University “Kyiv-Mohyla Academy,” Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences, Chairman of the Constitutional Court of Ukraine (2018–2019).

e-mail: sshev69@ukr.net

ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0000-0982-598X>

коли стоїть питання виживання держави та країни в умовах війни із зовнішнім агресором, постає питання виправдання більш суворих обмежень прав людини, що накладаються державою, і посилення ролі виконавчої влади та президента в цій боротьбі.

Сучасні Конституції роблять особливий акцент на посиленні ролі президентів у цій боротьбі з агресором. Наприклад, у статті 16 Конституції Франції наголошується на тому, що коли інституції Республіки, незалежність нації, цілісність її території або виконання її міжнародних зобов'язань виявляються під серйозною та безпосередньою загрозою, а нормальне функціонування конституційних органів публічної влади припинено, Президент Республіки вживає заходів, які зумовляються цими обставинами, після офіційних консультацій з Прем'єр-Міністром, головами палат, а також з Конституційною Радою.¹ Ці заходи мають бути зумовлені бажанням забезпечити в найкоротші строки конституційним органам державної влади можливість для виконання їхніх завдань.

Згідно з Конституцією України Президент України є гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина (частина друга статті 102). Він же вносить до Верховної Ради України подання про оголошення стану війни та в разі збройної агресії проти України приймає рішення про використання Збройних Сил України та інших утворених відповідно до законів України військових формувань (частина перша пункту 19 статті 106 Конституції України), приймає відповідно до закону рішення про загальну або часткову мобілізацію та введення воєнного стану в Україні або в окремих її місцевостях у разі загрози нападу, небезпеки державній незалежності України (частина перша пункту 20 статті 106 Конституції України).² У Конституції України немає жодних положень, які б вказували на те, що Президент та інші органи державної влади в умовах воєнного стану знаходяться поза дією обмежень на здійснення державної влади, що накладаються Конституцією. Тобто навіть в екстремальних умовах дія та чинність конституційних положень не можуть бути призупинені, державна влада повинна діяти згідно з Конституцією.

Але так було не завжди. Відомий теоретик конституційного права та апологет нацистського режиму в Німеччині К. Шмітт у своїй роботі "Політична теологія" вказував на те, що суверен – це той, хто визначає винятки в екстремальних умовах (до яких належать надзвичайний і воєнний стани – С. III.), а надзвичайний стан у державі по суті заперечує наявність стану нормального, ординарного, тобто правового порядку, тому *necessitas non habet legem* (порушення закону виправдано необхідністю).³ Оголошення надзвичайного стану є рішенням політичним, і тому з моменту цього проголошення невідворотно відкривається шлях для політичних, а не юридичних рішень. Тому особа, яка має повноважен-

¹ Texte intégral de la Constitution du 4 octobre 1958 en vigueur. URL: conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.

² Конституція України від 28 червня 1996 р. (зі зм. і доп.). *Відомості Верховної Ради України* (ВВР), 1996, № 30, ст. 141. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.

³ Carl Schmitt, *Political Theology, Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, trans. George Schwab (Chicago: University of Chicago Press, 2005), 115.

ня оголошувати такий стан, тобто хто проголошує такий “виняток,” здійснює суверенну владу поза та над законом, а також і над Конституцією як правовим актом.⁴ Тобто діє поза конституційними обмеженнями. Така теорія була нічим іншим, як обґрунтуванням узурпації влади А. Гітлером у результаті краху Веймарської Республіки, де суверен (фюрер) здійснював свою владу в умовах постійного надзвичайного стану, тобто поза конституційними обмеженнями.

Конституція США надає достатньо чітку відповідь для всіх “військових диктаторів” і теоретиків узурпації влади: у разі надзвичайних ситуацій, за умов воєнного та надзвичайного стану неприпустимо будь-кому відхилятися від конституційних положень, немає спеціальних конституційних положень для таких ситуацій. Єдиний конституційний виняток із цього правила – за умов надзвичайної ситуації може бути призупинена процедура “*habeas corpus*” у випадку “повстання” або “вторгнення” (стаття 1, частина 9, положення 2).⁵ Разом із цим Верховний Суд США ще в 1866 році зазначив у справі *Ex Parte Milligan*: “Конституція США є законом для правителів та людей рівною мірою під час війни та миру, та покриває усі сфери захисту для усіх класів людей на всі часи та за усіх обставин.”⁶

Як слушно зазначив лорд Аткін в окремій думці у справі *Liversidge v. Anderson*, що була розглянута Палатою лордів Сполученого Королівства у 1940 році та стосувалась повноважень Кабінету Міністрів вживати всіх необхідних заходів за умов війни, у тому числі за рахунок послаблення гарантій фундаментальних прав, “у цій країні під час збройної сутички закони не мовчать. Вони можуть бути змінені, але вони промовляють тією самою мовою як під час війни, так і під час миру. Я протестую, навіть якщо я і опинився у меншості, проти вузької нормативної конструкції, що надає неконтрольовану владу Міністру поміщати людей до в’язниці.”⁷

Конституції країн світу, допускаючи обмеження прав, у тому числі й під час дії воєнного стану, встановлюють суворі вимоги до законів, що їх обмежують, щоб гарантувати людині змогу користуватись своїми правами, не торкаючись сутності, “ядра” права, та усунути небезпеку необґрунтованих обмежень зі сторони органів влади.⁸ Звичайно, що у зв’язку із цим постає питання щодо критеріїв конституційних обмежень на права людини як у мирний час, так і в умовах воєнного стану, який зараз запроваджений в Україні. Запровадження більш суворих обмежень на права людини під час воєнного стану повинно бути збалансованим з конституційною вимогою до держави діяти згідно з конституцією, бо непро-

⁴ Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, et al., *Comparative Constitutionalism, Cases and Materials*, 3rd edition (St. Paul: Thomson/West, 2016), 1537.

⁵ Constitution of the United States. URL: <https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm>.

⁶ *Ex Parte Milligan*, Supreme Court (United States), 71 U. S. 2, 4 Wall.2 (1866). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/71/2/>.

⁷ *Liversidge v Anderson and Another* [1942] AC 207; p. [1941] 3 All ER p. 338. URL: https://learninglink.oup.com/static/5c0e79ef50eddf00160f35ad/casebook_21.htm.

⁸ Конституційне право: підручник, за заг. ред. М. І. Козюбри (К.: БАЙТЕ, 2021), 200.

порційні обмеження, що нівелюють ядро конституційних прав, призводять до того, що державна влада вийде за межі, встановлені конституцією.

Головним критерієм, або основою, доктрини обмеження державної влади конституцією є конституційні права та свободи, що мають фундаментальний характер. Конституційні права та свободи є основою конституційних правовідносин між державою та людиною. У цьому взаємозв'язку роль людини і громадянина проявляється як їх носія, а обов'язок держави полягає в їх утвердженні та забезпеченні через систему державно-правових заходів. Цю ідею вищості конституційних прав та свобод найбільш повно можна передати положеннями частини третьої статті 1 Основного Закону ФРН 1949 року: "основні права людини обов'язкові для законодавчої, виконавчої та судової влади як безпосередньо діюче право."⁹ Обмеження щодо здійснення влади, що накладаються правами людини, становлять саму сутність, головну ідею конституційного регулювання, її вищості у правовій системі з метою гарантії свободи.

Це ствердження є аксіоматичним у мирних умовах, тобто за умов відсутності будь-яких криз і екстремальних умов. На теоретичному рівні виділяють три типи екстремальних умов, а саме: 1) пов'язані з насильством чи застосуванням сили (воєнний стан, війна, збройне повстання тощо); 2) природні та техногенні катастрофи; 3) політичні та економічні кризи.¹⁰ Кризові явища неминуче призводять до посиленого суспільного запиту на "міцну руку," тобто посилення влади в бік авторитаризму і "військової диктатури," що призводить до того, коли Конституція вже не може виконувати свою головну роль – обмеження державної влади. Така ситуація неприпустима, оскільки кризові явища не можуть слугувати обґрунтуванням дій державної влади поза межами Конституції.

Як зазначає український дослідник О. Водяніков, у сучасній практиці можна виділити три типи інструментів пристосування до екстремальних умов: 1) *leges ex ante*, тобто визначені заздалегідь (передбачені законами винятки, передбачені Конституцією і законами режими надзвичайного та воєнного стану); 2) *leges latae*, тобто інструменти, що приймаються під час дії екстремальних умов, виходячи з їх інтенсивності, характеру та загроз, але у встановлених Конституцією і законодавством рамках (тимчасове спеціальне законодавство, спеціальні секторальні режими) і 3) *leges ex post*, тобто законодавчі інструменти, що приймаються за екстремальних умов поза заздалегідь установленими конституційними чи законодавчими рамками і які легітимізуються чи визнаються неконституційними після нормалізації ситуації (спеціальні секторальні режими).¹¹ Слід зазначити, що Конституції-

⁹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>.

¹⁰ Oren Gross, Ni Aolain, Fionnuala D., *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice* (American Society of International 2007 Certificate of Merit for Creative Scholarship); Oren Gross, Fionnuala Ni Aolain, "Law in times of crises: emergency powers in theory and practice," *Cambridge Studies in International and Comparative Law*, (Cambridge University Press, November 2006): 5. URL: <https://ssrn.com/abstract=975291>.

¹¹ Олександр Водяніков, "Конституціоналізм в екстремальних умовах: установча і встановлена влада в кризові періоди." *Український часопис конституційного права* 4 (2021): 31.

ею України передбачена можливість запровадження режимів надзвичайного чи воєнного стану, про що йдеться в частині другій статті 64, пункті 31 частини першої статті 85, пункті 19 частини першої статті 92, пункті 21 частини першої статті 106 і частині другій статті 157 Конституції України,¹² тобто сама Конституція передбачає можливість пристосування до екстремальних умов без необхідності виходу органів державної влади за її межі. Цей аспект є дуже важливим щодо визначення конституційності обмежень щодо прав людини в умовах воєнного стану, тобто дії держави щодо ефективної відсічі агресору, що втілюються у встановленні законодавцем більш суворих обмежень, ніж у мирний час, мають легітимну мету, але за умов відповідності конституційним критеріям цих обмежень.

Перелік абсолютних прав, тобто тих, які не підлягають обмеженням, у сучасних конституційних системах є дуже вузьким. Це, скоріше, виняток із правила, ніж основне правило: право на повагу до людської гідності, заборона рабства та нелюдського поводження, катування, а також право на життя у вигляді заборони смертної кари як виду покарання у мирний та воєнний час.

Сучасна доктрина конституційних прав, що була сформована після Другої світової війни у другій половині XX століття, базується на двох фундаментальних концепціях: обсязі конституційних прав та їх обмеженнях.¹³ Як зазначає професор А. Барак, обсяг конституційних прав поширюється на ту сферу, яка їх охоплює, щодо їх змісту та обмежень і може бути змінений лише через внесення відповідних конституційних змін, обмеження на конституційні права – це конституційні умови, за яких ці права можуть бути максимально повно реалізовані. Ці умови базуються на положеннях щодо обмежень конституційних прав (експліцитних або імпліцитних) і дозволяють обмежити конституційні права на підставі підконституційних норм (закону або загального права). Більшість конституційних прав є відносними, а не абсолютними, тобто підлягають обмеженням, вони мають ядро, яке не може бути обмеженим, це ядро є абсолютним.¹⁴ Отже, ядро конституційних прав, які не є абсолютними (абсолютними правами є дуже обмежена кількість у сучасних конституційних системах – право на гідність, заборона тортур і право на життя), не підлягає жодним обмеженням, як і абсолютні права.

Дуже важливим критерієм, що походить із конституцій і практики органів конституційної юрисдикції сучасних держав, є те, що держава при встановленні обмежень не може порушувати сутнісний зміст конституційного права, тобто його ядра, яке не підлягає жодним законодавчим обмеженням з метою конституційного захисту свободи та автономії індивіда. Як слушно зауважує професор М. Савчин, сутнісний зміст права полягає в наявності у його носія необхідних елементів, які дали йому змогу реалізувати свої вимоги щодо предмета суб'єктивного публічного права, у недопустимості довільного втручання,

¹² Конституція України від 28 червня 1996 р.

¹³ Gerhard Van der Schyff, *Limitations of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights* (Wolf Legal Publishers, 2005), 11.

¹⁴ Barak Aharon, "Proportionality," in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 739.

що мали б наслідком для його носія такі істотні перепони або взагалі унеможливували досягнення цілей (цього носія).¹⁵

Конституційні права, які не є абсолютними, підлягають обмеженню законом, і саме в цьому є головна ідея запровадженої конституційної скарги – перевірка органом конституційної юрисдикції цих обмежень. Конституція України заклала можливість обмеження за допомогою закону багатьох прав людини за наявності певних підстав: право на свободу думки та слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань може бути обмежене законом з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя (частина третя статті 34 Конституції України), право на свободу світогляду та віросповідання – в інтересах охорони громадського порядку, здоров'я і моральності населення або захисту прав і свобод інших людей (частина друга статті 35), право на свободу об'єднання у політичні партії та громадські організації – в інтересах національної безпеки та громадського порядку, охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей (частина перша статті 36) тощо.¹⁶

Конституційний Суд України у своїх рішеннях ще не розвинув доктрину критеріїв обмежень прав людини в умовах воєнного стану, але встановив такі критерії для мирного часу у своїй практиці. Крім того, вже є цікавий досвід визначення конституційності законодавчих обмежень в умовах фінансово-економічної кризи, що пов'язана із соціально-економічними конституційними правами.

До 2018 року Конституційний Суд України тлумачив частину третю статті 22 як таку, що забороняла перерозподіляти фінансові ресурси держави на соціальні програми в умовах економічно-фінансової кризи, що будь-яке звуження прав і свобод є обмеженням, забороненим Конституцією. Згідно з частиною третьою статті 22 Конституції України, при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. Звуження змісту та обсягу прав і свобод є їх обмеженням (абзац четвертий підпункту 5.2 пункту 5 мотивувальної частини Рішення КСУ від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005),¹⁷ а такі обмеження, згідно з попереднім підходом КСУ, заборонені Конституцією.

Перші зміни такого цього консервативного підходу відбулися 26 грудня 2011 р., коли у справі щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 4 розділу VII “Прикінцеві положення” Закону України “Про Державний бюджет України на 2011 рік”

¹⁵ Михайло Савчин, *Порівняльне конституційне право: навчальний посібник* (Київ: Юрінком Інтер, 2019), 147.

¹⁶ Конституція України від 28 червня 1996 р.

¹⁷ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу X “Перехідні положення” Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками) від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-05#Text>.

№ 20-рп/2011 Конституційний Суд України дійшов висновку, що практика держави щодо розподілу обмеженого фінансового ресурсу на фінансування соціальних програм у “ручному режимі” є конституційною, а саме право Кабінету Міністрів України, яке надано Законом України “Про Державний бюджет України на 2011 рік,” визначати порядок та розмір соціальних виплат виходячи з наявного фінансового ресурсу бюджету Пенсійного фонду України, а принцип збалансованості бюджету є одним з визначальних поряд із принципами справедливості та пропорційності (розмірності) у діяльності органів державної влади, зокрема в процесі підготовки, прийняття та виконання державного бюджету на поточний рік.¹⁸

Докорінні доктринальні зміни відбулися у 2018 році, коли Конституційний Суд України звернув увагу на те, що стаття 22 міститься в розділі II “Права, свободи та обов’язки людини і громадянина” Конституції України і в ній сформульовано загальну вимогу щодо законодавчого обмеження усіх конституційних прав і свобод, тому положення частини третьої цієї статті необхідно інтерпретувати у взаємозв’язку з положеннями частин першої, другої статті 22, частини першої статті 64, частини першої статті 157 Основного Закону України і слід розуміти так, що при ухваленні нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих конституційних прав і свобод людини, якщо таке звуження призводить до порушення їх сутності (абзац десятий підпункту 2.2 пункту 2 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 22 травня 2018 р. № 5-р/2018).¹⁹

Звуження змісту та обсягу існуючих конституційних прав і свобод людини є їх обмеженням, а обмеження допускаються Конституцією. Верховна Рада України уповноважена ухвалювати закони, що встановлюють обмеження, відповідно до таких критеріїв: “обмеження щодо реалізації конституційних прав і свобод не можуть бути свавільними та несправедливими, вони мають встановлюватися виключно Конституцією і законами України, переслідувати легітимну мету, бути обумовленими суспільною необхідністю досягнення цієї мети, пропорційними та обґрунтованими, у разі обмеження конституційного права або свободи законодавець зобов’язаний запровадити таке правове регулювання, яке дасть можливість оптимально досягти легітимної мети з мінімальним втручанням у реалізацію цього права або свободи і не порушувати сутнісний зміст такого права” (абзац третій підпункту 2.1 пункту 2 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від

¹⁸ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 49 народних депутатів України, 53 народних депутатів України і 56 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 4 розділу VII “Прикінцеві положення” Закону України “Про Державний бюджет України на 2011 рік.” URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-11#Text>.

¹⁹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 12 розділу I Закону України “Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України” від 28 грудня 2014 року № 76-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-18#Text>.

1 червня 2016 р. № 2-рп/2016 у справі про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу).²⁰

Отже, у Рішенні № 5-р/2018 КСУ вивів юридичну позицію щодо розуміння частини третьої статті 22 Конституції України: 1) звуження змісту та обсягу існуючих конституційних прав і свобод людини – це їх обмеження; 2) ці обмеження конституційно допускаються, якщо такі обмеження передбачені конституцією та законами, а також дотримано критеріїв оцінки цих обмежень, що викладені у вищезазначеній юридичній позиції КСУ, такі критерії конституційності обмежень були вперше сформульовані в юридичній позиції в абзаці третьому підпункту 2.1 пункту 2 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 1 червня 2016 р. № 2-рп/2016; 3) звуження змісту та обсягу стосується лише конституційних прав і свобод, тобто тих, що зазначені у тексті Конституції або з ним пов'язані в силу їх фундаментальної юридичної природи; 4) таке звуження не порушує сутності прав і свобод, тобто їх ядра, без якого вони не можуть існувати та повноцінно реалізовуватися.

У Рішенні від 7 листопада 2018 р. № 9-р/2018 Конституційний Суд України констатував, що “право громадян на соціальний захист є комплексним, його зміст визначають як Конституція, так і закони України;” “складові права на соціальний захист, не конкретизовані в частині першій статті 46 Основного Закону України або в інших його статтях, визначає Верховна Рада України шляхом ухвалення законів, тому вона може змінити, скасувати або поновити їх при формуванні соціальної політики держави за умови дотримання конституційних норм та принципів” (перше речення абзацу другого, абзац четвертий пункту 5 мотивувальної частини).²¹

Отже, ці два рішення Конституційного Суду України, що були ухвалені у 2018 р., дозволили сформулювати доктрину (усталену практику суду) щодо обмежень соціальних прав в умовах фінансово-економічної кризи з урахуванням конституційної природи цих соціальних прав. Тобто це можна вважати першим комплексним підходом щодо обґрунтування конституційності законодавчих обмежень щодо соціальних прав.

У Конституції України не існує окремої статті, що встановлює критерії конституційності обмежень прав людини, вона була вилючена авторами проекту Конституції України, напевно, виходячи з консервативних міркувань про те, що конституційні права та свободи загалом не підлягають обмеженням законом або отримують свою конкретизацію та за-

²⁰ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини першої статті 13 Закону України “Про психіатричну допомогу” (справа про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16#Text>.

²¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пункту 7 розділу II Закону України “Про запобігання фінансової катастрофи та створення передумов для економічного зростання в Україні.” URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-18#Text>.

стосування через відповідні закони, що розвивають конституційні положення. Такі доктринальні підходи довгий час нівелювали дію принципу найвищої юридичної сили конституції, принцип прямої дії її норм і принцип безпосереднього судового захисту конституційних прав та свобод (стаття 8 Конституції України).

На це текстуальне упущення в тексті Конституції України звертає увагу Венеційська комісія “За демократію через право” у висновку, прийнятому на 30 пленарному засіданні 7–8 березня 1997 року, де окремо зазначається:

На жаль, разом із загальними положеннями про можливі обмеження прав людини у попередньому варіанті частини першої статті 64 вилучено і принцип пропорційності, передбачений у частині другій тієї самої статті. Оскільки багато обмежень, передбачених окремими статтями Конституції, наприклад, обмеження свободи думки та слова, передбачені частиною третьою статті 34, є доволі широкими, то важливо, щоб Конституційний Суд України тлумачив різні обмеження прав людини у світлі загальноправового принципу пропорційності.²²

Український науковець С. Погребняк справедливо вважає, “що цей принцип (пропорційності) адресовано також суддям, які, застосовуючи закон, виступають у ролі оцінювачів обмежувальних дій законодавця. Використовуючи цей принцип, судді поступово (від рішення до рішення) розробляють систему критеріїв про межі правомірного втручання законодавця у те чи інше право.”²³

Вперше за свою історію до принципу пропорційності звернувся Конституційний Суд України в рішенні по справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу від 7 липня 2004 р., де Суд визнав положення абзацу другого частини першої статті 39 Закону України “Про вищу освіту,” що встановлюють вікові обмеження до 65 років, неконституційними. Суд у параграфі 4.2 цього рішення визнав, що

при будь-яких можливих цілях, які можуть впливати із Закону, встановлене обмеження не може бути визнане виправданим, обґрунтованим та справедливим. Принаймні є менш обтяжливі шляхи досягнення цих цілей, ніж автоматичне безпідставне позбавлення громадян можливості брати участь у балотуванні на посаду керівника вищого навчального закладу при досягненні шістдесятип’ятирічного віку.²⁴

Тобто суд почав формувати стандарти застосування цього принципу.

У конституційному праві Канади обмежувальна формула щодо конституційних критеріїв оцінки обмежень виписана у статті 1 Хартії прав і свобод, згідно з якою права і свободи

²² Opinion on the Constitution of Ukraine, adopted by the Commission at its 30-th Plenary Meeting in Venice, on 7–8 March 1997. Venice Commission Bulletin. CDL. Inf (97) 2. P. 4.

²³ Погребняк Станіслав, “Додержання принципу пропорційності як умова правомірності нормативно-правових актів,” *Вісник Академії правових наук України* 4 (2005): 42.

²⁴ Конституційний Суд України: Рішення. Висновки, відповід. редакції. кандидат юрид. наук П. Б. Євграфов (Київ: Юрінком Інтер, 2005), 228.

підлягають лише розумним обмеженням, що передбачені законом і можуть бути наявно виправдані у вільному демократичному суспільстві.²⁵

Так, у рішенні у справі *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.* Верховний суд Канади визнав, що традиційне нормативне положення загального права, яке забороняє поширення інформації каналами масмедіа щодо кримінального процесу, має бути змінено з урахуванням необхідності дотримання рівного статусу, що надається Канадською хартією прав та свобод, – права на свободу висловлювання та права на справедливий судовий розгляд.²⁶ Оскільки заборона будь-яких публікацій щодо судового процесу, на думку Суду, обмежує свободу висловлювання третіх осіб, загальне право має врахувати цілі, для досягнення яких приймається така заборона, і зважати на пропорційність впливу такої заборони на права, гарантовані Хартією.

Частина перша статті 36 Конституції Південно-Африканської Республіки містить положення щодо обмеження конституційних прав та свобод і стверджує таке: права, що входять до Білля про права, можуть бути обмежені законом на загальних умовах з урахуванням того, що це обмеження є розумним і виправданим у відкритому та демократичному суспільстві, заснованому на принципі поваги до людської гідності, рівності та свободи, та беручи до уваги супутні чинники, що включають: а) природу права; б) важливість мети цього обмеження; в) природу та сфери поширення цього обмеження; г) співвідношення між обмеженням та його метою; д) менш обмежувальні засоби для досягнення цієї мети. Крім того, стаття 39 цієї ж Конституції закріплює основні підходи судів при тлумаченні норм про права людини. Вона передбачає, що суди повинні: а) підтримувати цінності, що лежать в основі відкритого та демократичного суспільства і базуються на гідності людини, рівності та свободі; б) повинні враховувати міжнародне право; в) можуть ураховувати право зарубіжних країн. Крім того, при тлумаченні законодавства під час розвитку загального чи звичаєвого права суди повинні враховувати дух, призначення та цілі Білля про права.²⁷

Як зазначено у статті 19 Основного Закону ФРН, оскільки відповідно до цього Основного Закону основне право може бути обмежене законом чи відповідно до нього, у жодному разі основне право не може бути порушеним.²⁸ Частина третя статті 31 Конституції Польщі, своєю чергою, закріплює більш всеохопний конституційний критерій щодо можливих законодавчих обмежень: “обмеження у користуванні конституційними правами і свободами можуть бути встановлені лише законом і лише якщо вони необхідні у демократичній державі для її безпеки або для забезпечення публічного порядку, для охорони

²⁵ Hogg Peter W, *Constitutional Law of Canada* (Toronto: Carswell, 1997. 4th ed.): 864.

²⁶ *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.* URL: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1204/index.do>.

²⁷ Constitution of the Republic of South Africa, 1996. URL: <https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996>.

²⁸ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>.

довкілля, здоров'я і публічної моралі або свобод і прав інших осіб. Ці обмеження не можуть суперечити сутності прав і свобод.”²⁹

Як уже зазначалось вище, конституційні критерії обмеження були відсутні в тексті Конституції України. Це встановив Конституційний Суд через свою практику – вперше у своєму Рішенні від 8 квітня 2015 р. У цій справі Уповноважений Верховної Ради України з прав людини просив визнати неконституційною статтю 171² Кодексу адміністративного судочинства України, згідно з якою рішення місцевого загального суду як адміністративного суду у справах з приводу рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень щодо притягнення до адміністративної відповідальності є остаточним і оскарженню не підлягає.

На той час Конституція України гарантувала апеляційне та касаційне оскарження рішення суду, крім випадків, установлених законом. У цій справі це був саме такий випадок, коли рішення суду першої інстанції було остаточним. Для того щоб встановити, чи відповідає таке законодавче обмеження Конституції, Суд встановив такий критерій оцінки: таке обмеження має встановлюватися виключно Конституцією та законами України, переслідувати легітимну мету, бути обумовленим суспільною необхідністю досягнення цієї мети, пропорційним та обґрунтованим. У разі обмеження права на оскарження судових рішень законодавець зобов'язаний запровадити таке правове регулювання, яке дасть можливість оптимально досягти легітимної мети з мінімальним втручанням у реалізацію права на судовий захист і не порушувати сутнісний зміст такого права.

Деякі види адміністративних стягнень за ступенем своєї суворості співмірні зі встановленими Кримінальним кодексом України покараннями, зокрема штрафом, громадськими роботами, виправними роботами, конфіскацією майна, арештом. Суворі адміністративні стягнення, що співмірні зі встановленими Кримінальним Кодексом України, порушують принцип пропорційності між поставленою метою та вжитими для її досягнення заходами, а непропорційні обмеження права на оскарження судового рішення у свою чергу порушують сутнісний зміст права особи на судовий захист. Для обґрунтування цієї позиції Суд також послався на статтю 2 Протоколу № 7 до ЄКПЛ, що кожен, кого суд визнав винним у вчиненні кримінального правопорушення, має право на перегляд судом вищої інстанції факту визнання його винним або винесеного йому вироку; а термін “кримінальне правопорушення” має автономне значення і охоплює суворі за своїми наслідками види адміністративних стягнень, до яких належать адміністративний арешт і значні адміністративні штрафи (третій критерій справи Енгеля).

Отже, як вирішив Суд у цій справі, якщо апеляційне та касаційне оскарження не передбачені законом, це не відповідає Конституції, якщо розміри адміністративних стягнень є суттєвими. Це є першим прикладом застосування системних критеріїв обмежень щодо прав людини, які сформульовані практикою суду.³⁰

²⁹ Constitution of the Republic of Poland on April 2, 1997. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/en/legislation/details/7539>.

³⁰ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини другої статті 171² Кодексу адміністративного судочинства України. URL <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-15#Text>.

Конституційний Суд України 1 червня 2016 р. у справі № 2-рп/2016 про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу остаточно зафіксував ці критерії у вигляді остаточно сформованої юридичної позиції щодо оцінки конституційності усіх можливих законодавчих обмежень на права людини. У цій юридичній позиції КСУ сформулював критерії перевірки законодавчих обмежень конституційних прав і свобод у мирний час, що дуже важливо для повноцінного функціонування інституту конституційної скарги. Якщо право не є абсолютним, воно може бути обмеженим, ці обмеження конституційно допускаються за умов, якщо такі обмеження передбачені конституцією та законами, а також дотримано критеріїв оцінки цих обмежень, що викладені у вищезазначеній юридичній позиції КСУ.

Прихильність до цієї юридичної позиції КСУ простежується в усіх наступних рішеннях і, зокрема, у Рішенні КСУ від 28 серпня 2020 р., де він зазначив, що згідно зі статтею 64 Конституції України конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України; в умовах воєнного та надзвичайного стану можуть встановлюватися окремі обмеження прав і свобод із зазначенням строку цих обмежень; такі обмеження можуть встановлюватися лише законом, а встановлення таких обмежень підзаконним актом (у цьому випадку – постановою Кабінету Міністрів) суперечить Конституції України. У цьому рішенні антиковидні обмеження на права людини були визнані неконституційними, оскільки вони встановлені не законом, а підзаконним актом – постановою Кабінету Міністрів України.³¹ Це є прикладом оцінки конституційності обмежень в екстремальних умовах, хоча надзвичайний стан тоді так і не був оголошений офіційно.

Які конституційні критерії обмеження прав і свобод в умовах воєнного стану? Можна припустити, що ці критерії є такими самими, що і в мирний час: обмеження встановлюються лише конституцією та законами з урахуванням критеріїв, що сформульовані у вищезазначеній юридичній позиції КСУ в Рішенні від 1 червня 2016 р. Немає особливої різниці між мирним або воєнним часом – відрізняється лише рівень або ступінь суворості цих обмежень. У воєнний час дії держави щодо більш суворих обмежень прав людини є більш виправданими, як, наприклад, щодо обмежень при поширенні інформації або щодо права на свободу пересування.

Разом із цим слід зауважити щодо особливостей формулювання частини другої статті 64 Конституції України: в умовах воєнного стану можуть встановлюватися окремі обмеження прав і свобод із зазначенням строку цих обмежень, а деякі права та свободи не можуть

³¹ Рішення Конституційного Суду України від 28.08.2020 р. № 10-р/2020 у справі за конституційним поданням Верховного Суду щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень постанови Кабінету Міністрів України “Про встановлення карантину з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, та етапів послаблення протиепідемічних заходів,” положень частин першої, третьої статті 29 Закону України “Про Державний бюджет України на 2020 рік,” абзаца дев’ятого пункту 2 розділу II “Прикінцеві положення” Закону України “Про внесення змін до Закону України ‘Про Державний бюджет України на 2020 рік.’” URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v010p710-20#Text>.

бути обмежені загалом (ті, що передбачені статтями 24, 25, 27, 28, 29, 40, 47 та ін.). Отже, у цій статті Конституції йдеться про закони, що ухвалюються або діють в період воєнного стану. Вони мають тимчасовий характер, тобто діють саме в період воєнного стану. Якщо в мирний час права та свободи можуть бути обмежені конституцією та законами, то у воєнний час вони можуть бути обмежені так само, але держава має легітимну мету зі встановлення більш суворих обмежень (наприклад, заборона виїзду за кордон чоловіків віком до 60 років може відповідати конституції і не порушувати конституційне право на свободу пересування).

Залишається відкритим питання, хто саме встановлює ці обмеження в умовах воєнного стану. Стаття 64 Конституції України не дає прямої відповіді на це питання. Це може зробити Верховна Рада України в законі про правовий режим воєнного стану або у інших законах, які стосуються періоду дії воєнного стану. Також це може встановити Президент України, який згідно з пунктом 17 частини першої статті 106 Конституції України є Верховним Головнокомандувачем Збройних Сил України, у самому Указі про введення воєнного стану в Україні, який затверджується Верховною Радою України. Оскільки цей указ має тимчасовий характер (природним станом для людства є все ж таки мир, а не війна, війна – це завжди відхилення від нормального повсякденного життя, і вона обов'язково закінчиться перемогою України), Президент України якраз і має зазначати у цьому указі строк дії таких обмежень.

До моменту оголошення воєнного стану – 24 лютого 2022 р. – в Україні сприймалась концепція гібридної (або неоголошеної) війни. Це спричинило багато спорів серед суддів Конституційного Суду, особливо в контексті внесення змін до Конституції України, на які Суд повинен надати висновок. Відповідно до частини другої статті 157 Основного Закону України Конституція України не може бути змінена в умовах воєнного або надзвичайного стану, але офіційно воєнний стан не був запроваджений. Більшість суддів дотримувалась позиції, що ці зміни все ж таки можна вносити, незважаючи на те, що неоголошена війна триває з 2014 року. Меншість суддів наполягала на тому, що війна триває де-факто, хоча воєнний стан неоголошений, і тому зміни вносити не можна.

Автор цієї статті в той час зайняв проміжну позицію, яку сформулював у окремій думці до Висновку Суду 23 червня 2015 р. Метою прийняття цієї конституційної норми є збереження стабільності конституційного ладу й недопущення ухвалення поспішних, необґрунтованих і свавільних рішень, зумовлених різними обставинами, які мають місце під час воєнного або надзвичайного стану, оскільки конституції пишуться в мирний час і для мирного життя. Внесення змін до Конституції України в умовах воєнного стану матиме сумнівну легітимність, адже буде продиктоване необхідністю опору Українського народу зовнішній військовій агресії та емоційною реакцією політиків на таку загрозу, а зміни не отримають належного публічного обговорення й оцінки щодо їх доцільності, розумності та раціональності. Тому положення частини другої статті 157 Основного Закону України не можна тлумачити буквально і зводити лише до офіційного запровадження воєнного стану. Загальний підхід полягає в тому, що збройний конфлікт (війна) існує

об'єктивно, незалежно від того, чи відбулося формальне оголошення / визнання війни за-інтересованими державами.

У разі коли іноземна держава бере участь у збройному конфлікті не безпосередньо, а шляхом надання допомоги так званим повстанцям або ополченням, сучасне міжнародне право виходить із того, наскільки така допомога є суттєвою для визначення наявності міжнародного збройного конфлікту. У Рішенні від 15 липня 1999 р. у справі Tadić Міжнародний кримінальний трибунал щодо колишньої Югославії встановив, що міжнародний конфлікт має місце тоді, коли несуперечливі учасники є *de facto* органами іноземної держави. Для цього іноземна держава повинна здійснювати загальний контроль над ними. Враховуючи аналіз зазначених правових актів, повідомлень засобів масової інформації та аналітичних звітів, можна дійти висновку, що розпочата 14 квітня 2014 р. антитерористична операція вже давно вийшла за межі свого призначення, має чітко виражений військово-оборонний характер і спрямована на відновлення суверенітету і територіальної цілісності України.

