

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”

**1/2022**

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

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

**Журнал засновано**

як додаток до юридичного журналу  
“Право України” у 2012 р.,  
відновлено як окреме видання у 2019 р.

**Адреса редакції**

вул. Пушкінська, 77,  
м. Харків, 61024, Україна  
тел. +38 (057) 704-92-72  
e-mail: philosophyoflawjournal@gmail.com  
www.phtl.nlu.edu.ua

**Головний редактор**

**Сергій Максимов**,  
доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент НАПрН України

**Видається**

2 рази на рік

**Свідectво про державну реєстрацію**

Серія KB № 23923-13763 P від 03.04.2019  
Попереднє свідectво про реєстрацію  
Серія KB № 18647-7447 P від 30.01.2012

**Засновник**

Національний юридичний університет  
імені Ярослава Мудрого

**Founded**

as a supplement to the legal journal  
“Law of Ukraine” in 2012,  
renewed as a separate edition in 2019

**Address of the Editorial Office**

77 Pushkinska str.,  
Kharkiv, 61024, Ukraine  
phone +38 (057) 704-92-72  
e-mail: philosophyoflawjournal@gmail.com  
www.phtl.nlu.edu.ua

**Editor-in-Chief**

**Sergiy Maksymov**,  
Doctor of Legal Sciences, Professor,  
Corresponding Member of the NALS of Ukraine

**Published**

twice a year

**State Registration Certificate**

Series KB № 23923-13763 P from 03.04.2019  
Previous Registration Certificate  
Series KB № 18647-7447 P from 30.01.2012

**Founder**

Yaroslav Mudryi  
National Law University

**ISSN 2227-7153 (Print)**

**ISSN 2707-7039 (Online)**

*Рекомендовано до друку вченою радою  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого  
(протокол № 12 від 21.06.2022)*

**Філософія** права і загальна теорія права : наук.  
журн. / редкол.: С. Максимов та ін. – Харків :  
Право, 2022. – № 1. – 202 с.

**Philosophy** of Law and General Theory of Law :  
Academic Journal / edit. S. Maksymov and others. –  
Kharkiv : Pravo, 2022. – № 1. – 202 p.

**1/2022**

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

## РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

Сергій Максимов	доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, <b>головний редактор</b>
Віктор Смородинський	кандидат юридичних наук, доцент, <b>заступник головного редактора</b>
Наталія Сатохіна	кандидатка юридичних наук, <b>відповідальна секретарка</b>
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 Верховного 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)
Сергій Олейников	кандидат юридичних наук, доцент
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 Тихомирів	доктор юридичних наук, професор
Олена Уварова	кандидатка юридичних наук, доцентка
Лариса Удовика	докторка юридичних наук, доцентка
Едоардо Фітгіпальді	професор (Італія)
Ганна Христова	докторка юридичних наук, доцентка
Станіслав Шевчук	доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
Пьотр Шиманець	доктор наук, професор (Польща)

## НАУЧНЫЙ СОВЕТ

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

## РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Сергей Максимов	доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАПрН Украины, <i>главный редактор</i>
Виктор Смородинский	кандидат юридических наук, доцент, <i>заместитель главного редактора</i>
Наталья Сатохина	кандидат юридических наук, <i>ответственный секретарь</i>
Чаба Варга	доктор наук, профессор (Венгрия)
Дмитрий Вовк	кандидат юридических наук, доцент
Марсело Галуппо	профессор (Бразилия)
Евгений Гетьман	доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАПрН Украины
Константин Горобец	кандидат юридических наук (Нидерланды)
Дмитрий Гудима	кандидат юридических наук, доцент, судья Верховного Суда
Мехман Дамирли	доктор юридических наук, профессор (Турция)
Елена Дашковская	доктор юридических наук, профессор
Стефан Кирсте	доктор наук, профессор (Австрия)
Мартин Кригер	профессор (Австралия)
Александр Литвинов	доктор юридических наук, доцент
Лариса Макаренко	доктор юридических наук
Бьярн Мелкевик	доктор наук, профессор (Канада)
Сергей Олейников	кандидат юридических наук, доцент
Станислав Погребняк	доктор юридических наук, профессор
Сергей Рабинович	доктор юридических наук, профессор
Юлия Разметаева	кандидат юридических наук, доцент
Мортимер Селлерз	профессор (США)
Александр Сердюк	доктор юридических наук, профессор
Алексей Стомба	доктор юридических наук
Александр Тихомиров	доктор юридических наук, профессор
Елена Уварова	кандидат юридических наук, доцент
Лариса Удовика	доктор юридических наук, доцент
Эдоардо Фиттипальди	профессор (Италия)
Анна Христова	доктор юридических наук, доцент
Станислав Шевчук	доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАПрН Украины
Петр Шиманец	доктор наук, профессор (Польша)

## ACADEMIC COUNCIL

Robert Alexy	Dr. hab., Professor (Germany)
Eugenio Bulygin	Professor (Argentina)
Mykola Kozyubra	Doctor of Legal Sciences, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Oleksandr Petryshyn	Doctor of Legal Sciences, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Petro Rabinovych	Doctor of Legal Sciences, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Nigel Simmonds	Professor (Great Britain)

## EDITORIAL BOARD

Sergiy Maksymov	Doctor of Legal Sciences, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, <i>Editor-in-Chief</i>
Viktor Smorodynskyi	Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, <i>Deputy Editor-in-Chief</i>
Nataliia Satokhina	Candidate of Legal Sciences, <i>Executive Secretary</i>
Csaba Varga	Doctor of Sciences, Professor (Hungary)
Dmytro Vovk	Candidate of Legal Sciences, Associate Professor
Marcelo Galuppo	Professor (Brazil)
Yevgen Hetman	Doctor of Legal Sciences, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Kostiantyn Gorobets	Candidate of Legal Sciences (Netherlands)
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)
Sergiy Oleynikov	Candidate of Legal Sciences, Associate Professor
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
Larysa Udovyka	Doctor of Legal Sciences, Associate Professor
Edoardo Fittipaldi	Professor (Italy)
Ganna Khristova	Doctor of Legal Sciences, Associate Professor
Stanislav Shevchuk	Doctor of Legal Sciences, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Piotr Szymaniec	Dr. hab., Professor (Poland)

## ЗМІСТ

---

Від головного редактора та редакторів номеру.....	9
<b>ФЕНОМЕНОЛОГІЯ ПРАВОВОГО ДОСВІДУ</b>	
Право і дар: феноменологія правового досвіду <b>Наталія Сатохіна</b> ( <i>Харків, Україна</i> ) (англійською).....	14
Людська природа – втілена феноменологічна перспектива <b>Шива Рахман</b> ( <i>Керала, Індія</i> ) (англійською).....	27
Тіло як норма: неklasична онтологія права <b>Олексій Стовба</b> ( <i>Харків, Україна</i> ) (російською).....	51
Методологічне значення категорії “правомірного очікування” Вернера Майхофера для судової практики Верховного Суду <b>Ірина Бесага</b> ( <i>Львів, Україна</i> ) .....	67
<b>ЦИФРОВІ ТЕХНОЛОГІЇ, ЛЮДСЬКИЙ ДОСВІД І ПРАВО</b>	
Думки та алгоритми: довіра, нейтральність і легітимність <b>Юлія Разметаєва</b> ( <i>Харків, Україна</i> ) (англійською) .....	80
Громадська довіра до обчислювальної техніки: аналіз довіри та цифрових технологій у рамках конституціоналізму <b>Маргарита Бйоніг-Ліпцин</b> ( <i>Цюрих, Швейцарія</i> ) (англійською).....	95
Майбутнє приватності крізь призму теорії постнормальності <b>Петро Сухорольський</b> ( <i>Львів, Україна</i> ) .....	111
Унікальна ідентифікація людини відповідно до статті 9 (1) (2) GDPR <b>Дар’я Булгакова</b> ( <i>Упсала, Швеція</i> ) (англійською).....	130
Чи зменшить генна інженерія уподобань дитини її автономію? <b>Коннор Хокінг</b> ( <i>Атланта, США</i> ) і <b>Валерія Сич</b> ( <i>Харків, Україна</i> ) (англійською).....	160
<b>ПЕРЕКЛАДИ</b>	
Дві концепції гідності: про занепад свободи волі у праві <b>Осбйорн Мелкевік і Б’ярн Мелкевік</b> ( <i>Квебек, Канада</i> ).....	181

# СОДЕРЖАНИЕ

---

От главного редактора и редакторов номера (на украинском).....9

## ФЕНОМЕНОЛОГИЯ ПРАВОВОГО ОПЫТА

Право и дар: феноменология правового опыта  
**Наталья Сатохина** (*Харьков, Украина*) (на английском).....14

Человеческая природа – воплощенная феноменологическая перспектива  
**Шива Рахман** (*Керала, Индия*) (на английском).....27

Тело как норма: неклассическая онтология права  
**Алексей Стовба** (*Харьков, Украина*)..... 51

Методологическое значение категории “правомерного ожидания”  
Вернера Майхофера для судебной практики Верховного Суда  
**Ирина Бесага** (*Львов, Украина*) (на украинском).....67

## ЦИФРОВЫЕ ТЕХНОЛОГИИ, ЧЕЛОВЕЧЕСКИЙ ОПЫТ И ПРАВО

Мнения и алгоритмы: доверие, нейтральность и легитимность  
**Юлия Разметаева** (*Харьков, Украина*) (на английском) .....80

Общественное доверие вычислительной технике: анализ доверия и цифровых технологий в рамках конституционализма  
**Мargarита Бйониг-Липцин** (*Цюрих, Швейцария*) (на английском) .....95

Будущее приватности сквозь призму теории постнормальности  
**Петр Сухорольский** (*Львов, Украина*) (на украинском) ..... 111

Уникальная идентификация человека в соответствии со статьей 9 (1) (2) GDPR  
**Дарья Булгакова** (*Упсала, Швеция*) (на английском) ..... 130

Уменьшит ли генная инженерия предпочтений ребенка его автономию?  
**Коннор Хокинг** (*Атланта, США*) и **Валерия Сыч** (*Харьков, Украина*)  
(на английском)..... 160

## ПЕРЕВОДЫ

Две концепции достинства: об упадке свободы воли в праве  
**Осбйорн Мелкевик** и **Бьярн Мелкевик** (*Квебек, Канада*) (на украинском)..... 181

# CONTENTS

---

Note of the Editor-in-Chief and the Editor's of the Special Issue (in Ukrainian) ..... 9

## PHENOMENOLOGY OF LEGAL EXPERIENCE

Law and Gift: Phenomenology of Legal Experience  
**Nataliia Satokhina** (*Kharkiv, Ukraine*) ..... 14

Human Nature – An Embodied Phenomenological Perspective  
**Shiva Rahman** (*Kerala, India*) ..... 27

The Body as Norm: Non-Classic Ontology of Law  
**Oleksiy Stovba** (*Kharkiv, Ukraine*) (in Russian) ..... 51

The Methodological Significance of Werner Maihofer's "legitimate expectation"  
Category for the Judicial Practice of the Supreme Court  
**Iryna Besaha** (*Lviv, Ukraine*) (in Ukrainian) ..... 67

## DIGITAL TECHNOLOGIES, HUMAN EXPERIENCE AND LAW

Opinions and Algorithms: Trust, Neutrality and Legitimacy  
**Yulia Razmetaeva** (*Kharkiv, Ukraine*) ..... 80

Public Trust in Computing: Analyzing Trust and Digital Technologies with the  
Constitutionalism Framework  
**Margarita Boenig-Liptsin** (*Zurich, Switzerland*) ..... 95

The Future of Privacy Through the Lens of Postnormal Times Theory  
**Petro Sukhorolskyi** (*Lviv, Ukraine*) (in Ukrainian) ..... 111

Unique Human Identification under the GDPR Article 9 (1) (2)  
**Daria Bulgakova** (*Uppsala, Sweden*) ..... 130

Would Genetically Engineering a Child's Preferences Diminish Her Autonomy?  
**Connor Hocking** (*Atlanta, USA*) and **Valeriia Sych** (*Kharkiv, Ukraine*) ..... 160

## TRANSLATIONS

Two Concepts of Dignity: On the Decay of Agency in Law  
**Åsbjørn Melkevik and Bjarne Melkevik** (*Quebec, Canada*) (in Ukrainian) ..... 181



DOI: <https://doi.org/10.21564/2707-7039.1.275591>

Сергій Максимов, Юлія Разметаєва та Наталія Сатохіна\*

## Шановні читачі!

**С**пеціальний випуск журналу присвячено феноменології правового досвіду в цілому та трансформаціям, яких зазнає останній в світі сучасних викликів, зокрема через бурхливий розвиток цифрових технологій.

Рубрику “**Феноменологія правового досвіду**” відкриває стаття *Наталії Сатохіної* (Харків) “Право і дар: феноменологія правового досвіду,” у якій феноменологічна оптика покликана допомогти розкрити специфіку правового як такого в його відмінності від політичного чи економічного, тобто дати відповідь на основне питання філософії права в його феноменологічній версії: “Що являє собою досвід права?” Обрана перспектива дозволяє обґрунтувати ключову тезу авторки: в той час як політичне та економічне ґрунтуються на логіці еквівалента, яка передбачає встановлення балансу виходячи із співвідношення сил або взаємозамінних благ, досвід права є принципово антиутилітарним і підпорядкований радше логіці надлишку, або дару. Більш того, на

---

\* Сергій Іванович Максимов, доктор юридичних наук, професор кафедри теорії і філософії права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого (Україна); 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 (Ukraine); Correspondence-member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine; Editor-in-chief of “Philosophy of Law and General Theory of Law” journal.

e-mail: [s\\_maximov@ukr.net](mailto:s_maximov@ukr.net)

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

Юлія Сергіївна Разметаєва, кандидатка юридичних наук, Голова Центру права, етики та цифрових технологій, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого (Україна); запрошена дослідниця в Уппсальському Університеті (Швеція).

Yulia Razmetaeva, Candidate of Legal Sciences, Head of the Centre for Law, Ethics and Digital Technologies, Yaroslav Mudryi National Law University (Ukraine); Uppsala University Visiting Researcher (Sweden).

e-mail: [yulia.razmetaeva@gmail.com](mailto:yulia.razmetaeva@gmail.com)

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

Наталія Іванівна Сатохіна, кандидатка юридичних наук, доцентка кафедри теорії і філософії права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого (Україна).

Nataliia Satokhina, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor at the Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudryi National Law University (Ukraine).

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

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2480-9405>

думку авторки, право вкорінене в нашому фундаментальному досвіді, або способі буття у світі, і є не просто одним із аспектів досвіду, а умовою досвіду як такого, позаяк саме право підтримує внутрішню властиву досвіду структуру дару. Разом з тим, – зауважує авторка, – сьогодні, в умовах поширення ринку та властивої йому логіки еквівалентності на всі сфери життя, досвід права, підпорядкований протилежній ідеї, а з ним і досвід як такий, опиняється під загрозою.

Стаття індійського дослідника **Шиви Рахмана** (Калікут) “Людська природа – втілена феноменологічна перспектива,” покликана переосмислити поняття людської природи з екзистенціально-феноменологічної точки зору та ґрунтуючись на цьому підході, пролити світло на деякі проблеми кримінального і пенітенціарного права, зокрема мету покарання та відповідні засоби її досягнення. Спираючись на творчість французького феноменолога Моріса Мерло-Понті, автор обґрунтовує необхідність відмовитись від традиційної дихотомії “розум/тіло” та розглядати людину в її цілісності як агента тілесної (втіленої) діяльності. Відповідно, й людська гідність мислиться як така, що вкорінена в тілесності та між-тілесності, а відтак, передбачає тілесно-орієнтовану стратегію реабілітації людини, яка перебуває в конфлікті з правом. На думку автора, кожна така людина заслуговує на гідне та продуктивне життя на рівні тілесності, що уможливить її перетворення на складову конструктивної між-тілесності, яку ми називаємо суспільством.

Тема людського досвіду як досвіду тілесності та відповідних правових імплікацій розвивається також у статті **Олексія Стовби** (Харків) “Тіло як норма: неklasична онтологія права,” у якій одне з ключових понять юриспруденції – поняття правової норми – переосмислено в онтологічному розрізі через звернення до феноменологічної філософії. Автору ідеться про те, як норма права існує в житті, а не на папері чи в уявленнях теоретиків. Зокрема, він стверджує, що первісним обмеженням людської поведінки у соціумі є не абстрактні норми позитивного законодавства чи природного права, а жива тілесна співприсутність існуючих поряд людей: саме присутність Іншого у спільному бутті зі мною стає мірою моїх вчинків. Відтак, тіло стає на місце позитивно-правової чи природної норми права, в буквальному сенсі слова втілюючи у собі приписи дозволеної, належної чи потрібної поведінки. Таким чином, – вважає автор, – людське тіло містить у собі як гіпотезу, так і диспозицію і санкцію, а тому перетворюється на генуїнний модус буття норми права.

Львівська дослідниця **Ірина Бесага** у своїй статті “Методологічне значення категорії ‘правомірного очікування’ Вернера Майхофера для судової практики Верховного Суду” використовує ідеї німецького філософа-екзистенціаліста Вернера Майхофера для аналізу актуальної практики Верховного Суду щодо тлумачення та застосування концепції “правомірних очікувань.” Зокрема, на думку авторки, запропонована філософом ідея “розумного”/“природного”/“правомірного” очікування та правості й необхідності захисту такого очікування, яке виникло у результаті усталеної та бажаної або допусти-

мої поведінки у соціальному співсвіті, однак не підкріплено законодавчою нормою, могла б стати доктринальною основою застосування концепції правомірних очікувань Верховним Судом та сприяти уніфікуванню розуміння категорії правомірного очікування у судовій практиці.

Рубрика “**Цифрові технології, людський досвід і право**” стала продовженням двох міждисциплінарних семінарів, присвячених питанням права, технологій, довіри та людських відносин у цифрову епоху, до учасників яких пізніше приєдналися інші автори, які розкрили окремі аспекти загальної тенденції, що полягає у радикальній трансформації людського досвіду під впливом цифрових технологій. Ідеться, зокрема, про поступове зникнення із структури досвіду таких, здавалося б, суто людських його складових, як мислення та дія. З іншого боку, самі технології стають все більш автономними і незалежними від втручання людини. Такі поняття, як свобода волевиявлення, самоусвідомлення і самовизначення, стають занадто розмитими, щоб служити визначальними критеріями правової суб’єктності, а коло потенційних носіїв автономії стає все ширшим. Водночас ідеї автономії, вчинку та відповідальності залишаються фундаментом сучасних правових інститутів. Однак чи не став цей фундамент занадто крихким, щоб і далі утримувати грандіозну будівлю права? Саме над цим питанням розмірковують автори у представлених тут статтях.

Ця рубрика розпочинається зі статті *Юлії Разметаєвої* (Харків) “Думки та алгоритми: довіра, нейтральність і легітимність,” яку присвячено примарним у цифрову еру можливостям залишатися агентами, що самостійно визначаються і керують своєю поведінкою. Авторка фокусується на питаннях маніпуляції думками й діями, які особливо успішно здійснюються за допомогою алгоритмічних технологій. Спираючись на концепцію автономії, вона показує, що у повсякденному досвіді люди все менше здатні відокремлювати власні інтереси від нав’язаних, а у досвіді права відбувається зміщення владного балансу й перерозподіл легітимності.

У статті *Маргарити Бйоніг-Ліпцин* (Цюрих, Швейцарія) “Громадська довіра до обчислювальної техніки: аналіз довіри та цифрових технологій у рамках конституціоналізму” досліджується те, яким чином нинішня культура довіри до обчислювальної техніки в певній спільноті є результатом десятирічних проектів конституювання громадянина та громадськості за допомогою інформаційних технологій. Перспектива конституціоналізму в сфері науки, технологій і суспільства використовується для того, щоб показати, що значить бути людиною у цифрову еру. Три аспекти суспільної довіри вказують, в яких вразливих місцях конституційних порядків, що складаються із взаємодії правових, технічних і антропологічних факторів, люди можуть втручатися та формувати або зміцнювати поточний стан довіри. Авторка підкреслює, що бачення цифрових технологій як таких, що руйнують або таких, що зміцнюють довіру, збіднені й надто детерміністичні, тоді як первинними мають бути соціальні зв’язки й ті практики та культури, що вже склалися у суспільствах.

Перспективи одного з прав людини і водночас людської цінності обговорюються у статті **Петра Сухорольського** (Львів) “Майбутнє приватності крізь призму теорії постнормальності,” де приватність вписується в характеристики стану, який виходить за межі звичних уявлень і минулого досвіду. Автор показує, як складність, хаос і суперечності, що є ключовими ознаками постнормальності, відбиваються на приватності, та як спроби залишити минулі підходи до її захисту на тлі феномену штучно сконструйованої нормальності приречені на провал. Він стверджує, що перспективи ефективного захисту приватності залежать передовсім від того, наскільки ми зможемо налаштувати в інтересах прав людини такі регулятори як ринок, архітектура та соціальні норми, а також від того, наскільки успішними будуть децентралізація та посилення автономності на різних рівнях.

Тема захисту персональних даних та ідентифікації піднімається у статті **Дар’ї Булгакової** (Упсала, Швеція) “Унікальна ідентифікація людини відповідно до статті 9 (1) (2) GDPR,” яка висвітлює проблеми, що породжені масштабним використанням цифрових біометричних технологій. У світлі європейського законодавства авторка аналізує ризики для процесу обробки даних особи та ризики, що виникають після такої обробки, одночасно вимальовуючи більш широку перспективу загрози для унікальних характеристик людини. Уточнюючи поняття суб’єкту та об’єкту обробки даних, дослідниця пропонує дати чіткі визначення та надати правовий захист таким характеристикам, що дозволить фізичним особам краще контролювати свої дані та керувати ними.

Стаття **Коннора Хокінга** (*Атланта, США*) та **Валерії Сич** (*Харків*) “Чи зменшить генна інженерія уподобань дитини її автономію?” піднімає питання моралі при редагуванні геному. Автори звертаються до дилеми прищеплення “морально правильної поведінки” та збереження автономії особи. Послідовний розгляд переваг і недоліків потенційної генної корекції неморальних уподобань приводить до того, що наслідки будуть різними, залежно від того, яку з концепцій автономії обрано: “екстерналістську” чи “інтерналістську.” Стаття пропонує критерії, за яких навіть суттєві втручання батьками в майбутні неморальні уподобання дітей можна було би виправдати, зокрема критерій здатності агента до раціонального мислення та обговорення.

У рубриці “**Переклади**” пропонуємо увазі читача статтю канадських філософів права **Осбйорна Мелкевіка та Б’ярна Мелкевіка** (*Квебек, Канада*) “Дві концепції гідності: Про занепад свободи волі у праві.” Принагідно вітаємо нашого постійного автора та члена редакційної колегії Б’ярна Мелкевіка з 70-річчям і бажаємо йому міцного здоров’я та творчого натхнення. У статті досліджується радикальна зміна, що її ми можемо спостерігати в сучасному юридичному розумінні гідності. Зокрема, проаналізовано дві ключові теорії гідності: “теорію гідності, засновану на свободі волі,” яка асоціюється з Імануїлом Кантом, і “теорію гідності, засновану на добробуті,” яку нещодавно відстоював Алан Дживірт. На думку авторів, сучасний перехід від першої до другої теорії є проблематичним, по-перше, оскільки він є проявом занепаду свободи

волі в наших правових системах, і, по-друге, тому що теорія гідності, заснована на добробуті, часто прирікає на поразку сама себе. Відповідно стверджується, що ми повинні повернутися до теорії свободи волі, відповідно до якої раціональні люди мають бути самі собі законодавцями, і що сфера законодавчої діяльності повинна бути обмежена міркуваннями гідності.

Наступний номер журналу буде присвячено темам “Право і світ. Мир і право” і “Європейські цінності та конституційне судочинство.” Запрошуємо авторів до співпраці!

## LAW AND GIFT: PHENOMENOLOGY OF LEGAL EXPERIENCE

### Introduction

**A**t first glance, law has little in common with the phenomenon of a gift, since justice is often thought of in terms of equivalent exchange: first in the form of a material talion, and then in the form of its symbolic counterparts. However, is law capable of restoring justice where the irretrievable happened, which excludes any equivalence? What is such a situation in relation to law – a rule or an exception? Isn't justice then just law's dream? And if law does not guarantee justice, then what can we yet count on by appealing to it?

The questions posed reveal the main question of the philosophy of law in its phenomenological version: "What is it the experience of law?" At the same time, the comprehension of the latter in the proposed vein is also motivated by the modern tendency to blur the boundaries of law, as a result of which the corresponding aspect of our experience becomes almost indistinguishable from the political or economic experience. On the one hand, the legal, based on the idea of norm, is supplanted by the political, based on power, which subordinates the ought and actually replaces it. It is the shock produced by the unprecedented political violence during 20th century that Paul Ricoeur explains the current crisis in the philosophy of law.<sup>1</sup> On the other hand, legal experience is being replaced by economic one based on the idea of benefit, which in fact is now the only norm. In this regard, Marcel Hénaff speaks of the gradual colonization by the market of those spheres of life that are initially non-market in nature, including justice.<sup>2</sup> In the philosophy of law, the first of these tendencies is manifested in the rapidly growing popularity of the theory of the state

---

\* Nataliia Satokhina, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor at the Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudryi National Law University (Ukraine).

Наталія Іванівна Сатохіна, кандидатка юридичних наук, доцентка кафедри теорії і філософії права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого (Україна).

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

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2480-9405>

<sup>1</sup> Paul Ricoeur, *The Just*, trans. David Pellauer (Chicago: The University of Chicago Press, 2000), VIII.

<sup>2</sup> Marcel Hénaff, *The Price of Truth: Gift, Money, and Philosophy*, trans. Jean-Louis Morhange and Anne-Marie Feenberg-Dibon (Stanford: Stanford University Press, 2010).

of exception, and the second one – in the strengthening of the positions of the economic analysis of law.<sup>3</sup> Both conceptions prioritize fact over norm and proceed from the logic of the equivalent, since they imply the establishment of an equilibrium on the basis of a balance of forces or fungible goods, and not on the basis of ought. In this sense, the discovery of the legal as such deals with the clarification of the anti-authoritarian and anti-utilitarian nature of legal experience, which is rather subject to the logic of excess, or gift, than the logic of the equivalent. Indeed, the maintenance of those sentenced to life imprisonment is associated with significant material costs, respect for human rights greatly reduces the profits of transnational corporations, and the obligations of prosperous countries in relation to refugees are extremely difficult to justify utilitarianly. All this is the “price” that we pay for fundamentally invaluable goods, the “price” of law and justice. Finally, the clarification of the anti-utilitarian nature of law will, it seems, enable us not only to distinguish it from other aspects of experience, but also to shed light on the place of law in experience as such, in other words, on the anthropological foundations of law.

However, before turning directly to law, one should ask whether a gift is inherent in a human being at all, whether it has grounds in our fundamental experience, or, on the contrary, is rather an exception to the rule. The first part of article (I) detects the place of gift in human experience. Further, the place of law in fundamental experience and the relationship between the experience of law and the experience of gift will be discussed (II). Finally, in the third part of the article, the question of the transformation of human experience and the corresponding perspectives of law will be raised (III).

## I

Against the backdrop of the triumph of the market economy since modern times, but especially in the 20th century, and the corresponding anthropological premise, according to which man is by nature an egoistic being, any grand gesture, like any reasoning about a gift, becomes suspicious. On the other hand, as Marcel Hénaff rightly points out, it was the tragic experience of dehumanization of the last century that stimulated the turn of thinkers to the gesture of gift – “the first gesture that connects us with life and the last testimony to our humanness.”<sup>4</sup>

In many ways, it is this motive that drives the thought of Emmanuel Levinas, who argues that generosity is not only inherent in man, but lies at the heart of human existence. While Jacques Derrida declares the gift impossible because every gesture of giving actually creates a debt and thus becomes the opposite of what it claims to be, Levinas, on the contrary,

<sup>3</sup> The most famous contemporary interpretation of the Schmittian concept of the state of exception is Giorgio Agamben's. See Giorgio Agamben, *State of Exception*, trans. Kevin Attell (Chicago & London: The University of Chicago Press, 2005). On economic analysis of law see first of all Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (Boston: Little Brown, 1973).

<sup>4</sup> Marcel Hénaff, *The Philosophers' Gift: Reexamining Reciprocity*, trans. Jean-Louis Morhange (New York: Fordham University Press, 2020), 462, Epub.

exaggerates the gift as a structure of our experience, describing the primary ethical and at the same time metaphysical gesture as an initial gift of a world hitherto only mine to the Other. However, the Other is not subject to inclusion in this world, but remains absolutely transcendent for it, which is expressed in the concept of the infinity.<sup>5</sup> Thus, the relation to the Other is carried out as hospitality and as such is “an absolute adventure, in a primal imprudence.”<sup>6</sup> It is about a radical moral asymmetry, a curvature of the intersubjective space, an initial unconditional recognition of the infinite otherness of the Other – a recognition that does not expect mutuality. In contrast to the Hegelian model of the struggle for recognition, in which each of the fighters demands recognition without offering it in advance, and, being closed in his subjectivity, sees in the other only an *alter ego* – a reflection of himself (“Hegel’s opponents face each other with nothing else than weapons”<sup>7</sup>), Levinas’ concept presupposes not just an offer of recognition, but initial recognition of the Other without any demand on his part (“No face can be approached with empty hands”<sup>8</sup>). The logic of the equivalent is contrasted here with the logic of excess or gift, and exactingness towards the Other – with an infinite exigency with regard to oneself. At the same time, according to Levinas, only such a generous gesture makes possible both freedom and society, and with them normativity: “this infinite exigency with regard to oneself, precisely because it puts freedom in question, places me and maintains me in a situation in which I am not alone, in which I am judged.”<sup>9</sup>

Thus, according to Levinas, the most authentic mode of human existence, experience as such, is transcendence, or the original gift of a world to the Other, and in this sense our fundamental experience is moral experience. At the same time, to the extent that the Other binds me to someone else, moral experience becomes a political experience in which all unique is subject to universalization, the meaning of interchangeable individuals is derived from the totality, and they are invisible outside of it. The quintessence of this totality is war that “does not manifest exteriority and the other as other” and reduces individuals “to being bearers of forces that command them unbeknown to themselves.”<sup>10</sup> Thus, Levinas contrasts infinity, morality, generosity and peace, respectively, with totality, politics, selfishness and war. The latter, on the one hand, constitute a cruel reality, but on the other hand, they are not our original and genuine experience, and therefore “the certitude of peace dominates the evidence of war.”<sup>11</sup>

At the same time, which is primarily interesting for us, Levinas places law in the space of the political as a space of totality, opposing moral justice as respect for the individual and

<sup>5</sup> Emmanuel Levinas, *Totality and Infinity. An Essay on Interiority*, 20th ed., trans. Alphonso Lingis (Pittsburgh: Duquesne University Press, 2007), 168–74.

<sup>6</sup> *Ibid.*, 305.

<sup>7</sup> Hénaff, *The Philosophers’ Gift*, 116, note 44.

<sup>8</sup> Levinas, *Totality and Infinity*, 172.

<sup>9</sup> *Ibid.*, 304.

<sup>10</sup> *Ibid.*, 21.

<sup>11</sup> *Ibid.*, 22.



unique to the impersonal justice of law as a source of universality.<sup>12</sup> From the realm of the gift, we enter the realm of the equivalent, where there is nothing that cannot be evaluated, and hence cannot be compensated. However, this approach leaves no room for the philosophy of law, since the very question of the specific nature of the legal, which is completely reduced to the nature of the political, becomes irrelevant.

A different point of view is presented in the work of Marcel Hénaff, who connects law not with the renunciation of genuine experience based on the gift, but, on the contrary, with the affirmation of this experience. It is no coincidence that he concludes the first of his two fundamental works devoted directly to the problem of gift with reflections on dignity – an idea that, in our opinion, is the normative basis not only for the concept of human rights, but also for modern law as a whole. In the recognition of the absolute otherness of the Other, which Levinas speaks of, Hénaff sees nothing other than the recognition of person's absolute dignity, which does not depend on any conditions.<sup>13</sup> Indeed, today, isn't that how we call "possibility of the breach of the totality, the possibility of a signification without a context?"<sup>14</sup>

It seems that it is the idea of dignity – this "portal" through which morality is imported into law<sup>15</sup> – that can become the key to clarifying the fundamentally anti-authoritarian and anti-utilitarian nature of the latter.

## II

### *Rehabilitation of Reciprocity*

It can be assumed that it is impossible to think of law as an aspect of genuine experience in the language of Levinas, since in his interpretation of the relationship "I – the Other" there is no place for reciprocal recognition. Unlike the entire previous tradition from Descartes to Husserl, which tried to overcome the initial asymmetry between the Self and the Other, proceeding from the Self, Levinas proceeds from the opposite perspective, giving unconditional ethical-ontological priority to the Other, which the Self recognizes without expecting reciprocity. However, as Hénaff rightly notes, not to wait for an answer from the Other, to reckon only with one's unconditional duty towards him, means not to recognize that part of him which constitutes him as the Other. This would lead to the elimination of differences, to the fact that the Other would become only the Other in general, the figure of the Law, and not the specific Other that I recognize here and now.<sup>16</sup> Hénaff, in turn, is trying to rehabilitate the concept of reciprocity and return it to the realm of the fundamental human experience or the original way of human existence. Reciprocity, according to Hénaff, does not equal equivalence, and the Other's response does not send my gesture back to the

<sup>12</sup> Ibid, 300–01.

<sup>13</sup> Hénaff, *The Price of Truth*, 398–401.

<sup>14</sup> Levinas, *Totality and Infinity*, 23.

<sup>15</sup> This metaphor belongs to Jürgen Habermas, although he uses it in a different context. See Jürgen Habermas, "The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights," *Metaphilosophy* 41, no. 4 (2010): 464–80.

<sup>16</sup> Hénaff, *The Philosophers' Gift*, 171–76.

starting point, but leads me further: “When Others reply to us, they have already been turned into others by what they have received, just as we become others through their reply.”<sup>17</sup> Thus, the relation “I – the Other” is an alternating dissymmetry: the reply of the Other does not turn the gift into an equivalent exchange, but is itself a new gift, an offer of recognition, which, however, expects reciprocity, although it cannot demand it. Moreover, as Ricœur notes, it is the initial gift, the risky step towards the absolute otherness of the Other, that opens the way to genuine mutual recognition. Following Hénaff, Ricoeur considers the practices of ceremonial gift exchange known from ethnographic studies as a model of this kind of reciprocity, based on a gift as an alternative to the struggle for recognition. It is in the experience of the ritual exchange of gifts, symbolizing public mutual recognition, that Ricoeur sees the initial form of a peaceful state, when the circle of revenge is opposed by the circle of gift.<sup>18</sup>

Such a rethinking of reciprocity, when the latter is not opposed to the gift, but, on the contrary, presupposes it, allows us to think about the anthropological foundations of both community in general and law, to move these foundations from the sphere of totality (external to the genuine experience) into the space of this experience itself. It is noteworthy in this regard that it was Ricœur and Hénaff, whose entire work was aimed at the rehabilitation of reciprocity, that returned law to philosophy as one of the central themes.

#### *Law in the Structure of Fundamental Experience*

The alternation of mutual, but not equivalent gifts can be regarded not only as the structure of any ethical relationship, but also as a universal structure of experience. Just as any genuine connection between people is possible only with the initial recognition of the Other, so any experience of the world is based on a preliminary openness to it. In the hermeneutic philosophy of Hans-Georg Gadamer, this idea is revealed through the analysis of questioning as the original way of our being in the world: “Recognizing that an object is different, and not as we first thought, obviously presupposes the question whether it was this or that. From a logical point of view, the openness essential to experience is precisely the openness of being either this or that.”<sup>19</sup> The openness of the question consists in the assumption of the possibility of various answers to it. Thus, experience consists in readiness for the unexpected and in this sense is always associated with risk. Moreover, “every experience worthy of the name thwarts an expectation.”<sup>20</sup> In relations between people, we are talking about the initial unconditional recognition of the Other’s claim to the truth and the readiness to reconsider one’s own beliefs.

<sup>17</sup> Ibid, 175.

<sup>18</sup> Поля Рикёр, *Путь признания. Три очерка*, пер. Ирины Блауберг и Ирины Вдовиной (Москва: Российская политическая энциклопедия, 2010), 219–32.

<sup>19</sup> Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method*, 2nd ed., trans. Joel Weinsheimer and Donald G. Marshall (London and New York: Continuum, 2004), 356.

<sup>20</sup> Ibid, 350.

At the same time, the described structure of experience is not reducible to pure facticity, since experience is not an existing fact, always remaining a possible experience. In the words of Martin Heidegger, experience is always “more” than it actually is “if one wanted to and if one could register it as something objectively present in its content of being.”<sup>21</sup> The point is that the possibilities inherent in experience, including the possibility of recognition, may not be actualized. This duality of experience is also pointed out by Levinas: on the one hand, the idea of infinity as the idea of the Other

is produced in the improbable feat whereby a separated being fixed in its identity, the same, the I, nonetheless contains in itself what it can neither contain nor receive solely by virtue of its own identity. Subjectivity realizes these impossible exigencies – the astonishing feat of containing more than it is possible to contain <... > subjectivity as welcoming the Other, as hospitality.<sup>22</sup>

At the same time “The possibility for the home to open to the Other is as essential to the essence of the home as closed doors and windows <... > [it] is the very condition of man, the possibility of injustice and radical egoism, the possibility of accepting the rules of the game, but cheating.”<sup>23</sup>

Finally, it is precisely this non-guaranteedness of experience that leads Ricoeur to conclude that mutual recognition can only be spoken of in a mode of desirability that is neither descriptive nor normative.<sup>24</sup> As part of his concept of man as a being endowed with capabilities, Ricoeur emphasizes that every capability has a specific incapability as its opposite. That’s why the possibility of recognition, being intrinsic to experience, is nevertheless always accompanied, like a shadow, by the risk of non-recognition.<sup>25</sup>

One can assume that it is with this shaky status of mutual recognition – between fact and norm – that this aspect of our experience, which we call the experience of law, is connected. Indeed, it is the refusal to recognize or the threat of such a refusal that creates the claim for justice, and with that the legal mechanisms for establishing the latter. In this sense, legal institutions represent an attestation of mutual recognition and are called upon to promote precisely this choice. In the same vein, Levinas says that the essence of reason is in calling man in question and in inviting him to justice.<sup>26</sup> However, while Levinas takes law beyond the framework of this experience of justice, placing it in the sphere of totality, where the state, as an intermediary, levels the infinity of the Other, opposing it to cruelty of impersonal justice, Ricoeur, on the contrary, sees in law an alternative to political violence, allowing one to think of justice rather as of an integral part of genuine experience than its denial: “But

<sup>21</sup> Martin Heidegger, *Being and Time*, trans. Joan Stambaugh (New York: State University of New York Press, 1996), 136.

<sup>22</sup> Levinas, *Totality and Infinity*, 26–27.

<sup>23</sup> *Ibid.*, 173.

<sup>24</sup> Рикёр, *Путь признания*, 231.

<sup>25</sup> *Ibid.*, 242–43.

<sup>26</sup> Levinas, *Totality and Infinity*, 88.

who is this third? Another of another? Another than another? Or, as it seems to me, rather a place of truth than a place of the State? <...> A place where people talk about kindness?"<sup>27</sup>

### *Institutions of Law*

The consistent clarification of the genetic connection between the universal structures of experience and institutions that function in society can be found in works of Marcel Hénaff. He complements phenomenology with anthropology and social philosophy, thereby building a bridge between fundamental experience, or the mode of human being in the world, social mutual recognition and the established legal order.

According to Hénaff, in traditional societies, public recognition of each other is attested by ritual practices, well-known from ethnographic sources, including ceremonial exchanges of gifts mentioned above, which initiate a continuous circulation of gifts, thus producing a new debt with every round. Contrary to popular interpretations, Hénaff explains that the nature of this mysterious commitment to give something in return is neither economic, nor moral, nor legal. Instead, he gives the ceremonial gift a meaning of community building, mutual social recognition, and attestation of a desire to live together, and sees the gifts as symbols of such a uniting.<sup>28</sup> This fundamental relationship of mutual recognition differs from social ties in an animal society, which is subject to spontaneous regulation, and is political, because it is a meeting of two autonomies, where there is a decision (albeit a hidden one) to establish rules for oneself.<sup>29</sup>

While in traditional societies mutual public recognition is confirmed by the ritual exchange of gifts, in state-type societies it is guaranteed by law and a set of legal institutions that confirm the dignity and unconditional respect of each person.<sup>30</sup>

The importance of the idea of human dignity in today's jurisprudence is an evidence of the fundamentally anti-authoritarian and anti-utilitarian nature of law. Unlike a relationship of domination based on the struggle for recognition, where each of the fighters demands recognition but does not offer it in advance, and in contrast to market relations, where it is a matter of mutual recognition of community members on the basis of equivalent exchange, law is connected to the initial excessive recognition of any other, an unconditional and always risky step forward, which is rooted in the structure of our fundamental experience. What is expressed in traditional cultures in a ceremonial gift, and later in the tradition of hospitality, is embodied in the modern world in the ideas of universal human rights and responsibilities towards refugees. So, what, beyond any unions between people, determines the demand of recognition before we know each other? As Hénaff points out in this regard, beyond ceremonial procedures and local communities, there is no other justification for demanding the recognition of radical otherness of the other than his absolute dignity.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Рикёр, *Путь признания*, 155.

<sup>28</sup> Hénaff, *The Philosophers' Gift*, 84–109.

<sup>29</sup> *Ibid*, 100–03.

<sup>30</sup> *Ibid*, 110–21.

<sup>31</sup> Hénaff, *The Price of Truth*, 401.

Thus, legal institutions, like ceremonial gift practices, reflect the structures of fundamental experience based on the logic of excess and attest the mutual recognition of people. In contrast to commercial exchange, here we are dealing with invaluable goods, primarily with human dignity, which has value, but not a price, which indicates the fundamentally non-market nature of law. In this regard, the assertion that law arose as a result of the collapse of the system of gifts and the appearance of money, which made equivalent exchanges possible, looks rather controversial. On the contrary, it was the replacement of the logic of equivalence in the circle of talion by the logic of excess in the circle of gift that opened the way to replacing revenge with justice.<sup>32</sup>

### *Experience of Law beyond Institutions*

Any legal experience in one way or another, at least in the long run, is an experience of justice. It is in the phenomenon of the court that the specificity of the legal itself is most clearly manifested, equidistant from both the political, based on the balance of forces, and from the economic, driven by the idea of profit. And at the same time, one of the symbols of justice is the scales – a mechanism for establishing equivalence. Is this enough to achieve justice, the demand for which arises as a demand for the recognition of dignity? In other words, when can we consider ourselves recognized?

The most obvious difficulties connected with this question are in those cases when something irreparable occurs, excluding any equivalence. For example, in the case of murder, we are talking about an irreparable loss that cannot be assessed, and therefore cannot be compensated. But isn't this situation a rule rather than an exception? After all, crime is not only and not so much an encroachment on some good that has a price, but, above all, the non-recognition of the Other in his dignity and the collapse of the common world, constituted by mutual recognition. Mette Lebeck expressed this idea very accurately: "the human being must be more valuable to us than the whole world, given that it co-originate its constitution. It is for this reason that we feel the whole world disturbed by disregard for the human being: it turns the world upside down and institutes chaos in our perception of the world."<sup>33</sup> In this sense, in every crime there always remains an element of the irreparable. This irreparable, which constitutes a truly legal (rather than economic) problem, eludes any equivalence and requires a fundamentally different logic – the logic of excess, or gift.

According to Ricoeur, the tension between the logic of excess, inherent in the gift, and the logic of equivalence, inherent in the structure of justice, arises due to the almost complete identification of the latter with distributive justice. The concept of distribution goes beyond the economy, and the whole society is regarded as a system of roles, tasks, rights and duties, advantages and disadvantages, benefits and difficulties that are distributed among individuals. In turn, justice is seen as a virtue inherent in all institutions of distribution and consisting

<sup>32</sup> For more details see Ricoeur, *The Just*, 133–45; Hénaff, *The Price of Truth*, 214–25.

<sup>33</sup> Mette Lebeck, "On the Problem of Human Dignity," *Bioethics Outlook* 21 (4) (2010), <https://mural.maynoothuniversity.ie/2374/>.

in giving to everyone what is due to him. As Ricoeur writes, the highest point to which this ideal of justice aspires is a society in which the feeling of interdependence is subordinated to the feeling of mutual disinterest: the opposition of interests does not allow the idea of justice to rise to the level of genuine recognition, possible only thanks to the gift.<sup>34</sup>

At the level of society as a whole these gaps of equivalent justice are filled by charity, but in the sphere of justice there is practically no room for the logic of a gift, with the exception of certain institutions related to the reconciliation of the parties. Moreover, as Ricoeur notes, the distance between judgment and mutual recognition tends in a certain sense to increase when the verdict breaks the contest of arguments, leaving the victim on one side and the perpetrator on the other: “The dispute is over, but this only saves from revenge, not brings us closer to a peaceful state.”<sup>35</sup> Therefore, the immediate goal of the judicial decision – the cessation of violence – Ricoeur considers subordinate to the ultimate goal of justice – mutual recognition and the state of peace. In this sense, any sanction is only the beginning of the path that continues in the project of restoration of rights and ends with reconciliation. Thus, recognition goes a long way from the recognition by society of the victim as the victim, and the guilty as guilty and establishing a fair distance between them, to reconciliation of the parties through forgiveness.<sup>36</sup> And although reconciliation can only be spoken of in the mode of desirability, it, according to Ricoeur, is rooted in the nature of law as its beyond-institutional horizon. The latter is based on the logic of the gift and has a secondary effect on legal institutions – insofar as it rises above them.<sup>37</sup>

### III

Comprehending law as experience allows us to discover the limits of equivalent justice. On the one hand, we are dealing with a classic philosophical and legal dispute about the nature of justice as such. At the same time, in the modern world, this problem turns out to be primarily a problem of limits of market.

Thus, Michael Sandel, in the last chapter of his bestselling book on justice, states that “one of the most striking tendencies of our time is the expansion of markets and market-oriented reasoning into spheres of life traditionally governed by non-market norms.”<sup>38</sup> He means mercenary army, surrogacy, human organ trafficking, and more, and invites the reader to ask “what non-market norms we want to protect from market intrusion.”<sup>39</sup>

To answer this question, Hénaff introduces the concept of “priceless,” or, as the author himself clarifies, “incommensurable,” and therefore, not amenable to the transformation into a commodity. It is in the nature of the good in question that the difference between

<sup>34</sup> Paul Ricoeur, “Love and Justice,” *Philosophy and Social Criticism* 21, no. 5/6 (1995): 23–39.

<sup>35</sup> Рикёр, *Путь признания*, 211.

<sup>36</sup> Ricoeur, *The Just*, 133–45.

<sup>37</sup> *Ibid.*, IX–X, 145.

<sup>38</sup> Michael J. Sandel, *Justice: What's the Right Thing to Do?* (New York: Farrar, Straus and Giroux, 2010), 137, pdf.

<sup>39</sup> *Ibid.*

trade exchanges, based on the logic of equivalent, and symbolic “exchanges” of gifts, based on the logic of excess and bearing the meaning of mutual recognition that constitutes the community, is based. Hénaff shows that an equivalent exchange and a gift are not two alternatives that replace each other historically, but two fundamentally different ways of thinking, each of which is in demand in a particular area and is an integral part of our experience. The problem is that today the market tends to become total and replaces the relations of mutual recognition, fundamental for any community, based on the logic of excess.<sup>40</sup>

The philosopher reveals the ontological structures that underlie the spread of the market to the sphere of the priceless. It is about the gap between being and truth, embodied in the image of a sophist: the latter is no longer revealed, but established, for the sophist – the teacher who sells his knowledge for money – like any merchant, does not need to know the nature of his goods; it is enough for him to convince another to buy this product, and this means indifference to the truth.<sup>41</sup>

With regard to law, we are talking about indifference to justice as mutual recognition and its transformation into a commodity, which by and large leads to the disappearance of law as such due to its displacement by relations of a completely different nature. One aspect of this process of market expansion into the realm of law is described by Ricoeur as the gradual replacement of individual responsibility for guilt by a system of collective risk insurance.<sup>42</sup> He writes: “At the limit, however, we might ask whether there remains, at the end of an evolution where the idea of risk would have conquered the whole space of the law of responsibility, only a single obligation, that of insuring oneself against every risk!”<sup>43</sup> Let’s add on our own: the risk that invariably accompanies action in the unknown space of the Other. Market relations based on the logic of equivalence nullify this risk: they require not the recognition of the Other, but consent to the exchange of interchangeable goods, whereas behind the relationship of gift there is always an invaluable human dignity. The idea of dignity as an immeasurable good is supplanted by ideas of security and benefit. However, as Hénaff points out, “It is possible for a world to be entirely proper, quiet, protected, enclosed within its own comfort yet entirely despicable.”<sup>44</sup>

It is important to note that this is not about denying the market as a whole, but about realizing its limits, separating the legitimate function of trade exchange from the unacceptable claim of the market to become an integral project of society, which would mean reducing all the diversity of our experience into one structure – equivalent. Paraphrasing Hénaff, it would be unbearable to understand all experience in terms of the gift, but it would be

<sup>40</sup> Hénaff, *The Price of Truth*; Hénaff, *The Philosophers’ Gift*.

<sup>41</sup> Hénaff, *The Price of Truth*, 9–10.

<sup>42</sup> Ricoeur, *The Just*, 11–35.

<sup>43</sup> *Ibid*, 28.

<sup>44</sup> Hénaff, *The Price of Truth*, 402.

impossible to live if we did not understand any aspect of experience in this way.<sup>45</sup> One such aspect of experience that, being based on the logic of the gift, has been put at risk is law.

### Conclusion

The phenomenological view of law presented here, that is, the understanding of the latter not as an object, but as something that happens to us, allows us to identify the specifics of the legal as such in its difference from the political or economic. While the latter are based on the logic of an equivalent, which implies the establishment of a balance based on a balance of power or fungible goods, the experience of law is fundamentally anti-utilitarian and subject rather to the logic of excess, or gift.

The structure of the gift is most clearly manifested in the experience of justice when it comes to an irreparable loss that cannot be made up for. At the same time, from the point of view of experience, such a situation is rather the rule than the exception, since any crime is not only and not so much an encroachment on some good that has a price, but, above all, non-recognition of the Other in his dignity and the collapse of the common world constituted by mutual recognition. When restoring the latter, equivalent justice can only be an auxiliary means, which, however, will never be enough.

The deeply anti-utilitarian meaning of law is also revealed at the level of the genesis of legal institutions, which, like the practices of the ceremonial gift, confirm the mutual social recognition of people. The latter, sequentially, turns out to be possible only under the condition of an initial excessive recognition of the Other, or recognition of his absolute dignity.

Thus, legal institutions are rooted in the structure of our fundamental experience or way of being in the world. This experience consists in the openness to the infinite otherness of the Other and, in this sense, is subject to the logic of the gift, but it also always carries the risk of being unrecognized and, due to this lack of guarantee, gives rise to the experience that we call the experience of law. Aimed at maintaining the logic of excess, law turns out to be not just one of the aspects of experience, but a condition of experience as such.

At the same time, today, in the conditions of the spread of the market and its inherent logic of equivalence to all spheres of life, the experience of law, subject to the logic of the gift, is also gradually being replaced by relations of a completely different nature. It can be assumed that it is the fundamental role of law in the structure of our experience, or simply the instinct of self-preservation, that makes us still resist these processes. Hénaff writes about it: “The marketplace may well claim to set a price on what is priceless, but we are aware that it cannot determine the value of the priceless or grasp its boundless character. We know that no commercial equation will ever express the price of life, of friendship, of love or suffering, or shared memories – or the price of truth.”<sup>46</sup> Or the price of justice, – we will add for our part.

© N. Satokhina, 2022

---

<sup>45</sup> “It would be intolerable if every exchange of goods were understood as a request for recognition, but life would be unlivable if no exchange were understood as such a request.” (Ibid, 401).

<sup>46</sup> Ibid, 17.



## Bibliography

- Agamben, Giorgio. *State of Exception*. Translated by Kevin Attell. Chicago & London: The University of Chicago Press, 2005.
- Gadamer, Hans-Georg. *Truth and Method*. 2nd ed. Translated by Joel Weinsheimer and Donald G. Marshall. London and New York: Continuum, 2004.
- Habermas, Jürgen. "The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights." *Metaphilosophy* 41, no. 4 (2010): 464–80.
- Heidegger, Martin. *Being and Time*. Translated by Joan Stambaugh. New York: State University of New York Press, 1996.
- Hénaff, Marcel. *The Philosophers' Gift: Reexamining Reciprocity*. Translated by Jean-Louis Morhange. New York: Fordham University Press, 2020. Epub.
- Hénaff, Marcel. *The Price of Truth: Gift, Money, and Philosophy*. Translated by Jean-Louis Morhange and Anne-Marie Feenberg-Dibon. Stanford: Stanford University Press, 2010.
- Lebech, Mette. "On the Problem of Human Dignity." *Bioethics Outlook* 21 (4) (2010). <https://mural.maynoothuniversity.ie/2374/>.
- Levinas, Emmanuel. *Totality and Infinity. An Essay on Interiority*. 20th ed. Translated by Alphonso Lingis. Pittsburgh: Duquesne University Press, 2007.
- Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1973.
- Ricoeur, Paul. *The Course of Recognition*. [In Russian.] Translated by Irina Blauberg and Irena Vdovina. Moscow: Rossijskaja politicheskaja jenciklopedija, 2010.
- Ricoeur, Paul. *The Just*. Translated by David Pellauer. Chicago: The University of Chicago Press, 2000.
- Ricoeur, Paul. "Love and Justice." *Philosophy and Social Criticism* 21, no. 5/6 (1995): 23–39.
- Sandel, Michael J. *Justice: What's the Right Thing to Do?* New York: Farrar, Straus and Giroux, 2010. pdf.

### Наталія Сатохіна. Право і дар: феноменологія правового досвіду

**Анотація.** Стаття має на меті розкрити специфіку правового як такого в його відмінності від політичного чи економічного з феноменологічної точки зору, тобто визначити, що являє собою досвід права і яке його місце в нашому досвіді в цілому.

Ключове припущення полягає в тому, що в той час як політичне та економічне ґрунтуються на логіці еквівалента, яка передбачає встановлення балансу виходячи із співвідношення сил або взаємозамінних благ, досвід права є принципово антиутилітарним і підпорядкований радше логіці надлишку, або дару.

Ця ідея розгортається в три етапи. Перша частина статті визначає місце дару в людському досвіді як такому. Другий розділ присвячено проясненню місця права в нашому фундаментальному досвіді та зв'язку між досвідом права та досвідом дару. У заключній частині порушується питання про трансформацію людського досвіду в сучасному світі та відповідні перспективи права.

Авторка стверджує, що право вкорінене в структурі нашого фундаментального досвіду, або способу буття у світі. Останній полягає у відкритості до безкінечної інакшості Іншого і в цьому сенсі підпорядковується логіці дару. Водночас ця відкритість ніколи не гарантується, що й породжує досвід права. Націлене на підтримку логіки надлишку, або дару, право виявляється не просто одним із аспектів досвіду, а умовою досвіду як такого. Разом з тим сьогодні, в умовах поширення ринку та властивої йому логіки еквівалентності на всі сфери життя, досвід права, підпорядкований протилежній ідеї, а з ним і досвід як такий, опиняється під загрозою.

**Ключові слова:** досвід права; дар; безцінне; взаємне визнання; гідність.

**Наталья Сатохина. Право и дар: феноменология правового опыта**

**Аннотация.** Цель статьи состоит в том, чтобы раскрыть специфику собственно правового в его отличии от политического или экономического с феноменологической точки зрения, то есть определить, что представляет собой опыт права и каково его место в нашем опыте в целом.

Ключевое предположение состоит в том, что, в то время как политическое и экономическое основываются на логике эквивалента, предполагающей установление баланса на основе соотношения сил или взаимозаменяемых благ, опыт права является фундаментально антиутилитарным и подчинен скорее логике избытка, или дара.

Эта идея раскрывается в три этапа. Первая часть статьи определяет место дара в человеческом опыте как таковом. Второй раздел посвящен прояснению места права в нашем фундаментальном опыте и связи между опытом права и опытом дара. В заключительной части поднимается вопрос о трансформации человеческого опыта в современном мире и соответствующих перспективах права.

Автор утверждает, что право укоренено в структуре нашего фундаментального опыта или способа существования в мире. Последний состоит в открытости к бесконечной инаковости Другого и в этом смысле подчиняется логике дара. В то же время, эта открытость никогда не гарантируется, что и порождает опыт права. Нацеленное на поддержание логики избытка, или дара, право оказывается не просто одним из аспектов опыта, а условием опыта как такового. Вместе с тем сегодня, в условиях распространения рынка и присущей ему логике эквивалентности на все сферы жизни, опыт права, подчиненный противоположной идее, а с ним и опыт как таковой, оказывается под угрозой.

**Ключевые слова:** опыт права; дар; бесценное; взаимное признание; достоинство.

**Nataliia Satokhina. Law and Gift: Phenomenology of Legal Experience**

**Abstract.** The article aims to reveal the specificity of the legal as such in its difference from political or economic from a phenomenological point of view, that is, to determine what the experience of law is and what is its place in our experience as a whole.

The key assumption is that while the political and the economic are based on the logic of the equivalent, which implies the establishment of a balance based on the balance of forces or interchangeable goods, the experience of law is fundamentally anti-utilitarian and subordinated rather to the logic of excess, or gift. This idea unfolds in three stages. The first part of article detects the place of gift in human experience. The next one is about the place of law in fundamental experience and the relationship between the experience of law and the experience of gift. In the final part, the question of the transformation of human experience and the corresponding perspectives of law is raised.

The author argues that law is rooted in the structure of our fundamental experience or way of being in the world. The latter consists in the openness to the infinite otherness of the Other and, in this sense, is subject to the logic of the gift. At the same time this openness is never guaranteed, which gives rise to the experience of law. Aimed at maintaining the logic of excess or gift, law turns out to be not just one of the aspects of experience, but a condition of experience as such. However, today, in the conditions of the spread of the market and its inherent logic of equivalence to all spheres of life, the experience of law, subject to the opposite idea, and with it the experience as such, appears to be under threat.

**Keywords:** experience of law; gift; priceless; mutual recognition; dignity.

Одержано/Received 15.04.2022

## HUMAN NATURE – AN EMBODIED PHENOMENOLOGICAL PERSPECTIVE

### Introduction

If available history of mankind be inspected, a certain existential fact will strikingly come to light – the fact that the state of being human is not any completed phenomenon, but an ongoing process. And this process of socio-psychological evolution that has continued beyond the biological evolution of humans could also be seen to be dialectical in character. Being human has always been a state attained to through the synthesis of diverging/opposing theses, and man as a social being has always been a cross product of such antagonistic existential forces.

In a sense this whole process could be viewed as varying instantiations of the “nature vs. nurture” debate. But when human nature itself has to be evolved through such dialectics, this simple view becomes problematic. To tackle this situation theoretically, we may have to invoke the grander debate of the explanatory vs. the normative.

Prior to the emergence of what we call “scientific,” the explanatory aspect of this general debate used to be some metaphysical or religious scheme, wherein the norms regulating human behaviour could easily be derived from the comparatively simpler dictates of such scheme. With science assuming the explanatory role, such simplicity of the normative aspect has been lost for ever. We now have complicated legal systems supposedly informed by relevant scientific discoveries. But the question remains- are they really so informed and updated properly?

The question posed has to be addressed with reference to the contemporary scientific understanding of human agency. Undisputedly, there is a distinction postulated between the cognitive and the bodily dimension of such agency.

In criminal jurisprudence, for instance, these dimensions are envisaged respectively in terms of the principles of “mens rea” and “actus reus.” Also, as per the prevalent scientific world view, the brain is conceived as the controlling center of both these dimensions. That being so, in adjudicative proceedings the so-called conception of the “reasonable man” is often unknowingly identified with the presumption as to the man being/having a “reasonable brain.”