Незважаючи на те, що воєнний стан офіційно не був тоді запроваджений, Конституційний Суд України мав би звернути увагу на наявність кризової ситуації в суспільстві й виробити критерії допустимості внесення змін до Конституції України в умовах суспільної небезпеки гібридної війни. В умовах цієї гібридної війни, яка існувала до 22 лютого 2022 р. до конституції не можна вносити зміни, які затверджуються всеукраїнським референдумом, оскільки держава тимчасово не може встановити свій контроль і поширити державний суверенітет на всі конституційно визначені адміністративно-територіальні одиниці; передбачають суттєву зміну системи конституційних прав і свобод людини і громадянина, їх гарантій, змісту й обсягу, у тому числі обов'язків, критеріїв обмеження, або введення обмежень щодо конституційних прав і свобод, які не охоплюються переліком, що міститься у частині другій статті 64 Конституції України (наприклад, запровадження смертної кари як виду кримінального покарання); передбачають зміну конституційного ладу держави через істотний перерозподіл повноважень між гілками влади, які впливають на конституційний механізм стримувань і противаг та, як наслідок, на надмірну концентрацію влади, що призводить до її узурпації і знищення свободи під гаслами боротьби з ворогами. Отже, в умовах гібридної війни до конституції були внесені лише ті зміни, що стосуються скасування депутатської недоторканності, та великий пакет конституційних змін щодо судової реформи.³²

Разом із цим Конституційний Суд України так і не опрацював критерії оцінки більш суворих обмежень щодо прав людини в умовах гібридної війни, оскільки знаходився на формальних позиціях відсутності офіційного запровадження воєнного стану. Так, у Рішенні

³² Окрема думка судді Конституційного Суду України Шевчука С. В. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України та суддів вимогам статей 157 і 158 Конституції України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ng01d710-15#Text>.

від 25 червня 2019 р. № 7-р/2019 по справі за конституційними скаргами М. Ковтун, Н. Савченко, І. Костоглодова та В. Чорнобука щодо осіб, які підозрювались у здійсненні терористичної діяльності, захопленні державної влади, державній зраді, диверсії та шпигунстві, положення частини п'ятої статті 176 Кримінального процесуального кодексу України були визнані неконституційними. Згідно з цією статтею, що визнана неконституційною, до осіб, які підозрюються у скоєнні таких злочинів, не можуть бути застосовані інші запобіжні заходи, крім тримання під вартою. Таке рішення дозволило вийти на свободу більш ніж декільком сотням підозрюваних терористів і колаборантів, оскільки запобіжні заходи були змінені судами.

Як зазначив Суд, із аналізу частини другої статті 29 Конституції України вбачається, що винятків стосовно підстав застосування до особи запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, пов'язаних із тяжкістю вчиненого нею злочину, немає. Тобто, навіть коли йдеться про злочини, що посягають на національну безпеку України чи громадську безпеку, наявність вмотивованого судового рішення для тримання під вартою особи, яка підозрюється чи обвинувачується у їх вчиненні, є обов'язковою, а тримання особи під вартою на підставі суто формального судового рішення порушує принцип верховенства права. В оспорюваній нормі необхідність тримання під вартою обґрунтовується тяжкістю злочину, що не забезпечує балансу між метою його застосування у кримінальному провадженні та правом особи на свободу й особисту недоторканність. Далі Суд послався на загальні критерії обмеження, що встановлені у його рішенні від 1 червня 2016 р. щодо психіатрії, та визнав цю норму неконституційною. Після оголошення воєнного стану парламент відновив цю норму кримінально-процесуального кодексу, яка була визнана неконституційною.³³

З іншого боку, у рішенні по справі щодо відповідності Конституції України окремих положень законів України про телебачення, радіомовлення та кінематографію від 21 грудня 2021 року № 3-р/2021 Конституційний Суд знову послався на загальні критерії обмеження у справі від 1 червня 2016 року, але дійшов до більш змістовних висновків. Як зазначив Суд, в умовах застосування Російською Федерацією (її суб'єктами владних повноважень, посадовцями, а також її найманцями, журналістами, митцями тощо) різних засобів цілеспрямованого формування негативного образу України протидія державі-агресору здійснюється також в інформаційній сфері як складник національної безпеки української держави. Для протидії загрозам парламент застосовує систему нормативних засобів забезпечення інформаційної безпеки України. Відповідно до юридичної позиції Конституційного Суду України для стабільності демократичного конституційного ладу держава може

³³ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними скаргами Ковтун Марини Анатоліївни, Савченко Надії Вікторівни, Костоглодова Ігоря Дмитровича, Чорнобука Валерія Івановича щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення частини п'ятої статті 176 Кримінального процесуального кодексу України. URL <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-19#Text>.

здійснювати конкретні заходи з метою його захисту (Рішення від 16 липня 2019 р. № 9-р/2019).³⁴

Отже, особу, яка, зокрема, пропагувала насильство і закликала до повалення конституційного ладу в Україні, брала участь у діяльності незаконних збройних формувань і в бойових діях на території України у складі незаконних збройних формувань, висловлювала підтримку агресивної політики держави-окупанта і здійснювала пропаганду або інші дії, спрямовані на заперечення права Українського народу на власну державність, може бути включено до Переліку осіб, які створюють загрозу національній безпеці, з наступним введенням санкційних обмежень. Такі обмеження української держави щодо російських артистів були визнані конституційними. Тобто, якщо російський артист з початку знімається в серіалі про ФСБ, а потім в екранізації творів Шекспіра, обидва фільми заборонено транслювати в Україні.

Наявність екстремальних умов і запровадження воєнного стану не виводить діяльність органів державної влади поза межі конституційного регулювання та конституційного контролю. Необхідність надати відсіч російській збройній агресії не може виправдати діяльність держави поза правовим полем, особливо в умовах, коли український народ бореться за свою свободу та незалежність.

Отже, як загальний висновок, слід зазначити, що головним критерієм здійснення оцінки конституційності законодавчих обмежень щодо конституційних прав та свобод є юридична позиція, що сформульована у абзаці третьому підпункту 2.1 пункту 2 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 1 червня 2016 р. № 2-рп/2016 у справі про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу:

обмеження щодо реалізації конституційних прав і свобод не можуть бути свавільними та несправедливими, вони мають встановлюватися виключно Конституцією і законами України, переслідувати легітимну мету, бути обумовленими суспільною необхідністю досягнення цієї мети, пропорційними та обґрунтованими, у разі обмеження конституційного права або свободи законодавець зобов'язаний запровадити таке правове регулювання, яке дасть можливість оптимально досягти легітимної мети з мінімальним втручанням у реалізацію цього права або свободи і не порушувати сутнісний зміст такого права.

Ця юридична позиція підтверджена Конституційним Судом України у всіх наступних рішеннях, що стосуються обмежень прав людини.

Ці критерії діють як у мирний час, так і під час воєнного стану, що підтверджено Конституційним Судом України шляхом посилання на цю юридичну позицію у 2022 та 2023 рр., тобто ухвалені вже під час дії режиму воєнного стану. При цьому необхідно врахувати положення частини другої статті 64 Конституції України, у яких ідеться, зокрема, про окремі обмеження прав і свобод, що можуть бути запроваджені в умовах воєнного стану

³⁴ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих приписів статті 6 Закону України “Про телебачення і радіомовлення,” статей 15, 151, 26 Закону України “Про кінематографію.” URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va03p710-21#Text>.

із зазначенням строку дії цих повноважень. З урахуванням тимчасовості таких обмежень вони можуть установлюватися в Указі Президента про запровадження воєнного стану та його продовження або у відповідних законах, що прийняті для забезпечення правового режиму воєнного стану у відповідних сферах.

Права і свободи, які згідно з їх переліком у частині другій статті 64 Конституції України не підлягають обмеженням, обмежуються за критеріями мирного часу, тобто не підлягають екстраординарним обмеженням під час війни. Щодо інших конституційних прав і свобод, що не потрапили до зазначеного переліку у статті 64 Конституції України, можуть діяти більш суворі обмеження щодо прав і свобод з боку держави, що має легітимну мету й виправдане необхідністю отримання перемоги над ворогом.

© С. Шевчук, 2022

Bibliography

- Barak, Aharon. *Proportionality*. In *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Carl Schmitt, *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, George Schwab (trans.), Chicago: University of Chicago Press, 2005.
- Constitution of the Republic of Poland on April 2, 1997. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/en/legislation/details/7539>.
- Constitution of the Republic of South Africa, 1996. URL: <https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996>.
- Constitution of the United States. URL: <https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm>.
- Constitutional Court of Ukraine: Decisions. Conclusions. 2004*, ed. by PhD in Law P. B. Yevgrafov. K.: Yurinkom Inter, 2005.
- Constitutional Law: Textbook*, ed. by M. Kozyubra. K.: BAITE, 2021.
- Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp. URL: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1204/index.do>.
- Dorsen, Norman, Michel Rosenfeld, Andras Sájo, Susanne Baer, Susanna Mancini. *Comparative Constitutionalism, Cases and Materials*. St. Paul: Thomson/West, 3rd edition 2016 (1st edition 2003, 2nd edition 2010).
- Judgement of the Constitutional Court of Ukraine on April 8, 2015 № 3-пн/2015 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-15#Text>.
- Judgement of the Constitutional Court of Ukraine on August 28, 2020 № 10-п/2020 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v010p710-20#Text>.
- Judgement of the Constitutional Court of Ukraine on December 21, 2021 № 3-п/2021 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va03p710-21#Text>.
- Judgement of the Constitutional Court of Ukraine on December 26, 2011 № 20-пн/2011 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-11#Text>.

- Judgement of the Constitutional Court of Ukraine on June 1, 2016 № 2-пн/2016 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16#Text>.
- Judgement of the Constitutional Court of Ukraine on June 25, 2019 № 7-п/2019 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-19#Text>.
- Judgement of the Constitutional Court of Ukraine on May 22, 2018 № 5-п/2018 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-18#Text>.
- Judgement of the Constitutional Court of Ukraine on November 7, 2018 № 9-п/2018 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-18#Text>.
- Judgement of the Constitutional Court of Ukraine on September 22, 2005 № 5-пн/2005 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-05#Text>.
- Ex Parte Milligan, Supreme Court (United States), 71 U. S. 2, 4 Wall.2 (1866). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/71/2/>.
- Gross, Oren and Ni Aolain, Fionnuala D. Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice *Cambridge Studies in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, November 2006. URL: <https://ssrn.com/abstract=975291>.
- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*. Toronto: Carswell, 1997. 4th ed.
- Liversidge v Anderson and Another [1942] AC 207; p. [1941] 3 All ER p. 338. URL: https://learninglink.oup.com/static/5c0e79ef50eddf00160f35ad/casebook_21.htm.
- Opinion on the Constitution of Ukraine, adopted by the Commission at its 30-th Plenary Meeting in Venice, on 7–8 March 1997. Venice Commission Bulletin. CDL. Inf (97) 2. P. 4.
- Pohrebniak, Stanislav, “Compliance with the principle of proportionality as a condition for the legality of normative legal acts.” *Bulletin of the Academy of Legal Sciences of Ukraine* 4 (2005).
- Savchyn, Mykhailo. *Comparative constitutional law: a textbook*. Kyiv: Yurinkom Inter, 2019.
- Schyff, Gerhard Van der. *Limitations of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights*. Wolf Legal Publishers, 2005.
- Schyff, Gerhard Van der. *Limitations of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights*. Wolf Legal Publishers, 2005.
- Separate opinion of Judge of the Constitutional Court of Ukraine Shevchuk S. V. on the Opinion of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the request of the Verkhovna Rada of Ukraine for an opinion on compliance of the draft law on amendments to the Constitution of Ukraine on immunity of people's deputies of Ukraine and judges with the requirements of Articles 157 and 158 of the Constitution of Ukraine. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ng01d710-15#Text>.
- Texte intégral de la Constitution du 4 octobre 1958 en vigueur. URL: conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.

The Constitution of Ukraine. The Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine (BVR), 1996, № 30, Article 141. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.
Vodiannikov, Oleksandr. "Constitutionalism in Extreme Conditions: Constituent and Established Power in Crisis Periods." *Ukrainian Journal of Constitutional Law*. 4 (2021).

Станіслав Шевчук. Обмеження прав людини в умовах війни і миру: конституційний аспект

Анотація. У статті проведено доктринальний аналіз конституційних критеріїв обмежень щодо прав людини. Автор ставить питання про те, чи відрізняється зміст та обсяг цих обмежень в умовах воєнного стану і в мирний час, а також про те, чи надає конституція державі можливість виходу за її межі під час збройної відповіді агресору. Стверджується, що запровадження більш суворих обмежень на права людини під час воєнного стану повинно бути збалансованим з конституційною вимогою, адресованою до держави діяти згідно з конституцією. В іншому разі непропорційні обмеження, що нівелюють ядро конституційних прав, призводять до того, що державна влада вийде за межі, встановлені конституцією. Головним критерієм, або основою, доктрини обмеження державної влади конституцією є конституційні права та свободи, що мають фундаментальний характер. Як свідчить конституційна практика, ядро конституційних прав, які не є абсолютними (абсолютними правами є дуже обмежена їх кількість у сучасних конституційних системах – право на гідність, заборона торгтур і право на життя), не підлягає жодним обмеженням, рівно як і абсолютні права. Дуже важливим критерієм, що походить із конституцій та практики органів конституційної юрисдикції сучасних держав, є те, що держава при встановленні обмежень не може порушувати сутнісний зміст конституційного права, тобто його ядра, яке не підлягає жодним законодавчим обмеженням з метою конституційного захисту свободи та автономії індивіда. Стверджується, що звуження змісту та обсягу існуючих конституційних прав і свобод людини є їх обмеженням, а обмеження допускаються Конституцією. Зроблено висновок про те, що права і свободи, які згідно з переліком у частині другій статті 64 Конституції України не підлягають обмеженням, обмежуються за критеріями мирного часу, тобто не підлягають екстраординарним обмеженням під час війни. Щодо інших конституційних прав і свобод, що не потрапили до зазначеного переліку у статті 64 Конституції України, можуть діяти більш суворі обмеження щодо прав і свобод з боку держави; такі обмеження мають переслідувати легітимну мету й бути виправданими необхідністю отримання перемоги над ворогом.

Ключові слова: обмеження конституційних прав і свобод; конституційний критерій обмеження прав і свобод; принцип пропорційності; сутнісний зміст права; принцип верховенства Конституції; обмеження соціальних прав.

Stanislav Shevchuk. Limitations of Human Rights in the Conditions of War and Peace: The Constitutional Aspect

Abstract: The article conducts a doctrinal analysis of the constitutional criteria for restrictions on human rights. The author asks whether the content and scope of these restrictions differ during the martial law period and during peacetime. It also questions whether the constitution allows the state to exceed its constitutional limits during an armed response to the aggressor. It is argued that the introduction of more severe limitations on human rights during martial law must be balanced with the constitutional requirement for the state to act in accordance with the constitution. Otherwise, disproportionate restrictions that nullify the core of constitutional rights could lead to state power

exceeding the limits established by the constitution. The main criterion, or basis, for the doctrine of limiting state power by the constitution is the fundamental constitutional rights and freedoms. As the jurisprudence of constitutional courts shows, the core of constitutional rights that are not absolute (absolute rights are very few in modern constitutional systems – the right to dignity, the prohibition of torture, and the right to life) cannot be subject to any limitations, similar to absolute rights. A very important criterion, derived from the constitutions and practices of constitutional jurisdiction bodies of modern states, is that the state, when imposing limitations, cannot violate the essence of a constitutional right, i.e., its core, which is not subject to any legislative limitations for the purpose of constitutional protection of individual freedom and autonomy. It is asserted that the narrowing of the content and scope of existing constitutional human rights and freedoms constitutes their limitation, and limitations are permitted by the Constitution. It is concluded that the rights and freedoms listed in part two of Article 64 of the Constitution of Ukraine, and not subject to limitations, should be limited according to peacetime criteria, meaning they are not subject to extraordinary restrictions during wartime. As for other constitutional rights and freedoms not included in the list in Article 64 of the Constitution of Ukraine, stricter restrictions may be applied by the state if they pursue a legitimate goal and are justified by the need to achieve victory over the enemy.

Keywords: restriction of constitutional rights and freedoms; constitutional criterion of restriction of rights and freedoms; principle of proportionality; the essential (core) content of the law; the principle of supremacy of the Constitution; restriction of social rights.

Одержано / Received 15.12.2022

CONSTITUTIONAL GROUNDS FOR THE REMOVAL OF JUDGES FROM OFFICE: LITHUANIAN EXPERIENCE

Introduction

Regulating the setup of the state branches of power, national constitutions define the key elements of the judiciary: the fundamentals of its powers, guarantees of its independence, and the basic principles governing the career of judges *inter alia* in appointment and release from office. When ordinary legislation is chosen to define these principles, this often leads to imperfections of the legal regulation chosen by the legislator. It is in these cases that the Constitutional Court, and sometimes international courts, such as the European Court of Human Rights (ECHR), and, in the case of the Member States of the European Union – the Court of Justice of the European Union (CJEU) – become the arbiters in deciding questions of the independence of the judiciary. The courts have to deal with specific issues of the judicial career, and removal of judges from office is one of the most difficult questions – as they have to be the arbiter for judicial institutions.

The constitutional doctrine of the independence of the judiciary is widely developed by the constitutional courts and this often raises questions as to whether it adequately reflects the provisions and principles of the Constitution, and whether the idea of a *living constitution* does not also imply that the same *expressis verbis* Constitutional provisions will be interpreted differently from time to time.

The guarantees of the independence of the judiciary have been extensively analysed in the doctrine of the Constitutional Court of Lithuania (hereafter referred to as the Constitutional Court) and are at the centre of the *Constitutional Court's Ruling of 15 April 2022*.¹ In this ruling, in addition to summarising the provisions of constitutional doctrine, the Constitutional Court also formulated new constitutional provisions that, apart from stimulating the debate on the relationship between two important constitutional institutes of termination of judicial mandate – *the removal of a judge from office on the grounds that he discredited the judicial office* (1) and *the*

*Toma Birmontiene, professor at the Mykolas Romeris University Law School, Public Law Institute. Former justice of the Constitutional Court of Lithuania (2005-2014).

Тома Бірмонтієне, професорка Школи права Університету Миколая Ромеріса, Інститут публічного права. Колишній суддя Конституційного суду Литви (2005–2014).

e-mail: t.birmontiene@mruni.eu

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0325-3575>

¹ Ruling of the Constitutional Court of Lithuania of 15 April 2022. *On the dismissal of the Judges of the Supreme Court of Lithuania and the Court of Appeal of Lithuania* (15-04-2022 ruling No. KT45-N3/2022, case No. 1/2021-6/2021-20/202). <https://lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta2663>.

removal of a judge through impeachment (2), raises many questions on interpretation of their content and prospects of their application. This ruling provides also an opportunity to discuss a broader approach to the fundamental guarantees of the independence of a judge administering justice and the constitutional provisions which have to ensure that the dismissal/removal of judges is not used as an instrument in political populist processes.²

I. Independence of the court and the judge as a pre-condition for the administration of justice

The independence of the judiciary is an essential element of the rule of law, the fundamental building block of a democracy.³ The concept of the courts, the judiciary, the principle of independence and its historical significance date back to the 18th century.⁴ The independence of the judiciary is an important guarantee of the separation of powers and the system of checks and balances, it is of particular importance to international organisations, such as the United Nations, the Council of Europe, and others. Many documents and studies of international organisations have been dedicated to the analysis of the principles of judicial independence.⁵

The specificities of the national legal system determine certain distinctive features of the judiciary, *inter alia*, guarantees of independence. To analyse these guarantees, it is relevant to look into the doctrine of independence of courts, developed, *inter alia*, in the jurisprudence of the

² Some of the issues raised in this ruling of the Constitutional Court of Lithuania have been examined in: Birmontienė, Toma. *Guarantees of independence of judges and grounds for dismissal (removal)* // Vilnius University Open Series: *Kelyje su konstitucija: recenzuotų mokslinių straipsnių rinkinys*. Vilnius: Vilniaus universiteto leidykla, 2022, p. 12–32.

³ The doctrine of the independence of judges and the courts has been extensively addressed in scholarly doctrine, *inter alia*, in the works of A. Barak, such as: A. Barak *The Judge in a Democracy*. Princeton University Press. 2006; *Regulating Judges. Beyond Independence and Accountability* / edited by Richard Devlin, Adam Dodek. – Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016. *Challenged Justice: In Pursuit of Judicial Independence* / edited by Shimon Shetreet, Hiram Chodosh, Eric Helland. – Leiden; Boston: Brill/Nijhoff, 2021 and other.

⁴ It should be noted that Montesquieu in *De L'esprit des Loix* (1748) founded the doctrine of the separation of powers in a state, including the judiciary. In English law, the principle of the independence of the judiciary is derived from a provision in the 1701 Act of Settlement, which limited the monarch's power to remove judges from office. The historical origins of judicial independence can also be traced back to the 1787 U. S. Constitution, which enshrines the principles of separation of powers, i.e., the so-called checks and balances.

⁵ Adopted, *inter alia*, by the General Assembly of the United Nations on 29 November 1985 and 13 December 1985. Resolutions *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* (40/32 and 40/4146); Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Judges: Independence, Efficiency and Responsibilities, CM/Rec(2010)12; Studies by the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Report on the Independence of the Judicial System*. Part I: The Independence of Judges (12–13 March 2010) (CDL-AD(2010)004); Report On the Rule of Law (25–26 March 2011) (SDL-AD(2011)003); Draft Report on the Freedom of Expression of Judges (CDL (2015)025); Venice Commission opinions: On Amendment to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland (CDL-AD(2016)001); On the Act on the Constitutional Tribunal (14–15 October 2016) (CDL-AD(2016)025); Compilation of Venice Commission Opinions, Reports and Studies on Constitutional Justice of 1 July 2015 (CD-PI(2015)002).

Court of Justice of the European Union⁶ and the European Court of Human Rights,⁷ because the issues being deliberated often stem from both national and global trends affecting the independence of the judiciary.

The independence of the court and of the judge are related concepts; only with a guaranteed independence of the court and the judge an independent court, as a fully-fledged independent judiciary, becomes possible. Without the independence of the judge, there will be no independent court and *vice versa*. Despite being closely linked and inseparable, the concepts of independence of judges and independence of courts can be interpreted independently. In interpreting the content of the principle of the *independence of courts*, the *objective* and *subjective* aspects of independence may be distinguished.⁸ Since the principle of independence of courts cannot be implemented without a system of appropriate guarantees, *external* and *internal guarantees of the principle of the independence of courts* may be identified. The CJEU derives the principle of the independence of courts from the provisions of European Union law,⁹ first of all from its judgment of 24 June 2019 in *European Commission v. Poland*.¹⁰ where it invokes upon the previously developed jurisprudence¹¹ and interprets it as the courts' external and internal guarantees of independence,¹² highlighting the importance of the guarantees of the independence and impartiality of courts and judges.

⁶ For instance, judgment of the Court of Justice of the European Union of 27 February 2018 in C-64/16 *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (EU:C:2018:117); the judgment of the Court of Justice of the European Union of 25 July 2018 in C-216/118 *Minister for Justice and Equality* (PPU:EU:C:C:2018:586); the judgment of the Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) of 24 June 2019 in C-619/18 *Commission v Poland*; the judgment of the Court of Justice of the European Union of 5 November 2019 in C-192/18 *Commission v Poland*.

⁷ See, *inter alia*, the judgment of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights of 1 December 2020 in *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland*, application № 26374/18; the judgment of the Grand Chamber of 15 December 2015 in *Baka v. Hungary*; judgment of the European Court of Human Rights of 28 October 1999 in *Wille v. Lichtenstein*; judgment of the European Court of Human Rights of 22 November 1995 in *Bryan v. United Kingdom*.

⁸ An objective aspect is the requirement for a competent court; the subjective aspect is understood as an individual's right to have his or her rights and freedoms defended by an independent judge, because only an independent court and judge can defend them properly. For more details, see: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) *Compilation of Venice Commission Opinions, Reports and Studies on Constitutional Justice of 1 July 2015* (CD-PI(2015)002); *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges* (CDL-AD92010)004).

⁹ *Inter alia*, Articles 2, 19 of the Treaty on the European Union, Charter of Fundamental Rights of the European Union (Article 47).

¹⁰ Judgment of the Court of Justice of the European Union of 24 June 2019 in C-619/18 *European Commission v Poland (independence of the Supreme Court)*.

¹¹ *Inter alia*, Judgment of the Court of Justice of the European Union of 27 February 2018 in C-64/16 *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (EU:C:2018:117); Judgment of the Court of Justice of the European Union of 25 July 2018 in C-216/118 *Minister for Justice and Equality* (EU:C:2018:586).

¹² In the case-law of the Court of Justice of the European Union, *external* guarantees of judicial independence are understood as the requirement that the court concerned shall exercise its functions wholly autonomously, without being subject to any hierarchical constraint or subordinated to any other body and without taking orders or instructions from any source whatsoever, thus being protected against

The Constitutional Court of the Republic of Lithuania (Constitutional Court) has developed a broad doctrine of the independence of courts and judges, whereunder the guarantees of the independence of the judges and the courts are regarded as mutually inclusive.¹³ The independence of judges and courts is not a privilege, but one of the most important constitutional duties of the judge and the court.¹⁴ The Constitutional Court has formulated the official constitutional doctrine of the judicial independence in a series of rulings and decisions.¹⁵ The system of guarantees for the independence of the courts and the judge has been developed by interpreting, *inter alia*, the provisions of the Preamble to the Constitution, Articles 5, 30, 31, 109, 112, 115, 116 as well as Articles 52 and 135 of the Constitution.¹⁶

In the doctrine developed by the Constitutional Court of Lithuania, the *inviolability of the judicial office*, including the grounds for *dismissal (removal) of a judge*, is understood as one of the main components of the principle of the independence of judges.¹⁷ The independence and impartiality of the court is a fundamental guarantee of human rights and freedoms, a prerequisite for a fair trial, and a condition of confidence in the court,¹⁸ judges have a guaranteed *inviolability*

external interventions or pressure liable to impair the independent judgment of its members and to influence their decisions (cf. (Judgment of the Court of Justice of the European Union of 24 June 2019 in C-619/18 *European Commission v. Poland (Independence of the Supreme Court)*, p. 72). The *internal* guarantees of judicial independence is linked to impartiality and seeks to ensure that an equal distance is maintained from the parties to the proceedings and their respective interests with regard to the subject matter of those proceedings. That aspect requires objectivity and the absence of any interest in the outcome of the proceedings apart from the strict application of the rule of law, without calling into question the judge's independence and impartiality (CJEU, 2019 Judgment of the European Court of Justice in C-619/18 *European Commission v. Poland (Independence of the Supreme Court)*, 24 June 2019, p. 73).

¹³ *Inter alia*, Constitutional Court Rulings of 21 December 1999, 22 October 2007, 29 June 2010.

All acts of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania are available in Lithuanian and English at www.lrkt.lt.

¹⁴ The fact that the *independence of the judge and the courts is not a privilege, but one of the most important duties of the judge and the court, deriving from the individual's constitutional right to have an independent and impartial arbitrator of disputes*, is an important doctrinal provision that has been reiterated several times in the acts of the Constitutional Court, *inter alia*, in rulings of the Constitutional Court of 6 December 1995, 21 December 1999, 9 May 2006, 15 April 2022.

¹⁵ *Inter alia*, the Constitutional Court's Rulings of 22 December 1994, 21 December 1999 and 21 December 1999. Decisions of 28 March 2006, 9 May 2006, 15 April 2022; judgments of 15 May 2009, 16 May 2016.

¹⁶ The Constitution of the Republic of Lithuania 1992 (as amended) available at <https://lrkt.lt/en/about-the-court/legal-information/the-constitution/192>.

¹⁷ The Constitutional Court has repeatedly emphasised that one of the guarantees of the independence of a judge, as enshrined in the Constitution, is the security of a judicial office (*inter alia*, Rulings of 6 December 1995, 9 May 2006, 2 September 2020 and 15 April 2022).

¹⁸ The principle of the independence of courts and the judge as a prerequisite for the protection of human rights and freedoms has been developed in many Constitutional Court acts and has remained one of the key objectives of the independence of judges and the courts. In its ruling of 28 May 2008, the Constitutional Court, *inter alia*, interpreted this provision as meaning the duty of the judge and the courts arising from the right guaranteed by the Constitution (*inter alia*, Article 109(2) thereof, as well as Article 30(1) thereof) to every person who considers that his or her rights or freedoms are being

of the judicial office, which is understood as an essential constitutional condition for the administration of justice.¹⁹ The independence of the judiciary can be understood as encompassing both the independence of the court as a judicial institution and the independence of the judge.

The doctrine developed by the Constitutional Court distinguishes, *inter alia*, the following aspects of the guarantees of the independence of the judge and the courts: the *institutional and financial independence*; the *procedural independence of judges*; the *immunity of judges*; the *material and social guarantees of judges*; the *inviolability of the judicial office*, of which the *guarantee of non-dismissal of a judge from office* is one of the essential elements.

II. Guarantees of the inviolability of the judicial office. Judicial Council

As one of the key guarantees of the independence of the judge, *the inviolability of the judicial office*, determines not only the continuity of judicial career, but also the fact that judicial mandate can be interrupted (terminated) on various constitutional grounds. It should be noted that the jurisprudence of the European Court of Human Rights, as well as that of the Court of Justice of the European Union, has interpreted the principle of the irremovability of judges from judicial office as deriving from the principle of judicial independence, which is inherent in the rule of law, and that the freedom of the judges from any external interference or pressure requires a series of guarantees which help to protect the person who has a task of adjudicating in a dispute, such as the guarantees against removal from office;²⁰ judges may be removed from office in accordance with the appropriate procedures if they are no longer fit for office, *inter alia*, because of a serious misconduct.²¹

In the ECHR jurisprudence, the principle of *the independence of the judge and the courts* is understood as being closely linked to due process and other rights protected by the Convention, *inter alia*, the right of access to court in the process of appointment and removal of judges *inter alia* *Grand Chamber judgment in the case of Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland*²² (problems that threatened the independence of the judiciary concerning the violations of the Convention Rights in a process of judicial appointments); *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland*²³ (in this case the ECHR dealt with a complaint concerning the alleged invalidity of the appointment of a Constitutional Court judge); *Reczkowicz v. Poland*²⁴ (the ECHR found that the procedure for appointing judges had been unduly influenced by the legislative and executive powers).

violated to have an impartial arbitrator to resolve the legal dispute on the merits, in accordance with the Constitution and law.

¹⁹ *Inter alia*, the Constitutional Court rulings of 9 May 2006, 2 September 2020 and 15 April 2022.

²⁰ *Inter alia*, par. 64 of the judgment of the CJEU of 25 July 2018 in C-216/18 PPU *Minister for Justice and Equality*.

²¹ *Inter alia*, paragraph 76 of the CJEU's judgment of 24 June 2019 in C-619/18 (*Commission v Poland*).

²² *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* [GC], no. 26374/18, 1 December 2020.

²³ *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland*, no. 4907/18, 7 May 2021.

²⁴ *Reczkowicz v. Poland*, no. 43447/19, 22 July 2021.

In the jurisprudence of the ECHR the protection of the independence of the court is essential in the process of the release of the judge from his office *inter alia* *Oleksandr Volkov v. Ukraine*.²⁵ In the case *Gumenyuk and Others v. Ukraine* ECHR found that the right of access to a court was a fundamental procedural right for the protection of members of the judiciary.

In the most recent ECHR *Grand Chamber judgment Grzęda v. Poland*²⁶ the European Court of Human Rights clarified that judicial independence had to be understood in an inclusive manner and apply not only to a judge in his or her adjudicating role, but also to his or her other official functions that were closely connected with the judicial system. The premature termination, following a legislative reform, of a judge's term of office as a member of the *National Council of the Judiciary* (NCJ, Poland) was found as being a violation of Article 6 § 1 of the Convention. Hence in the recent jurisprudence of ECHR the role of independent *self-governing judicial institutions* is highlighted as an important guarantee of judicial independence.

In the jurisprudence of the Constitutional Court of Lithuania the interpretation of the constitutional guarantees of the independence of the courts and the judge are widely developed. The Constitutional Court emphasises that the laws establishing the *procedure for the appointment, promotion, transfer, or dismissal of judges*, i.e., regulating issues of a judicial career, may not violate the principle of the independence of the courts and the judge.²⁷ *The inviolability of the judicial office* is also one of the fundamental constitutional guarantees of the independence of judges, construed in the abovementioned Constitutional Court's ruling of 15 April 2022.

In Lithuania, the duration of judicial office is varied also due to the specificities of the judicial system. Only justices of the Constitutional Court have a constitutional tenure of 9 years,²⁸ while judges in other jurisdictions can serve until the age of 65, this age limit is regulated by an ordinary law – the *Law on Courts*.²⁹ The Constitutional Court has implicitly considered such an age limit for the judicial career, *inter alia*, in the formulation of the doctrine of the extension of the powers of a judge of an ordinary court beyond the age of 65 and has acknowledged the discretion of the legislator to set the age limits for the exercise of the judicial mandate.³⁰

The appointment and dismissal of the judges of the courts of general jurisdiction and administrative courts (except for removal through impeachment) is carried out by the *special statutory judicial authority* provided for in Article 112(5) of the Constitution. The Law on Courts³¹ regulates the procedure and competence of the constitutional institution of self-government

²⁵ *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, no. 21722/11, 9 January 2013.

²⁶ *Grzęda v. Poland* [GC], no. 43572/18, 15 March 2022.

²⁷ *Inter alia*, Ruling of the Constitutional Court of Lithuania of December 1999.

²⁸ Constitution of the Republic of Lithuania, Article 103 (Part 1). <https://lrkt.lt/en/about-the-court/legal-information/the-constitution/192>.

²⁹ Article 57(1) of the Law on Courts of the Republic of Lithuania, published in the *Official Gazette* of the Republic of Lithuania, 1994, no. 46–851, i.c. no. 0941010ISTA000I-480; new wording of the Law as of 1 May 2002: no. IX-732, 24.1.2002, *Official Gazette* of the Republic of Lithuania, 2002, no. 17–649 (20 February 2002).

³⁰ Ruling of the Constitutional Court of Lithuania of 9 May 2006.

³¹ Section III of the Law on Courts, *Judicial Council*.

of the judiciary, the *Judicial Council*, which is composed exclusively of judges. The *Judicial Council* is seen as an exceptional institutional guarantee of judicial independence, and its role has been highlighted in the Constitutional Court's Ruling of 15 April 2022, giving it exclusive rights in matters of judicial career.

The role of the *Judicial Council*, as the guarantor of the independence of the judiciary, has become even more significant in the matter of *dismissal of judges*, since, as the Constitutional Court notes, neither the President of the Republic, having sought advice from *the Judicial Council*, nor the Parliament (Seimas), when dealing with the removal of a judge, can re-examine the issue as to whether a judge (has not) committed a certain action (conduct) and if such action has discredited the judicial office. In its ruling of 15 April 2022 Constitutional Court stressed that if "the President of the Republic or the Seimas could re-examine whether a certain act/conduct of a judge has been committed and whether such action/conduct discredited the judicial office, they would be assuming or usurping the constitutional powers of a special judicial institution. At the same time, this would mean that the *special judicial body* referred to in Article 112(5) of the Constitution, which is established on a purely professional basis, is not a counterweight to the President of the Republic and the Seimas, which are the political bodies of the State, in the formation of the judiciary; such an interpretation would also be incompatible with the constitutional principle of the independence of judges and courts, the balance of powers of the State enshrined in Article 5 of the Constitution, and with the constitutional principles of the separation of powers and responsible governance."³²

Thus, the judicial self-government authority – *Judicial Council* takes on a much broader role of protecting the guarantee of the inviolability of the judicial office, which brings it closer to the role of a *quasi-judicial* authority, whose decisions can be appealed to the courts. The right to apply to the court for redress of violated rights is regarded as absolute in the doctrine of the Constitutional Court³³ and is also a fundamental guarantee of *the inviolability of the judicial office*.

The termination of judicial mandate is a process initiated and, to a certain extent, carried out by political institutions, and it is, therefore, of utmost importance that the *Judicial Council*, in accordance with the requirements of due process, remains independent when approving or disapproving the opinion of the President of the Republic at the time of initiation of the removal of a judge, as this institution becomes an essential guarantee of the *inviolability of the judicial office*, which protects judges from the termination of their powers driven by political, populist motives.

It should be noted that the *Judicial Council*, as an important institutional guarantee of the independence of judges, does not have the power to decide on the appointment and dismissal of justices of the Constitutional Court. The appointment and dismissal of the President and justices of the Constitutional Court is different from that of judges of other judicial systems

³² Ruling of the Constitutional Court of Lithuania of 15 of April of 2022.

³³ Ruling of the Constitutional Court of Lithuania of 30 June 2000.

(Article 103(1), (2) of the Constitution), the self-governing body of the judiciary, the *Judicial Council*, is not involved in their appointment (or removal through impeachment).³⁴

III. Constitutional grounds for termination of judicial mandate (removal from office, impeachment)

The constitutional *principle of inviolability of the judicial office* also implies that a judicial office may be terminated on various constitutional grounds. The list of grounds for dismissal of judges (i.e. termination of office), as enshrined in the Lithuanian Constitution, is exhaustive and cannot be extended by laws or other legal acts.³⁵ The Constitution does not mention *expressis verbis* administrative courts, but judges of these courts are subject to constitutional guarantees of independence of judges similar to those applicable to judges of courts of general jurisdiction,³⁶ with the exception of removal through impeachment proceedings. According to the Constitution, the courts exercising judicial power in Lithuania are part of several judicial systems.³⁷

The Constitutional Court has developed the doctrine of guarantees of *inviolability of the judicial office* by deciding, *inter alia*, on the compliance with the Constitution of the decrees of the President of the Republic and resolutions of the Seimas (parliament) (as well as on the compliance with individual provisions of the European Convention on Human Rights), whereby judges were dismissed from office on various grounds, such as, where a judge of the Supreme Court has been dismissed from the judicial office of the Supreme Court on the grounds of his appointment as a justice to the Constitutional Court,³⁸ where the President of the Supreme Court has not been dismissed by a resolution of the Seimas at the end of his tenure as a President of this Court,³⁹ when a judge was improperly dismissed from the position of Chair of the Civil Division of the Supreme Court,⁴⁰ when a judge appointed as a regional court judge for 5 years was dismissed at the end of that term,⁴¹ the dismissal of judges from the office of Chairman of the regional court and district courts on the grounds of discrediting the judicial office,⁴² and the

³⁴ Ruling of the Constitutional Court of Lithuania of 2 June 2005.

³⁵ *Inter alia* Ruling of the Constitutional Court of 27 of November 2006.

³⁶ Ruling of the Constitutional Court of 9 of May 2006.

³⁷ The Constitutional Court has distinguished between three systems that currently exist under the Constitution and the law in Lithuania: 1) the Constitutional Court exercises constitutional judicial review; 2) the Supreme Court of Lithuania, the Court of Appeal of Lithuania, regional and district courts referred to in Article 111(1) of the Constitution form the system of courts of general competence; 3) according to Article 111(2) of the Constitution, specialised courts may be established to hear administrative, labour, family and other categories of cases – at present, one system of specialised courts, namely administrative courts, is established and operates by law, and consists of the Supreme Administrative Court of Lithuania and the administrative district courts (*inter alia*, Constitutional Court rulings of 13 December 2004, 16 January 2006, 15 April 2022).

³⁸ Ruling of the Constitutional Court of 2 of June 2005.

³⁹ Decision of the Constitutional Court of 15 of May 2009.

⁴⁰ Ruling of the Constitutional Court of 2 of September 2020.

⁴¹ *Inter alia* Ruling of the Constitutional Court of 20 of December 2007.

⁴² Rulings of the Constitutional Court of 16 of January 2007; 16 of December 2007.

dismissal of judges of the Supreme Court and the Court of Appeal on the grounds that they *have discredited the judicial office*.⁴³

The right of a judge to apply to the court to challenge the lawfulness of his/her removal, as one of the fundamental guarantees of the *inviolability of the judicial office* and independence of judges, has been extensively analysed by the Constitutional Court in its ruling of 27 November 2006, underlining the *absolute nature of such a right*.⁴⁴

One of the first cases of constitutional justice (Constitutional Court Ruling of 22 December 1994),⁴⁵ which analysed the statutory implications of the dissolution of the Supreme Court and the change of its functions because of the judicial reform, is also important for the development of the doctrine of the termination of the judicial office. As the Constitutional Court has pointed out, the consequences of (i) the dissolution and (ii) the change in the functions of the Supreme Court in the course of the judicial reform are not the same, and therefore, their legal implications in the area of the termination of tenure of the judge are also different; the consequences have to be based on the guarantee of the duration of the tenure of the judge, which is the only way of safeguarding the principle of independence of judges.

The constitutional grounds for the termination of the judicial office (including the appointment procedure) vary not only between different judicial systems, but also within the same judicial system, i.e., the courts of general jurisdiction.⁴⁶ The Presidents and judges of the Supreme Court and the Court of Appeal are worth to be mentioned separately; the procedures for their appointment and dismissal, as laid down in the Constitution, are more complex.⁴⁷ The procedure for the appointment and dismissal of the President and justices of the Constitutional Court is also different, and they can only be dismissed before the end of their tenure through impeachment proceedings.⁴⁸

IV. Dismissal from office on the grounds of Article 115(5) of the Constitution – discreditation of the judicial office

The Lithuanian Constitution provides for different grounds for dismissal of judges in cases where a judge's conduct warrants *dismissal without his or her express will, namely when his or her*

⁴³ Ruling of the Constitutional Court of 15 of April 2022.

⁴⁴ Ruling of the Constitutional Court of 27 of November 2006.

In this ruling, the Constitutional Court stressed that under the Constitution, a judge, as well as any other person who believes that he/she has been unjustly, unlawfully dismissed from his/her office, has the right to seek redress for the violation of his/her right before a court; this right is absolute and may not be limited or denied.

⁴⁵ Ruling of the Constitutional Court of 22 of December 1994.

⁴⁶ It should be noted that, according to the Law on the Judiciary, the appointment and dismissal of judges of general competence of the regional and district courts and of judges of administrative courts of all levels is decided by the President of the Republic, on the advice of the Council of Continuation. The Constitution does not specify the issues of their appointment and dismissal.

⁴⁷ According to Article 112(2) of the Constitution, the judges of the Supreme Court shall be appointed and dismissed by the Seimas on the recommendation of the President of the Republic; according to Article 112(3), the judges of the Court of Appeal shall be appointed and dismissed by the Seimas on the approval of the President of the Republic.

⁴⁸ The Constitution of the Republic of Lithuania (Articles 74, 108).

performance as a judge (not only in professional sense) is evaluated negatively. Judges of general competence, with the exception of the judges and Presidents of the Supreme Court and the Court of Appeal, and judges at all levels of the administrative courts may be dismissed only under Article 115 of the Constitution – *if their behaviour discredits their position as judge* (5) and (6) – *upon the entry into effect of a court judgment convincing them.*

Worth noting that the constitutional ground for dismissal of judges *if their behaviour discredits the judicial office* is seen as the most severe measure of disciplinary liability, covering not only the conduct of a judge by which the judicial office has been discredited during the exercise of his or her judicial mandate, but also such conduct which discredits the judicial office not in relation with the exercise of his or her judicial office; no exhaustive list of such actions (conduct) can be established, each action of a judge must be subject to a comprehensive assessment by the judicial self-government body (*Judicial Council*), and it may be applied without waiting for a conviction by the court, provided that the act is the subject of a pre-trial investigation.⁴⁹ This ground for removal of a judge *may also coincide with the constitutional grounds for impeachment*, as the actions of a judge (or a President) of the Supreme Court and the Court of Appeal may be considered both as a discrediting act against judicial office and as a possible gross violation of the Constitution or violation of the oath.

Although the fact that the Presidents and judges of the Supreme Court and the Court of Appeal may be dismissed on the basis of Article 115(5) of the Constitution – *if their behaviour discredits the judicial office* – was already stated by the Constitutional Court in its ruling of 9 May 2006, when it dealt with other issues related to the *inviolability of the judicial office*, the relationship between the above-mentioned grounds of the termination of a judicial tenure was not revealed in the former or subsequent acts of the Constitutional Court. Thus, in the case of constitutional justice of 15 April 2022, the Constitutional Court was confronted with the need to clarify the question of the relationship between these constitutional grounds for the termination of judicial mandate in the context of the question of the constitutionality of the relevant Presidential Decrees and Parliamentary resolutions on the dismissal of the judges of the Supreme Court and the Court of Appeal. Unfortunately, this attempt by the Constitutional Court has not been fully successful.

The Constitutional Court's ruling of 15 April 2022 definitively confirmed the established practice of dismissing judges of the Supreme Court and the Court of Appeal without impeachment on the basis of Article 115(5) of the Constitution.

The procedure for dismissing a judge on the basis of Article 115 of the Constitution is simpler, although in respect of judges of the Supreme Court and the Court of Appeal such dismissal is subject to the approval of Parliament and the President of the Republic. However, the required

⁴⁹ Although at the initial stage of the development of the constitutional doctrine, in the interpretation of the concept of 'act discrediting judicial office', its content was related to the professional activity of a judge, later, *inter alia*, in the ruling of the Constitutional Court on 27 November 2006, this wording began to be interpreted as including activities which are not related to the office of a judge, "*judges must also be subject to extremely high ethical and moral standards and must have a good repute beyond reproach.*"

majority in the Parliament is lower,⁵⁰ and the consequences of such a dismissal do not entail the more severe consequences of impeachment proceedings.⁵¹ The dismissal of such judges based on Article 115(5) – *if their behaviour discredits the judicial office*– does not involve the Constitutional Court, which in the impeachment process is obliged upon the request of the Parliament to present a conclusion whether the concrete actions (or omission to act) of the certain judge are in conflict with the Constitution. The only safeguard is the *Judicial Council*, the decision whereof, as mentioned already, is binding upon the political institutions. However, it is questionable whether the judicial self-governing institution will in all cases be able to withstand some possible political pressures. Apparently, in the context of impeachment proceedings, the Constitutional Court represents such a safeguard.

It is likely that in the future, the Presidents and judges of the Supreme Court and the Court of Appeal, who may undergo an impeachment procedure, will be dismissed from office based on the doctrine developed by the Constitutional Court on 15 April 2022, *if their behaviour discredits judicial office* based on Article 115(5) of the Constitution. This ground, which competes with, and often encompasses, the grounds for impeachment, is likely to become the main way for refraining from opening a complex impeachment process, by relying instead on the advice of a special judicial body, i.e., the *Judicial Council*. The Constitutional Court, without saying that impeachment is not necessary in this case, has left it to the discretion of politicians, (Parliament) without establishing clear criteria as to when impeachment as a ground for the termination of a judicial office is a necessary and constitutionally binding imperative for the termination of judicial office.

Therefore, considering the reasoning presented by the Constitutional Court in this ruling it could be assumed that the impeachment process applicable to judges can only become an exceptional ground for the removal of the President of the Constitutional Court and the justices from their positions, as the constitutional provisions of the Article 115 to them are not applicable.

Impeachment as an exceptional constitutional ground for the removal of a judge

As mentioned above, impeachment, due to the current trends in constitutional doctrine, can be seen as an alternative procedure for the removal of the Presidents and judges of the Supreme

⁵⁰ In the event of the dismissal of a judge of the Supreme Court and the Court of Appeal (or the approval of the Seimas for such dismissal) under Article 115(5) of the Constitution, the Seimas shall, in accordance with the relevant provisions of the Statute of the Seimas, pass a resolution by secret ballot, which shall be adopted by a *majority of the members of the Seimas present at the meeting*. In the case of impeachment, such a resolution shall require a *3/5 majority vote of all the Seimas members*.

⁵¹ Impeachment as a process of removing a judge from office involves not only more complex procedures but also more strict consequences. Even after the amendment of the Constitution in 2022, the consequences for a person removed from office by impeachment are much more severe, with a corresponding 10-year period of disqualification from holding a certain position, than for a person removed from office on the basis of the provisions in Article 115 (5) of the Constitution. In this case, he or she does not fulfil the requirement of good repute for a certain period of time.

Court and the Court of Appeal, while the procedure for the dismissal of the justices of the Constitutional Court remains exceptional. In the Constitutional Court's acts, the constitutional doctrine of impeachment has been formulated in the context of the disclosure of the issues of the constitutional responsibility of politicians – the President of the Republic, and members of the Seimas (parliament).⁵² It has not been applied to judges.

Impeachment is a specific form of constitutional liability, including the removal of the highest state officials from constitutional duties. This constitutional institution, having originated centuries ago, remains relevant today and raises many questions regarding its legal or political origin. The constitutions of many states consolidate certain elements of impeachment; however, the chosen impeachment models can differ and could be closer to the political or legal constitutional framework that determines the role of the (constitutional) courts.

Under Lithuanian constitutional provisions, the Lithuanian impeachment model is the European one. Although the elements of the constitutional doctrine of impeachment were started to be developed as early as in the ruling of 11 March 1999 and the Constitutional Court described impeachment as one of the measures for the self-protection of civil society, the official doctrine was largely formulated by the Constitutional Court in its ruling of 25 May 2004 and was significantly developed later in the ruling of 5 September 2012. Various aspects of the constitutional concept of impeachment were also revealed in other acts of the Constitutional Court:⁵³

As a rule, impeachment is applied to a certain limited circle of subjects exercising constitutional duties and is carried out as special procedure, which is not identical to traditional legal procedure. There is also the question of the closely intersecting areas of politics and law in the application of this constitutional institution.⁵⁴

Impeachment as the strictest form of constitutional liability in the official constitutional doctrine developed by the Constitutional Court of the Republic of Lithuania is described as a form of public democratic control, as one of the self-protection measures of the national community – the civil nation, and a means of self-defence from those highest state officials who ignore the Constitution and law, so that they are prohibited from holding the respective office once they have failed to fulfil their constitutional obligations.

The application of the constitutional sanction of removal from office can be imposed in respect of the persons specified in Article 74 of the Constitution. Article 74 of the Constitution

⁵² *Inter alia* Rulings of the Constitutional Court of 25 of May 2004; 5 September 2012; Conclusions of 27 of October 2010; 31 of March 2004; June 3 of 2014; 19 of December 2017.

⁵³ *Inter alia*, in the Conclusion of 31 March 2004, rulings of 15 April 2004 and 24 February 2017, the conclusions of 27 October 2010, 3 June 2014, 19 December 2017 and 22 December 2017, also the decision of 10 May 2016 of the Constitutional Court.

⁵⁴ The relevance of the constitutional institution of impeachment has become more apparent in recent times, as fight against the corruption of the highest state officials has been of particular concern. In particular, an analysis of the application of impeachment with regard to the presidents of states inevitably raises the question of whether impeachment is a legal or purely political measure.

of Lithuania provides that the President of the Republic, the President and justices of the Constitutional Court, the Presidents and judges of the Supreme Court and the Court of Appeal, as well as any members of the Seimas (parliament), if they grossly violate the Constitution or breach their oath, or are found to have committed a crime, may be removed from office or have the mandate of a member of the Seimas revoked by a 3/5 majority vote of all members of the Seimas. This is conducted according to the procedure of impeachment, as established by the Statute of the Seimas.

The constitutional grounds for impeachment – a gross violation of the Constitution, a breach of the oath of office or the commitment of a crime – are *expressis verbis* outlined in Article 74 of the Constitution. The Constitutional Court has more than once held that a breach of the oath of office is at the same time a gross violation of the Constitution; and a gross violation of the Constitution also entails a breach of the oath of office.

In its ruling of 25 May 2004, the Constitutional Court interpreted the Constitution to the effect that a person removed from office through impeachment procedure is barred in the future from taking up any office that, under the Constitution, requires taking the oath, including the office of a member of the Parliament. This principle was changed after amending the Constitution in 2022. Under that constitutional amendment (of Article 74), a person who has been removed from office or whose mandate of a member of the Seimas has been revoked by the Seimas under impeachment proceedings for a gross violation of the Constitution or a breach of the oath may take office that is specified in the Constitution and the commencement of which is, under the Constitution, linked with taking the oath provided for in the Constitution if not less than ten years have passed from the decision of the Seimas by which the person was removed from office or his or her mandate of a member of the Seimas was revoked.

Thus, impeachment is a much more complex procedure for the removal of a judge, with more possibilities to challenge such removal; the involvement of the Constitutional Court in this process should provide more protection against politically biased decisions. Considering that due to current trends in constitutional doctrine impeachment is regarded more like an alternative procedure for the removal of the Presidents of the Supreme Court and the Court of Appeal and of judges, and the provisions of Article 115 (5) of the Constitution have become the main ground for the dismissal of judges, it is likely that impeachment will eventually become only a theoretical option for the removal of a judge, despite the rich constitutional doctrine of impeachment that has been developed in relation to the constitutional responsibilities of the President of the Republic and members of the Seimas (parliament).

Some conclusions

According to the doctrine of the Constitutional Court, the independence and impartiality of the court is an essential guarantee of human rights and freedoms, a prerequisite for a fair trial and confidence in the court. The independence of the judiciary is understood as encompassing both the independence of the court as a judicial institution and the independence of a judge. One of the most important guarantees of the independence of a judge is the security of the

inviolability of the judicial office, which not only determines the continuity of judicial career, but also means that the judge's tenure may be terminated on a number of different constitutional grounds, which vary not only from one judicial system to another, but also depend on specificities within the same system of courts of general jurisdiction, and which are not subject to any legislative extension.

The Constitutional grounds for dismissal of a judge provided for in Article 115 (5) of the Constitution, i.e., an *act of discrediting judicial office*, are regarded in the doctrine of the Constitutional Court as the strictest measure of disciplinary liability. This ground for dismissal is understood, *inter alia*, to include conduct (or omission) by a judge which has discredited judicial office while exercising his or her judicial mandate, as well as conduct discrediting the judicial office which is not related directly to the exercise of judicial mandate; neither the President of the Republic, when seeking advice from the *Judicial Council*, nor the Parliament, when dealing with the dismissal of a judge, may re-examine the decision of the *Judicial Council* as to whether a particular act (conduct) of a judge has occurred and decide whether it has discredited the judicial office. The Constitutional Court by extensively developing the constitutional doctrine of the *Judicial Council* vested significant powers to this self-governing body of judges that are likely to protect judges from possible future populist political pressures in cases of removal of judges from office.

The grounds provided for in Article 115 of the Constitution, i.e., *conduct discrediting the judicial office*, may also coincide with the constitutional grounds for impeachment, but unfortunately, the Constitutional Court has not formulated clear criteria for distinguishing between such constitutional grounds for termination of judicial mandate. Hence the removal of a judge through impeachment becomes an alternative, more theoretical option for the dismissal of a judge, leaving the initiative of the impeachment process to the discretion of the Parliament.

© T. Birmontienė, 2022

Bibliography

- Barak, A. *The Judge in a Democracy*. Princeton University Press, 2006.
- Birmontienė, Toma. *Guarantees of independence of judges and grounds for dismissal (removal)* // Vilnius University Open Series: *Kelyje su konstitucija: recenzuotų mokslinių straipsnių rinkinys*. Vilnius: Vilniaus universiteto leidykla, 2022.
- Challenged Justice: In Pursuit of Judicial Independence* / edited by Shimon Shetreet, Hiram Chodosh, Eric Helland. – Leiden; Boston: Brill/Nijhoff, 2021.
- Compilation of Venice Commission Opinions, Reports and Studies on Constitutional Justice of 1 July 2015 (CD-PI(2015)002).
- Constitutional Court Rulings of 21 December 1999, 22 October 2007, 29 June 2010. All acts of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania are available in Lithuanian and English at www.lrkt.lt.
- Constitutional Court's Rulings of 22 December 1994, 21 December 1999 and 21 December 1999. Decisions of 28 March 2006, 9 May 2006, 15 April 2022; judgments of 15 May 2009, 16 May 2016.

- European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) Compilation of Venice Commission Opinions, Reports and Studies on Constitutional Justice of 1 July 2015 (CD-PI(2015)002); Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (CDL-AD92010)004).
- Judgment of the Court of Justice of the European Union of 27 February 2018 in C-64/16 *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (EU:C:2018:117).
- Judgment of the Court of Justice of the European Union of 24 June 2019 in C-619/18 *European Commission v Poland* (independence of the Supreme Court).
- Judgment of the Court of Justice of the European Union of 27 February 2018 in C-64/16 *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (EU:C:2018:117)/.
- Judgment of the Court of Justice of the European Union of 25 July 2018 in C-216/118 *Minister for Justice and Equality* (EU:C:2018:586).
- Judgment of the Court of Justice of the European Union of 24 June 2019 in C-619/18 *European Commission v. Poland* (Independence of the Supreme Court), (CJEU, 2019 Judgment of the European Court of Justice in C-619/18 *European Commission v. Poland* (Independence of the Supreme Court), 24 June 2019).
- On the Act on the Constitutional Tribunal (14–15 October 2016) (CDL-AD(2016)025).
- Regulating Judges. Beyond Independence and Accountability / edited by Richard Devlin, Adam Dodek. – Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016.
- Report On the Rule of Law (25–26 March 2011) (SDL-AD(2011)003).
- Report on the Freedom of Expression of Judges (CDL (2015)025) (Draft).
- Resolutions Basic Principles on the Independence of the Judiciary (40/32 and 40/4146); Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Judges: Independence, Efficiency and Responsibilities, CM/Rec(2010)12.
- Ruling of the Constitutional Court of Lithuania of 15 April 2022. On the dismissal of the Judges of the Supreme Court of Lithuania and the Court of Appeal of Lithuania. (15-04-2022 ruling No. KT45-N3/2022, case No. 1/2021-6/2021-20/202) <https://lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta2663>.
- Rulings of 6 December 1995, 9 May 2006, 2 September 2020 and 15 April 2022 inter alia, Article 109(2) thereof, as well as Article 30(1) thereof).
- Studies by the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Report on the Independence of the Judicial System. Part I: The Independence of Judges (12–13 March 2010) (CDL-AD(2010)004).
- The Constitution of the Republic of Lithuania 1992 (as amended) available at <https://lrkt.lt/en/about-the-court/legal-information/the-constitution/192>.
- The judgment of the Court of Justice of the European Union of 25 July 2018 in C-216/118 *Minister for Justice and Equality* (PPUEU:C:C:2018:586).
- The judgment of the Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) of 24 June 2019 in C-619/18 *Commission v Poland*; the judgment of the Court of Justice of the European Union of 5 November 2019 in C-192/18 *Commission v Poland*.

The judgment of the Grand Chamber of 15 December 2015 in *Baka v. Hungary*; judgment of the European Court of Human Rights of 28 October 1999 in *Wille v. Lichtenstein*/.

The judgement of the European Court of Human Rights of 22 November 1995 in *Bryan v. United Kingdom*.

Venice Commission opinions: On Amendment to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland (CDL-AD(2016)001).

Томас Бірмонтієне. Конституційні підстави для звільнення суддів з посади: досвід Литви

Анотація. У цій статті розглядаються гарантії незалежності судової влади, сформульовані в доктрині Конституційного суду Литви, зокрема в Рішенні суду від 15 квітня 2022 р. Незалежність судової влади є важливою гарантією поділу влади та системи стримувань і противаг, які можна розуміти як такі, що охоплюють як незалежність суду як судової установи, так і незалежність судді.

У статті авторка стверджує, що припинення повноважень судді є процесом, ініційованим і певною мірою реалізованим політичними інституціями. Таким чином, надзвичайно важливо, щоб Рада суддів – орган суддівського врядування у Литві – відповідно до вимог належної процедури залишалася незалежною, коли затверджує чи ні думку Президента Республіки під час ініціювання звільнення судді з посади. Роль Ради суддів як гаранта незалежності судової влади, стала ще більш важливою в питанні звільнення суддів після того, як Конституційний суд ширше розвинув конституційну доктрину і наділив значними повноваженнями цей керівний орган самоорганізації суддів, який може захистити суддів від можливого майбутнього популістського політичного тиску у випадках їх усунення з посад.

Підстави для звільнення судді з посади, передбачені статтею 115 Конституції Литви, а саме поведінка, що дискредитує посаду судді, також можуть збігатися з конституційними підставами для імпічменту, але, на жаль, Конституційний суд не сформулював чітких критеріїв розмежування таких конституційних підстав для припинення суддівського мандата. У статті зроблено висновок, що звільнення судді шляхом імпічменту стає альтернативним, більш теоретичним варіантом, залишаючи ініціативу процесу імпічменту на розсуд парламенту, незважаючи на багату конституційну доктрину з процедури імпічменту, яка була розроблена щодо конституційних обов'язків Президента Республіки та членів парламенту під час цієї процедури.

Ключові слова: незалежність судової влади; верховенство права; звільнення судді з посади; конституційна доктрина; поділ влади, Литва.

Toma Birmontienė. Constitutional Grounds for the Removal of Judges from Office: Lithuanian Experience

Abstract. This article examines the guarantees of the independence of the judiciary formulated in the doctrine of the Constitutional Court of Lithuania, particularly, in the Ruling of 15 April 2022. The independence of the judiciary is an important guarantee of the separation of powers and the system of checks and balances, which can be understood as encompassing both the independence of the court as a judicial institution and the independence of the judge.

It is argued that the termination of judicial mandate is a process initiated and, to a certain extent, carried out by political institutions. Therefore, it is of utmost importance that the Judicial Council, in accordance with the requirements of due process, remains independent when approving or disapproving the opinion of the President of the Republic at the time of initiation of the removal

of a judge from office. The role of the Judicial Council, as the guarantor of the independence of the judiciary, has become even more significant in the matter of dismissal of judges since the Constitutional Court extensively developed the constitutional doctrine on the Judicial Council and vested significant powers to this self-governing body of judges that is likely to protect judges from possible future populist political pressures in cases of their removal from office.

The grounds provided for in Article 115 of the Constitution of Lithuania, i.e., conduct discrediting the judicial office, may also coincide with the constitutional grounds for impeachment, but unfortunately, the Constitutional Court has not formulated clear criteria for distinguishing between such constitutional grounds for termination of judicial mandate. Hence, the article concludes that the removal of a judge through impeachment becomes an alternative, more theoretical option for the dismissal of a judge, leaving the initiative of the impeachment process to the Parliament discretion despite the rich constitutional doctrine of impeachment that has been developed concerning the constitutional responsibilities of the President of the Republic and members of the Parliament.

Keywords: independence of judiciary; rule of law; removal of judges from office; constitutional doctrine; separation of powers, Lithuania.

Одержано / Received 15.10.2022

ТІЛО ПРАВА І ПРАВО ТІЛА. ТІЛО ЯК ПРАВОВИЙ ФЕНОМЕН

За словами німецького філософа Мартіна Хайдеггера, те, що онтично є найближчим до нас, онтологічно є найбільш далеким.¹ Здається, що цей парадоксальний вислів німецького мислителя повною мірою є застосовним щодо тіла людини як правового явища, адже, незважаючи на те, що тіло не просто є найближчим до нас, а в певному сенсі є нами, з правової точки зору воно являє собою один із найбільш загадкових правових феноменів.

Так, класична юриспруденція, яка зазвичай поділяє усе правове суще на *суб'єктів права* (державу, фізичних та юридичних осіб, народ і т. п.) і *об'єкти правовідносин* (майно, речові докази, предмети спору і т. п.), не може ідентифікувати тіло в межах цих критеріїв. З одного боку, тіло само по собі не є суб'єктом права, адже суто безтілесні, абстрактні утворення, такі як юридичні особи чи держава, є суб'єктами права, інколи не маючи жодного матеріального "втілення." З іншого боку, суто тілесне буття ще не гарантує правосуб'єктності, оскільки, наприклад, наявність мертвого тіла сама по собі свідчить про її відсутність. Майже аналогічним чином можна оцінити ситуації з людиною, яка впала в кому, є недієздатною внаслідок довготривалого психічного розладу або паралізована чи сліпоглухоніма. В усіх цих випадках, незважаючи на наявне тілесне буття і формальну правосуб'єктність, зазначені особи де-факто не функціонують як суб'єкти права, оскільки їх тілесне існування повністю залежить від оточення. З іншого боку, тіло не є і чистим об'єктом права, адже розпоряджатися власним тілом загалом укладати стосовно нього якісь угоди не може навіть і сама людина, а робити відповідні розпорядження дозволяється тільки на випадок смерті (наприклад, заповісти своє тіло для медичних цілей).²

* Олексій Вячеславович Стовба, доктор юридичних наук, доцент кафедри права, Національний аерокосмічний університет імені М. Є. Жуковського "ХАІ."

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

e-mail: stovba@mail.com

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

¹ Martin Heidegger, *Sein und Zeit* (Tuebingen: Max Niemeyer Verlag, 2001), 15.

² Від цього слід відрізняти донорство органів, сурогатне материнство та інші подібні явища, адже в таких випадках людина за життя розпоряджається лише *часткою* свого тіла, відчужуючи її на чийсь користь.

Зазначений стан речей повною мірою відбивається і в національному законодавстві України. Його аналіз свідчить про те, що людське тіло не визначене як самостійний об'єкт правового регулювання, а відповідного правового режиму немає. Так, у Кримінальному кодексі України (далі – КК) посягання на тіло підміняються посяганням на “життя і здоров'я особи” (розділ II), “волю, честь і гідність особи” (розділ III), “статеву свободу та статеву недоторканність особи” (розділ IV). Зокрема, симптоматичним є те, що сам термін “тіло” взагалі не згадується в розділах КК, присвячених злочинам проти життя і здоров'я особи, а також волі, честі й гідності. Натомість у розділі, присвяченому злочинам проти статевої свободи та статевої недоторканності особи “тіло” з'явилося відносно недавно, коли кваліфікуючою ознакою зґвалтування (стаття 152 КК) чи вчинення дій сексуального характеру стосовно особи, яка не досягла 16-річного річного віку (стаття 155 КК) було зазначено “вагінальне, анальне або оральне проникнення в тіло особи.”³ Окрім цього, “тіло” згадується тільки у статті 297 КК України (наруга над могилою, іншим місцем поховання або над тілом померлого), до того ж ототожнюючись з “останками чи прахом померлого.”

Аналогічним чином ігнорує тіло як самостійне правове явище і цивільне право, адже в Цивільному кодексі України (далі – ЦК) тіло загалом не є ані суб'єктом, ані об'єктом цивільних прав і обов'язків. Привертає увагу і те, що, на відміну від недоторканності ділової репутації (стаття 299) чи житла (стаття 311), нормами ЦК України взагалі не гарантовано недоторканності тіла. Виняток ЦК робить тільки для мертвого тіла, і то лишень у вигляді обов'язку шанобливого ставлення до нього (стаття 298 ЦК). Проте є незрозумілим, хто повинен заявити відповідні претензії в разі порушення цієї норми, адже те, хто має право на труп померлого, на теперішній момент також є законодавчо неврегульованим (що може призвести до суперечки, наприклад, при обранні місця та способу поховання небіжчика, виду релігійного обряду тощо). Але найбільш симптоматичним проявом тотального ігнорування правової проблематики тіла є відсутність відповідного терміну навіть у спеціальному медичному законодавстві, яке регулює трансплантацію органів, охорону здоров'я та медичну допомогу.⁴

Усе сказане в підсумку дозволяє зробити висновок, що феномен тіла на теперішній час залишається поза увагою правників. Це, своєю чергою, призводить як до відсутності концептуального розуміння тіла як правового явища, так і до невизначеності правового регулювання щодо тіла людини як такого. Внаслідок цього можна констатувати, що феномен тіла необхідно осмислити, визначивши його правовий статус насамперед з філософсько-правової точки зору. Зазначеною метою обумовлена логіка викладення подальшого матеріалу. Передусім ми спробуємо знайти адекватний термінологічний підхід до тіла як такого (I). Після цього ми перейдемо до тих ключових ознак, які характеризують тіло

³ Закон України “Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами” від 06.12.2017 р. № 2227-VIII.

⁴ Див. наприклад: Закон України “Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людини” від 17.05.2018 р. № 2427-VIII; Закон України “Основи законодавства України про охорону здоров'я” від 19.11.1993 р. № 2801-XII; Закон України “Про екстрену медичну допомогу” від 05.07.2012 р. № 5081-VI.

як феномен, релевантний у правовому сенсі (II). Далі ми маємо визначити роль природного та позитивного права в регулюванні тілесності і дійти певних висновків щодо заявленої теми (III).

I

Відповідно до метафізичної традиції, яка починаючи з Платона здійснювала поділ усього сущого на світ речей і світ ідей, тіло традиційно вважалося матеріальним об'єктом. Апогеєм подібного ставлення до тіла стала християнська релігія, яка протиставляла “гріховне” плотське тіло “вічній” нематеріальній душі, коли першого слід було зректися для спасіння другої. Відбитком подібного – християнсько-метафізичного – підходу стало ставлення до тіла у класичному правознавстві, коли “суб'єктом” права визнавалася розумна та вільна істота,⁵ тоді як тілу в кращому випадку відводилася роль “матеріального носія” суб'єктивності, а в найгіршому – “об'єкту” правових репресій з боку держави.⁶ Разом із тим тіло не є об'єктом хоча б тому, що воно є живим. Адже різниця між мертвим тілом як “об'єктом злочину,” “речовим доказом” чи “донорським матеріалом” і живим тілом як “втіленням” суб'єктивних прав і обов'язків наочно демонструє неможливість однозначної ідентифікації тіла в рамках суб'єкт-об'єктних відносин.

Можна припустити, що адекватним концептуальним засобом для осмислення тіла може стати *подія*. Як неодноразово зазначалося у спеціальній літературі, наприкінці ХХ століття на зміну “класичній” субстанціальній онтології приходить некласична онтологія *події* або *подієвості*.⁷ При цьому подія тлумачиться максимально широко, охоплюючи не тільки різноманітні дії, випадки чи ситуації, але й *предмети як такі*.⁸ Така інтерпретація події знаходить підтримку і в сучасному правознавстві. Наприклад, на думку сучасного італійського правознавця М. Мацокка, “об'єкти є нічим іншим, як довготривалими подіями.”⁹ Адже, подібно до події, будь-яка річ, а тим паче людське тіло, виникає, існує певний проміжок часу, а потім зникає. Як вказують сучасні медичні дані, в середньому біологічні клітини, які складають тіло людини, оновлюються кожні 5 років, тоді як шкіра або волосся оновлюються значно швидше. Тож тіло є плинним за своєю біологічною природою феноменом, який, проте, зберігає ідентичність.

Отже, всупереч сталій думці, тіло насамперед є не просто матеріальним об'єктом, а певною подією, що з правового погляду характеризується деякими характерними рисами, які ми розглянемо далі. Така подія може бути визначена як *життя* тіла, тобто перебіг тілесного іс-

⁵ Immanuel Kant, *Critique of Practical Reason* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 85 і далі.

⁶ Michael Foucault, *Discipline and Punish. The Birth of the Prison* (New-York: Vintage Books, 1995), 3 і далі.

⁷ Alen Badiou, *Being and Event* (London: The Tower Building, 2005); James Bahoh, *Heidegger's Ontology of Events* (Edinburgh: University Press, 2021); Martin Heidegger, “Zeit und Sein,” in *Zur Sache des Denkens* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2007), 1–26.

⁸ Quine, W. V. *Word and Object* (Cambridge: MIT Press, 1960), 131.

⁹ Marco Mazocca, “Guilty of Not Doing That,” *Bratislava Law Review* Vol. 4, № 2 (2020): 72.