Now, when we enquire, on what basis such reasonableness is assessed, we will be surprised to see that apart from the folk psychological notions that are still driving our legal institutions,

---

\* Shiva Rahman, PhD, Independent Researcher, Calicut (Kerala, India).

Шива Рахман, доктор філософії, незалежний дослідник, Калікут (Керала, Індія).

e-mail: [shiva9995115836@gmail.com](mailto:shiva9995115836@gmail.com)

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2483-4590>

this is done largely in functional and anatomical terms exclusively on the basis of the results from brain imaging techniques. And it is when legal practitioners enthusiastically embrace this presumption of a “reasonable brain” and on such basis make, in courtrooms, naïve scientific claims as to the issue of culpability, that intellects like Prof. Stephen J. Morse have had to intervene with extreme proclamations like: “Brains are not responsible. Acting people are.”<sup>2</sup>

But what really is the case? In order to understand what science really means by “brain,” we have to listen to some authority in the field of neuroscience. Let me quote Prof. Michael O’Shea, on the current scientific understanding of human brain:

Sensory receptor neurons feed information via sensory nerves into the nervous system, providing the brain with real-time data on both the internal state of the body and about the outside world. Furthermore, information flowing into and out of the brain is carried not only by the nerve cells. About 20 percent of the volume of the brain is occupied by blood vessels, which supply the oxygen and glucose for the brain’s exceptionally high energy demand. The blood supply provides an alternative communication channel between the body and the brain. Endocrine glands throughout the body release hormones into the blood stream. These hormones inform the brain about the state of bodily functions, whilst the brain deposits hormonal instructions into its blood supply for distribution globally to the rest of the body. So, when we say brain does x or y, the word brain is a short hand for all of the inter dependent interactive processes of a complex dynamical system consisting of the brain, the body, and the outside world.<sup>3</sup>

Now, this is rather a scientifically informed existential conception of brain/man, which renders Prof. Morse’s assertion untenable. In this sense, brains are indeed responsible- where by “brain” is not meant what in popular imagination, after the idea of the CPU of a modern digital computer, is conceived as a complex machine installed in the skull, acting as a center for issuing instructions to the rest of the body, but the existential conception emphasized in the above excerpt. And it is in this context that the question whether our legal systems are really scientifically informed becomes relevant, and that we have to think of revolutionizing the normative that has been guiding our social life.

All the same, an extreme normativist would object that any scientific discovery, however significant, doesn’t call for a revolution in the normative structure of social institutions! This stance is based on the view that norms are founded on beliefs and principles, rather than scientific know-how. But when it comes to the institution of law and justice this stance becomes problematic, especially in criminal jurisprudence which is largely founded on beliefs and principles as to human nature.

As we have noted in the beginning, human nature, if at all there is such a phenomenon, has forever been in a process of dialectical evolution as a synthesis between the explanatory and the normative. With science assuming the explanatory role, human agency has to be

---

<sup>2</sup> Stephen J. Morse, “Brain Overclaim Syndrome and Criminal Responsibility: A Diagnostic Note,” *Ohio State Journal of Criminal Law* vol. 3 (2006): 406.

<sup>3</sup> Michael O’Shea, *The Brain: A Very Short Introduction* (Oxford University Press, 2005), 3.

conceived rather in its total existential situatedness – as becomes evident from the excerpt shown. Consequently, the normative that is to be formulated in legal terms has to reflect this fact. I am not saying that the present-day normative structure hasn't been scientifically informed. But the presumption in any such approach has been that human agency is by and large identical with the conscious cerebral aspect of such agency.

But the triad of the brain, the body and the outside world mentioned in the excerpt makes it clear that it cannot be so limited. In the context of adjudicative proceedings, schematically, the “brain” in the triad stands for the conscious cerebral agency, which not only founds the very notion of “reasonable man” but also makes possible the whole enterprise of law and justice. Consequently, this aspect has had an overshadowing effect on the concept of being human, at least in the realm of jurisprudence. Hence, scientific intervention is usually entertained with the specific aim of ascertaining whether the person in question has the cerebral capacity of a “reasonable man” by looking for possible handicap in terms of functional or anatomical anomaly reflected in behaviour.

Schematically, the other two aspects of the triad – namely “the body” and “the world” – could stand respectively for the subconscious-affective and the socio-cultural dimensions of human agency. Thus, even if we make allowances for the peculiarities of the “brain” factor, the body and its environs (i.e. the outside world- both physical and socio-cultural) remain unattended. These have not only scientific implications, but legal and political implications as well. But how can we accommodate these existential facts in the normative framework that sustains societal life?

Nothing less than a conceptual re-evaluation will do. Towards this end, we will first re-invoke the notion of “human nature” posed above and analyze it further from a socio-historic perspective. Based on this analysis we will show how flawed is the concept of “reasonable man” that's been upheld by the legal systems all over the world. In this effort, we will point out how obsolete this conception is, and how unfair has this been to the existential reality of embodied human agency. After this, we will venture on to bringing to light a different scheme of such agency available in the existential phenomenological tradition that is capable of revolutionizing the notion of “reasonable man” and thereby enlightening criminal jurisprudence. And in view of such a re-orientation of the notion of human agency, the question to be addressed lastly in the paper will be, what cause should the normative serve ultimately – retribution or reformation?

### **I. Human Nature as a Synthesis of the Explanatory and the Normative**

We have claimed in the beginning that all through the history of mankind, the notion of human nature has had a dialectical evolution as a synthesis of the explanatory and the normative. In every society, at the base of the normative, there is always a set of current common beliefs and values. And depending on the customs and practices of each society, and the stage of socio-economic advancement that it is in, such beliefs and values vary. This has always been so right from the origin of civilization. Thus, the normative has often

remained a political choice rather than any necessity. Whereas the explanatory thesis, having its basis always in some system or other, has rather imposed itself as a necessity. And interestingly in this scheme of things, the political choice is often pre-determined by the explanatory thesis and it so remains until it develops an inner contradiction paving way for a new thesis.

Prior to Modernity, religious dogmas or metaphysical speculations used to supply the explanatory thesis. But with the emergence of modern thought, from such naivety, the explanatory scheme has evolved into a spectrum of sophisticated theories of scientific, socio-political, economic as well as psychological origin. And this sophistication has enhanced over the centuries spanning Modernity, and peaked over the last century of paradigm shifts in the natural and social sciences.

On the one hand, the emergence of Marxism, Existentialism, Psychoanalytic Theories, and the so-called post-modernist rebellion have contributed to this development. And on the other, besides the new relativistic cosmology and quantum theory, the advent of behavioural and cognitive neurosciences, evolutionary biology and advanced genetics have overhauled and revolutionized the explanatory aspect. Therefore, it is against this intellectual background that we have to take up for analysis this phenomenon of “human nature,” and thereby respond to the question raised in the beginning, viz. are our legal systems really informed and updated properly?

### *1. “Reasonable Man” and Human Nature*

As we have already noted, the common legal criteria for ascertaining “reasonableness” has been behavioural evidence. But as is well known, such an approach is laden with the risk of a certain conceptual circularity in as much as the main symptoms of the “mental condition” so determined are often the very same behaviour. To tackle such inherent bootstrapping, with the advent of brain imaging techniques, some sophistication (purely in anatomical and functional terms) has been added to this criterion. But no socio-cultural and ecological aspects of embodied human agency underlying such “misbehaviour” have been reckoned yet. In other words, as per our above scheme, the “brain” aspect involved has been addressed to some extent, whereas the “body” aspect and the “world” aspect remain largely unattended.

When we enquire into the conceptual foundation of this approach, we can see that it is by and large intellectualist or rationalist in nature – which the above-mentioned paradigm shifts have long problematized. So, it becomes pertinent to enquire what alternatives we have in this domain that is capable accommodating the neglected aspects of embodied societal being of mankind, thereby reflecting the lived realities of such being.

In the intellectualist/rationalist approach, the only parameter determining culpability is the agent’s functioning sense of reason. Therefore, technically, the process of law only has to check whether such cognitive sense is present or not without any regard to the conative aspect of the agent. The apparently conative legal notions such as “consent” or “intentionality” are not overlooked here. They form part and parcel of the process, but what the process

neglects is their embodied and worldly dimensions in terms of inter-corporeal action against the backdrop of a certain societal setup. The process of law abstracts such elements from the material and worldly conditions of their operation and attributes them to disembodied rational agents, idealized in the concept of the “reasonable man” or the rational, reasonable and responsible subject.

Interestingly, this particular jurisprudential stance is actually derived from a more generic epistemological stance that has had a long and venerable legacy tracing back to the ancients. The most enigmatic philosopher ever, and the first system builder in the discipline expresses his version of it in the following words: “It seems that so long as we are alive, we shall continue closest to knowledge if we avoid as much as we can, all contact and association with the body, except when they are absolutely necessary, and instead of allowing ourselves to become infected with its nature, purify ourselves from it until God himself gives us deliverance.”<sup>4</sup>

From the Ancients when it came to the Moderns, though the whole approach of philosophical enquiry is claimed to have undergone a revolutionary shift, in terms of method and focus, evidently it was not freed from the grip of classical thought on the matters of body and mind. We have the founding father of Modern philosophy asserting:

Simply by knowing that I exist and seeing at the same time that absolutely nothing else belongs to my nature or essence except that I am a thinking thing, I can infer correctly that my essence consists solely in the fact that I am a thinking thing. It is true that I may have a body that is very closely joined to me. But nevertheless, on the one hand I have a clear and distinct idea of myself, in so far as I am simply a thinking non-extended thing; and on the other hand, I have a distinct idea of body, in so far as this is simply an extended, non-thinking thing. And accordingly, it is certain that I am really distinct from my body, and can exist without it.<sup>5</sup>

Thus, as Ortega says, in *History as a System*, “the trouble with nearly all traditional account of man is the whole ‘res business’!”<sup>6</sup> And in fact the jurisprudential conception of man still remains deeply rooted in such accounts!

As we have noted above, interventions in the form of neuro-scientific techniques of the recent past might have brought in some apparent improvements, but the basic conception still remains by and large Cartesian, as becomes evident from the claims of eminent jurists such as HLA Hart to the effect that justice demands the assumption of an abstract, universal, rational, and autonomous legal subject.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Plato, Phaedo, 67a-b, in *The Last Days of Socrates*, trans. Hugh Tredennick (Harmondsworth, Middlesex: Penguin Classics, 1954).

<sup>5</sup> Rene Descartes, *Meditations on First Philosophy with Selections from the Objections and Replies*, IV, trans. John Cottingham and Bernard Williams (Cambridge University Press, 1996), 54.

<sup>6</sup> Jose Ortega Y Gasset, *History as a System and Other Essays Towards a Philosophy of History*, trans. H. Weyl, E. Clark and W. Atkinson (Norton, 1962), 190.

<sup>7</sup> Herbert L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009).

Now, as per the changed socio-scientific paradigms, since humans are embodied social agents rather than disembodied solitary “cogitos,” such disregard of the affective-willing part is not justifiable anymore. In line with the intellectual breakthroughs of the last century it is high time that criminal jurisprudence reckoned the being of humans in its totality. And it is in this respect, that the conceptual framework needs to be revamped to include the “bodily” and “worldly” dimensions that we have acknowledged above to be forming such totality. But for the reasons stated so far this task will prove to be impossible if we stick to the traditional rationalist/intellectualist conceptions of the being of humans. Therefore in this task we have to explore the outer domains of such traditional views.

## 2. A “Bodily” and “Worldly” Account of Man

The current neuroscientific account of the brain, as we have seen, takes into account the bodily and the worldly dimensions of human existence, thereby giving such conception a socio-cultural connotation as well rather than confining it to a narrow scientific definition. Therefore, it would be proper to begin with a sociological notion of embodiment that reflects this inclusiveness. One such view is proposed by Elizabeth Grosz: “...the body, or rather bodies, cannot be adequately understood as ahistorical, precultural, or natural objects in any simple way; they are not only inscribed, marked, engraved, by social pressures external to them but are the products, the direct effects, of the very social constitution of nature itself.”<sup>8</sup>

This account of body as the “social constitution of nature itself” is what criminal jurisprudence has been overlooking in entertaining solely the naturalist neuro-scientific explanations for the aberrations from its ideal of the “reasonable man” that it comes across in court rooms. It can’t be denied that a purely scientific approach has its own merits. But it doesn’t treat embodied human agency as “social constitution of nature.” Rather we have at its base the “ghost in the machine”<sup>9</sup> conception of human agency, where the “ghost” is presumed to be a rational, reasonable and responsible universal subject!

Now, this is not a problem arising solely from the normative foundations of criminal jurisprudence, rather is one that arises from a mismatch between the conceptual foundations of the normative and the scientific in general. Put briefly, the mismatch consists in the fact that while the foundations of the scientific have advanced to the post-modern levels, the foundations of the normative have remained stagnant at the level of modernity. Thus, at the present stage of the dialectical evolution of the scientific and the normative, a level playing conceptual ground for these aspects is lacking – the scientific has advanced from the Cartesian ideals, whereas the normative still remains by and large Cartesian!

It is not denied here that criminal jurisprudence has imbibed the liberal and humanist values that emerged over the centuries of modernity. Rather it is those values that have ironically caused the stagnation mentioned. This is because of the fact that all such values

---

<sup>8</sup> Elizabeth Grosz, *Volatile Bodies: Toward a Corporeal Feminism* (Bloomington, IN: Indiana University Press, 1994), x.

<sup>9</sup> See Gilbert Ryle, *The Concept of Mind* (Oxon: Routledge, 2009), 5.



have at their core the natural/biological order of things. And in such order human embodiment is conceived as something fixed and material which has universal properties. It is this universality and materiality of embodiment that have perpetuated the conception of a “reasonable ghost” in a “normal machine”! In other words, while we have been entertaining and exploring various psychical possibilities of human existence, we have only had a pre-given normative of the body susceptible only to naturalistic interventions that would fit into the ideal of a rational, reasonable and responsible universal subject. And any revelation as to human embodiment beyond the scope of this, like the one that we have seen in the beginning has conveniently been overlooked. Thus, in essence, criminal jurisprudence has lacked a proper theory of the body all along!

Now, this is not surprising at all, for no other realm of knowledge is an exception to this tendency. Academic interest in the peculiarities of embodied human social existence is only a recent development, and consequently the related literature is still in the toddling stage. However, if we inspect the phenomenological tradition, we can see a prominent exception to this rule. The theory of body developed by the French phenomenologist Maurice Merleau-Ponty has the potential of mitigating all conceptual injustice that’s been done to embodied human existence over the centuries. When it comes to embodiment, that phenomenological theory serves as a harmonious and synchronous synthesis of the normative and the scientific! Let us briefly explore the main features of that theory in an illustrative manner.

## II. Merleau-Ponty’s Conception of Human Embodiment

In his existential phenomenological take on embodiment and perception, Merleau-Ponty actually overhauls the very idea of embodied human agency to the extent that his entire philosophical project is founded on this new insight. The hallmark of his new conception is that it treats human existence primarily as a perceptual phenomenon materialized in the real capacities of the body rather than something idealized in the normative conception of the “cogito.” Given the corporeal nature of criminal offences and the associated criminal procedure of trial and penal sanctions, this scheme assumes much significance in its implications for criminal jurisprudence as seen against the conceptual background that we have elaborated so far. Let us see briefly, what this phenomenological conception of the body consists in.

For Merleau-Ponty, the “lived body” (as phenomenologists love to term embodied human agency)<sup>10</sup> is not just an interface between consciousness and the world, rather it shapes the primary way of “being in the world.”<sup>11</sup> For him, the former is the case only when the body

---

<sup>10</sup> This notion is an original contribution by Edmund Husserl, the founder of Phenomenological movement. See Edmund Husserl, *Cartesian Meditations*, trans. Dorion Cairns (The Hague: Martinus Nijhoff, 1960). However, for his project, Merleau-Ponty has a thoroughly revised version of it.

<sup>11</sup> This notion comes from Heidegger’s thought, which Merleau-Ponty embraces whole-heartedly. See Martin Heidegger, *Being and Time*, trans. John Macquarrie and Edward Robinson (New York: Harper and Row, 1962).

is viewed from an objective perspective as a certain physio-anatomical complex formed of flesh, nerves, bones etc. so that it could be envisaged as having a merely contingent relation to one's being. Whereas in reality one's lived body is not separable even in thought from one's existence!

He proposes "lived body" as the way body appears in experience as it simultaneously structures our experience. It is the very locus of intentionality<sup>12</sup> and it constitutes our point of view and our point of departure. He puts this point in the essay, *The Primacy of Perception* thus: "... as embodied perceivers, we do not typically understand ourselves as pure egos standing in a merely external relation to our bodies, for example by 'having' or 'owning' them, instead the body is itself already the concrete agent of all our perceptual acts." He also proclaims there: "I am necessarily an embodied point of view."<sup>13</sup>

In such embodied point of view, according to him, there operates something alive and mobile which is directed towards the world.<sup>14</sup> And that something, which is always at work in the lived body, which may be thought of as a pre-reflective kind of intelligence is what Merleau-Ponty terms as "operative intentionality." Let us see in detail what the modality of this operant reason is, and what its implications are.

### 1. Operative Intentionality

For Merleau-Ponty, operative intentionality is something definitional of the very way; nay the only way of the lived body's being in the world as a perceptual phenomenon. Citing the results from various empirical research projects of his time and analyzing them, he shows that explicit object-oriented intentional experience arises only against the background of this pre-cognitive "motor intentionality." It operates pre-reflectively, anonymously and passively, in tune with what he calls the "body schema" of the lived body, in the form of an interplay of "motivations" directed towards the world. And according to this scheme, human existence is established primarily as a silent, circular hermeneutics between the body and the world.

Now what kind of a phenomenology has this operant reason or bodily intentionality that is at work in our very being in the world essentially as a perceptual being? And what are these "motivations" and the "body schema" that he refers to? Just as Merleau-Ponty puts it in his magnum opus *Phenomenology of Perception*,<sup>15</sup> since our existence is too tightly caught up in the

---

<sup>12</sup> This is a phenomenological term, which broadly means the directedness of consciousness/embodyment (depending on the context) towards an object of thought/perception. This could be thought of as the conceptual template from which all other forms of "intention" (literary, legal etc.) are drawn.

<sup>13</sup> Maurice Merleau-Ponty, *The Primacy of Perception and Other Essays on Phenomenological Psychology, the Philosophy of Art, History, and Politics*, ed. James M. Edie (Northwestern University Press, 1964), 90–94, 200.

<sup>14</sup> By "world" not only the physical aspect of it is meant, but also the socio-cultural aspects as well. Though in our illustrations that follow we will be focusing on the physical aspect, the insights that we derive from them apply equally to such other aspects as well, since our intellectual framework is that of existential phenomenology, wherein such demarcations are dissolved.

<sup>15</sup> Maurice Merleau-Ponty, *Phenomenology of Perception*, trans. Colin Smith (London: Routledge & Degan Paul, 1962) (hereafter referred to as *PP*).

world to know itself as such,<sup>16</sup> it would be better to try shedding some light on that “perceptual being” by way of some anomalies found in the same. So, I would take up two cases of perceptual anomaly that Merleau-Ponty discusses and try to clarify the concepts through them.

A simple and typical case that Merleau-Ponty analyses is the case of a subject whose oculo-motor muscles have been paralyzed. Normally, it is our experience that a landscape remains fixed as we move our eyes and head, looking out across it. But for such a subject, the experience is different. He sees the entire landscape shift to the left when he thinks he is turning his eyes in that direction. Analyzing this situation, Merleau-Ponty rejects both cognitivist and associationist accounts of the illusion, which are in terms of reasons and causes respectively. He comments thus: “This, classical psychology maintains, is because perception reasons: the eye is supposed to swing to the left, and since nevertheless the retinal images have not moved, the view must have slipped leftwards to have kept them in place in the eye.”<sup>17</sup> And notices that Gestalt psychology has already disapproved of this position. On the Gestaltists’ stance, he comments approvingly: “Gestalt theory informs us that the perception of the position of objects does not pass through the detour of an express body-consciousness: at no moment do I know that the images remain stationary on the retina; I see directly the landscape move to the left.”<sup>18</sup>

However, without subscribing any further, he immediately brings out the logical flaw in their overall approach. He reminds us the fact that consciousness by its very nature is not confined to receiving in a ready-made fashion any illusory phenomenon produced outside itself by physiological causes. “For the illusion to be produced, the subject must have intended to look to the left and must have thought he moved his eye,” – he asserts.<sup>19</sup>

According to Merleau-Ponty, the movements of the body are naturally invested with a certain perceptual significance, and the body and the world form “... such a well-articulated system that external perception ‘takes account’ of the movement of the organs of perception, finding in them if not the *express explanation*, at least the *motive* for the changes brought about in the spectacle, and can thus understand them instantly.”<sup>20</sup>

In the Merleau-Pontyan scheme, the “motive” is a key concept that is definitional of the modality of the operant reason. It signifies the interlinked flow of human actions ensured not by any cause and effect chain, but the existential meaningfulness of such sequence.

One phenomenon release another, not by means of some objective efficient cause, like those which link together natural events, but by the meaning which it holds out – there is a *raison d’être* for a thing which guides the flow of phenomena without being explicitly laid down in any one of them, a sort of operative reason.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> See preface to *PP*, xvi.

<sup>17</sup> *Ibid*, 55.

<sup>18</sup> *Ibid*.

<sup>19</sup> *Ibid*.

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

<sup>21</sup> *Ibid*, 57–58.

Thus existentially, it is the flow of “motives” which constitutes the peculiar, operative reason that he refers to. And consequently, the phenomenology of this operative reason has to be sought in the manifestation of such flow of motivations. Now, this flow in turn is guided by the following principle of interplay of motivations.

To the degree that the motivated phenomenon comes into being, an internal relation to the motivating phenomenon appears; hence, instead of the one merely succeeding the other, the motivated phenomenon makes the motivating phenomenon explicit and comprehensible, and thus seems to have preexisted its own motive.<sup>22</sup>

In the normal perceptual being, the flow of motivations remaining unobstructed, such phenomenology of operant reason may not be detectable. However, this could be brought out in the perceptual anomaly under discussion. In this case, the subject intends to look left. But owing to the paralysis of oculo-motor muscles, the landscape remains stubbornly fixed in the subject’s gaze. This situation, in fact, opens a window to the modus operandi of the operative reason. To capitalize this, we have to reckon certain existential phenomenological facts pertaining to the situation that Merleau-Ponty brings to our notice.

He points out that, when one intends to look to the left and moves her eyes accordingly, such movement of the eyes carries within it “as its natural translation an oscillation of the visual field.”<sup>23</sup> Of course in such normal perception the objects remain in place- but only after a moment’s fluctuation. According to him, this consequence is not learnt but is one of the natural formations of the psychosomatic subject. It is “an annex of what he conceives as one’s ‘bodily schema,’”<sup>24</sup> and the immanent meaning that “the shift of gaze” holds out according to the operant reason.

Therefore, in the case at hand, when the “shift of gaze” stops short of such a change – that is when the subject is conscious of moving her eyes without the view’s being affected – according to Merleau-Ponty, “the phenomenon is translated, without any express deduction, by an apparent shift of the object leftwards.”<sup>25</sup> Now, this has to be analyzed in the light of the principle of interplay of motivations that we noted above.

According to the principle, “to the degree that the motivated phenomenon comes into being, an internal relation to the motivating phenomenon appears.” Here the motivating phenomenon, viz. the shift of the eye, as we have noted above, inherently carries within it an oscillation of the visual field. In the normal course, when the motivated phenomenon is fulfilled, an internal relation to the motivating phenomenon is established and the “flow” of motivations remains uninterrupted until the motivated phenomenon, viz. the shift of the view is brought into being. Therefore, no illusions are produced.

However, in the anomalous case under consideration, though the motivating phenomenon inherently brings about an oscillation of the visual field, such oscillation doesn’t culminate

---

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Ibid, 55.

<sup>24</sup> See the next section.

<sup>25</sup> Merleau-Ponty, *Phenomenology of Perception*, 55.

in the fulfilment of the motivated phenomenon. Hence no internal relation as envisaged has been established. But the “operant reason” is at work. And it is at work in the “well-articulated system formed of the body and the world” that we have noted above, wherein external perception “takes account” of the movement of the organs of perception. And in this scheme, just as Merleau-Ponty asserts, the phenomenon of the oscillation of the visual field is translated, without any express deduction, by an apparent shift of the object leftwards – resulting in a retrospective illusion. According to him: “The gaze and the landscape remain as it were glued together, no quiver dissociates them, and the gaze, in its illusory movement, carries with it the landscape, and the latter’s sideslip is fundamentally nothing but its fixity in a gaze which we think is moving.”<sup>26</sup>

It is in this existential cohesion of the body and the world, and the resultant flow of motivations that the operant reason finds its expression. But at the heart of such phenomenology, there are no reasons or causes, but “motives.”

Thus, the subject does not reason/have to reason the movement of the landscape from beliefs about the position of his eyes and the position of the landscape in relation to his eyes. Nor does the stationary retinal image cause this movement. The turning of the gaze is neither a reason nor a cause, but a “sign” that “motivates” the perceptual effect mentioned. This *raison d’être* which guides the flow of phenomena, “something between movement as a third person process and thought as a representation of movement-something which is an anticipation of, or arrival at, the objective and is ensured by the body itself as a motor power, a ‘motor project’”<sup>27</sup> – is also conceived by Merleau-Ponty as what he terms motor intentionality.

Now, this “motor power” is not anything ghostly, but an integrated set of skills self-operating in the body as a system of present positions, as well as one open to an infinite number of equivalent positions directed to other ends,<sup>28</sup> keeping the body “poised and ready to anticipate and incorporate a world prior to the application of concepts and the formation of thoughts and judgments.”<sup>29</sup> Such a schematic conception of the body as a system of present and probable positions is what Merleau-Ponty calls the “body schema.” This is an “immediately given invariant whereby the different motor tasks are instantaneously transferable” and therefore is not only an experience of one’s body, but an experience of one’s body-in-the-world.<sup>30</sup> It is as a rearrangement and renewal of such body schema, that Merleau-Ponty conceives the idea of “habit.” Before coming to that, let’s try to have a clearer understanding of what the body schema is.

<sup>26</sup> Merleau-Ponty, *Phenomenology of Perception*, 56.

<sup>27</sup> Ibid, 127.

<sup>28</sup> Ibid, 163.

<sup>29</sup> Taylor Carman, “The Body in Husserl and Merleau-Ponty,” *Philosophical Topics* 27, no. 2 (1999): 219.

<sup>30</sup> Ibid.

## 2. Body Schema

“The theory of the body schema is, implicitly, a theory of perception.”<sup>31</sup> This assertion gives us a sense as to how important this concept is in the Merleau-Pontyan scheme of embodiment and perception.<sup>32</sup>

He introduces the concept while describing the spatiality of the body thus: “... my whole body for me is not an assemblage of organs juxtaposed in space. I am in undivided possession of it and I know where each of my limbs is through a body image in which all are included.”<sup>33</sup>

And immediately gives an account of the development of the idea as a scientific notion from a primary understanding as a “compendium of bodily experience.” Such a conception, he admits, had been “capable of giving a commentary and meaning to the internal impressions and the impression of possessing a body at any moment.”<sup>34</sup>

Also, this was supposed to register for the subject:

- 1) the positional changes of the parts of her body for each movement of one of them,
- 2) the position of each local stimulus in the body as a whole, and
- 3) an account of the movements performed at every instant during a complex gesture.

In short, this idea of body image amounted only to “a continual translation into visual language of the kinesthetic and articular impressions of the moment.”<sup>35</sup> And the same was supposed by the neuroscientists of his time, gradually to show itself through childhood in proportion as the tactile, kinesthetic and articular contents were associated among themselves or with visual contents.<sup>36</sup>

This associationist conception of body image, however proved itself to be inadequate when put to use by psychology. So, the psychologists had to adopt it as a *de jure* concept, so that it is not confined to contents actually and fortuitously associated in the course of the subject’s experience – rather “it is in some way anterior to them and makes their association possible.”<sup>37</sup>

---

<sup>31</sup> Merleau-Ponty, *Phenomenology of Perception*, 239.

<sup>32</sup> *Schéma corporel* is the terminology used by Merleau-Ponty. It must be noted here that apart from this one exception quoted, elsewhere in the work, the translator has used the term “body image” to stand for this concept. Unfortunately, this has been highly misleading a usage, for both in philosophic and neuro-physiological literature, these two terms usually refer to different concepts that have different implications. Ample literature has ensued too, on these lines. See for instance Shaun Gallagher, “Body Image and Body Schema: A Conceptual Clarification,” *The Journal of Mind and Behavior* 7, no. 4 (Autumn 1986): 541–54; Frederique de Vignemont, “Body Schema and Body Image – Pros and Cons,” *Neuropsychologia* 48, no. 3 (2010): 669–80. However, duly recognizing such differences, Merleau-Ponty has had a unique conceptualization of this notion. This is firmly founded on the existentialist ideal of “being in the world.” We will stick to this in our exposition, using the two terms interchangeably to denote the same concept as has been developed by him.

<sup>33</sup> Merleau-Ponty, *Phenomenology of Perception*, 113.

<sup>34</sup> *Ibid.*

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

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.*, 114.

He takes into account the Gestalt Psychologists' view that the body image/schema could no longer be seen as "the straightforward result of associations established during experience," but only as a total awareness of the subject's posture in the inter-sensory world – a "form."<sup>38</sup> However, for Merleau-Ponty, even such a conception is not adequate. He points out the conceptual inconsistency therein: "It is inadequate to say that my body is a form, that is to say a phenomenon in which the totality takes precedence over the parts. How is such a phenomenon possible? Because a form, compared to the mosaic of a physico-chemical body or to that of "cenesthesis," is a new type of existence."<sup>39</sup>

He also reckons the psychologists' point that the body schema is dynamic. But rejects their explanation of the same in terms of the active integration of the parts of the body only in proportion to their value to the organism's projects. As we will see below, he too accounts for the dynamic recalibration of the body schema. However, "dynamicity" for him means something very different from what it means for the psychologists. "Brought down to a precise sense, this term means that my body appears to me as an attitude directed towards a certain existing or possible task," – he observes.<sup>40</sup>

Now this stance is obvious in the light of the existential supplementarity and the hermeneutical circularity between the body and the world that we have stressed so far in the Merleau-Pontyan scheme. Also, as we have seen, both of these attributes of human existence are founded on the spatiality of the world and human embodiment. So, the "body schema" at work in this existential dialectic too derives from the foundational spatial aspect of embodiment. However, such spatiality is different from the ordinary conception of the same. Body's spatiality "is not, like that of external objects or like that of 'spatial sensations,' a *spatiality of position*, but a *spatiality of situation*."<sup>41</sup> It is based on this "spatiality of situation," that Merleau-Ponty develops his own version of the concept of body schema.

"Being in the world" itself is the primordial situation that Merleau-Ponty envisages. And such being, true to its Heideggerian legacy, is accomplished through the various projects and tasks that the body intends in the world. In such engagement, however, the spatial situatedness of the body is uniquely characterized: "The word 'here' applied to my body does not refer to a determinate position in relation to other positions or to external coordinates, but the laying down of the first co-ordinates, the anchoring of the active body in an object, the situation of the body in face of its tasks."<sup>42</sup>

Now this laying down of the first co-ordinates and the anchorage of the active body in the world, viewed from the bodily space amounts to laying down a certain schema of spatial orientation. This is what Merleau-Ponty calls body schema/image. However, such a schema for him is not anything objective or biological. It is essentially existential and hermeneutical and therefore dynamical – which fact he has asserted and upheld all through his career.

---

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> Ibid, 114–15.

<sup>42</sup> Ibid, 115.

The body schema is a lexicon of corporeality in general, a system of equivalences between the inside and the outside which prescribes from one to the other its fulfilment in the other.<sup>43</sup>

So, unlike the traditional conceptions of the body schema, or even the later scientific appropriations of the same, for him, this is necessarily a consequence of the existential circularity between the body and the world. It is by way of such a unique conception, that he successfully explains the “phantom limb” phenomenon – which has accrued around it much neuroscientific and psychological literature spun about the idea of body image/schema, though without any success in a valid explanation.<sup>44</sup>

The existential and hermeneutical thrust of the concept we have already demonstrated above while dealing with the allied key concept of operative intentionality. We have seen there, how external perception “takes account” of the movement of the organs of perception and carries out, without any express deduction, the necessary hermeneutics according to the existential situation. It remains to be demonstrated how the body schema works as a spatial anchoring of the active body in an object.

This aspect again can be best clarified by way of another perceptual anomaly, first pointed out by Aristotle, which has thence become well known after his name. Aristotle observed that if one forcibly crossed one’s fingers around a small marble, he would seem to feel two marbles instead of one. Referring to the long tradition of attempts at resolving this paradox in terms of the unaccustomed position of the fingers, Merleau-Ponty points out that it is not owing to such statistical rarity, such an illusion is evoked. Rather it is the lived body’s phenomenological attempt at resolving the peculiar perceptual situation which is in fact beyond the motor possibilities of it. He further notices: “In reality, the perceptions of the two fingers are not only disjointed, they are inverted: the subject attributes to the index what is touched by the middle finger and vice versa, as can be shown by applying two distinct stimuli to the fingers, a point and a ball, for example.”<sup>45</sup>

What, in fact, is the existential situation? Merleau-Ponty’s response is uniquely insightful. At the base of this again is his core thesis: “External perception and the perception of one’s own body vary in conjunction because they are the two facets of one and the same act.”<sup>46</sup> As per the lived body’s schema of present and probable positions, the right face of the middle finger and the left face of the index cannot combine in a joint exploration of the object. The crossing of the fingers is a movement which has to be imposed on them. Therefore, it lies outside the motor possibilities of the fingers themselves and cannot be aimed at in a project towards movement.<sup>47</sup> Then how to effect the perceptual synthesis? According to Merleau-Ponty, the perceptual synthesis is effected by the lived body, through its own synthesis!

---

<sup>43</sup> Maurice Merleau-Ponty *Themes from the Lectures at the College de France 1952–1960*, trans. John O’Neill (Evanston: Northwestern University Press, 1970), 129.

<sup>44</sup> See Merleau-Ponty, *Phenomenology of Perception*, 87–100.

<sup>45</sup> *Ibid*, 238.

<sup>46</sup> *Ibid*.

<sup>47</sup> *Ibid*.



The synthesis of the object is here effected, then, through the synthesis of one's own body, it is the reply or correlative to it, and it is literally the same thing to perceive one single marble, and to use two fingers as one single organ.<sup>48</sup>

Put logically, a perceptual situation contra-positive to what is proposed above (in terms of the use of two fingers as a single organ) is what evokes the illusion of two marbles. In their imposed position, the two fingers are rendered incapable of operating as a single organ, and hence the situation is phenomenologically resolved in terms of the existence of two different objects. Such a peculiar perceptual resolution has been possible in virtue of the body schema. The first co-ordinates being laid down by the body schema, the living body finds its anchorage in the object and the world at large with reference to the same. However, the crossed position of the fingers is an anomaly in this otherwise normal existential situation. And a schematic resolution of the same as mentioned above leads to the illusory experience.

Now, instances where such a key existential feature of human embodiment as the "body schema" invoking peculiar, perceptual resolutions leading to illusory experiences are only exceptions. In the normal course, it is this same feature that facilitates what we called earlier the silent, circular hermeneutics between the body and the world. Also, the same is at work, in the acquisition of skills. This latter aspect is what Merleau-Ponty points out through the idea of "habits." Let us now turn to the same. An explication of this idea is also going to demonstrate what Merleau-Ponty means by dynamicity of the body schema.

### 3. *Habits*

Merleau-Ponty conceives the acquisition of habit as "a rearrangement and renewal of the corporeal schema."<sup>49</sup> For him, to get used to a hat, a car or a stick is to be transplanted into them as a lived body, or conversely, to incorporate them into the lived body. Thus habit, according to him, "expresses our power of dilating our being-in-the-world, or changing our existence by appropriating fresh instruments."<sup>50</sup> Such appropriation is carried out by way of a rearrangement and renewal of the corporeal schema. This is how the body "understands" in the acquisition of habit. Merleau-Ponty clarifies that such "understanding" doesn't consist in subsuming a sense-datum under an idea, as when the body is viewed as an object. To understand here means "to experience the harmony between what we aim at and what is given, between the intention and the performance."<sup>51</sup>

As we have seen, this kind of an understanding is already present in the lived body as its own corporeal schema. That is why when one is ordered to touch any of one's organs, one moves his hand to it by the shortest route, without having to think of the initial position of one's hand, or that of the organ, or the path between them. In the acquisition of habits, such a schema is extended to incorporate the instrument involved. Merleau-Ponty demonstrates

---

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> Ibid, 165.

<sup>50</sup> Ibid, 166.

<sup>51</sup> Ibid, 167.

these phenomenological facts by way of analyzing the acquisition of various common skills. The skill of typewriting is a typical case that he analyses.

He observes that it is possible to know how to type without being able to say where the letters which make the words are to be found on the banks of keys. And therefore, reasons that to know how to type obviously is not to know the place of each letter among the keys, nor even to have acquired a conditioned reflex for each one, which is set in motion by the letter as it comes before our eye. Then,

It is knowledge in the hands, which is forthcoming only when bodily effort is made, and cannot be formulated in detachment from that effort. The subject knows where the letters are on the typewriter as we know where one of our limbs is, through a knowledge bred of familiarity which does not give us a position in objective space. The movement of her fingers is not presented to the typist as a path through space which can be described, but merely as a certain adjustment of motility, physiognomically distinguishable from any other.<sup>52</sup>

As we observed above, this adjustment of motility is carried out by way of a recalibration of the corporeal schema after inducting the instrument involved into it. As a result, just how the operant reason is at work as the fulfilment of an intention in the lived body in its perpetual movement towards the world, it is at work in the demonstration of a skill as well. The difference being that, in the former case, it is the inherent body schema which guides the operant reason, whereas in the latter case it is the recalibrated body schema which guides it. Thus, “When the typist performs the necessary movements on the typewriter, these movements are governed by an intention, but the intention does not posit the keys as objective locations. It is literally true that the subject who learns to type incorporates the key-bank space into his bodily space.”<sup>53</sup>

Put shortly, this is how the idea of “lived body” as explicated by Merleau-Ponty revolutionizes our conception of embodiment and the body-world relation: human embodiment is a phenomenon necessarily geared onto the world in its perceptual mode facilitated by “motor intentionality” working in tune with the “body schema,” the two existential phenomenological features which characterize it and distinguish it from other objective phenomena. This ontological body is fundamentally a “knowing body” animated by its “motives” according to which it is self-propelled. And in that process, the lived body absorbs its equipment by way of incorporating the same into the “body schema” and develops a comprehensive grasp of its environs as formation of “habits,” which in turn is a permanent recalibration of the “body schema.”

Thus, in the formation of a “rational animal” to whom alone justice, law and ethics have any meaning at all, the body itself plays a pivotal role as a natural self. Consciousness and selfhood arise from and sustain on this primary “perceptual self” that we are. But in order to completely set the realm of justice and ethics, not only the “self” but the “other” too is

---

<sup>52</sup> Ibid, 166.

<sup>53</sup> Ibid, 167.

needed. Therefore, let's now see how this 'embodied other' is conceived in the scheme, and how through the intercorporeality of the self and such others, the "rational animal" transforms itself into a "social animal" who alone is capable of materializing the principles of justice and ethics that it has imbibed in its capacity as the former.

In the Merleau-Pontyan phenomenological scheme, this socializing capacity is something inherent in the body and is pre-given to the development of human existence into the "cogito" which is the basis of the "reasonable man" concept. And interestingly, such pre-given capacity has an "intercorporeal" dimension of development. Let us see how Merleau-Ponty demonstrates these facts through a unique inter-subjective experience, in which one of the subjects is an infant:

A baby of fifteen months opens its mouth if I playfully take one of its fingers between my teeth and pretend to bite it. And yet it has scarcely looked at its face in a glass, and its teeth are not in any case like mine. The fact is that its own mouth and teeth, as it feels them from the inside, are immediately, for it, an apparatus to bite with, and my jaw, as the baby sees it from the outside, is immediately, for it, capable of the same intentions. "Biting" has immediately, for it, an intersubjective significance. It perceives its intentions in its body, and my body with its own, and thereby my intentions in its own body.<sup>54</sup>

A baby who hasn't yet entered the "mirror stage" is one of the subjects here. If "biting" has some inter-subjective significance for it, as is demonstrated, it cannot be asserting through the mediation of any reasoning faculty. Rather such recognition has an existential immediacy. For the infant, the other is already an "existence" on a par with itself. How is this existential parity achieved? The secret lies in the "existential complementarity" of body and consciousness in human existence that we have discussed which, as demonstrated, is already accomplished even in an infant:

Between my consciousness and my body as I experience it, between this phenomenal body of mine and that of another as I see it from the outside, there exists an internal relation which causes the other to appear as the completion of the system. The other can be evident to me because I am not transparent for myself, and because my subjectivity draws its body in its wake.<sup>55</sup>

Thus, as long as we are not normatively stipulated as "self-transparent cogitos, it is the intercorporeality that is unique to humans that creates and guides our societal existence. And this in turn is facilitated by the phenomenological features of the "lived body" that we have explicated so far in the scheme adopted.

### **III. Lived Body as the New Guiding Principle for Embodied Human Agency**

In abstract terms, our phenomenological scheme stresses the following facts about embodied human existence. Firstly, that it is an ambiguous phenomenon distinct from other objective phenomena that is primarily and necessarily geared onto the world thereby forming

---

<sup>54</sup> Ibid, 410.

<sup>55</sup> Ibid.

an interactive perceptual system. Secondly, that it develops a comprehensive grasp of its environs as formation of “habits” which amounts to a permanent recalibration of its self image/schema. And thirdly, social life of mankind is fundamentally facilitated by the intercorporeality of such embodied selves.

Obviously, these facts are in full accord with the contemporary neuro-scientific account of embodied agency that we have seen in the beginning. But wouldn't it amount to too narrow and technical an account of human existence? From the existential-phenomenological point of view, that is not so. For these notions of, “intentionality,” “motives” and “habits” from such a point of view can be of any kind – they can vary from the spatial or physical to the social or emotional. As far as Existential Phenomenology is concerned, such demarcations are meaningless, for in that stream of thought, fact is value and value is fact. They are inextricably intertwined. This is especially true of the version developed by Merleau-Ponty, pivoted around the concept of “lived body.” Now, how does this version respond to the normative vs. explanatory debate, around which we have developed our arguments?

### *1. Lived Body and the Scientific vs. Normative Debate*

To have a grasp of Merleau-Ponty's take on the normative aspect, Professor Hamrick's work on Merleau-Ponty's thought on law<sup>56</sup> could be quite helpful. Just as he points out there, for Merleau-Ponty, “the efficacy or the power of enforcement, is a necessary but not sufficient condition of the validity of a legal system because law is more than power, a legal order more than mere force. Rather it is a matter of societal choice as to the way we live.”

This observation which distils his normative stance clearly accords with the fact that we have emphasized in the introduction, i.e. the normative has often remained a political choice rather than any necessity. Now on the explanatory side, as to the origin of law and its embeddedness in human nature, Merleau-Ponty observes in *Sense and Non-sense*: “Man might be defined by this ability of his to conceive or in any case respect what he is not and has not. All several men need do is live together and be associated with the same task for some rudimentary rules and a beginning of law to emerge from their life in common.”<sup>57</sup>

Reading the above observation against the backdrop of the phenomenology of “lived body” that we have explicated so far, we take notice of two insights contained in it. First is as to the characteristic ability of mankind “to conceive or in any case respect what he is not and has not.” And the other is as to the genesis of law taking place in the shared life-world. It is based on these two insights that we have to understand how this innovative scheme of human agency developed around the phenomenological concept of “lived body” can revolutionize criminal jurisprudence.

---

<sup>56</sup> William S. Hamrick, *An Existential Phenomenology of Law: Maurice Merleau-Ponty* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1987), 116.

<sup>57</sup> Maurice Merleau-Ponty, *Sense and Non-sense*, trans. Hubert L. Dreyfus and Patricia Allen Dreyfus (Evanston: Northwestern University Press, 1964), 118.

## *2. Lived Body, Law, and Society*

Man's sense of justice and human dignity springs forth from his ability to conceive and respect "what he is not" and "what he has not." And the same ability drives him to change, for some better version of himself and his circumstances. Therefore, in order to see the essence of man, this unique human capacity of self-change and reformation is what we have to focus on. And the normative will serve its real purpose only when formulated with this fact on mind.

Thus, with the adoption of this new approach towards human agency, the blanket jurisprudential issue that we have to re-invoke is contained in the question that we posed at the end of the introduction, viz. what cause should the normative serve ultimately – retribution or reformation? As envisaged in the scheme if there is in embodied human agency what may be called "existential plasticity" in tune with "neuro-plasticity" which is the buzzword of contemporary neuroscience, then the straight forward answer has to be the latter.

As a constructive synthesis of the explanatory and the normative that is suited to our times, we have to abandon the whole idea of retributive theory of justice, and embrace a new version of the reformative one – one scientifically informed (in the sense we have seen so far) and humanistically formulated.

And in the light of our phenomenological scheme, when we think where should such a reformation begin? The answer is obvious – at the level of the "lived body." The readiness of this natural self in acquiring new habits, its dynamicity in adapting to new environs and the creative mode of permanently implanting such newly acquired habits and capacities guarantee the reformation of human person beyond the levels so far attained to through various psychological approaches.

In this new approach, while any particular handicap in terms of functional or anatomical anomaly – what we have called the "brain factor" – may still be invoking a legal defense, the very fact of culpability will be invoking a social responsibility – the responsibility to rehabilitate the person in conflict with law by extending all possible scientific help – not only neurological but sociological as well. This is because, as we have seen, the societal being of mankind is primarily established in terms of and sustained by way of the intercorporeality of lived bodies. And as we have seen, each lived body constituting such societal fabric is existentially gifted with inherent potential for change, adaptation and rehabilitation. Now, how should this reformation be carried out materially? Where should we begin? We will conclude with certain suggestions as to the same.

## **Conclusion**

It has been the practice to associate the reformative approach to the "mind" while the retributive measures are traditionally carried out on the body. This practice has its rationale in the assumption that humans are, fundamentally rational animals, where, as we have seen above, such rationality supposedly abides in the mind and has nothing to do with the body!

But we have learned by now that the body – whether of oneself or of another person is no more a purely material and objective phenomenon. It is no more one part of the notorious conceptual dichotomy of mind and body. As per the phenomenological scheme adopted, we fundamentally are “knowing bodies” animated by their “motives” according to which they are self-propelled. And it is primarily through the intercorporeality of such lived bodies that societal life has been established.

In such a scheme, human dignity is not an ideal “mental” phenomenon that’s disconnected from the body. Rather it is something that germinates from and stays rooted in the material reality of embodiment and its environment. All human values like love, empathy, solidarity etc. as well as detrimental feelings like fear, lust or anger have such a bodily and worldly basis that is common to the whole species. And they develop at an intercorporeal level, rather than at the solitary cerebral level.

So, for the invocation and nurturing of such congenial feelings, as well as for the reformation of such detrimental ones, it is the “natural subject” that the body is and its environs, that the reformative system should fundamentally appeal to. Therefore, the reformative measures have indeed to be carried out primarily at the level of the body if at all they have to be effective. But by “body” here is meant the “lived body” embedded in its physical as well as socio-cultural environs, which is equipped with the existential capacity to develop new skills and abilities and thereby transform itself. And by “measures” is meant the constructive implementation of scientifically informed methods practices and the necessary infrastructure that are aimed at developing bodily skills and habits that will bring about a positive change in the self image of such embodied agent.

The Norwegian prison facilities at Halden and Bastoy seem to exemplify these guidelines.<sup>58</sup> They materialize what they call the principle of “dynamic security” (to be contrasted with the old fashioned “static security” with “barred cells, barbed wire and surveillance cameras”<sup>59</sup>) and a model of “non-complementary prisons” (as opposed to traditional prisons where guards complement detainees’ behaviour in similar terms).

In these facilities, there are no cells or bars. Rather there are implemented all facilities aimed at ensuring a comfortable and dignified bodily existence of the inmates. Inmates and guards live as a commune. They eat meals together, play together and one can’t even tell them apart, for the guards don’t wear uniforms. All amenities for an utmost refined and productive “intercorporeality” have been ensured. Above all, as Bregman puts it:

Inmates have to work hard to keep their community running: they have to plough and plant, harvest and cook, chop their own wood and do their own carpentry. Everything is recycled and they grow a quarter of their own food some inmates even commute off the island to jobs on the mainland using a ferry service operated by the inmates themselves.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> For a brief description on these facilities see Rutger Bregman, *Humankind: A Hopeful History*, trans. Elzabet Manton and Erica Moore (London: Bloomsbury Publishing, 2020), 326–30.

<sup>59</sup> *Ibid*, 328.

<sup>60</sup> *Ibid*, 327.

And most importantly, the inmates have access to all equipment necessary for such works, and get expert training in using them. Thus, the whole approach has been bodily and intercorporeally oriented. Of course, the establishment costs of such facilities and the per capita expenditure on inmates required may make the initiative appear to be not cost-effective. But that is not so, given the positive outcomes that this approach has produced both in economic and societal terms.<sup>61</sup>

Thus, it has proved to be highly recommendable an alternative,<sup>62</sup> and therefore further social and scientific research and experimentations have to be promoted with the aim of furthering such a body-oriented rehabilitation strategy. What we need are more and more rehabilitation centers in place of prisons and the so called “correction facilities.” The whole infrastructure and ambiance of such existing facilities have to be revamped. It should be made reflective of the “existential plasticity” that’s been assured by the new theory of embodied human agency that we have adopted.

What we have explicated so far indicates what the philosophy of such an approach should be. However corrupted an individual maybe, put in the right environs as an embodied agent he or she has an intrinsic capacity for change, which begins at the level of the body. But it is not the “clockwork mechanism”<sup>63</sup> that we have to work on. Rather it is the “lived body” equipped with its existential plasticity embedded in the proper socio-cultural environs that we have to work on.

Maybe the rootedness of values in the body and its environs is not so obvious a fact and the proposition that we are making is only a tentative one. But we can’t deny it unless it is given a chance to prove or disprove itself. And given the plight of the reformative strategies focused on the “mind,” it’s high time that we gave this alternative a try. We have to make sure that such a chance of transformation is given to every human in conflict with the law, irrespective of his/her background and criminal history.

The taste of a dignified and productive life at the level of the body and through it a chance for transforming oneself to become part of a constructive “inter corporeality” called society is what the offender has to be ensured of. Permanent facilities for this kind of rehabilitation have to be established in every country. We have seen that in Norway such facilities are common, maybe thanks to the good economic stature of the country. I would suggest that every country – without exception – should strive towards establishing at least some such pilot facilities, as the socio-economic conditions prevalent may permit. Such small efforts collectively would indeed pilot mankind towards the creation of a better world.

© S. Rahman, 2022

---

<sup>61</sup> See *ibid*, 329–30.

<sup>62</sup> In fact, in the US, this model has inspired such a reformation in the North Dakota prison. See *ibid*, 344–46.

<sup>63</sup> The disastrous implications of this approach have been pictured with a touch of humour in Stanley Kubrik’s classic movie “A Clockwork Orange” (1971).

---

---

## Bibliography

- Bregman, Rutger. *Humankind: A Hopeful History*. Translated by Elizabet Manton and Erica Moore. London: Bloomsbury Publishing, 2020.
- Carman, Taylor. "The Body in Husserl and Merleau-Ponty." *Philosophical Topics* 27, no. 2 (1999): 205–26.
- Descartes, Rene. *Meditations on First Philosophy with Selections from the Objections and Replies*. Translated by John Cottingham and Bernard Williams. Cambridge University Press, 1986.
- Gallagher, Shaun. "Body Image and Body Schema: A Conceptual Clarification." *The Journal of Mind and Behavior* 7, no. 4 (1986): 541–54.
- Grosz, Elizabeth. *Volatile Bodies: Toward a Corporeal Feminism*. Bloomington, IN: Indiana University Press, 1994.
- Hamrick, William S. *An Existential Phenomenology of Law: Maurice Merleau-Ponty*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- Hart, Herbert L. A. *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Heidegger, Martin. *Being and Time*. Translated by John Macquarrie and Edward Robinson. New York: Harper and Row, 1962.
- Husserl, Edmund. *Cartesian Meditations*. Translated by Dorion Cairns. The Hague: Martinus Nijhoff, 1960.
- Merleau-Ponty, Maurice. *Phenomenology of Perception*. Translated by Colin Smith. London: Routledge & Degan Paul, 1962.
- Merleau-Ponty, Maurice. *Sense and Non-sense*. Translated by Hubert L. Dreyfus and Patricia Allen Dreyfus. Evanston: Northwestern University Press, 1964.
- Merleau-Ponty, Maurice. *The Primacy of Perception and Other Essays on Phenomenological Psychology, the Philosophy of Art, History, and Politics*, edited by James M. Edie. Northwestern University Press, 1964.
- Merleau-Ponty, Maurice. *Themes from the Lectures at the College de France 1952–1960*. Translated by John O'Neill. Evanston: Northwestern University Press, 1970.
- Morse, Stephen J. "Brain Overclaim Syndrome and Criminal Responsibility: A Diagnostic Note." *Ohio State Journal of Criminal Law* vol. 3 (2006): 397–412.
- Ortega Y Gasset, Jose. *History as a System and Other Essays Towards a Philosophy of History*. Translated by H. Weyl, E. Clark and W. Atkinson. Norton, 1962.
- O'Shea, Michael. *The Brain: A Very Short Introduction*. Oxford University Press, 2005.
- Plato. *The Last Days of Socrates*. Translated by Hugh Tredennick. Harmondsworth, Middlesex: Penguin Classics, 1954.
- Ryle, Gilbert. *The Concept of Mind*. Oxon: Routledge, 2009.
- Vignemont, Frederique de. "Body Schema and Body Image – Pros and Cons." *Neuropsychologia* 48, no. 3 (2010): 669–80.



**Шива Рахман. Людська природа – втілена феноменологічна перспектива**

**Анотація.** У статті здійснено аналіз поняття “природа людини” з соціально-історичної точки зору. Грунтуючись на цьому аналізі, показано, наскільки недосконалою є концепція “розумної людини,” яку підтримують правові системи в усьому світі, а також наскільки ця концепція застаріла та наскільки несправедливою вона була щодо екзистенційної реальності втіленої людської діяльності.

Після цього зроблено спробу виявити іншу схему такої діяльності, спираючись на екзистенціально-феноменологічну традицію (зокрема на творчість французького феноменолога Моріса Мерло-Понті), що вона являє собою радикальний перегляд поняття “розумна людина,” оскільки відмовляється від традиційної дихотомії “розум/тіло” та розглядає людину в її цілісності як агента тілесної діяльності і в такий спосіб проливає світло на деякі проблеми кримінального права, зокрема мету покарання.

Питання, яке розглядається у статті останнім, однак є ключовим, полягає в тому, якій кінцевій меті має служити нормативність – відплаті чи виправленню? У світлі перегляду поняття людської діяльності запропоновано також новий погляд на поняття людської гідності як такої, що вкорінена в тілесності та між-тілесності, а відтак, передбачає тілесно-орієнтовану стратегію реабілітації. Стверджується, що кожна людина, яка перебуває в конфлікті з правом, заслуговує на можливість гідного та продуктивного життя на рівні тілесності, що надасть людині шанс на позитивну трансформацію та перетворення на складову конструктивної між-тілесності, яку ми називаємо суспільством. У цілому ж, на думку автора, ці відносно невеликі колективні зусилля із забезпечення соціально-економічних умов гідного тілесного життя засуджених сприятимуть створенню кращого світу.

**Ключові слова:** людська природа; розумна людина; *cogito*; втілена діяльність; “живе тіло.”

**Шива Рахман. Человеческая природа – воплощенная феноменологическая перспектива**

**Аннотация.** В статье представлен анализ понятия “природа человека” с социально-исторической точки зрения. Основываясь на этом анализе, показано, насколько несовершенна концепция “разумного человека,” поддерживаемая правовыми системами во всем мире, а также насколько эта концепция устарела и насколько несправедливой она была по отношению к экзистенциальной реальности воплощенной человеческой деятельности. После этого предпринята попытка выявить иную схему такой деятельности, опираясь на экзистенциально-феноменологическую традицию, которая представляет собой радикальный пересмотр понятия “разумный человек” и тем самым проливает свет на некоторые проблемы уголовного права. Ввиду такой переориентации понятия человеческой деятельности вопрос, который рассматривается в статье последним, заключается в том, какой цели должна служить нормативность в конечном счете – возмездью или исправлению?

**Ключевые слова:** человеческая природа; разумный человек; *cogito*; воплощенная деятельность; “живое тело.”

**Shiva Rahman. Human Nature – An Embodied Phenomenological Perspective**

**Abstract.** The paper attempts an analysis of the notion of “human nature” from a socio-historic perspective. Based on this analysis it shows how flawed is the concept of “reasonable man” that’s been upheld by the legal systems all over the world. In this effort, it points out how obsolete this conception is, and how unfair has this been to the existential reality of embodied human agency. After this, it ventures on to bringing to light a different scheme of such agency available in the existential

phenomenological tradition that is capable of revolutionizing the notion of “reasonable man” and thereby enlightening criminal jurisprudence. And in view of such a re-orientation of the notion of human agency, the question that is addressed lastly in the paper is, what cause should the normative serve ultimately – retribution or reformation?

**Keywords:** human nature; reasonable man; *cogito*; embodied agency; “lived body.”

Одержано/Received 31.01.2022

## ТЕЛО КАК НОРМА: НЕКЛАССИЧЕСКАЯ ОНТОЛОГИЯ ПРАВА

### I. Введение

**П**одобно философам-элейцам, которые наблюдали движение тел, но не понимали, как оно происходит, подлинная философия права застывает в удивлении перед поразительным феноменом согласованности человеческих поступков. И в самом деле, каким образом люди, не зная всего множества принятых государством законов, зачастую противоречащих друг другу и ставящих в тупик даже опытных правоведов, пребывают в гармонии между собой, взаимно упорядочивая свое поведение так, что вопрос о праве возникает в достаточно редких случаях социальных конфликтов? Обозначает ли это то, что право носит лишь субсидиарную функцию в регулировании отношений между людьми, непосредственно предназначаясь, прежде всего, чиновникам и правоохранителям и лишь косвенно – “обычным” людям (которым для регулирования их повседневной деятельности в основном достаточно морали)? Либо же, наоборот, “право живет внутри людей” как естественные законы, имманентные человеческому разуму? Или же, наконец, то, что называют правом, есть не что иное, как социальные обычаи, “впитываемые с молоком матери” и некритично употребляемые в повседневной жизни в качестве поведенческого образца?

Как мы знаем, приведенные ответы образуют сердцевину трех классических вариантов правопонимания – позитивистского, естественно-правового и социологического. Тем самым не будет слишком смелым предположить, что общий вопрос, предваряющий данные ответы – вопрос о “предустановленной гармонии” человеческих поступков, ежедневно наблюдаемой на практике, но ставящей в тупик теоретиков и порождающей весь спектр фундаментальных проблем правоведения, есть основной вопрос философии права. Как спрашивал еще почти сто лет назад русский феноменолог права Николай Алексеев,

каким образом чисто “фактически” и “природно” может быть связан “всякий” и “каждый”? Нельзя отдать приказ всем, даже еще не родившимся, и приказом этим связать их всех. Ведь многие из них даже не будут знать этого приказа, и фактически не знают его. Как возможно между ними автоматическое сцепление?<sup>1</sup>

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

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

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

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

<sup>1</sup> Николай Алексеев, *Основы философии права* (Санкт-Петербург: Лань, 1999), 159.

## II. Апории классического правопонимания

В качестве гипотезы можно предположить, что упомянутое “автоматическое сцепление” обусловлено не чем иным, как *общим способом данности нормы права*. Иными словами, для того, чтобы служить общей мерой (направлением, пределом и модальностью) поступков людей, норма права должна “иметься” (“es gibt” – нем.), т.е. *быть дана* им в некоем, общезначимом и общепринятом модусе, восприятие и усвоение которого не зависело бы от интеллектуального уровня, воспитания, образования, происхождения и прочих, эмпирически случайных признаков.