нування. Звідси можна припустити, що *здоров'я* в такому випадку виступає як сукупність необхідних і достатніх умов такого існування (його можливостей, інтенсивності, тощо). Органічно протиправним у такому разі виявляється феномен *болю* – як протиправний по своїй сутності з огляду на замкнення горизонту (сфери можливостей) тілесного існування. Разом із тим зрозуміло, що саме по собі існування здорового і неушкодженого тіла й відсутності болю ще не є гарантією *втілення права*, адже, наприклад, позбавлення волі людини є значним обмеженням її тілесного існування навіть за умов відсутності тілесної шкоди. Отже, для більш чіткого визначення правового режиму тіла необхідно виявити його правову специфіку.

II

Як неважко помітити, тіло як таке становить сферу інтересів низки різних дисциплін – медицини, біології, генної інженерії і багатьох інших. Тому необхідно зупинитися на тих рисах, які характеризують його саме з правової точки зору. Подібні риси є своєрідними “відповідями” на ті правові питання, що їх “ставлять” тілу: чи завдано йому шкоди, чи є ця шкода протиправною, чи наявна вина когось у такому завданні шкоди тощо. Отже, можна припустити, що правова подія тілесного існування характеризується через три ключові риси.

Першою з них є *синкретичність*, адже будь-яке правопорушення сточовно тіла полягає у заподіянні шкоди *тілу як цілому* (наприклад, вбивство) чи *цілісності тіла* (наприклад, тілесні uszkodження). Інакше кажучи, у правовому ракурсі тілесне існування можливе тільки на основі розуміння тіла як цілого. Будь-яка частина тіла, відтіята від нього, перестає бути тілом і стає *об'єктом*: звичайною річчю або речовиною. Потім, звісно, вона може бути інтегрована назад у це або інше тіло (пришита, імплантована, влита) або отримати самостійний статус (імплантований і згодом народжений ембріон). Внаслідок цього окрема річ (речовина) зникає як *об'єкт* і інтегрується у (перетворюється на) тіло як *цілісність*. Разом із тим тіло не може бути розглянуте як сукупність його окремих часток, воно – як саме тіло – завжди є цілим і неподільним. Ключовою при цьому є наявність / відсутність можливості *самостійного існування*, адже як тільки відбувається розчленування тіла, воно перестає бути тілом, його буття як тіла щезає.

Іншою правовою рисою тіла можна назвати *лімінальність*, адже правопорушення завжди порушує ту межу, яку тіло встановлює для інших людей власне фактом свого існування. Як вже було зазначено в інших публікаціях, зазначений термін (лімінальність) покликаний привернути увагу до того, що тілесне існування особи в соціальному просторі неодмінно стає первинною межею для вчинків інших осіб.¹⁰ Люди можуть правомірно вчиняти щось лише доти, доки це прямо чи опосередковано не завдає шкоди тілам інших. У такому разі тілесне існування є втіленням норми права, коли саме по собі воно є *гіпотезою* (наявність Інших), його фізичні характеристики й атрибути (одяг, аксесуари, знаряддя), які задають

¹⁰ Олексій Стовба, “Тіло як норма. Некласична онтологія права,” у *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2022): 51–66.

конкретні модуси поведінки оточуючим, є *диспозицією*, а неможливість (чи спокривлення) комунікації з іншими людьми при порушенні диспозиції є *санкцією*.¹¹ Таким чином, за певних умов тілесне існування (життя) людини стає *правовою подією*, вказуючи межі людських вчинків у їх бутті один з одним, чи навіть *подією права*, втілюючи в собі правові наслідки вчиненого діяння (прийняття оферти, необхідна оборона, конклюдентний правочин тощо).¹²

Нарешті третьою з правових ознак тіла є *інтенціональність*, адже тілесне існування людини є не тільки пасивно-афективним, а й активним, із потенційною можливістю заподіяти шкоду іншим особам. Також сам факт тілесного існування людини певним чином впливає на оточуючих, змушуючи їх відповідним чином скеровувати свою поведінку. Тому інтенціональністю можна назвати властивість тілесного існування бути постійно спрямованим на інших людей, відповідним чином змінюючи їхні дійсні чи можливі дії самим фактом власної присутності. Навіть немовля, паралізована чи важкопоранена людина – хоча, звичайно, і мінімальним чином – мають здатність “бути спрямованими” на буття інших, корегуючи його у певному напрямку (наприклад, самим фактом свого існування “вимагаючи” піклуватися про них). Залежно від ступеня та інтенсивності такого впливу він може бути охарактеризований як *диспозитивний* (надання оточенню можливості певної поведінки – наприклад, оферта товару в публічному місці), *імперативний*, або *зобов’язальний* (вимога вчинити якесь діяння, наприклад пред’явити документи на блок-посту озброєній людині або, навпаки, утриматися від цього – не входити до охоронюваних будівель). Отже, результатом інтенціональності тілесного буття є весь можливий спектр релевантних у правовому сенсі людських діянь починаючи зі спричинення шкоди і закінчуючи правомірною – належною, повинною чи дозволеною – поведінкою оточуючих.

Отже, з правової точки зору тіло як подія тілесного існування характеризується не просто *онтичними характеристиками* тіла як суцього (життям та здоров’ям), а й такими *онтологічними рисами* як синкретичність, лімінальність й інтенціональність. Саме ці характеристики буття тіла перетворюють його з *матеріального об’єкта* чи *втілення ідеального суб’єкта* на *правову подію*, коли межі нашого спільного існування первісно задаються не деонтологічними приписами природного чи позитивного права, а власне фактом спільної тілесної співприсутності.

III

Водночас, якщо тіло як подія виходить за межі суб’єкт-об’єктних координат і фактично стає на місце класичної норми права, необхідно вказати на співвідношення *тілесної* (онтологічної) та *ідеальної* (деонтологічної) нормативності, адже загальним місцем як правового позитивізму, так і природно-правового праворозуміння, є інтерпретація тіла як об’єкта правового регулювання чи матеріального втілення ідеального носія суб’єктивних прав

¹¹ Там само, 63.

¹² Різницю між правовою подією і подією права див.: Олексій Стовба, *Право і час* (Харків: Тім Пабліш Груп, 2016), 300 і далі.

і обов'язків (суб'єкта), що в підсумку синтезується в розумінні тіла як *об'єкта злочинного посягання чи репресії з боку держави*.

Насамперед слід зауважити, що як природно-правове, так і позитивно-правове розуміння тіла мають спільні – метафізичні – корені. Як вже було зазначено, метафізика базується на буттєвому протиставленні чуттєвого світу речей (матерії) умоглядному світові ідей.¹³ У правовому ракурсі таке онтологічне протиставлення ідеального і матеріального трансформується в *деонтологічне правове розрізнення* – *сущого (наявного буття суспільних відносин) і Належного (ідеального буття природних чи позитивно-правових норм)*.¹⁴ Разом із тим, вочевидь, тіло виходить за межі подібної дихотомії, адже тілесна нормативність як здатність тіла ставити межі людській поведінці (лімінальність) або самим фактом своєї присутності чи шляхом вчинення конклюдентних дій реалізовувати права й нести обов'язки (інтенціональність) є більш первинною, ніж деонтологічні вимоги природного чи позитивного права. На це вказує хоча б та обставина, що звичайні люди, не знаючи приписів юридичних норм чи ідеальних вимог природного права, все ж таки узгоджено діють у межах соціальних відносин.

Разом із тим можна припустити, що тілесна нормативність має бути закріплена у нормативних актах – насамперед нормах Цивільного та Кримінального кодексів, – адже це допоможе більш ефективно захистити людину на найбільш вразливому для неї рівні – рівні тілесного існування. Так, норми ЦК доцільно було б доповнити статтею, яка б закріплювала цілісність і недоторканність тіла як такого (синкретичність і лімінальність). Можливим формулюванням подібної норми є, наприклад, таке: “Тіло людини є цілісним і недоторканим. Будь-який фізичний контакт із тілом іншої особи чи порушення його цілісності можливі тільки на підставі явної і недвозначної згоди такої особи, за винятком випадків, установлених законом. Порушення тілесної цілісності або недоторканності фізичної особи тягне за собою юридичну відповідальність.” Таку відповідальність доцільно зафіксувати у вигляді відповідної статті Кримінального кодексу, яка би встановлювала санкцію за порушення тілесної цілісності та недоторканності особи. Гіпотеза й диспозиція такої статті можуть бути сформульовані так: “Порушення тілесної цілісності та/або недоторканності особи, а саме проникнення в тіло, відібрання біологічних елементів тіла або умисний фізичний контакт з особою, вчинені без її згоди, за відсутності ознак інших діянь, передбачених цим Кодексом, тягнуть за собою покарання у вигляді...” У процесуальній площині такий злочин доцільно віднести до категорії приватного обвинувачення.

Сказане вище дає підстави дійти висновку, що в розрізі права тіло постає як особливий феномен, який не можна повністю ототожнити ні з об'єктом, ні з суб'єктом права. Буття тіла як правового феномену є *втіленням права*, яке вказує людям на межі їхньої поведінки, скеровуючи їх у належному, повинному чи дозволеному напрямку самим фактом свого існування. Зрозуміло, що і саме тілесне існування, своєю чергою, зазнає впливу інших людей,

¹³ Martin Heidegger, *Kant und das Problem der Metaphysik* (Frankfurt-am-Main: Vittorio Klostermann, 1991), 10.

¹⁴ Стовба, *Право і час*, 16 і далі.

які тілесно присутні поряд. За таких умов первісним “природним” правом є право тіла – встановлювати міру поведінки іншим людям, одночасно запобігаючи спричинення їм тілесної шкоди. У підсумку буття правової реальності перетворюється із континуального нормативного поля, втіленого у приписах позитивного чи природного права, у дискретне поле сингулярних правових подій, коли “атоми” таких подій, тобто людські тіла, спітаються у все більш складні та запутані *справи* – буденні купівлю-продаж чи необхідну оборону, але також і в міжнародний злочинний синдикат чи транснаціональну корпорацію.

© О. Стовба, 2022

Bibliography

- Badiou, Alen. *Being and Event*. London: The Tower Building, 2005.
- Bahoh, James. *Heidegger's Ontology of Events*. Edinburgh: University Press, 2021.
- Foucault, Michael. *Discipline and Punish. The Birth of the Prison*. New-York: Vintage Books, 1995.
- Heidegger, Martin. *Kant und das Problem der Metaphysik*. Frankfurt-am-Main: Vittorio Klostermann, 1991.
- Heidegger, Martin. *Sein und Zeit*. Tuebingen: Max Niemeyer Verlag, 2001.
- Heidegger, Martin. “Zeit und Sein.” In: *Zur Sache des Denkens*, 1–26. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2007.
- Kant, Immanuel. *Critique of Practical Reason*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Mazocca, Marco. “Guilty of Not Doing That.” *Bratislava law Review* Vol. 4, № 2 (2020): 71–80.
- Quine, Willard Van. *Word and Object*. Cambridge: MIT Press, 1960.
- Stovba, Oleksiy. “The Body as Norm. Non-Classical Ontology of Law.” [In Russian.] *Filosofia prava i zagal'na teoriia prava* 1 (2022): 51–66.
- Stovba, Oleksiy. *Law and Time*. [In Ukrainian.] Kharkiv: Tim Publish Group, 2016.

Олексій Стовба. Тіло права і право тіла. Тіло як правовий феномен

АНОТАЦІЯ. Стаття присвячена осмисленню тіла як правового феномену, адже, незважаючи на те, що тіло онтологічно є найближчим до нас, з правової точки зору воно є одним із найбільш загадкових правових явищ. Так, класична юриспруденція зазвичай поділяє все правове суще на *суб'єктів права* (державу, фізичних та юридичних осіб, народ тощо) та *об'єкти правовідносин* (майно, речові докази, предмети спору тощо). Однак тіло неможливо ідентифікувати в межах цих критеріїв. З одного боку, тіло само собою не є суб'єктом права, адже суто безтілесні, абстрактні утворення, такі як юридичні особи чи держава, є суб'єктами права, інколи не маючи жодного матеріального “втілення.” З іншого боку, суто тілесне буття ще не гарантує правосуб'єктності, оскільки, наприклад, наявність мертвого тіла сама собою свідчить про її відсутність. Зазначений стан речей повною мірою відбивається і в національному законодавстві України. Його аналіз свідчить про те, що людське тіло не визначене як самостійний об'єкт правового регулювання, а відповідного правового режиму немає. Найбільш симптоматичним проявом тотального ігнорування правової проблематики тіла є відсутність відповідного терміна навіть у спеціальному медичному законодавстві, яке регулює трансплантацію органів, охорону здоров'я та медичну допомогу.

Отже, феномен тіла на теперішній час залишається поза увагою українських правників. Це призводить до відсутності концептуального розуміння тіла як правового явища і до невизначеності

правового регулювання щодо тіла людини як такого. Внаслідок цього можна констатувати, що феномен тіла необхідно досягнути з філософсько-правової точки зору. Результатом такого осмислення є виділення таких онтологічних рис тіла як правового феномену: синкретичності, лімінальності та інтенціональності. Це, своєю чергою, надає підстави стверджувати про те, що тілу іманентно присутня нормативність, коли воно власне є гіпотезою і диспозицією для оточуючих осіб, а неможливість комунікації з ним – санкцією. У підсумку автор доходить висновку, що недоторканність тіла слід закріпити на законодавчому рівні та зробити відповідні доповнення в Цивільний та Кримінальний кодекси України.

Ключові слова: право; тіло; синкретичність; лімінальність; інтенціональність.

Oleksiy Stovba. The Embodiment of Law and Law of the Body. The Body as Law Phenomenon

Abstract. The article is devoted to the reasoning of the body as a legal phenomenon. After all, although the body is ontologically the closest thing to us, from the legal point of view it is one of the most mysterious legal phenomena. Thus, traditional jurisprudence usually divides all legal beings into subjects of law (the state, individuals and legal entities, the nation, etc.) and objects of legal relations (estate, material evidence, objects of dispute, etc.). However, the body cannot be identified within these criteria. On the one hand, the body itself is not a subject of law. After all, purely disembodied, abstract entities, such as legal entities or the state, are subjects of law, sometimes without any material “embodiment.” On the other hand, purely corporeal existence does not guarantee legal personality, since, for example, the presence of a dead body in itself indicates its absence. This state of affairs is fully reflected in the national legislation of Ukraine. Its analysis shows that the human body is not defined as an independent object of legal regulation, and there is no corresponding legal regime. The most symptomatic manifestation of the total disregard for the legal issues of the body is the absence of a corresponding term even in special medical legislation regulating organ transplantation, health care, and medical assistance.

Therefore, the phenomenon of the body currently remains outside the attention of Ukrainian lawyers. This leads to the lack of conceptual reasoning of the body as a legal phenomenon and uncertainty of legal regulation of the human body as such. So, it can be stated that the phenomenon of the body needs to be comprehended from a philosophical and legal point of view. The result of such comprehension is the identification of the following ontological features of the body as a legal phenomenon: syncretism, liminality and intentionality of the body. This, in turn, gives grounds to assert that normativity is immanently present in the body, when the body itself is a hypothesis and disposition for others, and the impossibility of communication with it is a sanction. As a result, the author concludes that the inviolability of the body should be enshrined in law and the relevant amendments should be made to the Civil and Criminal Codes of Ukraine.

Keywords: law; body; syncretism; liminality; intentionality.

Одержано / Received 23.11.2022

МЕТОДОЛОГІЧНИЙ ПРАВОВИЙ ПОЗИТИВІЗМ ЄВГЕНІЯ БУЛИГІНА
(ПАМ'ЯТІ ВИДАТНОЇ ОСОБИСТОСТІ)

Вступ

Мені пощастило бути особисто знайомим з Євгенієм Вікторовичем Булигіним (Eugenio Bulygin), а також мною були написані декілька статей, присвячених його життю і творчості. Їх було приурочено до круглих дат із дня його народження.¹ На жаль, 16 травня 2021 р. внаслідок захворювання на COVID-19 він пішов із життя, не доживши двох місяців до свого 90-річчя. Тому ця стаття присвячується його пам'яті як всесвітньо відомого філософа права й видатної особистості. У ній буде зроблено спробу узагальнення образу Є. Булигіна як неординарної людини та блискучого дослідника, який зробив значний інтелектуальний внесок у філософію права та особливо в методологію юридичного позитивізму.

Життю і творчості Є. Булигіна було присвячено доволі багато праць, опублікованих як за часів його життя (Р. Гуастіні,² П. Наварро,³ М. Атієнза,⁴ М. Антонов та Є. Лисанюк,⁵ М. Ре-

* Максимов Сергій Іванович, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри прав людини та юридичної методології Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Харків, Україна.

Sergiy Maksymov, Doctor of Legal Sciences, Professor, Professor at the Department of Human Rights and Legal Methodology, Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine.

e-mail: s_maximov@ukr.net

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

¹ Сергій Максимов, "Євгенію Вікторовичу Булигіну – 80 лет," у *Проблеми філософії права VIII–IX* (2011): 440–43; Сергій Максимов, "Євгеній Булигін: концепція права як нормативної системи (Євгенію Булигіну – 85 років)," *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2016): 310–17; Сергій Максимов, "Право як нормативна система: гуманістичний позитивізм Євгенія Булигіна," *Вісник Національного університету "Юридичної академії України імені Ярослава Мудрого."* Серія: *Філософія, соціологія, політологія, філософія права* 3 (2017): 53–66; а також: Сергій Максимов, "Булигін Євгеній Вікторович," у *Велика українська юридична енциклопедія*, т. 2, *Філософія права*, редкол.: С. І. Максимов (голова) та ін. (Харків: Право, 2017), 81–86.

² Ricardo Guastini, "Aspeti notevoli di Normative Systems," *Analisi e Diritto* (1997): 69–77.

³ Pablo E. Navarro, "Normative Systems and Legal Positivism. Eugenio Bulygin and the Philosophy of Law," in *Bulygin Eugenio. Essays in Legal Philosophy. Introduction I.* (Oxford University Press, 2015), 1–21.

⁴ Мануель Атієнза, "Евгений Булигин и теория юридической аргументации," *Проблеми філософії права IV–V* (2008): 245–51.

⁵ М. В. Антонов и Е. Н. Лисанюк, "Нормативные системы в теории права и логике норм," в *"Нормативные системы" и другие работы по философии права и логике норм*, К. Э. Алчурон, Е. В. Булигин, П. Герденфорс, Д. Макинсон; под ред. Е. Н. Лисанюк (Санкт-Петербург: Издательство Санкт-Петербургского университета, 2013), 4–43.

дондо⁶ та ін.), так і після його смерті (Х. П. Алонсо,⁷ Х. Х. Морено⁸).⁹ Спираючись на роботи вказаних авторів і на особистий досвід спілкування з Є. Булигіним, спробую показати основні моменти життя і творчості видатного філософа права (харків'янина за народженням). При цьому особливу увагу зверну не стільки на його розуміння права як нормативної системи, теорії норм та застосування логіки у праві (це було розглянуто в моїх попередніх роботах), скільки на інші методологічні питання, що розкривають його погляди на природу філософії права й методологію юридичного позитивізму; природу права (зокрема в його полеміці з Робертом Алексі); валідність (у полеміці з Гансом Кельзенем); права людини; судову правотворчість; інші питання, які розкривають його "світ права," далекий від шаблонних поглядів на юридичний позитивізм, послідовним прибічником якого він був.

Життєвий шлях та людські якості

Є. Булигін народився 25 липня 1931 р. у м. Харкові (другому за чисельністю населення місту України, а на той момент – її столиці). Його батько був інженером, а мати – викладачкою німецької та французької мов. Від своїх батьків Є. Булигін успадкував певні здібності: від батька – математичні (звідси й інтерес до логіки і схильність до наукової методології з її ідеалом точності), від матері – здібності до мов і до гуманітарних наук загалом (він вільно володів іспанською, англійською, німецькою та російською мовами, розумів та міг читати італійською, французькою та українською, дуже добре знав та любив класичну літературу). Його батько мріяв навчатись у столичному – Санкт-Петербурзькому – університеті, але цьому завадила Перша світова війна та інші соціальні потрясіння. Його мати походила з відомого козацько-дворянського роду Кандиб. Серед родичів Є. Булигіна є такі відомі харків'яни, як його двоюрідний дядько – Лев Лук'янович Кандиба, професор-бактеріолог (репресований 1937 р.) і тітка – Олена Іванівна Кандиба, відома музично-громадська діячка Харкова: заслужена діячка мистецтв, педагогиня за класом фортепіано, перша директорка

⁶ María Cristina Redondo, "Bulygin's Analytical Legal Positivism," in *The Cambridge companion to legal positivism*, edited by Torben Spaak, Stockholm University; Patricia Mindus, Uppsala University, (Cambridge, United Kingdom; New York, USA: Cambridge University Press, 2021), 371–93.

⁷ Juan Pablo Alonso, Buenos Aires University, IVR Executive Committee member, "Eugenio Bulygin (1931–2021)." IVR website and blog. Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie / International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy <https://ivronlineblog.wordpress.com/2021/05/16/eugenio-bulygin-1931-2021>.

⁸ Jose Juan Moreso, "Eugenio Bulygin (1931-2021): The Wonderful Russian" *Ratio Juris* 34, 3 (2021): 282–85.

⁹ У 2002 році кафедрою правової культури Університету Мадрида й зусиллями "латинського світу" було видано збірку праць, присвячених творчості Є. Булигіна, "Євгеній Булигін і сучасна теорія права" у двох томах, але, на жаль, ці матеріали не були доступні авторові на момент написання статті. Див.: *Eugenio Bulygin en la Teoría del Derecho contemporánea*, Jose Juan Moreso, Pablo E. Navarro, Jorge L. Rodriguez, Jordi Ferrer Beltran (Coords.), Volumen I (Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: Catedra de Cultura Juridica, Marcial Pons, 2022) *ma Eugenio Bulygin en la Teoría del Derecho contemporánea*, Julieta A. Rabanos, Giovanni B. Ratti, Maria Cristina Redondo (Coords.), Volumen II (Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: Catedra de Cultura Juridica, Marcial Pons, 2022).

музичної школи № 3 м. Харкова. Про тепле ставлення харків'ян до неї свідчить назва статті в одній із місцевих газет, яку було присвячено Олені Іванівні, – “Остання графиня Харкова.”

Дитинство Євгенія пройшло у південно-східній частині Харкова, у районі Кінного ринку і стадіону “Металіст,” вулиці Плеханівської (нині – Григорія Тарасенка). На цю вулицю й виходить провулок Аптекарський, де за номером 28 були розташовані будинки його родини й родини його тітки Олени Кандиби, яка, за його спогадами, навчала його гри на фортепіано.¹⁰ І хоча Є. Булигін прожив у Харкові лише свої перші 12 років (до 1943 р.), але йому все ж таки вдалося увібрати дух цього міста.¹¹

Волею долі Євгеній після війни опинився зі своєю родиною в Австрії, де в дунайському місті Лінці з 1946 по 1949 р. він навчався у престижній середній школі Bundesrealschule Linz, де свого часу (1903–1906 рр.) здобував освіту Людвиг Вітгенштейн – один із засновників аналітичної філософії, ідеї якого мали вплив на творчість Є. Булигіна. Там він також удосконалив свою німецьку й англійську мови.

Наприкінці 1940-х рр. ООН здійснювала програми остаточного переселення сімей, переміщених під час війни. Хоча Булигіни заявили про відмову від повернення до СРСР, але перспектива такого повернення була вельми реальною. Лише 1949 р. вони видихнули вільно, коли їм було дозволено виїхати до Аргентини, де вони оселилися в м. Ланусі, провінція Буенос-Айрес. На той час Євгенію було 18 років, і він знову пішов до школи. Йому було дуже важко вчитися, бо іспанську довелося засвоювати з нуля.

Його друг Хосе Хуан Моресо, професор філософії права Університету Помпеу Фабра Барселони, писав: “Пригадую, якось він розповів мені, що в Буенос-Айресі проводив час у шаховому клубі, де мова була менш важливою, і так він познайомився з іспанською.”¹² Лише 1953 р. у 22-річному віці він зміг закінчити середню школу в Буенос-Айресі і вступити на юридичний факультет Університету Буенос-Айреса, який він закінчив 1958 р.¹³

У студентські роки під впливом завідувача кафедри філософії права Амброзіо Л. Гіохи він спочатку захопився філософією Густава Гуссерля, а згодом – чистим ученням про право Ганса Кельзена, яке стало для нього “вхідними дверима у будівлю філософії права.”¹⁴

¹⁰ За спогадами Євгенія Вікторовича, напочатку німецького наступу на Харків на проїзній частині провулку розірвалася бомба, яку було скинуто з літака. Ніхто не постраждав, але на місці воронки протягом сімдесяти років просідало ґрунтове покриття провулка (я бачив цей феномен своїми очима). Лише 2012 р. під час підготовки до чемпіонату Європи з футболу провулок було заасфальтовано, і це нагадування про війну було скрито. За іншими спогадами, вони з двоюрідним братом іноді дражнили свою любу бабусю епіграмою О. Пушкіна на її однофамільця офіцера Кандибу. Ось вони – “плоди просвітництва” – результат поглибленого бабусиного навчання онуків літературі.

¹¹ Хоча це лише мої суб'єктивні враження, впевнений, що вони феноменологічно точні.

¹² Moreso, “Eugenio Bulygin (1931–2021),” 283.

¹³ Євгеній Вікторович згадував, що його на той час більше приваблювала філософія, ніж юриспруденція, але на сімейній раді поміркували, що, враховуючи їх скромний матеріальний стан, краще йому отримати професію юриста. Але тяжіння до філософії у Є. Булигіна залишилось, і це визначило його вибір на пряму професійного розвитку – філософію права.

¹⁴ Як про це писав Є. Булигін у статті “Моє бачення раціональності права”: “Поряд із І. Кантом та Е. Гуссерлем Гіоха викладав чисте вчення про право Г. Кельзена – для мене воно стало вхідними

Ще до закінчення університету Є. Булігін серйозно займався філософією, а особливо філософією права. Свої захоплення він поділяє зі своїм другом К. Е. Алчуронем, з яким у них складалася напрочуд плідна співпраця і співавторство.¹⁵

У той час сформувалася група правознавців, яких назвали золотим поколінням філософії права. До неї входили: Амбросіо Гіоха, Хенаро Карріо, Хорхе Баке, Карлос Алчурон, Мартін Фаррелл, Едуардо Рабоссі, Рікардо Гібур, Карлос Ніно та Еугеніо (Євгеній) Булігін. У межах очолюваного А. Л. Гіохою Інституту філософії права вони здійснювали перехід аргентинської філософії права від метафізично-феноменологічної умоглядної філософії права Карлоса Коссіо до позитивістської філософії права для її пристосування до потреб юридичної догматики. Це був зсув досліджень від філософії Канта і Гуссерля до робіт Карнапа, Вітгенштейна, Куайна, Тарського. З огляду на це сформувався сталий інтерес до аналітичної філософії та аналітичної філософії права, яку розвивали Альф Росс, Герберт Гарт, Кеорґ Генрік фон Вріґт.

1966 р. в Аргентині відбувся військовий переворот, і університетська освіта опинилася під жорстким контролем. Ліберальна філософія права була під пресингом груп, що сповідували реакційні погляди. Обговорення гострих і значущих філософсько-правових питань було зосереджене не в університетських аудиторіях, а в межах інтелектуального гуртка, створеного філософами і правознавцями, – Аргентинському товаристві філософського аналізу.

В обставинці, коли військова хунта використовувала у своїй суті неправові методи правління, нехтуючи чинними правовими нормами, тверда орієнтація на позитивне право була для аргентинських інтелектуалів основною гарантією проти урядового свавілля, яке нерідко здійснювалося під прикриттям етичних і релігійних цінностей, витлумачених владою згідно з її уявленнями про доцільність.

Після захисту дисертації в Університеті Буенос-Айреса з найвищим можливим балом він з 1963 по 1969 р. отримує низку стипендій і стажується в Європі під керівництвом Ульріха Кляуга (Кельн), Ганса Вельцеля (Бонн) та Герберта Гарта (Оксфорд). Наукове спілкування Є. Булігіна з Г. Л. А. Гартом було найпліднішим. Окрім іншого, з ним обговорювалися і основні моменти головної праці – “Нормативні системи,” – яку Євгеній Булігін і Карлос Алчурон вперше опублікували 1971 р. Професор Університету Буенос-Айресу

дверима у будівлю філософії права. Мій ентузіазм щодо Е. Гуссерля зник дуже швидко, але теорія Кельзена залишилася для мене постійною основою. У Г. Кельзена я запозичив тематику: структуру правопорядку й норми, що його становлять, як і кельзенівський юридичний позитивізм та скептицизм у питанні щодо цінностей. Цей скептицизм був підсилений впливом А. Росса, Г. Гарта і Г. фон Вріґта. Таким чином, чисте вчення про право – наріжний камінь у моїй філософській освіті. Навіть сьогодні я вважаю, що добре знання теорії Кельзена є основоположним для всіх, хто бажає працювати у галузі філософії права.” (Євгеній Булігін, “Моє бачення раціональності права,” *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2016): 318).

¹⁵ “К. Алчурон був моїм однолітком і дуже швидко став моїм близьким другом – він один із тих, хто ввів мене в логіку й аналітичну філософію. Із ним ми працювали цілих 40 років. Немає потреби говорити, що більша частина ідей у спільно написаних книгах і статтях належить Карлосу.” (Там само).

Хуан Пабло Алонсо писав про цей період у своїх спогадах: “Протягом останніх кількох місяців він ділив зали Оксфорда з Гербертом Гартон, Рональдом Дворкіним і Джозефом Разом, що зібрали разом чотирьох найважливіших філософів права 20-го століття.”¹⁶

Саме у співавторстві з К. Алчуроном були написані основні книги Є. Булигіна: “Нормативні системи” (*Normative Systems*), видана англійською мовою (Відень; Нью-Йорк, 1971),¹⁷ надалі перекладена іспанською, італійською, німецькою, французькою, російською та ін.; “Про існування юридичних норм” (*Sobre la existencia de las normas juridicas*) (Валенсія, 1979);¹⁸ “Логічний аналіз і право” (*Análisis Lógico y Derecho*) (Мадрид, 1991),¹⁹ а також 23 статті. Такий плідний творчий симбіоз дав підстави авторам іронічно представляти свої праці як написані “Карлосом Еугеніо Булірроном (Carlos Eugenio Bulyrón), міфічною особистістю, яка оживає лише у філософській діяльності.”²⁰

“Нормативні системи” є однією з найважливіших робіт у правовій філософії другої половини ХХ століття. У ній здійснено аналіз фундаментальних понять правової теорії, таких як “правова система,” “прогалина,” “суперечність у законі та суперечність між законами” тощо, вона вважається “найповнішим монографічним дослідженням основних питань правової теорії, що здійснене за допомогою засобів сучасної логіки та концептуального аналізу” (Г. Х. фон Врігт).

Іншою важливою віхою на життєвому шляху Булигіна було підтримане активними діями “Аналітичного товариства” призначення його на посаду “декана-організатора” юридичного факультету 1984 р., що передбачало демократизацію факультету в управлінському, навчальному і науковому аспектах.²¹

Булигін суміщав наукову роботу і викладання в університеті з практичною роботою судді. З 1986 р., після завершення місії декана-організатора, він протягом 15 років був суддею Національної апеляційної палати Аргентини з цивільних та комерційних справ.

Також слід відзначити активну багаторічну діяльність Є. Булигіна в Міжнародній асоціації філософії права і соціальної філософії (IVR) – професійній організації філософів і теоретиків права, заснованій у 1909 р. у Берліні. Понад 30 років Є. Булигін обирався членом Виконавчого комітету IVR (з 1987 по 2007 р.), причому в 1991–1999 рр. – віце-

¹⁶ Juan Pablo Alonso, Buenos Aires University, IVR Executive Committee member. Eugenio Bulygin (1931–2021). IVR website and blog. Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie / International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy <https://ivronlineblog.wordpress.com/2021/05/16/eugenio-bulygin-1931-2021>.

¹⁷ Carlos Alchurron and Eugenio Bulygin, *Normative Systems* (Wien; New York: Springer, 1971), XVIII + 208.

¹⁸ Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Sobre la existencia de las normas juridicas* (Valencia (Venezuela): Facultad de Derecho-Univ. de Carabobo, 1979).

¹⁹ Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991).

²⁰ Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Introducion, XVII.

²¹ Як зізнавався сам Євгеній Вікторович, він першим ділом скасував усі обов’язкові навчальні програми й дозволив читати викладачам за їхнім власним розумінням.

президентом, а в 1999–2003 рр. – президентом. З 2007 р. він обирався почесним президентом IVR.

Моє особисте знайомство з Є. Булигіним відбулось у травні 2003 р., коли він як президент IVR був із візитом в Україні. Він відвідав Одесу, Харків і Київ, де прочитав лекції про досягнення та проблеми сучасної аналітичної філософії права, а в Києві також за його участю відбулася конференція “Стан і тенденції розвитку філософсько-правової думки в Україні та світі.” Під час перебування в Харкові Є. Булигін відвідав свій колишній будинок та інші пам’ятні місця. Ця зустріч поклала початок нашій творчій співпраці, у результаті якої в щорічнику української асоціації філософії права і соціальної філософії “Проблеми філософії права” було надруковано перші переклади з німецької його статей “До проблеми об’єктивності права” (т. III, 2005)²² і “До проблеми обґрунтування прав людини” (т. IV–V, 2006–2007).²³

Після цього починається активний процес поширення ідей Є. Булигіна в українському та в усьому пострадянському теоретико-філософському правовому просторі: його роботи не лише активно перекладаються, а й посідають перші місця у списках обов’язкової літератури за курсами як теорії права, так і філософії права.

Пострадянські читачі мають можливість ознайомитися з перекладом його головної праці – монографії “Нормативні системи”²⁴ і збіркою перекладів його статей “Вибрані праці з теорії та філософії права.”²⁵ У журналі “Філософія права і загальна теорія права,” членом редакційної ради якого Є. Булигін був із початку його заснування, опубліковано переклади українською мовою його статей “Кант і сучасна філософія права” (2014),²⁶ “Норми права, логіка та істина” (2015),²⁷ “Моє бачення раціональності права” (2016).²⁸

У Curriculum Vitae Є. Булигіна 2015 р. серед його опублікованих робіт згадуються 17 монографій і 181 стаття іспанською, англійською, німецькою, італійською, російською і французькою мовами, а також переклад ним 9 книг і 11 статей з англійської та німецької на іспанську. Хочеться також відзначити менш відому, проте, за оцінкою Стенлі Полсона,

²² Евгений Булыгин, “К проблеме объективности права,” *Проблеми філософії права* III (2005): 7–13.

²³ Евгений Булыгин, “К проблеме обоснования прав человека,” *Проблеми філософії права* IV–V (2006–2007): 149–52.

²⁴ ‘Нормативные системы’ и другие работы по философии права и логике норм, К. Э. Альчурон, Е. В. Булыгин, П. Герденфорс, Д. Макинсон; под ред. Е. Н. Лисанюк (Санкт-Петербург: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2013), 380 с.

²⁵ Евгений Викторович Булыгин, *Избранные работы по теории и философии права*, пер. с английского, немецкого, испанского, под науч. ред. М. В. Антонова, Е. Н. Лысанюк, С. И. Максимова (Санкт-Петербург: Алеф-Пресс, 2016), 476 с.

²⁶ Євгеній Булигін, “Кант і сучасна філософія права,” *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2014): 304–11.

²⁷ Євгеній Булигін, “Норми права, логіка та істина,” *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2015): 298–311.

²⁸ Євгеній Булигін, “Моє бачення раціональності права,” *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2016): 318–23.

найважливішу серед написаних Є. Булигіним книг – “Юридичний позитивізм” (*El positivismo jurtdico*) (2005).²⁹

Проявом значного світового визнання академічних заслуг Є. Булигіна є видання у 2015 р. в одному з провідних світових видавництв (Видавництві Оксфордського університету, Велика Британія) тому його вибраних творів “Есе з правової філософії,”³⁰ а також публікація в “Кембриджському довіднику з правового позитивізму” розділу, присвяченого йому як одному з провідних представників правового позитивізму, поряд із такими класиками філософії та теорії права, як Джеремі Бентам, Джон Остін, Георг Елінек, Ганс Кельзен, Герберт Гарт, Норберто Боббіо та Джозеф Раз.³¹

Поряд з його нагородами та преміями академічного характеру хочу особливо виділити нагородження у 2016 р. “Орденем Свободи” (*Orden de la Libertad*) – португальським почесним цивільним орденом, яким відзначаються видатні заслуги у справі демократії та свободи, у захисті цінностей цивілізації та людської гідності.

Про людські якості Євгенія Булигіна тепло відзивається Мануель Атієнза, який згадує Євгенія як “людину, не здатну до засмучення” і додає, що “він майстер у мистецтві життя.”³² Іншими відмінними рисами особистості Булигіна Атієнза називає непересічний інтелект і невичерпне, але не агресивне почуття гумору: “І всі ми посміхаємось, коли він дає таку пораду: ‘Ви повинні повторювати собі дуже часто, щоб не суперечити собі самому,’ або коли він – будучи зовсім ще недавно суддею Федерального апеляційного суду Аргентини – запевняє нас: ‘Ніхто не може звинуватити мене в неупередженості.’”³³

Я б додав таку рису, як скромність. Скромність академічна, коли він чітко окреслює межі свого дослідження та межі свого внеску у співавторство з Карлосом Алчуроном, а також скромність життєва. Якось я сказав Євгенієві Вікторовичу, що він гідний бути включеним до переліку ста видатних харків’ян, на що була його відповідь: “Ви сильно перебільшуєте моє значення.”

Багатогранність Євгенія Булигіна як особистості характеризує коло його захоплень, які М. Атієнза у статті, присвяченій ювілею Булигіна, називає культивуванням “таких різних (але, в його випадку, мудро гармонізованих) радощів,” як “сімейне життя, верхова їзда, горілка, романські собори, дружба, філософсько-правова дискусія.”³⁴ Повністю солідари-

²⁹ Eugenio Bulygin, *El positivismo jurídico* (Fontamara, México, 2005), 176 p. В перекладі італійською: Eugenio Bulygin, *Il positivismo giuridico* (Giuffrè Editore, Milano, 2007).

³⁰ Eugenio Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*. Eds. C. Bernal, C. Huerta, T. Mazzarese, J. J. Moreso, P. E. Navarro and S. L. Paulson (Oxford University Press, 2015), 378 p.

³¹ *The Cambridge companion to legal positivism*, edited by Torben Spaak, Stockholm University; Patricia Mindus, Uppsala University, 371–93 (Cambridge, United Kingdom; New York, USA: Cambridge University Press, 2021).

³² Мануель Атієнза, “Евгений Булигин и теория юридической аргументации,” пер. с англ. С. И. Максимова. *Проблеми філософії права*. IV–V, (2008): 245; також у: Максимов С. І. *Філософія права: сучасні інтерпретації: вибрані праці: статті, аналіт. огляди, переклади* (2003–2011), друге видання, доповнене (Харків: Право, 2012), 303–313.

³³ Там само, 245.

³⁴ Там само, 305.

зуючись із Мануелем, хочу додати список “життєвих радощів,” що їх поділяє Євгеній, власноруч складений ним у “Короткій автобіографії,” написаній через десять років після публікації статті Атієнзи: “Головні інтереси: (нормативна) логіка, логічні структури права і аналітична філософія. Крім філософії, мені дуже подобаються собаки, коні, архітектурні пам’ятники, література, театр, гарненькі панночки і червоне вино.”³⁵ Неможливо без доброї посмішки читати такі зізнання.

Світогляд Євгенія Булигіна: аналітична філософія та логіка

Марія Христина Редондо (María Cristina Redondo) у згаданій монографії про юридичний позитивізм дає ґрунтовний аналіз здобутків Євгенія Вікторовича, називаючи його позицію “аналітичним позитивізмом.”³⁶ Її систематизація та оцінка поглядів видатного філософа права уявляються мені вдалими, тому загалом я буду спиратися на логіку узагальнень, наведену в цій статті, намагаючись представити погляди Булигіна як певний цілісний світогляд. Перший крок у такій ідентифікації – виявлення суті філософської концепції Євгенія Булигіна та її оцінка в контексті сучасної філософії.

Безсумнівною вихідною тезою в характеристиці світогляду Є. Булигіна є твердження про його невід’ємний зв’язок з аналітичною філософією. На це він неодноразово звертав увагу у своїх працях і в усних виступах, цінуючи її насамперед за чіткість і вивіреність мови. Аналітична філософія є однією з найбільш поширених течій сучасної філософії, закладених такими філософами, як Карнап, Вітгенштейн, Куайн, Тарський. Водночас дуже важко виявити її змістовне ядро, тому що “аналітична філософія не є школою, подібно до томізму або марксизму, і не є методом, на що претендує феноменологія.”³⁷ Це, скоріше, стиль філософської думки або форма філософствування, заснована на загальному розумінні філософії, яка, втім, допускає дуже різні теорії щодо окремих проблем і сумісна з різними рішеннями останніх. “Головні її риси – це аналіз концептуальних (логічних) елементів пізнання, які винаходяться у логічній структурі мови.”³⁸ Отже, головними рисами аналітичної філософії є *тлумачення філософії як концептуального аналізу і тісний зв’язок із логікою*.

Саме *концептуальним аналізом* аналітична філософія, на думку Є. Булигіна, відрізняється як від класичних метафізичних спекуляцій, так і від науки. Щодо перших, Булигін поділяє філософів на дві групи: “Розсудливі філософи, які використовують чітку і виважену мову, та філософи-візіонери, у працях яких превалюють розмиті метафори і бракує чіткості.”³⁹ Найпоказовішими прикладами останніх він вважає Гегеля та Гайдеггера. З іншого боку,

³⁵ Евгений Булыгин, “Краткая автобиография,” в Евгений Викторович Булыгин. *Избранные работы по теории и философии права*, 467.

³⁶ Maria Cristina Redondo, “Bulygin’s Analytical Legal Positivism,” in *The Cambridge companion to legal positivism*, edited by Torben Spaak, Stockholm University; Patricia Mindus, Uppsala University, 371–93 (Cambridge, United Kingdom; New York, USA: Cambridge University Press, 2021), 371.

³⁷ Булигін, “Кант і сучасна філософія права,” 309.

³⁸ Там само, 309.

³⁹ Булигін, “Моє бачення раціональності права,” 319.

за Є. Булигіним, філософія не є різновидом наукового дослідження; вона не стосується безпосередньо світу, а зосереджена на концептуальних компонентах досвіду, тобто на концептуальному апараті, який дає можливість людям, з одного боку, мати наукове знання, а з іншого – опанувати реальність. Він вважав, що “філософія загалом і філософія права зокрема не мають справу із мінливою реальністю,” а “вивчають необхідні аспекти реальності,” такі як “ідеї, категорії, поняття чи апіорний синтез.”⁴⁰

Оскільки такі концептуальні компоненти відбиваються в логічній структурі мови, це пояснює, чому філософи-аналітики дуже зацікавлені у вивченні мови та логіки. Саме використання логічних прийомів у концептуальному аналізі зумовлює концептуальну й мовну точність, яку вони виявляють у своїх дослідженнях. За словами Булигіна, хоча не всі філософи-аналітики присвячують себе вивченню логіки, серед них є чітка тенденція використовувати переваги логічних прийомів у концептуальному аналізі.

Роль логіки та формалізації справді є суттєвою у філософії права Булигіна. Насамперед його основний теоретичний внесок, “Нормативні системи,” написаний у співавторстві з Алчуроном, як уже зазначалось, є парадигмальним прикладом, у якому логіка використовується як потужний інструмент юридичного аналізу, тобто для реконструкції центрального поняття нормативної системи. Тому другою ознакою світогляду, або правового позитивізму, Булигіна, є *формальний, або логічний, аналіз*. Водночас у рамках теорії Булигіна формально-логічний аналіз є не самодостатньою метою, а завжди лише інструментом для точної та плідної реконструкції юридичних понять і концепцій. Логіка лише підтримує будь-який успішний аналіз таких концепцій.

Через застосування логіки в дослідженні права, тобто за чисто формальним показником, позицію Булигіна іноді називають *логічним позитивізмом*. Проте це не відповідає дійсності. Навіть будучи переконливим у силі логіки та формалізації, він виступає проти того, щоб аналітичну філософію загалом і його правовий світогляд зокрема змішували з логічним позитивізмом.⁴¹ Особливо неприйнятними для нього є такі тези логічного позитивізму, як верифікаційна теорія істини та ідея, що твердження, які не можуть бути оцінені як істинні, є хибними.

Ще однією з рис філософської позиції Булигіна, яка впливає на його філософію права, є *аксіологічний скептицизм*.⁴² Він базується на ідеї, що моральні, політичні й естетичні судження здебільшого залежать від емоцій, чуттів, смаків і тому не контролюються розумом (так звана експресивна теорія норм). Вони, безумовно, мають значення, але не можуть бути істинними чи хибними.

Продовженням аксіологічного скептицизму є скептицизм метаетичний, тобто скептицизм щодо існування об'єктивних норм. На думку Булигіна, взагалі немає об'єктивних норм, будь то моральні, правові, релігійні норми тощо. Це переконання змушує його встановити чітке розмежування між будь-яким *практичним підходом*, що може бути виправданий лише

⁴⁰ Булигін, “Моє бачення раціональності права,” 319.

⁴¹ Булигін, “Кант і філософія права,” 309.

⁴² Булигін, “Моє бачення раціональності права,” 322.

з точки зору суб'єктивної чи міжсуб'єктивної мети, і *теоретичним*, який натомість може бути об'єктивно виправданий з точки зору істини та хибності. Це значною мірою пояснює, чому Булігін не вважає, що філософію права слід розвивати з точки зору практичної філософії.⁴³

Філософія права Булігіна: аналітичний методологічний позитивізм

Виходячи з особливого значення аналітичної філософії у світогляді Булігіна, його правову філософію, безумовно, слід визначити *аналітичною філософією права*, або застосуванням аналітичної філософії до сфери права. Інакше кажучи, вона є понятійним (концептуальним) аналізом права. “На мою думку, – пише Булігін, – аналіз структури права, його складових частин і передусім правових норм разом із аналізом загальних юридичних понять є основним завданням філософії права.”⁴⁴

При цьому особливість аналітичного підходу Булігіна полягає у відданні пріоритету не практичному, а теоретичному дискурсу. На його думку, філософія права (або загальна теорія права – він не бачив між ними відмінностей) повинна спиратись на інструменти, які пропонують *філософія мови і науки*, а не ті, що пропонує *практична філософія*, і це дозволяє вирішувати проблему невизначеності правових норм, що дуже важливо для правозастосування. Аналогічно юридична теорія може навчитися набагато більше з дискусії про пояснення та обґрунтування, що розвивається у *філософії науки*, ніж із дебатів щодо пояснення та обґрунтування, що розвиваються в *практичній філософії*.⁴⁵

Наступною з найважливіших рис філософії права Булігіна є *правовий позитивізм*. Його позиція була названа Рікардо Карачоло “послідовним позитивізмом” та ексклюзивним (виключним) позитивізмом. На думку Карачоло, позитивістська концепція права Булігіна виражається трьома такими тезами: концептуальний поділ між правом і мораллю; скептицизм у сфері етики; неможливість розрізнення двох названих тез.⁴⁶ Якщо з першим визначенням Булігін беззаперечно погоджувався і навіть із гордістю представляв себе як саме послідовного правового позитивіста, то віднесення його до ексклюзивних позитивістів самим Булігіним не підтримувалося, а деякими авторами (напр., Марія Редондо) навіть заперечується.⁴⁷

У статті “До проблеми об'єктивності права” у першому посиланні Булігін відмежовує свою позицію від “доволі розповсюдженної (особливо в Росії та в Україні) й абсолют-

⁴³ Redondo, “Bulygin’s Analytical Legal Positivism,” 373–74.

⁴⁴ Булігін, “Моє бачення раціональності права,” 319.

⁴⁵ Див.: Redondo, “Bulygin’s Analytical Legal Positivism,” 374.

⁴⁶ Цит. за: Атиенза, “Евгений Булыгин и теория юридической аргументации,” 248.

⁴⁷ Redondo, “Bulygin’s Analytical Legal Positivism,” 376. Вона підкреслює, що хоча Булігіну була ближча ексклюзивна концепція, але, оскільки вона тісно пов'язана з концепцією влади Раза, він її не приймав. “Коротко кажучи, теорія Булігіна не прихильна ні до інклюзивного, ні до ексклюзивного юридичного позитивізму. Методологічний інструментарій раціональної реконструкції його теорії має на меті забезпечити її чітку роботу, незалежно від того, яка з цих двох основних теорій вважається найкращою” (там само, виноска 17).

но помилкової думки, що позитивізм полягає у вимозі беззаперечно виконувати всі норми позитивного права.”⁴⁸ При цьому під правовим позитивізмом він розуміє теорію, що дотримуються двох вимог: роздільної тези й тези соціальних джерел права, завдяки яким зміст правопорядку може бути досліджено і встановлено безвідносно до моральних та політичних цінностей.⁴⁹

Але виникає питання: до якого саме типу позитивізму слід віднести його теорію права? За Боббіо, існують три підходи до розуміння правового позитивізму: теоретичний, ідеологічний та методологічний.⁵⁰ Булигін різко відхрещується від ідеологічного позитивізму Дж. Остіна та К. Бергбома, не погоджується із зосередженням лише на тезах, що є характерними для теоретичного позитивізму, та ідентифікує свою позицію як *позитивізм методологічний*. Він пов'язує його зі специфічним методом (у широкому сенсі), або підходом, завдяки якому юридичний позитивізм робить свій внесок у юридичну науку і юридичну практику. Булигін формулює три тези, на які спирається сучасний (методологічний) позитивізм:

1. *Теза про розділення між правом і мораллю*: правова валідність норм не означає їх моральної валідності (чинності), і навпаки, те, що норма є морально коректною, не означає, що вона є юридично валідною...
2. *Теза про соціальні джерела права*: існування і зміст права у деякій спільноті залежить від соціальних фактів, тобто від дій (вчинків) чи діяльності членів цього суспільства (постанов законодавчого органу, судових рішень, договорів тощо).
3. *Теза про дискреційність судових рішень*⁵¹: коли право не регулює певну дію, тобто не дає рішення для загального (родового) випадку, суддя може вирішити цей випадок дискреційно. Це означає, що він ухвалює рішення згідно зі своєю оцінкою випадку, тобто діє як законодавець.⁵²

З першими двома тезами погоджуються всі позитивісти (з тими чи іншими особливостями їх інтерпретації). У них заперечується необхідний (логічний або концептуальний) зв'язок між правом і мораллю та виключається можливість природного права при допущенні моральної критики позитивного права. Третя теза відбиває специфічну позицію Булигіна і поділяється не всіма позитивістами. Наприклад, Ганс Кельзен вважав, що право не має прогалів, а тому ніякої судової правотворчості бути не може.

Зазначені головні тези методологічного позитивізму Булигіна конкретизуються та доповнюються такими положеннями:

- застосування аналітичного методу концептуального аналізу до сфери права та надання пріоритету інструментарію методології науки перед інструментарієм практичного дискурсу;

⁴⁸ Булыгин, “К проблеме объективности права,” 7.

⁴⁹ Там само.

⁵⁰ Див.: “Redondo, Bulygin’s Analytical Legal Positivism,” 375.

⁵¹ Марія Ретондо називає цю тезу “тезою про невизначеність”: “Третє, теза про невизначеність: а саме, що закон може бути невизначеним і, в такому разі, судді мають дискреційні повноваження створити новий закон” (Redondo, Bulygin’s Analytical Legal Positivism, 376).

⁵² Евгений Булыгин, “Что такое правовой позитивизм?” в *Избранные работы по теории и философии права* (Санкт-Петербург: АЛЕФ-Пресс, 2016), 38–39.

- визнання слабкої інтерпретації тези про соціальні джерела права і особливої нормативності концептуального аналізу;
- забезпечення концептуальної реконструкції як прояву аналітичного методу через уточнення концепту й наступного правильного виконання побудови більш точного та плідного концепту;
- створення та застосування методології обґрунтування судових рішень у ситуації прогалин у системі правових норм.

Головний же сенс методологічного правового позитивізму полягає в забезпеченні всією сукупністю його принципів (тез) ціннісно-нейтрального дослідження права як прагнення до ідеалу вільної від цінностей науки.⁵³

Полеміка з Кельзеном: чиста теорія права і проблема валідності⁵⁴

Безумовно, ключовою фігурою у становленні філософсько-правового світогляду Булігіна був Ганс Кельзен, про що він зазначав у своїх працях.⁵⁵ Водночас слід зазначити, що Булігін був не догматичним послідовником видатного австрійсько-американського філософа права, а радше творчим послідовником і доброзичливим критиком.

Якщо говорити про основну мету булігінської критики – це намагання “очистити” чисту теорію права як ціннісно-нейтральну науку від залишків метафізики у самого Кельзена. Булігін визначає основоположні й тому недоторканні тези чистої теорії права і вважає, що всі несумісні з цими тезами положення Кельзена мають бути видалені з чистого вчення про право, щоб це вчення являло собою несуперечливу теорію.

1. *Правовий позитивізм.* Усе право є позитивним правом, тобто воно складається з норм, що створюються і скасовуються через людські дії.
2. *Моральний скептицизм.* Не існує будь-яких “істинних норм.” Норми загалом і моральні норми зокрема не є ані істинними, ані хибними. Немає ніяких нормативних фактів, які б відповідали моральним нормам; отже, в моралі не існує об’єктивного пізнання.
3. *Поділ суцього і належного.* З того, що дещо існує, не виходить, що це дещо повинно бути; і навпаки, з того, що дещо повинно бути, не виходить, що це дещо існує.
4. *Вільна від цінностей наука про право.* Наука про право полягає в опису позитивного права, а не у його оцінці. Оцінка позитивних правопорядків як справедливих або несправедливих є справою політики, а не науки.⁵⁶

⁵³ Детальніше див.: “Redondo, Bulygin’s Analytical Legal Positivism,” 375–384.

⁵⁴ Термін “validity” (нім. Geltung, ісп. validez) може перекладатись українською мовою як “дійсність”, але не в онтологічному, а нормативному сенсі (“визнання правочину недійсним”), або як “чинність” (“визнання закону чинним”). Проте задля уникнення такої неоднозначності іноді використовують кальку з англійської – “валідність”.

⁵⁵ Див. виноски 14 (Євгеній Булігін, “Мое бачення раціональності права,” *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2016): 318). Звісно, сам Булігін визнавав також вплив на його правове мислення Г. Л. А. Гарта та Альфа Росса (й інших мислителів), але аналіз такого впливу виходить за межі цієї статті.

⁵⁶ Евгений Булыгин, “Проблема действительности по Кельзену,” в *‘Нормативные системы’ и другие работы по философии права и логике норм*, К. Э. Альчурон, Е. В. Булыгин, П. Герденфорс,

Слід зазначити, що сам Булігін намагався безперечно дотримуватися цих правил. У полеміці з Кельзеном він відстоював чистоту чистої теорії з ентузіазмом “першохристиянства.”

Цікавою є передусім демонстрація впливу на самого Кельзена філософії Імануїла Канта. У статті “Кант і сучасна філософія права” Булігін, ставлячи за мету дослідити вплив кантівської етики на право, показав, що Кельзен, розробляючи свій проєкт правознавства як науки, спирався на кантівську ідею категорій глузду. Сам Кант не запропонував таких категорій для юридичної науки. З точки зору Кельзена, ними мали б бути категорії: а) “*приписування*,” або “інкримінація” (нім. – *Zurechnung*, англ. – *imputation*, рос. – *вменение*),⁵⁷ що виражає належність, яка розкриває структуру правового мислення за типом: “Якщо є *a* (злочин), то повинно бути *b* (покарання)” і б) “*основна*,” або “*ґрунтова норма*” (*Grundnorm*). За Кельзеном, завдяки цим специфічним для права категоріям глузду, стає можливою юридична наука, яка сама створює предмет свого пізнання.⁵⁸

Але Булігін не наосліп дотримується положень Кельзена, а творчо їх розвиває і навіть критикує. Так, не без впливу Гарта, він стверджує, що поняття “приписування” (або “чисте належне”) більш туманно виражає ті ідеї, які можна ясніше викласти завдяки теорії функцій мови та розвитку деонтичної логіки.⁵⁹ Критиці піддається й поняття основної норми Кельзена. У цьому Булігін дотримується ідеї Альфа Росса, який вважав, що “концепція валідності, чи дійсності як обов’язку дотримуватися норми (об’єктивний зміст в інтерпретації Кельзена), суперечить основним методологічним тезам чистого вчення про право.”⁶⁰

Хоча Булігін вважав, що проєкт Кельзена з доповнення кантівської “Критики чистого розуму” правовими категоріями глузду не був успішним, він визнавав Кельзена представ-

Д. Макінсон; под ред. Е. Н. Лисанюк. (Санкт-Петербург: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2013), 345–346. Див. також: (E. Bulygin, *Das Problem der Geltung bei Kelsen*. In *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20 Jahrhunderts*, hrsg. S. L. Paulson, M. Stolleis, (Tübingen, 2008), 81–82.

⁵⁷ З перекладом німецького терміну *Zurechnung* українською завжди виникають проблеми і, на жаль, немає згоди щодо його тлумачення; пропонуються різні варіанти: “приписування,” “атрибуція,” “привинення,” “ставлення (у вину),” “інкримінація,” “зобов’язання” тощо. Усі ці поняття певною мірою відбивають різні аспекти цього поняття, але не відбивають його сенсу повністю. Прагнучи передати цей сенс, можна навіть навести приклад визначення цього поняття, яке давав Кант у “Метафізиці звичаїв”: “*Zurechnung (imputatio) in moralischer Bedeutung ist das Urtheil, wodurch jemand als Urheber (causa libera) einer Handlung, die alsdann That (factum) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird.*” “*Zurechnung (imputatio)* в моральному значенні – це судження, за яким хтось розглядається як творець/автор (*causa libera*) дії, яка потім називається діянням (*factum*) і підпорядковується законам.” Ураховуючи всі ці міркування, вважаємо, що у філософсько-правовому контексті слід було б застосовувати загальний термін “приписування” (певної суб’єктності носієві відповідної належної поведінки). Проте, враховуючи, що це поняття має вже певне стале значення у правовій науці, то більш нейтральним буде поняття “приписування” – як приписування вини, суб’єктності, обов’язку та ін.

⁵⁸ Євгеній Булігін, “Кант і сучасна філософія права,” *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2014): 305.

⁵⁹ Булігін, “Кант і сучасна філософія права,” 307.

⁶⁰ Там само, 307.

ником аналітичної філософії як концептуального (понятійного) аналізу. Передумови ж цієї аналітичної філософії він вбачав у Канта: “З цього погляду чисте вчення про право є попередником аналітичної філософії права, а сам Кельзен – аналітичним філософом права *avant la lettre*,”⁶¹ зазначаючи при цьому, що “чиста теорія права Кельзена як аналіз понятійної структури правової науки за своїм духом спадкує філософію Канта.”⁶²

Порівняння розуміння валідності у Кельзена та у Булигіна я хочу почати з епізоду, який згадує Хуан Пабло Алонсо:

Щоб зрозуміти важливість роботи Євгенію Булигіна, я вважаю, що достатньо одного анекдоту: 2004 року в Інституті Кельзена у Відні було встановлено, що робота, яку приписують Кельзену, справді належить Кельзену. У цій праці Ганс Кельзен обговорював статтю Євгенію Булигіна, опубліковану німецькою мовою 1965 р. Таким чином було вирішено опублікувати дискусію в одному томі, який містив першу роботу Булигіна, критику Кельзена, відповідь Булигіна та репліку від Вальтера, директора інституту Кельзена. Небагато філософів права, які працювали до ХХІ ст., можуть стверджувати, що сперечалися з Гансом Кельзенем.⁶³

Реконструємо хід дискусії через аналіз праць, зазначених у цьому фрагменті: починаючи з роботи Є. Булигіна “Поняття дієвості” (1965), далі – роботи Кельзена “Валідність та дієвість права” (дата написання невідома), у який висловлюються декілька зауважень щодо позиції молодого на той час дослідника, і насамкінець відповідь самого Булигіна “Зауваження до ‘Валідності та дієвості права’ Кельзена” (2003).⁶⁴

Статтю про дієвість права Булигін починає з аналізу ставлення різних напрямів філософії права до цієї категорії та проблеми загалом зауважуючи, що природно-правова теорія поняттю дієвості приділяє мало уваги, адже головне зусилля вона робить на моральній стороні проблеми чинності права; чиста теорія права розглядає дієвість як умову чиннос-

⁶¹ Булигін, “Кант і сучасна філософія права,” 310.

⁶² Там само, 310.

⁶³ Juan Pablo Alonso, Buenos Aires University, IVR Executive Committee member. Eugenio Bulygin (1931–2021). IVR website and blog. Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie / International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy <https://ivronlineblog.wordpress.com/2021/05/16/eugenio-bulygin-1931-2021/>.

⁶⁴ E. Bulygin, “Der Begriff der Wirksamkeit,” *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 41 (1965): 39–58; H. Kelsen, “Geltung und Wirksamkeit des Rechts,” in *Hans Kelsens stete Aktualität*, Walter R. et al. (hrsg.) (Wien, 2003), 5–21; E. Bulygin, “Bemerkungen zu Kelsen, Geltung und Wirksamkeit des Rechts,” in *Hans Kelsens stete Aktualität*, Walter R. et al. (hrsg.) (Wien, 2003), 23–29. В англomовному варіанті: E. Bulygin, “The concept of Efficacy,” in *E. Bulygin, Essays in Legal Philosophy* (Oxford, 2015), Ch. 1; кельзенівську критику представленої тут точки зору див.: H. Kelsen, “Validity and Efficacy of the Law,” in *E. Bulygin, Essays in Legal Philosophy*, Ch. 2; відповідь Булигіна на статтю Кельзена: E. Bulygin, “Remarks on Kelsen’s ‘Validity and Efficacy of the Law,’” in *Essays in Legal Philosophy*, Ch. 3; у російськомовному варіанті: Е. В. Булыгин, “Понятие действительности,” в *Евгений Викторович Булыгин, Избранные работы по теории и философии права*, 273–293; Г. Кельзен, “Действительность и действительность права,” 294–315; Е. Булыгин, “Замечания к ‘Действительности и действительности права’ Кельзена,” 316–323.

ті (необхідну і достатню), а для реалістичної теорії права дієвість залишається єдиною значущою властивістю правових норм.⁶⁵

Тому надалі Булигін розглядає складнощі, що виникають при підході до дієвості з точки зору Росса, причинами яких є уявлення (якого дотримується також Кельзен), що право складається виключно з норм, адресатами яких є судді. Він розглядає фундаментальну відмінність між дотриманням і застосуванням норм. Останнє розрізнення важливе, якщо застосування визначати як використання норм для обґрунтування судових рішень. Логічне обґрунтування Булигін пропонує відрізнити від психологічної мотивації і розуміє його як логічне відношення між нормами і судовим рішенням. На завершення статті Булигін тауmacher висловлення щодо дієвості й аналізує обґрунтування та застосовність критеріїв дієвості, які він пропонує (“Норма *p* є дієвою” виражає, що *p* застосовується суддями, тобто використовується ними для обґрунтування своїх рішень). Отже, критерієм дієвості норми, за Булигіним, є її юстиціабельність, тобто застосовність судами.

Як відповіді на заперечення Кельзена стосовно деяких положень статті Булигіна між ними відбулася заочна полеміка з таких питань:

1. Адресати правових норм.

Заперечення 1: пункт 12, посилання 11. “Булигін <...> стверджує, що мій погляд, згідно з яким право суцільно складається з норм, адресатами яких є судді, приховує відмінність між дотриманням норм і застосуванням норм.”⁶⁶ Кельзен не погоджується з буквальним тауmacherенням цього положення й уточнює, що в його вченні “норми права спрямовані не лише до суддів, але й до адміністративних органів, а також до всіх суб’єктів права, яких ці норми зобов’язують.” Він також не погоджується, що не розрізняє “додержання” і “застосування” правових норм.⁶⁷

Булигін парирує цей момент тим, що він звертає увагу не на поверховий момент, а вбачає смислову тенденцію у поглядах Кельзена, яку й було перейнято в нього А. Россом, а саме про те, що “адресатами норм є судді.” Це впливає з кельзенівського визначення права, як “примусового порядку людської поведінки.” Оскільки норми права зв’язують певні акти примусу з особливою поведінкою як умовою, то вони переважно звертаються до судів, а у виключних випадках – до адміністративних органів. Причому Булигін підкреслює, що це справедливо до ранньої концепції чистого вчення про право, а у видані 1960 р. Кельзен вже додає дозвільні та уповноважувальні норми.⁶⁸

2. Визначення дієвості як юстиціабельності.

Заперечення 2: пункт 21, виноска 13. Кельзен не погоджується з положенням, що “фактично дієвість правової норми полягає в тому, що вона застосовується судами.”⁶⁹ Проте Булигін скаржиться, що Кельзен його не розуміє, а насправді він, на відміну від Росса,

⁶⁵ Булигін, “Понятие действительности,” 274–275.

⁶⁶ Кельзен, “Действительность и действительность права,” 304.

⁶⁷ Там само.

⁶⁸ Булигін, “Замечания к ‘Действительности и действительности права’ Кельзена,” 317.

⁶⁹ Кельзен, “Действительность и действительность права,” 312.

не вважає, що судження про дієвість норми є передбаченням про майбутнє застосування норми, а застосування норми полягає в тому, що “суди використовують її для обґрунтування своїх рішень.”⁷⁰

3. Логічне виведення з правових норм.

Заперечення 3: пункт 21, виноска 13. Розходження полягає в тому, що Булигін наполягає на логічно необхідному зв'язку між загальними та індивідуальними нормами, а Кельзен заперечує такий зв'язок і стверджує про обов'язковість вольового акту за кожною нормою. Булигін наполягає на такому виведенні і вважає, що за наявності загальної норми не потрібні додаткові накази офіційних осіб кожному, щоб він цю норму виконував.

4. Дієвість як необхідна і достатня умова валідності (чинності).

Заперечення 4: пункти 22 і 23. Кельзен не погоджується з твердженням, що згідно з чистим ученням про право дієвість є не лише необхідною, а й достатньою умовою валідності (чинності) правової норми.⁷¹ За його розумінням, дієвість є достатньою, але не необхідною умовою валідності норми.⁷² Булигін з посиланням на тексти самого Кельзена доводить, що дієвість виступає необхідною умовою валідності норми, тому що дієвість – єдина умова постулювання основної норми. Дієвість розглядається лише умовою дійсності, а не підставою, такою основою за Кельзеном є основна норма. Водночас без дієвості немає й дійсності. Необхідний зв'язок. Дієвість – єдина умова постулювання основної норми. Булигін резюмує свою позицію твердженням, що “дана норма є юстиціабельною, тобто вона має диспозиційну властивість до того, щоб за відповідних умов бути застосованою судами. І саме це – все, що необхідно для встановлення дієвості цієї норми.”⁷³

Підсумовуючи, можна сказати, що в дискусії з Кельзеном Булигін поводить себе як гравець у шахи, який постійно атакує, незалежно від того, фігурами якого кольору він грає. Його атаки показують вразливі місця в концепції опонента, як наявні, так і можливі. Але така критика має конструктивний характер і мотивує на удосконалення концепції.

Проблема валідності правових норм є однією із центральних у концепції методологічного позитивізму Булигіна. Окрім вказаних праць, пряма або непряма полеміка з Кельзеном здійснюється також у таких працях: “Проблема дійсності за Кельзеном” (2008),⁷⁴ “Су-

⁷⁰ Булыгин, “Замечания к ‘Действительности и действственности права’ Кельзена,” 318.

⁷¹ Кельзен, “Действительность и действственность,” 314.

⁷² Там само, 315.

⁷³ Булыгин, “Замечания к ‘Действительности и действственности права’ Кельзена,” 323.

⁷⁴ Евгений Булыгин, “Проблема действительности по Кельзену,” в ‘Нормативные системы’ и другие работы по философии права и логике норм, К. Э. Алчурон, Е. В. Булыгин, П. Герденфорс, Д. Макинсон; под ред. Е. Н. Лисанюк (Санкт-Петербург: Издательство Санкт-Петербургского университета, 2013), 344–57. Див. також: Eugenio Bulygin, *Das Problem der Geltung bei Kelsen. in Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20 Jahrhunderts*, hrsg. S. L. Paulson, M. Stolleis (Tübingen, 2008), 80–95.

дові рішення та правотворчість” (1966),⁷⁵ “Дійсне право і право чинне” (1999),⁷⁶ “Антиномія в чистому вченні про право Кельзена” (1990)⁷⁷ та ін.

Рефлексуєючи щодо поняття валідності (чинності), Булигін звертає увагу на його багатозначність. Відштовхуючись від розрізнення Єжі Врублевським трьох аспектів поняття валідності (чинності) – системної, аксіологічної та фактичної, – Булигін під валідністю у власному сенсі розуміє системну валідність; аксіологічну (нормативну) валідність він вважає доцільним називати зобов’язувальною силою, фактичну дійсність – дієвістю.⁷⁸

Але Булигін не зупиняється на цьому, а додає ще дві класифікації: розрізняючи, з одного боку, описові (системна та фактична) і нормативні (зобов’язувальна сила) поняття юридичної чинності, а з іншого – відносні та абсолютні поняття юридичної чинності (абсолютними є системна та нормативна валідність, тому що вони або є, або відсутні, а відносною є фактична чинність, тому що вона може бути різного ступеня).

Отже, узагальнено класифікація видів, або аспектів, юридичної валідності (чинності) виглядає так:

1. *Системна чинність (чинність як така), або приналежність.* Це описове і водночас абсолютне поняття. У цьому сенсі норма є правовою, якщо вона належить до правової системи. За Булигіним, приналежність норми до правової системи визначається встановленням її компетентним органом (для правового звичаю – його дієвістю).

2. *Нормативна чинність як зобов’язувальна сила, або обов’язковість.* Це нормативне поняття валідності, і воно є абсолютним. У цьому випадку норма є юридичною тоді й тільки тоді, коли її адресати зобов’язані поводитися так, як це передбачено нормою.

3. *Фактична чинність, або дієвість* (в іншій роботі Булигін буде наполягати на розрізненні понять “дія” та “дієвість”). Це описове і відносне поняття (можливий різний ступінь дієвості). У цьому сенсі під юридичною чинністю розуміється відношення між нормою та фактичною поведінкою її адресатів чи суб’єктів норми.