Разумеется, вопрос о способах данности правовой нормы не оставляла без внимания и классическая философия права. Так, исходя из позитивистского правопонимания, право “дано” людям посредством текстов нормативно-правовых актов, в ходе прочтения которых человек постигает содержание правовых норм. В свою очередь, представители школы естественного права полагали, что данность права – результат некоего априорного, доопытного знания. Иначе говоря, согласно подобной точке зрения всякое апостериорное, опытное познание права возможно лишь на основании некоей трансцендентальной данности – априорных законов, постигаемых человеком посредством разума. В то же время, сторонники социологического правопонимания придерживались мнения, что познание права представляет собой исключительно опытный процесс, когда в ходе социальной практики индивид усваивает обычаи, принятые в соответствующей социальной среде.

Таким образом, классическое познание права базируется на двух ключевых бинарных оппозициях: “априори-апостериори” и “разум – чувства.” При этом упомянутые теоретико-методологические позиции занимают исключительно догматически, исходя из интуитивного предпочтения правоведа. Следовательно, вопрос о том, как дано право, в классическом правоведении трансформируется в то, *почему мы интерпретируем* некую естественную, позитивную либо обычную данность как *правовую норму*? Как писал еще Ганс Кельзен, “норма есть специфическое значение факта, и это значение, не воспринимаемое нашими органами чувств, является результатом интерпретации.”<sup>2</sup>

Следовательно, всякий, мнимо *объективный* правовой статус классической нормы права на самом деле оказывается результатом *субъективной* интерпретации. Так, юснатуралист интерпретирует содержание позитивного законодательства не как *право*, но как эмпирически случайное установление государственной власти, которое может быть тираническим, произвольным и не иметь с правом ничего общего. В свою очередь, позитивист, интерпретируя текст закона как право, истолковывает априорные идеи равенства, свободы и справедливости как *мораль*, выводя их тем самым за рамки правовой науки. Также и представители социологического правопонимания признают правовой статус лишь за социальными закономерностями, интерпретируя естествен-

<sup>2</sup> Ганс Кельзен, “Наука и политика,” *Труды Института государства и права РАН* 15, № 1 (2020): 193.

ные и позитивные законы как некие искусственные нормы, не имеющие ничего общего с подлинными правовыми установлениями, образующимися в отношениях между людьми в горниле общественной практики.

Вместе с тем, любая интерпретация трансцендентального либо эмпирического факта как “права” базируется на том, что право каким-то способом *уже имеется*, т.е. дано, открыто, разомкнуто человеку в его бытии. Ведь для того, чтобы иметь возможность истолковать нечто как “право” (а не что-то иное) человек уже должен как-то знать о нем, помимо всякой интерпретации. Иными словами, всякая интерпретация явления либо нормы как правовых, неизбежно предполагает *данность права как такового*.

### III. Феноменологическое *ἐποχή* и редукция как методологические процедуры экспликации исходной данности права

Несмотря на свою кажущуюся простоту, вопрос о данности права отнюдь не столь безобиден, как может показаться на первый взгляд. Ведь в отличие от материальных предметностей, которые даны в ходе чувственного познания, право не поддается опредмечиванию. Как отмечал украинский правовед Сергей Максимов, “право не является некоей вещью, на которую можно указать: вот это и есть право.”<sup>3</sup> Созвучно этому и утверждение российского философа права Андрея Полякова о том, что права “как такового” не существует, в том смысле, что у слова “право” нет эмпирически узнаваемого референта.<sup>4</sup> Также и ссылка на априорную укорененность права в сознании не проясняет, но, напротив, затемняет способ его данности. Ведь очевидно, что право не представляет континуального содержания нашего сознания, но актуализируется в зависимости от потребностей и обстоятельств текущего момента, когда некие предметы и явления маркируются как релевантные либо, наоборот, иррелевантные в правовом отношении. В результате, как указывает российский теоретик Елена Тимошина, “поскольку право не существует ни как ‘вещь,’ ни как умопостигаемая объективная сущность, установить условия истинности теоретических высказываний о праве, с такой точки зрения, не представляется возможным.”<sup>5</sup>

Тем самым выявить данность права, оставаясь в рамках устоявшихся теоретико-методологических воззрений, оказывается невозможным. В силу этого мы попробуем осуществить следующую операцию: мы редуцируем (закключаем в скобки) весь имеющийся массив знаний о праве, воздержимся от суждений о нем, для того, чтобы выявить

<sup>3</sup> Сергей Максимов, “Концепция правовой реальности,” в *Неклассическая философия права: вопросы и ответы*, ред. Алексея Стовбы (Харьков: Библиотека международного журнала “Проблемы философии права,” 2013), 31.

<sup>4</sup> Андрей Поляков, “Коммуникативно-феноменологическая концепция права,” в *Неклассическая философия права: вопросы и ответы*, 94.

<sup>5</sup> Елена Тимошина, “Право как ‘идея,’ как ‘фикция’ и как ‘факт:’ о номинализме и реализме в теории права. Правовая коммуникация и правовые системы,” *Труды Института государства и права РАН* 4 (2013): 74.

исходный модус его данности и методологически обоснованно ответить на вопрос об истоках взаимосогласованности человеческого поведения.

Как известно, редукция (заключение в скобки) и воздержание от суждений (*ἐποχή*) представляют собой методологические приемы феноменологии. Как указывает родоначальник феноменологии, немецкий философ Эдмунд Гуссерль,

введение в скобки препятствует любому суждению о воспринимаемой действительности. <... > Однако заключение в скобки не мешает выносить суждение о том, что восприятие есть сознание какой-либо действительности, и оно не мешает описывать эту являющуюся по мере восприятия действительность как действительность являющуюся, со всеми теми способами, в каких она сознается.<sup>6</sup>

В результате редукции в феноменологическом остатке остается бытие сознания, которое представляет собой своеобразный бытийный регион, который является полем феноменологии.<sup>7</sup> При этом речь идет не о выявлении “субъективных содержаний сознания” но о построении новой онтологии, принципиально отличной от классической онтологии XVIII века.<sup>8</sup> Благодаря редукции мы обретаем онтологический регион смыслов.

Тем самым, в итоге феноменологической редукции перед нами оказывается чистый феномен права. Как указывает Эдмунд Гуссерль,

если мы произведем редукцию, тогда окажется, что друг другу во всей феноменологической чистоте противостоят полная конкретность переживания суждения, или ноэзис суждения, конкретно схваченный как сущность, и принадлежащая ему и необходимо единая с ним ноэма суждения, то есть “вынесенное суждение” как эйдос, во всей феноменологической чистоте.<sup>9</sup>

Поясняя данное суждение, следует указать, что, так как всякое эмпирическое суждение о воспринимаемой действительности права должно быть исключено в ходе редукции, в феноменологическом остатке остается *чистый смысл права*. В свою очередь, этот смысл права распадается на *ноэму* или предметный смысл как таковой, и на *ноэзис* – модус данности права. Другими словами, независимо от вариативности возможных ноэзисов – способов данности права: в созерцании (идеи права), в эмпирическом восприятии (конкретного закона либо судебного решения), либо фантазии (воображаемое либо желаемое право) всякая подобная данность имеет свой неизменный полюс идентичности – правовой смысл или ноэму права.

Тем самым исходная данность права как залог “автоматического сцепления” поступков людей более точно может быть локализована в специфике того *способа данности*

<sup>6</sup> Эдмунд Гуссерль, *Идеи к чистой феноменологии и феноменологической философии* (Москва: Дом интеллектуальной книги, 1999), 203.

<sup>7</sup> Гуссерль, *Идеи к чистой феноменологии*, 74–75.

<sup>8</sup> Эдмунд Гуссерль, *Логические исследования. Картезианские размышления* (Минск: Харвест, Москва: АСТ, 2000), 497.

<sup>9</sup> Гуссерль, *Идеи к чистой феноменологии*, 210.

(*правовом ноззисе*), в котором человеку исходно становится открыт, доступен *правовой смысл* или *ноэма права*. Развивая данное утверждение, следует еще раз отметить, что право не представляет собой континуального содержания сознания субъекта. Также и произвольная актуализация феномена права в сознании (например, теоретика права) представляет собой частный и редкий случай. В то же время для большинства людей правовой смысл становится актуальным не в результате отвлеченного любопытства, но в силу особого стечения обстоятельств, того “поворота” в делах и событиях, который «вдвигает» человека в право.<sup>10</sup> Следовательно, мы можем предположить, что данность права в подавляющем большинстве случаев не является результатом активной познавательной деятельности субъекта, но скорее наоборот, человек оказывается “задет,” аффицирован правом. Иными словами, основной модус способа данности права (*правового ноззиса*) – не активное постижение права, но его пассивное претерпевание, испытание, восприятие. Как указывает французский феноменолог Марк Ришир,

приостановка (суждений – А. С.) раскрывает, каким образом сознание было захвачено тем, что, как оно считало, оно само схватывало. *’Εποχή*, которое не является какой бы то ни было “магической” операцией, ничего не изменяет в мире. Изменение состоит лишь в том, что, осуществляя *έποχή*, я обнаруживаю себя захваченным, вовлеченным, прежде всего, активно, пусть и безотчетно, в конституирование того, что, как я полагал, я обнаруживаю готовым, того, с чем я обнаруживаю себя вступающим в отношение, когда я *selbstverloren* – потерял для самого себя.<sup>11</sup>

Тем самым оказывается, что смысл права, открывающийся в ходе феноменологической редукции и воздержания от суждений, является не “чисто субъективным,” т.е. активно сконструированным в сознании, но и не “чисто объективным,” т.е. пассивно воспринятым как принадлежащим предмету либо явлению “самим по себе.” Подобный смысл оказывается *конституированным, т.е. произведенным в ходе особого опыта – опыта права*. Иными словами, испытывая особого рода опыт, будучи аффицирован определенными обстоятельствами, человек в попытках осмыслить происходящее конституирует тот правовой смысл, который адекватен тому, что, собственно, происходит: не только правовому происшествию как таковому, но и вовлеченному в него существу (людям, предметам, текстам и т.п.). В данном случае как редукция (заключение действительности в скобки), так и *έποχή* (воздержание от суждений по поводу этой действительности) носят не абсолютный, но относительный характер. Они осуществляются не “насовсем,” но лишь на время, для того чтобы выявить *способ данности права*, т.е. *способ его конституирования*. Как указывает Ришир, в конечном счете, гуссерлевское *έποχή*, как методический отправной пункт, состоит в том, чтобы *приостановить* на мгновение ход опыта (вещей, мира) для того, чтобы ухватить вновь и вживе

<sup>10</sup> Подробнее об этом см.: Алексей Стомба, *Темпоральная онтология права* (Санкт-Петербург: Алеф-пресс, 2017), 229, 278, 299, 313, 318 и далее.

<sup>11</sup> (*Пост*)феноменология. Новая феноменология во Франции и за ее пределами (Москва: Академический проект, 2014), 210.

его временное протекание как со стороны ноэтических направленностей, так и со стороны конституирующегося ноэматического смысла.<sup>12</sup>

Следует отметить, что для классического правоведения сама процедура *ἐποχή* является “противоестественной.” Ведь согласно метафизической традиции правопонимания, люди в своем совместном бытии постоянно находятся “в праве,” будь это бытие позитивного правопорядка, естественных законов “природного права” либо же устоявшихся обычаев. Подобное бытие права настолько непоколебимо, что *оно не может не существовать, но может лишь быть нарушенным*, каковое нарушение не ставит под сомнение бытие права, но лишь еще больше упрочивает его. Как писал Ганс Кельзен, вопреки традиционному воззрению, правонарушение не означает разрыв в бытии права. Как раз наоборот, право сохраняет свое бытие через правонарушение, ведь бытие права заключается в его действительности, в должествовании акта принуждения как последствия правонарушения.<sup>13</sup>

Что же произойдет в том случае, если мы – пусть искусственно и на мгновение – приостановим действительность права, т.е. поток само собой разумеющегося правового опыта как всегда-уже-пребывания в праве? Можно предположить, что в данном случае в поле нашего зрения будет вдвинут *смысл происходящего как таковой*, который до поры до времени закрыт для нас “обыденным опытом” привычного толкования повседневности, в которой, “наряду с прочими,” встречаются еще и “правовые вещи.” Ведь, как писал еще немецкий правовед Герхарт Гуссерль, наивный опыт (за исключением строго очерченных исключительных обстоятельств) вообще не в состоянии привести Правовое для человека к исходной самоданности.<sup>14</sup> Следует уточнить, что подобными “исключительными обстоятельствами” может быть как “теоретический интерес” правоведа, так и “практический поворот” в делах и событиях. Как выразительно сформулировал немецкий экзистенциалист Вернер Майхофер, “и в самом деле, может ли быть, что мы когда-нибудь выпадем из успокаивающей надежности этого привычного повседневного обращения с действительностью права, в зал суда, в тюрьму, в кабинет нотариуса, и нами овладеет вопрос: что это все означает?”<sup>15</sup>

И здесь мы сталкиваемся с тем, что “все это может означать право.” При этом речь не идет о произвольной “субъективной” истолкованности происходящего “как” правового, морального, мистического, экономического и т.п. Скорее следует иметь в виду то, что в силу определенного “поворота” в делах и событиях, само происшествие может быть адекватно истолковано лишь в определенном “смысловом регистре” – моральном, политическом, экономическом, правовом и т.п. При этом, разумеется, пока остаются

<sup>12</sup> (Пост)феноменология, 211.

<sup>13</sup> Ганс Кельзен, “Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве,” *Российский ежегодник теории права* 4 (2011): 434.

<sup>14</sup> Gerhart Husserl, *Recht und Welt* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1964), 67.

<sup>15</sup> Werner Maihofer, *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1954), 38.



без ответа важнейшие вопросы о том, о какой именно адекватности (адекватности “чего” и “чему”) идет речь, а также и о том, откуда черпается соответствующая концептуальность, позволяющая осуществить это “адекватное истолкование.” Полное и всестороннее осмысление данных проблем требует самостоятельного исследования и будет предпринято нами впоследствии. Здесь же лишь следует подчеркнуть, что, метафорически выражаясь, человеку, вопрошающему о смысле происходящего “в зале суда, в тюрьме, в кабинете нотариуса” бытие права предстает в виде океана, в момент прилива “затапливающего” своими смыслами все мироокружное сущее и превращающее соседа – в “свидетеля,” тапочки – в “доказательство,” а газету, в которой опубликован закон – в “источник права.” Вместе с тем, очевидно, что “прилив права” представляет собой временное явление и в ходе “отлива” всему сущему возвращается его “нормальный смысл.” В результате правовые смыслы и бытие права в целом оказываются подобными не “континуальному свету” классического правоведения, но представляют собой “мерцающие феномены” (Ришир), на какое-то время “высвечиваясь” в правовом способе данности и затем “затухая” как правовые и “разгораясь” в “нормальном” модусе бытия.<sup>16</sup>

Тем самым, в результате методической “приостановки” континуального и самодостовверного бытия права в поле нашего зрения попадает *правовой смысл происходящего*. Этот смысл как нозма права, спекулятивно тематизируемая посредством редукции и *ἐποχή*, однако эмпирически исходно данная в “приостановке” привычного повседневного бытия с другими людьми, на поверку оказывается *исходной данностью права*.

#### IV. Опыт права: аффицированность живым телесным присутствием Другого

Вместе с тем, ответив на вопрос о *ноэме*, т.е. “что” исходной данности права, *смысле* права как того, что происходит с нами, мы ничего еще не сказали о *ноэзисе* как том *способе*, которым нам дано право и каковой, как уже было сказано, является основой для “предустановленной гармонии” совместного бытия людей.

В результате феноменологической редукции и *ἐποχή*, право предстало перед нами как мир феноменов, т.е. мир смыслов. Все данные смыслы хотя и *теоретически* тематизируются нами в ходе созерцания, однако до этого уже *практически* испытаны нами в ходе правового опыта, экзистенциально-онтологически предшествующего всякому теоретическому созерцанию. Однако обретенные в результате редукции правовые феномены отнюдь не представляют собой однородной массы. Как пишет современный

<sup>16</sup> Согласно авторской позиции, право исходно понимается не как комплекс континуально существующих естественно-правовых или позитивных норм, но как правовое происшествие, в котором равноисходно коренится как возможность происшествия права, так и того, что право не произойдет, и тогда будет иметь место не просто “правонарушение,” но отсутствие права как такового. Тем самым право существует не континуально, но дискретно, сингулярно, окказионально сбываясь во временном промежутке между релевантным в правовом отношении деянием и его правовыми последствиями как притяжение между ними. Более подробно см.: Стомба, *Темпоральная онтология права*, 5, 6, 15, 212 и далее.

французский феноменолог Жан Марион, все интенционально данные нам феномены можно разделить на три основные сферы в зависимости от содержания в них созерцания – от наименьшего к наибольшему.

Во-первых, это феномены, лишенные созерцания или бедные созерцанием: формальные языки (Гуссерль приписывает им категориальное созерцание), математические идеализации (Кант установил для них чистое созерцание). Во-вторых, обычные феномены: в идеальном случае их значение, которое соответствует интенции, может получить адекватное наполнение созерцанием, однако в большинстве случаев этого не происходит. В этих двух сферах конституирование предметов становится возможным именно потому, что нехватка созерцания обеспечивает понимание, предвидение и воспроизведение. Наконец, в-третьих, имеются также насыщенные феномены, которые ускользают от предметного конституирования в силу избытка созерцания.<sup>17</sup>

Аналогичным образом и правовые смыслы, выявленные посредством описанных выше феноменологических процедур, также возможно разделить на три группы. Во-первых, это феномены, “бедные” в правовом отношении. Их созерцание не выявляет никаких имманентных им правовых смыслов: подобные смыслы интенционально вкладываются нами *на время* в тот либо иной феномен в ходе осмысления конкретной ситуации. Таковы все те “обычные” вещи, которые окружают нас в нашем повседневном бытии с Другими: рубашка, которая становится “вещественным доказательством,” автомобиль как “предмет спора,” сосед как “свидетель” и т.п. Во-вторых, это “обычные” правовые феномены, созерцание которых способно выявить “постоянно присущие” им правовые смыслы: это нормативно-правовые акты, институты, учреждения и пр. Конечно, в ходе правового опыта может оказаться и так, что подобные феномены оказываются на поверку симулякрами, которые лишь “выглядят как” правовые, на самом деле таковыми не будучи: например, суд, который, будучи политически либо экономически мотивированным, утрачивает правовой смысл, превращаясь в средство реализации политических либо экономических интересов. Вместе с тем, как подчеркивает Марион, полное совпадение конституирующей смысл интенции и данного в созерцании – это идеальный случай. Здесь нам достаточно указания на то, что “лик” соответствующего феномена по крайней мере, в первом приближении, четко и однозначно указывает на постоянное интенциональное наполнение его правовыми смыслами. Впрочем, следует оговориться, что в данном случае правовой смысл не самоценен, но *инструментален*, произвольно вложен творцами соответствующего сущего (закона, судебного решения, правового учреждения либо института) в свое творение. Тем самым, в данном случае, не мы первично аффицированы правовым смыслом, но наоборот, подобный смысл выступает продуктом активной деятельности субъекта. Отсюда следует, что как первый, так и второй тип правовых феноменов не может быть признан искомым нами исходным модусом данности права в той мере, в какой данный нам

<sup>17</sup> (Пост)феноменология, 97–98.

правовой смысл (ноэма) соответствующего феномена является результатом активной работы сознания.

То, чего не могут нам дать “бедные” либо “обычные” правовые феномены – изначальную данность права – мы можем получить лишь от *насыщенных* правовых феноменов. Как уже было сказано, согласно Мариону, их созерцание настолько “богато,” что оно превосходит любое наше предметное полагание смысла. Наоборот, мы до всякой нашей смыслопорождающей деятельности оказываемся первично аффицированы тем избытком смысла, которые дан нам в ходе созерцания соответствующего феномена. В качестве примера французский философ приводит картину, то есть зрелище, которое невозможно конституировать вследствие избытка созерцания, но на которое все же можно смотреть.<sup>18</sup> Таковы же, например, и религиозные либо мистические символы, всегда хранящие в себе больше смысла, чем способны дать самое пристальное их созерцание и которые не конституированы, но сами, напротив, являются источником смысла для нас.

Можно предположить, что в сфере права подобным «насыщенным» феноменом как истоком данности правового смысла выступает *живое телесное присутствие Другого*. Так, если мы редуцируем естественно-правовые и позитивные нормы, а также приостановим действие обычного права, это не будет означать нашей абсолютной свободы, вседозволенности либо всемогущества. В феноменологическом остатке нам окажется дан тот Другой, который в своем живом телесном соприсутствии с нами выступает мерой наших поступков, ставя им предел, задавая направление и определяя их модальность.<sup>19</sup>

Поясняя сказанное, следует отметить, что до всякого знакомства с позитивным, естественным либо обычным правом мы первично аффицированы наличием Другого как его живым телесным со-присутствием. Это со-присутствие может быть прямым, либо опосредованным, данным через “следы” телесного присутствия Другого – его собственность, его деятельность, а в пределе – его свободу.<sup>20</sup> Такая первичная аффицированность создает определенное “смысловое давление” на нас, которое “нормализуется” в ходе осмысления меры (предела, модальности, направления) своего поведения, заданной живым телесным соприсутствием Другого. Говоря проще, соприсутствующее тело Другого выступает как первичная норма права, которая диктует меру нашего поведения в отношении этого тела (в силу упомянутой выше избыточности такая мера исходно находится в самом теле и лишь извлекается оттуда в процессе интерпретации). Разумеется, данная мера как предел, модальность и направление наших поступков всегда конкретно-ситуативна в том плане, что как *конкретная мера она возникает вся-*

<sup>18</sup> (Пост)феноменология, 98.

<sup>19</sup> Более подробно об этом см.: Стомба, *Темпоральная онтология права*, 284 и далее, 291, 297, 305, 316.

<sup>20</sup> Подробнее см.: Алексей Стомба, “Право и неправое: возможна ли негативная онтология права?” *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2020): 24, <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2020.1.219033>.

кий раз заново как результат интерпретации (каковая интерпретация наполняет конкретным содержанием заданную телом Другого меру как таковую). С другой стороны, постольку, поскольку речь идет о теле Другого как Любого, на месте которого может оказаться и Третий,<sup>21</sup> подобная “правообразующая” интерпретация тела Другого либо его атрибутов (одежды, знаков различия, и т.п.) носит типический характер: “как вообще следует вести себя в отношении судьи, продавца, пешехода” и пр. С третьей стороны, результаты подобной интерпретации, конечно же, могут быть закреплены “нормативно” и в классическом значении этого слова – в тексте нормативно-правового акта, а сам этот нормативный акт будет, в свою очередь, интерпретирован как право. Однако при этом следует помнить, что такая интерпретация неизбежно будет носить вторичный (кристаллизация меры поведения в тексте нормативно-правового акта) либо третичный (интерпретация этого акта как “права,” т.е. обязательного к исполнению требования) характер, в то время как онтологически первичной, т.е. “конституирующей право” в исходном смысле этого слова будет именно *интерпретация* тела Другого как меры нашего поведения в отношении него, т.е. нормы права. При этом следует еще раз подчеркнуть, что в ходе этой интерпретации право как смысл не “вживляется” произвольно в тело Другого, но “извлекается” оттуда как имманентно присущая ему способность быть мерой наших деяний в отношении него.

Таким образом, право как смысл оказывается первично дано нам в ходе аффицированности живым телесным присутствием Другого как Любого, на месте которого может оказаться и Третий. Подобная аффицированность первично испытывается в правовом опыте как своеобразное “давление,” оказываемое на нас живым телесным соприсутствием Другого, которое задает меру (направление, модальность и предел) нашим поступкам. Тем самым Другой в своем живом телесном бытии с нами выступает как исходная *норма права*, которая оказывается доступной нам до всякого естественного либо позитивного права просто в силу нашего бытия-в-мире. Всякое естественное право возможно лишь на основе этой первичной, телесной аффицированности, ставящей предел нашей абсолютной свободе. В свою очередь, и позитивное право, как властное ограничение нашего поведения исходно обусловлено той первичной нормой, которая явлена нам в живом телесном присутствии Другого, теряя всякий смысл в случае его исчезновения.<sup>22</sup> Тем самым, несколько отклоняясь от темы, можно предположить, что как естественно-правовое, так и позитивно-правовое, а также социологическое правопонимание представляют собой не конкурирующие направления, но различные формы постижения серийной симулякральности права, либо же его “превращенной формы” (Карл Маркс), стершей следы своего происхождения и имплицированной в различные смысловые порядки. Далее мы попробуем рассмотреть те конкретные способы, которыми живое телесное соприсутствие Другого как первично-

<sup>21</sup> Более подробно об этом см. Стомба, *Темпоральная онтология права*, 282 и далее.

<sup>22</sup> Подробнее см. Алексей Стомба, “(Ис)пытать право: опыт правовой и юридической,” *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2019): 50, <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2019.1.186441>.

исходная норма права ставит нам предел в бытии друг-с-другом, задавая направление и модус наших деяний.

## V. Тело как норма

Если ноэма права – его смысл – оказывается тематизированным лишь в ходе феноменологической редукции либо *ἐποχή*, то правовой ноэзис – модус данности этого смысла отнюдь не является продуктом “теоретической деятельности.” Напротив, изначальная данность права оказывается тем латентным фоном, которым обусловлена упомянутая нами “предустановленная гармония” совместного человеческого бытия. Как уже было сказано, подобная данность осуществляется во встрече с живым телесным присутствием Другого, на месте которого может оказаться и Третий. Такое сопричастие задает для нас первичную норму поведения, самим фактом своего существования полагая нам меру – предел, направление и модальности наших поступков. Структуру подобной нормы образуют знаково-текстуальные модели (Андрей Поляков), воплощенные в живом телесном присутствии Другого на четырех уровнях.

Во-первых, это уровень *тела* как таковой. Само по себе наличие живого тела Другого рядом с нами уже является первичным *пределом* нашего поведения, ограничивая нашу свободу. Аналогичным образом задано и *направление* наших поступков: в силу телесного наличия рядом Другого наши деяния (пусть даже непосредственно не направленные на него) рассматриваются как имеющие отношение к нему, способные задеть его, т.е. нарушить его права и интересы, либо же, наоборот, помогающие реализовать потребности. Подобным же образом тело Другого задает и *модальности* соответствующих отношений, т.е. те конкретные способы, которыми осуществляется живое телесное сопричастие с Другим. В зависимости от конкретно-исторических условий эти модальности могли задаваться посредством самых различных свойств тела. Так, в первобытном обществе значение имели размеры этого тела, его внешний вид и т.п., подчеркивающие, например, физическую силу его обладателя и задающие конкретные способы отношения к нему. Аналогичное значение могут иметь возраст, пол, прочие физические характеристики (например, увечье), поскольку, например, в патриархальном обществе женщины, старики, дети, калеки задавали способы отношения к себе, абсолютно отличные от тех, которые существовали по отношению к взрослому здоровому мужчине. В свою очередь, в обществе расовой дискриминации соответствующая модальность будет также зависеть от цвета кожи тела Другого. Таким образом, как показывает исторический опыт, объем прав конкретного лица первично был задан именно телом: его размерами, физической силой, полом, возрастом и прочими физическими характеристиками его обладателя.

Во-вторых, модальности поведения задаются тем, что находится *на теле* Другого. Так, например, в первобытном обществе это была татуировка, прическа, иные искусственные атрибуты (подпиленные зубы, проткнутые носы и т.п.) которые позволяли различить вождя, шамана, воина, прошедшего инициацию юношу, замужнюю женщи-

ну и т.п. Также эта татуировка могла отличать *своего* (т.е. члена племени, на которого право распространялось в принципе) от *чужого* (который подлежал немедленному захвату либо уничтожению), когда последний не ставил никаких пределов поступкам в отношении него. В современном обществе рудименты подобного установления модальностей сохраняются, например, в криминальных сообществах, где изображения на теле (татуировка) служит, с одной стороны, указанием на статус ее носителя, а с другой стороны, позволяет отделить себя от людей, не принадлежащих к преступному сообществу. Очевидно, что тем самым задается и способ поведения в отношении соответствующего лица.

В-третьих, соответствующие модальности поведения заданы тем, чем оказывается *покрыто* тело Другого. Речь идет, прежде всего, конечно, об одежде. Данный уровень телесной нормативности достаточно актуален и для современного общества. Так, например, должностные лица (судьи, полицейские) исходно задают модальность отношения к себе благодаря форменной одежде, которая дает им дополнительные права в отношении встречаемых в бытии Других. Аналогичным образом одежда официанта, носильщика, коридорного в отеле, дворника либо уборщицы дает основания отдавать им распоряжения (принять заказ, перенести багаж, почистить ботинки, убрать номер и т.п.). В свою очередь, дорогая и красивая одежда, свидетельствуя о богатстве и высоком социальном статусе своего носителя, будет детерминировать одни способы отношения к нему, тогда как рваная, потрепанная и грязная одежда будет задавать совершенно другие модальности поведения. В свою очередь “непривычная” одежда указывает либо на маргинальный статус ее носителя, либо же – как “чужая” – указывает на то, что этот человек “внеположен” действующей системе норм, выказываясь как враг, иностранец и т.п. Нагота же Другого также ставит под вопрос правовой статус соответствующего лица, указывая либо на его неполноценность (например, сумасшествие) либо на некие чрезвычайные обстоятельства (например, правонарушение), тем самым также детерминируя своеобразные способы отношения к нему. Помимо одежды тем, что покрывает тело Другого, задавая соответствующую модальность поведения, являются также разнообразные знаки (жетон полицейского, нагрудный знак судьи), бейджики (кассира в супермаркете, охранника), ордена, медали, погоны и т.п.

В-четвертых, знаково-текстуальной моделью является и то, что находится *рядом* с телом Другого. Исторически это были, например, атрибуты вождя либо шамана – посох, жезл, амулеты и пр. В феодальном обществе подобную роль играли признаки монаршей власти – скипетр, держава, корона и т.п., а также знаки принадлежности к определенному сословию – духовенству (крест, четки, тиара), дворянству (герб, оружие, доспехи), крестьянам либо ремесленникам (орудия труда) и т.п. Также подобными околотелесными атрибутами, подчеркивавшими статус лица и требующим особых способов отношения к нему, являлись экипажи, охрана, свита и т.п. Аналогичные вещи являются достаточно актуальными и для современного общества. Полицейские дубинки, жезлы регулировщика уличного движения, оружие, специальные автомобили,

орудия труда в руках своих носителей, наконец, охрана и сопровождение свидетельствуют о том, что их обладатель требует особого способа отношения к себе гораздо более очевидно и доходчиво, чем нормы позитивного права.

Таким образом, если воспользоваться привычным терминологическим аппаратом, тело как *предел* наших деяний выступает своеобразной *гипотезой* правовой нормы. Иными словами, именно живое телесное соприкосновение Другого выступает тем первичным жизненным обстоятельством, которое приводит в действие право, запускает возможность правового осмысления соответствующей ситуации. В свою очередь, воплощенные в теле *модальности* – знаково-текстуальные модели – являются не чем иным, как *диспозицией*, указывая на возможное, требуемое либо должное поведение в отношении их носителя. В роли же *санкции* в широком смысле этого слова, т.е. правовых последствий содеянного будет выступать сама возможность соотнесения с Другими, т.е. правовой коммуникации как таковой. Иначе говоря, первичной санкцией, вызванной нарушением заданных телом Другого пределов/модальностей человеческих поступков, является ограничение правовой коммуникации с нарушителем либо исключение из нее. Ведь, как известно, древнейшим наказанием в праве являлось изгнание. Точно также и в современном обществе самым распространенным следствием нарушения телесной нормативности будет отказ в коммуникации, ее ограничение, исключение из обмена и т.п. Говоря языком феноменологии, результатом нарушения в данном случае будет искажение *направленности* наших деяний, которые в случае нарушения пределов либо модальностей, заданных живым телесным соприкосновением Другого не позволят достичь Другого в его бытии, соотв. вступить с ним в правовую коммуникацию. Аналогичным образом в теле как мере (направлении, пределе и модальности) наших деяний в совместном бытии могут быть воплощены нормы императивные либо диспозитивные, регулятивные либо охранительные, управомочивающие, дозволяющие, запрещающие и т.п.

## VI. Заключение

Итак, наша гипотеза о том, что “автоматическое сцепление” человеческих поступков обусловлено не чем иным, как *общим способом данности нормы права*, кажется, нашла свое подтверждение в ходе исследования. В результате проведенной феноменологической редукции и *ἐπιλογῆς* мы выявили, что до всякого естественного, позитивного либо обычного права наше поведение определяется данностью живого телесного соприкосновения Другого, которое выступает как первичная норма права. Подобная норма содержит в себе меру (предел, направление и модальности) наших деяний в отношении других людей. Такой предел, направление и модальность поведения воплощены в теле Другого как те его характеристики и атрибуты, которые играют роль, аналогичную гипотезе, диспозиции и санкции классической нормы.

Однако следует помнить, что живое телесное соприкосновение Другого отнюдь не тождественно простому физическому наличию рядом другого лица. Ведь рядом может

оказаться не только “свой,” но и “чужой,” “враг,” т.е. Иной, который не разделяет наш общий мир, угрожает его существованию и может быть нигилирован в качестве соприсутствия. Тем самым пределы нормативности, заданной живым телесным соприсутствием Другого, наиболее ярко высвечиваются в феноменах изгнания, объявления вне закона, лишения прав, чрезвычайном положении, наконец, в революции либо войне. Аналогичным образом рядом с нами может очутиться Другой, взятый не как Любой, на месте которого может оказаться и Третий, но и как Ты, манифестирующий себя в модусе неповторимой уникальности и тем самым ставящий пределы праву как *типическому отношению*. В данном случае предел нормативности права ставится уже такими смыслами как “любовь,” “дружба” и т.п. Следовательно, можно предположить, что направление дальнейших наших разысканий будет лежать в плоскости поисков *пределов права* и разрушении еще одной иллюзии классического правоведения – о том, что право может быть произвольно распространено на любые отношения между людьми.

© А. Стовба, 2022

### Bibliography

- Alexeev, Nikolay. *The Foundations of Philosophy of Law*. [In Russian]. Saint-Petersburg: Lan', 1999.
- Husserl, Edmund. *Logic Investigations. Cartesian Meditations*. [In Russian]. Minsk: Harvest, 2000.
- Husserl, Edmund. *The Ideas for Pure Phenomenology and Phenomenological Philosophy*. [In Russian]. Moscow: Dom Intelletualnoy Knigi, 1999.
- Husserl, Gerhart. *Recht und Welt*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1964.
- Kelsen, Hans. “Science and Politics.” [In Russian]. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN* 1 (2020): 183–209.
- Kelsen, Hans. “The Pure Doctrine about Law: Introduction into the Issues of Legal Science.” [In Russian]. *Rossijskij ezhegodnik teorii prava* 4 (2011): 418–98.
- Maihofer, Werner. *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1954.
- Maximov, Sergey, Yuriy Permyakov, Andrey Polyakov, Aleksey Stovba, Ilya Chestnov, and Vladimir Chetvernin. *Non-classical Philosophy of Law: Questions and Answers*. [In Russian]. Kharkov, 2013.
- (Post)Phenomenology. *New Phenomenology in France and beyond its Borders*. [In Russian]. Moscow: Akademicheskij Proekt, 2014.
- Stovba, Aleksey. *Temporal Ontology of Law*. [In Russian]. Saint-Petersburg: Alef-press, 2017.
- Stovba, Aleksey. “Asking the Law: Experience of Law and Legal Experience.” [In Russian]. *Filosofii prava i zagal'na teorii prava* 1 (2019): 41–56.
- Stovba, Aleksey. “Law and Unlaw: Does the Negative Ontology of Law Possible?” [In Russian]. *Filosofii prava i zagal'na teorii prava* 1 (2020): 16–37.
- Tymoschyna, Elena. “Law as ‘Idea,’ ‘Fiction’ and ‘Fact.’ About Nominalismus and Realismus in Legal Theory. Law Communication and Legal Systems.” [In Russian]. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN* 4 (2013): 48–75.



**Олексій Стовба. Тіло як норма: неklasична онтологія права**

**Анотація.** Статтю присвячено переосмисленню норми права. Традиційно правознавці інтерпретували норму права як зафіксоване у законодавстві правило поведінки, забезпечене примусом держави, чи іманентні розуму ідеальні приписи природного права. Натомість, представники соціологічної школи права трактували правову норму як звичай, імплікований у суспільних відносинах. Однак усі подібні підходи залишали без відповіді питання, яким чином звичайні люди, не знаючи змісту норм права, належачи до різних культур та дотримуючись різноманітних звичаїв тим не менш, коригують свою соціальну поведінку у суспільно прийнятному напрямку.

На думку автора, задля пояснення цього слід переосмислити норму права в її онтологічному розрізі. Це означає встановити та осмислити те, як норма права існує в житті, а не на папері чи в уявленнях теоретиків і філософів права. Подібний онтологічний поворот стає можливим завдяки зверненню до феноменологічної філософії. Мова йде не тільки про роботи класиків феноменології на кшталт Едмунда Гуссерля чи Моріса Мерло-Понті, але й представників “третьої хвилі феноменології” – Марка Рішира та Жана Маріона. Якщо класична феноменологія була насамперед вченням про феномени свідомості, то у сучасних феноменологів центр уваги зміщується на людське тіло. Останнє розуміється не як матеріальне втілення активного суб’єкту, а, навпаки, як пасивне, афектоване. Тіло в даному випадку стає полем досвіду, який як раз і слід описати за допомогою феноменологічного методу.

У правовому ракурсі це означає, що первісним обмеженням людської поведінки у соціумі є не абстрактні норми позитивного законодавства чи природного права, а жива тілесна співприсутність існуючих поряд людей. Саме присутність Іншого у спільному бутті зі мною стає мірою моїх вчинків. Ця міра являє собою межу, модальність та напрямок моїх діянь відносно інших людей. Відтак, тіло стає на місце позитивно-правової чи природної норми права, в буквальному сенсі слова втілюючи у собі приписи дозволеної, належної чи потрібної поведінки. Таким чином, людське тіло містить у собі як гіпотезу, так і диспозицію і санкцію, а тому перетворюється на генуїнний модус буття норми права.

**Ключові слова:** правова норма; тілесність; афективність; буття права; тіло як норма.

**Алексей Стовба. Тело как норма: неклассическая онтология права**

**Аннотация.** Статья посвящена переосмыслению нормы права. Традиционно правоведеы интерпретировали норму права как зафиксированное в законодательстве правило поведения, обеспеченное государственным принуждением, либо же имманентные разуму идеальные предписания естественного права. Также представители социологической школы права трактовали правовую норму как обычай, имплицированный в общественных отношениях. Однако все подобные подходы оставляли без ответа вопросы о том, каким образом обычные люди, не зная содержания норм права, принадлежа к различным культурам и придерживаясь разнообразных обычаев, тем не менее, корректируют свое социальное поведение в общественно приемлемом направлении.

По мнению автора, для пояснения подобного положения вещей следует переосмыслить норму права в ее онтологическом аспекте. Это означает, установить и осмыслить то, как норма права существует в жизни, а не на бумаге либо же в воображении теоретиков и философов права. Подобный онтологический поворот становится возможным благодаря обращению к феноменологической философии. Речь идет не только о работах классиков феноменологии наподобие Эдмунда Гуссерля либо же Мориса Мерло-Понти, но и представителей “третьей волны феноменологии” – Марка Ришира и Жана Мариона. Если классическая феноменология

была, прежде всего, учением о феноменах сознания, то у современных феноменологов центр внимания смещается на человеческое тело. Последнее трактуется не как материальное воплощение активного субъекта, но, наоборот, как пассивное, афицированное. Тело в данном случае становится полем опыта, который как раз и следует описать при помощи феноменологического метода.

В правовом ракурсе это означает, что первичным ограничителем человеческого поведения служат не абстрактные нормы позитивного законодательства либо же естественного права, а живое телесное сопричастие существующих рядом людей. Именно присутствие Другого в совместном со мною бытии становится мерой моих поступков. Эта мера является границей, пределом и модальностью моих деяний в отношении других людей. Таким образом, тело становится на место позитивно-правовой либо естественной нормы права, в буквальном смысле воплощая в себе предписания разрешенного, должного либо требуемого поведения. Тем самым, человеческое тело содержит в себе как гипотезу, так и диспозицию, и санкцию, а поэтому превращается в исходный способ существования нормы права.

**Ключевые слова:** правовая норма; телесность; аффективность; бытие права; тело как норма.

### **Oleksiy Stovba. The Body as Norm: Non-Classic Ontology of Law**

**Abstract.** The article is dedicated to the reasoning of the norm of law. Traditionally norm of law was interpreted as the rule, which is fixed in legislation and guaranteed by the state coercion. The other variant of interpretation were reasonably grounded ideal rules of natural law. In the sociological doctrine law presents itself as the custom, exists implicitly in the social relations. But all the similar approaches leave without an answer the next question: in what way the ordinary people, who belong to the different legal cultures and traditions and even not imagine themselves the legal content of norms, are able to have the common and coinciding picture of law.

In my opinion to explain the similar state affairs we have to reconsider norm of law in its ontological aspect. It means to grasp and to contemplate how the norm of law exists in the real world, not on the paper or in mind of theorists and legal philosophers. The similar ontological turn becomes possible due to the phenomenological philosophy. We are talking not only about the works of classic phenomenologists, as Edmund Husserl or Moris Merlo-Ponty, but also about the “third wave of phenomenology,” such as Marc Rishire or Gean Marion. The classical phenomenology is first of all, the doctrine of consciousness. In its turn, contemporary phenomenologist’s focal point shifts toward human body. The latter isn’t interpreted as material embodiment of active subject, but opposite as the passive, affected. The body in its case becomes the field of experience, describing of which is possible through the phenomenological method.

In the legal aspect it means, that the genuine restriction of the human deeds is rooted in the living corporal presence of the other people and not in the positive legislation or natural law. The living corporal presence of the Other in the common Being becomes the measure of my deeds. The similar measure is the border, limit and modality of my deeds towards the Others. Thus, the body of human Being takes the place of a positive or natural norm of law and, in strictly sense, embodies the norms of permeated, ought or demanded behavior. At the same time human body contents in itself all the parts of legal norm – its disposition, sanction and hypothesis and then turns into the genuine modus of legal norm’s existence.

**Keywords:** legal norm; corporality; affectivity; Being of law; body as norm.

Одержано/Received 15.05.2022

## МЕТОДОЛОГІЧНЕ ЗНАЧЕННЯ КАТЕГОРІЇ “ПРАВОМІРНОГО ОЧІКУВАННЯ” ВЕРНЕРА МАЙХОФЕРА ДЛЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ВЕРХОВНОГО СУДУ

### І. Постановка проблеми

**І**нститут правомірного очікування займає одну з центральних позицій у сучасній юриспруденції та активно застосовується у судовій практиці Верховного Суду для заповнення прогалин, залишених законодавцем. Його витoki сягають епохи Античності, однак свою популярність він почав нарощувати з середини ХІХ століття у працях тогочасних філософів права. Разом з тим, незважаючи на те, що ця категорія має давню історію, єдине доктринальне розуміння правомірних очікувань відсутнє, що призводить до формування суперечливої (чи принаймні неузгодженої) практики його застосування. Окреслена ситуація зумовлена тим, що в основу судових рішень вкладається таке розуміння цієї категорії, яке утворюється шляхом казуального тлумачення правових норм та такої ж оцінки фактів і доказів, однак при цьому без належної уваги залишається основа (або, що більш вдало, “природа”) правомірних очікувань: спосіб їх виникнення та існування, зв’язок з нормативно закріпленим правом та законним інтересом, шляхи формування, його не зв’язана з велінням держави чи вказівкою закону нормативність. Певною мірою виправити ситуацію може звернення до філософсько-правових поглядів та концепцій, в основі яких знаходиться міркування щодо правової природи правомірних очікувань.

Застосування інших, окрім чинного законодавства, джерел права часто ставало предметом наукового дискурсу. Однак з того часу як наукова доктрина на законодавчому рівні визнана джерелом права,<sup>1</sup> мова більшою мірою ведеться про її значущість та ефективність у порівнянні з актами законодавства. Найбільш поширеним у судовій практиці вищих судових інстанцій України є звернення до доктринального розуміння

\* Ірина Василівна Бесага, аспірантка кафедри теорії та історії держави і права, конституційного та міжнародного права Львівського державного університету внутрішніх справ.

Iryna Besaha, Post-graduate student at the Department of General Legal Disciplines of the Institute of Law, Lviv State University of Internal Affairs.

e-mail: animespirit12@ukr.net

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2736-4985>

<sup>1</sup> Мова ведеться про положення статті 47 Закону України “Про судоустрій і статус суддів” від 02.06.2016 № 1402-VIII щодо діяльності Науково-консультативної ради при Верховному Суді, а також ст. 73, 114–115 ЦПК України, 69, 112–113 КАС України, 70, 108–109 ГПК України щодо використання як доказу в справі висновку експерта у галузі права. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89082879>, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87478109>.

положень римського права,<sup>2</sup> наукового трактування юридичних понять і термінів,<sup>3</sup> застосування аналогії права та аналогії закону.<sup>4</sup> У актуальній судовій практиці Верховного Суду (надалі також – Суду) подекуди зустрічається посилення на положення “природного права,” однак прояснення змісту цього терміно-поняття, як і посилення на конкретну юснатуралістичну концепцію відсутні.<sup>5</sup> Таким чином, доповнення правових позицій Верховного Суду концептуальними поглядами щодо правомірних очікувань сприятиме виробленню єдиного підходу у розумінні цієї категорії.

Автором одного з оригінальних підходів до поєднання очікування з правом є видатний філософ права-екзистенціаліст Вернер Майхофер. У власній концепції автором розроблене розуміння правомірного очікування як аксіологічної компоненти права, відмінної від сучасного розуміння “цінності права” та “правових цінностей.”<sup>6</sup> Поєднання суб’єктивного (даного з буття Самістю) та об’єктивного (сформованого у бутті-як) сподівання дозволяє по-новому поглянути на цінність права для людини. Встановлення можливості використання поглядів німецького філософа права на правомірні очікування як наукову доктрину у судовій практиці дозволить удосконалити сучасні підходи до розуміння інституту легітимного сподівання у філософії та теорії права, а також має прагматичний аспект.

З огляду на зазначене, метою пропонованої розвідки є аналіз сучасної практики судового застосування інституту “правомірних очікувань” та встановлення можливості використання поглядів Вернера Майхофера для удосконалення розуміння цієї юридичної конструкції, усунення неузгодженостей і суперечностей у судовій практиці та вироблення єдиного доктринального підходу застосування інституту правомірних очікувань.

<sup>2</sup> *Римське право крізь призму традиції і судової практики*, за ред. Інни Спасибо-Фатєєвої (Харків: ЕКУС, 2022); Постанова Верховного Суду від 03 червня 2020 року у справі № 522/17429/17; Постанова Верховного Суду від 29 вересня 2022 року у справі № 824/293/21; Окрема думка судді Великої Палати Верховного Суду Штелих С. П. від 26 січня 2021 року на постанову Великої Палати Верховного Суду у справі № 607/3693/17; Постанова Верховного Суду від 02 травня 2018 року у справі № 910/16011/17; Постанова Верховного Суду від 16 червня 2022 року у справі № 905/813/20; Окрема думка суддів Великої Палати Верховного Суду Прокопенка О. Б., Британчука В. В., Железного І. В., Золотнікова О. С. від 12 жовтня 2022 року на постанову Великої Палати Верховного Суду у справі № 183/4196/21.

<sup>3</sup> Окрема думка суддів Великої Палати Верховного Суду Катеринчук Л. Й., Гудими Д. А., Пророка В. В. від 12 травня 2022 року на ухвалу Великої Палати Верховного Суду про повернення справи № 922/2960/17; Окрема думка судді Великої Палати Верховного Суду Ситнік О. М. від 03 жовтня 2018 року у справі № 826/16892/17.

<sup>4</sup> Ухвала Верховного Суду від 28 вересня 2022 року у справі № 140/1770/19.

<sup>5</sup> Окрема думка судді Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду Желтобрюх І. А. від 23 листопада 2020 року у справі № 826/3508/17; Постанова Верховного Суду від 04 червня 2020 року у справі № 460/354/19; Постанова Верховного Суду від 01 вересня 2022 року у справі № 120/8450/20-а.

<sup>6</sup> *Філософія права: проблеми та підходи*: навч. посіб. для студ. спец. “Правознавство,” за заг. ред. Петра Рабіновича (Львів, 2005), 60.

## II. Виклад основного матеріалу

Останнім часом Верховний Суд активно звертається до категорії правомірних очікувань. При цьому Суд одночасно оперує поняттями: “правомірні очікування,” “законні сподівання/очікування,” “легітимні очікування,” “виправдані очікування” та “право очікування,”<sup>7</sup> – використовуючи їх як синоніми. При чому, правомірні очікування згадуються у контексті застосування принципів “належного урядування”<sup>8</sup> та “верховенства права,”<sup>9</sup> а сфера застосування цього інституту умовно поділена на три блоки: 1) щодо захисту прав на майно; 2) щодо належної реалізації власної компетенції суб’єктами владних повноважень; та 3) щодо добросовісної та розумної поведінки учасників правовідносин. У кожен з цих блоків вкладено відмінне розуміння ідеї правомірних очікувань, порядок та умови її застосування. Така кількість позначень та широка сфера застосування концепції правомірних очікувань призвела до формування не меншої кількості визначень та переліку умов для використання цього інституту, що в свою чергу призвело до відсутності єдиної практики його застосування.

Розглянемо детальніше першу підставу для судового застосування концепції “правомірних очікувань.” У Постанові Верховного Суду в справі № 531/1443/20 від 25 травня 2022 року Суд зробив висновки, що застосування ідеї “правомірного очікування” у відношенні до захисту речових прав повинно здійснюватися з урахуванням положень 1-го Протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (надалі також – Конвенції) та ставиться у залежність від міри дотримання вимог елементів принципу верховенства права – правової передбачуваності та правової визначеності. Останні будуються на презумпції, що обмеження основних прав людини та запровадження цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлюваних такими обмеженнями.<sup>10</sup> Зворотнім чином, очікування осіб не можуть впливати на зміну правового регулювання. Правомірні очікування у такому розумінні полягають у тому, “що якщо особа очікує досягнення певного результату, діючи відповідно до норм права, то має бути гарантований захист цих очікувань.”<sup>11</sup>

Близький за змістом висновок зроблений Конституційним Судом України, який у рішеннях від 31 березня 2015 року № 1-рп/2015 та від 11 жовтня 2005 року № 8-рп/2005 вказав на те, що дія вищеназваних складових принципу верховенства права спрямована на те, щоб суб’єкти правовідносин мали можливість завбачити наслідки своїх дій і бути впевненими у своїх законних очікуваннях, що набуте ними на підставі чинного законодавства право, його зміст та обсяг буде ними реалізовано.

<sup>7</sup> Постанова Верховного Суду від 23 лютого 2022 року у справі № 700/301/20; Постанова Верховного Суду від 29 червня 2022 року у справі № 522/12192/17; Постанова Верховного Суду від 26 січня 2022 року у справі № 761/3462/13-ц.

<sup>8</sup> Постанова Верховного Суду від 21 червня 2022 року у справі № 826/14142/18.

<sup>9</sup> Постанова Верховного Суду від 25 травня 2022 року у справі № 531/1443/20.

<sup>10</sup> Постанова Верховного Суду від 19 січня 2022 року у справі № 207/3286/18.

<sup>11</sup> Постанова Верховного Суду від 25 травня 2022 року у справі № 531/1443/20.

У своїй практиці Верховний Суд, посилаючись на практику Європейського суду з прав людини (надалі також – ЄСПЛ), використовує вироблену останнім концепцію “майна.” Остання, за визначенням Суду, має автономне значення, не обмежується правом власності на матеріальні речі та не залежить від формальної класифікації у внутрішньому праві: інші права та інтереси, які можна позначити терміном “активи,” також охоплюються поняттям власності та розуміються як “майно.”<sup>12</sup> “Правомірні очікування” також можуть виступати об’єктами права власності та отримувати правовий захист.<sup>13</sup>

Цікаво, що ЄСПЛ розрізняє два аспекти “правомірного очікування” у відношенні до концепції “майна:” як виправданого сподівання на ефективну реалізацію права власності та як законне очікування наділеної майновим правом особи на переростання цього права у право власності (отримання права власності у майбутньому).<sup>14</sup> У постанові від 30 січня 2013 року № 6-168цс12 Верховний Суд України визначив останнє як “право очікування.”

Як у першому, так і другому випадку законні очікування можуть розглядатися лише у зв’язку з принципом “правової визначеності.” Справа у тому, що захист правомірних очікувань на певний стан речей у майбутньому (як збереження за власником його титулу, так і оформлення права власності на основі існуючого майнового права) пов’язані з реалізацією визначеного законом належного особі суб’єктивного права, наявністю відповідних ефективних юридичних процедур, які якраз слугують основою майнового права та породжують впливаючі з нього правомірні очікування учасників суспільних відносин. Такі висновки підтверджуються також позицією Верховного Суду, який схиляється до думки, що для того, щоб сподівання набули статусу легітимних (правомірних), вони повинні мати не лише конкретний характер, але і ґрунтуватися на нормі права чи правовому акті, а не просто на надії.<sup>15</sup>

Легітимне очікування завжди пов’язане з суб’єктивним правом чи інтересом щодо майна. Воно виникає внаслідок юридичного факту, який спричиняє виникнення у особи майнового права. Якщо останнє, внаслідок змін у правовому регулюванні, видання

<sup>12</sup> Рішення Європейського суду з прав людини щодо прийнятності заяви у справі “Броньовські проти Польщі,” від 22 червня 2004, заява № 31443/96; Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Сук проти України” від 10 березня 2011 року, заява № 10972/05; Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Фон Мальтцан та інші проти Німеччини” від 02 березня 2005 року, заяви № 71916/01, 71917/01 та 10260/02.

<sup>13</sup> Постанова Верховного Суду від 05 жовтня 2020 року у справі № 305/1030/18; Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Пайн Велі Девелопмент Лтд. Та інші проти Ірландії” від 23 жовтня 1991 року, заява № 12742/87; Ухвала Європейського суду з прав людини у справі щодо прийнятності заяви “S. v. The United Kingdom” від 13 грудня 1984 року, заява № 10741/84.

<sup>14</sup> Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Федоренко проти України” від 01 червня 2006 року, заява № 25921/02; Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Стреч проти Сполученого Королівства” від 24 червня 2003, заява № 44277/98; Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Н. К. М. проти Угорщини” від 14 травня 2013 року, заява № 66529/11.

<sup>15</sup> Постанова Верховного Суду від 13 січня 2021 року у справі № 570/5323/17; Постанова Верховного Суду від 26 квітня 2021 року у справі № 9901/46/21; Постанова Верховного Суду від 21 травня 2021 року у справі № 918/1048/20.

акту індивідуальної дії, не може бути реалізоване, то таке право по суті не є “наявним,” а відтак і не підлягає захисту. Через це Суд визнає порушеним не право, а правомірне очікування. Очікування береться у контексті забезпечення можливості реалізації особою належного їй суб’єктивного права, яке отримано на законній основі та породжує раціональне сподівання щодо його безперешкодної реалізації.<sup>16</sup> Як приклад можна назвати правомірне очікування на отримання у власність земельної ділянки після надання позитивного рішення органу місцевого самоврядування щодо дозволу на розробку особою проєкту землеустрою;<sup>17</sup> очікування щодо збереження сервітуту після передавання земельної ділянки у приватну власність іншій особі;<sup>18</sup> набуття правомірних очікувань щодо отримання у майбутньому права володіння майном (право оренди) ще до укладення відповідного договору оренди на виконання даного рішення, яким особи надано право користування земельною ділянкою<sup>19</sup> та інші.

Узагальнено можна назвати наступні умови для виникнення та захисту правомірних очікувань (щодо майна): а) попередня наявність майнового права, яке виникло у передбачений/не заборонений законом спосіб; б) відсутність раціональних сумнівів щодо можливості реалізації такого права у майбутньому – пов’язаність очікування з наслідками, на виникнення яких особа законно може сподіватися; в) наступне порушення прав особи – позбавлення її раніше набутого права або створення перешкод у його реалізації (за умови, що це не є наслідком власної поведінки особи);<sup>20</sup> г) наявність підстав у праві для захисту такого права та/або усталена судово практика.

Як бачимо з наведеного, обов’язковим аспектом захисту правомірного очікування як складової частини майна<sup>21</sup> є наявність законодавчої норми як щодо юридичного закріплення/визнання державою за особою майнового права, так і щодо ефективних механізмів захисту такого “правомірного очікування.”<sup>22</sup> Неприйняття або втрата чинності законодавчим актом/нормою має наслідком відсутність правомірного очікування або механізму його захисту.<sup>23</sup>

<sup>16</sup> Постанова Верховного Суду від 26 січня 2022 року у справі № 761/3462/13-ц; Постанова Верховного Суду від 16 лютого 2022 року у справі № 204/9189/19.

<sup>17</sup> Постанова Верховного Суду від 27 квітня 2022 року у справі № 532/571/20.

<sup>18</sup> Постанова Верховного Суду від 05 жовтня 2020 року у справі № 305/1030/18.

<sup>19</sup> Постанова Вищого господарського суду України від 02 жовтня 2017 року у справі № 909/964/14/.

<sup>20</sup> Постанова Верховного Суду від 05 жовтня 2020 року у справі № 305/1030/18.

<sup>21</sup> Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Стреч проти Сполученого Королівства” від 24 червня 2003, заява № 44277/98; Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Н. К. М. проти Угорщини” від 14 травня 2013 року, заява № 66529/11; Постанова Верховного Суду України від 30 січня 2013 року у справі № 6-168цс12; Постанова Верховного Суду України від 26 січня 2022 року у справі № 761/3462/13-ц.

<sup>22</sup> Постанова Великої Палати Верховного Суду від 05 червня 2018 року у справі № 338/180/17; Постанова Великої Палати Верховного Суду від 11 вересня 2018 року у справі № 905/1926/16; Постанова Великої Палати Верховного Суду від 30 січня 2019 року у справі № 569/17272/15-ц.

<sup>23</sup> Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Копецький проти Словаччини” від 26 червня 2014 року, заява № 44912/98; Постанова Верховного Суду від 01 вересня 2022 року у справі № 120/8450/20-а; Постанова Верховного Суду від 21 квітня 2021 року у справі № 360/3611/20;

З цього правила Верховний Суд допускає поодинокі винятки, однак такі пов'язані більшою мірою з наступною підставою для судового застосування концепції “правомірних очікувань,” мова про які велася вище. Так, правомірні очікування (у розумінні складової частини права власності) можуть виникнути при відсутності законодавчого акту чи усталеної судової практики у випадку недотримання владним суб'єктом вимог щодо вчасної, послідовної, прозорої та обґрунтованої поведінки (наприклад, при вирішенні питання про затвердження проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки у власність органом місцевого самоврядування не враховано обставини, які підтверджують необхідність встановлення сервітуту на прохід до землекористування іншої особи).<sup>24</sup>

На протипагу вищезазначеному підходу, Верховний Суд більш розширено тлумачить захист правомірних очікувань при вирішенні питань належної реалізації власної компетенції суб'єктами владних повноважень (у широкому значенні). Тут більшою мірою увага приділяється принципу “належного урядування,” а вимоги щодо належної, прозорої та послідовної поведінки ставляться вище законодавчого та індивідуального акту. Перш все, на органи державної влади покладається вимога запровадити внутрішні процедури, які посилять прозорість і ясність їхніх дій, мінімізують ризик помилок і сприятимуть юридичній визначеності у правовідносинах.<sup>25</sup> Про захист правомірного очікування у контексті названої вимоги мова ведеться якщо: а) внаслідок правового регулювання зі сторони суб'єкта владних повноважень у особи наявне розумне сподівання, що стосовно неї суб'єкт владних повноважень буде діяти саме так, а не інакше (наприклад, очікування учасників судового провадження про те, що до них під час розгляду справи судом буде застосовано належну правову процедуру<sup>26</sup>); б) суб'єкт владних повноважень не приймає законодавчі акти, хоча на нього покладено відповідний обов'язок<sup>27</sup> (випадки виникнення прогалин у правовому регулюванні суспільних відносин; тут також застосовується правило пріоритету норми за найбільш сприятливим для особи тлумаченням<sup>28</sup>)<sup>29</sup> та в) органи публічної влади дають обіцянки та про-

---

Постанова Верховного Суду від 29 січня 2020 року у справі № 802/2069/17-а; Постанова Верховного Суду від 30 жовтня 2019 року у справі № 753/23099/16-а; Постанова Верховного Суду від 01 вересня 2022 року у справі № 120/8450/20-а.

<sup>24</sup> Постанова Верховного Суду від 15 липня 2021 року у справі № 420/779/19; Постанова Верховного Суду від 02 вересня 2019 року у справі № 810/4817/18; Постанова Верховного Суду від 05 жовтня 2020 року у справі № 305/1030/18.

<sup>25</sup> Постанова Верховного Суду від 21 червня 2022 року у справі № 826/14142/18.

<sup>26</sup> Постанова Великої Палати Верховного Суду від 12 травня 2022 року у справі № 877/0/15–21.

<sup>27</sup> Постанова Верховного Суду від 19 січня 2022 року у справі № 207/3286/18.

<sup>28</sup> Постанова Верховного Суду від 14 вересня 2021 року у справі № 909/243/18; Постанова Верховного Суду від 09.11.2020 року у справі № 904/2404/18.

<sup>29</sup> Цікаво, що у такому випадку Верховний Суд не має чіткої позиції. Він може посилатися як на загальні принципи законодавчого регулювання (аналогія права та аналогія закону), так і на основні права людини і принципи природного права, а також застосовувати нормативні акти, які втратили чинність. До цього: Постанова Верховного Суду від 19 січня 2022 року у справі № 207/3286/18.



буджують цим відповідні очікування. Таким чином суб'єкти владних повноважень створюють для осіб обґрунтовані підстави сподіватися на отримання певних прав понад ті, що гарантуються законом.<sup>30</sup>

Посилання Верховного Суду на основоположні права, принципи природного права та нормативну природу обіцянок суб'єктів владних повноважень дозволяють вести мову про концепцію “правомірних очікувань” не лише з позицій правового позитивізму – як впливаючого з юридичного акту чи владного розпорядження легітимного сподівання на наявність, повноцінність та застосовність правової норми у всіх можливих життєвих ситуаціях, але і засобами соціологічного підходу до права.

Посилання на принципи природного права, як і в принципі будь-яке звертання до такого, є скоріше стилістичною фігурою, ніж реальним використанням природно-правових ідей чи концепцій. Однак, на що варто звернути увагу, така ситуація зберігається лише у тих випадках, у яких мова ведеться про діяльність органів владних повноважень, державного визнання прав чи фактів. Тією мірою, якою спір зав'язаний на правах, інтересах та впливаючих з них очікувань рівних між собою суб'єктів, Верховний Суд вважає за можливе вести мову як про добросовісну поведінку та розумність залучених сторін, так і про взаємне врахування інтересів, утримання від недобросовісних дій чи бездіяльності.<sup>31</sup> При чому вимоги розумності та добросовісності впливають та обґрунтовуються не з позиції дотримання припису закону, але з *природи самих суспільних відносин*. Нерозумною чи недобросовісною визнається поведінка, яка хоч і відповідає вимогам закону, однак суперечить загальноприйнятим, таким, що склалися у суспільній практиці, способам поведінки в типових ситуаціях. Як приклад судова практика наводить: необґрунтоване припинення переговорів, пропозиція нерозумних умов, які завідомо є неприйнятними для контрагента, вступ у переговори без серйозних намірів (зокрема з метою зірвати укладення договору з третьою особою, наприклад з конкурентом недобросовісної сторони переговорів), нерозкриття необхідної контрагенту інформації тощо.<sup>32</sup>

Вищезгадані поняття розумності та добросовісності переважно згадуються у контексті судового встановлення факту зловживання учасником відносин позитивним правом,<sup>33</sup> однак відсутність законодавчої норми не є перешкодою для судового захисту правомірних очікувань учасників суспільних відносин.<sup>34</sup>

Вищевикладене дозволяє прослідкувати непослідовність Верховного Суду, неузгодженість його позицій щодо застосування концепції правомірних очікувань: якщо

<sup>30</sup> Постанова Верховного Суду від 01 вересня 2022 року у справі № 120/8450/20-а; Постанова Верховного Суду від 09 червня 2022 року у справі № 300/1617/20; Рішення Другого сенату Конституційного Суду України від 07 квітня 2021 року у справі № 1-р(II)/2021.

<sup>31</sup> Такий підхід застосовується Судом також у тому випадку, коли орган державної влади виступає не як суб'єкт владних повноважень, а як учасник цивільних або господарських правовідносин.

<sup>32</sup> Постанова Верховного Суду від 30 червня 2022 року у справі № 700/321/20.

<sup>33</sup> Постанова Верховного Суду від 29 червня 2022 року у справі № 522/12192/17.

<sup>34</sup> Постанова Верховного Суду від 27 липня 2022 року у справі № 907/584/21.

у одному випадку Суд задовольняє позов, визнаючи порушеними правомірні очікування, посилаючись на їх укоріненість у самій суті правовідносин (тобто безвідносно до правової норми), то у іншому – відмовляє у задоволенні позову через відсутність нормативного закріплення права чи інтересу, щодо яких таке очікування могло виникнути. Таке різночитання та, відповідно, відмінність у розумінні ідеї “правомірних очікувань,” створює не лише проблеми для застосування цієї конструкції Судом у власних правових позиціях, але створює також правову невизначеність та складність у посиланні на ці правові позиції органами державної влади, судами нижчих інстанцій (частини 5 та 6 ст. 13 Закону України “Про судоустрій і статус суддів” від 02.06.2016 № 1402-VIII), а також громадянами, які звернулися за судовим захистом.

Можна припустити, що зазначені суперечності викликані відсутністю єдиної доктринальної позиції щодо правової природи правомірних очікувань як таких. Уявляється, що у заповненні подібної прогалини можуть допомогти філософсько-правові розробки німецького правознавця Вернера Майхофера (1918–2009). В основу його концептуальних напрацювань покладено поєднання екзистенціалістського та соціологічного підходів до права, що надало змогу правознавцю вести мову про нормативну природу того життєвого становища справ та соціальних ролей, у яких індивідуальне людське буття у світі здійснюється як упорядковане соціальне співбуття. Соціальні ролі та відносини існують та змінюються за принципами співіснування, вміщують у собі результати історичного та культурного розвитку соціальних інституцій. Їх нормативність зумовлена їх “природністю,” вони існують як стан попередньої упорядкованості, як порядок, який даний до всякої вимоги закону чи владного розпорядження. Право тут постає у вигляді конкретної, не пов’язаної з приписами законодавчої норми, соціально-рольової вимоги до поведінки інших людей.

Відтак правомірні очікування як сподівання на те, що кожен у певній ролі чи становищі буде вести себе так, як належить його ролі чи впливає зі становища, мають у Майхофера подвійне смислове навантаження. Вони одночасно виступають як мірою власної поведінки, так і презумпцією того, що інші також не порушуватимуть вимог, заданих їхнім актуальним соціальним статусом. З цього приводу філософ права також зазначає, що “продавцю я цікавий лише як ‘чесний’ покупець, учню лише як ‘добрий’ вчитель, сусідові як ‘славний’ сусід, як син, батько чи чоловік.”<sup>35</sup> Таким чином відбувається узгодження взаємних прав, закладається основа для формування взаємних обов’язків та озвучення конкретної правової вимоги до поведінки контрагента у соціальній ситуації. Фактично тут мова ведеться про *правовість такого очікування, яке виникло у результаті усталеної та бажаної або допустимої поведінки у соціальному співсвіті, яке, однак, не підкріплено законодавчою нормою.*

При цьому слід зауважити, що німецький філософ права не заперечував ефективність позитивного права, а, навпаки, обґрунтовував взаємодоповнюваність його ідей з осно-

<sup>35</sup> Werner Maihofer, *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1954), 119.

вами екзистенціального природного права. Таким чином наведене формулювання правомірності очікування дозволяє говорити про нього як про можливий засіб подолання законодавчих колізій та прогалин.

Розуміння правомірних очікувань як попередньо закладених у життєві ролі і соціальні ситуації, у яких такі ролі зустрічаються, є основою для визнання та захисту таких очікувань та похідних з них вимог до поведінки інших залучених у ситуацію її учасників. Таким чином мова також ведеться про дозаконодавче існування певних (перед)прав і (перед)обов'язків, основу яких складають не позитивні норми права, а ті суспільні відносини, які сформувалися історично, є усталеними та прийнятними, і які відображають рівень соціального, культурного, економічного тощо розвитку суспільства. Такі (перед)права і (перед)обов'язки після їх законодавчого визнання захищаються на рівні прав та обов'язків. У тому ж випадку, якщо законодавча норма нечітка або відсутня, вони існують у вигляді виправданих суттю/природою тих суспільних відносин, у межах яких склалися, а тому і “правомірних” очікувань, які підлягають захисту. Останній здійснюється через встановлення дійсного змісту тих правовідносин, які склалися між учасниками ситуації та застосування тих правових наслідків, які “завичай”/“очікувано” наступають у таких відносинах.

Таким чином, попри відсутність зовнішніх зв'язків між ідеями німецького філософа права з сучасною практикою Верховного Суду щодо застосування концепції “правомірних очікувань,” між ними прослідковуються глибокі внутрішні відповідності у ракурсі проблематики. Мова перш за все стосується тих випадків, коли спір виник між рівними, не пов'язаними з державою та її механізмами суб'єктами, коли Суд має змогу перевірити справжню природу правовідносин, що склалися між сторонами та застосувати саме ті правові наслідки, які є розумними, передбачуваними та очікуваними. З цієї ж позиції – позиції справжнього змісту суспільних відносин та закладених у їх основу обґрунтованих очікувань певних правових наслідків – Верховний Суд може здійснювати аналіз поведінки учасників правовідносин та визнавати її добросовісною та розумною чи недобросовісною і нерозумною. Філософсько-правова концепція Майхофера надає змогу Верховному Суду подолати відсутність доктринальної основи власних правових позицій щодо застосування категорії “правомірних очікувань,” яка не охоплюється змістом позитивно-правової норми, уніфікувати застосування цієї категорії та відтак удосконалити власну судову практику.

### III. Висновки

Інститут правомірності очікування за останні роки став важливим механізмом захисту прав та інтересів. Він також отримав широке обґрунтування у судовій практиці вищих судових інстанцій, однак, поки без достатньої систематизації. Названа ситуація має, окрім загальновідомих недоліків, суттєву перевагу – кожна наступна життєва ситуація та спір, що виник на її основі, розглядаються індивідуально, без шаблонного посилання на судову практику, що склалася.

Сучасний підхід Верховного Суду щодо застосування концепції “правомірних очікувань” виходить за рамки її легістської інтерпретації. Посилаючись на конструкції “загальних конституційних принципів,” “фундаментальних засад права,” “принципів природного права,” “основних прав людини,” Суд, хоча і не прямо, але звертається до природно-правових концепцій (перш за все тих, що пов’язані з соціологічним підходом до права). Поняття розумності, добросовісності, необхідності такої поведінки, яка відповідає суспільно прийнятним/допустимим правилам беруться не лише у тому, усталеному розумінні, яке вироблено вітчизняною та міжнародною судовою практикою, але з позиції їх соціальної площини.

Філософсько-правова концепція Майхофера, у межах якої розкривається механізм виведення правової вимоги з соціальних ролей та життєвих ситуацій, у яких такі ролі зустрічаються, може стати ефективним механізмом заповнення існуючих прогалів доктринального обґрунтування категорії правомірного очікування. В основу судових рішень може бути покладено як майхоферівське розуміння “розумності” рольових очікувань як типових, повторюваних та нормативних (власне на ідею “розумності” Суд найчастіше посилається у власних рішеннях), так і підхід німецького правознавця щодо взаємодоповнюваності положень природного права та права позитивного.

Подальшого дослідження потребують питання а) захисту правомірного очікування, виникнення якого пов’язане з виконанням певних, законодавчо визначених умов; б) конкуренції легітимних сподівань; в) наслідки зволікання реалізації або звернення за захистом виправданих очікувань; г) особливості реалізації/судового захисту правомірних очікувань, які мають своєю основою матеріальне або ж процесуальне право/інтерес. Дані питання не ставали предметом дослідження Майхофера, однак спроба надати на них відповідь шляхом застосування поглядів цього філософа права у якості методології може дати позитивні результати. Питання темпоральної зумовленості правових вимог, що виведені із сингулярних життєвих ситуацій, уже ставали предметом дослідження у вітчизняній філософії права.<sup>36</sup>

© I. Bescara, 2022

## Bibliography

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

*Philosophy of Law: Problems and Approaches: Study Guide for Students Specializing in “Jurisprudence,”* edited by Petro Rabinovych. [In Ukrainian.] Lviv, 2005.

*Roman Law through the Prism of Tradition and Judicial Practice*, edited by Inna Spasybo-Fatyeyeva. [In Ukrainian.] Kharkiv: EKUS, 2022.

Stovba, Oleksiy. *Law and Time*. [In Ukrainian.] Kharkiv: Tim Publish Group, 2016.

<sup>36</sup> Олексій Стовба, *Право і час* (Харків: Тім Пабліш Груп, 2016).

## **Ірина Бесага. Методологічне значення категорії “правомірного очікування” Вернера Майхофера для судової практики Верховного Суду**

**Анотація.** Стаття присвячена аналізу актуальної судової практики Верховного Суду щодо тлумачення та застосування концепції “правомірних очікувань.” З метою детального аналізу даного інституту, сферу його застосування Верховним Судом автором умовно поділено на три окремі блоки: 1) щодо захисту прав на майно – розумні очікування як складова поняття “майна;” 2) щодо належної реалізації власної компетенції суб’єктами владних повноважень; та 3) щодо добросовісної та розумної поведінки рівних між собою учасників правовідносин. Встановлено, що в кожен з цих блоків вкладено відмінне розуміння ідеї правомірних очікувань, порядок та умови її застосування Судом. Прослідковуються дві полярні позиції Суду: якщо у одному випадку Суд задовольняє позов, визнаючи порушеними правомірні очікування, посилаючись на їх укоріненість у самій суті правовідносин (тобто безвідносно до правової норми), то у іншому – відмовляє у задоволенні позову через відсутність нормативного закріплення права чи інтересу, щодо яких таке очікування могло виникнути. Авторкою обґрунтовується твердження, що непослідовність Верховного Суду, неузгодженість його позицій щодо застосування концепції правомірних очікувань пов’язана більшою мірою з відсутністю належної доктринальної підоснови. Запропонована екзистенціалістським філософом права Вернером Майхофером (1918–2009) ідея “розумних”/“природних”/“правомірних” очікувань могла б, на думку авторки, стати цією доктринальною серцевиною та сприяти уніфікуванню розуміння категорії правомірного очікування у судовій практиці. Окремим аспектом дослідження виступило з’ясування наявності/відсутності зв’язків між сучасною судовою інтерпретацією концепції “правомірних очікувань” з його доктринальним тлумаченням – поглядами Майхофера – та встановлення можливості застосування ідей німецького філософа права для доктринального обґрунтування інституту правомірних очікувань у тих межах та при збереженні того змісту, які є необхідними та достатніми для ефективного судового захисту. У запропонованій розвідці авторкою вказується на необхідність врахування у судовій практиці Верховного Суду доводів німецького філософа права щодо правості та необхідності захисту такого очікування, яке виникло у результаті усталеної та бажаної або допустимої поведінки у соціальному співстві, однак не підкріплено законодавчою нормою. Причому, застосування такого підходу має бути покладено в основу усіх позицій Суду, у яких мова ведеться про правомірні очікування, незалежно від того, чи такі очікування виникли на основі наявного права чи інтересу, чи потенційного, “майбутнього” права, чи пов’язані вони з владною діяльністю уповноважених суб’єктів, чи виникли на основі приватноправових відносин тощо.

**Ключові слова:** “правомірні очікування;” казуальне тлумачення норм права; правозастосування; соціологічний підхід до права; Вернер Майхофер; Верховний Суд.

## **Ірина Бесага. Методологическое значение категории “правомерного ожидания” Вернера Майхофера для судебной практики Верховного Суда**

**Аннотация.** Статья посвящена анализу актуальной судебной практики Верховного Суда по толкованию и применению концепции “правомерных ожиданий.” В целях детального анализа данного института, сфера его применения Верховным Судом автором условно разделена на три отдельных блока: 1) по защите прав на имущество – разумные ожидания как составляющая понятия “имущества;” 2) относительно надлежащей реализации собственной компетенции субъектами властных полномочий; и 3) относительно добросовестного и разумного поведения равных между собой участников правоотношений. Установлено, что в каждый из этих блоков

вложены разное понимание идеи правомерных ожиданий, порядок и условия ее применения Судом. Прослеживаются две полярные позиции Суда: если в одном случае Суд удовлетворяет иск, признавая нарушенными правомерные ожидания, ссылаясь на их укорененность в самой сути правоотношений (т.е. безотносительно правовой нормы), то в другом – отказывает в удовлетворении иска из-за отсутствия нормативного закрепления права или интереса, по поводу которых такое ожидание могло возникнуть. Автор обосновывает утверждение, что непоследовательность Верховного Суда, несогласованность его позиций по применению концепции правомерных ожиданий связана в большей степени с отсутствием надлежащей доктринальной основы. Предложенная экзистенциалистским философом права Вернером Майхофером (1918–2009) идея “разумных”/“естественных”/“правомерных” ожиданий могла бы, по мнению автора, стать этой доктринальной сердцевиной и способствовать унифицированию понимания категории правомерного ожидания в судебной практике. Отдельным аспектом исследования выступило выяснение наличия/отсутствия связей между современной судебной интерпретацией концепции “правомерных ожиданий” и ее доктринальным толкованием – взглядами Майхофера – и установление возможности применения идей немецкого философа права для доктринального обоснования института правомерных ожиданий в тех пределах и при сохранении того содержания, который являются необходимыми и достаточными для эффективной судебной защиты. В предлагаемой разведке автор указывает на необходимость учета в судебной практике Верховного Суда доводов немецкого философа права о правовом характере и необходимости защиты такого ожидания, возникшего в результате устоявшегося и желаемого или допустимого поведения в социальном мире, которое, однако, не подкреплено законодательной нормой. Причем применение такого подхода должно быть положено в основу всех позиций Суда, в которых речь идет о правомерных ожиданиях, независимо от того, возникли такие ожидания на основе имеющегося права или интереса или потенциального, “будущего” права, связаны они с властной деятельностью уполномоченных субъектов или возникли на основе частноправовых отношений и т.п.

**Ключевые слова:** “правомерные ожидания;” казуальное толкование норм права; право-применение; социологический подход к праву; Вернер Майхофер; Верховный Суд.

### **Iryna Besaha. The Methodological Significance of Werner Maihofer’s “legitimate expectation” Category for the Judicial Practice of the Supreme Court**

**Abstract.** The article is devoted to the analysis of the actual judicial practice of the Supreme Court regarding the interpretation and application of the concept of “legitimate expectations.” For the purpose of a detailed analysis of this institute, the scope of its application by the Supreme Court is conditionally divided by the author into three separate blocks: 1) regarding the protection of property rights – reasonable expectations as a component of the concept of “property;” 2) regarding the proper implementation of their own competence by subjects of authority; and 3) regarding the good faith and reasonable behavior of equal participants in legal relations. It has been established that each of these blocks has an excellent understanding of the idea of legitimate expectations, the order and conditions of its application by the Court. Two polar positions of the Court are followed: if in one case the Court satisfies the claim, recognizing that legitimate expectations are violated, referring to their rootedness in the very essence of the legal relationship (i.e. regardless of the legal norm), then in the other case – it refuses to satisfy the claim due to the lack of normative consolidation of the right or interest, for which such an expectation could arise. The author substantiates the statement that the inconsistency of the Supreme Court, the inconsistency of its positions regarding

the application of the concept of legitimate expectations is largely due to the lack of an appropriate doctrinal foundation. The idea of “reasonable”/“natural”/“legitimate” expectations proposed by the existentialist legal philosopher Werner Maihofer (1918–2009) could, in the author’s opinion, become this doctrinal core and contribute to the unification of the understanding of the category of legitimate expectation in judicial practice. A separate aspect of the research was the clarification of the presence/absence of connections between the modern judicial interpretation of the concept of “legitimate expectations” and its doctrinal interpretation – the views of Maihofer and establishing the possibility of applying the ideas of the German philosopher of law for the doctrinal justification of the institution of legitimate expectations within those limits and at preservation of those contents which are necessary and sufficient for effective legal protection. In the investigation proposed by the author, the need to take into account in the judicial practice of the Supreme Court the arguments of the German philosopher of law regarding legality and the need to protect such an expectation that arose as a result of established and desirable or permissible behavior in the social community, which, however, is not supported by a legislative norm. Moreover, the application of such an approach should be the basis of all positions of the Court in which we are talking about legitimate expectations, regardless of whether such expectations arose on the basis of an existing right or interest, or a potential, “future” right, or related they are related to the powerful activity of authorized subjects, or arose on the basis of private law relations, etc.

**Keywords:** “legitimate expectations;” casual interpretation of legal norms; law enforcement; sociological approach to law; Werner Maihofer; Supreme Court.

Одержано/Received 31.05.2022

DOI: <https://doi.org/10.21564/2707-7039.1.275638>

УДК 340+32.019.5+349:004

Yulia Razmetaeva\*

## OPINIONS AND ALGORITHMS: TRUST, NEUTRALITY AND LEGITIMACY<sup>1</sup>

### Introduction

**W**hy were opinions and algorithms merged here? The answer is very simple. It is particularly important in the digital age, who we trust, whose decisions we rely on and what expectations we have about neutral and impartial sides of any communication and any activity.

We may feel like we have more freedom in our choices today than ever before. Indeed, the availability of information, the number of options and the openness of the world allow us to think in this way. At the same time, these choices may not be the results of our own decisions. In online environment we can literally have an individual reality that looks like the result of our own choices about what to see and read, what services to use, and what opinions to trust. However, there are behind-the-scene people in social media, who communicate with us through our feed, virtually convey their ideas by filtering off the information they believe we ought not to see. Developers and customers of digital instruments may know us better than best friends, collecting digital breadcrumbs in incredible numbers. Sophisticated algorithms make it relatively easy to define our preferences, successfully profiling and targeting us, and – influence us strongly.

The goals of many digital interactions, moreover, may be to make us spend as much time as possible and become as involved as possible in the network on the particular online platform to sell us something: services, goods or certain opinions.

---

\* Yulia Razmetaeva, Candidate of Legal Sciences, Head of the Centre for Law, Ethics and Digital Technologies, Yaroslav Mudryi National Law University (Ukraine); Uppsala University Visiting Researcher (Sweden).

Юлія Сергіївна Разметаєва, кандидатка юридичних наук, Голова Центру права, етики та цифрових технологій, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого (Україна); запрошена дослідниця в Уппсальському Університеті (Швеція).

e-mail: [yulia.razmetaeva@gmail.com](mailto:yulia.razmetaeva@gmail.com)

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

<sup>1</sup> The research supporting this article was supported by the Royal Swedish Academy of Sciences (KVA) within the scholarship as an extraordinary measure for Ukrainian researchers. The theses explained here represent the ideas of the author and do not necessarily reflect the views of the Royal Swedish Academy of Sciences.



Digital platforms and tools are persistent, adaptive, ubiquitous and almost imperceptibly pervasive. They are part of the familiar landscape for us, but we do not notice changes in this landscape if we are not offered a new user interface. All underground currents, new algorithms, and all subtle degrees of influence on opinions remain hidden to us, just as the groundwater and the edge of the ravine eroded by it remain hidden until it turns into a landslide under our feet.

### **I. Being Self-determining and Self-governing Agents**

How often do we operate today as self-determined agents? Are we more or less autonomous in how we make decisions and what opinions we trust, or are we artfully led to such? Can we still be called self-governing given how much manipulation seems to have increased successfully with certain technologies?

Considering the features of manipulations by online technologies and algorithmic systems, Fleur Jongepier and Michael Klenk write that “a manipulative act, perpetuated by an individual or group agent, may turn out to be more effective, more consequential <...>, ‘aggravated’ in some sense because of the use of technological artefacts.”<sup>2</sup> We can see today how much the reach of the audience in some issues, including political debates, is increasing thanks to technological tools. We can also see that these tools are able to bring together representatives of extremely rare and controversial views and literally give a voice in public discussion to those who would not have previously found supporters in the misconceptions about the flat nature of the earth or that the photo of the sausage is actually an image of Proxima Centauri taken by the James Webb Space Telescope.<sup>3</sup> Even if technological artefacts have not brought something fundamentally new to the sphere of influence, manipulation and control of us, they definitely allow their owners and beneficiaries to increase the impact, as well as to make it more targeted.

Manipulation does not have a well-established definition, but it seems that there are some characteristics that can be key and are discussed in connection with. Those that affect our freedom, those that connect with the hidden nature of the manipulation, those that affect the motives of the manipulators, primarily malicious intent, and those that speak of the degree of influence and the tools used to exert influence. Manipulation often considers as seriously interfering with our autonomy, as something that “disrupts our capacity for self-authorship – it presumes to decide for us how and why we ought to live.”<sup>4</sup> It is also often

---

<sup>2</sup> Fleur Jongepier and Michael Klenk, “Online Manipulation: Charting the Field,” in *The Philosophy of Online Manipulation*, ed. Fleur Jongepier and Michael Klenk (New York, Routledge, 2022), 21.

<sup>3</sup> Michael Kan, “Sorry, that James Webb Space Telescope ‘Image’ Is Just a Close-Up of a Sausage: French Scientist Étienne Klein Tweeted the Image as a Joke and a Cautionary Tale about Fake News, but It Seems Some People Took Him Seriously,” August 5, 2022, <https://uk.pcmag.com/news/141924/sorry-that-james-webb-space-telescope-image-is-just-a-close-up-of-a-sausage>.

<sup>4</sup> Daniel Susser, Beate Roessler and Helen F. Nissenbaum, “Technology, Autonomy, and Manipulation,” *Internet Policy Review* 8(2) (2019), <https://doi.org/10.14763/2019.2.1410>.

defined as covert, indirect interference. According to Daniel Susser, Beate Roessler and Helen F. Nissenbaum:

When we are coerced we are usually rightly upset about it, but the object of our indignation is the set of constraints placed upon us. When we are manipulated, by contrast, we are not constrained. Rather, we are directed, outside our conscious awareness, to act for reasons we can't recognize, and toward ends we may wish to avoid.<sup>5</sup>

Invisible restrictions and correcting our opinions, aspirations or actions become especially dangerous in the digital age, when they are becoming or are able to become truly massive. For example, nudging is traditionally considered less dangerous than propaganda, yet it could as successfully and more subtly change the landscape of opinions when done with digital tools.

What is also important about some of the technological and communication tools is that they seem could be manipulative without having an overt interference with our autonomy or having a covert nature. Michael Klenk and Jeff Hancock claim that “online technology can manipulate us without compromising our autonomy.”<sup>6</sup> Gregory Whitfield writes about some “types of communication” that do not meet the “standards for manipulation but nonetheless fall short from the point of view of the reliability conditions.”<sup>7</sup> The issue of autonomy is quite complex and multifaceted, and it is especially difficult to draw a line between where we make independent choices and are responsible for them and where we can no longer be called self-determining and self-governing agents. What is perhaps coming to the fore in the digital age is the increased exploitation of vulnerabilities and the degree of influence exerted.

As for the condition of the covert nature of the manipulation, what if giant corporations told us that all the free services they provide us are actually paid for – by our data or by nudging us to buy certain goods and services? Could we now stop and give up all our “digital conveniences”? And if not, then it's a good question when this path has become so irreversible and certain technologies are so firmly woven into our existence that the rejection of them seems to us more threatening than the rejection of freedom.

It is probably no longer a question of stopping certain influences, but at least of how to contain them within a fragile framework. It is worth noting that not only corporations successfully implement the scenario of influencing our preferences, but also other actors, mainly governments, do not hesitate to use technological artefacts for this, including for the benefit of citizens, as they understand it.

Controlling people's choices is then used to nudge them a little towards better behavior. Nudging is far from being seen as bad by default by everyone, especially when it achieves

---

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Michael Klenk and Jeff Hancock, “Autonomy and Online Manipulation,” *Internet Policy Review* 8 (1) (2019), <https://policyreview.info/articles/news/autonomy-and-online-manipulation/1431>.

<sup>7</sup> Gregory Whitfield, “Two puzzles for shared-reason Accounts of Persuasion,” *Journal of Political Power* 14 (2) (2021): 330.

lofty goals, such as those that motivate people to maintain physical distance during a pandemic or to carefully sort garbage for recycling. In particular, according to Bart Engelen and Thomas Nys, “one of the most pervasive criticisms of nudges has been the claim that they violate, undermine or decrease people’s (personal) autonomy.”<sup>8</sup> They then argue that not all decisions need to be strictly autonomous, and show that both decisions and nudges can contain both rational and informative as well as a-rational aspects. “Think of pictures of cancerous lungs on cigarette packages, which provide information in salient and emotion-inducing ways and thus (at least partly) rely on less rational mechanisms and thus do not merely inform people,”<sup>9</sup> – they write. They also claim that the burden of proving that particular nudges are bad should be on critics: (1) to highlight the exceptional nature of those circumstances that require stringent autonomy conditions and (2) show why nudges specifically, in contrast to non-nudged choice environments, violate those conditions.<sup>10</sup>

The justification for influence that leads people to better choices partly revives paternalistic ideas that people need guidance in making choices so that they do not act in a way that is harmful to themselves or society.

According to Mark D. White “policymakers have no way to know whether a particular choice made by a person is good or bad – only that person can make that judgment because only that person knows his or her true interests and motivations for that choice.”<sup>11</sup> He wrote that “policymakers are not justified in ‘nudging’ that person to make a different choice which suits the interests imposed by the policymakers – especially by relying on the same cognitive biases and heuristics that motivated the nudge in the first place.”<sup>12</sup> Criticizing “libertarian paternalism”<sup>13</sup> offered by Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, he also wrote “that it is not about helping people make better choices – it’s about getting people to make the choices policymakers want them to make.”<sup>14</sup> The technological tools available to politicians in the digital age, especially algorithms, make this task much easier. Unlike those digital capabilities that actually bring voters into direct contact with politicians, such as targeted emails or video conferences, algorithms are adept at creating the illusion of direct contact. Narrow profiling and the application of psychometrics bring some opinions and images directly to us, on the screens of our smartphones and home computers, in spaces we used to think of as controlled and safe.

<sup>8</sup> Bart Engelen and Thomas Nys, “Nudging and Autonomy: Analyzing and Alleviating the Worries,” *Review of Philosophy and Psychology* 11 (2020): 137–56, <https://doi.org/10.1007/s13164-019-00450-z>.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Mark D. White, *The Manipulation of Choice: Ethics and Libertarian Paternalism* (New York: Palgrave Macmillan, 2013), xiii.

<sup>12</sup> White, *The Manipulation of Choice*, xiii, xiv.

<sup>13</sup> Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness* (New Haven: Yale University Press, 2008), 4.

<sup>14</sup> White, *The Manipulation of Choice*, xv.

Alan Ware considered a concept of manipulation as “central importance in democratic theory.”<sup>15</sup> He wrote about the “spread” of responsibility in cases of manipulation as well as to its “transference” showing that, at least in the case of moral responsibility, we do not distribute losses proportionally between the parties, weighing who and to what extent is guilty; “we may wish to say that A was more blameworthy than in some parallel case without this affecting the extent to which we blame B.”<sup>16</sup>

In this sense, it is useful to remember that politicians and governments bear a greater degree of responsibility when they act as public persons and institutions. In particular, our demands on them are not the same as we would make on people in private relationships. Attempting to influence and control our preferences when we are being targeted for goods and services can be unfair and dangerous. Indeed, we may not notice when algorithms and those behind them finally become the ones who control all our everyday life choices. However, the impact on our preferences and management of them, when someone is trying to sell us certain opinions, can be much more dangerous, including because it destroys institutional and interpersonal trust.

## II. Managing Trust

Technological artefacts and their owners are increasingly setting the agenda today. Certain technologies can make one person or a group of people very influential and make their opinions of a few vitally important for many. In addition, the boundaries between actions in physical reality and digital space are gradually erased. We have started to live more and more in the online environment, less and less separating it from offline, making it a daily habit and not noticing gradual changes.

According to Mireille Hildebrandt “in cyberspace the inanimate environment begins to observe, infer, predict, and anticipate human behaviour, while also acting on its own inferences.”<sup>17</sup> She wrote about pre-emptive abilities of cyberphysical systems, which that allow them to directly or indirectly influence the decisions and actions of people.

Invisible algorithms are increasingly determining important decisions, in both, public and private life. The frequency and breadth of the use of certain technologies is increasing. In an almost invisible way, trust is growing in artificial agents parallel.

It is important to highlight that we can have the feeling that nothing special is happening, just that the online services we are used to are getting better every day and their recommendations are more and more in line with our interests. Users are “receiving partially distinct streams of online content, initially based on their own (and/or those of similar others) behavioral choices, and subsequently, further personalized by online platforms’

---

<sup>15</sup> Alan Ware, “The Concept of Manipulation: Its Relation to Democracy and Power,” *British Journal of Political Science* 11 (2) (1981): 163–81, <https://doi.org/10.1017/S0007123400002556>.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> Mireille Hildebrandt, *Law for Computer Scientists and Other Folk* (Oxford: Oxford University Press, 2020), 7.

algorithmic determinations of what should be prioritized and for what purpose.”<sup>18</sup> Considering personalization algorithms, Max Z. van Drunen, Natali Helberger and Mariella Bastian write that they could “promote a wide range of objectives, not all of which resemble traditional news values and each of which will shape a reader’s news diet in a different way.”<sup>19</sup> They emphasize that “the public still oftens algorithms as inherently see objective or neutral,” although “algorithms are used to advance concrete objectives.”<sup>20</sup> Algorithms, thus, receive our unreasonable trust and moreover, we stop wondering if they deserve it. This mechanism is similar to how we rarely question our long-established habits or beliefs that we have absorbed so long ago that they have become part of us. We are certainly capable to reconsider this, under the influence of a strong life shake-up or really serious internal efforts. However, in the relatively calm course of life, we hardly notice how deep our habits or beliefs are.

Besides, there has been a disproportionate increase in trust in corporations, which are traditionally seen as members of the private sector of society. In particular, it was found that students show surprising trust in Facebook and Google, and “many individuals, both adolescent and adult, seem prepared to accept the barter arrangements that characterize Google and Facebook (i.e., my data for your free service) as inevitable.”<sup>21</sup> This trust in corporations, in turn, may contribute to undermining trust in other institutions and some redistribution of legitimacy. Firstly, the information we receive from companies may be perceived by us as more truthful than that given to us by public institutions. Second, corporations are increasingly dictating the agenda, increasing dependence on their digital products and using their influence on public opinion. Third, since many of the algorithms used in public decisions are provided by companies, are privately developed or contain trade secrets, they are increasingly less accountable, while the moral responsibility for the negative consequences of their use falls largely on governments.

Pascal D. König and Georg Wenzelburger considered how AI is affecting liberal democracies in terms of their possible impact on responsiveness and accountability.<sup>22</sup> They discuss standards of democratic legitimacy in this regard, since in such democracies informational needs arise to protect a particular form of decision-making and to continuously integrate citizens’ preferences.

---

<sup>18</sup> Brahim Zarouali, Sophie C. Boerman, and Claes H. de Vreese, “Is This Recommended by an Algorithm? The Development and Validation of the Algorithmic Media Content Awareness Scale (AMCA-scale),” *Telematics and Informatics* 62 (2021): 101607.

<sup>19</sup> Max Z. van Drunen, Natali Helberger, and Mariella Bastian, “Know Your Algorithm: What Media Organizations Need to Explain to Their Users about News Personalization,” *International Data Privacy Law* 9 (4) (2019): 220–35, 233.

<sup>20</sup> *Ibid*, 233.

<sup>21</sup> Margaret S. Crocco, Avner Segall, Anne-Lise Halvorsen, Alexandra Stamm, Rebecca Jacobsen, “It’s Not Like They’re Selling Your Data to Dangerous People: Internet Privacy, Teens, and (Non-) controversial Public Issues,” *The Journal of Social Studies Research* 44 (2020) 21–33, 29.

<sup>22</sup> Pascal D. König and Georg Wenzelburger, “Opportunity for Renewal or Disruptive Force? How Artificial Intelligence Alters Democratic Politics,” *Government Information Quarterly* 37 (3) (2020): 101489, <https://doi.org/10.1016/j.giq.2020.101489>.

Responsibility and accountability issues are one of the painful points of the implementation of algorithms. The question of who is morally or legally responsible for certain operations of AI is proposed to be resolved in different ways, ranging from the distribution of responsibility between all persons involved in the creation and deployment of the algorithm, and ending with the creation of special insurance funds that would financially cover these consequences.

According to Andreas Matthias “the society must decide between not using this kind of machine any more (which is not a realistic option), or facing a “responsibility gap,”<sup>23</sup> which arises because the gap between the actions of the creators and/or operators of smart algorithms and what the algorithm does. This gap, moreover, is probably widening. In other words, certain types of algorithms, primarily self-learning and based on cognitive architecture, are becoming increasingly unpredictable. At the same time, we are becoming more and more predictable for algorithms.

Theodora Lau asks what might happen if AI becomes more contextually aware and empathetic?<sup>24</sup> She writes that “we can imagine a future where machines will augment our human abilities and help us make better life choices, from health to wealth. Instead of conducting a question and answer with a device on the countertop, we will be able to converse naturally with our virtual assistant that is fully embedded in our physical environment.”<sup>25</sup> Based on a huge amount of interconnected data and taking into account the amazing computational power of algorithms, they could come up with solutions that will seem more and more reasonable and trustworthy to us, whether or not it really is. In this case, the question of whether we trust AI enough to make decisions for us automatically will lose its meaning, because at some point we will stop asking such a question.

### III. Searching Neutrality

Undoubtedly, we can hate the very idea that someone or something manipulate or controls us and look for neutral sources in order to form our own opinion about what is happening. We may also seek independent reviews of opinions, products, or services that we are interested in, instead of relying on an algorithm to make our decisions.

However, it is getting harder, almost impossible in the digital age. Social networks give us a personalized news feed. Algorithms keep track of what we’ve been interested in and weave it into our online searches, intrusively or more subtly. Programs and applications that we increasingly rely on fail to work correctly if we try to change settings in a way that minimizes their access to our personal data. Ultimately, it is the algorithm that chooses what to show and offer us. A good question is whether it makes a choice in our interests. Moreover,

---

<sup>23</sup> Andreas Matthias, “The Responsibility Gap: Ascribing Responsibility for the Actions of Learning Automata”. *Ethics and Information Technology* 6 (2004): 175.

<sup>24</sup> Theodora Lau, “When AI Becomes a Part of Our Daily Lives,” *Technology and Analytics, Harvard Business Review*, May 23, 2019, <https://hbr.org/2019/05/when-ai-becomes-a-part-of-our-daily-lives>.

<sup>25</sup> *Ibid.*

it is also a question of how algorithms will or are already acting in such a way as to exploit our cognitive distortions, biases, vulnerabilities or lack of knowledge in order for us to be convinced that these interests are our own.

Mark D. White defines autonomy as “the right to determine one’s own interests and actions,”<sup>26</sup> where “interests” are everything a person cares about and all the reasons why he or she makes choices and takes actions.<sup>27</sup> While both of these definitions are fairly broad, it is hard not to agree that interests should be our own, that we care about them and have motives to act on them. At the same time, it seems that we are not born with an understanding of what these interests constitute. So, it takes some time to figure out our aspirations as we gain life experience. What can be quite ominous today is that we are literally growing up in fusion with technological tools, primarily algorithmic, and digital spaces, and this is shaping our experience in a completely different way. Perhaps this is not threatening in itself, but one cannot help but think that we are probably less and less able to separate imposed interests from really our own.

In addition, those who could potentially reasonably warn about some of the dangers of algorithms and help minimize harm – philosophers, lawyers, ethicists – may not be sufficiently privy to the technical jungle of AI or the specifics of today’s media communications. Those who understand this, on the contrary, often miss the ethical, legal and philosophical sides – out of ignorance or in the pursuit of creating truly intelligent AI, or, in the case of corporate representatives, in the pursuit of economic profit.

In a more optimistic view, AI gives us the opportunity to reimagine not only experience but also the exchange of value, and the ability to learn, process and complement creates a symbiotic relationship between humans and machines.<sup>28</sup> Recognizing that algorithms can have adverse consequences, some researchers suggest to rise algorithmic awareness that “might predict people’s trust perceptions toward online algorithms in online platforms,”<sup>29</sup> however, the mechanisms for such awareness forming or rising are still being developed. In the same way, we still have to find out whether the growing trust in algorithmization generates fatal mistakes for humanity. But what we probably need to admit to ourselves right now is that some technologies, primarily algorithmic ones, are not neutral either in their essence or in the ways they are used by their creators and owners.

#### **IV. Redistributing Legitimacy and Power**

The power of certain technologies and the spread of algorithms in the digital age is growing to the extent that it can change our societies beyond recognition. According to Adam Pham, Alan Rubel and Clinton Castro “when people act collectively, they often do so through public institutions, formal or otherwise <...> Under favorable conditions, and

---

<sup>26</sup> White, *The Manipulation of Choice*, 84.

<sup>27</sup> *Ibid*, 64.

<sup>28</sup> Lau, “When AI Becomes a Part of Our Daily Lives.”

<sup>29</sup> Zarouali, Boerman, and de Vreese, “Is This Recommended by an Algorithm?” 101607.

only under such conditions, can these institutions serve as truly self-sustaining sources of trust,<sup>30</sup> what we usually see in societies with strong traditions of democracy and mutual trust. In this way “when bad actors sow misinformation to undermine trust in these institutions, without regard to whether they serve a critical role in supporting public infrastructure or providing any sort of alternative, they serve as a drag on a source of epistemic legitimacy.”<sup>31</sup> An additional effect of the digital age is that these bad actors do not necessarily have the intention of undermining institutional trust or shifting democratic legitimacy. Sometimes it is just the consequences of releasing into the world certain technology that out of control.

We are cannot be sure today that there is a “reliable persuader,” behind our devices screens, who are more limited in her or his action and power than manipulative one, since in terms of definition offered by Gregory Whitfield, she or he

to only ever offering his own grounds to others, and in that way can be assured of either rightly persuading who shares those grounds, or simply expressing the source of his disagreement with them over the proposition, when they do not share his grounds < ... > The persuader cannot argue for just anything. The manipulator is not similarly constrained.<sup>32</sup>

Unlimited and manipulative influence, as described above, is becoming increasingly dangerous in the digital age. Not least because there are fewer and fewer spaces left untouched by the consequences of the introduction and deployment of certain technologies. As rightly noted, “since traditionally ‘offline’ spaces are increasingly digitally mediated (because the people occupying them carry smartphones, the spaces themselves are embedded with internet-connected sensors, and so on), we should expect to encounter online manipulation beyond our computer screens.”<sup>33</sup> Besides, “the ease with which our technologies become invisible to us – simply through frequent use and habituation – means the influences they facilitate are often hidden, and thus potentially manipulative.”<sup>34</sup>

Algorithms and those behind them are increasingly able to use this influence to shape our choices in the private and public realms. Moreover, it is already quite difficult to determine the degrees where the influence turns into manipulation, and where already into the correction of behavior and literally control over us. Therefore, power is redistributed, flowing away from the hands of traditional public institutions, to which we have entrusted this power under certain conditions, to the owners of certain technologies, which are often companies. The conditions for this actual redistribution are unclear, and the democratic restrictive mechanisms are rather powerless here.

---

<sup>30</sup> Adam Pham, Alan Rubel, and Clinton Castro, “Social Media, Emergent Manipulation, and Political Legitimacy,” in *The Philosophy of Online Manipulation*, ed. Fleur Jongepier and Michael Klenk (New York, Routledge, 2022), 365.

<sup>31</sup> Pham, Rubel, and Castro, “Social Media,” 365.

<sup>32</sup> Whitfield, “Two Puzzles for Shared-reason Accounts of Persuasion,” 330.

<sup>33</sup> Susser, Roessler and Nissenbaum, “Technology, Autonomy, and Manipulation.”

<sup>34</sup> *Ibid.*



Hans Asenbaum and Frederic Hanusch write about two current trends in democratic governance: “the emergence of novel forms of participation through democratic innovation, in parallel with a technocratic tendency for elite control. Democracy is futured when free and equal participation is enhanced; it is defutured when depleted of these features.”<sup>35</sup> In this sense, it is worth considering to what extent free and equal participation is possible today. On the one hand, some digital tools greatly expand the opportunities for participation, as access to certain procedures, interaction and finding a common interest become very accessible. On the other hand, there are a number of problems, ranging from how seriously those who, for various reasons, do not use digital tools fall out of public discourse, and ending with how some technologies, especially the algorithms, restructure the interaction of people and impact the formation of their opinions.

In particular, political belief systems rely on networks of opinions. These systems “are interrelationships between attitudes and beliefs.”<sup>36</sup> Beliefs themselves are often defined as “a network of perceptual experiences that have something in common, and this network is self-sustaining.”<sup>37</sup> Today networks of opinions are increasingly forming and flourishing in a digital environment that occupies a significant part of our lives and at the same time is largely beyond our control. Finding like-minded people and working together can help build strong, self-sustaining networks. Finding our vulnerabilities and using them to nudge us into doing something, or fine-tuning our trust, is more likely to create enduring addictions. Algorithms can play a key role in this, being adapted to fit the pieces of the puzzle together, getting to know us better and guiding our choices better. AI may literally instilled certain images in us based on our own preferences or even emerging preferences.

When algorithms begin to literally shape our beliefs and experiences, it becomes increasingly difficult to limit them through legal regulation or technological frameworks. In any case, the implications are fundamental and require a serious rethinking of what we truly value and what we base our societies on. As Abeba Birhane rightly suggests, that demands rethinking justice and ethics rather than looking for technological or legal solutions to algorithmic systems that are increasingly penetrating the social realm.<sup>38</sup> Perhaps the most important question is not how we live and deal with algorithms, but how we would like to live with them. What balance of interaction between people and AI would we like to have, how much power and under what conditions are we ready to give algorithms or those who are behind them, what control mechanisms for all this we would like to have – all these are

---

<sup>35</sup> Hans Asenbaum and Frederic Hanusch, “(De)futureing Democracy: Labs, Playgrounds, and Ateliers as Democratic Innovations,” *Futures* 134 (2021): 102836, <https://doi.org/10.1016/j.futures.2021.102836>.

<sup>36</sup> Mark J. Brandt, Chris G. Sibley, and Danny Osborne, “What Is Central to Political Belief System Networks?” *Personality and Social Psychology Bulletin* 45, no. 9 (2019): 1353.

<sup>37</sup> Ramon D. Castillo, Heidi Kloos, Michael J. Richardson, and Talia Waltzer, “Beliefs as Self-Sustaining Networks: Drawing Parallels Between Networks of Ecosystems and Adults’ Predictions,” *Frontiers in Psychology* 6 (2015), <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2015.01723>.

<sup>38</sup> Abeba Birhane, “Algorithmic Injustice: A Relational Ethics Approach,” *Patterns* 2 (2) (2021): 100205, <https://doi.org/10.1016/j.patter.2021.100205>.

not speculative, but very practical issues today. Perhaps we should also come to terms with the fact that the future with AI as we imagined it turned out to be less about space travel and humanoid robots than about prompts popping up on a smartphone screen and highly targeted ads in a language learning app, as well as virtual battles in social networks for votes.

The intervention of algorithms and those behind them today is seriously changing the relationship between and dynamic of lifeworld and system, to use Jürgen Habermas terminology.<sup>39</sup> Predetermined ways of coordinating and communicating through algorithmic systems expand their field. At the same time, the lifeworld no longer remains either authentic or common-shared, and its vulnerability to manipulation only increases. Law that grows out of the lifeworld and is grounded on experience in its roots, but nevertheless based on the system in some of its elements, can no longer contribute to integrity. However, we are desperately trying to solve this more instrumentally than in depth.

### Conclusions

Adaptive and imperceptible algorithms are spreading in all areas of life, significantly influencing them. Our dependence on algorithmic decision-making and relying on other's opinions is growing at a much faster pace than the changing in reality, in legal regulation and our own experience can keep up with. Some of these problems are the result of certain non-neutral technologies, some are the result of deliberate or ill-conceived by the creators and owners of these technologies. Unfortunately, in both cases it is influence our free will and affect our freedom of choice narrowing our autonomy and impoverishing interaction.

The manipulation of opinions is not new, but the use of certain technologies and especially algorithmization make it incredibly successful today for some and threatening for others. Subtly getting people to make choices that are not really their own is a task that technological tools excel at. The exploitation of vulnerabilities, the massive nature of the impact and the illusion of control over what is happening significantly exacerbate the effect. In addition, algorithms successfully bring some opinions and images directly into spaces that we used to consider controlled and safe.

Influencing and managing our preferences when someone tries to sell us certain opinions can be even more dangerous than they try to sell us goods or services, primarily because it destroys institutional and interpersonal trust and leads to a redistribution of legitimacy. Growing trust in artificial agents, as well as the owners of certain technologies, creates an imbalance of power and undermines public institutions. Disproportional trust in corporations and growing dependence of technologies they provide lead to increasingly dictating the agenda by them, using influence on public opinion to achieve private goals and strengthen the algorithmic component in decision-making on socially important issues, which, in turn, makes it almost impossible to be independent of certain technologies. Breaking this circle is getting harder. Given this, we should focus not so much on how to cope with the existing

---

<sup>39</sup> Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Vol. 2: Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason (Boston: Beacon Press, 1987).

problems from the use of algorithms, but how we would like to exist with them from private and public life. Ultimately, this is a question of what values are most important to us.

Amplified and narrow-targeted impact on our behavior, growing use of human irrational reactions, successful sale of opinions and meanings to us instead of us forming our own – these are just a small list of what is already happening in a world full of algorithms. Stop asking, stop thinking, stop acting – that is probably our future as humans. While we are still able to do so, we must use the shrinking time to ask, think and act considering the situation of algorithms and their primary beneficiaries' enormous influence.

© Y. Razmetaeva, 2022

## Bibliography

- Asenbaum, Hans, and Frederic Hanusch. "(De)futureing Democracy: Labs, Playgrounds, and Ateliers as Democratic Innovations." *Futures* 134 (2021): 102836. <https://doi.org/10.1016/j.futures.2021.102836>.
- Birhane, Abeba. "Algorithmic Injustice: A Relational Ethics Approach." *Patterns* 2 (2) (2021): 100205. <https://doi.org/10.1016/j.patter.2021.100205>.
- Brandt, Mark J., Chris G. Sibley, and Danny Osborne. "What Is Central to Political Belief System Networks?" *Personality and Social Psychology Bulletin* 45 (9) (2019): 1352–64. <https://doi.org/10.1177/0146167218824354>.
- Castillo, Ramon D., Kloos Heidi, Richardson Michael J., and Talia Waltzer. "Beliefs as Self-Sustaining Networks: Drawing Parallels Between Networks of Ecosystems and Adults' Predictions." *Frontiers in Psychology* 6 (2015). <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2015.01723>.
- Crocco, Margaret S., Avner Segall, Anne-Lise Halvorsen, Alexandra Stamm, and Rebecca Jacobsen. "It's Not Like They're Selling Your Data to Dangerous People: Internet Privacy, Teens, and (Non-) controversial Public Issues." *The Journal of Social Studies Research* 44 (2020): 21–33. <https://doi.org/10.1016/j.jssr.2019.09.004>.
- Engelen, Bart, and Thomas Nys. "Nudging and Autonomy: Analyzing and Alleviating the Worries." *Review of Philosophy and Psychology* 11 (2020): 137–56. <https://doi.org/10.1007/s13164-019-00450-z>.
- Habermas, Jürgen. *The Theory of Communicative Action*, Vol. 2: Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason. Boston: Beacon Press, 1987.
- Hildebrandt, Mireille. *Law for Computer Scientists and Other Folk*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Jongepier, Fleur, and Michael Klenk. "Online Manipulation: Charting the Field." In *The Philosophy of Online Manipulation*, edited by Fleur Jongepier and Michael Klenk, 15–48. New York: Routledge, 2022. <https://doi.org/10.4324/9781003205425-3>.
- Kan, Michael. "Sorry, That James Webb Space Telescope 'Image' Is Just a Close-Up of a Sausage: French Scientist Étienne Klein Tweeted the Image as a Joke and a Cautionary Tale about Fake News, but It Seems Some People Took Him Seriously." August 5, 2022. <https://uk.pcmag.com/news/141924/sorry-that-james-webb-space-telescope-image-is-just-a-close-up-of-a-sausage>.

- Klenk, Michael, and Jeff Hancock. "Autonomy and Online Manipulation." *Internet Policy Review* 8 (1) (2019). <https://policyreview.info/articles/news/autonomy-and-online-manipulation/1431>.
- König, Pascal D., and Georg Wenzelburger. "Opportunity for Renewal or Disruptive Force? How Artificial Intelligence Alters Democratic Politics." *Government Information Quarterly* 37 (3) (2020). 101489. <https://doi.org/10.1016/j.giq.2020.101489>.
- Lau, Theodora. "When AI Becomes a Part of Our Daily Lives." *Technology and Analytics, Harvard Business Review*. May 23, 2019. <https://hbr.org/2019/05/when-ai-becomes-a-part-of-our-daily-lives>.
- Matthias, Andreas. "The Responsibility Gap: Ascribing Responsibility for the Actions of Learning Automata." *Ethics and Information Technology* 6 (2004): 175–83. <https://doi.org/10.1007/s10676-004-3422-1>.
- Pham, Adam, Alan Rubel, and Clinton Castro. "Social Media, Emergent Manipulation, and Political Legitimacy." In *The Philosophy of Online Manipulation*, edited by Fleur Jongepier and Michael Klenk, 353–69. New York: Routledge, 2022. <https://doi.org/10.4324/9781003205425-21>.
- Susser, Daniel, Beate Roessler, and Helen F. Nissenbaum. "Technology, Autonomy, and Manipulation." *Internet Policy Review* 8 (2) (2019). <https://doi.org/10.14763/2019.2.1410>.
- Thaler, Richard H., and Cass R. Sunstein. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.
- Van Drunen, Max Z., Natali Helberger, and Mariella Bastian. "Know Your Algorithm: What Media Organizations Need to Explain to Their Users about News Personalization." *International Data Privacy Law* 9 (4) (2019): 220–35. <https://doi.org/10.1093/idpl/ipz011>.
- Ware, Alan. "The Concept of Manipulation: Its Relation to Democracy and Power." *British Journal of Political Science* 11 (2) (1981): 163–81. <https://doi.org/10.1017/S0007123400002556>.
- White, Mark D. *The Manipulation of Choice: Ethics and Libertarian Paternalism*. New York: Palgrave Macmillan, 2013.
- Whitfield, Gregory. "Two Puzzles for Shared-reason Accounts of Persuasion." *Journal of Political Power* 14 (2) (2021): 324–39. <https://doi.org/10.1080/2158379X.2021.1901198>.
- Zarouali, Brahim, Sophie C. Boerman, and Claes H. de Vreese. "Is This Recommended by an Algorithm? The Development and Validation of the Algorithmic Media Content Awareness Scale (AMCA-scale)." *Telematics and Informatics* 62 (2021): 101607. <https://doi.org/10.1016/j.tele.2021.101607>.

### **Юлія Разметаєва. Думки та алгоритми: довіра, нейтральність і легітимність**

**Анотація.** Статтю присвячено думкам та алгоритмам у цифрову епоху з фокусом на те, як маніпулювання першими при використанні других відбивається на довірі та легітимності. Крім того, деяка увага приділяється проблемі нейтральності як щодо неупереджених думок, так і щодо неупереджених технологій. Стаття піднімає питання про те, чи можемо ми бути агентами, що самостійно визначаються та самоврядними агентами, особливо щодо того, як ми приймаємо рішення та яким думкам довіряємо, якщо нас вміло ведуть до цього алгоритми або ті, хто за ними стоїть.

Враховуючи, що не тільки корпорації, а й уряди сьогодні використовують технології для впливу на наші уподобання та думки, стаття торкається питань автономії та персональних інтересів,

а також проблеми підштовхування до певної поведінки, що визначається як найкраща для людей, у тому числі у патерналістському розумінні. У статті стверджується, що злиття повсякденного життя з цифровими просторами та алгоритмізація формують наш досвід як принципово новий і не сприяють вмінню відокремлювати нав'язані інтереси від справді власних.

Питання того, як перерозподіляється влада та легітимність в умовах цифрового суспільства, залежного від алгоритмів, розглядаються у цьому дослідженні. Висувається припущення про те, що вплив на наші уподобання та управління ними, коли нам намагаються продати певні думки, може бути небезпечнішим, ніж продаж нам товарів та послуг, оскільки руйнує інституційну та міжособистісну довіру та сприяє ерозії публічних інститутів. У дослідженні показано, як деякі технології, насамперед алгоритмічні, які не є нейтральними ні за своєю суттю, ні за тим, як вони використовуються їх творцями та власниками, сприяють зростанню залежності та збіднюють людську взаємодію й уміння формувати смисли.

**Ключові слова:** алгоритми; цифрові технології; легітимність; нейтральність; думки; агенти, що самостійно визначаються; довіра.

### **Юлия Разметаева. Мнения и алгоритмы: доверие, нейтральность и легитимность**

**Аннотация.** Статья посвящена мнениям и алгоритмам в цифровую эпоху с фокусом на то, как манипулирование первыми при использовании вторых отражается на доверии и легитимности. Кроме того, некоторое внимание уделяется проблеме нейтральности, как в отношении непредубежденных мнений, так и в отношении беспристрастных технологий. В статье поднимаются вопросы о том, можем ли мы быть самоопределяющимися и самоуправляемыми агентами, особенно с точки зрения того, как мы принимаем решения и каким мнениям доверяем, если нас умело ведут к этому алгоритмы или те, кто за ними стоит.

Учитывая, что не только корпорации, но и правительства сегодня используют технологии для влияния на наши предпочтения и мнения, затрагиваются вопросы автономии и персональных интересов, а также проблема подталкивания к определенному поведению, определяемому как лучшее для людей, в том числе в патерналистском понимании. В статье утверждается, что слияние повседневной жизни с цифровыми пространствами и алгоритмизация формируют наш опыт как принципиально новый и не способствует умению отделять навязанные интересы от действительно своих.

Вопросы того, как перераспределяется власть и легитимность в условиях цифрового общества, зависящего от алгоритмов, рассматриваются в этом исследовании. Выдвигается предположение о том, что воздействие на наши предпочтения и управление ими, когда нам пытаются продать определенные мнения, может быть опаснее, чем продажа нам товаров и услуг, поскольку разрушает институциональное и межличностное доверие и содействует эрозии публичных институтов. В исследовании показано, как некоторые технологии, в первую очередь алгоритмические, которые не являются нейтральными ни по своей сути, ни по тому, как они используются их создателями и владельцами, способствуют растущей зависимости и обедняют человеческое взаимодействие и умение формировать смыслы.

**Ключевые слова:** алгоритмы; цифровые технологии; легитимность; нейтральность; мнения; самоопределяющиеся агенты; доверие.

### **Yulia Razmetaeva. Opinions and Algorithms: Trust, Neutrality and Legitimacy**

**Abstract.** The article is devoted to opinions and algorithms in the digital age, with a focus on how the manipulation of the former while using the latter affects trust and legitimacy. In addition, some

attention is paid to the issue of neutrality, both in relation to unbiased opinions and in relation to unbiased technologies. The article raises questions about whether we can be self-determining and self-governing agents, especially in terms of how we make decisions and what opinions we trust, if we are skillfully led to this by algorithms or those behind them.