⁷⁵ Евгений Булыгин, “Судебные решения и правотворчество,” в Евгений Викторович Булыгин, *Избранные работы по теории и философии права*, пер. с английского, немецкого, испанского, под науч. ред. М. В. Антонова, Е. Н. Лысанюк, С. И. Максимова (Санкт-Петербург: Алеф-Пресс, 2016), 183–99. Див. також: Eugenio Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, eds. C. Bernal, C. Huerta, T. Mazzarese, J. J. Moreso, P. E. Navarro and S. L. Paulson (Oxford University Press, 2015), 75–87.

⁷⁶ Евгений Булыгин, “Действительное право и право действующее,” в *Избранные работы по теории и философии права*, 209–21. Див. також: Eugenio Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, 284–92.

⁷⁷ Евгений Булыгин, “Антиномия в чистом учении о праве Кельзена,” в *Избранные работы по теории и философии права*, 222–45. Див. також: Eugenio Bulygin, “Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law” *Ratio Juris* 3 (1990): 29–45.

⁷⁸ Евгений Булыгин, “Действительное право и право действующее,” 210. Слід зазначити, що Кельзен також пропонує три поняття валідності – “створення відповідно до вищої норми,” особливе існування норми, зобов’язуюча сила, які не задовольняють Булигіна (Булыгин, “Судебные решения и правотворчество,” 192). При цьому, на відміну від Булигіна, я вважаю, що інтерпретація Кельзенем поняття валідності як особливого існування норми є не помилковим чи надмірним, а дуже важливим для розуміння природи права та його реальності.

Булигін наполягає на тому, що позитивістська юридична теорія не повинна використовувати нормативне поняття валідності.⁷⁹ Нормативна чинність у такому розумінні означає моральне зобов'язання підкорятися праву, а це є відходом від строго позитивістської теорії та вносить суперечність у цілісну систему. Водночас він пропонує юридичне обґрунтування зобов'язувальної сили норм. Це її застосовність. "Норма застосовна, якщо суддя зобов'язаний або правомочний застосувати її до деякого конкретного випадку."⁸⁰ І це також одна з відмінних рис позитивістської концепції Булигіна.

Виходячи з цього аналізу, можна висувати, що Булигін стоїть на позиції юридичного розуміння валідності, роблячи акцент на системній валідності, критерієм якої він вважав належне встановлення норми. Водночас він допускає визнання дієвості як умову чинності, хоча й вважає ці поняття відносно автономними. Він відкидає можливість застосування нормативного аспекту валідності як зобов'язувальної сили через віднесення її до морального обов'язку. Проте в подальшому обговоренні різних понять валідності Роберт Алексі, як представник непозитивізму, зробить акцент на етичному понятті валідності, яке полягає у "правильності (коректності) його змісту," для демонстрації морального виправдання.⁸¹

Позиція Булигіна – це позиція послідовного юридичного позитивізму, для якого системна валідність є центральним поняттям. Він підкреслює, що в теорії Кельзена це поняття покладено в основу поняття правової системи, яка визначається як сукупність усіх норм, що є чинними згідно з основною нормою. Аналогічну роль поняття системної чинності відіграє в теорії Гарта, за якою правова система – це сукупність усіх правил, що є чинними згідно з правилом визнання.⁸²

Полеміка з Алексі: природа права і судова правотворчість

Уперше я ознайомився з неповторною атмосферою творчих дискусій, характерних для Всесвітніх конгресів Міжнародної асоціації філософії права та соціальної філософії (IVR), у серпні 2003 р. у шведському місті Лунд. Там я побачив "у справі" двох найактивніших на той час учасників цих дискусій: Євгенія Булигіна (Університет Буенос-Айреса, Аргентина, президента IVR) і Роберта Алексі (професора Університету Кіля, Німеччина, президента німецької секції IVR, одного з пленарних лекторів на цьому конгресі).⁸³ Майже кожен пленарну лекцію ці майстри дискусій супроводжували гострими питаннями та глибокими коментарями. На той момент вони вже кілька років вели між собою полеміку щодо

⁷⁹ Див. E. Bulygin, "An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law," in Bulygin, E. *Essays in Legal Philosophy*, eds. C. Bernal, C. Huerta, T. Mazzaresse, J. J. Moreso, P. E. Navarro and S. L. Paulson (Oxford University Press, 2015), 250–1.

⁸⁰ Булигін, "Проблема чинности у Кельзена," с. 352.

⁸¹ Robert Alexy, "The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism," trans. B. Litschewski Paulson and S. L. Paulson (Oxford: Oxford University Press, 2010): 87.

⁸² Булигін, "Действительное право и право действующее," 213

⁸³ Див: Роберт Алексі, "Природа философии права," пер. с английского и комментарий С. И. Максимова. *Проблеми філософії права* II (2004): 29–37.

природи права, представляючи відповідно позиції правового позитивізму та непозитивізму (або широкої концепції природного права).⁸⁴

У поле моєї уваги потрапив уже третій раунд цієї полеміки з проблем природи права, який відбувся на міжнародній конференції “Нейтральність і теорія права” в іспанському місті Жирона 2010 р. У цій дискусії проявляються особливості підходів непозитивізму Р. Алексі та позитивізму Є. Булигіна щодо методології ухвалення суддівських рішень у ситуації правової невизначеності. Переклад цієї дискусії було опубліковано в часописі “Проблеми філософії права.”⁸⁵ У ході цієї полеміки Булигін, розрізняючи позиції спостерігача й учасника, стверджував, що учасниками “правової гри” є ті, хто зацікавлений не просто в описі права, але у вирішенні правових проблем, – наприклад, судді, адвокати чи приватні особи. Якщо позиція спостерігача ґрунтується на описі права, то позиція учасника пов’язана із застосуванням права для вирішення практичних проблем. У цьому сенсі судді є найважливішими дійовими особами. Але в діяльності судді потрібно розділяти два різні етапи. Вирішуючи правову проблему, суддя, в першу чергу, повинен зайняти позицію спостерігача для визначення того, що наказує чинне право. Тут є тільки дві можливості: або існуючі правові норми передбачають однозначне і ясне рішення у справі, або – ні. У першому випадку суддя зобов’язаний застосувати буквально витлумачену норму. У цій ситуації прийнятною для судді буде лише точка зору спостерігача.

Натомість може статися так, що чинне право не містить однозначного рішення правової проблеми, тобто її рішення є невизначеним. Такий стан справ може виникати з різних причин. По-перше, до них належать певні логічні недоліки правової системи, такі як нормативні прогалини (коли право не містить рішення для розглянутого випадку) або нормативні суперечності (коли є кілька несумісних рішень). По-друге, до них можна віднести так звані випадки півтіні, або прогалини визнання. У всіх цих обставинах суддя повинен визначити, яке рішення підлягає застосуванню. Це означає, що в разі нормативної прогалини він повинен “створити” нову норму, в разі суперечності – (повністю або частково) “скасу-

⁸⁴ Перший раунд їх дискусії відбувся у 90-х роках XX століття і був опублікований у німецьких виданнях: E. Bulygin, “Alexy und das Richtigkeitsargument,” in Aarnio A. et. al. (eds) *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit, Festschrift fur Werner Krawietz zum 60 Geburtstag* (Berlin: Duncker und Humblot, 1993); R. Alexy, “Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments,” Gazon Valdes E. et. al. (eds) *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift fur Carlos E. Alchourron and Eugenio Bulygin* (Berlin: Duncker und Humblot, 1997).

Другий раунд їх полеміки був опублікований вже англійською мовою в журналі *Ratio Juris* (Eugenio Bulygin, “Alexy’s Thesis of Necessary Connection between Law and Morality” *Ratio Juris* 13, (2000): 133–137; Robert Alexy, “On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique,” *Ratio Juris* 13 (2000): 138–147). Спів між ними стосувався захисту тези про необхідний зв’язок між правом і мораллю, що обов’язково висуває претензію на правильність або справедливості (Алексі) та заперечення такого зв’язку (Булигін).

⁸⁵ Євгеній Булигін, “Алексі между позитивизмом и непозитивизмом,” пер. с англ. С. И. Максимова *Проблеми філософії права т. VIII–IX* (2012); Роберт Алексі, “Между позитивизмом и непозитивизмом? Третий ответ Евгению Булигину,” пер. с англ. С. И. Максимова *Проблеми філософії права т. VIII–IX* (2012). Див. також: Сергій Максимов, *Філософія права: сучасні інтерпретації*, 379–411.

вати” принаймні одну з тих, що суперечать одна одній, а в разі півтіні – змінити зміст відповідних виразів. У всіх цих обставинах суддя змінює чинне право.

Однак можлива ситуація, за якої закон містить однозначне рішення справи, але суддя розглядає останнє як вкрай несправедливе або тому, що законодавець не взяв до уваги будь-яку значущу якість (аксіологічна прогалина), або з огляду на те, що суддя не схвалює використовувані законодавцем ціннісні критерії. У подібних випадках можлива відмова судді від застосування чинної норми і звернення до іншої (зрештою, створеної ним самим), яка не належала до чинної правової системи на момент прийняття цього рішення.

Це означає, що судді беруть участь – навіть якщо це відбувається лише у виняткових випадках – у створенні права. Такий суддівський розсуд у жодному разі не означає довільності. Суддя застосовує свої власні ціннісні критерії для створення, зміни або скасування правових норм. При цьому Булигін підкреслює, що всі ці проблеми є типовими для застосування, а не для ідентифікації права. Це означає, що коли суддя не застосовує чинну норму з огляду на те, що, на його думку, її використання призведе до великої несправедливості, а замість цього застосовує іншу норму, створену в результаті ним самим, це не можна охарактеризувати як модифікацію поняття права. У таких випадках змінюються норми або правила правової системи, а не поняття права.⁸⁶

Р. Алексі, на протигу Булигіну, вважає такий опис недостатнім. Передусім він звертає увагу на вимогу правильності, яку з необхідністю висуває суддя. Далі, з його точки зору, ця вимога відноситься не тільки до позитивного права, але й до справедливості, тобто до моралі. Аргумент Булигіна може бути інтерпретований як твердження, згідно з яким уникнення “крайньої несправедливості” є лише особистою, або суб’єктивною, справою судді, а не чимось об’єктивно необхідним завдяки вимозі права на правильність. Р. Алексі зазначає, що позитивіст може погодитися з тим, що вимога права на правильність містить у собі вимогу моральної правильності, проте заперечуватиме твердження про необхідний зв’язок між юридичною чинністю, або юридичною правильністю, і мораллю.

Р. Алексі наполягає на необхідному характері зв’язку між юридичною правильністю і мораллю. Коли позитивне право допускає дві різні інтерпретації – справедливу і несправедливу, – вимога права на правильність вимагає інтерпретації справедливої. Щодо цього питання позитивісти і непозитивісти не мають значних розбіжностей, які починаються там, де потрібна відповідь на питання, що відбувається, коли обрано несправедливу інтерпретацію. Згідно з позитивізмом таке рішення є юридично бездоганим рішенням з моральними дефектами. Згідно ж із неопозитивізмом таке рішення є дефектним не лише з моральної, а й з юридичної точки зору. Воно є юридично дефектним не лише через те, що претензія на моральну правильність порушується в разі винесення морально дефектного судового рішення, а й так само через те, що правова вимога правильності також порушується. Це призводить до необхідності ціннісного, або ідеального, зв’язку між правом і мораллю. При цьому вимога правильності має на увазі, що право необхідно містить у собі

⁸⁶ Булигін, “Алекси между позитивизмом и непозитивизмом,” 36–43.

як ідеальний, так і реальний, або владний (офіційний), вимір. Ці дефекти у будь-якому вимірі є правовими дефектами, однак можуть бути адекватно зрозумілі лише за допомогою непозитивістського поняття права. Цей теоретичний аспект проблеми доповнюється практичним аспектом. Якби дефектність була лише моральною, то було б важко пояснити, чому суд вищої інстанції повинен мати повноваження скасовувати несправедливе рішення суду нижчої інстанції у випадках, коли справедливе рішення так само сумісне з позитивним правом, як і рішення несправедливе.⁸⁷

Отже, якщо Булігін описує прийняття юридичних рішень у важких випадках як правотворчий акт, який перетворює моральні міркування судді на право, то Алексі наполягає не на випадковому і суб'єктивному, а на необхідному й об'єктивному характері зв'язку між юридичною і моральною правильністю. В ході полеміки відбувався перехід від проблем праворозуміння до проблем застосування права завдяки використанню таких методологічно важливих концептів, як позиція спостерігача й учасника, диференціація видів прогалин у праві, вимога правильності права, крайня несправедливість, моральна та юридична дефектність суддівських рішень.

Гуманістичний позитивізм

Вище вже зверталась увага на те, що оцінка позитивізму Булігіна як варіант ексклюзивного ("жорсткого") позитивізму не відповідає дійсності, оскільки він стоїть поза цим розрізненням.⁸⁸ З одного боку, Булігін допускає моральну критику права, але не приймає позицію інклюзивного (м'якого) позитивізму за його відданість практичному розуму, з чим він не може погодитись, тому що є прибічником теоретичного розуму і вільної від цінностей науки, до того ж його досвід боротьби з диктатурою мотивує його любов до "строного права." Але, з іншого боку, неприйняття Булігіним етатистської позиції, до якої тяжіє ексклюзивний позитивізм (у версії Раза), утримує його від самоідентифікації з жорстким позитивізмом. Ці моменти, а також заперечення приписування позитивізму (в розумінні Булігіна) обов'язковості виконання встановлених державою правових норм, відкривають можливість додати до характеристики його філософсько-правової позиції (аналітичний методологічний позитивізм) ще й таку ознаку, як гуманістичний.

У своїй вихідній позиції Булігін у дусі класичного лібералізму спирається на образ людини як вільної, автономної та незалежної від держави істоти (особистості), якій право (у формі законів і справедливих судових рішень) потрібне саме для захисту від свавілля держави. Саме з цієї позиції він допускає конфлікт між правом і мораллю, зазначаючи, що коли людина вважає, що її моральним обов'язком є знехтувати своїми правовими зобов'язаннями, то вона й має вчиняти відповідно. Отже, правовий позитивізм Булігіна не заперечує значущості морального, а лише виносить його "за дужки" права як системи норм.

Практичним виявом гуманістичної позиції Булігіна можна вважати його пропозицію виходу з "трагічної ситуації," тобто ситуації, коли судді (або іншому суб'єктові) треба

⁸⁷ Алексі, *Между позитивизмом и непозитивизмом*, 51–9.

⁸⁸ Див. цю статтю, с. 156, пос. 47.

ухвалювати рішення в ситуації аксіологічної прогалини – коли рішення, що приписується законом, здається йому не лише поганим, а й порочним. Це ситуація, коли у судді є юридичне зобов'язання застосувати правову норму і моральний обов'язок її не застосовувати: щоб суддя не робив, він порушує одну з норм.⁸⁹

Булігін не погоджується з представниками юснатуралізму (Г. Радбрух, Р. Алексі), коли вони відмовляються називати “правом” украй несправедливий правовий припис.⁹⁰ Для ілюстрації своєї позиції він наводить приклад, коли офіцер наказує солдатам катувати арештованого для отримання важливої інформації про ворога і розглядає три можливі реакції на такий наказ:

Солдат, що поділяє позицію ідеологічного позитивізму Бергбома, вважатиме такий наказ чинним (валідним).

Солдат, що є правовим позитивістом у душі Булігіна, міркуватиме так: “Наказ офіцера є юридично чинним (валідним), проте морально неприйнятним. Оскільки відсутній моральний обов'язок підкорятися правовим нормам, я не збираюся виконувати цей наказ за моральними підставами, навіть якщо я ризикую бути покараним за непокору.”⁹¹

Солдат – прибічник Радбруха, чия формулу він вивчив напам'ять, міркуватиме так: “Наказ офіцера є морально порочним, тому він не є частиною права. Цій наказ не правовий, і тому я нехтую ним.”⁹²

Булігін вважає, що позиція позитивіста у цій ситуації з моральної точки зору має більше переваг, ніж позиція прихильника природного права, для якого такий наказ просто не буде законом. Точка зору Булігіна щодо цього питання є доволі спірною, особливо якщо порівняти суб'єктивний, а також випадковий характер рішення солдата не виконувати морально нетерпимий наказ (а стосовно судді – не застосовувати морально неприйнятний закон з моральних підстав) із об'єктивним та необхідним рішенням при визнанні такого наказу (закону) украй несправедливим, а тому – неправовим через відсутність у нього моральної чинності. Проте апеляція до моральних підстав при ухваленні рішень вказує на те, що образ людини, на який спирається позитивізм Булігіна, не є образом бездумного механічного виконавця будь-яких наказів.

Така позиція зумовлює також його авторський підхід до обґрунтування прав людини. Булігін вважає моральний скептицизм, який заперечує універсальну та справедливую систему норм, необхідною ознакою правового позитивізму. Для нього все право є правом позитивним (тобто створеним людьми), а тому ніякого природного права чи ідеальної моралі не існує (онтологічний скептицизм), або вона недоступна людському розуму (гносеологічний скептицизм). Із заперечення абсолютних, об'єктивно значущих моральних норм Булігін виводить неможливість “абсолютних моральних прав людини.” Проте, запе-

⁸⁹ Див.: Евгений Булыгин, “Основана ли философия права (ее часть) на ошибке,” в *Избранные работы по теории и философии права*, 53.

⁹⁰ Там само.

⁹¹ Там само.

⁹² Там само.

речуючи їх абсолютність, він не заперечує значущості моральних прав як певних вимог чи закликів до “позитивного правопорядку, які ставляться з точки зору (позитивної) моралі.”⁹³ Отже, вони визнаються та обґрунтовуються в межах кожної конкретної культури і під впливом притаманної їй конкретної моралі. За Булигіним, “моральні права людини не є даностями, а лише претензіями та вимогами. Уперше права людини стають досяжними лише шляхом їх позитивації через законотворчість (включаючи прийняття конституції) або через міжнародне право. Тільки після такої позитивації мова може йти про правові, а не суто моральні права людини.”⁹⁴ Водночас саме відсутність попередньої захищеності прав людини природним правом та абсолютною мораллю вимагає, на думку науковця, політичного визнання, “що такі права насправді є крихкими й тому являють собою таке досягнення людства, яке слід оберігати.”⁹⁵ В останньому положенні лунає заклик берегти права людини як надбання тонкого шару людської культури і вразливу умову гідного людського існування, подібно до того як екологи закликають берегти природу як умову людського життя загалом.

Висновки

Євгеній Вікторович Булигін – людина складної долі, але водночас із сильною волею та щирим серцем. Із дитинства він був занурений в інтелектуальну атмосферу та виробив здатність постійно працювати над собою. Він увібрав у себе багато шарів людської культури відповідно до мов, якими він володів. Важко переоцінити його роль у розвитку філософії права в латинському світі (але й решта світу не залишилася без впливу його ідей та його особистої чарівності, включаючи й Україну), у створенні національної асоціації IVR, у діяльності якої він брав безпосередню участь і опікував її перші кроки.

Є. Булигін був відданий такому обраному ще в молоді роки напрямку розуміння права, як юридичний позитивізм, але не в його етатистському, а методологічному варіанті, застосовуючи метод концептуального аналізу, притаманний аналітичній філософії, до правової сфери. Він послідовно дотримувався позитивістського ідеалу вільної від цінностей науки і прагнення спиратися в обґрунтуванні головних завдань цього напрямку на методологію науки і мови. Поряд зі своїм другом і постійним співавтором Карлосом Алчуроном Булигін зробив прорив у застосуванні апарату сучасної формальної логіки до аналізу нормативних систем і правової сфери загалом.

Його методологічний аналітичний позитивізм виражався у трьох фундаментальних тезах: тезі відокремлення (права від моралі), тезі соціальних джерел права (як результату людської діяльності) і тезі невизначеності права, або дозволу суддівської дискреції, в разі неповноти права. Він заперечував моральний обов’язок підкорятися правовим нормам, а правову нормативність вбачав у застосуванні суддями правових норм.

⁹³ Євгеній Булигін, “До проблеми обґрунтування прав людини,” *Проблеми філософії права* т. IV–V (2008): 152.

⁹⁴ Там само.

⁹⁵ Там само.

Одним із найважливіших внесків Булігіна в теорію і філософію права був розвиток теорії валідності, або чинності, права. Він розрізняв системну валідність, або валідність як приналежність, нормативну валідність і фактичну валідність. У дусі юридичного позитивізму він вважав за власний прояв валідності її системну форму, головним виявом якої, на його думку, є належне встановлення норм правомочними органами. Юридичну силу, або обов'язковість виконання, норм він виокремлював від поняття юридичної валідності, заперечуючи моральну обов'язковість покори правовим нормам. Під фактичною валідністю він розумів дієвість правових норм.

Однією із характерних рис творчості Булігіна слід вважати його націленість на дискусію: він неодноразово захищав свої позиції в полеміці з такими видатними філософами права, як Ганс Кельзен (проблема валідності), Ота Вайнбергер (онтологія норм), Роберт Алексі (природа права та визнання судової правотворчості), а також Джозеф Раз (суть правового позитивізму) і Сьюзан Хаак (щодо можливостей логіки в праві).

Розгляд Булігінім права як нормативної системи значною мірою розширив горизонти його логічного аналізу. Водночас він передбачав врахування активності людини як суб'єкта права, моральна позиція якої має перевагу перед формалізмом норми в контексті суддівської правотворчості, складного екзистенційного вибору й обґрунтування прав людини як унікального досвіду, який слід обов'язково зберігати, завдяки чому гуманістичний вимір права також знаходить свою реалізацію у ключових аспектах правової концепції цього видатного філософа права.

© С. Максимов, 2022

Bibliography

- Alchurron, C. E., Bulygin, E. *Normative Systems*, Wien; New York: Springer, 1971.
- Alchurron, C. E., Bulygin, E. V. "Normative Systems." [In Russian.] *Russian yearbook of legal theory*. (2010, no. 3): 309–480.
- Alexy, R. "Between the Positivism and Non-Positivism? A Third Replay to Eugenio Bulygin." [In Russian.] *Problemy filosofii prava* vol. IV–V, (2012): 51–9.
- Alonso, Juan Pablo. Buenos Aires University, IVR Executive Committee member. "Eugenio Bulygin (1931–2021)." IVR website and blog. Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie / International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy <https://ivronlineblog.wordpress.com/2021/05/16/eugenio-bulygin-1931-2021>.
- Antonov, M. V. and E. N. Lisanyuk. "Normative systems in theory of law and logics of norms." [In Russian.] in 'Normative systems' and outhier works on philosophy of law and logics of norms, E. Bulygin, P. Gardenfors, D. Mafkinson; ed. by E. N. Lisanyuk. (S-Petersburg: S-Petersburg university edition, 2013), 4–43.
- Atienza, Manuel. (2008) "Eugenio Bulygin and the Theory of Legal Argumentation," [In Russian.] *Problemy filosofii prava* IV–V (2008): 245–51.
- Bulygin, Eugenio. "Esta (parta de) de filosofia del Derecho en un error?" *Doxa. Cuadernos de filosofia del derecho* 27, (2004): 15–26.

- Bulygin, E. V. "To the problem of objectivity of law." [In Russian.] *Problemy filosofii prava* vol. III (2005): 7–13.
- Bulygin, E. V. "On the Problem of the Foundation of Human Rights." [In Russian,] *Problemy filosofii prava* vol. IV–V, (2008): 149–52.
- Bulygin, E. V. "Alexy Between the Positivism and Non-Positivism." [in Russian]. *Problemy filosofii prava* vol. IV–V, (2012): 36–43.
- Bulygin, E. "Kant and Contemporary Philosophy of Law." [In Ukrainian.] *Filosofia prava i zagalna teoriia prava* 1–2 (2014): 304–11.
- Bulygin, E. "Legal Norms, Logics and Truth." [In Ukrainian.] *Filosofia prava i zagalna teoriia prava* 1–2 (2015): 298–311.
- Bulygin, E. *Essays in Legal Philosophy*. Eds. C. Bernal, C. Huerta, T. Mazzarese, J. J. Moreso, P. E. Navarro and S. L. Paulson. Oxford University Press, 2015.
- Bulygin, E. "My Vision of the Rationality of Law." [In Ukrainian.] *Filosofia prava i zagalna teoriia prava* 1–2 (2016): 318–23.
- Bulygin, E. V. *The Selected Writings in Theory and Philosophy of Law*. [In Russian.] St-Petersburg, 2016.
- Guastini, R. Aspetti notevoli di Normative Systems. *Analisi e Diritto*. (1997): 69–77.
- Maksimov, S. I. "The Jubilee of Eugenio Bulygin (80 years)" [In Russian,] *Problemy filosofii prava* VIII–IX (2012): 440–3
- Maksymov, Sergiy. "Eugenio Bulygin: the concept of law as a normative system." [In Ukrainian.] *Filosofia prava i zagalna teoriia prava* 1–2 (2016): 310–17.
- Maksymov, S. Law as a Normative System: Humanistic Positivism of Eugenio Bulygin. *Yearbook of Ukrainian law: Coll. of scientific papers / responsible for the issue O. V. Petryshin*. n.11 (Kharkiv: Pravo, 2019,): 71–80.
- Maksymov, Sergiy. "Eugenyi Victorovych Bulygin" [in Ukrainian.] In *Great Ukrainian Legal Encyclopedia*, vol. 2: *Philosophy of Law*, editors: S. I. Maksymov (chairman) and others, 81–86. (Kharkiv: Pravo, 2017).
- Moreso, J. J. "Eugenio Bulygin (1931-2021): The Wonderful Russian" *Ratio Juris* 34 (3) (2021): 282–85.
- Navarro, Pablo E. "Normative Systems and Legal Positivism. Eugenio Bulygin and the Philosophy of Law." In *Bulygin Eugenio. Essays in Legal Philosophy. Introduction I*. (Oxford University Press, 2015), 1–21.
- 'Normative Systems' and other Writings on the philosophy of law and logics of norms. [In Russian.] C. E. Alchourron, E. Bulygin, P. Gardenfors, D. Makinson; ed. by E. N. Lisanyiuk. Sankt-Petersburg, 2013.
- Redondo, María Cristina. "Bulygin's Analytical Legal Positivism." In *The Cambridge companion to legal positivism*, edited by Torben Spaak, Stockholm University; Patricia Mindus, Uppsala University, 371–93. Cambridge, United Kingdom; New York, NY: Cambridge University Press, 2021.

Сергій Максимов. Методологічний правовий позитивізм Євгенія Булигіна (пам'яті видатної особистості)

Анотація. Стаття, присвячена пам'яті Євгенія Булигіна (1931–2021) – харків'янина за народженням та видатного аргентинського філософа права, заслуженого професора Університету Буенос-Айреса, президента Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії

(1999–2003), одного з найвпливовіших представників сучасного правового позитивізму. На основі автобіографічних штрихів, спогадів друзів і особистого досвіду спілкування автора з цією видатною особистістю описуються основні етапи життя і творчості Є. Булигіна: харківський, австрійський, аргентинський, космополітичний. Позитивно оцінюється вплив його академічних праць і особистості на розвиток сучасної філософії та теорії права в Україні.

Значна увага у статті приділяється аналізу філософсько-правового світогляду Є. Булигіна, який він однозначно ідентифікує як правовий позитивізм, але при поглибленому аналізі його розуміння права доповнюється відмінними ознаками й може бути визначений як аналітичний, методологічний та гуманістичний правовий позитивізм. Розкриваються головні методологічні положення теорії права Є. Булигіна, включаючи концепції нормативності, валідності, подолання юридичних прогалин тощо. Демонструється його полемічний дар на прикладі дискусій з Гансом Кельзенем і Робертом Алексі.

Ключові слова: Євгеній Булигін; нормативні системи; деонтична логіка; право; правовий позитивізм; право і мораль; аналітична філософія права; методологічний позитивізм; гуманістичний позитивізм.

Sergiy Maksymov. Eugenio Bulygin's Methodological Legal Positivism (In Memory of an Outstanding Personality)

Abstract. This article is dedicated to the memory of Eugenio Bulygin (1931–2021) – a native of Kharkiv and an eminent Argentine legal philosopher, honorary professor at the University of Buenos Aires, president of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (1999–2003), and one of the most influential representatives of contemporary legal positivism. Drawing on autobiographical details, memories of friends, and the author's personal interactions with this remarkable figure, the article outlines the key stages of Eugenio Bulygin's life and work: his Kharkiv, Austrian, Argentine, and cosmopolitan periods. The profound impact of his academic contributions and personality on the development of contemporary philosophy and legal theory in Ukraine is positively evaluated.

Special attention is devoted to analyzing Eugenio Bulygin's legal-philosophical worldview, which he unequivocally identifies as legal positivism. However, upon deeper analysis, his understanding of law incorporates distinctive features and can be defined as analytical, methodological, and humanistic legal positivism. The article elucidates the core methodological tenets of Bulygin's legal theory, including his concepts of normativity, validity, and addressing legal gaps, among others. His talent for polemics is demonstrated through examples of his debates with Hans Kelsen and Robert Alexy.

Keywords: Eugenio Bulygin; normative systems; logic in law; law; legal positivism; law and morality; analytical philosophy of law; methodological positivism; humanistic positivism.

Одержано / Received 15.12.2022

ДВА ДВОВИМІРНІ ТЕМПЕРАМЕНТИ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ ТА ПИТАННЯ КОМОДИФІКАЦІЇ**

Існують щонайменше дві культури правового знання, кожна з яких у певний спосіб претендує на авторитетне тлумачення того, що є право. Кожна із цих культур у своєму внутрішньому устрої містить своєрідну пару протилежностей. Одну з них, імовірно, можна ототожнити з континентально-європейською традицією, тоді як інша, безсумнівно, репрезентує правову культуру Сполучених Штатів Америки. В обох випадках *юридична наука* (legal scholarship)¹ постає у двох формах, що за своєю сутністю є взаємонесумісними. Втім, попри цю несумісність, їхнє співіснування є цілком можливим.

У подальшому викладі я маю на меті окреслити обидві зазначені культури, а також проаналізувати, як на них впливає процес комодифікації² *юридичної науки* (legal scholarship).

Під терміном комодифікація, вжитим у цьому контексті, слід розуміти той факт, що вартість юридичної експертизи або здатності її продукувати визначається, хоча й не виключ-

*Александр Сомек, доктор права, професор філософії права юридичного факультету Віденського університету, Австрія.

Alexander Somek, Dr. Hab., Professor of legal philosophy at the Faculty of Law, University of Vienna, Austria.

e-mail: alexander.somek@univie.ac.at

**Somek A. Two times two temperaments of legal scholarship and the question of commodification. *European Law Open*. Cambridge University Press (2022), 1, 627–634. Переклад з англійської С. Максимова.

¹Для позначення практично орієнтованого правового знання автор застосовує термін legal scholarship. Однак це поняття не має однозначного перекладу українською мовою. Близькими за значенням тут можуть бути терміни “юридична доктрина” або “юридична догматика,” але ці поняття все ж таки мають особливе смислове навантаження в українській правовій системі, а тому їх застосування в перекладі звузило б значення ключового концепту цієї статті. Тому ми в перекладі терміну legal scholarship будемо застосовувати поняття “юридична наука” курсивом і з додаванням у дужках терміну legal scholarship, щоб відрізнити цей емпіричний, або практичний, сенс поняття наука від теоретичного, або більш звичного, сенсу, що відповідає терміну legal science. – Примітка перекладача.

²“Комодифікація” (від англ. commodification) – це філософський та соціокультурний термін, що описує процес перетворення чогось (наприклад, знання, відносин, часу) на товар, тобто на щось, що можна купити, продати або обміняти на ринку. Він ширший і глибший, ніж просто “комерціалізація,” яка є практичною реалізацією та використанням цього перетворення у бізнесі чи продажах. – Примітка перекладача.

но, через механізми ринкового обміну. Якими б не були критерії, за якими ми надаємо значущості правовому пізнанню, воно потенційно може породжувати попит і, відповідно, оцінюватися з огляду на його відповідність певним стандартам якості. У певному сенсі йдеться лише про послідовне проведення логіки основного напрямку економічного аналізу права (law and economics), застосованої не лише до права як сукупності норм, а й до самого правового мислення. Так само, як цінність суб'єктивного права в конкретній ситуації вимірюється на основі фактичної або уявної готовності платити за нього,³ цінність юридичної експертизи підлягає грошовій оцінці. Чому б, – як можна іронічно зауважити, – не вважати найбільш коректним саме той юридичний аналіз, за який клієнти готові заплатити найбільше?

1. Знання як навичка

Перший підхід до правового знання найочевидніше виявляється у способі, яким у контексті американської юридичної освіти студентам прищеплюється не лише роль юриста, а й спосіб юридичного мислення. Курси з юридичних досліджень та письма⁴ навчають студентів створювати різні типи правових текстів, а також застосовувати низку технічних понять: наприклад, поняття “*рішення по суті*” (англ. *holding*) – до конкретних прикладів,⁵ із якими вони ознайомлюються в навчальних матеріалах. Окрім того, що такі заняття дозволяють студентам опанувати базові інтелектуальні інструменти, навчання продовжується у формі численних практичних вправ – від імітованих кримінальних процесів до змодельованих апеляційних слухань. Цю практично орієнтовану підготовку, навіть якщо вона не є формально обов'язковою частиною навчальної програми, часто доповнюють стажуванням і практикою в різних установах, де студенти можуть на власному досвіді ознайомитися з функціонуванням інституцій правової системи.

Безсумнівно, цей спрямований на здобуття навичок підхід до навчання має велику цінність не лише тому, що він ознайомлює студентів із видами професійної діяльності, яка потенційно може забезпечити їм прибуток у майбутньому. Він також неявно транслює певне уявлення про те, в чому, по суті, полягає зміст правознавства як заняття. Хоча з першого погляду може здатися, що “*право як навичка*” є цілком позатеоретичним і позбавленим будь-якої рефлексії чи прагнення до глибокого осмислення, насправді воно мимоволі втілює певне розуміння сутності юридичного знання. Таким чином, цей підхід передбачає певне самосприйняття юридичної науки.

Це самосприйняття, загалом кажучи, ґрунтується на тому, що було б доволі химерно наближатися до опанування та застосування юридичних навичок із наміром розкрити, що таке право насправді, або поставити їх на службу ідеї справедливості. Установлення зв'язку з тим, чим право нібито є насправді, не є метою юридичної підготовки. Метою на-

³ Наприклад, А. М. Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* (Little Brown, 1983).

⁴ Наприклад, В. А. Garner, *Legal Writing in Plain English* (2nd edn, Chicago University Press, 2013).

⁵ Для ознайомлення див., зокрема F Schauer, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning* (Harvard University Press 2009): 54–7.

вчання правовій практиці є те, щоби ті, хто входить у цю професію, опанували її рутинні дії та процедури. Знати, що таке право, означає вміти стати досвідченим і ефективним практикуючим юристом. Як було би дивно запитувати у спортсменів про істинну суть або найвищу цінність їхньої діяльності, – адже для них головне – виграти змагання, – так само недоречно ставити юристам питання про те, чи сприяє їхня робота справедливості.⁶ Це не є метою їхньої діяльності. Знати, що є правом, – означає мати інструмент для досягнення успіху в юридичній практиці. Викладачі в цьому контексті виступають тренерами, студенти – учнями, а займатися правом – це професійний бізнес.

Оскільки завданням правознавців як викладачів є навчити студентів бути успішними у практичній діяльності, ознакою їхнього професійного авторитету стає той факт, що вони самі досягли успіху в юридичній практиці, скажімо, як адвокати в резонансних кримінальних процесах.⁷ У цьому сенсі вони мають втілювати в особистому прикладі і професійному шляху саме той успіх, який обіцяють своїм студентам у майбутньому.