Considering that not only corporations, but also governments today use technologies to influence our preferences and opinions, issues of autonomy and personal interests are touched upon, as well as the problem of nudging for certain behaviors that are defined as the best for people, including in a paternalistic sense. The article argues that the merging of everyday life with digital spaces and algorithmization form our experience as a fundamentally new one and does not contribute to the ability to separate imposed interests from really our own.

The questions of how power and legitimacy are redistributed in a digital society dependent on algorithms are discussed in this study. It has been suggested that the impact on our preferences and management of them, when someone try to sell us certain opinions, may be more dangerous than selling us goods and services, since it destroys institutional and interpersonal trust and contributes to the erosion of public institutions. The study shows how some technologies, primarily algorithmic ones, which are not neutral either in their essence or in the way they are used by their creators and owners, contribute to growing addiction and impoverish human interaction and the ability to form meanings.

**Keywords:** algorithms; digital technologies; legitimacy; neutrality; opinions; self-determining agents; trust.

Одержано/Received 25.05.2022

## PUBLIC TRUST IN COMPUTING: ANALYZING TRUST AND DIGITAL TECHNOLOGIES WITH THE CONSTITUTIONALISM FRAMEWORK

### I. Introduction: Trusting Digital Technologies

The relationship between digital technologies and social questions around trust are strongly debated today. Some members of the public and expert communities see people's trust in one another and their trust in public institutions to be diminished and under threat due to digital technologies.<sup>1</sup> For example, some worry that if people distrust digital tools used for public purposes, this will reverberate to the distrust of institutions that rely upon them. Terms like “infodemic”<sup>2</sup> or “infocalypse”<sup>3</sup> highlight the widespread concern that false or misleading information spread quickly through on-line social networks can dangerously undermine the ability of public institutions to function. There are concerns that the use of Artificial Intelligence (AI) in decision-making in the legal system, digital surveillance tools for security, or digital public health applications for monitoring Covid-19 spread or enforcing vaccine mandates can jeopardize trust in the legal, security, and health mandates of the state. People are similarly concerned that algorithm-accentuated social polarization on-line can bring about radicalization of segments of the population that may contribute to undermining the credibility of democratic elections.<sup>4</sup>

At the same time that digital technologies are seen as a cause of problems of trust, they are offered up as solutions to build and maintain trust among citizens and between them

---

\* Margarita Boenig-Liptsin, PhD, Assistant Professor of Ethics, Technology and Society at the Department of Humanities, Social and Political Sciences, Federal Institute of Technology in Zürich (Switzerland). Маргарита Олегівна Бйоніг-Ліпцін, докторка філософії, доцентка етики, технологій і суспільства Кафедри гуманітарних, соціальних і політичних наук, Федеральна вища технічна школа Цюриха (Швейцарія).

e-mail: [mboenig@ethz.ch](mailto:mboenig@ethz.ch)

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2965-7001>

<sup>1</sup> Aviv Ovadya, “Opinion | What’s Worse than Fake News? The Distortion of Reality Itself,” *Washington Post*, accessed September 27, 2022, <https://www.washingtonpost.com/news/theworldpost/wp/2018/02/22/digital-reality/>.

<sup>2</sup> Tedros Adhanom Ghebreyesus, “Munich Security Conference,” February 15, 2020, <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/munich-security-conference>.

<sup>3</sup> Ovadya, “Opinion.”

<sup>4</sup> Paul Barrett Sims, Justin Hendrix, and Grant, “How Tech Platforms Fuel U. S. Political Polarization and What Government Can Do about It,” *Brookings* (blog), September 27, 2021, <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2021/09/27/how-tech-platforms-fuel-u-s-political-polarization-and-what-government-can-do-about-it/>.

and the state.<sup>5</sup> Open data initiatives and digital identification of citizens around the world are built upon the promise of transparency, public access, and justice. For example, in Cook County of Chicago, Illinois, the Assessor's Office made its residential assessment code and data for computing property values open to the public in order to increase transparency and counteract historic discrimination against homeowners in low-income and predominantly Black neighborhoods.<sup>6</sup> In India, the creators of the Aadhar biometric identity registry, the largest biometric database in the world, describe it as a means to counteract government corruption and achieve a just distribution of services to citizens.<sup>7</sup> In Ukraine, digital technologies have long been presented by entrepreneurs and government officials as an important part of the answer to building public confidence in the government.<sup>8</sup> In all of these cases, digital technologies are large and publicly visible investments of resources and rhetoric as part of projects to (re-)establish public trust in government.

These perspectives on the effects of the digital on social trust are linked to how people perceive the technologies themselves. Scholars and publics debate and seek to measure the "trustworthiness" – the quality of being worthy of confidence – of digital technologies.<sup>9</sup> If people experience a technology to be a "black box" designed by experts and interested politicians that regular civilians are not able to access, scrutinize, or exert control over, this may result in what philosopher Catriona Mackenzie calls "pathologies of trust."<sup>10</sup> Mackenzie describes pathologies of trust as situations in which conditions of extreme vulnerability engender trust or distrust that is unwise or unwarranted.<sup>11</sup> These problematic attitudes to trust and distrust arise from "pathogenic vulnerabilities,"<sup>12</sup> when vulnerability that is a normal part of the human condition becomes exaggerated and systematic due to problematic interpersonal relationships or sociopolitical oppression and injustice.<sup>13</sup>

<sup>5</sup> OECD. *Building Trust to Reinforce Democracy: Main Findings from the 2021 OECD Survey on Drivers of Trust in Public Institutions*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2022, [https://www.oecd-ilibrary.org/governance/building-trust-to-reinforce-democracy\\_b407f99c-en](https://www.oecd-ilibrary.org/governance/building-trust-to-reinforce-democracy_b407f99c-en).

<sup>6</sup> Cook County Assessor, "Why the Cook County Assessor's Office Made Its Residential Assessment Code and Data Public," *Medium* (blog), April 17, 2019, <https://medium.com/@AssessorCook/why-the-cook-county-assessors-office-made-its-residential-assessment-code-and-data-public-c964acfa7b0f>.

<sup>7</sup> Unique Identification Authority of India, "Vision and Mission".

<sup>8</sup> O. Bodunova and O. Liamzina, "Digitization of Public Authorities as a Measure to Prevent Corruption in Ukraine," *Actual Problems of Improving of Current Legislation of Ukraine*, no. 58 (February 28, 2022): 27–36.

<sup>9</sup> For example, see Afua Adjekum, Alessandro Blasimme, and Effy Vayena, "Elements of Trust in Digital Health Systems: Scoping Review," *Journal of Medical Internet Research* 20, no. 12 (December 13, 2018): e11254, <https://doi.org/10.2196/11254>.

<sup>10</sup> Catriona Mackenzie, "Vulnerability, Insecurity and the Pathologies of Trust and Distrust," *International Journal of Philosophical Studies* 28, no. 5 (October 19, 2020): 624–43, <https://doi.org/10.1080/09672559.2020.1846985>.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> Catriona MacKenzie, Wendy Rogers, and Susan Dodds, "What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?" In *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, ed. Catriona MacKenzie, Wendy Rogers, and Susan Dodds (New York: Oxford University Press, 2014), 1–29.

<sup>13</sup> *Ibid.*, 9.



Pathologies of trust in the context of technology are situations in which technologies appear to introduce a distortion or misalignment between where trust is supposedly due and where it is not given because of structural vulnerability of individuals in the sociotechnical system. The pathology of misplaced trust is an issue that either concerns that people *should* trust and they do not or, on the other hand, place their trust where it *should not* be given. For example, some analysts claim that due in part to technological-accentuated misinformation or lack of proper scientific understanding people may not trust in the democratic election process or in the scientific evidence that climate change is taking place or that Covid-19 vaccines are safe. Or, misplaced trust is an issue that people unquestioningly or naïvely trust technology where they should not. For example, some are worried that people trust too much risk-assessment scores in the legal system<sup>14</sup> or consumers trust blindly and without scrutiny on-line sites that collect user data. In these cases, pathologies of trust and their disruptions of societies are the result of opaque digital systems that (re-)produce structural vulnerabilities. The antidote to such pathology is offered by people who see the digital as a way to ensure transparency and objectivity in an otherwise complex and systemically flawed world of human actors. People who see the digital as an enabler of transparency are more likely to envision this technology as a necessary instrument in the creation of social trust and cohesion.

On the surface, these conclusions about the “trustworthiness” of digital technologies appear to be opposites: either digital technologies are seen as detractors of social trust or as the promised solution. Yet, advocates of both views tend to see digital technologies as determinants of social trust. In this technological deterministic frame, digital technologies appear to be the driving factors of social outcomes.<sup>15</sup> The deterministic view of technology has important consequences for how sociotechnical problems are framed and attempted to be resolved. For example, Pablo Boczkowski has observed that when technological deterministic narratives are used to explain political outcomes, such as that the spread of on-line misinformation results in the rise of the appeal of far-right candidates, this closes off conversations about the historical and social factors that may have contributed to the attractiveness of such candidates and their world-views.<sup>16</sup> Without properly understanding the broader societal forces that contribute, we cannot address the root causes of the problem and may grasp for insufficient or, worse, problematic solutions. In the case of disinformation, this means exaggerated attention to technological solutions like altering information infrastructures that shape social media conversations rather than addressing structural racism or education.

The technologically determinist view of digital technologies also has consequences for how the role and agency of the institution of the law – of core interest to this special issue –

---

<sup>14</sup> Deven R. Desai and Joshua A. Kroll, “Trust but Verify: A Guide to Algorithms and the Law,” *Harvard Journal of Law & Technology (Harvard JOLT)* 31, no. 1 (Fall 2017): 1–6

<sup>15</sup> Leo Marx. *Does Technology Drive History? The Dilemma of Technological Determinism*. (Cambridge, Mass: MIT Press, 1994).

<sup>16</sup> Pablo J. Boczkowski, Presentation at the Science, Technology and the Human Future Conference (Cambridge, MA, 2022).

is perceived. The deterministic framework relegates the law to the role of preserving social trust by regulating digital technologies. This is an instrumental and impoverished view of the law. It perpetuates the problematic idea of the “law lag,” which says that technology leads and law responds only after the fact, and it fails to take into consideration the ways in which all technological advancements take place on terrain already steeped in the law and in the social relations engendered by legal norms.<sup>17</sup> Relatedly, this view of the digital and trust presents trust erroneously as an output of expert sociotechnical processes, be they technical or legal, rather than as a constitutive and dynamic element of the social fabric.

To support scholars to study the relationship of digital technologies, social problems of trust, and the law without falling back on the problematic technological determinist logic, I describe in this article the constitutionalism framework from the field of Science, Technology and Society (STS). The framework provides an alternative way of describing and analyzing the relationship among trust, digital technologies, and the law. Importantly, this is an *analytical* framework that, based upon empirical observations about the interactions between law and technology in specific cases, allows scholars to conceptualize this interaction more generally. This understanding can be useful to legal practitioners who seek to affect social outcomes through legal interventions, and, if used to this end, the framework can be a normative tool. The framework, however, is not normative in the sense of advocating for a specific relationship between technology, law, and trust, such as, for example, a human rights-based framework is normative because it centers the protection of human rights in legal practice. In the following section, I introduce the framework and the theoretical foundations upon which it rests. In the subsequent section, I show the analytical insights that scholars can gain by applying this framework to the analysis of digital technologies, the social problems of trust, and the law.

### III. Constitutionalism Framework

The constitutionalism framework emerges from the “co-productionist” branch of the field of STS pioneered by STS scholar Sheila Jasanoff. Work in the idiom of co-production has developed methods to make sense of the emergence of new ideas of the human and new forms of life at the interface of technological and social systems. “Increasingly,” writes STS scholar Sheila Jasanoff in her definition of the concept of co-production, “the realities of human experience emerge as joint achievements of scientific, technical, and social enterprise.”<sup>18</sup> The basic insight of the co-productionist approach is that ideas about what the world is, as a matter of fact, and what the world ought to be, as a matter of social choice, are

---

<sup>17</sup> Sheila Jasanoff, “Making Order: Law and Science in Action,” in *The Handbook of Science and Technology Studies*, ed. Edward J. Hackett, 3rd ed. (Cambridge, Mass: MIT Press, 2008), 761–86; J. Benjamin Hurlbut, “Remembering the Future: Science, Law, and the Legacy of Asilomar,” in *Dreamscapes of Modernity: Sociotechnical Imaginaries and the Fabrication of Power*, ed. Sheila Jasanoff and Sang-Hyun Kim (Chicago; London: The University of Chicago Press, 2015), 126–51.

<sup>18</sup> Sheila Jasanoff, *Designs on Nature: Science and Democracy in Europe and the United States*. Book, Whole (Princeton, N. J.: Princeton University Press, 2005), 33.

formed together. The idiom of co-production builds upon the fundamental understanding in STS that scientific conceptions of the world and the technological artifacts embodying them are contingent on cultural histories and material circumstances.<sup>19</sup> Going beyond the view that technologies have politics<sup>20</sup> or that technologies are socially constructed,<sup>21</sup> co-production focuses on the dynamic re-formations of the world, and of the human experience in it, as products of interplay of scientific, technological, and social activity.

The coproductionist insight about the dynamic formation of the epistemic, normative, and material worlds invites investigation into how institutions created by people to order society, such as law, are co-produced along with science and technology. STS work on “bioconstitutionalism” examines this relationship by focusing on how life sciences and technologies interact with social and political lives to redefine what it means to be human – a characterization that is foundational to all constitutional orders.<sup>22</sup> Bioconstitutionalism identifies a “constant, mutually constitutive interplay of biological and legal conceptions of life” – a dynamic in which transformations in understandings of what life is activate rethinking of law at the most basic level.<sup>23</sup> Reciprocally, this work shows how scientific and technological developments are made on terrain already steeped in constitutional thinking, although, these are constitutions with a small “c” – comprising not only written rules but a variety of unwritten norms generated by custom, informal behaviors, and institutional practices.<sup>24</sup> The term constitution in the STS context refers simultaneously to the makeup of the human being (“to constitute,” the verb) and to the norms according to which people live (the small “c” version of “constitution,” the noun). The framework acknowledges the dynamic nature of constitutions in society. STS literature has identified ways in which norms and concepts of constitutional significance, such as the designation of “life,” “person,” or “citizen” and the responsibilities due to each, are informed by new technologies.<sup>25</sup>

Constitutionalism was first developed in relation to life sciences and biotechnology, through recognition that “revolutions in notions of what biological life is are eliciting correspondingly revolutionary imaginations of how life should be governed.”<sup>26</sup> The framework invites scholars to see how law is a site of innovation that adapts definitions and

<sup>19</sup> Steven Shapin and Simon Schaffer, *Leviathan and the Air-Pump: Hobbes, Boyle, and the Experimental Life* (Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1985).

<sup>20</sup> Langdon Winner, “Do Artifacts Have Politics?” *Daedalus* 109, no. 1 (1980): 121–36.

<sup>21</sup> Wiebe E. Bijker, Thomas Parke Hughes, and Trevor Pinch, eds., *The Social Construction of Technological Systems: New Directions in the Sociology and History of Technology* (Cambridge, Mass: MIT Press, 1989).

<sup>22</sup> Sheila Jasanoff, ed., *Reframing Rights: Bioconstitutionalism in the Genetic Age* (Cambridge, MA: The MIT Press, 2011).

<sup>23</sup> *Ibid.*, 3.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 10.

<sup>25</sup> Sheila Jasanoff, “In a Constitutional Moment: Science and Social Order at the Millennium,” in *Social Studies of Science and Technology: Looking Back, Ahead*, ed. B. Joerges and Helga Nowotny (Dordrecht: Kluwer, 2003), 155–80; Jasanoff, ed., *Reframing Rights*; J. Benjamin Hurlbut, Sheila Jasanoff, and Krishanu Saha, “Constitutionalism at the Nexus of Life and Law,” *Science, Technology, & Human Values* 45, no. 6 (November 1, 2020): 979–1000, <https://doi.org/10.1177/0162243920921236>.

<sup>26</sup> Hurlbut, Jasanoff, and Saha, “Constitutionalism at the Nexus of Life and Law.”

governance with changing meaning of what it means to be alive or have personhood. Constitutionalism also shows that biological definitions of life or possibility to alter living entities do not dictate how to govern life. We see this particularly well when we compare across cultures. For example, issues such as abortion,<sup>27</sup> surrogacy, or high cholesterol<sup>28</sup> are governed differently not just in relation to scientific knowledge, but also because of deep-seated constitutional (legal and normative) ideas of what it means to be a person or citizen, with what rights and duties.

The constitutionalism framework can be used to analyze the interaction between democracy and sciences and technologies beyond the life sciences. Work on bioconstitutionalism provides a more general model for how to understand the linking of ontological and normative orders during times of change and how the presence of formal and informal (explicit and implicit) normative structures inform the ways in which people engage in re-making the world in the context of new and emerging technologies. The general point of constitutionalism in STS – that science and technology construct norms of constitutional relevance tacitly, influencing constitutional orders from the bottom up, while existing constitutional orders create the conditions in which certain kinds of scientific and technological activity is made possible – is generalizable to other sciences and technologies that contribute to redefine life in human societies.

Since 2015, scholars have used the concept of constitutionalism to analyze transformations in human life with information and communication technologies. This scholarship examines how norms of constitutional significance are “embodied in technological standards and practices, hardened into material instruments and artifacts, entrenched within professional discourses, and legitimated through public policy,”<sup>29</sup> and, symmetrically, how constitutional arrangements enable and constrain the emergence of technologies. Applying the constitutionalism framework to the digital, opens up issues like changing political subjecthood as a result of the person’s relationship to data or shifts in citizenship. For example, the concept of the “data subject” in the European General Data Protection Regulation (GDPR) is a new legal mechanism for protecting a person’s rights to their data in a world where one’s data can feel more akin to one’s body part (e.g. arm) than an object of possession.<sup>30</sup> Further, the framework invites scholars to explore transformations in the meaning of foundational constitutional concepts like privacy (e.g. in the capacity of aggregated data or cell phone metadata to reveal one’s location or identity), justice (in relation to use of predictive analytics in courtrooms), security (with ubiquity of CCTV cameras and computer vision technologies in public spaces), or even “pursuit of happiness,”

---

<sup>27</sup> Daniela Schuh, “Reproducing Citizenship: Challenges of Cross-Border Surrogacy to the Nation State,” Torun, Poland, 2014.

<sup>28</sup> Erik Aarden, “Constitutions of Justice in Genetic Medicine: Distributing Diagnostics for Familial Hypercholesterolemia in Three European Countries,” *Critical Policy Studies* 10, no. 2 (April 2, 2016): 216–34, <https://doi.org/10.1080/19460171.2015.1024704>.

<sup>29</sup> Jasanoff, “In a Constitutional Moment,” 166.

<sup>30</sup> Luciano Floridi, ed. *The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era* (Cham: Springer Open, 2014).

because access (and knowledge of how to use) computing is deemed essential for human flourishing. Legal status of robots, or more extreme questions of robot's personhood, dignity, and rights also can be helpfully examined in the context of a constitutionalism framework, which provides a blueprint for who is to be considered a person and legal subject. Another area of research in the digital and democracy, approaches to secure constitutional provisions (trust, privacy, security) with technical means (e.g. e-government initiatives, open data activities), can also be considered in the broader framing of constitutionalism in order to see the opportunities for these kinds of technical approaches to align with or challenge existing constitutional orders. In all of these cases, the framework draws scholarly attention to the interplay of law at its most basic level (constitutional), which describes how power relations among people and government should be ordered, with the ways in which digital technologies refashion individual identity and collective life.

## II. Rethinking Trust and the Digital with the Constitutionalism Framework

Trust is a key element of social relationships that both technologies and laws are built upon and depend upon to function. This view of trust is different from seeing it as a product of expert sociotechnical processes, whether these are perceived to increase or decrease trust, or as a result of the law's ability to protect trust against abuse such as technological manipulation or corrupt action. Anthropologists have described the ways in which people of different positionalities and cultures trust in different ways and examined the roles that social structure, power relations, and institutions play in trust relationships.<sup>31</sup> This literature shows that trust is not just present or absent, given or withheld, but a signature marker of human relatedness in a given society.<sup>32</sup> Trust is a human relation and it depends upon uncertainty and vulnerability of people in the relation.<sup>33</sup> The extent to which people entrust themselves and their resources to others is a product of the uncertainty and vulnerability that they experience in a given relational situation and in the broader social structures in which they live.

### *Trust as the Condition of a Technology's Existence*

If trust across societies is a product of people's perceived and actual states of uncertainty and vulnerability, then it is possible to see how science and technology, as forms of knowledge, fact-making and expertise, can inform trust relations. STS scholarship comparing different styles of public reason across political cultures suggests that trust varies with the specific ways of knowing, or "civic epistemologies" of a given population.<sup>34</sup> How a public reasons or

---

<sup>31</sup> Niklas Luhmann, *Trust and Power* (Chichester, Eng: Wiley, 1979); Vigdis Broch-Due and Margit Ystanes, *Trusting and Its Tribulations: Interdisciplinary Engagements with Intimacy, Sociality and Trust* (New York: Berghahn Books, 2016).

<sup>32</sup> Luhmann, *Trust and Power*; Karen S. Cook, ed., *Trust in Society*. Russell Sage Foundation Series on Trust. Vol. 2 (New York: Russell Sage Foundation, 2001); Broch-Due and Ystanes, *Trusting and Its Tribulations*.

<sup>33</sup> Carol Heimer, *Solving the Problem of Trust*. Issue 9804 of ABF working Paper (American Bar Foundation, 1999); MacKenzie, Rogers, and Dodds, "What Is Vulnerability."

<sup>34</sup> Sheila Jasanoff, *Designs on Nature: Science and Democracy in Europe and the United States* (Princeton, N. J.: Princeton University Press, 2005).

comes to an agreement that something constitutes a fact that can serve the project of governance is inseparable from the *ways in which* and *what* people put their trust in.<sup>35</sup> The process by which a community comes to agree that something is legitimate knowledge or how they draw the distinction between what is objective and what is subjective is both conditional on and defining of how and what they trust.

This recognition – that trust is always already there in social relationships and linked to forms of public reason – suggests that ways of knowing and building the world with science and technology emerge from specific cultures of trust. Trust is not a quality separate from technological systems or the output of them, but the very *condition of the technology's existence*. The specific form that a technology takes, such as whether a chat bot based on natural language processing is used to create a virtual assistant for the lonely<sup>36</sup> or for a child with learning disabilities<sup>37</sup> depends upon the forms of trust that people place in private individuals such as friends and family to solve their problems in relation to experts like doctors, therapists, or corporate innovators. Or, the extent to which an algorithmically generated risk-assessment score is integrated into the criminal justice system similarly depends upon the specific cultures of objectivity present in a society, what people see to be the process of just and unbiased decision-making, and the extent to which they place trust in the institutions of the law or the expertise of human judges. As Google AI engineer Blaise Agüera y Arcas observed about AI systems: they are not aliens from outer space, but the products of our human condition,<sup>38</sup> with vulnerability and trust being a constitutive part of that condition. Experiences of vulnerability and uncertainty in human sociality and their institutional manifestations, in concert with specific ways of knowing and reasoning, support certain applications of technological systems to address perceived social problems and contribute to the dissemination of these technologies.

#### *Publics Constituted with Computing over Time*

This mutually constitutive interplay between cultures of trust (as part of broader cultures of public reason) and ways of knowing and making the world with science and technology leads to a second insight about the relationship between trust, the digital, and the law. It points to the long-term development and mutual formation of trust with digital technologies. This relationship has evolved through the decades of the development of public computing, which includes publics learning to become “computer literate” and to use computing in their daily lives. The present-day state of trust in digital technologies is a result of a long, gradual,

---

<sup>35</sup> Theodore Porter, *Trust in Numbers: The Pursuit of Objectivity in Science and Public Life* (Princeton University Press, 1995).

<sup>36</sup> E.g. Gatebox – Promotion Video “OKAERI”\_english, 2016, <https://www.youtube.com/watch?v=nkcKaNgfykg>.

<sup>37</sup> E. g. Meet Moxie – The Revolutionary Robot Companion for Social-Emotional Learning, 2020, <https://www.youtube.com/watch?v=LQINtxurleo>.

<sup>38</sup> Blaise Agüera y Arcas, Presentation at the AI, Brain, and Society Conference (Paris, France, 2022).

and incomplete process of *publics becoming constituted with computing*. The development of public knowledge of computing has been imagined by government officials, educators, technologists and others to transform and adapt citizens for the information society.

Public trust in social order and in technology was at once a core factor and variable in these projects. Forms of reasoning and being of a populace has since at least the 1960s, when information technologies became increasingly used in many countries for the administration of state services, been articulated and crafted with implicit visions in mind of what computing had to offer, for whom, and why. Nation-states pursuing the development of public computing in their populations were responding to experiences of uncertainty and vulnerability that they perceived to be novel in the post-World War II increasingly global world where the circulation of information was taking on new significance. The coming of the information society was seen as both a condition that would create new vulnerabilities in people's relationships among themselves and in their relation to the state. For example, in the United States, futurist Alvin Toffler described the information society as a state in which many of the norms and habits that people took to be natural no longer applied, leaving people disoriented and stressed.<sup>39</sup> In France, government ministers and philosophers alike worried about new modes of alienation and cultural dislocation that the widespread uses of computing would cause.<sup>40</sup> Even as computing was blamed for being a central factor in these concerns, teaching publics computer literacy and computer culture was pursued as a strategy to respond to these vulnerabilities. Public trust in computing, therefore, is inseparable from the development of public computing itself, that is, the ways of knowing and being that the ubiquitous use of computing habituated and the ways in which publics became known *as* publics due to states' application of information technologies to everyday life.

The constitutionalism framework draws the attention of analysts of the digital and society upon the *longue durée* processes of formation of subjects and citizens with information technologies to uncover the specific forms of reliance upon, expectations of, and visions for computing in public life that are at work today. It brings the making of political identity and subjectivity to the forefront of analysis, revealing peoplehood, with its implicit structures of vulnerability and uncertainty, to be the product of social and technical action.<sup>41</sup> It reminds us that it is essential to see not just how information informs, but how it actively *forms* the trusting subject.

---

<sup>39</sup> Alvin Toffler, *Future Shock* (New York: Random House, 1970).

<sup>40</sup> Simon Nora and Alain Minc, *L'informatisation de La Société*. Book, Whole (Paris: Documentation française, 1978); Jean-François Lyotard, *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*. [Nouv. éd.]. Collection Critique (Paris: Les Editions de Minuit, 1979).

<sup>41</sup> Craig Calhoun, "Constitutional Patriotism and the Public Sphere: Interests, Identity, and Solidarity in the Integration of Europe," *International Journal of Politics, Culture, and Society* 18, no. 3 (June 1, 2005): 257–80, <https://doi.org/10.1007/s10767-006-9002-0>; Kaushik Sunder Rajan, "Two Tales of Genomics: Capital, Epistemology, and Global Constitutions of the Biomedical Subject," in *Reframing Rights: Bioconstitutionalism in the Genetic Age*, ed. Sheila Jasanoff (Cambridge, MA: The MIT Press, 2011), 193–216.

*Moments of Rupture*

While the constitutionalism framework draws attention to the decades-long evolution of the relationship between public computing and public trust in computing, it also helps to make sense of specific moments of rupture and transformation in this relationship. Trust today is a result and the context for “constitutional moments,”<sup>42</sup> that is, *moments of rupture in constitutional orders* that are the product of the interplay between legal, technical, and social factors. Such moments of rupture are times of profound disjuncture between the understanding and expectations of people about how they should be governed and the ways in which they are governed. This disjuncture can arise from unauthorized usurping of power, such as when a government does something perceived to be against the will of the people as stipulated in law or expected in norm, or through gradual shifts in expectations and evolutions of rights, responsibilities, and duties that can suddenly culminate as issues that need to be addressed urgently. Technologies do not cause constitutional moments, but they may contribute to bringing a constitutional moment to light by interacting with or challenging established ways of knowing and being. Constitutional moments are by definition unsettling, marked by uncertainty and vulnerability at a collective level that thrusts questions about trust into public and intellectual consciousness. For example, analyzing decades of scholarly attention to trust, Margaret Levi finds that interest in trust increased significantly in the 1990s when the fall of the Soviet Union upended the established international order.<sup>43</sup>

In an effort to respond to a moment of rupture, digital technologies are frequently envisioned and proposed to bring the constitutional order “back” into alignment by creating infrastructures that aim to reduce uncertainty or vulnerability for some. Digital technologies are proposed as solutions to social problems in the context of a broader culture of technological solutionism<sup>44</sup> and the legacy of high-modernist forms of governance planned and executed from above.<sup>45</sup> Thus, constitutional moments involve not only legal solutions to amend laws or even write a new constitution, but also technological solutions. Ukraine’s effort to build a new “digital state” in the wake of Russian aggression<sup>46</sup> is an example of how

---

<sup>42</sup> Jasanoff, “In a Constitutional Moment.”

<sup>43</sup> Margaret Levi, “A State of Trust,” in *Trust and Governance*, ed. Valerie Braithwaite and Margaret Levi (New York: Sage, 1998), 77–101, <https://www.jstor.org/stable/10.7758/9781610440783>.

<sup>44</sup> Evgeny Morozov, *To Save Everything, Click Here: The Folly of Technological Solutionism* (New York: Public Affairs, 2013).

<sup>45</sup> James C. Scott, *Seeing like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*. Yale Agrarian Studies (New Haven: Yale University Press, 1998), <https://doi.org/10.12987/9780300128789>.

<sup>46</sup> Adam Satariano, “Shaming Apple and Texting Musk, a Ukraine Minister Uses Novel War Tactics,” *The New York Times*, March 12, 2022, <https://www.nytimes.com/2022/03/12/technology/ukraine-minister-war-digital.html>; Craig Turp-Balazs, “Ukraine Takes Centre Stage at Davos, Sets out Vision of Digital Future,” *Emerging Europe*, May 26, 2022, <https://emerging-europe.com/news/ukraine-takes-centre-stage-at-davos-sets-out-vision-of-digital-future%ef%bf%bc%ef%bf%bc/>; Delegation of Ukraine, “EU Supports the Organisation of the First International Diia Summit Brave Ukraine | EEAS Website,” May 24, 2022, [https://www.eeas.europa.eu/delegations/ukraine/eu-supports-organisation-first-international-diia-summit-brave-ukraine\\_en?s=232](https://www.eeas.europa.eu/delegations/ukraine/eu-supports-organisation-first-international-diia-summit-brave-ukraine_en?s=232); Giannis Marvis, “A



governments bring digital technology through public imaginaries into a moment of political crisis in order to secure stability, cohesion, and a future that both citizens and people around the world can trust in and aspire to. For scholars of technology, society, and the law, such misalignments are opportunities to glimpse why certain regimes of uncertainty and vulnerability are deemed problematic and to see how actors mobilize the necessary public attention to reset them using legal, social and technical means.

#### **IV. Conclusion**

The ability and willingness of individuals and collectives to entrust themselves and their livelihoods in another or in an institution is an essential component of viable societies. Due to the significance of public trust, it is no surprise that members of the public and social analysts frequently worry about the harms or extoll the benefits of digital technologies on public trust. But whether they believe digital technologies erode or build trust, they tend to see digital technologies too deterministically: attributing to the technologies power to break or fix social bonds. With this view of digital as driving social change, they relegate the law to a role of either preventing the technological harms by establishing regulations or getting out of the way of technological innovations. According to STS scholarship, this is an impoverished view of both digital technologies, the law, and their relationship to society and social transformation.

Instead of a deterministic view of digital technologies and public trust, I have shown how the STS framework of constitutionalism provides scholars of the digital, law, and society a way to see what is at stake in their relationship and identify opportunities for scholarly and political intervention. Applying the constitutionalism framework reveals that specific cultures of trust are always already at work and embedded in a constitutional order. Cultures of trust, with their key ingredients of vulnerability and uncertainty, are at the foundation of human social orders and institutions built to protect them. These cultures of trust provide the context in which certain kinds of problems of public trust become visible as problems, are agreed upon, and for which technologies can become mobilized as part of the solution. The habituation of the public to specific ways of knowing that digital technologies enable and sometimes actively encourage through their design informs the evolution of public trust over time. Thus, we can see the present culture of trust in computing in a given community to be the result of decades-old projects of constituting the citizen and public with information technologies. Through a confluence of political, social, and technological factors, gradual evolution in constitutional orders and their makeup of trust can suddenly appear to break down. These “constitutional moments” offer valuable insights to scholars of law, technology and society to see empirically how members of society identify the problem to be addressed and go about solving it by involving different forms of legal, technical, and lay expertise and tools. Such constitutional moments offer perspectives from the society about what it (or

---

Digital Marshall Plan for Ukraine,” SWI swissinfo.ch, July 5, 2022, <https://www.swissinfo.ch/eng/business/a-digital-marshall-plan-for-ukraine/47728496>.

certain members in it) perceives to be the “right” or acceptable distribution of uncertainties and vulnerabilities among individuals, institutions, and governments.

In addition to pointing scholars of law, technology and society to where and how to study the contemporary relationship of digital and trust, the constitutionalism framework also offers scholars and activists a political-normative agenda. Instead of trying to evaluate a technology’s trustworthiness and then aligning public trust with it, the constitutionalism framework supports those concerned about trust in today’s digital societies to begin by identifying the cultures of trust at work in the society and how and by whom these are mobilized to secure constitutional order.

© M. Boenig-Liptsin, 2022

## Bibliography

- Aarden, Erik. “Constitutions of Justice in Genetic Medicine: Distributing Diagnostics for Familial Hypercholesterolemia in Three European Countries.” *Critical Policy Studies* 10, no. 2 (April 2, 2016): 216–34. <https://doi.org/10.1080/19460171.2015.1024704>.
- Adjekum, Afua, Alessandro Blasimme, and Effy Vayena. “Elements of Trust in Digital Health Systems: Scoping Review.” *Journal of Medical Internet Research* 20, no. 12 (December 13, 2018): e11254. <https://doi.org/10.2196/11254>.
- Agüera y Arcas, Blaise. Presentation at the AI, Brain, and Society Conference. Paris, France, 2022.
- Assessor, Cook County. “Why the Cook County Assessor’s Office Made Its Residential Assessment Code and Data Public.” *Medium* (blog), April 17, 2019. <https://medium.com/@AssessorCook/why-the-cook-county-assessors-office-made-its-residential-assessment-code-and-data-public-c964acfa7b0f>.
- Bijker, Wiebe E., Thomas Parke Hughes, and Trevor Pinch, eds. *The Social Construction of Technological Systems: New Directions in the Sociology and History of Technology*. Cambridge, Mass: MIT Press, 1989.
- Boczkowski, Pablo J. Presentation at the Science, Technology and the Human Future Conference. Cambridge, MA, 2022.
- Bodunova, O., and O. Liamzina. “Digitization of Public Authorities as a Measure to Prevent Corruption in Ukraine.” *Actual Problems of Improving of Current Legislation of Ukraine*, no. 58 (February 28, 2022): 27–36.
- Broch-Due, Vigdis, and Margit Ystanes. *Trusting and Its Tribulations: Interdisciplinary Engagements with Intimacy, Sociality and Trust*. New York: Berghahn Books, 2016.
- Calhoun, Craig. “Constitutional Patriotism and the Public Sphere: Interests, Identity, and Solidarity in the Integration of Europe.” *International Journal of Politics, Culture, and Society* 18, no. 3 (June 1, 2005): 257–80. <https://doi.org/10.1007/s10767-006-9002-0>.
- Cook, Karen S., ed. *Trust in Society*. Russell Sage Foundation Series on Trust. Vol. 2. New York: Russell Sage Foundation, 2001.
- Delegation of Ukraine. “EU Supports the Organisation of the First International Diia Summit Brave Ukraine | EEAS Website,” May 24, 2022. [https://www.eeas.europa.eu/delegations/ukraine/eu-supports-organisation-first-international-diia-summit-brave-ukraine\\_en?s=232](https://www.eeas.europa.eu/delegations/ukraine/eu-supports-organisation-first-international-diia-summit-brave-ukraine_en?s=232).

- Desai, Deven R., and Joshua A. Kroll. "Trust but Verify: A Guide to Algorithms and the Law." *Harvard Journal of Law & Technology (Harvard JOLT)* 31, no. 1 (Fall 2017): 1–64.
- Floridi, Luciano, ed. *The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era*. Cham: Springer Open, 2014.
- Gatebox – Promotion Video "OKAERI" \_english, 2016. <https://www.youtube.com/watch?v=nkcKaNqfykg>.
- Ghebreyesus, Tedros Adhanom. "Munich Security Conference," February 15, 2020. <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/munich-security-conference>.
- Heimer, Carol. *Solving the Problem of Trust*. Issue 9804 of ABF working Paper. American Bar Foundation, 1999.
- Hurlbut, J. Benjamin. "Remembering the Future: Science, Law, and the Legacy of Asilomar." In *Dreamscapes of Modernity: Sociotechnical Imaginaries and the Fabrication of Power*, edited by Sheila Jasanoff and Sang-Hyun Kim, 126–51. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2015.
- Hurlbut, J. Benjamin, Sheila Jasanoff, and Krishanu Saha. "Constitutionalism at the Nexus of Life and Law." *Science, Technology, & Human Values* 45, no. 6 (November 1, 2020): 979–1000. <https://doi.org/10.1177/0162243920921236>.
- Jasanoff, Sheila. *Designs on Nature: Science and Democracy in Europe and the United States*. Book, Whole. Princeton, N. J.: Princeton University Press, 2005.
- Jasanoff, Sheila. "In a Constitutional Moment: Science and Social Order at the Millennium." In *Social Studies of Science and Technology: Looking Back, Ahead*, edited by B Joerges and Helga Nowotny, 155–80. Dordrecht: Kluwer, 2003.
- Jasanoff, Sheila. "Making Order: Law and Science in Action." In *The Handbook of Science and Technology Studies*, edited by Edward J. Hackett, 3rd ed., 761–86. Cambridge, Mass: MIT Press, 2008.
- Jasanoff, Sheila, ed. *Reframing Rights: Bioconstitutionalism in the Genetic Age*. Cambridge, MA: The MIT Press, 2011.
- Levi, Margaret. "A State of Trust." In *Trust and Governance*, edited by Valerie Braithwaite and Margaret Levi, 77–101. New York: Sage, 1998. <https://www.jstor.org/stable/10.7758/9781610440783>.
- Luhmann, Niklas. *Trust and Power*. Chichester, Eng: Wiley, 1979.
- Lyotard, Jean-François. *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*. [Nouv. éd.]. Collection Critique. Paris: Les Editions de Minuit, 1979.
- MacKenzie, Catriona, Wendy Rogers, and Susan Dodds. "What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?" In *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, edited by Catriona MacKenzie, Wendy Rogers, and Susan Dodds, 1–29. New York: Oxford University Press, 2014.
- Mackenzie, Catriona. "Vulnerability, Insecurity and the Pathologies of Trust and Distrust." *International Journal of Philosophical Studies* 28, no. 5 (October 19, 2020): 624–43. <https://doi.org/10.1080/09672559.2020.1846985>.
- Marvis, Giannis. "A Digital Marshall Plan for Ukraine." SWI swissinfo.ch, July 5, 2022. <https://www.swissinfo.ch/eng/business/a-digital-marshall-plan-for-ukraine/47728496>.
- Morozov, Evgeny. *To Save Everything, Click Here: The Folly of Technological Solutionism*. New York: Public Affairs, 2013.

- Nora, Simon, and Alain Minc. *L'informatisation de La Société*. Book, Whole. Paris: Documentation française, 1978.
- OECD. *Building Trust to Reinforce Democracy: Main Findings from the 2021 OECD Survey on Drivers of Trust in Public Institutions*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2022. [https://www.oecd-ilibrary.org/governance/building-trust-to-reinforce-democracy\\_b407f99c-en](https://www.oecd-ilibrary.org/governance/building-trust-to-reinforce-democracy_b407f99c-en).
- Ovadya, Aviv. "Opinion | What's Worse than Fake News? The Distortion of Reality Itself." *Washington Post*. Accessed September 27, 2022. <https://www.washingtonpost.com/news/theworldpost/wp/2018/02/22/digital-reality/>.
- Porter, Theodore. *Trust in Numbers: The Pursuit of Objectivity in Science and Public Life*. Princeton University Press, 1995.
- Satariano, Adam. "Shaming Apple and Texting Musk, a Ukraine Minister Uses Novel War Tactics." *The New York Times*, March 12, 2022, sec. Technology. <https://www.nytimes.com/2022/03/12/technology/ukraine-minister-war-digital.html>.
- Schuh, Daniela. "Reproducing Citizenship: Challenges of Cross-Border Surrogacy to the Nation State." Torun, Poland, 2014.
- Scott, James C. *Seeing like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*. New Haven: Yale University Press, 1998.
- Shapin, Steven, and Simon Schaffer. *Leviathan and the Air-Pump: Hobbes, Boyle, and the Experimental Life*. Book, Whole. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1985.
- Sims, Paul Barrett, Justin Hendrix, and Grant. "How Tech Platforms Fuel U. S. Political Polarization and What Government Can Do about It." *Brookings* (blog), September 27, 2021. <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2021/09/27/how-tech-platforms-fuel-u-s-political-polarization-and-what-government-can-do-about-it/>.
- Sunder Rajan, Kaushik. "Two Tales of Genomics: Capital, Epistemology, and Global Constitutions of the Biomedical Subject." In *Reframing Rights: Bioconstitutionalism in the Genetic Age*, edited by Sheila Jasanoff, 193–216. Cambridge, MA: The MIT Press, 2011.
- Toffler, Alvin. *Future Shock*. New York : Random House, 1970.
- Turp-Balazs, Craig. "Ukraine Takes Centre Stage at Davos, Sets out Vision of Digital Future." *Emerging Europe*, May 26, 2022. <https://emerging-europe.com/news/ukraine-takes-centre-stage-at-davos-sets-out-vision-of-digital-future%ef%bf%bc%ef%bf%bc/>.
- Winner, Langdon. "Do Artifacts Have Politics?" *Daedalus* 109, no. 1 (1980): 121–36.

**Мargarita Бйоніг-Ліпцін. Громадська довіра до обчислювальної техніки: аналіз довіри та цифрових технологій у рамках конституціоналізму**

**Анотація.** Ця стаття розглядає питання довіри в сучасних суспільствах, де дані та обчислення є визначальною умовою суспільного життя, в рамках конституціоналізму в галузі науки, технологій і суспільства. Рамка конституціоналізму, яка розширює та узагальнює оригінальне формулювання Шейли Джасанофф щодо "біоконституціоналізму," стверджує, що зміни у розумінні того, що означає бути людиною в епоху повсюдної комп'ютеризації, вимагають

переосмислення права на конституційному рівні – на рівні базових відносин між державами та громадянами. Ці перетворення людини, однак, відбуваються на території, яка вже просякнута нормами конституції з маленької “к,” тобто писаними правилами, а також неписаними нормами, породженими інституційними практиками, які складають щоденний гул суспільства. Рамка звертає увагу на три аспекти довіри в сучасних соціотехнічних умовах: 1) довіра – це не лише вузько людська чи соціальна якість, відокремлена від технологічних систем, але й сама умова існування технології та специфічна форма, якої ця технологія набуває; 2) сучасний стан довіри є результатом тривалого, поступового та незавершеного процесу *формування громадськості завдяки обчисленню*; 3) довіра сьогодні є результатом і контекстом “конституційних моментів,” *моментів розриву конституційних порядків*, які є результатом взаємодії правових, технічних і антропологічних факторів. Ці аспекти вказують на напрямки втручання, які люди можуть активувати, щоб сформувати поточний стан довіри, і пропонують дослідницькі програми, які вчені в галузі права, суспільства та технологій можуть реалізовувати, щоб зрозуміти цю важливу сферу соціотехнічних відносин сьогодні.

**Ключові слова:** цифрові технології; конституціоналізм; довіра; вразливість; публічна інформатика.

### **Маргарита Бйониг-Липцин. Общественное доверие вычислительной технике: анализ доверия и цифровых технологий в рамках конституционализма**

**Аннотация.** Эта статья рассматривает вопрос доверия в современных обществах, где данные и вычисления являются определяющим условием общественной жизни в рамках конституционализма в области науки, технологий и общества. Рамка конституционализма, расширяющая и обобщающая оригинальную формулировку Шейли Джасанофф по поводу “биоконституционализма,” утверждает, что изменения в понимании того, что значит быть человеком в эпоху повсеместной компьютеризации, требуют переосмысления права на конституционном уровне – на уровне базовых отношений между государствами и гражданами. Эти преобразования человека, однако, происходят на территории, которая уже пропитана нормами конституции с маленькой “к,” то есть писаными правилами, а также неписаными нормами, порожденными институциональными практиками, составляющими ежедневный гул общества. Рамка обращает внимание на три аспекта доверия в современных социотехнических условиях: 1) доверие – это не только узко человеческое или социальное качество, отделенное от технологических систем, но также само условие существования технологии и специфическая форма, которую эта технология приобретает; 2) современное состояние доверия есть результат длительного, постепенного и незавершенного процесса *формирования общности благодаря вычислению*; 3) доверие сегодня – результат и контекст “конституционных моментов,” *моментов разрыва конституционных порядков*, которые являются результатом взаимодействия правовых, технических и антропологических факторов. Эти аспекты указывают на направления вмешательства, которые люди могут активировать, чтобы сформировать текущее состояние доверия, и предлагают исследовательские программы, которые ученые в области права, общества и технологий могут реализовать, чтобы понять эту важную сферу социотехнических отношений сегодня.

**Ключевые слова:** цифровые технологии; конституционализм; доверие; уязвимость; общественная информатика.

### **Margarita Boenig-Liptsin. Public Trust in Computing: Analyzing Trust and Digital Technologies with the Constitutionalism Framework**

**Abstract.** This paper engages the issue of trust in contemporary societies, where data and computing are a defining condition of public life, with the framework of constitutionalism from the field of Science, Technology and Society. The framework of constitutionalism, extending and generalizing from Sheila Jasanoff's original formulation of "bioconstitutionalism," says that transformations to understandings of what it means to be human in the age of ubiquitous computing require rethinking of law at the constitutional level – at the level of the most basic relations between states and citizens. These refashionings of the human, however, take place on terrain already steeped in the norms of constitution with a small "c," that is, the written rules as well as unwritten norms generated by institutional practices that make up the daily hum of a society. The framework draws attention to three aspects of trust in the contemporary sociotechnical condition: 1) trust is not only a narrowly human or social quality separate from the technological systems, but the very *condition of the technology's existence* and the specific form that the technology takes; 2) the present day state of trust is the result of a long, gradual, and incomplete process of *publics becoming constituted with computing*; and 3) trust today is a result and context of "constitutional moments," *moments of rupture in constitutional orders* that are the result of interplay between legal, technical, and anthropological factors. These aspects point to sites of intervention that people can activate to shape the current state of trust and they suggest research agendas that scholars of law, society, and technology can pursue to make sense of this crucial area of sociotechnical relations today.

**Keywords:** digital technologies; constitutionalism; trust; vulnerability; public computing.

Одержано/Received 31.05.2022

## МАЙБУТНЄ ПРИВАТНОСТІ КРИЗЬ ПРИЗМУ ТЕОРІЇ ПОСТНОРМАЛЬНОСТІ

## Вступ

Сучасні правові дослідження приватності нерідко зосереджені винятково на низинному рівні і спрямовані передусім на вивчення загроз та засобів забезпечення відповідних прав людини у конкретних життєвих реаліях. Водночас зміни на макрорівні (включаючи трансформацію й еволюцію технологічного та соціального середовища упродовж кількох останніх десятиліть) настільки масштабні і всеохоплюючі, що їх вже аж ніяк не можна далі ігнорувати. Ці зміни дуже важко науково описати і тим паче спрогнозувати їхній розвиток на майбутнє. Тому багато хто просто закриває на них очі, обмежившись дослідженнями приватності в рамках звичної парадигми. Такий підхід не можна вважати надійним і адекватним, адже невідповідність між регулятивними механізмами та реальністю лише зростає, а невирішені проблеми проявляються все частіше.

Описана ситуація змушує звернути увагу на всеосяжніші теорії, автори яких намагаються вловити суть сучасних цивілізаційних перетворень. Одна з найбільш вдалих з-поміж них – теорія постнормального часу, розроблена визначним науковцем, письменником, інтелектуалом і поліматом Зіяуддіном Сардаром. Хоча ця теорія була оприлюднена ще у 2010 р., справжнє визнання вона отримала аж у 2020-ті рр., коли стало зрозуміло, що за допомогою неї Сардару вдалося передбачити чимало феноменів, знакових саме для останніх років, включаючи глобальну пандемію та активізацію протестного руху афроамериканців у США. Сам Сардар у своїй роботі зазначає, що приватність належить до систем, які вже зараз знаходяться у стані постнормальності<sup>1</sup>. Тому не випадково у цій статті проблема зникнення приватності<sup>2</sup> розглянута саме

---

\* Петро Михайлович Сухорольський, кандидат юридичних наук, доцент кафедри політології та міжнародних відносин Інституту гуманітарних та соціальних наук Національного університету "Львівська політехніка" (Україна).

Petro Sukhorolskyi, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor at the Department of Political Science and International Relations of the Institute of Humanities and Social Sciences, Lviv Polytechnic National University (Ukraine).

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

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1689-3283>

<sup>1</sup> Ziauddin Sardar and John A. Sweeney, "The Three Tomorrows of Postnormal Times," *Futures* 75 (2016): 4.

<sup>2</sup> Сам термін "приватність" у цій статті для зручності вжито у широкому значенні. Тобто правовий захист приватності тут охоплює і право на недоторканність приватного життя, і право на захист персональних даних, а також інші суміжні права, які визнані в окремих правових системах. Проте це

крізь призму його теорії. Зокрема, у ній зроблена спроба окреслити сучасний стан і перспективи розвитку процесів у сфері приватності на основі методології, розробленої у межах теорії постнормального часу. Головною метою статті є привернення уваги науковців та експертів до проблем і суперечностей, які не вдається вирішити за допомогою звичних та дієвих у минулому засобів, а також стимулювання пошуку альтернативних способів узгодження та забезпечення усіх важливих інтересів у цій сфері.

## I. Епоха постнормальності

Основи теорії постнормальності висвітлені у працях Сардара та його співавторів. З-поміж них ключовими є роботи “Ласкаво просимо у постнормальні часи,”<sup>3</sup> “Три варіанти майбутнього у постнормальні часи,”<sup>4</sup> “Знову про постнормальні часи,”<sup>5</sup> опубліковані у “Futures” – найавторитетнішому науковому футурологічному журналі світу.

Сардар створив свою теорію послуговуючись ідеями Сільвіо Фунтовича та Джерома Равета про постнормальну науку, час якої приходить тоді, коли невизначеності набувають епістемологічного чи етичного характеру, ставки при прийнятті рішень високі, а позиції зацікавлених сторін – суперечливі.<sup>6</sup> На думку Сардара, характеристики, які згадані автори приписували науці у 1990-ті рр., у 2010-их підходять не лише для багатьох інших видів людської діяльності, але й для суспільства загалом. Отже, постнормальні часи – це проміжний період, який настає, коли старі теорії, уявлення і практики помирають, а нові ще не народилися, і здається, що дуже небагато речей взагалі мають сенс. У колишні “нормальні часи” коли виникала нова проблема, її можна було легко виділити та ідентифікувати, після чого застосувати усі наявні інтелектуальні ресурси для її вирішення на основі ґрунтовних і доведених теорій з усіх наукових дисциплін. І найголовніше – усе це працювало. Тепер більшість з того, що вважалося нормальним, звичним, традиційним, поступово стає безсилим перед новими викликами, які насуваються одночасно великою лавиною та охоплюють багато явищ, починаючи від зміни клімату і закінчуючи проблемами з ідентичністю.<sup>7</sup>

---

не означає критику поширених у Європі підходів, які розмежовують інститут захисту персональних даних та право на повагу до приватного й сімейного життя. Швидше навпаки – проведений аналіз учергове доводить, що політичні, економічні та інші аспекти захисту персональних даних все більше виходять за межі приватності і приватного життя та вже зараз прямо стосуються чи не усіх граней суспільного буття. Більше про це у роботі: Петро Сухорольський, “Право на захист персональних даних як нове фундаментальне право людини в інформаційному суспільстві,” in *Wyzwania społeczeństwa informacyjnego. Polskie i ukraińskie doświadczenia* (Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, 2018), 15–25.

<sup>3</sup> Ziauddin Sardar, “Welcome to Postnormal Times,” *Futures* 42 (2010): 435–44.

<sup>4</sup> Sardar and Sweeney, “The Three Tomorrows of Postnormal Times,” 1–13.

<sup>5</sup> Ziauddin Sardar, “Postnormal Times Revisited,” *Futures* 67 (2015): 26–39.

<sup>6</sup> Silvio O. Funtovicz and Jerome R. Ravetz, “Science for the Post-Normal Age,” *Futures* 25, issue 7 (1993): 750.

<sup>7</sup> Sardar, “Welcome to Postnormal Times,” 435–36.



Трьома ключовими ознаками постнормальності є: складність, хаос і суперечності (скорочено “ЗС” від англ.: complexity, chaos, contradictions). Щодо першої – то мабуть ні для кого не є секретом, що усі важливі проблеми сьогодення надзвичайно складні, а прості задачі і рішення практично відсутні. Причинами цього є як довготривале ускладнення процесів у різних сферах, так і їх вихід на глобальний рівень. Ба більше, все з усім може бути взаємопов’язане, а зміни наступають раптово й одночасно. За таких умов науковцям, які намагаються змоделювати ці процеси, доводиться вдаватися до суттєвого зниження складності систем у своїх теоріях, але це неодмінно призводить до значних прогалин та відхилень, і результат виходить зовсім не таким, як очікували.<sup>8</sup>

Ті ж самі чинники є передумовами другого елемента постнормальності – *хаосу*. Взаємопов’язаність усього і постійне прискорення ведуть до ситуації, коли невеликі зміни спричиняють величезні наслідки, і спрогнозувати розвиток цих процесів практично неможливо. За останній час звичними для усіх стали надзвичайно рідкісні у минулому явища: раптові злети і падіння політичних фігур; нові мільярдери з космічними статками, заробленими за кілька років; неочікувані вибухи протестних рухів і революцій;<sup>9</sup> медіа-зірки, інфлуенсери та випадкові люди, які з’являються нізвідки, стають всесвітньовідомими і відправляються в нікуди, а також багато іншого.

У складному і хаотичному світі, де мережі поєднують все і кожного, не можна уникнути загострення багатьох *суперечностей*. Вони можуть бути деструктивними, спричиняючи руйнівну боротьбу, що завершується колапсом. З іншого боку, суперечності виконують важливу функцію – вони привертають увагу до проблем у всій їхній повноті й багатогранності і таким чином стимулюють суспільство до трансформації та переходу на новий рівень розвитку. Оскільки усі проблеми і чинники, які їх зумовлюють, взаємопов’язані, намагання ізольовано вирішити лише частину з них призводить до того, що поза увагою залишаються інші. І часто люди усвідомлюють це надто пізно.<sup>10</sup>

Стан постнормальності не настає одночасно в усіх сферах і місцях. Саме майбутнє починається безпосередньо від теперішнього моменту. За Сардаром воно може включати різnorідні елементи, які належать до: 1) розширеного теперішнього, 2) знайомих майбутніх,<sup>11</sup> 3) немислимих майбутніх. У часи постнормальності усі ці компоненти існують паралельно, проте лише останній з них безпосередньо пов’язаний з постнормальними процесами і є їхнім результатом. *Розширене теперішнє* – це продовження у майбутнє трендів, походженням із минулого і теперішнього. Певний час (різний для різних сфер, явищ та місць) ці тренди ще залишатимуться актуальними, проте згодом вони неодмінно ослабнуть і стануть надбанням історії. Майбутнє у межах розширеного теперішнього можна прогнозувати і спланувати. Інакше кажучи, воно відноситься

<sup>8</sup> Ibid, 437.

<sup>9</sup> З-поміж іншого Сардар вважає ілюстративним прикладом хаотичних процесів постнормальності й Помаранчеву революцію в Україні у 2004 р.

<sup>10</sup> Sardar, “Welcome to Postnormal Times,” 437–39.

<sup>11</sup> У футурології (futures studies) слово “майбутнє” часто вживають у множині, підкреслюючи багатоваріантність можливого розвитку подій.

швидше до нормальності, ніж до постнормальності. Оскільки розпад колишньої нормальності неможливо зупинити, а невідомість і непевність постнормальних часів усіх лякає, виникає феномен штучно сконструйованої нормальності (*manufactured normalcy*). Вона з'являється як в результаті спроб доміантних світових гравців спрямувати усі процеси в зрозуміле русло капіталістичних відносин, так і внаслідок реакцій простих людей, які зіштовхнувшись із невідомим намагаються втиснути його у рамки звичних уявлень та минулого досвіду.

*Знайомі майбутні* охоплюють неіснуючі у теперішньому процеси і явища, які, однак, вже стали звичними для людей через присутність у різноманітних образах майбутнього, поширених у масовій культурі. *Немислимі майбутні* включають щось настільки далеке від загальноприйнятих уявлень, що це заважає нам зосередитися на таких варіантах майбутнього розвитку подій. Або це настільки незвичні можливості, що ми просто не надаємо їм значення.<sup>12</sup>

Оскільки, на думку Сардара, ситуація у сфері приватності вже зараз є постнормальною, усі згадані характеристики цього стану повинні чітко тут проявлятися. Спробуємо їх ідентифікувати та описати. Окремо звернемо увагу на звичні теорії та підходи, що стосуються приватності, які у цьому випадку повинні відповідати критеріям розширеного теперішнього, включаючи штучно сконструйовану нормальність.

## II. Прояви постнормальності у сфері приватності

Насамперед важливо встановити, наскільки характерними для сфери приватності є три головні ознаки постнормальності – складність, хаос та суперечності.

### *Складність*

Кількість збережених даних у світі зростає з шаленою швидкістю. Значну кількість із них можна використати для втручання у приватність. Швидко зростає і кількість джерел надходження цих даних – камер, мікрофонів, різноманітних датчиків. Наприклад, ідентифікація за допомогою відбитків пальців за останні роки вже стала нормою. Ні бізнес, ні влада не збираються відмовлятися від теперішньої стратегії акумуляції усе більшої кількості даних у великих базах, до того ж часто ці дані пов'язані між собою. Існує також величезна кількість неструктурованої інформації. Не менш важливо, що алгоритми опрацювання цих даних також постійно ускладнюються і, на думку багатьох експертів, незабаром можуть вийти з-під контролю людини.<sup>13</sup>

У Посібнику з європейського права у сфері захисту персональних даних, підготовленому Радою Європи та ЄС, стверджується, що персональні дані обробляються “все більш складними і непрозорими способами.” У контексті проблем, пов'язаних з упро-

---

<sup>12</sup> Sardar and Sweeney, “The Three Tomorrows of Postnormal Times,” 1–13.

<sup>13</sup> James Dawes, “Speculative Human Rights: Artificial Intelligence and the Future of the Human,” *Human Rights Quarterly* 42.3 (2020): 573–93; Mathias Risse, “Human Rights and Artificial Intelligence: An Urgently Needed Agenda,” *Human Rights Quarterly* 41.1 (2019): 1–16.