2. Міждисциплінарність

Протиставленим цій концепції юридичного мислення, що глибоко вкорінена не лише в системі юридичної освіти, а й у культурі США загалом, є очікування, поширене серед провідних американських юридичних шкіл, згідно з яким високоякісні наукові дослідження мають бути “міждисциплінарними.”⁸ Водночас варто одразу зауважити, що така “міждисциплінарність” рідко відповідає критеріям поєднання або інтеграції кількох академічних дисциплін.⁹ Насправді вона зазвичай зводиться до застосування перспективи й методологічних підходів іншої суспільної науки до юридичних питань.

Передумовою такої інтелектуальної орієнтації є переконання, що традиційна юридична доктрина (той тип міркувань, який кваліфіковані юристи змушені демонструвати у своїй повсякденній взаємодії із судовою системою) має низьку інтелектуальну вартість і є лише набором риторичних прийомів. Натомість *правова наука* (legal scholarship), що прагне здобути репутацію інтелектуально поважної дисципліни, має відповідати стандартам інших суспільних наук – таких як неокласична або поведінкова економіка, соціальна психологія, емпіричні юридичні дослідження тощо.

Цікаво, що в межах американської системи юридичної освіти ці дві діаметрально протилежні форми правового знання можуть без особливих труднощів співіснувати. Значною мірою це пояснюється тим, що практична, орієнтована на навички парадигма не претендує на інтелектуальну цінність як таку. Вона адресована тим, хто прагне заробляти на життя,

⁶ Див. S. Fish, “Dennis Martinez and the Uses of Theory,” in *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies* (Clarendon Press, 1989), 372–98.

⁷ Наприклад, A. Dershowitz, *Taking the Stand: My Life in the Law* (Broadway Books, 2013).

⁸ Наприклад, D. W. Vick, “Interdisciplinarity and the Discipline of Law,” *Journal of Law and Society* 31 (2004): 163–93. Див. також вже класичну роботу R. A. Posner, “The Death of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987,” *Harvard Law Review* 100 (1987): 761–80.

⁹ Elisabeth Paag звернула мою увагу на те, що дослідження в галузі права та штучного інтелекту ґрунтуються на справжньому взаємопоєднанні дисциплін. Виняток позначено.

працюючи в юридичних фірмах або в судовій сфері. Тим часом реалізація “міждисциплінарних” наукових амбіцій належить до сфери академічного правознавства.

Отже, буде точніше розглядати взаємовідносини між цими підходами не як суперечність, а як певну форму взаємодоповнюваності.

3. Юридична наука

Назва “юридична наука” (legal science) позначає наш континентально-європейський підхід до вивчення права. У німецькомовних юридичних колах до сьогодні вживається термін *Rechtsdogmatik*.¹⁰ Він свідчить про те, що юридичний аналіз не може відбуватися без прийняття певних вихідних припущень. У правовому контексті, точніше кажучи, термін “догма” означає позиції, які довели свою корисність у процесі розв’язання правових проблем. Це свідчить про те, що юридична наука не випадково має історичний характер: вона розвивається з часом і передається від одного покоління до іншого.¹¹

Найважливіше, однак, те, що прихильники юридичної науки (legal science) вважають її належним способом пізнання права. Вони стверджують, що як спосіб тлумачення права вона є внутрішньою, а не зовнішньою до предмета свого дослідження.

Зовнішньою до права, наприклад, є психологічна перспектива, оскільки вона надає дослідникам допоміжні підказки щодо людської поведінки чи сприйняття поведінки. Водночас вона не пояснює значення правових норм – значень, які зрештою бути релевантними для юридичного прийняття правових рішень. Можна зауважити, що нормативний економічний аналіз права (law and economics), який є, можливо, найпоширенішим так званим міждисциплінарним підходом до правового мислення, насправді пропонує принцип, що регулює вибір правил, а саме вимогу максимізації загального добробуту при розподілі прав;¹² однак економічний аналіз права базується на універсальному принципі, який у своїй універсальній формі є зовнішнім по відношенню до права, оскільки його значення лише частково і часто нечітко відображається у правових матеріалах і зазвичай компенсується іншими міркуваннями.¹³ Якщо пізнання права ґрунтувалося б виключно на економічному аналізі права, то аналіз права був би асимільований і, можливо, поглинутий перспективою іншої суспільної науки.

Юридична наука (legal science) у власному сенсі, натомість, прагне реконструювати низку принципів, притаманних самим правовим матеріалам.¹⁴ Ці принципи покликані спрямовувати тлумачення та визначення відповідного змісту застосовних норм. Найрозвиненіші версії юридичної науки торкаються джерел права, способів їхнього залучення

¹⁰ Для подальшого дослідження див. C. Bumke, *Rechtsdogmatik: Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise* (Mohr, 2017).

¹¹ Див. M. Herberger, *Dogmatik: Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz* (Klostermann, 1981).

¹² Див. Polinsky (№ 1).

¹³ Див. R. Dworkin, *A Matter of Principle* (Harvard University Press, 1985), 267–91.

¹⁴ Про один із рідкісних підходів до правової науки, який підтримує цю ідею в англо-американському контексті, див. E. Weinrib, *The Idea of Private Law* (2nd edn, Oxford University Press, 2012).

через юридичне тлумачення та способів систематизації різноманітних норм у єдину систему.

Побудова системної узгодженості є не випадковою суттєвою складовою завдання юридичної науки, адже лише за умови зіставлення значення норм із конкретними видами ситуацій право може виконувати свою обіцянку однакового ставлення до однакових випадків.¹⁵ Юридична наука, таким чином, має виконувати дві основні функції. По-перше, вона повинна розробити словник (“юридичні поняття”), який дозволить пов’язати релевантні фактичні елементи з нормативними стандартами. По-друге, вона повинна з’ясувати суттєві відмінності фактів, які визначають необхідні межі застосування норм.

Юридична наука в цьому розумінні є засобом трансформації значення права у практику. Відданість юридичній науці відображає переконання, що саме цей спосіб пізнання права відповідає природі самого права.¹⁶ Якби право могло говорити, воно би сказало юридичній науці: “Так, я хочу бути пізнаним тобою, адже ти забезпечуєш належне застосування правових норм.” Саме тому наука про право є незамінною для реалізації та підтримання верховенства права. Вона гарантує передбачуваність, загальність і рівність застосування.

Трохи перебільшуючи, можна сказати, що юридична наука полягає в тому, щоб дати праву можливість говорити самим за себе. Оскільки виконання цього завдання вимагає тривалого занурення у правові матеріали та опанування аналітичних і логічних навичок, не випадково в цій традиції авторитет юридичного знання належить не практикам, які щодня вирішують окремі справи, а професорам права. Саме вони, завдяки свободі від нагальних справ щоденної юридичної практики, мають можливість займатися більш ґрунтовними дослідженнями правових оракулів.

4. Послідовництво

Тип науки (scholarship), що сформувався в контексті Європейського Союзу, протягом тривалого часу вирізнявся ставленням шанобливого захоплення до “героїчного” Суду Справедливості (Суду ЄС), який своїми інноваційними рішеннями¹⁷ послідовно просував проєкт європейської інтеграції. Саме це пояснює, чому право Європейського Союзу, принаймні з певної перспективи, оточене харизматичним, підприємницьким ореолом. Новий iPhone, нове судове рішення – обидва захоплюють увагу, кожне по-своєму.

Особливість цього типу наукової діяльності (scholarship) часто маскується тим, що він подається у форматі, знайомому з традиції загального (англосаксонського) права. Увага зосереджується на нещодавно ухвалених рішеннях, які впроваджують нову ідею. Ці справи вивчаються з метою розкриття суті цієї ідеї та пояснення її новизни порівняно з уже наявними прецедентами.

Однак у контексті права ЄС підхід до наукового аналізу відрізняється від типового тлумачення змісту судових прецедентів. У випадку права ЄС судові рішення є своєрідними

¹⁵ Див. А. Somek, *Knowing What the Law Is: Legal Theory in a New Key* (Hart Publishing, 2021), 36–7.

¹⁶ Див. А. Somek, *Wissen des Rechts* (Mohr, 2018).

¹⁷ Див. Р. Pescatore, *The Law of Integration: Emergence of a New Phenomenon in International Relations, Based on the Experience of the European Communities* (Sijthoff, 1974).

юридичними віщуваннями (*Rechtsweistümer*), як сказав би Макс Вебер, адже вони вражають своєю “тезовістю”¹⁸: вони просто проголошують, чим є право Європейського Союзу. Науковці ж беруть на себе завдання раціоналізувати ці, по суті, ірраціональні положення, надаючи їм додаткового сенсу. Цей сенс іноді розгортається у вигляді візій щодо основоположних свобод або окремих галузей права ЄС. Наукова думка таким чином доповнює судові справи ширшими концепціями того, чим начебто є Союз або певна частина його правової системи.

Німецький політолог Мартін Хьопнер¹⁹ слушно зауважив, що ставлення до права, яке проявляється в практиці Суду ЄС і його академічних прибічників, перегукується з позицією, поширеною серед прогресивних міжнародних юристів. Незалежно від того, чи йдеться про повний набір прав людини, чи про його неоліберальну модифікацію (так звані *xenos*-права, як-от права власності інвесторів),²⁰ право розглядається крізь призму моральної ідентифікації з вищою метою, якій воно нібито покликане служити. Право сприймається як панацея від усіх соціальних недуг. Водночас усвідомлюється, що те, яким має бути право, стримується силами минулого. Отже, належний стан права ще не втілений у чинних офіційних джерелах, а залишається прив’язаним до застарілих форм і не здатен самостійно прокласти шлях у новий, кращий світ.²¹

Цей тип *науки* (scholarship) дійсно ґрунтується на варіації міфу про фронтір. Щойно науковці виявляють правову інституцію (особливо суд), яка “розширює межі можливого” і просуває в бажаному напрямку міжнародний проєкт, вони одразу долучаються до цього процесу і сприяють його розвитку.

У сфері міжнародного публічного права така позиція є цілком виправданою, адже науковці дійсно опиняються в позиції тих, хто “пише” міжнародне право не лише як “визнані публіцисти” – допоміжне джерело права, – а й впливаючи на формування *opinio iuris*. У системі, де фундаментальні правові норми ґрунтуються на звичаєвому праві, спокуса (і навіть доречність) взяти на себе роль джерела права для науковця є цілком зрозумілою. Бо хто, як не правознавці, мають формулювати нові правові підходи, які поки що лише нечітко окреслені в існуючих правових режимах?

У будь-якому разі правознавці ототожнюють себе з процесом інновацій і підтримують його. У певному сенсі те, чим вони займаються, нагадує розуміння *юридичної науки* (legal

¹⁸ Див. М. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, ed. J. Winckelmann (5th edn, Mohr & Siebeck, 1976), 446.

¹⁹ Див. М. Höpner, “Von der Lückenfüllung zur Vertragsumdeutung: Ein Vorschlag zur Unterscheidung von Stufen der Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof” (2010) *der moderne staat* 165–85.

²⁰ Див. Q. Slobodian, *Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism* (Harvard University Press, 2018), 140–9, 256, 259, 261.

²¹ Про майбутню спробу реконструкції див. мою статтю “Pragmatism, Innovation, and Prophecy: Conjectures Concerning the Grounds of Belief in an Inventive Court” in T. Capeta, I. Goldner-Lang and T. Perisin (eds), *The Changing European Union: A Critical View of the Role of Law and the Courts* (Hart Publishing, 2022).

scholarship) американськими правовими реалістами й поміркованішими соціологічними теоретиками права, як-от Роско Паундом, як різновиду соціальної інженерії.²² Основна настанова – орієнтація на майбутнє. Кожне нове рішення відкриває можливість виявити принцип, який нібито дрімав у правових матеріалах. Це відповідає тому типу юридичного мислення, який Рональд Дворкін назвав би “прагматичним.”²³ Існуючі правові обмеження мають значення лише тією мірою, якою вони забезпечують передбачуваність. Ця цінність зважується на терезах разом з іншими соціально бажаними цілями. Що частіше соціальні цілі переважають передбачуваність, то легітимнішою стає практика ухвалення непередбачуваних рішень, адже судова практика більше не формує очікування бути прорахованою. А щойно громадськість усвідомить, що не варто надто покладатися на правову визначеність, процес соціальної інженерії може остаточно звільнитися від залишків старих обмежень.

5. Комодифікація

І міждисциплінарна наука (*scholarship*), і віддане слідування певним судовим чи нормативним ідеям нерідко залишаються переважно академічними практиками. Зазвичай такі візійники не знаходять широкого попиту на ринку, а радше зосереджуються в академічному середовищі, зокрема у форматі наукових конференцій. Інакше виглядає ситуація, коли міждисциплінарність виникає у відповідь на те, що певна інша наукова галузь стає релевантною для аналізу права як такого. Беззаперечно, економічний аналіз права (*law and economics*) здійснив значний вплив на різні сфери правозастосування. Водночас дослідження, наближені до філософії, зазвичай не продукують знання, яке було би прямо затребуваним у юридичній практиці. Отже, якщо не враховувати структурний тиск, пов’язаний із потребою фінансування наукових проєктів, можна стверджувати, що міждисциплінарна юриспруденція та інтелектуальне наслідування правових інновацій залишаються відносно незалежними від впливу комодифікації.

Проте юридична наука в цілому не може уникнути впливу процесів комодифікації. Особи, які надають юридичну експертизу, зазвичай прагнуть перетворити цю діяльність на джерело прибутку. Це означає, що надання правової експертизи має відповідати попиту, а сам попит формується відповідно до усталених очікувань щодо форми та змісту юридичної роботи. Зокрема, на базовому рівні шкільні оцінки з права часто слугують індикатором професійної компетентності кандидата.

У разі якщо попит є ключовим чинником, то готовність споживача сплатити за експертизу стає фінальним мірилом її вартості. У такому підході вартість юридичних знань оцінюється не теоретично, а виключно в грошовому еквіваленті. Інакше кажучи, саме гроші становлять остаточний фундамент правової експертизи.

²² Див. R. Pound, “The Theory of Judicial Decision, Part III: A Theory of Judicial Decision for Today” 36 (1923) *Harvard Law Review* 940–59 at 953–4.

²³ Див. R. Dworkin, *Law’s Empire* (Harvard University Press, 1986), 151–76; A. Somek: “The Emancipation of Legal Dissonance” in H. Koch, et al. (eds) *Europe: The New Legal Realism* (DJØF Publishing, 2011), 679–713.

Комодифікація тісно пов'язана з уявленням про юридичну діяльність як про навичку. Згідно з такою логікою “добрим” вважається те, що ефективно працює на практиці, а ефективність породжує попит і, відповідно, фінансову винагороду.

Цей підхід торкається і сфери юридичної науки (legal science). На мою думку, така ситуація спостерігається не повсюдно, але очевидно вона є в тих країнах, де правознавці вважають рівень своєї заробітної плати недостатнім, а традиції академічної досконалості є слабкими. У таких умовах науковці мають потужну мотивацію компенсувати дохід шляхом комодифікації своєї експертизи – через консультації для юридичних фірм або державних установ. Професорський статус тут слугує не лише індикатором наукового авторитету, а й інструментом монетизації експертного впливу. Така експертиза надається не лише в письмовій формі (публікаціях), а і шляхом участі в арбітражах або консультативній діяльності. Результатом подібної економічної структури стає зменшення академічної присутності, недбале ставлення до викладацької роботи і сприйняття наукових дискусій як небажаного альтернативного витратного чинника. Один молодший колега, щойно прийнятий на роботу до нашого факультету, розповів мені, що надіслав чернетку своєї статті колегам, сподіваючись на наукове обговорення. На його подив, не лише семінари не були частиною академічної культури, а й сам запит викликав у колег відверте роздратування: невже він не розумів, що просить їх пожертвувати “оплачуваними годинами” заради неоплачуваної академічної роботи?

Водночас, коли йдеться про експертизу професора права, важливо окреслити одну відмінність від уявлення про адвокатську діяльність як суто технічну навичку. Якщо оцінювати адвокатів виключно за практичними компетенціями, то вчені-юристи, які більше не готують юридичні документи й не виступають у суді, навряд чи здатні надавати більш ефективні послуги, ніж юридичні фірми з командами досвідчених (а часто – надмірно експлуатованих) молодих юристів. За таких умов академічна репутація не створює доданої вартості, а отже, попит на професорську експертизу буде низьким у тих системах, де юриспруденція сприймається винятково як набір прикладних навичок.

6. Збіднення юридичної науки

У культурному контексті, де юридична наука офіційно вважається високошанованою сферою, престиж професора як взірцевого носія юридичних знань стає вагомим чинником, що дозволяє мобілізувати серйозну підтримку правових позицій. У результаті експертиза професорів користується порівняно високим попитом з боку державних установ і корпоративних структур. Судові процеси нерідко супроводжуються поданням документів, що за функціоналом нагадують *amicus curiae*, підготовлених професорами у співпраці з командами наукових асистентів.

У системному контексті правової експертизи попит, що зумовлює її продукування, включає певні очікування щодо належного стилю її подання. Інакше кажучи, надання юридичних знань має відповідати тим стандартам, які встановлюються замовниками. Аналітичні продукти повинні відповідати актуальному рівню розвитку науки. Внаслідок дії

зворотного зв'язку те, що вважається “сучасним станом науки,” дедалі більше закріплюється (легітимізується як релевантне “практиці”) через фінансовий механізм. Професори, яким вдається успішно продавати свої правові аналізи клієнтам, фактично встановлюють нормативний стандарт, якому має відповідати експертиза інших, оскільки саме вони довели на практиці, що “знають, що таке право.” Обсяг замовлень перетворюється на маркер академічного авторитету.

Не випадково саморефлексія щодо вартості юридичної експертизи у грошовому еквіваленті впливає і на її інтелектуальну форму. Для клієнтів найбільш переконливою є та експертиза, що походить із “твердого ядра” дисципліни. Від експерта не очікують інтелектуальної ризикованості чи новаторства – навпаки, це може зашкодити. Нові або несподівані інтерпретації права можуть бути небажаними для клієнта. Саме тому прагматична оцінка експертизи за фінансовими показниками лише посилює існуючі інтелектуальні шаблони і створює численні бар'єри для критичного самопереосмислення. Таким чином лише відтворюється “стандартний” стиль правового аналізу, який усі намагаються наслідувати. Відповідно, робота академічних юристів не є ані більш глибокою, ані більш інтелектуально витонченою, ніж діяльність звичайних практиків. Вона не сприяє розвитку юридичної науки більше, ніж щоденна робота адвокатів. Відсутній будь-який тиск, який би стимулював інтелектуальну амбіцію чи пошук нових підходів.

Ця відсутність необхідності до рефлексії поступово уражає юридичну науку як дисципліну загалом. Вона стає інертною і уникає великих, складних питань. Ба більше, вона стає нудною. Академічні конференції, якщо й проводяться, то здебільшого з нагоди символічних подій, наприклад річниці прийняття конституції або вступу держави до Європейського Союзу.

7. Висновок

Комодифікація, безумовно, є несумісною з етикою юридичної науки. Це пояснюється так. Якщо юридична наука зсуває фокус рефлексії з теорії (“істини”) на практику (“гроші”), вона втрачає те, що мало би гарантувати її цінність, – теоретичне самопереосмислення. Хоча аргументація у сфері експертизи й постає як методологічна форма демонстрації академічної добротної, однак письмова експертиза, яку представляють клієнтам, не є простором для теоретичних суперечок. Такі дискусії були б не лише недоречними – вони б відкрито продемонстрували ту невизначеність, яка закладена в самому знанні про те, чим є право. Тому краще тримати це в тіні й поводитись так, ніби юридичне знання ґрунтується на начебто вічних інтелектуальних канонах. Це хвильовий ефект, який комодифікація справляє на *юридичну науку* (legal scholarship) загалом. За таких умов зацікавлення теорією чи методологією втрачає актуальність.

Утім, парадокс полягає в тому, що з утвердженням такого підходу результат праці правових експертів перестає бути наукою. Натомість він дедалі більше набуває форми застоювання юридичних навичок. А якщо правова експертиза – це просто вміння, тоді виникає цілком логічне запитання: чому професор, який працює в умовах академічної автономії, має бути кращим у цій справі, ніж команда юристів-практиків?

Цікаво, однак, що з появою цієї позиції те, що юридичні експерти виробляють, вже не є наукою. Замість цього воно перетворюється на застосування юридичних навичок. І якщо юридична експертиза – це лише навичка, то можна запитати, чому професор, який працює у високому академічному просторі, повинен бути кращим у здатності займатися правом, ніж команда адвокатів, які співпрацюють.

У європейському контексті ми живемо із цією непослідовністю протягом довгого часу. Так, самопідривний вплив комерціалізації на юридичну науку стає ще більш очевидним, якщо стандарти науковості визначаються тим, що можна продати на ринку.

Клієнти, без сумніву, опиняються у своєрідній дилемі в'язня. Ті, хто має змогу заплатити, мобілізують дорогу юридичну експертизу, сподіваючись отримати козир у суперечці. Проте жодна юридична експертиза, якщо вона виконана добре, не є переконливішою за іншу. У результаті всі опиняються в гіршому становищі, ніж без неї. Кожному було б краще, якби всі погодилися утриматися від залучення професорської експертизи.

Відсутність теоретичного осмислення підводить нас до усвідомлення контингентності стилів і авторитетів. У контексті політичних дебатів стає особливо очевидно: на кожне правове твердження завжди знайдеться експерт, готовий його або підтвердити, або спростувати. Це формує недовіру до цінності правової експертизи, яка, своєю чергою, трансформується в недовіру до судової влади загалом.

Безсумнівно, комерціалізована юридична наука в довгостроковій перспективі має сильну схильність до самозаперечення. Питання лише в тому, якими будуть практичні наслідки цього процесу і скільки часу залишилося до того моменту, коли ми досягнемо межі.

Клієнти, безсумнівно, опиняються в ситуації в'язня. Хто зможе заплатити за це, мобілізує дорогоцінну юридичну експертизу, оскільки вона обіцяє надати перевагу. Проте ніяка юридична експертиза, якщо вона робиться добре, не є більш переконливою, ніж інша. Як наслідок, усім гірше, ніж без неї. Усім було би краще, якби вони співпрацювали й утримувалися від купівлі професорської експертизи.

Відсутність теоретичних рефлексій ставить нас перед обставинами стилів і авторитету. У контексті політичних дебатів для громадськості стає цілком очевидним, що за будь-якою правовою вимогою знайдеться якийсь правовий експерт, який підтримає або спростує її. Це призводить до недовіри до цінності правової експертизи, що також перетікає в недовіру до судів.

Мало сумнівів, що, зважаючи на її загальний ефект, комерціалізована *юридична наука* (legal scholarship) супроводжується сильною схильністю до саморуйнування. Чи станеться це на практиці і який вплив матиме, побачимо в довгостроковій перспективі. Питання в тому, звисно, як довго це триватиме.

© A. Somek, 2022

Подяки. Я хотів би подякувати Елізабет Паар (Elisabeth Paar) за її корисні коментарі до попереднього проекту цієї статті. Поспішаю додати, що вона жодним чином не несе відповідальності за будь-які висловлювання, зроблені в ньому.

Конфлікт інтересів. Автор не має жодних конфліктів інтересів, про які слід було б заявити.

Заява про фінансування. Ця стаття була написана як внесок у проєкт “IMAGINE: Європейські конституційні образи – утопії, ідеології та інше,” який отримав фінансування від Європейської дослідницької ради (ERC) в рамках програми Європейського Союзу з досліджень та інновацій “Горизонт 2020” (грантова угода № 803163).

Bibliography

- Bumke, C. *Rechtsdogmatik: Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise*. Mohr, 2017.
- Dershowitz, A. *Taking the Stand: My Life in the Law*. Broadway Books, 2013.
- Dworkin, R. A. *Matter of Principle*. Harvard University Press, 1985.
- Dworkin, R. *Law's Empire*. Harvard University Press, 1986.
- Fish, S. “Dennis Martinez and the Uses of Theory” in *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Clarendon Press, 1989.
- Garner, B. A. *Legal Writing in Plain English*. 2nd edn, Chicago University Press, 2013.
- Herberger, M. *Dogmatik: Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*. Klostermann, 1981.
- Höpner, M. “Von der Lückenfüllung zur Vertragsumdeutung: Ein Vorschlag zur Unterscheidung von Stufen der Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof” (2010): 165–85.
- Pescatore, P. *The Law of Integration: Emergence of a New Phenomenon in International Relations, Based on the Experience of the European Communities*. Sijthoff, 1974.
- Polinsky, A. M. *An Introduction to Law and Economics*. Little Brown, 1983.
- Posner, R. A. “The Death of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987.” *Harvard Law Review* 100 (1987): 761–80.
- Pound, R. “The Theory of Judicial Decision, Part III: A Theory of Judicial Decision for Today.” *Harvard Law Review* 36 (1923) 940–59 at 953–4.
- Schauer, F. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press, 2009.
- Slobodian, Q. *Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*. Harvard University Press, 2018.
- Somek, A. “The Emancipation of Legal Dissonance” in H Koch, et al. (eds) *Europe: The New Legal Realism*. DJØF Publishing, 2011.
- Somek, A. *Wissen des Rechts*. Mohr, 2018.
- Somek, A. *Knowing What the Law Is: Legal Theory in a New Key*. Hart Publishing, 2021.
- Somek, A. “Pragmatism, Innovation, and Prophecy: Conjectures Concerning the Grounds of Belief in an Inventive Court” In T Capeta, I Goldner-Lang and T Perisin (eds), *The Changing European Union: A Critical View of the Role of Law and the Courts*. Hart Publishing 2022.
- Vick, DW. “Interdisciplinarity and the Discipline of Law” *Journal of Law and Society* 31 (2004): 163–93.
- Weber, M. *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, ed. J Winckelmann. 5th edn, Mohr & Siebeck, 1976.
- Weinrib, E. *The Idea of Private Law*. 2nd edn, Oxford University Press, 2012.

Александр Сомек. Два двовимірні темпераменти юридичної науки та питання комерціалізації

Анотація. Стаття пропонує короткий огляд континентального європейського (зокрема, німецького) та американського підходів до юридичної освіти і юридичної науки (legal scholarship). Потім досліджується, наскільки вчені-юристи, що працюють у цих культурах, є вразливими до спокуси комерціалізації, тобто зацікавлені в консультуванні клієнтів. Автор дійшов висновку, що ці стимули превалюють у країнах, де вчені-юристи вважають свою роботу низькооплачуваною, і там, де наукові традиції є слабкими. У статті досліджується негативний вплив комерціалізації на культуру “юридичної науки” загалом і навіть її робота на шкоду клієнтам.

Ключові слова: США; юридична наука; юридична освіта; комерціалізація.

Alexander Somek. Two Times Two Temperaments of Legal Scholarship and the Question of Commodification

Abstract. The article offers a brief account of the continental European (viz., German) and the US American approach to legal education and scholarship. It then explores in which respect legal academics active in these cultures are vulnerable to the lure of commodification, that is, incentives to produce legal expertise for clients. After concluding that these incentives may well be stronger in countries where legal academics consider themselves badly paid and where scholarly traditions are weak, the article explores how commodification can adversely affect the culture of ‘legal science’ as a whole and even work to the detriment of clients.

Keywords: USA; legal science; legal scholarship; commodification.

Одержано / Received 20.12.22

СПРАВЕДЛИВІСТЬ, СПІЛЬНОТА І СВОБОДА: XXX ВСЕСВІТНІЙ КОНГРЕС ІЗ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА ТА СОЦІАЛЬНОЇ ФІЛОСОФІЇ

Із 3 по 8 липня 2022 р. у Християнському університеті імені Дмитрія Кантемира у Бухаресті відбувся XXX Всесвітній конгрес Міжнародної асоціації філософії права та соціальної філософії¹ на тему “Справедливість, спільнота та свобода” (“Justice, Community and Freedom”).

Відповідно до встановленої практики цей захід мав відбутися у 2021 році, проте через пандемію COVID-19 він був перенесений на рік. Організатори присвятили Конгрес пам’яті Г. В. Ф. Гегеля та Джона Ролза – видатних мислителів, відповідно, XIX та XX століть, які зробили величезний внесок у світову політичну і правову філософію, – відзначивши 200-річчя “Основ філософії права” (“Grundlinien der Philosophie des Rechts,” 1821) Г. В. Ф. Гегеля, 50-річчя “Теорії справедливості” (“Theory of Justice,” 1971) Дж. Ролза і 100-річчя від дня народження славетного автора останньої (1921–2002).

На відкритті Конгресу, 4 липня, його учасників привітали відомий румунський політик Мірча Джоане (Mircea Geoană), президент Сенату Християнського університету імені Дмитрія Кантемира Коріна Думитреску (Corina Dumitrescu) і голова румунської секції IVR Іон Крайован (Ion Craiovan), які торкнулися деяких аспектів головної теми Конгресу та подякували його учасникам за виявлений інтерес до заходу.

Із програмним посланням до учасників звернувся Президент Міжнародної асоціації філософії права та соціальної філософії **Маттіас Мальман** (Matthias Mahlmann) (Університет Цюриха, Швейцарія), який торкнувся головних аспектів теми Конгресу. Зокрема, він підкреслив, що *справедливість* є головним прагненням людей. Вона виявляється в індивідуальних стосунках і водночас є керівним принципом політичного та правового порядку людських спільнот. Справедливість нерозривно пов’язана з рівністю. Остання є основною темою найважливіших і найпослідовніших змагань людської спільноти за політичні права

*Сергій Іванович Максимов, доктор юридичних наук, професор кафедри теорії і філософії права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого.

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

e-mail: s_maximov@ukr.net

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

¹ Англійською: International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, або німецькою: Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR).

і розподіл благ у суспільстві. Цю тему широко обговорюють у сучасних дебатах економісти, які досліджують вплив зростання рівня соціальної нерівності в усьому світі на успішну економіку; міжнародні організації обговорюють важливість рівності для гідного суспільства. Кліматична криза підкреслила актуальність справедливості у стосунках між поколіннями. Проблеми міжнародного справедливого порядку також не вирішено.

Людські спільноти є центральними для реалізації справедливості. Люди є соціальними і, в глибокому сенсі, політичними істотами. Ця асоціація актуальна не лише для приватного життя, а й містить побудову життєздатних політичних спільнот. Люди прагнуть до спілкування з іншими людьми як до необхідної передумови успішного життя. Розбудова громад створює багато проблем. Сьогодні, наприклад, політична інструменталізація політики ідентичності вбиває клини між людьми й іноді підриває мирну співпрацю між групами та державами. Враховуючи безліч проблем, які можна вирішити лише в глобальному масштабі, прикладом яких є зміна клімату чи пандемія COVID-19, питання реалістичної концепції глобальної спільноти є так само актуальним, як і будь-коли.

Іншим прагненням людей і їх суспільств є захист *свободи*. “Чи сумісні прагнення до справедливості та прагнення до спільноти зі збереженням свободи? Чи можна побудувати справедливу громаду, не дзвонячи в посмертний дзвін свободи? Чи обов'язково справедлива спільнота ґрунтується на повазі до людської свободи?”²

Президент IVR також підкреслив, що Конгрес обговорюватиме ці та суміжні теми на пленарних лекціях, спеціальних семінарах і робочих групах. Доповідачі й учасники представлятимуть широке розмаїття правової та соціальної філософії (а також правових і соціальних філософів) у всьому світі. Він запропонував спеціальні тематичні дискусії з питань, що мають сьогодні суттєве значення, зокрема президентську панель “Війна в Україні та філософія права.”

Було також висловлено вдячність учасникам Конгресу за те, що вони змогли прибути в Бухарест, незважаючи на пандемію COVID-19 і міжнародну нестабільність.

Наукову частину Конгресу відкрив професор Чиказького університету (США) **Брайан Лейтер** пленарною лекцією “*Трохи реалізму про політичну і правову філософію*.” Він вирізняв “реалізм” і “моралізм” як дві головні традиції в роздумах про суспільство, політику і право у західній думці. До “реалістів” було віднесено Фукідіда, Н. Макіавеллі, К. Маркса, Ф. Ніцше, З. Фрейда, а також Г. А. Гарта, Г. Маркузе та М. Фуко. До “моралістів” – Платона, Т. Аквінського, І. Канта та Г. В. Ф. Гегеля, а також Дж. Ролза, Ю. Габермаса та Р. Дворкіна.

Доповідач відзначив, що “реалісти” дотримуються таких тез: (1) люди протягом історії та в різних культурах мотивовані насамперед своїми пристрастями й бажаннями (а не “розумом”), багато з яких демонструють такі сильні антисоціальні або ірраціональні тенденції, як жорстокість, самовихваляння, жадібність, самообман, заздрість тощо;

² IVR World Congress “Justice, Community and Freedom.” The 30th Biennial World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy. Dimitrie Cantemir Christian University. Bucharest, Romania, 3–8 July 2022. P. 4.

(2) теорії, що роблять акцент на артикуляції та дискурсивному виправданні моральних зобов'язань та обов'язків людей, слабо впливають на зміни їхньої поведінки; (3) теорії суспільства, політики і права мають намагатися допомогти нам зрозуміти, що насправді відбувається, а не виводити з теоретичних пояснень суспільства і права їх моральну привабливість і виправданість.

Навпаки, моралісти стурбовані дискурсивними теоріями про те, як особи та інституції мають діяти, щоб бути морально виправданими. Часто прихильники моралізаторської традиції лають людей та інституції за їхню погану поведінку, за те, що вони не виконують своїх “справжніх” зобов'язань та обов'язків, “справжніх” вимог справедливості тощо, навіть якщо така лайка не має стосунку до того, що відбувається.

Звісно, моралісти не завжди засуджують нездатність лідерів і громадян відповідати аргументам мораліста щодо того, що є морально правильним та обов'язковим: іноді, як у випадку з Гегелем, вони займаються детальною раціоналізацією існуючого стану речей (або, точніше, інтересів панівного класу в існуючому стані справ). Спостереження Гегеля про те, що філософія – це “сова Мінерви,” яка злітає лише в сутінках, коли ера закінчується, є відповідною метафорою не лише для вражаючої гегелівської раціоналізації пруської держави, а й для конструкцій багатьох філософських моралістів. Такими є теоретична конструкція Дж. Ролза на захист держави загального добробуту в капіталістичних демократіях або юридичний захист Р. Дворкіним ідеї про те, що прогресивний суд Воррена в США в 1960-х рр. насправді лише застосовував закон. У своїй лекції Б. Лейтер відверто виступив на захист реалізму від моралізаторства.³

У той же день із пленарною доповіддю на тему **“Цивілізоване право націй: Монтеск'є про оборонний ліберальний міжнародний порядок”** виступив Пол Каррезе (Paul Carrese), професор Університету штату Аризона (США). Осмислюючи виклики, які постають у сучасному світі через те, що сучасний ліберальний міжнародний порядок не зміг протидіяти втягненню Центральної Європи у варварську війну, розв'язану неліберальною, неоімперською державою, автор закликає звернути увагу на філософські та практичні зусилля з побудови ліберального міжнародного порядку з 1800 р., який можна було б захистити від неліберальних і деспотичних сил. Він підкреслив роль юриста і філософа Ш. Монтеск'є як батька цього цивілізованого права націй і ліберального порядку, який можна обґрунтувати.