вадженням технологій штучного інтелекту, говориться про випадки, коли “складність і кількість оброблюваних даних не можуть бути визначені з певністю.” Також зазначено про складність, або й неможливість, процесу оцінки впливу великих даних на приватність та ризиків, пов’язаних з опрацюванням персональних даних.<sup>14</sup> Окрім вказаних, у Посібнику міститься ще чимало схожих формулювань, що свідчать про надзвичайне ускладнення процесів, які відбуваються у сфері персональних даних, а також про поступову втрату контролю і зростаючу непевність – дві виділені Сардаром характеристики постнормальності, які безпосередньо пов’язані з ускладненням життя.<sup>15</sup>

Показовим є і постійне збільшення кількості та ускладнення правових норм, пов’язаних із приватністю. Наприклад, обсяг Загального регламенту захисту даних (GDPR), прийнятого ЄС у 2016 р., приблизно у 4 рази перевищує обсяг Директиви 95/46/ЄС. Проте це зовсім не означає, що норм GDPR вистачає для забезпечення ефективного захисту персональних даних в усіх сферах. Як мінімум, у Регламенті відсутні спеціальні положення щодо технологій штучного інтелекту, великих даних та явно недостатніми є лише кілька загальних згадок про генетичні дані, які є дуже специфічними в плані своїх характеристик та загроз для приватності людини.<sup>16</sup> У численних рішеннях міжнародних організацій, які стосуються впливу інформаційних технологій на права людини, відзначено гостру необхідність розроблення правових норм на національному і міжнародному рівнях, які дозволили б врахувати новітні загрози та узгодити й забезпечити усі важливі індивідуальні та суспільні інтереси.<sup>17</sup> Однак, чи не перешкоджатиме сама складність такої нормативної бази її ефективному впровадженню, враховуючи ще й те, що у світі існують багато різних правових систем, у межах яких втілюються цілковито відмінні підходи до вирішення проблем приватності (вже не кажучи про альтернативні регулятори відносин у суспільстві, про які йтиметься нижче, а саме: ринок, технологічне середовище, а також соціальні норми, що формуються під впливом медіа).

### Хаос

Як зазначає Сардар, потенціал хаосу зростає під впливом великих даних, а поєднаність у мережі зумовлює те, що маленькі зміни спричиняють великі наслідки.<sup>18</sup> Усе це безпосередньо стосується і приватності. Індивіди за короткий час стали міцно прив’язані

<sup>14</sup> *Handbook on European Data Protection Law* (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018), 347–60.

<sup>15</sup> Sardar, “Welcome to Postnormal Times,” 440, 442.

<sup>16</sup> Див. більше: Petro Sukhorolskyi and Valeriia Hutsaliuk, “Processing of Genetic Data under GDPR: Unresolved Conflict of Interests,” *Masaryk University Journal of Law and Technology* 14, no. 2 (2020): 151–76.

<sup>17</sup> UN, The right to privacy in the digital age, Resolution adopted by the Human Rights Council on 26 September 2019, A/HRC/RES/42/15; Council of Europe, Declaration by the Committee of Ministers on the manipulative capabilities of algorithmic processes, Decl (13/02/2019)1.

<sup>18</sup> Sardar, “Postnormal Times Revisited,” 33.

до мережі. Багато людей відчувають залежність від смартфонів і намагаються її позбутися, проте звичним способом подолання тривоги від непевності сучасного світу часто є занурення у той самий смартфон.<sup>19</sup> Складається парадоксальна ситуація: ховаючись від постнормальності люди все більше перетворюються на елементи складних глобальних мереж, які самі посилюють хаос і є одним із головних джерел постнормальності.

Згідно з законодавством, персональні дані нібито є захищеними, але насправді мало хто у це вірить. Великі витоки даних мільйонів людей вже нікого не дивують, але незважаючи на це, вони можуть стати причиною неконтрольованої реакції. Показовою є ситуація з компанією *Cambridge Analytica*, яка і до скандалу не приховувала цілей і методів своєї діяльності та відкрито цим хизувалася. Аж раптом у 2018 р. вона перетворилася на об'єкт прискіпливої уваги медіа та правоохоронних органів, і це спричинило ланцюгову реакцію й масштабні наслідки (зокрема ринкова вартість *Facebook* впала на 19% або на 119 млрд доларів за рекордно короткий час). Ще ілюстративніше те, що після затухання скандалу ситуація загалом залишилася такою ж самою (тобто характерною для постнормальних часів). Численні компанії неконтрольовано збирають дані про людей та використовують їх для політичних цілей (у тому числі й дочірні компанії *SCL Group*, якій належала *Cambridge Analytica*). Те ж саме стосується і продовження неконтрольованого втручання у приватність з боку органів державної безпеки у різних країнах навіть після викриттів Едварда Сноудена.

На нижчому рівні прикладом хаотичних процесів є випадки раптового загострення інтересу мільйонів до окремих осіб, які часто зовсім не мали наміру ввійти в глобальні інформаційні тренди, або принаймні не під таким інформаційним приводом. Так, один невеликий пост, фотографія, колаж чи відеоролик може зробити людину відомою на весь світ. У такому разі не доводиться і мріяти про збереження чи відновлення її приватності, і навіть право бути забутим тут безсиле. Насамкінець варто відзначити, що хаотичні процеси в суспільстві відбувалися і в “нормальні” часи, проте лише в часи постнормальності вони стають настільки поширеними й звичними, що їх фактично можна назвати новим мейнстрімом.

### *Суперечності*

Третій складовий елемент “ЗС” у нашому випадку є найцікавішим, оскільки сфера приватності та персональних даних переповнена суперечностями, багато з яких проявилися лише в останні роки. Розглянемо деякі з них детальніше.

Законодавство визначає згоду суб'єкта даних як одну з головних підстав для опрацювання персональних даних. Згідно з цим, звичним для усіх стало надання такої згоди через підписування спеціальних документів чи проставлення галочок і натискання

---

<sup>19</sup> Mary Holland, “How to Take a Digital Detox during the Covid-19 Pandemic,” *BBC Worklife*, last modified May 18, 2020, <https://www.bbc.com/worklife/article/20200513-how-to-take-a-digital-detox-during-the-covid-19-pandemic>.

кнопок на сайтах. Проте лише дуже невеликий відсоток людей справді читає умови використання даних. Крім того, часто не існує жодних прийнятних альтернатив, оскільки надання послуги чи користування ресурсом залежить від згоди суб'єкта даних на їх опрацювання. У більшості випадків люди просто не здатні розібратися з ризиками, пов'язаними із наданням згоди, і це не дивно, адже адекватно оцінити ці ризики інколи не спроможна навіть велика група експертів, задіяних у спеціальній процедурі оцінювання впливу. Візьмемо для прикладу генеалогічні сайти, які пропонують людям інформацію на основі аналізу їхньої ДНК (*MyHeritage*, *23andMe*, *Ancestry* та інші). Приватні компанії, що є власниками цих сайтів, пропонують фізичним особам надіслати біологічні зразки для аналізу, погодитися на опрацювання їхніх генетичних даних та подальше їх включення у величезні масиви генетичних даних мільйонів людей. Отже, фізичні особи повинні оцінити усі переваги та ризики і прийняти зважене рішення. Але чи здатні вони це зробити, якщо на думку фахівців, що вивчають це питання, оцінювання усіх ризиків<sup>20</sup> у цьому випадку є настільки складним завданням, що воно вимагає масштабного міждисциплінарного дослідження із залученням спеціалістів у галузі етики, права, генетики та соціології?<sup>21</sup>

Метою створення законодавства у сфері захисту персональних даних було надання людині можливостей контролювати межі своєї приватності і мати вплив на опрацювання персональних даних, що її стосуються. Проте сучасний механізм згоди особи на опрацювання даних все менше сприяє досягненню цієї мети. З цим погоджуються і експерти ЄС та РЄ – автори згаданого вище Посібника, які стверджують, що сучасні умови вимагають “переосмислення ідей особистого контролю персональних даних,” враховуючи з-поміж іншого й недостатню обізнаність з боку людей. Натомість вони пропонують спрямувати зусилля на “більш складний процес множинних оцінок впливу ризиків, пов'язаних з використанням персональних даних.”<sup>22</sup> Отже, сучасна система захисту прав суб'єкта даних, що базується на його згоді, дуже часто створює лише ілюзію контролю над даними, не забезпечуючи реальний контроль, і це є першою важливою суперечністю. Її можна сформулювати у вигляді твердження (яке не обов'язково повинне виконуватися в усіх випадках для того, щоб свідчити про постнормальність): “чим більше формальних можливостей надають суб'єкту даних, тим слабшою стає система забезпечення його права на захист персональних даних.”

Іншою важливою стратегією захисту персональних даних, яку можна виокремити аналізуючи сучасні нормативно-правові акти, є анонімізація та псевдонімізація даних.<sup>23</sup> Вона базується на припущенні, що чим більше даних будуть анонімними або захище-

<sup>20</sup> Така процедура передбачена для чутливих даних згідно зі ст. 35 Загального регламенту захисту даних Європейського Союзу.

<sup>21</sup> Paul Quinn and Liam Quinn, “Big Genetic Data and Its Big Data Protection Challenges,” *Computer Law & Security Review* 34, no. 5 (2018): 1008.

<sup>22</sup> *Handbook on European Data Protection Law*, 359.

<sup>23</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement

ними псевдонімами, тим більше будуть забезпечені інтереси суб'єкта даних. Проте це припущення справджується далеко не в усіх випадках, а з часом воно може взагалі втратити актуальність. Йдеться про те, що в епоху великих даних стає все простіше ідентифікувати людину навіть на основі знеособленої інформації. Чіткої межі між персональними даними та анонімізованою інформацією не існує.<sup>24</sup> Все набагато складніше. Вже зараз у різних дослідженнях автори виділяють декілька рівнів анонімізації, і віднесення інформації до певного рівня зовсім не означає, що ситуація не може змінитися з часом. Стосовно ж окремих видів персональних даних висловлюються сумніви, чи рівень їхньої абсолютної анонімності може бути в принципі досягнутий.<sup>25</sup>

Згідно з загальноприйнятим у Європі визначенням, персональні дані – це інформація, що стосується фізичної особи, яку ідентифіковано або можна ідентифікувати. Тобто для встановлення того, що є персональними даними, на які поширюється правовий захист, важливо зрозуміти зміст словосполучення “можна ідентифікувати.” Щодо цього у GDPR міститься таке формулювання: “Щоб встановити можливість ідентифікації фізичної особи, необхідно взяти до уваги всі способи, що можуть бути використані з високою ймовірністю...,” при цьому потрібно врахувати “всі об'єктивні фактори, такі як витрати та період часу, необхідні для ідентифікації, з огляду на технології, наявні станом на момент опрацювання, і технологічні розробки.”<sup>26</sup> Інакше кажучи, дані можуть виявитися зовсім не такими анонімними, як очікувалося, якщо витратити більше часу і зусиль для ідентифікації. Якщо ж врахувати факт, що технології у наш час дуже швидко вдосконалюються, то з кожним днем імовірність ідентифікації особи на основі так званої деперсоніфікованої чи анонімною інформації лише зростатиме. А отже, дані, які сьогодні вільно збирають і використовують приватні компанії, можуть завтра раптово перетворитися у персональні, але відновити приватність зацікавлених осіб буде вже практично неможливо. Щодо таких випадків виправдано стверджувати, що відносна деперсоніфікація даних лише відкладає загрози у майбутнє, а не усуває їх. І судячи з розміру інвестицій, які скеровують на розвиток відповідних технологій, це дуже недалеке майбутнє.

Ще цікавіша ситуація зі стратегією мінімізації персональних даних. Довгий час мінімізацію даних вважали чи не найдієвішим засобом забезпечення приватності та інших суміжних прав людини.<sup>27</sup> Інакше кажучи, припускали, що чим менше збирають персональних даних, тим краще забезпечені відповідні права. Наприклад, у Кодексі про захист

---

of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (OJL 119, 4.5.2016, pp. 1–88), recitals 26, 28, 29, 78, 156, articles 6, 32, 40.

<sup>24</sup> EU, Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques, Article 29 Data Protection Working Party (April 10, 2014, 0829/14/EN WP216), 4–5.

<sup>25</sup> Mark Taylor, *Genetic Data and the Law: A Critical Perspective on Privacy Protection* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 138.

<sup>26</sup> General Data Protection Regulation, recital 26.

<sup>27</sup> Giusella Finocchiaro, “Anonymity and the Law in Italy,” in *Lessons from the Identity Trail: Anonymity, Privacy and Identity in a Networked Society* (Oxford University Press, 2009), 526.

персональних даних Італії у редакції 2003 р.<sup>28</sup> був закріплений як основоположний (на самому початку документа в окремій статті) принцип мінімізації даних, згідно з яким

[i]нформаційні системи і програмне забезпечення мають бути налаштовані для мінімізації використання персональних чи ідентифікаційних даних, так щоб виключити їх опрацювання, якщо мети у конкретному випадку можна досягти, використовуючи анонімні дані, або через відповідні заходи, які дозволяють ідентифікувати суб'єкта даних лише у випадку необхідності.<sup>29</sup>

Утім, розглянувши принцип мінімізації кризь призму теорії постнормальності, стає зрозуміло, що він швидше втілює бажання повернутися у часи нормальності, ніж справді може змінити ситуацію. І справа тут не лише в технологічних та бізнесових трендах. Набагато цікавіше, що в умовах постнормальності мінімізація може зумовлювати протилежний очікуваному ефект, і це виявляє ще одну важливу суперечність. Йдеться про те, що завдяки новим технологіям деякі втручання у права людини, які базуються на використанні персональних даних, стали можливими і без них. Уявімо собі алгоритм, який може з високою ймовірністю встановити політичні погляди чи сексуальну орієнтацію (чутливі дані) користувача на основі аналізу його профілю в соціальних мережах. У процесі навчання алгоритму найімовірніше використовували чутливі дані багатьох осіб, проте після цього для його роботи не потрібно опрацьовувати чи зберігати ці дані, необхідний лише доступ до профілів користувачів, багато з яких є відкритими.

Якщо ж метою алгоритму є не просто встановити факти, а сформулювати рішення щодо людини, яке має для неї правові наслідки, то цей алгоритм зовсім не обов'язково повинен розкривати той факт, що рішення зумовлене відомостями про сексуальну орієнтацію чи політичні погляди індивіда. Коли це стосується штучного інтелекту, то навіть самі розробники можуть не здогадуватися про такий дискримінаційний ефект. З іншого боку, щоб встановити цей ефект, нам необхідно зіставити результати роботи алгоритму з чутливими даними, але таких даних у нас немає, бо вони не потрібні для роботи алгоритму і до того ж створюють зайві правові проблеми для контролера даних.<sup>30</sup> Отже, принцип мінімізації даних може мати негативний ефект для приватності, і у такому разі буде справджуватися закономірність: *“чим менше зібрано персональних даних, тим важче встановити втручання у права індивіда.”*

Суперечності, які стосуються приватності, не вичерпуються неоднозначним впливом стратегій захисту персональних даних. У світі поширені кардинально протилежні оцінки щодо загальної ситуації у цій сфері, корені яких зводяться до відмінностей на рівні цінностей та світогляду. У той час як багато експертів у сфері прав людини стверджують,

<sup>28</sup> У новій значно переробленій редакції Кодексу 2018 р., яка була прийнята для його узгодження з GDPR, цю статтю вилучили.

<sup>29</sup> Italian Personal Data Protection Code (Legislative Decree #196, June 30, 2003), <http://www.privacy.it/privacocode-en.html>, article 3.

<sup>30</sup> Michiel Rhoen and Qing Yi Feng, “Why the ‘Computer Says No’: Illustrating Big Data’s Discrimination Risk through Complex Systems Science,” *International Data Privacy Law* 8, issue 2 (2018): 153.

що приватність поступово зникає і ситуація внаслідок цього стає катастрофічною,<sup>31</sup> представники високотехнологічного бізнесу та державні менеджери доводять, що хвилюватися, загалом, немає про що, а реальні загрози для людини і суспільства без особливих труднощів можна мінімізувати. У цьому плані показовою є оцінка GDPR у процесі його створення та після прийняття. Представники бізнесу, численні медіаресурси та окремі науковці (особливо американські) створювали навколо цього акта імідж “Драконівського закону,” який пов’язаний із марними витратами для підприємців і запроваджує невиправдано великі обмеження для економіки, а деякі його положення (наприклад, про право бути забутим) називали нерозсудливими.<sup>32</sup> Хоча якщо проаналізувати цей документ з точки зору забезпечення прав суб’єкта даних, то неважко відшукати у ньому значні послаблення саме в інтересах розвитку економіки, вже не говорячи про прогалини щодо багатьох аспектів, які дозволяють обійти правила.<sup>33</sup>

Усі ці розбіжності можна пояснити за допомогою припущення, що існує загальна і практично нерозв’язна суперечність між приватністю і глибинними тенденціями розвитку бізнесу та публічного управління в індустріальному/постіндустріальному суспільстві.<sup>34</sup> З цим погоджуються і чимало відомих представників високотехнологічного бізнесу, які, наприклад, спокійно прогнозують, що приватність і конфіденційність буде добровільно замінена на переваги цифрового світу, і називають це “новим суспільним договором.”<sup>35</sup> Використовуючи модель динаміки приватності фінського дослідника Матті Мінккінена, можна побачити, що головними чинниками у цій сфері є інтереси контролерів даних (здебільшого стосуються економіки та забезпечення контролю), культурні і правові норми та наявні технологічні системи.<sup>36</sup> Приблизно те ж саме, але

<sup>31</sup> Один із авторів, які пишуть на цю тему, порівнює близьке майбутнє приватності зі світом, у якому продають лише повністю прозорі будівельні матеріали, і прозорими стали навіть віконні штори (Ivan Szekely, “Building Our Future Glass Homes – An Essay about Influencing the Future through Regulation,” *Computer Law & Security Review* 29 (2013): 540). Це нам нагадує антиутопію Євгенія Замятіна, проте там штори все ж є непрозорими і їх можна закрити в одному випадку.

<sup>32</sup> Christiana Markou, “The ‘Right to Be Forgotten’: Ten Reasons Why It Should Be Forgotten,” in *Reforming European Data Protection Law* (Springer, 2015), 224.

<sup>33</sup> Наприклад, у GDPR відсутні спеціалізовані норми щодо опрацювання генетичних даних та недостатньо враховані втручання в інтереси суб’єкта даних, пов’язані з масштабним використанням великими ІТ-компаніями технологій штучного інтелекту й аналітики великих даних (Michael Butterworth, “The ICO and Artificial Intelligence: The Role of Fairness in the GDPR Framework,” *Computer Law & Security Review* 34.2 (2018): 257–68). Також у Регламенті запроваджені значні винятки з правил не на користь суб’єкта даних, які стосуються наукових досліджень (research exemption), при тому, що суб’єктами таких досліджень можуть бути і приватні комерційні структури (Kärrt Pormeister, “Genetic Data and the Research Exemption: Is the GDPR Going Too Far?” *International Data Privacy Law* 7.2 (2017): 137–46).

<sup>34</sup> Більше про те, чому наша постіндустріальна реальність є швидше прямим розширенням індустріальної, а не її запереченням, у роботі: Петро Сухорольський, *Основи футурології* (Львів: Апіорі, 2021), 295–392.

<sup>35</sup> Ерік Шмідт та Джаред Коен, *Новий цифровий світ* (Львів: Літопис, 2015), 265.

<sup>36</sup> Matti Minkkinen, “Futures of Privacy Protection: A Framework for Creating Scenarios of Institutional Change,” *Futures* 73 (2015): 54.



в набагато ширшому контексті доводить відомий американський вчений та політичний діяч Лоуренс Лессіг, який твердить про існування чотирьох паралельних регуляторів відносин у суспільстві. До них належать: право, інші соціальні норми, ринок та архітектура. Останній елемент у цьому переліку включає технологічне середовище (так зване регулювання кодом).<sup>37</sup>

Розглянемо, який загальний вплив на приватність мають вказані регулятори у теперішні часи. Правові норми, як мінімум у Європі, але також і в багатьох інших країнах світу, стоять на сторожі приватності. Включення у конституції держав, а також у міжнародні каталоги прав людини права на захист персональних даних поряд із правом на недоторканність приватного життя як ключових основоположних прав стало вже загальним стандартом у ХХІ ст. Хоча зрозуміло, що у межах демократичних систем ці права повинні бути збалансовані з іншими конкуруючими правами та інтересами, а в авторитарних державах приватність часто приносять у жертву забезпеченню державного контролю. Вплив другого регулятора – інших соціальних норм – не такий однозначний. Хоча у ліберальних демократіях приватність і далі вважають важливою суспільною цінністю, ставлення до неї змінюється під впливом медіа та споживацьких практик. Не буде перебільшенням стверджувати, що вагомі гравці на ринку інтернет-послуг, як і система капіталістичних відносин загалом, здатні у теперішній час суттєво впливати на суспільні норми у сфері приватності. Свідченням цього є значні зміни у поведінці людей, що стосуються добровільного розкриття персональної інформації про себе, які відбулися за останні десятиліття.

Третій регулятор – ринок, як правило, у сучасних умовах працює прямо проти приватності. Зокрема, бізнес відкрито заявляє, що big data, включаючи різноманітну інформацію про споживачів, гостро необхідні для економічного зростання. Компанії, які максимально ефективно збирають та опрацьовують дані про якнайбільшу кількість користувачів, здобувають неоціненну перевагу на ринку і витісняють конкурентів. Тому не дивно, що кожен великий бізнес прагне стати “гуглом” у своїй сфері діяльності.<sup>38</sup> Під впливом економічних гравців та органів влади упродовж останніх десятиліть в онлайн-просторі, а нерідко і поза ним, була сформована архітектура тотального спостереження.<sup>39</sup> Отже, четвертий регулятор (архітектура) також здебільшого налаштований на усунення приватності, хоча Лессіг переконаний, що теоретично його можна

<sup>37</sup> Lawrence Lessig, *Code: Version 2.0* (New York: Basic Books, 2006), 123.

<sup>38</sup> Так, наприклад, бізнес компаній, які за гроші пропонують людям певну інформацію, отриману з їхньої ДНК (direct-to-consumer genetic testing companies), має двоїсту природу. Далеко не усім відомо, що головна їхня мета – зовсім не продаж якомога більшої кількості тестів фізичним особам, а накопичення величезних баз генетичних даних. Тоді можна продавати доступ до цих баз великим компаніям, які здійснюють медичні та фармацевтичні дослідження, та отримувати набагато більші прибутки і можливості для зростання (Miriam C. Buiten, “Your DNA Is One Click Away:” *The GDPR and Direct-to-Consumer Genetic Testing*,” in *Consumer Law and Economics*, eds. Klaus Mathis and Avishalom Tor (Springer, 2021), 209).

<sup>39</sup> Lessig, *Code: Version 2.0*, 4.

було б спроектувати принципово по-іншому. Теорія чотирьох регуляторів дозволяє пояснити, чому проблему з приватністю не можна вирішити просто задіявши більше технологій чи ресурсів (тобто характерними для нормальності засобами), та ілюструє фундаментальну суперечність між приватністю і чинними на сьогодні трендами розвитку цивілізації.

### III. Традиційні заходи реагування та перспективи

Постнормальність не настає одномоментно. Сардар характеризує цей процес терміном “сповзання в постнормальність” (postnormal creep). Під час цього багато хто не помічає чи не хоче помічати незворотні зміни. Зокрема, якщо говорити про приватність, то переважна більшість людей не надають великого значення її поступовому зникненню. Тобто у масах домінує ставлення “don’t care,”<sup>40</sup> і це створює ілюзію у багатьох захисників приватності, що за допомогою просвітницьких заходів серед населення можна що-небудь кардинально змінити. Натомість впливові економічні та політичні гравці схильні ігнорувати нові реалії<sup>41</sup> і надіються, що стратегія “business as usual” буде і надалі ефективною. Крім того, вони намагаються вживати заходів для того, щоб все працювало, як і раніше, тобто фактично займаються конструюванням штучної нормальності. Усе це призводить до “лагу постнормальності” (розрив між реальністю і тим, як її сприймають люди), який за Сардаром може зникнути лише внаслідок “постнормального прориву,” коли система стає тотально постнормальною, і від цього неможливо сховатися.<sup>42</sup>

Детально простежимо, як усі ці процеси відбуваються (чи можуть відбуватися) у сфері приватності. Насамперед, потрібно ще раз наголосити, що звичні для нормальності підходи у такій ситуації не лише не сприяють нормалізації, а заганняють систему ще далі в стан постнормальності. Основними такими підходами у нашому випадку можна вважати: 1) повернення назад, 2) ускладнення заходів реагування, 3) збільшення контролю.

Звичною інтуїтивною реакцією на шок від постнормальності є бажання відкотити ситуацію назад до часу, коли все злагоджено працювало, чи принаймні зупинити прискорення і заглиблення в хаос. Ілюстрацією такого підходу є закріплення у законодавстві згаданого раніше принципу мінімізації даних, який, як тепер уже зрозуміло, перетворився на надбання історії. Ще одним промовистим прикладом є деякі положення Резолюції Європейського парламенту про норми цивільного права щодо робототехніки

<sup>40</sup> Szekely, “Building Our Future Glass Homes,” 545–46.

<sup>41</sup> У зв’язку з цим пов’язана з приватністю реальність наповнена так званими “чорними слонами” – явищами, які настільки значні, що їх мало б бути так само легко помітити, як і слона в кімнаті. Проте багато кому все ж вдається їх не помічати. Поняття “чорні слони” поряд із поняттями “чорні лебеді” та “чорні медузи” вживають для характеристики різних стадій настання постнормальності. (John A. Sweeney, “Infectious Connectivity: Illustrating the Three Tomorrows,” in *The Postnormal Reader*, ed. Ziauddin Sardar (International Institute of Islamic Thought, 2020), 18–19).

<sup>42</sup> Sardar and Sweeney, “The Three Tomorrows of Postnormal Times,” 5.

2017 р. З-поміж іншого у документі відзначено, що необхідно у всіх випадках забезпечити можливість “звести обчислення системи штучного інтелекту до форми, зрозумілої для людей,” і оснастити складних роботів “‘чорною скринькою,’ яка записує дані про кожну здійснену машиною транзакцію, включаючи логіку, яка зумовила її рішення.”<sup>43</sup> Такі позиції суттєво розходяться із прогнозами про розвиток робототехніки, які озвучують лідери цієї галузі.

Другий традиційний підхід, який залишається домінуючим у розвинутих країнах Заходу, – ускладнення заходів реагування. Він означає прийняття численних нових норм, які регулюють вузькі випадки опрацювання персональних даних, започаткування нових процедур, створення додаткових органів. Проте така стратегія все далі відводить систему від суб’єкта даних. Нюанси складного законодавства доступні лише вузькому колу експертів, а комплексні ризики адекватно оцінити не може практично ніхто. Людина залишається осторонь процесів,<sup>44</sup> а доля її приватності залежить від хитких компромісів між владою і бізнесом. Ще важливіше, що забезпечити виконання складних норм стає все важче, і для цього потрібно все більше ресурсів, включаючи посилення контролю (третій підхід).

Про необхідність жорсткішого контролю над персональними даними говорить все більше посадовців та експертів. Авторитарна влада правомірними і неправомірними способами намагається зібрати максимальну кількість персональних даних і не дозволити, щоб вони потрапили в руки інших. У демократичних державах йдеться про пропозиції запровадити незалежне оцінювання впливу певної діяльності у сфері опрацювання персональних даних на права людини, тобто про потребу встановлення зовнішнього контролю. Приватні компанії мріють мати в своєму розпорядженні масиви персональних даних, до яких не має доступу ніхто інший. Наприклад, Ерік Шмідт та Джаред Коен, які певний час працювали на топ-посадах у Google, вважають привабливим варіант, коли технологічні гіганти будуть ділитися даними один з одним та зобов’язуються не передавати їх нікому іншому.<sup>45</sup>

Проблема у тому, що намагання поставити під контроль систему, що вже “вагітна потенціалом стати постнормальною” за Сардаром повинні спричинити лише зворотний ефект.<sup>46</sup> Те ж саме потрібно очікувати і від ускладнення регулювання – суперечності лише загострюватимуться, а хаос наростатиме. Традиційні заходи в умовах постнормальності схожі на намагання помістити масу різномірних елементів в один мішок, який уже тріщить по швах і в якому повно дірок. Цей мішок – це в тому числі і єдині теорії,

<sup>43</sup> EU, Civil Law Rules on Robotics, European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)) (OJC 252, 18.7.2018, pp. 239–57), 244.

<sup>44</sup> Це припущення фактично підтверджують автори Посібника РЄ та ЄС у сфері захисту персональних даних, вказуючи на необхідність “переосмислення ідей особистого контролю персональних даних” (*Handbook on European Data Protection Law*, 388).

<sup>45</sup> Шмідт та Коен, *Новий цифровий світ*, 74.

<sup>46</sup> Sardar and Sweeney, “The Three Tomorrows of Postnormal Times,” 5.

концепції, моделі та підходи. Для того, щоб охопити реальність, чи певну її частину, в межах єдиної моделі, неможливо не вдаватися до спрощень. Якщо ж ця реальність надскладна, як це є у теперішній час, то спрощення такі значні, що модель стає неадекватною реальності.<sup>47</sup>

Розглянемо деякі з таких спрощень, що зроблені в межах сучасної системи захисту приватності. Насамперед, це сам поділ даних на персональні та усі інші. Через нього виникає ілюзія нібито між першими і другими можна провести більш-менш чітку межу. Насправді за сучасних технологій така межа все більше розмивається аж до стану її повного зникнення. Свідченням цього є те, що інтернет-компанії кожної секунди опрацьовують величезні масиви даних, не вважаючи їх персональними, хоча реальний і потенційний вплив цих процесів на приватність дуже значний. Пол Квінн у спеціалізованому дослідженні відзначає, що в епоху великих даних також стає все важче розрізнити й чутливі та усі інші персональні дані, і це утруднює забезпечення передбаченого законодавством особливого захисту чутливих даних.<sup>48</sup>

Ще одним спрощенням є загальноприйняте розмежування публічних і приватних просторів, хоча при цьому незрозуміло, куди віднести різноманітні сайти в інтернеті, хмарні середовища, смартфон, або й навіть власну квартиру, якщо вона перетворилася в офіс для віддаленої роботи під зовнішнім наглядом. Щодо публічних просторів, то законодавство встановлює, що здійснювати відеозйомку особи можна лише за її згодою, але така згода припускається, якщо зйомка проводиться відкрито в публічних місцях.<sup>49</sup> Однак, коли камер стає занадто багато, вони знімають з великою роздільною здатністю, і більше того – хтось має до них чи до їхніх записів повний доступ, то кожна людина перетворюється на об'єкт для загального нагляду, і неважливо, що рішення щодо спостереження за нею не було прийняте наперед.

Вивчення впливу використання генетичних даних людини на її права розкриває низку слабких місць інституту захисту персональних даних. Зокрема руйнується переконання, що персональні дані можуть стосуватися лише одного суб'єкта даних. Коли людина дає згоду на розкриття своїх генетичних даних, цим самим вона, ймовірно, розкриває дані необмеженого кола осіб, які з нею генетично споріднені.<sup>50</sup> Сучасне передове законодавство покладається на анонімізацію і псевдонімізацію як ключові стратегії захисту персональних даних. Проте ефективна анонімізація генетичних даних, так щоб від них залишилася хоч якась користь, практично неможлива.<sup>51</sup> Ще одна новація в галузі персональних даних – право бути забутим – передбачає розмежування між приватними і публічними особами та на основі цього балансування інтересів для фор-

<sup>47</sup> Sardar, "Welcome to Postnormal Times," 437.

<sup>48</sup> Paul Quinn and Gianclaudio Malgieri, "The Difficulty of Defining Sensitive Data – The Concept of Sensitive Data in the EU Data Protection Framework," *German Law Journal* 22 (2021): 1583–612.

<sup>49</sup> Цивільний кодекс України, ст. 307.

<sup>50</sup> EU, Working Document on Genetic Data, Article 29 Data Protection Working Party (12178/03/EN WP 91, March 17, 2004): 4, 8–9.

<sup>51</sup> Quinn and Quinn, "Big Genetic Data," 1002.

мулювання рішення. Однак Президент України Володимир Зеленський, який наприкінці 2018 року залишався у статусі приватної особи, за кілька місяців зміг стати на чолі протилежного табору. І такі приклади зараз непоодинокі. Загалом, право бути забутим ілюструє, що темпоральний чинник має величезне значення для приватності та конкуруючих із нею інтересів, і тепер, коли час стискається і за лічені тижні можуть відбутися лавиноподібні зміни, важко залишатися впевненим щодо будь-яких впливів і ризиків.

### Висновки (рішення у душі постнормальності)

Що ж залишається робити, коли ефективність звичних підходів стрімко падає? Перш за все, потрібно визнати масштаби, неконтрольованість і незворотність змін, що відбулися, а також те, що вони ще далекі від завершення. Позитивно, що усвідомлення цього поступово з'являється не лише у роботах противників мейнстріму, але й в офіційних документах. Зокрема, у Декларації Комітету міністрів Ради Європи про маніпулятивні здатності алгоритмічних процесів 2019 р. відзначено "потребу додаткових захисних рамок, що стосуються даних, які виходять за межі сучасних понять захисту персональних даних і приватності та стосуються важливих впливів на суспільство цілеспрямованого використання даних, а також здійснення прав людини у широкому контексті."<sup>52</sup>

Сьогодні більшість дослідників приватності переконані, що потрібно вже зараз вживати заходи для удосконалення правового регулювання у цій сфері, інакше зовсім скоро буде вже запізно.<sup>53</sup> Але теорія постнормальності дає нам зрозуміти, що якщо такі заходи будуть здійснюватися винятково в межах старої парадигми, то шансів щось виправити може стати ще менше. Отже, необхідно створювати і просувати інноваційні підходи, які включають реформи у сфері регулювання приватності та поза нею. Щодо перших – варто використовувати інструментарій стратегічного форсайту із залученням стейкхолдерів, проведенням симуляцій і використанням для цього комп'ютерних технологій.

Однак усе це буде марним, якщо контекст залишиться тим самим. Тому важливо зосередити увагу на вивченні ролі інших вагомих у цій сфері регуляторів – ринку, архітектури і соціальних норм – та навчитися їх використовувати й налаштувати в інтересах прав людини. На ринку, як мінімум, потрібно позбутися монополізації та високотехнологічних маніпуляцій, які унеможливають автономію учасників і баланс між інтересами продавців та покупців. Оздоровлення ринку (або винайдення його наступника) разом із розумними стратегіями влади створять сприятливі умови для виникнення альтернативних технологічних середовищ та руйнації архітектури тотального спостереження і контролю. Не менш важливо виявляти і викривати маніпуляції громадською думкою, які призводять до утвердження нових соціальних норм, вигідних

<sup>52</sup> Council of Europe, Declaration by the Committee of Ministers on the manipulative capabilities of algorithmic processes (Decl(13/02/2019)1).

<sup>53</sup> Szekely, "Building Our Future Glass Homes," 550.

насамперед технологічним-гігантам і технократичній владі, що все більше віддаляється від ідеалів ліберальної демократії. У будь-якому разі теорія постнормальності вказує, що вихід потрібно шукати у децентралізації та посиленні автономності на різних рівнях, а не у створенні та зміцненні монструозних централізованих і всеохопних структур. А сфера приватності і персональних даних є хорошим індикатором того, у якому із зазначених двох напрямків рухається цивілізація.

© П. Сухорольський, 2022

## Bibliography

- Buiten, Miriam C. “Your DNA Is One Click Away:’ The GDPR and Direct-to-Consumer Genetic Testing.” In *Consumer Law and Economics*, edited by Klaus Mathis and Avishalom Tor, 205–23. Springer, 2021.
- Butterworth, Michael. “The ICO and Artificial Intelligence: The Role of Fairness in the GDPR Framework.” *Computer Law & Security Review* 34.2 (2018): 257–68.
- Dawes, James. “Speculative Human Rights: Artificial Intelligence and the Future of the Human.” *Human Rights Quarterly* 42.3 (2020): 573–93.
- Finocchiaro, Giusella. “Anonymity and the Law in Italy.” In *Lessons from the Identity Trail: Anonymity, Privacy and Identity in a Networked Society*, 523–37. Oxford University Press, 2009.
- Funtovicz, Silvio O., and Jerome R. Ravetz. “Science for the Post-Normal Age.” *Futures* 25, issue 7 (1993): 739–824.
- Handbook on European Data Protection Law*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018.
- Holland, Mary. “How to Take a Digital Detox during the Covid-19 Pandemic.” *BBC Worklife*, last modified May 18, 2020. <https://www.bbc.com/worklife/article/20200513-how-to-take-a-digital-detox-during-the-covid-19-pandemic>
- Lessig, Lawrence. *Code: Version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.
- Markou, Christiana. “The ‘Right to Be Forgotten:’ Ten Reasons Why It Should Be Forgotten.” In *Reforming European Data Protection Law*, 203–26. Springer, 2015.
- Minkinen, Matti. “Futures of Privacy Protection: A Framework for Creating Scenarios of Institutional Change.” *Futures* 73 (2015): 48–60.
- Pormeister, Kärt. “Genetic Data and the Research Exemption: Is the GDPR Going Too Far?” *International Data Privacy Law* 7.2 (2017): 137–46.
- Quinn, Paul, and Gianclaudio Malgieri. “The Difficulty of Defining Sensitive Data – The Concept of Sensitive Data in the EU Data Protection Framework.” *German Law Journal* 22 (2021): 1583–612.
- Quinn, Paul, and Liam Quinn. “Big Genetic Data and Its Big Data Protection Challenges.” *Computer Law & Security Review* 34, no. 5 (2018): 1000–18.
- Rhoen, Michiel, and Qing Yi Feng. “Why the ‘Computer Says No:’ Illustrating Big Data’s Discrimination Risk through Complex Systems Science.” *International Data Privacy Law* 8, issue 2 (2018): 140–59.
- Risse, Mathias. “Human Rights and Artificial Intelligence: An Urgently Needed Agenda.” *Human Rights Quarterly* 41.1 (2019): 1–16.

- Sardar, Ziauddin, and John A. Sweeney. "The Three Tomorrows of Postnormal Times." *Futures* 75 (2016): 1–13.
- Sardar, Ziauddin. "Postnormal Times Revisited." *Futures* 67 (2015): 26–39.
- Sardar, Ziauddin. "Welcome to Postnormal Times." *Futures* 42 (2010): 435–44.
- Schmidt, Eric, and Jared Cohen. *The New Digital Age*. [In Ukrainian.] Lviv: Litopys, 2015.
- Sukhorolskyi, Petro, and Valeriia Hutsaliuk. "Processing of Genetic Data under GDPR: Unresolved Conflict of Interests." *Masaryk University Journal of Law and Technology* 14, no. 2 (2020): 151–76.
- Sukhorolskyi, Petro. *Foundations of Futures Studies*. [In Ukrainian.] Lviv: Apriori, 2021.
- Sukhorolskyi, Petro. "Right to the Protection of Personal Data as a New Fundamental Human Right in Information Society." In *Wyzwania społeczeństwa informacyjnego. Polskie i ukraińskie doświadczenia*, 15–25. [In Ukrainian.] Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, 2018.
- Sweeney, John A. "Infectious Connectivity: Illustrating the Three Tomorrows." In *The Postnormal Reader*, edited by Ziauddin Sardar, 17–21. International Institute of Islamic Thought, 2020.
- Szekely, Ivan. "Building Our Future Glass Homes – An Essay about Influencing the Future through Regulation." *Computer Law & Security Review* 29 (2013): 540–53.
- Taylor, Mark. *Genetic Data and the Law: A Critical Perspective on Privacy Protection*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

### **Петро Сухорольський. Майбутнє приватності крізь призму теорії постнормальності**

**Анотація.** Теорія постнормального часу авторства Зіяуддіна Сардара є спробою пояснити процеси, що відбуваються у суспільстві, в умовах, коли традиційні моделі, теорії та парадигми виявляються безсилими перед новими викликами, які насуваються на світ одночасно великою лавиною. Постнормальні часи – це проміжний період, який настає тоді, коли старі уявлення, теорії та практики помирають, а нові ще не сформувалися, і здається, що увесь світ занурюється у непевність, хаос та суперечності. Приватність є однією зі сфер, ситуація у яких вже зараз є постнормальною. Тому у статті зроблена спроба окреслити сучасний стан і перспективи розвитку процесів, що стосуються приватності та захисту персональних даних, на основі методології, розробленої у межах теорії постнормального часу.

Трьома головними ознаками постнормальності є складність, хаос та суперечності. Усі вони значною мірою характерні для сфери приватності. Зокрема, вплив головних сучасних стратегій правового захисту персональних даних (до яких відносять покладання на згоду суб'єкта даних як одну з основних підстав для опрацювання даних, а також використання анонімізації та псевдонімізації, чи запровадження механізму зовнішньої оцінки ризиків) зовсім не є однозначним. Окрім того, стверджується, що у сучасному світі існує базова суперечність між приватністю і глибинними тенденціями розвитку бізнесу та публічного управління, причини якої допомагає зрозуміти теорія чотирьох регуляторів суспільних відносин Лоуренса Лессіґа.

За таких умов традиційні підходи реагування на виклики – намагання повернути назад, ускладнення заходів реагування, збільшення контролю – не лише не сприяють нормалізації, а заганяють систему ще далі у стан постнормальності. Це супроводжується загостренням існуючих та виявленням все нових і нових критичних суперечностей і збільшує ймовірність колапсу діючої системи захисту приватності у близькій перспективі. Тому необхідно розробляти і просувати інноваційні підходи, які включають як реформи у сфері регулювання приватності, так і зусилля щодо зміни зовнішнього середовища.

**Ключові слова:** захист персональних даних; права людини; інформаційне право; генетичні дані; постнормальні часи; футурологія; регулювання кодом; штучно сконструйована нормальність.

**Петр Сухорольский. Будущее приватности сквозь призму теории постнормальности**

**Аннотация.** Теория постнормального времени авторства Зияуддина Сардара является попыткой объяснить происходящие в обществе процессы в условиях, когда традиционные модели, теории и парадигмы оказываются бессильными перед новыми вызовами, которые надвигаются на мир одновременно большой лавиной. Постнормальные времена – это промежуточный период, наступающий тогда, когда старые представления, теории и практики умирают, а новые еще не сформировались, и кажется, что весь мир погружается в неуверенность, хаос и противоречия. Приватность является одной из сфер, ситуация в которых уже сейчас является постнормальной. Поэтому в статье предпринята попытка очертить современное состояние и перспективы развития процессов, касающихся приватности и защиты персональных данных, на основе методологии, разработанной в рамках теории постнормального времени.

Тремя главными признаками постнормальности являются сложность, хаос и противоречия. Все они во многом характерны для сферы приватности. В частности, влияние главных современных стратегий правовой защиты персональных данных (к которым относятся закрепление согласия субъекта данных как одного из основных оснований обработки данных, а также использование анонимизации и псевдонимизации, или создание механизма внешней оценки рисков) вовсе не однозначно. Кроме того, утверждается, что в современном мире существует базовое противоречие между приватностью и глубинными тенденциями развития бизнеса и публичного управления, причины которого раскрывает теория четырех регуляторов общественных отношений Лоуренса Лессига.

В таких условиях традиционные способы реагирования на вызовы – попытки повернуть назад, усложнение мер реагирования, увеличение контроля – не только не способствуют нормализации, а загоняют систему еще дальше в состояние постнормальности. Это сопровождается обострением существующих и обнаружением все новых и новых критических противоречий и увеличивает вероятность коллапса действующей системы защиты приватности в ближайшей перспективе. Поэтому необходимо разрабатывать и продвигать инновационные подходы, включающие как реформы в сфере регулирования приватности, так и усилия по изменению внешней среды.

**Ключевые слова:** защита персональных данных; права человека; информационное право; генетические данные; постнормальные времена; футурологія; регулювання кодом; искусственно сконструированная нормальность.

**Petro Sukhorolskyi. The Future of Privacy Through the Lens of Postnormal Times Theory**

**Abstract.** The theory of postnormal times by Ziauddin Sardar is an attempt to explain the social processes occurring when traditional models, theories, and paradigms seem powerless in the face of looming challenges. Postnormal times are an intermediate period when old ideas, theories, and practices are dying and new ones have not yet been formed, and the whole world seems to be plunged into uncertainty and chaos. Privacy is one of the areas where the situation is considered to be already postnormal. Therefore, the article attempts to outline the current state and prospects related to privacy and personal data protection, based on the methodology developed within the theory of postnormal times.

Complexity, chaos, and contradictions are the main forces propelling postnormal times. All of them are very perceptible in the sphere of privacy. In particular, the outcomes of the major current



strategies for the legal protection of personal data are ambiguous and controversial. It relates to the consent of the data subject as one of the main legal grounds for personal data processing, as well as the use of data anonymization and pseudonymization techniques, or the introduction of mechanisms of external risk assessment. In addition, it is argued that in the present world there is a fundamental contradiction between privacy and underlying trends in business and governance, the causes of which are revealed by applying Lawrence Lessig's theory of four regulators.

Under such conditions, traditional ways of responding to challenges – turning back, increasing control and complexity of measures – not only contribute to normalization, but drive the system even further into a state of postnormalcy. It is accompanied by the exacerbation of identified critical contradictions and revealing of the new ones that increases the likelihood of collapse of the existing system of privacy protection in the near future. Therefore, it is necessary to develop and promote innovative approaches which include both reforms in the field of privacy regulation and efforts to change the external environment.

**Keywords:** personal data protection; human rights; information law; genetic data; postnormal times; futures studies; regulation by code; manufactured normalcy.

Одержано/Received 10.04.2022

## UNIQUE HUMAN IDENTIFICATION UNDER THE GDPR ARTICLE 9 (1) (2)

### I. The Regulation of Biometric Data Processing

Personal data is any information relating to a data subject – identified or identifiable natural person.<sup>1</sup> Digital identity is a specific factor that makes a person identifiable in digital environment. Such a result of mechanical recognition is precisely used in biometric systems. EU legally formed one of the world's largest biometric databases when in April 2019 the European Parliament approved the Common Identity Repository.<sup>2</sup> According to international standards, biometric data processing is interpreted as a database with matching template to tendered data willing to determine uniqueness and, if appropriate, identify the person concerned. Human samples are compared with the database of control templates, and programs have decided which has the most significant degree of similarity to achieve unique human identification. Depending on the result obtained, a final decision is made about whether a particular person is identifiable.<sup>3</sup>

During the development of regulation for the processing of biometric data, in the EU established the Working Group on the Protection of Individuals concerning the Processing of Personal Data (A29/A29WP) with the status of an advisory body that is acted as an independent structure.<sup>4</sup> A29 issued a Working document on biometrics<sup>5</sup> that played an

\* Daria Bulgakova, Doctor of Laws, PhD in International Law; Visiting Scholar at the Department of Law, Uppsala University (Sweden). The author is thankful for the scientific environment and financial support given at Uppsala University

Булгакова Дар'я Анатоліївна, доктор права, доктор філософії з міжнародного права; запрошений науковець Департаменту права, Уппсальський Університет (Швеція). Автор висловлює подяку за наукове середовище та фінансову підтримку при Уппсальському Університеті.

e-mail: dariabulgakova@yahoo.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8640-3622>

<sup>1</sup> Convention 108+, Article 2 (a).

<sup>2</sup> European Commission, Feasibility Study of a Common Identity Repository (CIR), Management Summary, Brussels, (December 2017).

<sup>3</sup> Asaf Lubin, "The Liberty to Spy," *Harvard International Law Journal* 61, no. 1 (2020): 185–243.

<sup>4</sup> The A29WP was established according to Article 29 of Directive 95/46/EC, and inter-alia, on its own initiative, makes recommendations on all matters relating to data protection. A29 acts independently and composes to be a representative of the national Data Protection Authorities (DPAs) in Member-States, a representative of the European Data Protection Supervisor, and a representative of the Commission's visions on a targeted matter. On 25 May 2018, the A29WP ceased and was replaced by the European Data Protection Board. All documents issued by the former body are still applied, and they remain available at [http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/index_en.htm) (last visited 1 July, 2022).

<sup>5</sup> A29, Working Document on Biometrics, On the Protection of Individuals with Regard to The Processing of Personal Data, 1 August 2003.

integral role in the legislative persuasion of unique human identification about who is identifiable and what data is placed for that purpose. In the view of the study, that document helps to provide a relevant regulation for biometric data processing and contributes to the application of data protection regulation overly for the best human advocacy. It is settled a standard for understanding of how the unique identification process guards biometric data processing. It is explained that biometric data, by its very nature, provides information about a human being to unique characteristics accordingly and, therefore, can always be considered as information directly relating to a natural person. Moreover, a study states that biometric identification is the automatic process when the person is identifiable by own biological attributes. Since biometric characteristics could be used for identification, authentication, or verification purposes, the data subject may be distinguished as a particular person from others by its unique identification essence.

In modern EU law, the institution of biometric data – a subset of personal information – is a particular category of personal data that requires the implication of a specific legal consciousness under the core of the General Data Protection Regulation (GDPR),<sup>6</sup> which is in Article 9 (1) (2) cognizes the processing of biometric data for the purpose of unique identification and equates it to a specific personal data subtype. Under that, a study is aiming for the legal protection of a person because a unique identifier is vital for a human's official digital existence. Among other things, it was completed Directive 95/46/EC. Directive is the first particular EU legal act dedicated to the processing protection of personal biometric data under the right to personal data protection (RPDP), and laid down rules to fulfill the protection of biometrics for the prevention, detection offenses and related unlawful activities. Nevertheless, this document is not binding for the implementation by Member-States and did not have an international effect, as is the case of GDPR; its goals did a foundation for the free circulation of personal data between the EU Member-States within the framework of the functioning of the internal market and the effective guarantee of the RPDP.

The GDPR Article 9 (1) (2) is a binding stipulation that is characterized by the consolidation as a fundamental and inalienable right of individuals at the level of primary law in the founding of EU Treaties, Lisbon Treaty, and the Charter of Fundamental Rights of the EU (CFREU). A mentioned article is challenged from the time as the affair about not excessive data processing within the automated action is weighed up. This matter is starting to be vital for the Council of Europe, which has issued Convention 108;<sup>7</sup> this document was

---

<sup>6</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free movement of Such Data, and Repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJEU L 119/1 (2016).

<sup>7</sup> Council of Europe, Amendments to the Convention for the Protection of Individuals regarding Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108) adopted by the Committee of Ministers in Strasbourg (15 June 1999); Council of Europe, Additional Protocol to the Convention for the protection of individuals regarding the automatic processing of personal data, regarding supervisory authorities, CETS No. 181, 2001. The research is turning attention, this Protocol is no longer applied as its provisions have been updated and integrated into Convention 108+.

amended in 2018 to the Modernized Convention/Convention 108+<sup>8</sup> and up to this day is the only international legally binding document on data protection law. The same as in GDPR Article 9, data with biometric nature recognized explicitly under the special categories under the Convention 108+ Article 6 when biometric framed to be for unique human identification. Aware fact, human data is processed with the dedication of biometric techniques, and Convention 108+ is the only international act applicable to cover this operation. Within the framework of Convention 108+, there is much notable 18 January 2021 – the date of adoption of Guidelines on Facial Recognition.<sup>9</sup> The supervision for compliance is held by the activity of the European Data Protection Supervisor. Also, an essential novel in the studied area of law is the formation an independent supervisory body, the European Commissioner for Data Protection, and the creation of the European Agency for Network and Information Security. In 2019 under the Regulation (EU) 2019/881<sup>10</sup> this institution was updated by the creation of ENISA. Nevertheless, this body does not entirely specialize in biometrics as the A29 does, and symbolized significant changes in the legislation in the face of biometric environment caused by new technologies.<sup>11</sup> An academic Paul Lambert<sup>12</sup> ponders the necessity to ensure the protection of every natural person on the territory of the participating countries, regardless of citizenship or place of residence, in particular the right to personal secrecy and data protection due to the risky biometric-tech occupation.

Human characteristics factors and the ultimate recognition result are precisely and overcome used in biometric systems. Biometric outcome includes fragmented human characteristics that are more mangled than the former biological characteristics or their representation. That issue has found its result in the one of the democratic groundworks – civil initiative<sup>13</sup> that, among other things, has been realized for the first time from all the

<sup>8</sup> Amending Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data, adopted by the Committee of Ministers at its 128th Session in Elsinore on 18 May 2018 and Adopting Modernised Convention (Convention 108+) for The Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data (128<sup>th</sup> Session of the Committee of Ministers, Denmark, 17–18 May 2018).

<sup>9</sup> Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Directorate General of Human Rights and Rule of Law, Guidelines on Facial Recognition (28 January 2021).

<sup>10</sup> Regulation (EU) 2019/881 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on ENISA (The European Union Agency for Cybersecurity) and Information and Communications Technology Cybersecurity Certification and Repealing Regulation (EU) NO 526/2013 (Cybersecurity Act), L 151/15 OJEU (2019).

<sup>11</sup> Jörg Ukrow, “Practitioner’s Corner ·Data Protection without Frontiers? On the Relationship between EU GDPR and Amended CoE Convention 108,” *European Data Protection Law Review (Internet)* 4, no. 2 (2018): 239–47.

<sup>12</sup> Paul Lambert, *Understanding the New European Data Protection Rules* (Auerbach Publications, CRC Press, 2018).

<sup>13</sup> TFEU, Article 24; Regulation (EU) No. 211/2011 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2011 on the Civil Initiative; See more at [https://europa.eu/citizens-initiative/faq\\_en](https://europa.eu/citizens-initiative/faq_en) (last visited 1 July, 2022).

time of personal data protection regulation. In 2020 EU citizens initiated legal action for a ban on use biometric technology and further unique human identification. Initiative asks the Commission to “act against the inherently disproportionate and unlawful practice of using biometric technologies.”<sup>14</sup> On 7 January 2021, the Commission implemented Decision<sup>15</sup> to register mentioned initiative. Currently, it was given time to prepare some proposals from citizens of the EU about new legal acts in the sphere of biometric vision.<sup>16</sup>

Thus, the legal regulation in a rapidly evolving digital environment and needs constant improvement to ensure the consistency of existing rules and the effective exercise of the RPDP. And here, the research draws attention to the development of the digital right of individuals to the process of biometric data that reveals human nature. Hence, for the first time, the GDPR grants to an individual adequate legal data protection in the field of biometric when, among other things, any person who has suffered material or non-material damage has the right to receive compensation from the controller or processor for the damage caused. The significant innovation is that the regulation contains an extensively updated terminology based on the technology practice, achieving the regulation technology neutral. Furthermore, the legal core is about the determined framework, whereas the processing is possible when strictly necessary and when the processing of such data is allowed only if it is permitted by the legal acts of the Union or the legislation of the Member States, and solely for the vital interests’ protection of natural persons.

## II. A Subject and Object for the Protection

### 1. A Subject of Unique Identification

The critical element in legal relations concerning biometric data processing is its subject. The ability of an individual to be a subject of biometric data arises from birth.<sup>17</sup> The mother’s data on the woman’s pregnant exchange card identifies the newborn. Therefore, individuals are subjected to the informational capacity for unique human identification from birth.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Civil Society Initiative for a Ban on Biometric Mass Surveillance Practices, para 2. – Draft legal act, the principle of proportionality became a legal ground to justify the practice of biometric technology in EU, where it is stated: “Based on the competence attributed to the EU by Article 16(2) and/or Article 114 TFEU, we call on the Commission to adopt a legislative proposal under secondary EU law for binding rules which – building on and with full respect for the general safeguards in the GDPR and LED – would explicitly prohibit the use of biometric data for identification, recognition (including of emotions), profiling, prediction and any related purpose, in public or publicly-accessible spaces (including online spaces) because this leads to inherently unnecessary and disproportionate mass surveillance.”

<sup>15</sup> Decision (EU) 2021/27 of 7 January 2021 on the request for registration of the European citizens’ initiative entitled “Civil society initiative for a ban on biometric mass surveillance practices” (notified under document C (2021) 32), OJEU, L13/1B, 15 January 2021.

<sup>16</sup> Ibid, 5, 8.

<sup>17</sup> See Albin Dearing, “Human Dignity: The Right to Be a Person,” in *Justice for Victims of Crime: Human Dignity as the Foundation of Criminal Justice in Europe* (Cham: Springer, 2017), 139–292.

<sup>18</sup> The Committee of Ministers to the Member States, Recommendations 6 on the Research on Biological Materials of Human Origin (11 May, 2016).

The subject of biometric data is a natural person whose unique characteristics are processed; an individual, a person that is a participant in legal relations concerning automotive processing. This concept covers EU citizens, the citizens of third countries, and stateless persons in the EU legally. Human's data is processed by automatic tech with respect to any action or set of actions, such as collection, registration, accumulation, storage, adaptation, change, renewal, use, distribution, implementation, transfer, depersonalization, destruction of biometric data, including the use of information by automated systems.<sup>19</sup> From research discovery, recognition leads to consider a person as a re-presenter of a human being with unique characteristics.<sup>20</sup> Since biometric data is vital information, and its processing belongs to the main types of information activities, biometrics' relationship includes a person subjected to act as an informative element because biometric characteristic is a source taken from the human body. Thus, an individual receives the subject data status within its unique identification procedure when a person's status differs in two ways. First, since biometric processing provides unique information, the person is a mandatory participant in such legal links, without whom biometric processing outcome – unique identification – cannot occur. Secondly, a biometric data subject is endowed with personal non-property rights.<sup>21</sup> Therefore, in the view of the study, biometric data processing could endow a person's credentials similar to the subject of civil ties with its personality and legal capacities.

From a modern point of view, the consideration of a biometric data subject is running to be with a new means based on the developed Quantified-Self Status (QSS).<sup>22</sup> It is because the GDPR imposes constraints on collecting and disseminating personally identifiable information.<sup>23</sup> However, this distinction is conflicting, correlating with challenges of the freedom to act in matched identification and to respect human dignity value. It means, each individual is free to decide who a person is and what to do with part of the body.<sup>24</sup> Thus, the protection must ensure the person is free to develop personality to the fullest.

A prohibition to process biometrics is an element of the GDPR that causes QSS conflict. The legal status of a person leads to freedom restrictions.<sup>25</sup> A person is free to act as a socially

---

<sup>19</sup> European Parliament and the Council, Directive (EU) 2016/1148 concerning Measures for a High Common Level of Security of Network and Information Systems across the Union, OJEU, L 194/1 (2016).

<sup>20</sup> Massimo Leone, "From Fingers to Faces: Visual Semiotics and Digital Forensics," *International Journal for the Semiotics of Law = Revue Internationale De Sémiotique Juridique* 34, no. 2 (2021): 579–99.

<sup>21</sup> TFEU, Article 16.

<sup>22</sup> See John Danaher, Sven Niholm, and Brian D. Earp, "The Benefits and Risks of Quantified Relationship Technologies: Response to Open Peer Commentaries on 'the Quantified Relationship,'" *American Journal of Bioethics* 18 (2018): W3 – W6.

<sup>23</sup> Dominik Leibenger, et al., "Privacy Challenges in the Quantified Self Movement – an EU Perspective," *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies* 2016, no. 4 (2016): 315–34.

<sup>24</sup> Edward J. Eberle, "Observations on the Development of Human Dignity and Personality in German Constitutional Law: An Overview," *The Liverpool Law Review* 33, no. 3 (2012): 201–33.

<sup>25</sup> Regulation (EU) 2018/1725, Article 25.

valuable unit with respect to biological nature.<sup>26</sup> Under those argues, a person – a party of legal relationship concerning biometric data processing – is an autonomous one who can decide what to let others know about whether human data would or would not be available for the machine processing.<sup>27</sup> It is the case when specific data of a person is limited to be shared by the automotive means with other persons.<sup>28</sup> Resembling the QSS, a person is involved in two puzzles while interacting with biometric technology a) what do parties say that individuals should do, and b) what do other people do in the same position.<sup>29</sup> Questions must be solved by what is lawful.

The case law<sup>30</sup> has developed proportionality criteria for the “lawful justification,” especially regarding to the restriction of fundamental rights and interference with data protection. Among criteria are 1) interference is following the law, 2) a legitimate aim, 3) the intervention is necessary for a democratic society. In the view of the study, biometric recognition interferes with fundamental right to data protection and may be regarded as proportionate only if the disadvantages caused are not disproportionate to the aims pursued but leave the open debate about values that must prevail in a democratic society and, kind of (digital) society to live in. It is a cloverleaf of social forces for quantification with its personification manner of the unique identification to the physical, physiological, and behavioral characteristics accordingly.<sup>31</sup> For example, to check from a distance whether the actual user of the chipcard is lawful holder, – biometrics that facilitates privacy friendly applications with the decentralized storage of a single biometric detail on a single chipcard placed in the hands of the person from whom the biometric detail originates, – “lawful” solution. The other extreme consists storage of biometric data in a single central file for online “lawful” status check of people’s identities. Central in this context means that all stored biometric details can be directly accessed and compared with each other and can be physically concentrated at the exact location (but this is optional). This central approach makes it possible to perform additional checks only when it would not be possible with separate chipcards alone. For example, the administrator of a central file of biometric images

---

<sup>26</sup> The Committee of Ministers to the Member States, Recommendations 4 on the Research on Biological Materials of Human Origin, Explanatory Memorandum (2006).

<sup>27</sup> See A. Reis Monteiro, “Human Dignity Principle,” in *Ethics of Human Rights* (Springer International Publishing, 2014), 199–236.

<sup>28</sup> Minke D. Reijneveld, “Quantified Self, Freedom, and the GDPR,” *SCRIPT-Ed* 14, no. 2 (2017): 285–325.

<sup>29</sup> *Ibid.*, 301.

<sup>30</sup> For example, Case C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) v Telefónica de España SAU*, ECLI:EU:C:2008:54, para 68.

<sup>31</sup> It acknowledged that human characteristics are needed for biometric recognition, including physical and physiological properties (fingerprint, face, or iris) and behavioral properties (voice, gait, signature). The difference between physiological and physical features could be exceptionally bright. Most specialists in biometric recognition solely refer to pair varieties, either bodily and behavioral, oppositely physiological, and behavioral. Others render the corresponding models for physical and physiological like fingerprints, palm geometry, face, and palm geometry.

can immediately establish whether a person is already included in the file but under a different name. The distinction between central/decentralized has legal importance because central storage involves interference with else fundamental right to privacy.

To properly understand the subject of unique identification, a study proposes to distinguish between a person-related detail derived from the body and a personal detail traced back to a person. An anonymous biometric characteristic detached from biometric template without anything in common with the source, – cannot be regarded as a personal detail because it cannot be traced back to the person from whom the measured value originated, or this can only be done with a disproportionate effort. An example is left (after person's consuming) glassware in a restaurant. It is a hopeless task to trace a fingerprint on one of the glasses to a restaurant diner who has already left. A personal biometric characteristic is, therefore, person-related but is not necessarily a personal detail. The decisive factor regarding the legal position of a biometric detail is whether it can be traced back to the right person. To this extend, it is necessary look at all surrounding technical, procedural, and organizational provisions. Therefore, suppose a biometric detail is anonymous, in that case, its use does not fall within the constraints set by data protection legislation for personal data because there are no legal obstacles to anonymous biometrics use. Moreover, a biometric (personal) detail does not lose its anonymous character for a verification if the authority – e.g. the card issuing authority – knows precisely whom the person concerned is but may only reveal a person-related detail with the biometric application confirmation. Many biometric applications do, however, use biometrics registered in people's names (personalized biometrics), even if the purpose of the application can be achieved just as well with anonymous biometrics. Under the study, biometrics will not realize its full social significance until the legislator recognizes and utilizes the wide-ranging possibilities offered by the anonymous use of biometrics.

## *2. An Object of the Biometric Data Processing*

Moving on to the following problem assessment of biometric data as an object for the protection, a study refers to the argument that biometrics is personal data resulting from the remarkable technical processing of the biological characteristics of a natural person.<sup>32</sup> Present EU law defines biometric into three legal categories.<sup>33</sup> The first category includes information concerning physical characteristics, and physiological features are in the second category. The third category prescribes data related to human behavior, such as any behavioral characteristics of a person that is unique, therefore making it possible to identify a particular

---

<sup>32</sup> See Worku Gedefa Urgessa, "The Feasibility of Applying EU Data Protection Law to Biological Materials: Challenging Data as Exclusively Informational," *Journal of Intellectual Property, Information Technology, and Electronic Commerce Law* 7 (2) (2016): 96–109.

<sup>33</sup> GDPR, Article 4 (14) established the definition of biometric data as follows: "Personal data resulting from specific technical processing relating to the physical, physiological or behavioral characteristics of a natural person, which allow or confirm the unique identification of that natural person, such as facial images or dactyloscopy data."



person. Furthermore, the headway prohibits biometric data processing based on the GDPR Article 9 (1), despite that, the following power of GDPR Article 9 (2) allows it. At the same time, CFREU is a significant legal tool for defending a biometric ban within the execution of the right to personal data protection.<sup>34</sup> An Article 52 of the CFREU ensures the application of the principle of proportionality on the right to personal data protection. Moreover, the GDPR also predicaments that each personal data shall be processed to the principle of proportionality application accordingly.<sup>35</sup>

Therefore, a study proposes to apply one of proportionality criteria to comply with the processing operation. Among them are specified purpose and balance of competing interests. In the view of the study, the mentioned criteria are assured along with the GDPR Articles 5, 6, and 51. Under that stipulation, biometric data is required to be processed (1) lawfully, fairly, and transparently; (2) specifically, explicitly; (3) be limited; (4) secure; (5) accurate and accountable. Thus, the processing requires strict examination of the specific criteria because it legitimizes biometric data processing especially when, for example, the processing is necessary for a substantial public interest, based on Union or Member State law which shall be proportionate to the aim pursued.<sup>36</sup> In turn, DPAs weave its Opinion<sup>37</sup> about required strict review of biometric use according to the principle of proportionality measurement. The processors, party of the legal relationship concerning biometric data processing (together with biometric data subject) would, therefore, in the view of the study, have difficulties demonstrating that the processing of biometric data is necessary for unique identification. It is vital because the necessity criterion is a precondition for the proportionality assessment.<sup>38</sup> A legitimate aim is the next step further to eliminate proportionality.<sup>39</sup> In this regard, the necessity to achieve the purpose dictated by the proportionality application must be understood as a legitimate ground for such processing.

However, the different meanings of unique identification (that is purpose) for biometric processing have an exact and narrow sense. The digital identity connected to biometric recognition does not establish civil or juridical identity. It proves the identity of the self by matching a biometric characteristic previously saved in biometric templates. It only discovers

<sup>34</sup> Maja Brkan, "The Unstoppable Expansion of the EU Fundamental Right to Data Protection: Little Shop of Horrors," *Maastricht Journal of European and Company Law* 23 (5) (2016): 812–41.

<sup>35</sup> GDPR, Recital 4.

<sup>36</sup> GDPR, Article 9 (2, g).

<sup>37</sup> CBPL, Opinion N°17 on biometric data, in particular, the section "Rechtmatigheid en proportionaliteit"/"La légitimité et la proportionnalité," analyses risks for the data subjects (pp. 12–13) having a reference to the essential requirement that shall strictly review the proportionality and justify biometric data systems (p. 14) with examples introduced (pp. 17–19).

<sup>38</sup> Regulation (EU) 2019/881.

<sup>39</sup> CFREU, Article 52 (3) states: "[i]n so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention. This provision shall not prevent Union law from providing more extensive protection."

that neither sample/template matches an identical person's human characteristics.<sup>40</sup> Unique processing is attributable to a single individual by a biometric identifier(s).<sup>41</sup> Therefore, the law should regulate biometric functions depending on the processing techniques. While prohibition on processing is outlined in GDPR Article 9 (1) but it does not distinguish between one-to-one (1:1) biometric comparisons (i.e., verification) and one-to-many (1:n) comparisons (i.e., identification),<sup>42</sup> and other way around refers to two functionalities “which allow or confirm”<sup>43</sup> the unique identification.

Since studied article forbids biometric data processing only “to uniquely identify,” it is leaving uncertain if this prohibition is also applied to the processing by biometrically based technologies that confirm identification regardless of the verification or authentication.<sup>44</sup> The verification is used to increase an authentication method defending who a person is through biometric characteristics to something an individual possesses (likewise, embedded in a token or intelligent card) and to something a person prizes (likewise, biometric ID).<sup>45</sup> The differentiation is an exception to process human characteristics for the identity recognition need. Therefore, that distinguishing needs to be clarified from a legal perspective. Authentication is used to identify uniquely, and the difference is only in the comparison methods by biometric-based technology.<sup>46</sup> Identity verification is regularly asked for the authentication because it is employed as an analog of verification. Thus, the verification is used to authenticate the person by uniquely identifying who the person is in the system. However, in the view of the study, it is insufficient to use biometric systems for such confirmation as the functionality trailed contrary to the identification merely the averages of authentication that should be circumvented. This is also essential for the processing accuracy because it brings us to the essence of biometric systems; likewise, GDPR Recital 51 specifies authentication in defiance of unique identification.

Therefore, the study proposes to make two distinctions. The first is identification, or verification relating to the envisaged knowledge concerning a person's identity with two alternatives: 1) establishing precisely who someone is (identification); 2) establishing whether a person is a right person, for instance, the same person as expected (verification). Establishing a person's true identity involves an investigation into someone's identity. It is deemed sufficient to establish whether a person is the same person as expected, by ascertaining whether several pieces of human characteristics belong to the same person.

---

<sup>40</sup> A29, Opinion 3/2012 (n 8) 5.

<sup>41</sup> ISO/IEC 2382–37 (n 24), Term 37.08.03.

<sup>42</sup> Els Kindt, “A First Attempt at Regulating Biometric Data in the European Union,” *Regulating Biometrics: Global Approaches and Urgent Questions* (2020): 66.

<sup>43</sup> GDPR Article 4 (14).

<sup>44</sup> European Data Protection Supervisor and Agencia Espanola Proteccion Datos, Joint Paper on 14 Misunderstandings with regard to Biometric Identification and Authentication, June 2020.

<sup>45</sup> Els Kindt, “The Processing of Biometric Data, A Comparative Legal Analysis Focuses on the Proportionality Principle and Recommendations for a Legal Framework” (PhD diss., 2012), 496.

<sup>46</sup> Ibid.

This is often erroneously referred to as “identification:” in fact, it yields no more than a verification. Verification is less far-reaching than identification when it remains unsure whether a person is whom he says he is. For example, using the person-related character of a biometric detail, it is possible electronically, without human intervention to establish that the same person has arrived and departed without needing to know the exact unique identity of the visitor. And, the second distinction is inclusion and exclusion, which relates to another basic approach for checking someone’s identity 1) positively establishing whether someone is indeed the right person. This is referred to as the “inclusive” use of a recognition technique, and 2) negatively establishes that someone is not the right person. This is referred to as the “exclusive” use of a recognition technique. In the actual practice of biometrics, this difference has significant implications, especially when comparing two images of a physical characteristic, for instance, two fingerprints. A single point of difference is to exclude someone with one hundred percent certainty. On the other hand, inclusive use only gives one hundred percent certainty, even though that certainty does of course grow.

Accordingly, the purpose is not to authenticate a person’s identity but singularly to verify that.<sup>47</sup> That means the verification is enough to identify a particular human since it must be understood as an acceptable alternative method to recognize a personality without employing uniquely biometric-based techniques.

### III. The Protection of a Natural Person Characteristics

#### *1. Biometric Identification to the Processing of Genetic and Health Data Contrasted*

The regulatory requirements for the processing of physical, physiological, and behavioral characteristics of a natural person are under the guise of a prohibition norm of the GDPR Article 9 (1) and the permissive norm of the GDPR Article 9 (2). A study considers the processing of biometric data as a separate type; however, it is also referred to the processing in line with “personal data relating to racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical convictions < ... >”<sup>48</sup> That lead do disregard of studied data specific and shall fall under own regime.

Sites search on the pilgrimage, religious books, could be treated as revealing a religious opinion because may remain clear reading interests of a papal encyclical. This also falling under a special category as well as the names of patronymics reveal the racial origin, or any photo of a person buying a bible book on a website can reveal religious beliefs. But it is inconceivable to treat names systematically, and photographs that reveal personal origin because differ from the biometric case. Thereof, considering the means and way of processing, the footage of an individual can only be premeditated as biometric one if it has been specifically and technically processed for the inimitable identification purposed person. As well as, the processing of photographs should not systematically be considered as constituting

---

<sup>47</sup> The correlation rule is known as “one to one matching” under A29, Opinion 3/2012 (n 9) 6.

<sup>48</sup> GDPR, Article 9 (1).

the processing of special categories of personal data given the fact of being processed according to a common but not biometric technical method.<sup>49</sup>

Hence, based on the GDPR Article 9 (1) (2) and tenacity of Article 4 (14), three criteria must be reputed to differentiate the processing of biometric data from other special categories of personal data. The first criterion is the nature of data dominated by a natural person of physical, physiological, and behavioral characteristics. The second one includes the prescribed “means and way of processing”<sup>50</sup> in the sense of a result from a specific technical processing. Thirdly, it is the purpose of the processing, which is a unique identification of a natural person. The study thinks, having considered each of the criteria indicated and derived by the research, it is possible to assert a specific protection, thereby providing a high legal guarantee for the person whose characteristics are in the crosshair. Thus, referring to the highlighted criteria, the GDPR defines certain specific for biometric in contrast to genetic data and data concerning health. To study further, it is important to find out differences by looking at the subject of those data. According to the GDPR, the data subject is the natural person identified or identifiable by personal data. After all, to obtain neither biometric, genetic, or health data, – a natural person is involved in a particular data outcome, which is not very clear with regard to purposeful processing outcome. Therefore, depending on the processing stage – a different identification result would be obtained, and, therefore, the legal protection should be relevant under a specific target of particular data processing.

Compared biometric to the genetic data, the last allows identifying several people related to an individual’s hereditary characteristics or those in a relationship with such characters forming the heritage of a group of related individuals.<sup>51</sup> At the same time, the GDPR defines genetic data as “data of a personal nature relating to the hereditary or acquired genetic characteristics of a person which provide information unique to the physiology or state of health of this natural person and which result, in particular, from an analysis of a biological sample of the natural person in question.”<sup>52</sup> In terms of this, a study found that a genetic datum is assimilated to a piece of data relating to the health. Indeed, genetic data is frequently used for health intent. And here, the treatment does not have a medical purpose, but rather an identification aims as an example for the perpetrator of a crime or instance in the context of a paternity action from the father of a child. While some scholars out of law may think this data relates to an infringement, this is not the case in the law. The study removes ambiguity at this level by considering that this data type should be subject to increased protection. The A29WP in this regard states: “one of the fundamental characteristics of genetic data consists of distinctive characteristics marking of an individual with others. In the fact that these data and more precisely characteristics are structurally shared by all

---

<sup>49</sup> GDPR, Recital 51.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Council of Europe, Recommendation No. R. 5 (97) on the Protection of Medical Data (13 February, 1997); Recommendation on the Protection of Personal Health Data (8 June, 2018).

<sup>52</sup> GDPR, Article 4 (13).

members of the same biological group, while other mechanisms where personal data is shared depend on the data subject, custom, social, or legal rules.”<sup>53</sup>

Thus, the question is whether the protection is applied to the singular or plural person concerned. The study presents two possible scenarios. According to the first, family members could be considered as concerned persons having all related data from them “by blood.” Another option would be when family members are under personal data protection but under a different nature of data that were processed. Regardless, the guarantees for legal protection under the studied article should be considered to keep various conflicts that may arise between the different demands from family members and either keep it confidential.<sup>54</sup> The last scenario does not correspond to the given GDPR protection of a natural person. To determine whether a natural person is identifiable, and the purpose is going to be achieved, the account should be taken as means reasonably likely to be used to identify the natural person directly or indirectly, such as through targeting.<sup>55</sup>

Assuming, genetic data is not data alike to biometric. It is because particularly genetic data is about genetic characteristics that provide unique information about physiology status or health status, but not about physical, physiological, or behavioral characteristics. Also, the use of processing target results in the sense that genetic data is limited to medical and forensic identification and tends to diverse fields such as insurance, genealogy, marketing, and the fight against immigration.<sup>56</sup> In the view of the study, genetic data is advanced under the concept of medical data and focused on the character of affiliation to a group of individuals or any data baselined to the exchange of genes concerning an individual or a genetic line, but the processing of biometric data characterizes a specific person who is not similar and incomparable with others in terms of belonging.<sup>57</sup> Consequently, the expression of generative data would belong to whole data of the class, which touch the ancestral characteristics of an individual and is correlated to the before-mentioned components composing the heritage of a group of individuals related. However, it is not used to identify as possible with biometric uniquely. Another difference deduced by the study is the processing performance fulfilled by genetic similarities from procreation shared

---

<sup>53</sup> A29, Genetic Data Discussion Paper, WP 91, p. 8 (17 March, 2004).

<sup>54</sup> Ibid. Italian Data Protection Commission (Garante per la Protezione dei dati personali) granted a lady the possibility to access her father's genetic data even though not granted his consent. It is based in substance on the prevalence of the lady's right over of his father. This request is granted because the father's right to confidentiality could not override the lady's right to health of psychological and physical well-being, Home – Garante privacy en – Garante Privacy (last visited 1 July, 2022).

<sup>55</sup> GDPR, Recital 26.

<sup>56</sup> The French DPA, The National Commission for Information Technology and Civil Liberties, Opinion about Genetic data (2017).

<sup>57</sup> GDPR, Recital 34: “Genetic data should be defined as data of a personal nature relating to the hereditary or acquired genetic characteristics of a natural person, resulting from the analysis of a biological sample of the natural person in question, including analysis of chromosomes, deoxyribonucleic acid (DNA) or ribonucleic acid (RNA), our analysis of another element making it possible to obtain equivalent information.”

by two or more individuals. That contradicts biometric identification having only two legally recognized unique features like a human face and fingerprints, and only through which a specific person is recognized, but not through finding similarities or differences with other people like with genetic forward way for the processing.

The GDPR is also defined as secluded data narrating to the physical, and mental constitution of a natural physique, including health anxiety with unveils information roughly the wellness status of this person.<sup>58</sup> Additionally, this definition is broader than what appeared in Directive 95/46/EC because it is neither long spun overlays data reciting the health, but reveals information about the state of health. However, it would not be possible to assert this at the time of the previous directive, because, for instance, the indication of an injured person indoors the sense of provision 8 (1) of the Directive 95/46 following data that amidst a description of a person's health state; likewise, alcohol or drug use are unquestionably intimate data linking to health and ancestral data, in particular, because set down in a medical record.<sup>59</sup>

Therefore, despite the inclusion in studied article of two categories of health data and genetic data into one, this has nothing to do with biometric data, which does not symbolize a medical record and based on the current GDPR appreciation, biometric does not characterize the status of a person acquired from the birth or acquired under the guise of vital activity. The health data, therefore, concerns more general information about a person rather than biometric; and constitutes an individual body status as a whole, but biometric data is focused on a small part of a specific sample from the human. In other words, to be considered biometric data and rightfully implement norms of GDPR Article 9 (1) (2), the processing of data must allow or confirm the unique identification of the person concerned, which is not the case of common technical records for other types of personal data as it was proven with comparison provided above.<sup>60</sup>

## *2. The Processing of Behavioral Characteristics alike to Biometric*

The types of biometric data under the GDPR have included human characteristics like fingerprints and facial features and now also include an individual's behavioral traits. It is important to note here, due to a large number of automatize processing through various types of technologies, in the legal field as well as in the practice of applying the norms of law, discussions are being held about whether a behavioral characteristic of a person is biometric data and, therefore, whether such processing will fall under GDPR Article 9 (1) (2). The study states that only some behavioral characteristics are biometric data. Behavioral

---

<sup>58</sup> GDPR, Article 4 (15).

<sup>59</sup> A29, Discussion Paper on the Processing of Personal Health-related Data Contained in Electronic Medical Records (EMRs), WP 131, p. 8 (15 February, 2007).

<sup>60</sup> See also Belgian DPA, Hearing of Michel Parisse and Willem De Beuckelaer, President & Vice-president of the Commission for the Protection of Privacy, Camera surveillance, Report, Legislative document No 3-1413 / 1 (2005-2006).

analysis is often in use for commercial purposes such as targeted advertising and unsolicited contact. Some scholars have else opinions, for example, a scholar Krausová<sup>61</sup> claims, data about online behavior fall into the biometric category within the GDPR meaning.<sup>62</sup> Moreover, in the view of the scholar, e-behavior of a person can not only be understood upon biometric profiling but also lead to the biometric data generation while utilizing the internet.<sup>63</sup> Scholar believes, in particular environments, the technique of combining alike to biometric types of data typically happens in multi-modal biometric systems, and it is called information fusion.<sup>64</sup> Especially in the online behavior recognition area, systems might start to utilize various types of data, including activity initiated solely by a device.<sup>65</sup> Such identification based on hybrid data fusion should be considered as biometric data.<sup>66</sup>

However, the study does not agree with the scholar-mentioned consideration mainly because the statements are based on the technical features and do not lead to the natural features of data as it is required for data to be recognized under the GDPR Article 9 (1) (2).<sup>67</sup> Behavioral characteristics in the means of GDPR Article 9 (1) (2) developed throughout life and unique habits subconsciously guide a person; however, behavioral characteristics in the means of the legal regime applicable to profiling are based on the decision – making behavior<sup>68</sup> through the right to automated individual decision-making,<sup>69</sup> i.e., makes a request or a complaint or a demand of some sort. Behavioral activity is different because each person considerably needs to press buttons, and each person creates just applied style as an e-user. In contrast, behavioral biometric is not required and is enough to certify accurate personality. That characteristic may not have disability, injury, or illness. Thus, it is not particularly unique but distinctive to prove a low level of identity and analyze the common type of behavior from a user (consumer) perspective. The same approach could be found with human behavior performance on the internet, whereas companies refer to data analysis.

In this regard, behavioral data is a piece of knowledge about a person's actions coming from human behavior idea that in the age of the internet creates a new challenge and would be esteemed as profiling is. Profiling means “any form of automated processing of personal data consisting of the use of personal data to evaluate certain personal aspects relating to a natural person, in particular to analyze or predict aspects concerning that natural person's

---

<sup>61</sup> Alžběta Krausová, “Online Behavior Recognition: Can We Consider It Biometric Data Under GDPR?” *Masaryk University Journal of Law and Technology* 12, no. 2 (2018): 161–78.

<sup>62</sup> *Ibid.*, 164.

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

<sup>64</sup> *Ibid.*, 169.

<sup>65</sup> *Ibid.*

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

<sup>67</sup> European Data Protection Board, Guidelines 3/2019, 5.1 “General Consideration when Processing Biometric Data;” See also European Data Protection Board, Guidelines 3/2019 on Processing of Personal Data through Video Devices, para 74, p. 18 (2020).

<sup>68</sup> A29, Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for Regulation 2016/679 adopted on 3 October 2017 and revised on 6 February 2018.

<sup>69</sup> GDPR, Article 22.

performance at work, economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behavior, location or movements.”<sup>70</sup> Thus, the applicable legal regime must derogate on this regard since e-behavior indicators do not fall within the means of GDPR Articles 4 (14) and 9 (1) (2) and shall be considered within the means of the GDPR Article 14 (4) and regard with profiling thought that used to target experiences, services, or products like, and to predict consumer preferences and personal opinions.

Traditional biometric and predictive behavioral analytics are a nascent discipline of technological advances. Here they are common because immersive technology uses psychography data to make online service into a popular and profitable enterprise, but not identify a single person through its recognition system as it is a matter in the case of biometrics. These matters involve a disruption to the mental processes because online users are forced to verbalize what they think which might change their thinking.<sup>71</sup> A study agrees, behavioral characteristics are also mere to a user’s psychography. Thus, behavior characteristics in the means of common use might be changed and cannot be maintained for long periods; they are permanent and may change significantly over time, when the biometric means cannot change the behavior characteristics. For example, walking style is a biometric characteristic of a person in a complex of human moves. The walking style can be described with a camcorder as a series of movements of several different joints coming from all growing periods of a person’s life. But the human performance on the internet may be manipulated by advertising and related only to the personal interests of an individual concerned in the marketing modeling and lead to the self-identity of e-personality. Also, for instance, the signature of each person has a unique way of writing. The signature requires user-side access to physical contact with the writing medium and active participation. A signature is widely accepted as an official identifier in the case of document use. However, even the autographs of the same person differ considerably from each other, and a skillful risk may succeed in deceiving the identification shower system, like it also would be impossible for a person to write an injury or illness situation. Thus, the behavioral characteristics usually lead in to complex behavioral biometrics if even may change over time. However, it is prone to physical and emotional changes in a human being. Based on the stated, the legal regime to regulate unique human identification in the scope of GDPR Article 9 (1) (2) does not apply to behavioral characteristics in the sense of profiling and data acquisition. Those data must be considered as a chain of the elements set necessary to capture data from a machine to its storage for immediate or future use through user profiles which can contain a large amount of behavior actions, including preferences, cookies, user

---

<sup>70</sup> GDPR, Article 14 (4).

<sup>71</sup> Brittan Heller, “Watching Androids Dream of Electric Sheep: Immersive Technology, Biometric Psychography, and the Law,” *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 23, no. 1 (2021), <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/jetlaw/vol23/iss1/1>.



navigation data, record traces of the user's digital identity, and analyze the contextual information of metadata.<sup>72</sup>

## IV. Processing Risk and its Mitigation

### 1. Commodification Risks

One of the EU's values is respect for human beings to shape Europe's digital future, and taking into account a competitive economy with biometric trade, it will help Europe for "his or her physical and mental integrity"<sup>73</sup> pursue its way towards a digital transformation that works for the benefit of people and respects fundamental values.<sup>74</sup> Biometric characteristics are a part of the human body<sup>75</sup> and it must be respected (a) the free and informed consent of the person concerned,<sup>76</sup> (b) prohibition on making the human body and its parts a source of financial gain.<sup>77</sup> A human-centric approach is a tool to ensure that biometric systems are developed and used in a way that respects European union law and fundamental rights. It is vital to prevent breaches of fundamental rights and if they occur by national authorities. For example, biases in algorithms or training data used to recruit biometric systems would be illegal under EU human rights laws.<sup>78</sup>

Biometric data some time ago was difficult to acquire and process, and it is significantly easier to access now as unique identifiers by advances in technology. The same happened with Social Security Numbers that were never intended to be used as identifiers. However, because everyone has one, after a while, it was legally recognized as an identifier in the governmental and private sectors.<sup>79</sup> Given how sectors and technology spurred the commodification of social security numbers, extensive commercial industry uses biometric on a similar regard. This is compensated when companies or other stakeholders are confident that the e-user, being uniquely identified, is a legitimate user of the web system. At the same time, a user of a biometrically installed system is confident in the security of e-service and on legitimate e-status obtained, because no one except such an individual with particular biometric characteristics will be able to pass a unique identification task to receive the desired service. In this context, a high-quality and safe service is modulated for biometric protection, and a person receives the desired service in return. In this context, the discussion is about the legal lack of digital protection of a human as a user of the biometrically performed service

<sup>72</sup> Indra Spiecker genannt Döhmann et al., "Multi-Country · the Regulation of Commercial Profiling – A Comparative Analysis," *European Data Protection Law Review (Internet)* 2, no. 4 (2016): 535–54.

<sup>73</sup> CFREU, Title 1 DIGNITY, Article 3.

<sup>74</sup> European Commission, *Shaping Europe's Digital Future – Questions and Answers*, 1, Brussels (19 February 2020).

<sup>75</sup> Rec. (2006) 4 of the Committee of Ministers to Member States on Research on Biological Materials of Human Origin, Explanatory Memorandum.

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> Ibid.

<sup>79</sup> Carolyn Pucket, "The Story of the Social Security Number," *Social Security Bulletin* 69 (2) (2009): 55–74.

in the context of data cyber commodification practice.<sup>80</sup> Scholars state: “Personal information has been commodified,”<sup>81</sup> because impersonation through standardization has changed.<sup>82</sup> Under Gemeinschaft law, people are related to each other as natural members of a whole,<sup>83</sup> and on the other hand, under Gesellschaft law, individuals are entirely independent of one another and enter into relationships only of their own free will.<sup>84</sup>

Considering biometric data processing to be a voluntary based operation,<sup>85</sup> the economic theory supports these voluntary exchanges so long as they lead to efficient outcomes;<sup>86</sup> and negative externalizations would exist when individuals could choose to disregard their human characteristics by sharing them with data collection companies. Hence, if a company shares a user’s biometric, then person’s enrollment supports practices that can harm. Under business methods impact, biometric data subject believes that using unique human identification is beneficial relying on convenience and safety functionalities over the potential costs of biological uniqueness. Each human aiming to receive biometrically digitized service cannot avoid this social benefit. Likewise, people usually process biometric data as a security tool, but it could become perverse the more widely it is used. A company that implements biometric tech often considers them as the benefits of improved security and reduced fraud measure.<sup>87</sup> However, the company needs to pass the human’ costs imposed. It is either difficult or inefficient to exclude others from having some data, and once it is trended, – it can be used and transferred at no cost. In the face of that, a person may not have a choice to refuse unique identification and exposes to unnecessary security risks when the company is forced to rely on vulnerable and irreplaceable measures.<sup>88</sup> And, data subject bears the cost, which is external to the company, significantly if human data is compromised cause a ripple effect throughout biometric systems (because the same characteristic may be enrolled in multiple systems) that accessed by third parties<sup>89</sup> where an individual’s data in those or other systems harmed.

<sup>80</sup> Miriam A. Cherry, “Cyber Commodification,” *Maryland Law Review* 72, no. 2 (2013): 381.

<sup>81</sup> Teemu Juutilainen, “Law-Based Commodification of Private Debt,” *European Law Journal: Review of European Law in Context* 22, no. 6 (2016): 743–57.

<sup>82</sup> *Ibid*, 752.

<sup>83</sup> Christian Becker, “Die normativ verweiste Gemeinschaft. Überlegungen zum Schicksal der Ethik im freiheitlichen Rechtsstaat,” *Annual Review of Law and Ethics* 27 (2019): 39–54.

<sup>84</sup> Ivo Schwander, “Das Statut der Internationalen Gesellschaft,” *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht* 12 (1) (2002): 57–77.

<sup>85</sup> GDPR, Article 9 (2, a)

<sup>86</sup> Jena Martin, “Business and Human Rights: What’s the Board Got to Do with It?” *University of Illinois Law Review* (2013): 959.

<sup>87</sup> GDPR, Recital 75.

<sup>88</sup> Sara Rosenbaum and Elizabeth Taylor, “The Irreplaceable Program in an Era of Uncertainty,” *The Journal of Law, Medicine & Ethics* 46, no. 4 (2018): 883–86.

<sup>89</sup> Fiona Q. Nguyen, “The Standard for Biometric Data Protection,” *Journal of Law & Cyber Warfare* 7, no. 1 (2018): 61–84.

Taken the Titanic Phenomenon when the titanic builders were so confident of its stability that they did not have enough lifeboats when the ship sank.<sup>90</sup> The same is valid with biometric: proponents that view the technology as infallible, but biometric systems will fail and, when they do, there will not be adequate safeguards.<sup>91</sup> Economists argue: “when markets fail, intervention is necessary to remedy the parties”<sup>92</sup> misaligned incentives. Hence, biometric would suffer from market failure. The only way to prevent commodification is to live in isolation.<sup>93</sup> Thus, preventing the use of biometric ultimately is hard, but merely justifying intervention expected to build proper legal protection.

Biometric immersive systems essentially make the human body machine-readable<sup>94</sup> and could be used for a statistical rate when companies collect biometric in exchange for goods and services, even without the knowledge of the individuals.<sup>95</sup> Such an expansive view about tradable data goods interpreted “as any part of a person that someone else needs, wants or as values with a price.”<sup>96</sup> In the view of the research, it is happening because the “Pareto” efficiency of financial economics<sup>97</sup> exists in a voluntary market transaction where the legitimate interest of both parties is beneficial from the transaction.<sup>98</sup> Applying economic theory to non-market behavior, a metaphorical market of denial or rights deprivation constitutes the autonomous ability to establish a state of inequality among human beings, where everything becomes a market transaction.<sup>99</sup> The voluntary transfer system is presumptively efficient in characterizing biometrics sufficiently to salable or tradable value. This vision treats human attributes, relationships, and social interactions as commodities, and creates a market of human attributes and identities.

Human attributes allow others to recognize when individuals closely aligned identify themselves through these attributes. As such, they are essential for personhood and warrant protection and must be dignity – inalienable because human cannot be restricted from enjoying those biometric characteristics. Likewise, when a person is interacting with biometric technology, using voice, showing faces, and touching things around. People placed

<sup>90</sup> Daniel J. Solove, *Nothing to Hide: The False Tradeoff between Privacy and Security* (New Haven [Conn.]: Yale University Press, 2011).

<sup>91</sup> Ibid.

<sup>92</sup> Joseph Stiglitz, “Regulation and Failure,” in *New Perspectives on Regulation*, eds. David Moss and John Cisternino (Cambridge, MA: The Tobin Project, 2009), 11–23.

<sup>93</sup> Aaida Peerani, “The Reasonable Person,” *Law Now* 46, no. 1 (2017), <https://www.lawnow.org/the-reasonable-person/>.

<sup>94</sup> A29, Opinion 3/2012, at 4.

<sup>95</sup> Elizabeth M. Walker, “Biometric Boom: How the Private Sector Commodifies Human Characteristics,” *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal* 25, no. 3 (2015), <https://ir.lawnet.fordham.edu/iplj/vol25/iss3/5>.

<sup>96</sup> Thomas Hobbes, *Leviathan* (Oxford University Press, 2009).

<sup>97</sup> Gabrielle Gayer et al., “Pareto Efficiency with Different Beliefs,” *The Journal of Legal Studies* 43, no. 2 (2014): 151–71.

<sup>98</sup> Ibid, 152.

<sup>99</sup> Tamara Todorova, “Transaction Costs, Market Failures and Economic Development,” *Journal of Advanced Research in Law and Economics* 7, no. 3 (17) (2016): 678–84.

personal and non-monetized value in their fingers, eyes, face, voice, and other attributes. The use of biometric for a variety business purpose creates a risk of monetization of the human characteristics,<sup>100</sup> and therefore must be used legitimately because biometric data is not goods that can be asked for in exchange. Further, as more institutions implement biometric systems, individuals will be left with fewer choices until they must enroll in their characteristics. Furthermore, humans only pay attention to a limited number of things, and inconspicuous items are often ignored. Even if the hidden items' shrouded attributes are important, humans may ignore them, often to a detriment. Thus, even if pay attention to shrouded costs/benefits, a human may undervalue them or fail to recognize them. These human errors are highlighted together with the decision-making act, where costs and benefits are complex and frequently bundled with other items, and individuals need help to evaluate all relevant information relying on simplified models. The same occurs when unique identification is a necessary part for transaction completion. A person may not see or consider only factors with limited information, excluding important items, that leads to sub-optimal decisions regarding biometric profitability. This negligence makes biometric data freely available to the public. Therefore, biometric data is a component of personhood, is a monetization attribute, and detachable from the person-undermines identity.

## *2. Technical and Organizational Measures*

The employment of biometric models designed for people interests and civilization grows serious attention about its influence on the legitimate interest of a biometric data subject, which is seen between dignity, respect, and the right to personal data protection, freedoms in decision – making and digitalization.<sup>101</sup> Profound challenges concern how big data analytics may create such an opaque decision-making environment that individual autonomy is lost in an impenetrable set of algorithms.<sup>102</sup> Hence study finds the critical concern about lack of transparency. Difficulties in understanding biometric tech for natural persons, who did not study that area, make it a problem to analyze all processes. While the complexity of biometric data processing increases, many individuals are aware with appropriate notice and control. However, others are subject to decisions they do not understand and have no control over.<sup>103</sup> People cannot efficiently handle technical control overhead and give essential consent for the processing without legal grounds for using an automated biometric system.

While both forms as biometric samples and templates make possible to identify a particular human, some may argue that the capability to identify is only valid for samples; this is not correct because if technology has a template, it should be possible to perform an

---

<sup>100</sup> Walker, "Biometric Boom."

<sup>101</sup> Market study report prognosticates that portable biometrics will increase quicker, reaching \$49.33 billion over 2022, <https://www.marketsandmarkets.com/Market-Reports/next-generation-biometric-technologies-market-697.html> (last visited 1 July, 2022).

<sup>102</sup> US, White House Report on Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values, Executive Office of the President, p. 10 (May 2014).

<sup>103</sup> A29, Opinion 3/2013 on Purpose Limitation, Annex 2.

identification by using a raw dataset. This way of identification does not necessarily provide identity information but merely a “hit” that confirms a certain person, whether an individual is on the “green” list or a deny list. That method is applicable for law enforcement purposes and could not be used as a legal ground in the scope of studied Article.

The legal ground has become dominant while European Commission is legally recognized biometric identification methodology in use by digital technology for automatic recognition.<sup>104</sup> This is the main element to follow for the legitimate purpose and correlate the legitimate interests of the parties concerned. Because automotive processing conducts over biometric characteristics to obtain biometric data by stringing it simultaneously into the system, – a person may not know what happened with data afterward. In this circumstance, the biometric data subject may be weak or reluctant. Informational imbalance among the companies who keep biometric data and those whose biometric companies processed builds the deployment for an extensive data application and the importance of understanding the risks here of “linking an individual to his or her civil identity”<sup>105</sup> because biometric data has to be detected, otherwise “the principles of data protection should therefore not apply to anonymous information, namely, information which does not relate to an identified or identifiable natural person or to personal data rendered anonymous in such a manner that the data subject is not or no longer identifiable.”<sup>106</sup> Thus, removing directly identifying elements, unique human identification is no longer accurate and the protection is no longer active.<sup>107</sup>

Biometrics must be accountable to ensure that unique characteristics are processed only for those time that need to achieve unique identification purposes. After some time, it can occur that the legal basis for biometric data processing being actual before, for now, can lose its actuality, for instance, because a person has already been once uniquely identified. And, since the purpose is achieved, so the question is whether further storage of processed biometric retrieved from human characteristics, has a legal base to store and process further as such. In that means, unique identification is no longer necessary to achieve the legitimate interest of a person, and such data has to be deleted. On the argue defense, in October 2018, the Danish DPA found that the Danish taxi service Taxa 4x35 had kept the data from nearly 9 million taxi rides for five years, and faces roughly €160,000 for not deleting its users’ data.<sup>108</sup> This hoarding records goes against GDPR Article 5 about data to be “adequate, relevant and limited to what is necessary about the purposes for which they are processed” and “kept

<sup>104</sup> For example, Dublin Convention digital Automated Fingerprint Identification System (AFIS) within Eurodac, at [https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/networks/european\\_migration\\_network/glossary\\_search/automated-fingerprint-identification\\_en](https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/glossary_search/automated-fingerprint-identification_en) (last visited 1 July, 2022).

<sup>105</sup> Els J. Kindt, *Privacy and Data Protection Issues of Biometric Applications: A Comparative Legal Analysis* (Dordrecht: Springer, 2013).

<sup>106</sup> GDPR, Recital 26.

<sup>107</sup> A29, Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques (2014).

<sup>108</sup> Information retrieved from <https://www.datatilsynet.dk/tilsyn-og-afgoerelser/afgoerelser/2019/mar/tilsyn-med-taxa-4x35s-behandling-af-personoplysninger/> (last visited July 1, 2022).

in a form which permits identification for no longer than is necessary for the purposes for which the personal data are processed.” Thus, it is necessary to take additional technological and organizational techniques to protect unique identification, depending on the context and time of purpose in the unique identification need for which human data is intended.

In addition, high-risk biometric systems must be certified, tested, and controlled, as cars, cosmetics, and toys are.<sup>109</sup> The GDPR in Article 42 provides a high degree of self-organization aiming to reduce red tape in the performance and burden for the business. Under this core, it is suggested certification schemes in order to ensure that biometric products, services, and processes certified under such schemes, and comply with specified requirements for better availability, authenticity, integrity, and confidentiality of stored, transmitted, or else processed data throughout products and services life cycle.<sup>110</sup> In the context of the pan-European certification mechanism,<sup>111</sup> it can use other “proof” tools that demonstrate a dispositive reach. Consequently, developers can integrate different safeguard sets in ways that are not unanticipated or harmful to a person.<sup>112</sup> This means that the processing company must implement appropriate technical and organizational measures, both during the determination of the processing preparation and during the processing of human characteristics, to show the protection effectively.

The A29 has confirmed that the data processing subject shall use a pseudonymous technique over other personal data linked to biometric one.<sup>113</sup> The research found that pseudonymization is when the processing data can no longer be tied to biometric data subject without more information. Such way helps shape biometric technology into a privacy-friendly approach. In principle, biometric systems and algorithms are welcome in the European market as long as they comply with EU rules. Regarding that, for example, Apple matching digital biometrics on its products aims to the Secure Enclave<sup>114</sup> measure; and in the same way, Touch ID revolutionized authentication using a fingerprint, Face ID revolutionizes facial recognition with intuitive and secured privacy authentication enabled by the state-of-the-art True Depth camera system with advanced technologies to map the face geometry accurately.<sup>115</sup> Those examples demonstrate compliance work with data

---

<sup>109</sup> European Commission, *Shaping Europe's Digital Future – Questions and Answers*, 2, Brussels (19 February 2020).

<sup>110</sup> Regulation (EU) 2019/881, Recital 75.

<sup>111</sup> The certification of controllers is carried out by special certification bodies of the Member States, accredited by the competent supervisory authority or by the national accreditation body, and designated to meet the requirements of the international standard EN-ISO/IEC.

<sup>112</sup> See Heller, “Watching Androids,” 1. Some of the risks referred to in GDPR Recital 75 and relevant to operated biometric systems in most Member States, except France, however, fail to recognize their legislation. Upon deploying biometric technologies, the study believes there is a risk for human identification and the use of biometric data as unique identifiers, such as identity fraud, function creep, and the errors inherent to any biometric system that lead to loss factors of data integrity.

<sup>113</sup> See The EU’s-funded project ACTIBIO.

<sup>114</sup> See more at <https://support.apple.com/en-us/HT208108> (last visited 1 July, 2022).

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

protection by design and by default,<sup>116</sup> but may disregard privacy negative outcome. Therefore, it is necessary count the risk of disclosing any other personal information throughout a biometrically digitalized process. According to that, biometric data processing without appropriate safeguards interferes with the fundamental right to privacy and data protection under the CFREU Article 7 and Article 8 taking together. For example, in June 2020, the Romanian DPA fined Estee Lauder Romania € 3.000 for disproportionate biometric data processing and disclosure of personal data (name, surname, telephone number, date of birth, and health information) without any valid legal basis. Following an examination, the Romanian DPA found<sup>117</sup> Estee Lauder Romania SRL violated Articles 6, 7, and 9 GDPR. Thus, companies shall implement appropriate tech and organizational measures where risks vary.<sup>118</sup>

From the given outset, the company shall guarantee compliance with the GDPR and ensure that other linked information to biometric data is protected and that an assessment has taken place. Therefore, certain processing is likely to pose specific risks and should be independent on the techniques used.

## V. Personal Information Management System

Unique identity found its application in the “Your Europe,” “A European strategy for data,” “Shaping Europe’s digital future” and a “European approach to trust” facilitating interactions between citizens and businesses under the user-centric and user-friendly approaches that support uniform conditions for the implementation of the gateway solutions. The interests of the person who needs the outcome of unique identification (business) and the interests of the person who is the source of biometric data information (biometric data subject) are expressed in the explicit consent from the data source and in the view of the study, have to be together with the aspect of inviolable dignity.<sup>119</sup> After all, if a person is not aware and does not understand how such processing takes place, this could lead to a disproportionate effect of the processing. Dignity in the context of biometrics plays an important role, and only in this way does a person feel secure and protected facing the stress of unique identification.

One of the intentions of the EU is to design a sole European Data Space (EDS)<sup>120</sup> and make the processing more peaceful, to expand growth and profit from the reproduction of digital footprint for the strength of the EU Digital economy.<sup>121</sup> Furthermore, unique

---

<sup>116</sup> GDPR, Article 25; See Lina Jasmontaite et al., “Data Protection by Design and Default: Framing Guiding Principles into Legal Obligations in the GDPR,” *European Data Protection Law Review* 4 (2) (2018): 168.

<sup>117</sup> Information retrieved from [https://www.dataprotection.ro/?page=Amenda\\_pentru\\_incalcare\\_RGPD\\_iunie\\_2020&lang=ro](https://www.dataprotection.ro/?page=Amenda_pentru_incalcare_RGPD_iunie_2020&lang=ro) (last visited 1 July, 2022).

<sup>118</sup> *Ibid.*, (2).

<sup>119</sup> CJEU, C-377/98, *Netherlands v. European Parliament and Council*, paras 70–77 (9 October 2001).

<sup>120</sup> Having regard to Regulation (EU) 2016/679, 119 OJEU 1 (4 May 2016).

<sup>121</sup> Having regard to Regulation (EU) 2018/1725, Article 58 (3) (c), 295 OJEU 39 (21 November 2018).

identification plays a principal role in achieving the EC goal to “enable the EU to become the most attractive, most secure and most dynamic data-agile economy in the world.”<sup>122</sup> The objective of the deliberation is to assemble views on the personal identity conception as a complex and with the practice of open, informative, precise and dignity respectable advocating the following statement: “[S]ome people might not feel comfortable that you are taking their body features and that you are making their body algorithmic <...> It can humiliate people.”<sup>123</sup> The CFREU Article 8 cherishes the protection of personal data as a fundamental right of each person and the GDPR strives to authorize individuals to occur control their biometrics. For this legal objective, effective practical appliances and services are necessitated.

The presented EU model of a Personal Information Management System (PIMS) has practically found a breakthrough solution to helps people have accurate control over biometric data given techniques of Personal Data Cloud Identification.<sup>124</sup> The PIMS enables individuals by each self to operate and control online identity and therefore advances a new legal approach where people are the in-fact holders of their data and when the very essence of human dignity is respected. It allows to govern data in a secure local and/or online storage orderliness and dispense data on when and among whom a person wants, when an individual capable of selecting exact settings for data execution and to what third interests’ data may be accorded. This solution corresponds to a human-centric distinction and increased technology designs, guarding against unlawful profiling techniques, and strive to circumvent applications for a high level of protection. Likewise, a Eurobarometer survey started in March 2019. It showed that 51% of the respondents observed unfair control over their data, while 30% believed they were out of control, and just 14% deemed they were in complete control.<sup>125</sup> Thus, PIMS challenge is significant due to the questionable position of individuals regarding the capacity to be a supervisor of collected data.

The studied data is regularly processed in the digital ecosystem, driving people to devise digital footprints. The GDPR also grants the right to access and rectification. The biometric services addressee is indeed challenging for people to have complete control of how their biometric is processed, who can hold access to it, and how to administer practical legal stipulations and objections for unique identification. A PIMS concept is implementing its access over control and has trail access. Data can be securely obtained by other treatments using application programming interfaces that grant the capacity to admit and deny access

---

<sup>122</sup> EU, 119 OJEU 89 (4 May 2016).

<sup>123</sup> European Union Agency for Fundamental Rights, Report Freedoms, Under Watchful Eyes: Biometrics, EU IT systems, and Fundamental Rights, Luxembourg 43 (2018).

<sup>124</sup> European Data Protection Supervisor, Opinion 9/2016 on Personal Information Management Systems towards more User Empowerment in Managing and Processing Personal Data (20 October 2016); European Union Agency for Network and Information Security, Final Report on Privacy and Security in Personal Data Clouds 46 (November 2016).

<sup>125</sup> Information retrieved from <https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/survey/getsurveydetail/instruments/special/surveyky/2222> (last visited 1 July, 2022).



permissions on an ad-hoc cornerstone. On the other hand, people and providers would need to find a way to authenticate a biometric storage center.<sup>126</sup> To do so, an individual can install the freewheeling and open-source software or obtain the software as a service (SaaS) by collaborating with service providers. In the view of the research, this facilitates individuals to hunt back other parties who may process their biometrics, and individuals can customize the types of biometrics (likewise, facial or finger data) they want to assign, with whom, when among other things, a person can delete comprehensive information. Lastly, it supports minimization, ensuring that third individuals can obtain only necessary bits. Therefore, that proof-protected storage, transfers, and controlled moves of biometric footprints between biometric data systems and applications give a high level of interoperability and portability. A similar solution is UK-based “MyDex” that offers a portable and interoperable online identifier.<sup>127</sup> With this functionality, a person obtains distinct online access through a secure personal store; thus, verified records are managed.

There are rare cases of projects force declaring PIMS peculiarities. One is the Next Cloud<sup>128</sup> with a personal online data store (POD) that can be accessed by compatible apps empowering people and organizations to handle their own cloud sets for file sharing and digital collaboration as well as assigning files beyond various Next Cloud servers.<sup>129</sup> In the view of the study, it stands for the creation of decentralized biometric applications and grants individuals self-determination. It demands consolidation of industry necessities for unique human identification and raising open legal standards for the protection empowerment, calls to ensure security from unauthorized and/or accidental entree or modification, and relies on privacy enhancing technologies that include trusted biometric environments, homomorphic encryption,<sup>130</sup> giving secure multiparty computation based on differential privacy and cryptography application.<sup>131</sup>

Implementing PIMS, the protection assumed to be correctly designed serves for the technical and organizational benefits to measure and perform the protection. Nevertheless, these appliances or operations need to be adequately designed, for instance, when biometric

---

<sup>126</sup> See Solid Project, <https://solid.mit.edu/> (last visited 1 July, 2022).

<sup>127</sup> Information retrieved from <https://www.gov.uk/government/organisations/office-of-the-regulator-of-community-interest-companies> (last visited 1 July, 2022).

<sup>128</sup> See more at <https://nextcloud.com/> (last visited 1 July, 2021).

<sup>129</sup> Declaration of MyData Principles, <https://mydata.org/declaration/> (last visited 1 July, 2022); See Daniel Le Metayer, “Whom to Trust? Using Technology to Enforce Privacy,” in *Enforcing Privacy: Regulatory, Legal and Technological Approaches*, eds. David Wright and Paul De Hert (Springer International Publishing Switzerland, 2016), 395–437.

<sup>130</sup> See Michèle Finck, “Blockchains: Regulating the Unknown,” *German Law Journal* 19, no. 4 (2018): 665–92.

<sup>131</sup> Cryptographic points used to establish the identity authenticity based on preferences to authorized purposes and sanctioned remembrance periods against providers and third interests accordingly. A cryptography example is an encryption-based measure relying on the confidentiality and uprightness of repositories. In the view of the study, this solution moderates the risks of an unauthorized entree or biometric disclosure.

data subjects will not be enabled to run personal digital identity because ignorantly might be determined. In an unusual situation, though, the law shall specify how and to what extent biometrics are processed. For example, the determination of the processing period that would give transparency by informativeness,<sup>132</sup> time reservation, etc. Also, in an online setting, business often collects data for commercial supposed services. A person is faced to “agree” or “not” having no transparency about technical means. The study thinks the PIMS provides transparency on policies and tech design because the information is given in real-time, and dashboards afford processing traceability. Therefore, the PIMS realizes even more guarantees to data access because biometrics are in repositories under a person’s direct control. Therefore, PIMS’s strengths afford conclusive evidence that business no longer handles one’s data.

Research facilitates that biometric data must be processed when there is proper a digital biometric ecosystem, whether national digital identity systems, functional digital identity systems, or both. In the view of the study, it is not only provided a high level of protection but also creates a single source of trust among EU citizens.

### Conclusion

Biometric data, by its very nature, provides information about the unique characteristics of a human being and is therefore considered as information directly relating to a natural person when the data subject is distinguished from any other person by its burning essence. Therefore, unique human identification is an automatic process when a person is identifiable by biometric attributes. Developing a universal approach to the legal nature of biometric data processing is a distinct process in contrast to other special categories of data like genetics and health. It is rational that biometric data processing directly depends on machine employment. It can mistakenly process extra biometric data and additional information about a person, which entails the risks of non-compliance with the processing rules developed and derived specifically for biometrics.

In legal relations, the leading participant is the person himself because the target protection aims to protect unique data that can only be taken from a person as a biological carrier. An individual is advantaged to form any information about him, both reliable and unreliable; however, in the case of biometrics, the person has no chance to do that because humans born with unique and personal characteristics that cannot be similar to any other kind of data. Therefore, a person cannot structure and form information about personhood, but this is possible when subjected to the technology trends, which need a better legal core and reliable protection employing biometric-like technologies.

The phenomenon of biometric data processing shall execute data protection functions. With the advent of digital recognition, biometric technology considerably increases and accumulates unique identification as much as possible, preserving it, if possible. And therefore, it is necessary to introduce a special legal mechanism to protect unique human

---

<sup>132</sup> GDPR, Recital 63 and 66.

identification. The processing of biometric data includes complicated, complex algorithms when processed data can be transformed and fragmented several times. The eventual result is more complex to reconstruct than the standard processing of any personal configuration. A personalization process of certain information during unique identification leads to the inevitable linking to a particular person; therefore, provision must pay attention to the individualized nature.

It is found that unique human identification is protected based on the legal nature of data, specific technical application, and purpose of the processing. Specific techniques are used to create a biometric dataset to what the present legislation should extent data protection. It is proposed to adopt specific norms about multiple biometric identities, which the GDPR leaks to specify.

Unique human identification needs for the formation of digital law and biometric data processing has to be at the center of detailed legislation. To avoid legal and technological confusion, the justification of individual titles shall explicitly place and interpret when biometrics will be protected, especially in the digital era, from the unjustified employment of biometric technology and keep respect for the biological nature of human origin. Thus, the study calls for forming a biometric data ecosystem where “we are no longer judged based on our actions, but on what all the data about us indicate our probable actions.”<sup>133</sup>

The research emanates the subsequent suggestions presented below under prohibition and permission gateways.

*Prohibition gateway:*

- 1) No biometric data processing without knowledge of the data subject.
- 2) Use for incompatible purposes, and reuse of biometric data has to be forbidden.
- 3) The protection by anonymous technique is not allowed for biometric data processing.
- 4) Biometric applications shall not be based solely on automated decisions.
- 5) No combination with additional personal data.
- 6) An explicit prohibition on processing biometrics in central databases. Limited exceptions are determined by law only.
- 7) Prohibition on to use biometric systems for unique identification without explicit law.
- 8) Explicit limitation of the use of biometric data as a unique identifier in practice is needed.

*Permission gateway:*

- 1) Consent and choice of the data subject.
- 2) Transparency for the data subject and role of certification. The data subject recommended receiving information through a wise module map.
- 3) While the biometric data process, a biometric template's deletion has to be guaranteed by law.
- 4) The protection of biometric data processing in a pseudonymization way.

---

<sup>133</sup> European Data Protection Authority, Norwegian Big Data Report, p. 7, point 8 (2020).

- 5) The processing of biometric data for the strict public necessity based on the law of a particular country.
- 6) The distinction of processing finalities needs to be legally established. The use of verification by businesses is appropriate.
- 7) An alternative identification shall be guaranteed by law.
- 8) Business request for unique human identification requires additional legal basis.

© D. Bulgakova, 2022

## Bibliography

- Becker, Christian. "Die normativ verweiste Gemeinschaft. Überlegungen zum Schicksal der Ethik im freiheitlichen Rechtsstaat." *Annual Review of Law and Ethics* 27 (2019): 39–54.
- Brkan, Maja. "The Unstoppable Expansion of the EU Fundamental Right to Data Protection: Little Shop of Horrors." *Maastricht Journal of European and Company Law* 23 (5) (2016): 812–41.
- Cherry, Miriam A. "Cyber Commodification." *Maryland Law Review* 72, no. 2 (2013): 381–451.
- Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data. Guidelines on Facial Recognition (January 28, 2021).
- Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data. Progress Report on the Application of the Principles of Convention 108 to the Collection and Processing of Biometric Data (Strasbourg, 2–4 February 2005).
- Committee on Legal Affairs and Human Rights. Report on Doc. 12522 at February 16, 2011, The Need for a Global Consideration of the Human Rights Implication of Biometrics (January 23, 2012).
- European Data Protection Supervisor and Agencia Espanola Protection Datos. Joint Paper on 14 Misunderstandings with Regard to Biometric Identification and Authentication (June 2020).
- Danaher, John, Sven Niholm, and Brian D. Earp. "The Benefits and Risks of Quantified Relationship Technologies: Response to Open Peer Commentaries on 'the Quantified Relationship.'" *American Journal of Bioethics* 18 (2018): W3 – W6.
- Dearing, Albin. "Human Dignity: The Right to Be a Person." In *Justice for Victims of Crime: Human Dignity as the Foundation of Criminal Justice in Europe*, 139–292. Cham: Springer, 2017.
- Eberle, Edward J. "Observations on the Development of Human Dignity and Personality in German Constitutional Law: An Overview." *The Liverpool Law Review* 33, no. 3 (2012): 201–33.
- Finck, Michèle. "Blockchains: Regulating the Unknown." *German Law Journal* 19, no. 4 (2018): 665–92.
- Gayer, Gabrielle, Itzhak Gilboa, Larry Samuelson, and David Schmeidler. "Pareto Efficiency with Different Beliefs." *The Journal of Legal Studies* 43, no. 2 (2014): 151–71.
- Heller, Brittan. "Watching Androids Dream of Electric Sheep: Immersive Technology, Biometric Psychography, and the Law." *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 23, no. 1 (2021). <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/jetlaw/vol23/iss1/1>.
- Hobbes, Thomas. *Leviathan*. Oxford University Press, 2009.
- Jasmontaite, Lina, Irene Kamara, Gabriela Zanfir-Fortuna, and Stefano Leucci. "Data Protection by Design and Default: Framing Guiding Principles into Legal Obligations in the GDPR." *European Data Protection Law Review* 4 (2) (2018): 168–89.

- Juutilainen, Teemu. "Law-based Commodification of Private Debt." *European Law Journal: Review of European Law in Context* 22, no. 6 (2016): 743–57.
- Kindt, Els. "A First Attempt at Regulating Biometric Data in the European Union." *Regulating Biometrics: Global Approaches and Urgent Questions* (2020): 62–69.
- Kindt, Els. *Privacy and Data Protection Issues of Biometric Applications: A Comparative Legal Analysis*. Dordrecht: Springer, 2013.
- Kindt, Els. "The Processing of Biometric Data, A Comparative Legal Analysis Focuses on the Proportionality Principle and Recommendations for a Legal Framework." PhD diss., 2012.
- Krausova, Alžběta. "Online Behavior Recognition: Can We Consider It Biometric Data under GDPR." *Masaryk University Journal of Law and Technology* 12 (2) (2018): 161–78.
- Lambert, Paul. *Understanding the New European Data Protection Rules*. Auerbach Publications, CRC Press, 2018.
- Leibenger, Dominik, Frederik Möllers, Anna Petrlc, Ronald Petrlc, and Christoph Sorge. "Privacy Challenges in the Quantified Self Movements – An EU Perspective." *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies* 4 (2016): 315–34.
- Leone, Massimo. "From Fingers to Faces: Visual Semiotics and Digital Forensics." *International Journal for the Semiotics of Law* 34, no. 2 (2021): 579–99.
- Lubin, Asaf. "The Liberty to Spy." *Harvard International Law Journal* 61 (1) (2020): 185–244.
- Martin, Jena. "Business and Human Rights: What's the Board Got to Do with It?" *University of Illinois Law Review* (2013): 959.
- Metayer, Daniel Le. "Whom to Trust? Using Technology to Enforce Privacy." In *Enforcing Privacy: Regulatory, Legal and Technological Approaches*, edited by David Wright and Paul De Hert, 395–437. Springer International Publishing Switzerland, 2016.
- Monteiro, A. Reis. "Human Dignity Principle." In *Ethics of Human Rights*, 199–236. Springer International Publishing, 2014.
- Nguyen, Fiona Q. "The Standard for Biometric Data Protection." *Journal of Law & Cyber Warfare* 7, no. 1 (2018): 61–84.
- Peerani, Aaida. "The Reasonable Person." *Law Now* 46, no. 1 (2017). <https://www.lawnow.org/the-reasonable-person/>.
- Pucket, Carolyn. "The Story of the Social Security Number." *Social Security Bulletin* 69 (2) (2009): 55–74.
- Reijneveld, Minke D. "Quantified Self, Freedom and the GDPR." *Scripted: Journal of Law, Technology and Society* 14 (2) (2017): 285–325.
- Rosenbaum, Sara, and Elizabeth Taylor. "The Irreplaceable Program in an Era of Uncertainty." *The Journal of Law, Medicine & Ethics* 46, no. 4 (2018): 883–86.
- Schwander, Ivo. "Das Statut der Internationalen Gesellschaft." *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht* 12 (1) (2002): 57–77.
- Solove, Daniel J. *Nothing to Hide: The False Tradeoff between Privacy and Security*. New Haven [Conn.]: Yale University Press, 2011.