Академічна культура в ліберальних конституційних демократіях у минулому столітті стала занадто зосередженою на крайнощах сучасної думки в нашому дискурсі про міжнародні справи війни та миру. До таких домінуючих шкіл він відносить: по-перше, ті, що вкорінені в неомакіавеллістському реалізмі про владу і врахування інтересів; по-друге, вкорінені в кантіанському моральному утопізмі права й моралі, що керують мирним дискурсом дипломатії та комерційних інтересів; по-третє, у конструктивістській школі, яка спирається

³ IVR World Congress “Justice, Community and Freedom.” The 30th IVR World Congress of Social and Legal Philosophy. Bucharest, Romania, 15–22 July 2022. P. 14–15. Повний текст доповіді див.: Brian Leiter. Some Realism about Political and Legal Philosophy. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4137804.

ся на постмодернізм, щоб побачити культурні випадковості й лідерів, що формують боротьбу ідей, щоб скерувати міжнародні відносини за межі влади й матеріальних розрахунків, але також за межі універсального раціоналізму ліберального інституціоналізму. Те, що в епоху після холодної війни в дискурсі про міжнародні відносини домінували ці помилкові, на його думку, сучасні школи, – особливо це стосується Сполучених Штатів, – пояснює те, чому не вдалося зрозуміти і стримати неліберальні режими Росії, Китаю та Ірану. Ліберальний міжнародний порядок і великі держави, які будували й підтримували його з 1800 р., робили це під впливом четвертого філософського підходу, який зараз здебільшого забуто. Він більш складний і збалансований, оскільки пристосований до реалій людської природи й міжнародної політики і приписує реалістичніший баланс між потребами стримуючої сили та ідеалами мирного, правового, комерційного порядку. Вважаючи Ш. Монтеск'є батьком цього складного ліберального права націй, доповідач закликав заново відкрити зусилля цього мислителя, відбиті в “Дусі законів” (1748), щоб запропонувати філософію міжнародного права, яка проголошує принципи права керувати війною, водночас пропагуючи мир і торгівлю – збалансовану філософію, що підтримує умови для обґрунтованого міжнародного політичного порядку на користь особистості та політичної свободи.

Перший робочий день Конгресу завершився лекцією лауреатки премії IVR для молодих учених (IVR Young Scholar Prize) **Куміє Хатторі** (Kumie Hattori), дослідниці Кіотського університету (Японія), на тему *“Обов’язок третьої сторони щодо відправлення правосуддя: боротьба з грубими порушеннями прав людини.”* У своєму виступі вона наочно пояснила відомий поділ обов’язків на “універсальні” та “особисті,” а також показала, що для відправлення правосуддя важливе значення має вміння розрізняти відповідальність, що визначається правовими принципами, і “зацікавленість, або прихильність,” що залежить від мотивації.

Другий день роботи Конгресу, 5 липня, видався дуже насиченим. Його відкрив **Джордж Летсас** (George Letsas), професор Університетського коледжу Лондона (Велика Британія), своєю доповіддю *“На славу судів з прав людини.”* У ній він піддав критиці думку, що юридичний захист прав людини не обов’язково веде до добра і що обґрунтування такого захисту залежить від емпіричних результатів. На його думку, з усіх міфів, які вороги ліберальної демократії прагнуть увічнити, ідея про те, що правовий захист прав людини не обов’язково є гарною річчю, є найбільш згубною та підступною. Ліві регулярно критикують законодавство про права людини за недосягнення якогось ідеального стану соціальної та економічної рівності. Праві, з іншого боку, критикують це законодавство за те, що воно надає суддям занадто багато повноважень у спірних етичних питаннях. Спільним для “лівої” та “правої” критик є припущення, що право прав людини є інструментом для досягнення певного стану речей: певного розподілу благ в одному випадку чи концепції індивідуального процвітання в іншому. Ця інструменталізація призводить до критики права прав людини за такими підставами: “це політика іншими засобами,” “це не працює,” “це недемократично,” “цього недостатньо” або “воно надмірне.”

Проте право прав людини не є інструментом для досягнення певного стану речей. Це набір моральних принципів, спрямованих на легітимізацію використання примусової сили державами. Функція прав людини як правових норм є не периферійною чи факультативною, а складовою їхнього морального характеру. Ця нормативна функція прав людини є центральною частиною верховенства права, а не політичною програмою на кшталт соціалізму чи капіталізму вільного ринку. Невипадково першою мішенню будь-якого популістського чи авторитарного уряду є конституційні суди, які зазвичай дуже добре виконують цю функцію. Інструментальні розрахунки ліворуч і праворуч від політичного спектру прагнуть зробити інституційний захист прав людини умовною справою, виправдання якої залежить від емпіричних результатів. Цим вони підривають цінність верховенства права і слугують живильним середовищем для авторитаризму.

Елізабет Гольцляйтнер (Elisabeth Holzleithner), професорка Віденського університету (Австрія), виступила з доповіддю на тему **“Гендер, право та рівна свобода: амбітна теорія, амбівалентна практика.”**

Сучасна гендерна теорія, на думку доповідачки, є доволі амбітною, тому що містить такий набір ключових концептів: рівна свобода, що дорівнює справедливості; право, що має світський характер; нормативна теорія гендеру; право як інструмент гендерної справедливості та емансипаційне право. Водночас амбітність цієї теорії знаходить своє випробування через амбівалентну практику, якій притаманний певний реалізм, що стосується процесу створення емансипаційного права, а також забезпечення його виконання в сучасному кліматі політичної поляризації. Було також констатовано наявність певного феміністичного правового скептицизму, адже право і правосуддя за традицією нерівно ставляться до маргіналізованих груп, зокрема жінок, а тому Феміді слід скинути пов'язку з очей, щоб побачити несправедливість.

Формування власне емансипаційного права може здійснюватися такими шляхами: а) через законодавство, яке враховує проблеми тих, хто перебуває в маргінальному стані; б) шляхом досягнення справедливості в судах завдяки захисту фундаментальних прав через реалізацію фундаментальної вимоги рівної свободи та скасування дискримінаційних законів і прецедентів; в) через тлумачення права у світлі прав людини з виправленням минулих “помилко” та імплементацією нових розумінь.

Ключовим для такого права є принцип *рівної свободи*, який досягається через вимогливу концепцію *автономії*, тобто ставлення до людей як до рівно вільних. Це передбачає повагу до самостійних рішень, турботу про задоволення індивідуальних потреб і врахування здібностей та їх розвиток (через освіту).

Наступним аспектом емансипаційного права є теорія правової гендерної конституції, згідно з якою *гендер розглядається як правова категорія*. У межах підходу, що орієнтується на вимогу гендерної ідентичності, висувається теза “право конститує стать”: а) реєстрація статі, визначеної при народженні; б) реєстрація зміни статі на основі ідентифікації статі людини (тісний зв'язок права й медицини).

У другій частині лекції зв'язок між *гендером, правом та рівною свободою* проблематизується через певні практичні моменти. Насамперед згадуються Джок'яртські принципи

застосування міжнародно-правових норм про права людини стосовно сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. У них сексуальна орієнтація і гендерна ідентичність визнаються невід'ємними складовими гідності кожної людини і людства, а тому не мають бути основою для дискримінації чи зловживання, а гендерна ідентичність розуміється "як глибоке почуття кожною людиною внутрішнього та індивідуального досвіду статі, який може відповідати чи не відповідати статі, визначеній при народженні, в тому числі в особистому сенсі тіла."⁴

Підсумовуючи амбітну теорію, лекторка дійшла висновку про те, що заперечення рівної свободи ґрунтується на нав'язуванні очікувань і на ієрархії, що вбудовані в категорії (осі влади та панування) шляхом додавання ще одного джерела складності. Реалізація міжсекторальної гендерної автономії за законом є тернистим завданням, воно містить амбівалентну практику і трохи реалізму.

Юридичне визнання самостійності особи, зокрема захист від гендерної дискримінації, від гендерного та сексуального насильства, здійснюється в поточному контексті політичної поляризації між неліберальними та етнонаціоналістичними тенденціями. Прагнення рівної свободи щодо статі проходить між Сциллою зречення і Харибдою інструменталізації. Реалістичний, або матеріальний, фемінізм бачить свої перспективи в реалізації настанов правової діяльності: зосередженні на питаннях розподілу влади, ресурсів, умов автономії (значущий діапазон варіантів, здатність "обирати" між цими варіантами і свобода від маніпуляцій та примусу). Він спирається на "етику відповідальності," а не суворої вірності принципам. Ліберальна демократія зумовлюється тим, що це – сфера експериментів, де зроблені помилки можуть бути виправлені у світлі рівної свободи. Ліберальна демократія є найкращим місцем для цих зусиль.

Жоао Маурісіо Лейтао Адеодато (João Maurício Leitão Adeodato), професор Університету дев'ятого липня у Сан-Паулу (Бразилія), висвітлив тему *"Риторика як філософія."*

У дузі давньогрецького філософа Секста Емпірика, чії праці містили слово "проти" у назві, він формулює три тези: 1) "проти онтологічних філософів," за зведення функції риторики до спокушання словами й перемоги за будь-яку ціну, але риторика виходить далеко за їх межі та містить щире переконання, емпіричну демонстрацію, симуляцію, блеф і всі способи людської мови для побудови й нав'язування домінуючого наративу; 2) "проти аристотелівських риторів," за розуміння риторики як засобу щирого переконання через дискурс, тому що риторика бере на себе також авторитет, спокушання, брехню, загрози заподіяння шкоди та всі шляхи в межах сфери еристики; 3) "проти онтологічних філософів та аристотелівських риторів," за розуміння філософії як пошуку істини і тому відокремлення риторики від неї, але філософія полягає в любові до мудрості, і, якщо відмовитися від концепції істини, риторику цілком можна розглядати як форму філософії.

Для підтвердження своїх трьох тез доповідач пропонує три значення слова "риторика," які можуть сприяти зменшенню непорозумінь. Реалістична риторика належить до того

⁴ The Yogyakarta Principles <https://yogyakartaprinciples.org/introduction/>.

рівня, який онтологічні філософії називають “реальністю,” тобто домінуючих наративів, які люди розповідають собі та іншим людям і в які вони вірять як у “реальні.” Назва від латинського *res* – “річ” – показує онтологічну об’єктивацію мови, так само як “об’єкт” і “факт”. Описуючи цей процес, реалістична риторика має намір бути свого роду філософією і вийти за межі ідеалістичного аристотелівського розуміння риторики як мистецтва переконання. Стратегічна риторика – це дискурси, які прагнуть стати риторикою, версії про середовище, які змагаються за те, щоб вважатися “реальними фактами.” Наприкінці доповідач зазначає, що аналітична риторика – це те, чим займається його дослідницька група: вивчення способів, за допомогою яких домінуючі версії впливають із цих різних стратегій, показаних через статuti, судові рішення, посередництво, контракти.

Завершився день проведенням спеціальної панелі Президента IVR “**Війна в Україні та філософія права.**” Професор **Маттіас Мальман** виступив зі вступною промовою, у якій висловив своє засудження агресії проти України і виразив підтримку народові України в його боротьбі за свободу та незалежність, проти несправедливості, яку несе із собою повномасштабне вторгнення. Він також модерував цю панель, яка викликала великий інтерес учасників Конгресу.

Панельними доповідачами очно та завдяки онлайн-зв’язку стали провідні вчені з Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого (Харків, Україна) Сергій Максимов, Юлія Разметаєва, Наталія Сатохіна, Олена Уварова та Олексій Стовба.

Сергій Максимов у доповіді “Війна в Україні як трагедія XXI століття” наголосив, що враження й емоції, які принесла ця війна, можна виразити трьома концептами, навіть екзистенціалами: *абсурд, трагедія* і *злочин*. Перше враження – абсурдність усього, що відбувається: коли руйнуються усі звичні уявлення та зв’язки подій, сама логіка повсякденності. Реакцією на цей абсурд є сподівання, що він не може тривати довго і має закінчитися найближчим часом.

Трагічні нотки сприйняття того, що відбувається, виникають тоді, коли війна приносить низку незворотних викликів, таких як перші смерті і постійна загроза життю (не лише вашому, а й інших, у тому числі рідних і близьких), руйнування звичних зв’язків і втрата життєвих перспектив. Багато зарубіжних мислителів оцінюють цю війну як жахливу трагедію XXI століття. Варто погодитися з такими оцінками, адже масштабність того, що відбувається, вимагає виходу за межі категорій буденності та теоретичного опису до трансцендентно-естетичного досвіду, який за своєю генезою є естетичною категорією трагедії. Будь-яка війна – це масштабна трагедія, а нинішня – потенційна трагедія для всього світу, яка ставить на межу краху усталений світовий порядок. Трагедія прямо протилежна абсурду. Трагічне цінне в катарсисі та значенні смерті, але в абсурді нічого цього немає і бути не може. У якомусь сенсі легше жити всередині абсурду, тому що не потрібно ставити мету щось змінити (з такої позиції можна скотитися до цинізму). Трагічне – це завжди про незворотність змін, нездатність до гармонії та примирення, це незворотна смерть цінностей. Одне слово, трагічне – це не просто біль, нещастя, горе (тобто катастрофа), а в ньому народжується щось нове. І тут важливо розуміти, які цінності гинуть і які нові народжуються.

Отже, спочатку емоційне переживання сприймає війну і пов'язану з нею загибель людей та знищення матеріальних благ як абсурд, а потім як трагедію, а згодом свідомість, з'єднавши правову та філософську рефлексію, оцінює її в категоріях права: як злочин, за який винний має нести відповідальність. Дійсно, якщо феноменологія миру виражає досвід реалізації прав людини, то феноменологія війни – це певний досвід відсутності прав (або суттєвого їх обмеження), насамперед прав на життя, власність і свободу. Будь-яке порушення прав людини є злочином, але війна в її семантичному вираженні як переживання беззаконня чи неправоти є злочином у своїх атрибутивних проявах.

Юлія Разметаєва звернула увагу на філософсько-правову проблему заперечення реальності суб'єктами права. Вона підкреслила, що відтоді, як ми прокинулися від ракетних обстрілів і бомбардувань, багато хто з нас живе у стані роздвоєння свідомості, одночасно приймаючи й заперечуючи реальність. Але є й інший спосіб проживання в неіснуючій реальності, характерний для багатьох росіян, які заперечують війну, оскільки це не вписується в реальність, у якій вони перебувають чи хотіли б перебувати, або вважають, що у них є обґрунтовані причини для війни, оскільки вони занурені в міфологічний імперський наратив з опорою на радянську спадщину. Є речі, які для нас, українців, здаються очевидними, навіть якщо виглядають суперечливими для інших. Є також речі, які не мають піддаватися сумніву ніким: людські спільні принципи, справедливість, права людини, верховенство права – усе те, що, мабуть, робить нас людьми більше, ніж біологічна схожість. Тепер ми повинні жити у світі, який непоправно змінився. У цьому світі ми переосмислимо як те, що вкладаємо в поняття “право” і “справедливість,” так і те, що ми описуємо термінами “війна” і “мир” (якщо матимемо можливість для такого переосмислення).

Наталія Сатохіна виступила з доповіддю “Феноменологія права і війни: досвід права і досвід безправ'я,” у якій розкрила глибинний зв'язок між спільним світом, миром і правом, з одного боку, і відсутністю спільного світу, війною і безправ'ям, з іншого. Спираючись на ідеї Емануеля Левінаса та Ганни Арендт, доповідачка описала зумовлене спалахом насильства порушення балансу між нормативністю і фактичністю нашого досвіду та наголошала на особливій ролі права в умовах війни: попри поширений стереотип, останнє не “замовкає серед зброї,” а, навпаки, уможливорює протистояння актуальному насильству – протистояння, що надихається перспективою справедливості та миру.

Оленою Уваровою були висвітлені практичні виклики щодо ведення відповідального бізнесу в Україні під час російської збройної агресії, розглянуті перспективи ведення відповідального бізнесу під час повоєнної відбудови, а також окреслені основні шляхи посилення впровадження стандартів бізнесу і прав людини в Україні. Було також підкреслено, що з точки зору масштабності поставлених задач Україна сьогодні стикається з унікальними викликами і може стати прикладом вирішення складного завдання забезпечення відповідальної поведінки бізнесу для інших подібних, на жаль, трагічних історичних періодів.

Олексій Стовба у доповіді “Яке право ‘можливе’ під час війни?” звернув увагу на відмінність права в мирні часи і в часи війни. У мирний час право – тиша. Це мовчазне тло

повсякденного життя, де дати гроші означає отримати товар, купити квиток – дістатися до місця призначення, вийти з дому означає безпечну прогулянку вулицями і парками. У таких випадках за подібною практикою ховається право. Це як повітря чи світло, які існують у просторі без самопрезентації. І подібно до повітря та світла як частини нашого світового права як мовчазного фону нашої повсякденності робить останнє можливим. Образно кажучи, право дає змогу існувати всьому соціальному світу і дає змогу нам бути частиною цього світу. Це “м’яке право,” яке веде нас до істини про наше буття і дає нам можливість бути тими, ким ми є. Навпаки, війна гучна. Тишу, як тканину нашого спільного Буття, виткану правом, розривають обстріли, автоматні черги чи сирени попереджень щодо повітряного нальоту. Якщо в мирний час ми “вдыхаємо” право або “висвітлюємо” своє життя правом “у фоновому режимі,” то під час війни нам “не вистачає ні повітря, ні світла.” Ми намагаємося несамовито “вдихнути подих права” або – під час дискретного “спалаху права” – подивитися, хто ми, де ми є і чи є ще якийсь світ – спільний світ нашого Буття-з-іншими чи горизонт соціальних можливостей вже закритий? Інакше кажучи, у воєнні часи тиша права порушується, і право існує не як мовчазний безперервний фон, а лише як дискретна іскра в темряві війни. Світ закритий війною.

Після доповідей відбулася дискусія, під час якої було прояснено окремі аспекти теми панелі.

Третій день Конгресу, 6 липня, традиційно було присвячено екскурсіям найцікавішими місцями, зокрема такими, як королівський замок *Пелеш* і *Синайський монастир*, середньовічний замок *Бран* і місто *Брашов* (у Карпатах), екскурсія сучасним і старим містом Бухареста.

Четвертий день Конгресу, 7 липня, почався лекцією професора Університету Інчхон Кімхе (Південна Корея) **Хакен Кім** (Hyekyong Kim) на тему *“Парадокс ‘Буття-Там’, або нечувані пісні: від вершини Троянської стіни до площі Кванхвамун у Сеулі.”*

Доповідачка, спираючись на тлумачення міфологічних за своєю суттю текстів “Держави” Платона (книга 1) та “Іліади” Гомера (книга 3), ставить питання про очікування кожного оратора бути почутим і про те, наскільки важливою, щоб бути почутим, є безпосередня присутність. Кефал не був присутній упродовж усього діалогу про справедливість, але він започаткував його і залишив замість себе свого спадкоємця – Полемарха. Навпаки, старійшини, що знаходилися на стіні Трої, не були почуті, коли висловили своє застереження щодо долі Трої. Їхні розмови були “непочутими ніким співами цикад.”

Події “Іліади” Гомера було порівняно з протестами на площі Кванхвамун у Сеулі 2016–2017 рр., що було визнано зразковим громадським рухом. Не тому, що це призвело до імпічменту президента, а тому, що громадяни, які зібралися на міських площах, висловлювали свої думки та історії власним голосом, і головне – самі охоче ставали слухачами одне одного. Але також не можна заперечувати, що в той самий час на тому ж місці були інші групи громадян, які продовжували співати протилежні пісні. Слід визнати, що так звані громадяни-свічки відкривали вуха лише для своїх співгромадян і навпаки. Висновок, який робить авторка, є вельми актуальним: “Якщо ми продовжуємо слухати лише те, що хочемо

почути, якщо ми визнаємо лише тих, кого хочемо визнати, як спільнота може підтримуватися як спільнота в цьому надзвичайно поляризованому суспільстві?”⁵

З темою доповіді “*Деякі уроки структурної расової несправедливості для ідеальної теорії Ролза*” виступив **Генрі Річардсон** (Henry Richardson), професор Джорджтаунського університету (Вашингтон, США).

Предметом його аналізу була теорія Джона Ролза як ідеальна теорія. У своїй критиці цієї теорії Річардсон спирався на позицію сучасного філософа Чарльза Міллза (Charles Mills), який критикував Ролза за те, що він не зміг подолати багатовіковий структурний расизм, поширений західним колоніалізмом. Ця критика спонукала Міллза до повороту до неідеальної теорії. Доповідач підтримував прагнення до неідеальної теорії, він також залишив місце й для ідеальної теорії, але лише як доповнення до неідеальної. Основні мінуси теорії Ролза, на думку доповідача, полягають у такому: по-перше, зосередженість на “базовій структурі суспільства” як головному суб’єкті соціальної справедливості веде до ігнорування інших видів соціальних норм у правовому регулюванні; по-друге, концепція соціальної влади Ролза є надто моралізованою, щоб дозволити йому впоратися з репресивною соціальною владою. Ці недоліки, на думку доповідача, необхідно виправити, а обмеження, які вони спричиняють, мають бути подолані, щоб ідеальне ролзівське суспільство було достатньо стійким до поширення нових форм фанатичного гноблення. Він також виклав низку конструктивних пропозицій, як можна змінити ідеальну теорію Ролза, щоб подолати ці серйозні недоліки.

Також на Конгресі відбулася **презентація Енциклопедії IVR**, яка з 2017 р. існує в електронному вигляді в мережі Інтернет на сайті видавництва “Springer” і видання якої у друкованому вигляді заплановано на 2023 р. Відповідальними редакторами енциклопедії виступають **Мортімер Селлерс** – професор Балтиморського університету (США), президент IVR з 2015 по 2019 р. і **Стефан Кірсте** – професор Зальцбургського університету (Австрія).⁶

Важливою подією Конгресу стало вручення книжкової премії IVR за найкращу публікацію, здійснену в період з 2019 р. по 2022 р., **Роберту Алексі** – професорові Університету Кіля імені Крістіана Альбрехта (Німеччина) – за його книгу “Ідеальний вимір права” (Law’s Ideal Dimension) (2021 р.).⁷ Ця книга являє собою систематизовану збірку його попередніх робіт і відбиває його внесок у три напрями дослідження у сфері філософії права: 1) природа права; 2) проблеми конституційних прав, прав людини та пропорційності; 3) проблема правової аргументації та правового дискурсу. Слід зазначити, що частину робіт видатного філософа права було перекладено й опубліковано в українських наукових журналах, зо-

⁵ IVR World Congress “Justice, Community and Freedom.” The 30th IVR World Congress of Social and Legal Philosophy. Bucharest, Romania, 15–22 July 2022. P. 23.

⁶ Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy. Editors: Mortimer Sellers, Stephan Kirste. (Dordrecht: Springer, 2023) <https://link.springer.com/book/9789400765184>.

⁷ Robert Alexy. Law’s Ideal Dimension (Oxford University Press, 2021), <https://global.oup.com/academic/product/laws-ideal-dimension-9780198796831?cc=at&lang=en&>.

крема таких, як “Природа філософії права” (The Nature of Legal Philosophy),⁸ “Дуальна природа права” (The Dual Nature of Law),⁹ “Існування прав людини” (The Existence of Human Rights),¹⁰ “Ідеальний вимір права” (The Ideal Dimension of Law)¹¹ та ін. Професор Алексі виступив також із доповіддю, у якій торкнувся головних ідей своєї філософії права, з яких ключовою є ідея дуальності права, природа якого поєднує ідеальний та реальний виміри.

Того самого дня відбулася спеціальна панель **“Румунська філософія права,”** яку було присвячено дискусіям про існування окремої румунської традиції філософії права в межах загальноєвропейської правової традиції.

П’ятий день Конгресу, 8 липня, почався з доповіді **Сезара Родрігес-Гаравіто** (César Rodríguez-Garavito), професора Нью-Йоркського університету (США), на тему **“Кліматизація прав: теорія та практика прав людини для антропоцену,”** у якій науковець обґрунтовує “кліматизацію” прав людини, тобто “завдання термінового просування кліматичних заходів через концепції, рамки та норми, засновані на правах.”¹² Це завдання спричинене кліматичною надзвичайною ситуацією, яка створює життєвий виклик для проєкту прав людини в умовах антропоцену. Доповідач показує два взаємодоповнюючі шляхи до кліматизації прав людини. Перший шлях передбачає застосування існуючих концептуальних і правових інструментів прав людини до надзвичайної кліматичної ситуації. Цей шлях передбачає як усунення впливу глобального потепління на здійснення прав людини, так і забезпечення відповідності кліматичної політики нормам прав людини щодо матеріальної та процедурної справедливості. Другий шлях передбачає адаптацію та оновлення прав людини до реалій і викликів антропоцену. На додаток до турботи про гарантування принаймні мінімуму індивідуальних свобод, матеріального добробуту та справедливості, сумісних з людською гідністю, ця мета вимагає захисту планетарних кордонів, які роблять можливим життя на Землі. Спираючись на досягнення наук про життя, екології, відновлювальної економіки та моральної філософії, С. Родрігес-Гаравіто стверджує, що, окрім захисту сучасних прав людини, цей підхід вимагає просування того, що він називає “більше, ніж права людини,” тобто права майбутніх поколінь і не лише людей (non-humans).

Професор Університету Кобе (Японія) **Тетсу Сакурай** (Tetsu Sakurai) у доповіді **“Чи може рефлексивна інклюзивність пом’якшити культурне протистояння, викликане міжнародною міграцією?”** звернув увагу на ситуацію, що пов’язана зі збільшенням міжнародної міграції за останні роки. Хоча ідеї прав людини та націоналізму є породженням

⁸ Роберт Алексі, “Природа філософії права” (пер. з англ. С. Максимова). *Проблеми філософії права* 2 (2004): 29–37.

⁹ Роберт Алексі, “Дуальна природа права” (пер. з англ. С. Максимова). *Право України* 1 (2001): 45–58.

¹⁰ Роберт Алексі, “Існування прав людини” (пер. з англ. С. Максимова). *Право України* 4 (2011): 21–31.

¹¹ Роберт Алексі, “Ідеальний вимір права” (пер. з англ. С. Максимова). *Філософія права і загальна теорія права* 2 (2020): 35–61.

¹² IVR World Congress “Justice, Community and Freedom.” The 30th IVR World Congress of Social and Legal Philosophy. Bucharest, Romania, 15–22 July 2022. P. 24.

сучасності, вони суперечать одна одній саме в питаннях міграції. Це виявляється у двох політичних і правових позиціях: *ліберальних глобалістів*, які вимагають поваги та захисту основних прав людини мігрантів і біженців і виступають за їхню громадянську та соціальну інтеграцію в приймаюче суспільство, і *популістських лідерів*, які закликають до жорсткішої позиції щодо імміграції. Ці протилежні політичні позиції відбивають два усталені й суперечливі принципи післявоєнних міжнародних (міграційних) режимів – універсальних прав людини та національного суверенітету. Віддаючи належне цій дилемі, доповідач пропонує відповідний спосіб вирішення нормативних проблем, суть якого полягає у повазі іммігрантів і приймаючих суспільств до ідеалів рефлексивної інклюзивності. Це означає, що обидві сторони політичних і культурних кордонів мають рефлексивно містити інші культури, якщо вони хочуть заспокоїти культурні та моральні протистояння, особливо в приймаючих суспільствах.

Аніта Аллен (Anita Allen), професорка Пенсільванського університету (США), виступила з темою **“Приватність, критичне визначення та расова справедливість”** (у форматі записаної відеопрезентації). Вона запропонувала філософській підхід до приватного життя, який можна назвати “критичним спрощенням визначення,” що протиставляється “аналітичному опису визначення,” позначаючи зміну акценту зі змісту визначень на їхню значущість. Дискурс приватності – це спосіб мислення, мовлення та дій із серйозними наслідками для моральних, людських, громадянських та юридичних прав. Доповідка дослідила зв’язок між спрощенням визначення, політикою та справедливістю для афроамериканців.

Крім пленарних лекцій, на Конгресі було організовано роботу 60 спеціальних семінарів і 6 робочих груп, у яких взяли безпосередню участь (окрім участі у президентській панелі) і представники України – викладачі Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого Сергій Максимов, Наталія Сатохіна та Юлія Разметаєва.

На прикінцевому засіданні було також оголошено, що наступний XXXI Всесвітній конгрес із філософії права та соціальної філософії на тему “Гідність, демократія, різноманітність” відбудеться у м. Буенос-Айрес (Аргентина). Але пізніше місце проведення цього Конгресу було перенесено у столицю Республіки Корея Сеул. Конгрес відбудеться 7–12 липня 2024 р., його головна тема – “Верховенство права, справедливість та майбутнє демократії.”¹³

© С. Максимов, 2022

Bibliography

Alexy, Robert. *Law's Ideal Dimension*. Oxford University Press, 2021. <https://global.oup.com/academic/product/laws-ideal-dimension-9780198796831?cc=at&lang=en&>.

¹³ The Rule of Law, Justice and the Future of Democracy. The 31th World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy, July 7 (Sun) – July 12 (Fri), 2024. Venue: Soongsil University, Seoul, Republic of Korea. <https://ivr2024.org/>.

- Alexy, Robert. "The Nature of Legal Philosophy." [In Ukrainian.] *Philosophy of Law Issues* 2 (2004): 29–37.
- Alexy, Robert. "The Dual Nature of Law." [In Ukrainian.] *Law of Ukraine* 1 (2001): 45–58.
- Alexy, Robert. "The Existence of Human Rights." [In Ukrainian.] *Law of Ukraine* 4 (2011): 21–31.
- Alexy, Robert. "The Ideal Dimension of Law." [In Ukrainian.] *Philosophy of Law and General Theory of Law* 2 (2020): 35–61.
- Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy. Editors: Mortimer Sellers, Stephan Kirste. Dordrecht: Springer, 2023. <https://link.springer.com/book/9789400765184>.
- IVR World Congress "Justice, Community and Freedom." The 30th Biennial World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy. Dimitritie Cantemir Christian University. Bucharest, Romania, 3–8 July 2022.
- Leiter, Brian. "Some Realism about Political and Legal Philosophy." https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4137804.
- The Rule of Law, Justice and the Future of Democracy. The 31st World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy, July 7 (Sun) – July 12 (Fri), 2024. Venue: Soongsil University, Seoul, Republic of Korea. <https://ivr2024.org/>.
- The Yogyakarta Principles. <https://yogyakartaprinciples.org/introduction/>.

Сергій Максимов. Справедливість, спільнота і свобода: XXX Всесвітній конгрес із філософії права та соціальної філософії

Анотація. Статтю присвячено огляду XXX Всесвітнього конгресу Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (IVR), який відбувся влітку 2022 р. в м. Бухарест, Румунія. Загальна тема Конгресу – "Справедливість, спільнота та свобода" – піднімає фундаментальні питання про кореляцію двох фундаментальних цінностей сучасності – справедливості та свободи, опосередкованих спільнотою, у межах якої тільки й можлива реалізація як справедливості, так і свободи.

Автор статті сфокусував обговорення на пленарних доповідях учасників Конгресу, які з різних позицій розглянули співвідношення між справедливістю, спільнотою та свободою. Пленарні доповідачі приділили увагу таким проблемам: ролівська ідеальна теорія справедливості і структурна расова несправедливість, захисний ідеальний міжнародний порядок як проєкт Ш. Монтеск'є, риторика як філософія, приватність і расова теорія, гендер, право та рівна свобода, права людини та суди з прав людини, міфологічні підстави права, кліматичні права, міжнародна міграція та культурна конфронтація і низці інших актуальних питань сучасної філософії права.

Ключові слова: XXX Всесвітній конгрес з філософії права та соціальної філософії; філософія права; справедливість; спільнота; війна в Україні.

Sergiy Maksymov. Justice, Community and Freedom: XXX World Congress on the Philosophy of Law and Social Philosophy

Abstract. The article is dedicated to the review of the XXX World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), which took place in the summer of 2022 in Bucharest, Romania. The overall theme of the Congress, "Justice, Community, and Freedom," raises fundamental questions about the correlation between two fundamental values

of modernity – justice and freedom – mediated by the community, within which the realization of both justice and freedom is possible.

The author focuses the discussion on the plenary reports of the Congress participants, who examined the relationship between justice, community, and freedom from various perspectives. The plenary speakers addressed such topics as realism in political and legal philosophy, the civilized right of nations, the administration of justice and the fight against severe human rights violations, human rights judges; gender, law, and equal freedom; rhetoric as philosophy; the war in Ukraine and philosophy of law; paradoxes of existence; structural racial injustice in the context of Rawls' theory; human rights theory and practice for the Anthropocene; reflexive inclusivity and the prospects of cultural confrontation; privacy, critical definitions, and racial justice, as well as many other current issues in contemporary philosophy of law.

Keywords: XXX World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy; philosophy of law; justice; human rights; community; war in Ukraine; freedom.

Одержано / Received 15.11.2022

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 або англійською 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) двома мовами (українська, 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.

Написання анотації

Публікація супроводжується анотацією українською та англійською мовами 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 розмішувати після тексту статті та складати згідно з *Чикаго стиль: виноски та бібліографія* (*Chicago style: notes and bibliography*). Див. https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html. Джерела розміщуються за алфавітом. Назви журналів скорочувати не потрібно. Список використаних джерел має бути надрукований з виступом 0,5 см. Бібліографія подається латиницею. Опис кирилических джерел необхідно перекласти англійською та зазначити мову оригіналу. Назви періодичних видань та видавництва не перекладаються, а транслітеруються. Наприклад:

Sartre, Jean-Paul. *Being and Nothingness: An Essay on Phenomenological Ontology*. [In Ukrainian.] Kyiv: Osnovy, 2001.

Назви джерел мовами, які використовують латиницю, на англійську не перекладаються. Після списку джерел латиницею подається той самий список мовами оригіналу.

Правила цитування і посилання на джерела

У тексті статті мають бути дотримані загальні правила цитування й посилання на використані джерела згідно з *Чикаго стиль: виноски та бібліографія*. Посилання на нормативні акти та судові справи подаються згідно з міжнародним стилем цитування та посилання в наукових роботах *Оскола стиль* (*OSCOLA Style*). Див. https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf (с. 13–32).

Необхідно використовувати підрядкові бібліографічні посилання, які подаються мовою оригіналу. Під час нумерування підрядкових бібліографічних посилань потрібно застосовувати наскрізне нумерування в межах усієї статті арабськими цифрами. Підрядкові бібліографічні посилання повинні бути надруковані з вирівнюванням по ширині; шрифт *Times New Roman*, розмір шрифту – 10, міжрядковий інтервал – 1,0.

Для виділення в тексті цитат використовуються лапки "...". Якщо в цитованому тексті, узятим 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 завіва 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.).

Для нотаток

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
серія KB №23923-13763 Р від 03.04.2019

Підписано до друку 16.06.2023.
Формат 70×100/16. Папір офсетний. Гарнітура Arno Pro.
Ум. друк. арк. 16,3. Обл.-вид. арк. 13. Тираж 100 прим.
Вид. № 3299

Видавець – видавництво “Право”
Національної академії правових наук України
та Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
вул. Чернишевська, 80-А, Харків, 61002, Україна
Тел./факс (057) 716-45-53
Сайт: <https://pravo-izdat.com.ua>
E-mail для авторів: verstka@pravo-izdat.com.ua
E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua
Свідоцтво про внесення суб’єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготовлювачів і розповсюджувачів
видавничої продукції – серія ДК № 4219 від 01.12.2011

Виготовлювач – ТОВ “ПРОМАРТ”,
вул. Весніна, 12, Харків, 61023, Україна
Тел. (057) 717-28-80
Свідоцтво про внесення суб’єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготовлювачів і розповсюджувачів
видавничої продукції – серія ДК № 5748 від 06.11.2017