- Spiecker genannt Döhmann, Indra, Olivia Tambou, Paul Bernal, Margaret Hu, Carlos Molinaro, Elsa Negra, Ingo Wolfgang Sarlet, Laura Schertel Mendes, Normann Witzleb, and Florian Uger. "Multi-Country · the Regulation of Commercial Profiling – A Comparative Analysis." *European Data Protection Law Review (Internet)* 2, no. 4 (2016): 535–54.
- Stiglitz, Joseph. "Regulation and Failure." In *New Perspectives on Regulation*, edited by David Moss and John Cisternino, 11–23. Cambridge, MA: The Tobin Project, 2009.
- Todorova, Tamara. "Transaction Costs, Market Failures and Economic Development." *Journal of Advanced Research in Law and Economics* 7, no. 3 (17) (2016): 678–84.
- Ukrow, Jörg. "Data Protection without Frontiers: On the Relationship between EU GDPR and Amended CoE Convention 108." *European Data Protection Law Review* 4 (2) (2018): 239–47.
- Urgessa, Worku Gedefa. "The Feasibility of Applying EU Data Protection Law to Biological Materials: Challenging Data as Exclusively Informational." *Journal of Intellectual Property, Information Technology, and Electronic Commerce Law* 7 (2) (2016): 96–109.
- Walker, Elizabeth M. "Biometric Boom: How the Private Sector Commodifies Human Characteristics." *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal* 25, no. 3 (2015). <https://ir.lawnet.fordham.edu/ipj/vol25/iss3/5>.
- Working Party 29 on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data. Working Document on Biometrics (August 1, 2003).

### **Daria Bulgakova. Unique Human Identification under the GDPR Article 9 (1) (2)**

**Abstract.** The rapid development of information technology has exacerbated the need for robust personal data protection safeguarded by the European Union instrument. Safeguarding a fundamental right to data protection entails new and significant challenges as technological advances expand the frontier of data processing. The large-scale employment of digital biometric technology has shaken the private sector. Biometric data processing already became crucial for a person's unique identification in the private sector and posed a risk to the unique characteristics of a human being. The research seeks to study the recent defining biometric data and automatizing processing as legally established categories under GDPR Article 9 (1) (2) when the subject and object of the processing are uncertain. The study calls to protect a person from whom unique human data is extracted and finds a way to protect biometric characteristics based on its differentiation form defined in the studied article's else special categories of personal data. To this end, the studied article assumes a natural person, but it is used only in the context of the finality of processing. Therefore, there are possible prior risks for the process and after processing that shall be defined and mitigated under the high level of legal protection. In this regard, a study thinks unique characteristics of human origin shall be carried in the legal field by having clearly defined status, preservation measures regardless of biometric nature, and finding a solution for a biometric data subject to control automotive employment as the Personal Information Management System in the EU does.

**Keywords:** personal data protection; biometric data; automotive processing; identity recognition.

### **Дар'я Булгакова. Унікальна ідентифікація людини відповідно до статті 9 (1) (2) GDPR**

**Анотація.** Масштабне застосування інформаційних технологій загострило потребу у надійному захисті персональних даних, гарантованому в Європейському Союзі інструментом права. Забезпечення фундаментального права на захист даних спричиняє нові та серйозні

проблеми, оскільки технологічні досягнення розширюють межі їх обробки. Обробка біометричних даних стала вирішальною для унікальної ідентифікації людини і поставила під загрозу її характеристики. Так як суб'єкт та об'єкт обробки потребують наукового аналізу, дослідження спрямоване на вивчення недавнього закріплення біометричних даних та автоматизованої обробки як законодавчо встановлених категорій відповідно до статті 9 (1) (2) GDPR. Задачі спрямовані для захисту особи, яка безпосередньо є носієм унікальних даних від природи, та запропоновано спосіб їх вирішення на основі диференціації біометричних характеристик від інших визначених категорій у розрізі спеціальних персональних даних. Дослідження також показало, що стаття, яка вивчається, використовується тільки в контексті остаточності обробки. Отже, існують можливі попередні ризики, та в процесі опрацювання, які мають бути визначені та знижені в рамках правового поля. У зв'язку з цим, пропонується чітко визначити статус унікальних людських характеристик, і вжити заходів для захисту таких відповідно до їх біометричної природи шляхом надання можливості суб'єкту біометричних даних контролювати та керувати їх рух при застосуванні автоматизованих функціональностей на прикладі Системи Управління Особистою Інформацією, дієвої в Європейському Союзі.

**Ключові слова:** захист персональних даних; біометричні дані; автоматизированная обработка; розпізнавання особистості.

### **Дарья Булгакова. Уникальная идентификация человека в соответствии со статьей 9 (1) (2) GDPR**

**Аннотация.** Масштабное применение информационных технологий обострило потребность в надежной защите персональных данных, гарантированной в Европейском Союзе инструментом права. Обеспечение фундаментального права на защиту данных влечет за собой новые и серьезные проблемы, поскольку технологические достижения расширяют границы обработки данных. Масштабное применение цифровых биометрических технологий потрясло частный сектор. Обработка биометрических данных уже стала решающей для уникальной идентификации человека и поставила под угрозу его характеристики. Так как субъект и объект обработки нуждаются в научном анализе, исследование направлено на изучение биометрических данных и автоматизированной обработки в силу правового закрепления таковых на законодательном уровне в соответствии со статьей 9 (1) (2) GDPR. Задачи направлены для защиты лица, непосредственно носителя уникальных данных от природы, и предложен способ их решения на основе дифференциации биометрических характеристик от других определенных в категории специальных персональных данных исследуемой статьи. Результат показал, что изучаемая статья используется только в контексте окончательности обработки. Следовательно, существуют возможные предшествующие риски, которые должны быть определены и снижены в рамках высокого уровня правовой защиты. В этой связи, предлагается четко определить статус уникальных человеческих характеристик, и принять меры по защите таковых в соответствии с их биометрической природой путем разработки возможности субъекта биометрических данных контролировать и управлять таковыми при применении автоматизированных функциональностей на примере Системы Управления Личной Информации, введенной в Европейский Союз.

**Ключевые слова:** защита персональных данных; биометрические данные; автоматизированная обработка; распознавание личности.

Одержано/Received 25.05.2022

## WOULD GENETICALLY ENGINEERING A CHILD'S PREFERENCES DIMINISH HER AUTONOMY?<sup>1</sup>

### Introduction

**M**usic is Abe's passion. He wants a child – not just any child, but one who will come to share that passion. So, Abe and his wife conceive using in vitro fertilization and then consult a “preference engineer,” a specialist who genetically modifies embryos so that the resulting children will be predisposed toward forming certain preferences. Nine months later, Bella is born. From day one, Abe takes great care to expose her to music, and his project meets with great success: She comes to have a passionate love of music and takes eagerly to her piano lessons. Bella's love of music becomes fundamental to her sense of who she is as an individual – yet this love was genetically engineered. Will the fact that the passion which forms the core of her sense of self was selected for her by another person prevent her from being autonomous and becoming her own person? Will she be able to regard herself as her own person?

Although this sort of genetic “preference engineering” is not technologically possible at present, the recent advent of the genome editing system CRISPR-Cas<sup>2</sup> has given new vigor to the debate over the ethics of genetic engineering in humans, motivating philosophers to consider questions similar to this that are speculative for the time being but may prove to be critical in the future. In the literature, genetic engineering of preferences has been discussed in the context of what is known as moral enhancement. Philosophers such as Ingmar Persson and Julian Savulescu argue that we should use genome editing and other emerging technologies to select for traits that predispose people to perform morally good actions – which they understand primarily as actions that tend to bring about good outcomes for society or at least reduce the risk of bad ones, e.g. making personal sacrifices to stave off

---

\* Connor Hocking, Incoming master's student in philosophy at Georgia State University (USA).

Коннор Хокінг, студент магістратури з філософії в Університеті штату Джорджія (США).

e-mail: [connorhocking1000@gmail.com](mailto:connorhocking1000@gmail.com)

Valeriia Sych, student at the Yaroslav Mudryi National Law University (Ukraine).

Валерія Сергіївна Сич, студентка Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого (Україна).

e-mail: [v.s.sych@nlu.edu.ua](mailto:v.s.sych@nlu.edu.ua)

<sup>1</sup> We would like to express our gratitude to those who provided feedback, including Jonathan Anomaly, Matthew Barker, Michael Hauskeller, Susan Kennedy, Jonathan Lewis, Bernard Prusak, Joseph Spino, and the participants of the Society for Christian Bioethicists Inaugural Conference.

<sup>2</sup> Antonio Regalado, “Engineering the perfect baby,” *MIT Technology Review* 118, no. 3 (2015): 26–33.



the worst effects of climate change.<sup>3</sup> In some of their writings, they claim that such a practice might be justified even if it made people psychologically incapable of performing severely bad actions, such as murder.<sup>4</sup> This proposal has encountered opposition on the ground that it would compromise human autonomy. Michael Hauskeller, for example, argues that rendering people incapable of doing evil would amount to an unacceptable loss to autonomy, which he thinks is worth the price of remaining free to choose to do evil.<sup>5</sup> John Harris, who is in many other contexts a vocal proponent of genetic engineering and biomedical enhancement, expresses a similar concern.<sup>6</sup>

This debate has taken place in the context of explicitly *moral* preferences. We have encountered no discussion in the literature, however, of genetically engineering *non-moral* preferences.<sup>7</sup> We are using these terms in a very general sense: “Preference”<sup>8</sup> means liking, valuing, or tending to desire certain kinds of activities or things, and “non-moral” means something that is not generally concerned with morality, at least morality understood conventionally as having to do with what is good for other people rather than what is good merely for oneself. Moral preferences, then, demand a moral choice and include a predisposition to be honest or a desire to ensure that everybody gets his or her due. Non-moral preferences, by contrast, include liking music or athletics.

What reasons would there be for permitting genetic engineering for non-moral preferences (GENP)? Parents might be interested in it for the simple reason that they tend to want their children to do and like certain things. These can range from things that seem unrelated to autonomy (e.g. loving music) to things that could affect it for good or ill (e.g. a preference for optimistic or negative worldview). In addition, there might be *moral* reasons to permit the use of GENP: Parents could select for preferences that are good for the child’s subjective well-being (e.g. a preference for socializing in small groups, to make life more agreeable for a child born in a small, remote community), and it could be argued that GENP would expand reproductive liberty, which is regarded by many as a moral good.<sup>9</sup> Finally, GENP could be

---

<sup>3</sup> Ingmar Persson and Julian Savulescu, “The Perils of Cognitive Enhancement and the Urgent Imperative to Enhance the Moral Character of Humanity,” *Journal of Applied Philosophy* 25, no. 3 (2008): 162–77.

<sup>4</sup> Ingmar Persson and Julian Savulescu, “Getting Moral Enhancement Right: The Desirability of Moral Bioenhancement,” *Bioethics* 27, no. 3 (2013): 124–31.

<sup>5</sup> Michael Hauskeller, “Is It Desirable to Be Able to Do the Undesirable? Moral Bioenhancement and the Little Alex Problem,” *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 26, no. 3 (2017): 365–76.

<sup>6</sup> John Harris, “Moral Enhancement and Freedom,” *Bioethics* 25, no. 2 (2011): 102–11.

<sup>7</sup> There has been some discussion, however, of what could be called *indirect* engineering of non-moral preferences; for example, interventions that directly influence body type might indirectly influence the child’s preferences (e.g. being tall might incline one to like basketball). See: Dena Davis, “The Parental Investment Factor and the Child’s Right to an Open Future,” *Hastings Center Report* 39, no. 2 (2009): 24–27.

<sup>8</sup> “Preference” is often explicitly comparative, as in “I prefer A over B,” but in our use of it here the comparative character is often only implicit: “I like playing the piano” implies a comparison of “I like playing the piano (over other, unspecified things).” The meaning in each case will be clear from context.

<sup>9</sup> Ronald Dworkin, *Life’s Dominion* (New York: Alfred A. Knopf, 1993); John A. Robertson, *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies* (Princeton: Princeton University Press, 1994).

used to complement other forms of genetic engineering: Since many scholars have expressed the concern that a child might dislike the traits selected for her by her parents<sup>10</sup> – such as selecting for above-average cognitive abilities to increase the chances that the child will become a mathematical savant, with the result that the child does indeed become excellent at math but does not enjoy it – a proposal for *preference* engineering would seem to weaken this concern since by supposition the child would have a preference, and not merely a *talent*, for the things selected.

What reasons would there be for prohibiting GENP? One intuitive objection is that GENP might diminish the child's ability to be autonomous. John Christman and Joel Anderson characterize autonomy as "being one's own person, directed by considerations, desires, conditions, and characteristics that are not simply imposed externally on one, but are part of what can somehow be considered one's authentic self."<sup>11</sup> GENP might seem to be tantamount to just this sort of external imposition of preferences, desires, and values – things that tend to form the core of one's identity, one's sense of being oneself as opposed to someone else.<sup>12</sup> While it is true that, even without GENP, children (or at least young children) do not select their preferences in any straightforward sense, the fact that their preferences would be selected by *someone else*, before their birth and without any possibility of their consent, might nevertheless seem to compromise their ability to become autonomous later in life. It is one thing for parents to encourage activities such as playing the piano through standard means like environmental exposure and lessons; it might be quite another to genetically program a preference for doing so. To wield this kind of power over another human being might seem to diminish her autonomy.

---

<sup>10</sup> Davis, "The Parental Investment Factor;" Jürgen Habermas, *The Future of Human Nature* (Malden: Polity Press, 2003).

<sup>11</sup> John Christman and Joel Anderson, eds. *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays* (New York: Cambridge University Press, 2005), 3.

<sup>12</sup> We are using "identity" in the everyday sense of "who one is," as opposed to metaphysical senses such as numerical identity. Since this inquiry primarily concerns performing genetic engineering on one and the same embryo, rather than selecting one embryo from among others and thus selecting a numerically distinct child, it is not affected by the nonidentity problem raised by Derek Parfit (*Reasons and Persons* (Oxford: Oxford University Press, 1984)) and others. Moreover, even if embryo selection – whether by itself or complemented by subsequent genome editing – proved to be a better means for selecting a child's preferences than genetic engineering without embryo selection, it is still not clear that the identity problem would be morally relevant in such a case. The nonidentity problem generally concerns the moral implications of choosing to bring someone into the world that will have a bad life (e.g. carrying a child to term that one knows will suffer from a lifelong painful disease). In connection with the intuition that by doing so we would wrong the child, if we knew in advance that her life would be sufficiently bad, the problem arises that it is not clear how we could have wronged her by the very act that brought her into existence – had we not performed that act, she could never have been wronged in the first place. Selecting a child's preferences, however, would not necessarily cause her to have a bad life in the requisite sense. The nonidentity problem would only seem to be morally relevant in the case of parents who select an embryo on the ground that certain preferences will manifest, where those preferences will negatively affect the child's well-being to a certain (perhaps significant) degree.

Plausible as this may seem, we disagree. In this paper, we argue that parents could select for a wide variety of substantive (i.e. not merely insignificant) non-moral preferences without compromising their child's autonomy, provided that certain criteria that we propose are satisfied, e.g. the selected preferences must not be such as to inhibit the agent's capacity for rational deliberation, which is a key component of the conception of autonomy we employ. We then respond to two objections: (a) GENP would be inherently incompatible with autonomy, regardless of whether it meets any such criteria, and (b) even if GENP would not be inherently incompatible with autonomy, people might still regard it as an alienating influence and might regard their selected preferences as non-autonomous. We then argue that this second objection would be less forceful according to a more "externalist" rather than "internalist" conception of autonomy.<sup>13</sup>

### I. Genetics and Preferences

We begin by providing some clarifications regarding the empirical considerations on which this paper depends. First, we are not endorsing genetic determinism, according to which preference "outputs" are deterministically generated by genetic "inputs." The relationship between genotype and phenotype is much more complex,<sup>14</sup> with certain genes getting expressed as phenotypes only if certain environmental conditions are met. Furthermore, since genetics does not so much give rise to manifestations of specific preferences as it does contribute to general predispositions, out of which preferences may later manifest, what we have called genetic engineering for *preferences* should more precisely be called genetic engineering for *predispositions* to form preferences. Since repeating phrases like "a predisposition for forming a preference for *x*" would be cumbersome, however, we will continue using "a preference for *x*," even though the former better describes what we mean. GENP, then, would not guarantee, but would only increase the likelihood, that the child develops or retain the selected preferences; the "success" of the parents' selection would be decided by a host of factors, such as the child's life history and her budding agency. Accordingly, any project of genetic preference engineering would require supplementary environmental stimuli – such as exposure to music and piano lessons, in the case of Abe and Bella from above – but since such environmental shaping of children is an age-old practice, and since it is rather the novel genetic interventions that appear ethically troubling, we are focusing primarily on the latter.

---

<sup>13</sup> Note that there may be reasons to object to GENP other than its purported incompatibility with autonomy. When we conclude that there are certain conditions under which GENP would not diminish autonomy, this does not amount to the claim that GENP is all-things-considered desirable since such a verdict would require consideration of goods and values other than autonomy. Other values that thinkers have claimed would be threatened by genetic engineering include human dignity, the integrity of the parent-child relationship, and social equality. Since concern about autonomy springs to mind so forcefully in the context of GENP, however, we contend that it warrants specific treatment and we leave considerations of such other values for another time.

<sup>14</sup> Robert Plomin, *Blueprint: How DNA Makes Us Who We Are* (Cambridge: MIT Press, 2018).

For the purpose of this paper, then, GENP should be understood as follows. If a parent selects a preference for her child (and complements this with the enabling environmental stimuli), the child is likely to have it through much of childhood<sup>15</sup> – unless she develops a conflicting or overriding preference. Say a parent uses GENP to select a preference for music, and then environmentally directs it to become a preference for playing the piano specifically. Such a preference could go on to have any of the following fates:

1. The child loves piano from an early age and goes on to become a concert pianist.
2. She loves it from an early age but later develops a strong love of basketball too, through natural means (i.e. her preference for basketball was not selected). Knowing she cannot pursue a career in both, she chooses basketball but remains an avid pianist in her spare time. The inverse is equally possible: She chooses piano but still plays in an amateur basketball league.
3. She loves it from an early age but at age five some disaster strikes, forcing the family to forgo her musical education in favor of meeting immediate needs, and by the time they regain financial stability years later, her interests have shifted.
4. Her experience with her first piano teacher is so negative that she never comes to like playing the piano in the first place.

Second, note that GENP could not influence *all* of a child's preferences; many of the preferences she will have in life will develop in response to circumstances that could not have been foreseen or controlled. Rather, GENP would only influence one or some of her preferences. If parents choose only some preferences, it can't decisively influence a child's life. And the impact on autonomy will be not so seriously.

Third, we are focusing only on the immediate recipient of the genetic intervention. We are not discussing the implications of that intervention being heritable by subsequent generations.

Finally, we are discussing only those cases in which parents choose the preferences of their children. While our argument might partially apply to cases where other actors (e.g. the state) choose the preferences, such cases raise a different set of ethical concerns.

## II. GENP and Self-determination

We now turn to the concept of autonomy to consider whether GENP would compromise it. The meaning of autonomy varies widely from theory to theory, but generally it refers to an agent's ability to express or act upon her will without coercion, manipulation, or alienating influences. The conception of autonomy we use here draws from a range of thinkers,<sup>16</sup> whom we discuss below in this section. Our conception of autonomy contains two principal aspects:

---

<sup>15</sup> An alternative scenario is possible: There may be preferences for which we have a genetic predisposition that only manifest *after* childhood.

<sup>16</sup> Dana Nelkin, "Do We Have a Coherent Set of Intuitions about Moral Responsibility?" *Midwest Studies in Philosophy* 31 (2007): 243–59; G. Owen Schaefer, Guy Kahane, and Julian Savulescu, "Autonomy and Enhancement," *Neuroethics* 7, no. 2 (2014): 123–36; Maartje Schermer, "Preference Adaptation and Human Enhancement: Reflections on Autonomy and Well-Being," in *The Adaptation and Autonomy: Adaptive Preferences in Enhancing and Ending Life*, ed. Juha Räikkä and Jukka Varelius (Springer, 2013), 117–36.

1. Self-determination: An agent is autonomous to the extent that she decides, in accordance with her rational deliberations and with motivations that she does not regard as alienating, which courses of action she will take;<sup>17</sup> and

2. Opportunities for choice: An agent is autonomous to the extent that she has the opportunity to choose from a sufficiently broad range of life paths.

We will discuss the second aspect in the following section. As for the first aspect, it seems that perhaps certain cognitive capacities are necessary for self-determination. We focus on three: the capacity to reason effectively, to respond to reasons for choosing one course of action over another, and to reflect upon one's motivations and preferences. The notion that rationality is somehow characteristic of autonomous actions is reflected in the moral and legal difference between actions prompted by spontaneous impulse and actions carried out after deliberation: If A kills B in an instant of passion as opposed to after rationally considering doing so, A might be let off on the ground of temporary insanity. We now turn to each of these three cognitive capacities by briefly outlining some of the theories in which they have been discussed.

*Reasoning effectively:* In their attempt to isolate a key feature common to many conceptions of autonomy, G. Owen Schaefer, Guy Kahane, and Julian Savulescu<sup>18</sup> survey a broad range of influential conceptions. Common to all of them, they find, is the capacity to reason properly, which they analyze as consisting of multiple components, such as competence in logical inference and the ability to subject claims to critical analysis.

*Reasons-responsiveness:* According to a "reasons-responsiveness" view of autonomy, such as that discussed by Dana Nelkin,<sup>19</sup> an agent must be appropriately responsive to reasons in order to be autonomous. This can be illustrated by counterfactuals. For example, say Cal decides to drink a glass of wine, for the simple reason that he enjoys wine. Now if he had been taking a medication that causes severe problems when mixed with alcohol, Cal would have been in a different situation, where his reason for drinking would have been outweighed by his reason for abstaining, viz. the health problems that doing so would cause. If Cal drinks despite these risks, this would suggest that he is insufficiently responsive to the reasons to not do so.

*Reflection and endorsement:* Maartje Schermer<sup>20</sup> incorporates various theories of autonomous preferences, such as Harry Frankfurt's<sup>21</sup> and Donald Bruckner's,<sup>22</sup> into her discussion of the need to reflect upon preferences in order to render them autonomous:

---

<sup>17</sup> As for whether she must not only decide on a course of action but actually attempt to initiate it, our conception of autonomy is neutral on this.

<sup>18</sup> Schaefer, Kahane, and Savulescu, "Autonomy and Enhancement."

<sup>19</sup> Nelkin, "Do We Have a Coherent Set of Intuitions about Moral Responsibility?"

<sup>20</sup> Schermer, "Preference Adaptation," 126.

<sup>21</sup> Harry G. Frankfurt, "Freedom of the Will and the Concept of a Person," *Journal of Philosophy* 68, no. 1 (1971): 5–20.

<sup>22</sup> Donald W. Bruckner, "In Defense of Adaptive Preferences," *Philosophical Studies* 142, no. 3 (2009): 307–24.

We do not always consciously form or choose our preferences, just like we do not form them intentionally. Many of our preferences are formed unconsciously; they are acquired throughout our lives, through upbringing, habituation and the like. However, I think that as long as one does, upon reflection, acknowledge them as one's own, and as long as they are in line with one's goals, plans and values, we can still consider such preferences to be autonomous.

This process of reflection is critical for determining whether one's preferences are alienating, as we discuss in Sections V and VI.

How might one's preferences inhibit or harmonize with (i.e. be compatible with) these three cognitive capacities? Two features of preferences must be distinguished: their content and their intensity. The content is the object of the preference, what the preference is *for*. Certain contents are more compatible with these cognitive capacities than others; they may promote, be neutral toward, or inhibit them. Promoters include a preference for figuring things out for oneself, e.g. enjoying working through a puzzle in a newspaper, rather than skipping directly to the back page to find out the answer; or preferring to consider one's present reasons for acting a certain way rather than unreflectively acting out of habit. Neutral ones include enjoying athletics or being extroverted. Inhibitors include preferring to have answers given to one, an aversion toward introspection and reflection (aversion being a "negative preference"), and a preference to unquestioningly accept the decisions of authority figures.<sup>23</sup>

The intensity of a preference also influences the extent to which it harmonizes with these capacities. Preferences that are so intense as to amount to an irresistible compulsion can clearly inhibit autonomy. This is not to say that preferences must be lukewarm, however. One can passionately enjoy fine wine, for example, without this necessarily inhibiting autonomy. The decisive factor for autonomy is whether the preference is so strong as to inhibit the agent's ability to respond to reasons for acting otherwise than how the preference generally inclines her to act. To return to the example of Cal on medication, if Cal drinks a glass of wine despite the health risks of doing so, this might be because his preference for wine is so intense as to diminish his responsiveness to reasons to do otherwise. Alternatively, he might have a great love of drinking wine but still refrain from doing so while taking the medication.

### III. GENP and Opportunities for Choice

So much for the first aspect of autonomy. We turn now to the second:

Opportunities for choice: An agent is autonomous to the extent that she has the opportunity to choose from a sufficiently broad range of life paths.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> The extent to which the content of a given preference harmonizes with autonomy varies depending on the context. The first promoter preference just listed, for example, could manifest itself as a liking for trivial puzzles that one finds stimulating but that, if indulged to excess, interferes with goals that are more central to one's life project. This context-dependence is not problematic, however, since a preference need only harmonize with these capacities generally, or at least in more cases than not, in order to be permissible here.

<sup>24</sup> Since both opportunities for choice and the cognitive capacities underlying self-determination admit of degree, note that our conception of autonomy as a whole admits of degree. This is in contrast

In the present context of children's autonomy, opportunities for choice is known as the right to an open future. This right was originally formulated by Joel Feinberg<sup>25</sup> and is discussed in the context of reproductive technologies by Dena Davis,<sup>26</sup> who worries that parents who spend the time and money to access such technologies, e.g. using sex selection to ensure they have a boy, are likely to feel entitled to a certain outcome, e.g. a boy with traditionally masculine interests, which would make them reluctant to let him pursue activities that do not meet their expectations (such as ballet) if he forms a desire to do so.

The right to an open future has two dimensions. According to the negative dimension, the child has a negative right against an excessively narrow life path being imposed upon her, at the expense of alternative ones. According to the positive dimension, she has a positive right to an adequate education, so that when she is ready to embark upon a life path she will be reasonably equipped to do so. While these dimensions seem relatively uncontroversial when stated in these general terms, the matter becomes more complex when it comes to deciding specifics. Children are not fully autonomous and need parental guidance; it would be irresponsible for a parent to defer overmuch to a child's sense of what she wants since children do not always know what is good for them. For this reason, Feinberg refers to autonomy as a right that children have "in trust."<sup>27</sup> The right to an open future, then, ensures *now* that children will be able to exercise their autonomy *later*, once their capacities to exercise autonomy are developed. Different theories of parental prerogatives may disagree on the extent to which a parent's choices in child-rearing should be constrained by the child's right to an open future, but the general principle that parents need to eventually let their children choose their own life paths is widely agreed upon in liberal societies.

As standardly understood, then, the right to an open future consists in the provision or non-obstruction of opportunities for the child to explore a broad range of life paths, such as being a pianist, an engineer, or a farmer. Our question, however, concerns not the life paths themselves but the *preferences* a child might have for any one life path. Is having a right to pursue a broad range of life paths tantamount to having a right to have *preferences* for a broad range of life paths? Or does it rather mean that the child, once she has a certain set of preferences, has a right to pursue (within reasonable limits) those life paths that most appeal to her, according to the preferences she *already* has?

The former interpretation leads to implausible conclusions. If children have a right to have preferences for a broad range of things, GENP would not be so much of a threat to this right as a means for its protection: Parents would seem to be *encouraged* to use GENP to "complement" a naturally-arising preference for any one thing by selecting additional

---

to binary conceptions, according to which autonomy is either possessed or it is not, e.g. a stone does not have autonomy whereas an adult human being (generally) does.

<sup>25</sup> Joel Feinberg, *Freedom and Fulfillment: Philosophical Essays* (Princeton: Princeton University Press, 1994).

<sup>26</sup> Davis, "The Parental Investment Factor."

<sup>27</sup> Feinberg, *Freedom and Fulfillment*, 77.

preferences for many other things, to ensure that the child ends up with a sufficiently broad range of preferences. Such a practice might actually do the child some harm: If she had strong preferences for too many life paths, she might find herself pulled in multiple directions, as it were, without ever being able to commit to any one of them.

If the right to an open future is not a right for a broad range of preferences, perhaps it would nonetheless be violated by GENP on the ground that the child's natural preferences deserve respect and should not be manipulated. This too seems incorrect, however. The child does not have any preferences yet – in the early embryonic stage, there is no consciousness within which preferences could be phenomenologically realized<sup>28</sup> – but only genetic substrates for predispositions that may later manifest as certain preferences. We see no reason to believe that such merely potential preferences deserve to be respected just because they happen to be a certain way by nature, as it is notoriously difficult to define “natural” in a normative sense without relying on controversial assumptions.<sup>29</sup>

The right to an open future, then, is not violated by GENP. It is still an important ethical guideline, however. Recall that GENP would not guarantee that the child retains the selected preference; a love of piano may come to be eclipsed by a love of basketball. If it does, the parents could be accused of violating the child's right to an open future if they insisted she practice piano all day and refused to let her play basketball. They're going to the trouble to select for preferences does not amount to an entitlement that she actually has or act on those preferences in her life.<sup>30</sup> Thus we see that it is not the act of GENP that would violate the right to an open future, but rather the parents' behavior toward the child if she did not turn out to possess the preference as they intended.

#### IV. Criteria for Autonomy-Compatible GENP

With the foregoing considerations in mind, we can now propose the criteria that any GENP intervention must satisfy in order to harmonize with autonomy:

1. *Compatibility with cognitive capacities:* The content and intensity of the selected preferences must be such that they do not or at least generally do not inhibit the agent's capacity to reason properly, to respond to reasons for acting otherwise than how the preferences generally incline her to act, or to reflect upon her motivations and preferences; and

---

<sup>28</sup> In order to be most effective, genetic interventions of this type need to take place early in the embryonic stage, as opposed to a later stage in which consciousness might have begun to develop. See: Tetsuya Ishii, “Germline Genome-editing Research and Its Socio-ethical Implications,” *Trends in Molecular Medicine* 21, no. 8 (2015): 473–81.

<sup>29</sup> We readily admit, however, that manipulating *existing* preferences, e.g. hypnotizing an adult with the result that she comes to lose a preference that was fundamental to her sense of self, would be problematic for autonomy; but this is because such an intervention would compromise the integrity and continuity of an actual psyche, not a merely potential one. See: Paul Griffiths and Stefan Linquist, “The Distinction Between Innate and Acquired Characteristics,” in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta (Winter 2021).

<sup>30</sup> Davis, “The Parental Investment Factor.”



2. *Non-entitlement*: Parents must not misconstrue the fact that they went to the trouble to select certain preferences for their child as an entitlement to her becoming exactly the kind of person they had in mind; the fact that parents chose GENP does not excuse them any more than other parents from having to respect the child's right to an open future, once she begins developing a certain set of preferences.

The first criterion concerns which kinds of preferences may be selected, while the second concerns what the parents must do and refrain from doing once they begin rearing their children. These criteria allow for a wide range of preferences to be selected: In addition to the examples already given, parents would be permitted to select for things such as enjoying academic subjects like literature, recreational activities like camping, and artistic pursuits like painting. In none of these cases would the content of the preferences inhibit the requisite cognitive capacities; and, provided that the preferences' intensity is not so great as to impair them either, there is no inherent incompatibility between these preferences and autonomy. Note too that the preferences that the criteria permit to be selected are not limited to insignificant ones, such as a preference for the color blue, but rather include substantive preferences – preferences for potentially life-defining passions like art or literature.

Whether these two criteria are necessary or sufficient for ensuring that GENP be compatible with autonomy depends on whether the two aspects of autonomy we have articulated are taken to be merely necessary or jointly sufficient for autonomy (where “jointly sufficient for autonomy” means that the two aspects, when taken together, capture the whole of the concept of autonomy, without leaving any dimension of the concept unaddressed). The first and second criteria correspond to the first and second aspects of autonomy, respectively. Each criterion, if satisfied, ensures (i.e. is sufficient for ensuring) that its corresponding aspect of autonomy is safeguarded: The first criterion ensures that the selected preference does not impair any of the three cognitive capacities undergirding self-determination, and the second criterion ensures that the selected preference does not infringe upon the child's right to an open future – which is tantamount to safeguarding the second aspect, opportunities for choice. If the two aspects are taken to be necessary for autonomy, then, the corresponding two criteria will be necessary for ensuring that GENP be compatible with autonomy (unless it were shown that some *other* criterion or criteria could safeguard the two aspects; though it is not clear that this would be possible considering that *our* two criteria are formulated in terms of the very definitions of the two aspects). Similarly, if the two aspects are taken to be jointly sufficient for autonomy, then so would the two criteria be jointly sufficient for autonomy-compatible GENP.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Conversely, if there are additional dimensions to autonomy that our two aspects fail to capture, our two criteria would not be sufficient for autonomy-compatible GENP. To establish that our two aspects are sufficient for autonomy, however, would take us beyond our scope – conceptions of autonomy vary quite widely, after all. Instead, we have selected and defined the aspects as we have because they resonate with a broad range of conceptions of autonomy, though perhaps not all of them. In what follows, we will understand these two criteria to be sufficient, and not merely necessary, for autonomy-compatible GENP, while conceding that different conceptions of autonomy might require different criteria.

## V. The Inherent Objection to GENP

It might be remarked at this stage that we have failed to address the fundamental autonomy-based objection to GENP. We have argued that there are certain conditions under which GENP would harmonize with autonomy, but it might be objected that there are no such conditions, i.e. that GENP *inherently* conflicts with autonomy, regardless of whether it meets those or any such conditions. Since preferences form the core of an agent's identity, the very fact that they were selected by a third party – independently of the content of the preferences, their intensity, or the parents' degree of openness toward the child's having alternative preferences – might seem to significantly compromise her ability to be her own person or lead an autonomous life. She might have a good reason to regard such an influence as alienating and to reject her selected preferences as non-autonomous.

Some philosophers have voiced an objection along these lines. Jürgen Habermas writes: “We experience our own freedom with reference to something which, by its very nature, is not at [human] disposal.... [An agent must] be able to ascribe her own origin to a beginning which eludes human disposal, to a beginning, that is, which is sure not to prejudge her freedom.”<sup>32</sup>

Michael Sandel expresses a similar view, and he quotes from the above passage in his influential book on genetic engineering.<sup>33</sup> To have one's origins be at the disposal of another agent, so their objection goes, is to have one's autonomy diminished.

There are two levels to this objection: (a) GENP would *actually* diminish autonomy, and (b) people might *believe* that GENP diminishes autonomy, regardless of whether they have a good reason to do so, and therefore they might find GENP alienating and might reject their selected preferences as non-autonomous. We address (a) in the remainder of this section and (b) in the following section.

To begin, note that a child has no say whatsoever in her genetics. This does not prevent her from becoming autonomous, however; autonomy, at least according to most conceptions, is not diminished by this lack of agency surrounding one's origin.<sup>34</sup> The same holds for the child's first preferences as for her genetics; what incipient preferences a newborn has were not selected by her. Nor can these preferences yet be said to be autonomous: To make them autonomous, an agent must reflect upon and endorse her preferences,<sup>35</sup> and young children lack this capacity for reflection. These early preferences, rather, arise largely from genetics, parental and social influences, and environmental contingencies. As the child matures, so does her capacity to exercise autonomy, and she becomes progressively more capable of reflecting upon the preferences she has come to have.

---

<sup>32</sup> Habermas, *The Future of Human Nature*, 58.

<sup>33</sup> Michael J. Sandel, *The Case against Perfection* (Cambridge: Harvard University Press, 2007), 81–82.

<sup>34</sup> This consideration raises questions about free will, but for reasons of space, we don't address the topic of free will in this paper.

<sup>35</sup> Schermer, “Preference Adaptation and Human Enhancement.”

All this holds equally true for someone who does and someone who does not have selected preferences. The difference between the two is that genetics, which for the latter is largely the result of natural forces, is for the former the product of an act by an agent. We will use “agentive” or “agentivity” to refer to this characteristic of things that arise as a result of acts by an agent.

Does the agentive origin of the child's selected preferences compromise her autonomy? While we think agentivity is important for some ethical considerations, we do not think autonomy is one of them: we do not think the fact that something arose as a result of a third party's intention diminishes autonomy any more than if the same thing were to arise from non-agentive means. Let the following examples illustrate.

1. *Non-agentive case*: Dan has a natural aversion (i.e. one that was not selected) to thinking through anything by himself, and prefers the comfort of being told what to do.

2. *Agentive case*: Ellen has the same aversion to independence of mind and preference for deferring to others as Dan, and to the same degree, but hers arose not naturally but through her father's selecting it by means of GENP, whose strongly traditional view of gender roles makes him regard autonomy as less than a virtue in a daughter.

In both cases, the preference inhibits autonomy. Since the content and intensity of the preferences is the same in both cases, the only respect in which they differ is that the first arose agentively.<sup>36</sup> We call the claim that autonomy is diminished more in the agentive case, despite having the same end result (i.e. the preference for deferring to others) as the non-agentive case, the agentive preponderance thesis (AP).<sup>37</sup> To evaluate AP, we must identify what difference agentivity makes and then determine whether this difference affects autonomy.

When we compare the cases of Dan and Ellen, we see that Ellen was *wronged*, in that her father deliberately reduced her chances of coming to enjoy the good of autonomy, without having any good reason to do so (or, put more strongly, while doing so for a bad reason, viz. his belief that women should not be autonomous). Dan, in contrast, was not wronged; being wronged implies that there was an agent who did the wronging, but in his case, his lack of the good in question (autonomy) came about not through agentive means but chance. Since Ellen's case contains all the bad effects of Dan's case and in addition contains an agent being wronged, it might be regarded as being a worse case overall. We are not definitively claiming this; we are not claiming that a state of affairs in which a bad effect results from an agent is worse overall than a state of affairs in which the same effect comes about by chance. We merely concede this claim as a possibility. However, we *do* think that, whatever the difference between the two cases amounts to, it does not amount to a greater diminution in *autonomy*.

---

<sup>36</sup> There is a second difference, viz. Ellen's *attitude* toward her preference might be affected by the fact that it was agentive, but we discuss this in Section VI.

<sup>37</sup> A slightly less cumbersome name would be the *intentional* preponderance thesis, but “intentional” is too narrow since we understand the thesis as including both intentional and unintentional actions by agents.

A diminution in autonomy consists only in the deleterious effects upon autonomy and the capacities required to exercise it,<sup>38</sup> and in nothing more – not in the fact that it happened to originate agentively, or in the fact that an agent happened to be wronged instead of being affected by non-agentive forces. To claim otherwise is to claim that the fact that a state of affairs originated agentively affects autonomy independently of any detectable effects that the state of affairs has on the agent. Perhaps someone might defend such a claim, but to me, it seems too implausible to warrant further consideration, and we believe the burden of proof on this question has been shifted to the defender.

Someone might then rephrase the objection as follows: Dan's preference arose naturally, so even though it is a preference that many people would not want to have, it is nevertheless no one else's but his. Ellen's, by contrast, was selected by another agent, so it does not seem to be fully hers; rather, it expresses the preferences of others. Insofar as autonomy is concerned with "owning" one's preferences, therefore, Ellen's autonomy seems to be more compromised than Dan's.

In response, we agree that Dan's preference is no one *else's*, but as for whether it is *his* in the sense that is most important in this context, we do not think this is affected by the question of whether it arose agentively. It is his in the sense that he is the one who has it (and not anyone else), but this does not make it his in the sense of being autonomous, which is the important point here. According to Schermer's account of autonomous preferences, the *origin* of a preference is not necessarily relevant to its being autonomous since many preferences arise unconsciously. What matters, rather, is the agent's *attitude* toward the preference and its origin.<sup>39</sup> To render a preference autonomous, an agent must reflect upon it and the process whereby it arose, and if she then endorses it,<sup>40</sup> it becomes

---

<sup>38</sup> Although the cases of Dan and Ellen did not directly address the *capacity* to exercise autonomy – since an aversion to thinking independently is not the same as an inability to do so – Ellen's case could be modified as follows in order to reflect a diminution in the capacity to exercise autonomy: Suppose Ellen's father selected for her to have below-average cognitive abilities because he finds intelligence unbecoming in a woman, such that she will come to have difficulty reasoning properly. He could then be accused, among other things, of having impaired her capacity to exercise autonomy later in life.

<sup>39</sup> This is not to say that the origin is irrelevant in all cases, e.g. inducing a preference via hypnosis could be said to violate autonomy. C.f. see: David DeGrazia, *Human Identity and Bioethics* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 99.

One might respond that even in such cases, however, the agent's attitude is still the decisive factor as far as autonomy is concerned: If I am an alcoholic and my wife hires a hypnotist to clandestinely induce in me an aversion to drinking and then reveals to me later what she did, I may come to endorse this new aversion despite its alien origin, perhaps because of a second-order desire to quit drinking (i.e. a desire to stop desiring alcohol) that I had had even prior to being hypnotized.

<sup>40</sup> Accounts differ on the details of this point. Bruckner ("In Defense of Adaptive Preferences") thinks the endorsement can be merely hypothetical: A preference can be autonomous provided that an agent *would* endorse it if she were to reflect upon it, even if she never actually does so. Schermer ("Preference Adaptation and Human Enhancement"), in contrast, thinks the reflection and endorsement must *actually* take place at least once in the agent's life, though by no means before every instance of acting upon it. Our argument remains neutral on this debate. Since, however, it is less cumbersome to repeat phrases

autonomous.<sup>41</sup> For example, say somebody has a strong preference for associating with members of his race and a bias against everyone else and say this preference arose through cultural osmosis during childhood, without conscious consideration. At some point, this person considers whether this preference coheres with his higher-order values and preferences. If he find that it does not, he might begin the difficult work of resisting the preference whenever occasions to express it arise and of cultivating a more inclusive outlook. Conversely, he might find that it does cohere with his higher-order preferences, at which point it can be said to be autonomous (which is not to say that it is praiseworthy). To return to Dan's case, it is not obvious how his preference to defer to others could ever be autonomous since it is, in part, a preference to be non-autonomous. Even though this preference is his in the sense that he has it, then, it is not his in the sense of being autonomous.

Similarly, Ellen's preference is hers in the sense that she is the one who has it. It is hers in this sense even though it was selected by a third party and therefore expresses the preferences of another person. It's being agentive, however, is not what prevents it from becoming autonomous; whether a preference arose naturally or agentively has no effect on an agent's ability to reflectively endorse it. Since Ellen's selected preference is for deferring to others, she might be comparatively *unlikely* to reflect upon any of her preferences – she might not be the kind of person for whom it is important that her preferences be autonomous in the first place – and even if she does reflect on this preference it is not clear, just as with Dan's case, that such a preference could ever become autonomous. This, however, is because of the content of the preference, not because it was selected. This means that Dan would be equally unlikely to reflect upon his preference since its content and intensity are the same as Ellen's, even though his arose naturally. If Ellen's preference had been for something neutral with regard to autonomy, e.g. liking piano, her selected love of piano would not have made her unlikely to reflect upon this preference, and she would be equally likely to do so (all else equal) if the preference had arisen naturally. As for whether Ellen should *endorse* her selected preference, assuming she does reflect upon it, we address this in the following section.

## VI. The Child's Attitude Toward Her Selected Preferences

If a child<sup>42</sup> was told that some of her preferences were selected, would she endorse them and make them autonomous, or would she regard them as alienating and reject them as

---

like "an agent must reflectively endorse a preference to make it autonomous" than "an agent must actually or hypothetically reflectively endorse a preference to make it autonomous," we use the former, simpler formulation in what follows even though both formulations generally express what we mean.

<sup>41</sup> This does not necessarily mean, however, that an agent's preferences are *non*-autonomous prior to her reflectively endorsing them. It may mean, rather, either that she has simply not yet taken the time to reflect upon them or that, if she is still a young child, she has not yet developed the capacity to do so. In either case, the preferences might be said to be *pre*-autonomous. A *non*-autonomous preference, by contrast, is one that the agent rejects, after reflecting upon it. Whether a preference must meet certain criteria in order to qualify as non-autonomous – e.g. being alienating or being perceived to be alienating – will be discussed in the following section.

<sup>42</sup> By "child," we do not always mean a young child; we sometimes mean a child whose parents selected her preferences and who is now mature enough to reflect upon her preferences. The meaning in each case will be clear from context.

non-autonomous? Since it is impossible to determine *a priori* whether a given child will come to endorse or reject a selected preference, this consideration is necessarily speculative. Nevertheless, we think it raises an important concern. The general notion behind AP – that we are somehow more free, more our own persons, if left to develop naturally than if our development is preselected by other people – holds intuitive appeal. This notion might seem especially true to children in adolescence, who want so much to be themselves and no one else. With this in mind, we may have good reasons to worry that many children would come to reject their selected preferences because of the (mistaken, in our view) belief that their agentic origin undermined autonomy. While we think it would be too speculative to inquire whether this problem would actually prove to be widespread, we will address the related question of whether GENP could be legitimately said to be responsible for such a problem, regardless of the problem's prevalence.

Consider the example of Frieda. Say her parents have a love of fine foods and instilled this love in her – not through GENP but through traditional means only, such as taking her to expensive restaurants, while still giving her ample opportunity to pursue other interests and stressing the importance of eating in moderation. Now say that, in her late teens, Frieda becomes deeply religious and comes to regard eating fine foods, even in moderation, as a possible impediment to spiritual growth (though not necessarily as sinful or blameworthy) and begins to reject her preference for it, choosing simpler fare instead. Her first-order preference for fine foods has thus come into conflict with a second-order preference to not want them. The fact that she rejects this first-order preference does not mean, however, that her parents were blameworthy in seeking to instill it in her; they always cautioned her to keep her love of food within moderation and they never prevented her from pursuing her religious interests. It might mean, rather, that she has only recently reached the maturity to reflect upon any of her preferences, so that up to this point, *none* of them were autonomous<sup>43</sup> – they were, rather, what might be called *pre-autonomous*. Now, GENP was removed from this example for the purpose of illustration, but if we are correct that it has no inherent effect on autonomy, then we can insert it into the example without changing the relevant concerns – i.e. we can modify the first sentence of the example to become “Say her parents instilled in her a love of fine foods through GENP, while still giving her ample opportunity to pursue other interests,” and leave the rest as is. If we do, we can see that a child's rejection of a *selected* preference does not necessarily entail that her parents were blameworthy for choosing it, any more than if she had rejected a *naturally-arising* preference. They would only be blameworthy in this context if they violated her right to an open future or had selected preferences that inhibited her autonomy.

The weight of the concern that children might find it difficult to regard selected preferences as autonomous varies depending on which theory of autonomy one endorses. If we are correct that AP is false, then an agent who rejects a selected preference solely because of its

---

<sup>43</sup> Alternatively, this might mean that, even if she had previously endorsed the preference, her values have changed.

agentive origin is rejecting it for a bad reason. Take the example of Gertrude, whose parents instilled in her a love of piano via GENP. This love of piano comes to be her passion and coheres with her other preferences. Over time, however, she comes to find it alienating that this preference was selected via GENP by her parents, instead of having arisen in the standard manner; and as a result, she starts to reject her love of piano. This, we contend, would be a bad reason for rejecting a preference. Now contrast this with the case of Hannah. Hannah's love of piano was also selected via GENP and she came to love it early in childhood, but through playdates with the neighborhood children she also developed a love of basketball. Her tyrannical parents wanted her to focus exclusively on piano, however, so they refused to let her play basketball and began isolating her from most other children. This strategy succeeded for a time: By the time she reached high school, Hannah had become a promising pianist and had largely forgotten about her earlier interest in basketball. When she moves away for college, however, she comes to realize through talking with fellow students that her parents had violated her right to an open future, and she begins to reflect upon her love of piano and her plan to major in piano performance. Say she is not bothered by the agentive origin of this preference, but she is bothered by the fact that her parents refused to let her pursue other interests. Her reflection leads her to realize that, although early in childhood she had played and practiced the piano primarily out of enjoyment, over time she had come to play primarily out of a sense of duty to her parents, so she now comes to reject what is left of her love of piano as something imposed upon her and alienating. Hannah's reason for rejecting her selected preference is better than Gertrude's reason for rejecting hers, as the former rejection was due to a violation of the right to an open future instead of the bare fact of agentivity.

Must an agent's reason for endorsement or rejection be a good one? Or may she endorse or reject a preference for any reason she deems fit? Different theories of autonomy have different answers to this question. Coherentism, to use the terminology of Sarah Buss and Andrea Westlund,<sup>44</sup> endorses the latter position: An agent's preference is autonomous or non-autonomous just in case she believes it coheres or does not cohere with her higher-order preferences, respectively. On this view, an agent who rejects a selected preference because it was agentive and because she believes agentivity is incompatible with the value she gives to her independence, would be justified in doing so. Buss and Westlund describe such an account as "internalist" in that it is concerned only with the consistency or coherence of things internal to an agent's mind (her beliefs and preferences) and not with how these beliefs and preferences relate to reality. On the other hand, reasons-responsiveness accounts<sup>45</sup> contend that, for an agent's preference to be autonomous or non-autonomous, she must endorse or reject it based not on whether it coheres with the other preferences she

---

<sup>44</sup> Sarah Buss and Andrea Westlund, "Personal Autonomy," in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta (Spring 2018).

<sup>45</sup> These accounts are not to be confused with the more general sense of "reasons-responsiveness" used above, which refers to a cognitive capacity necessary for self-determination.

happens to have, but on whether it is warranted according to some external *reasons* she has to favor this preference over that. According to such views, an agent can be *mistaken* in believing that a preference is autonomous or non-autonomous. Because of this appeal to something outside the mind, Buss and Westlund refer to such accounts as “externalist.” We will not argue in favor of internalism or externalism. We merely observe that the concern that people would find it difficult to regard selected preferences as autonomous is less problematic according to externalist accounts than internalist ones: If agentivity in and of itself is a bad reason to reject a preference, and if an agent can only reject a preference if she has a good reason to do so and one that has to do with considerations external to her mind and its inner consistency, then she cannot legitimately reject a selected preference simply for being agentive. In order to show that the selected preference is non-autonomous, she needs to adduce a better reason for rejecting it.<sup>46</sup>

There is another dimension to this concern. Say a child not only rejects a preference simply because it was selected but also finds this agentive origin deeply distressing, and she comes to be angry with her parents for using GENP. If severe enough, her anger could affect her autonomy, insofar as negative emotions can impair cognitive faculties like the ability to reason well. While this would have a negative effect on her autonomy, her parents would not be morally responsible for this effect by having used GENP. For example, say I had my daughter vaccinated against measles in early childhood, and say at age sixteen she comes to believe the vaccines are taking control of her mind and compromising her autonomy. She thinks this mind control was my plan all along and is furious with me, to the point where her anger is affecting her autonomy: She can no longer pursue her academic goals well due to the anger’s bad effects on her ability to focus, and she calls me names she would never have endorsed upon reflection. Underlying this diminution in autonomy is a false belief (vaccines are mind control) about an action I was responsible for (having her vaccinated). So, while my action did lead to this diminution in her autonomy, in that it was a precondition for it, this does not mean I should be held morally *responsible* for it. To return to GENP, if a child believes (falsely) that the agentive origin of a selected preference inherently makes it non-autonomous, and becomes angry as a result, the parent should not be held responsible

---

<sup>46</sup> Accordingly, internalist conceptions of autonomy, but not externalist ones, might require GENP to meet a third criterion in order to be compatible with autonomy: 3. *Transparency*: Parents must inform their children that their preferences were selected so that children will be able to adequately reflect upon them later in life. Even if agentivity is not a good reason for rejecting a preference, the internalist might contend, some children may think it is, and since we have to defer to their personal sense of what matters for autonomy, we need to ensure they are made aware of any factors such as agentivity that they might find alienating. The externalist, in contrast, might reply as follows: Since it is only those factors that one has a good reason to regard as relevant to autonomy that are important here, and since agentivity is not one of them, the parents are not required to tell their children that their preferences were selected, since knowing this would be irrelevant for autonomy. (This by no means implies, however, that the externalist should maintain that parents are permitted to *lie* to their children if asked whether any of their preferences were selected.)



for any diminution in the child's autonomy that comes from this anger, since the diminution resulted primarily from a false belief and only indirectly from GENP.

We would also like to point out that such approval or non-approval by the agent requires further research, because the fact of choosing preferences can affect in some situations the agent's autonomy. For example, in the sixties of the XX century in the USA scientists began to cut out the appendix of newborns, because it was believed that this organ is useless or even harms the body. And only in 2007, collective of scientists from Duke University Medical Center established that the appendix has an important immune effect.<sup>47</sup> So people who have had their appendix removed with their parents' permission may feel offended. A similar situation may arise in the case of GENP, because without these changes the life of the agent would turn out differently.

### Conclusion

We have argued that GENP is compatible with autonomy and that rejecting selected preferences simply for being agentive would be a bad reason to do so. Provided that the content of the selected preference is not inherently corrosive to autonomy – whether by undermining the ability to reason properly, to respond to reasons, or to reflect upon preferences – and that the intensity of the preference is not so strong as to compromise any of these capacities either, and provided that the parents do not act as though they are entitled to have their child become a certain person by unduly restricting her opportunities for choice, they can select preferences for her without compromising her autonomy.

This inquiry has mostly confined itself to the theoretical level. Any concrete proposal for GENP would need to answer a number of other questions before being implemented, such as how the proposed criteria would be enforced, how likely it is that parents who go to the trouble to select preferences for their child would still respect her right to an open future, whether a more externalist or internalist conception of autonomy should be employed in evaluating children's attitudes to their selected preferences, and whether GENP conflicts with goods and values other than autonomy. Autonomy is, nevertheless, an important consideration in this question and, if our criteria are met, it would be compatible with GENP.

© C. Hocking, 2022

© V. Sych, 2022

### Bibliography

- Bruckner, Donald W. "In Defense of Adaptive Preferences." *Philosophical Studies* 142, no. 3 (2009): 307–24.
- Buss, Sarah, and Andrea Westlund, "Personal Autonomy." In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, edited by Edward N. Zalta (Spring 2018).

---

<sup>47</sup> Duke University Medical Center, "Appendix Isn't Useless At All: It's A Safe House For Good Bacteria," *ScienceDaily*, October 8, 2007, [www.sciencedaily.com/releases/2007/10/071008102334.htm](http://www.sciencedaily.com/releases/2007/10/071008102334.htm).

- Christman, John, and Joel Anderson, eds. *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays*. New York: Cambridge University Press, 2005.
- Davis, Dena. "The Parental Investment Factor and the Child's Right to an Open Future." *Hastings Center Report* 39, no. 2 (2009): 24–27.
- DeGrazia, David. *Human Identity and Bioethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Duke University Medical Center. "Appendix Isn't Useless at All: It's A Safe House For Good Bacteria." *ScienceDaily*, October 8, 2007. [www.sciencedaily.com/releases/2007/10/071008102334.htm](http://www.sciencedaily.com/releases/2007/10/071008102334.htm).
- Dworkin, Ronald. *Life's Dominion*. New York: Alfred A. Knopf, 1993.
- Feinberg, Joel. *Freedom and Fulfillment: Philosophical Essays*. Princeton: Princeton University Press, 1994.
- Frankfurt, Harry G. "Freedom of the Will and the Concept of a Person." *Journal of Philosophy* 68, no. 1 (1971): 5–20.
- Griffiths, Paul, and Stefan Linquist. "The Distinction Between Innate and Acquired Characteristics." In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, edited by Edward N. Zalta (Winter 2021).
- Habermas, Jürgen. *The Future of Human Nature*. Malden: Polity Press, 2003.
- Harris, John. "Moral Enhancement and Freedom." *Bioethics* 25, no. 2 (2011): 102–11.
- Hauskeller, Michael. "Is It Desirable to Be Able to Do the Undesirable? Moral Bioenhancement and the Little Alex Problem." *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 26, no. 3 (2017): 365–76.
- Ishii, Tetsuya. "Germline Genome-editing Research and Its Socioethical Implications." *Trends in Molecular Medicine* 21, no. 8 (2015): 473–81.
- Nelkin, Dana. "Do We Have a Coherent Set of Intuitions about Moral Responsibility?" *Midwest Studies in Philosophy* 31 (2007): 243–59.
- Parfit, Derek. *Reasons and Persons*. Oxford: Oxford University Press, 1984.
- Persson, Ingmar, and Julian Savulescu. "The Perils of Cognitive Enhancement and the Urgent Imperative to Enhance the Moral Character of Humanity." *Journal of Applied Philosophy* 25, no. 3 (2008): 162–77.
- Persson, Ingmar, and Julian Savulescu. "Getting Moral Enhancement Right: The Desirability of Moral Bioenhancement." *Bioethics* 27, no. 3 (2013): 124–31.
- Plomin, Robert. *Blueprint: How DNA Makes Us Who We Are*. Cambridge: MIT Press, 2018.
- Regalado, Antonio. "Engineering the Perfect Baby." *MIT Technology Review* 118, no. 3 (2015): 26–33.
- Robertson, John A. *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*. Princeton: Princeton University Press, 1994.
- Sandel, Michael J. *The Case against Perfection*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- Schaefer, G. Owen, Guy Kahane, and Julian Savulescu. "Autonomy and Enhancement." *Neuroethics* 7, no. 2 (2014): 123–36.
- Schermer, Maartje. "Preference Adaptation and Human Enhancement: Reflections on Autonomy and Well-Being." In *The Adaptation and Autonomy: Adaptive Preferences in Enhancing and Ending Life*, edited by Juha Räikkä and Jukka Varelius, 117–36. Springer, 2013.

## Коннор Хокінг і Валерія Сич. Чи зменшить генна інженерія уподобань дитини її автономію?

**Анотація.** Прихильники “зміцнення моралі” стверджують, що ми повинні використовувати новітні технології, такі як редагування геному, щоб прищепити перевагу “виконання морально хороших вчинків замість поганих,” і вони вважають, що це було б корисно, навіть якщо це робить виконання поганих вчинків психологічно неможливим. Критики заперечують, що така перевага “морально правильної поведінки” не вартує втрати людської автономії. Ця дискусія залишилася обмеженою в контексті моральних уподобань. Однак генна інженерія неморальних уподобань (GENP) – наприклад, захоплення музикою чи легкою атлетикою – не обговорювалася. Оскільки вподобання – це те, що агент любить, цінує або як правило бажає – формують ядро того, ким він є і чого він прагне у житті, і оскільки автономія вимагає, щоб агент був самим собою та здійснював власні життєві проекти, його автономія може здатися, що зменшується, якщо його переваги були обрані до народження третьою стороною. Яким би правдоподібним це не здавалося, ми не згодні. У цій статті ми стверджуємо, що батьки могли б вибирати широкий спектр суттєвих (тобто не просто незначних) неморальних уподобань, не ставлячи під загрозу автономію своєї дитини, за умови дотримання певних критеріїв, які ми пропонуємо: зокрема, вибрані переваги не повинні перешкоджати здатності агента до раціонального обговорення, що є ключовим компонентом концепції автономії, яку ми використовуємо. Потім ми відповідаємо на два заперечення: (а) GENP за своєю суттю несумісний з автономією, незалежно від того, чи відповідає він будь-якому з таких критеріїв, і (б) навіть якщо GENP за своєю суттю не був би несумісним з автономією, люди все одно могли б вважати його чужим впливом, а отже вибрані переваги – неавтономними. Тоді ми стверджуємо, що друге заперечення було б менш вагомим відповідно до більш “екстерналістської,” а не “інтерналістської” концепції автономії.

**Ключові слова:** генна інженерія; автономія агента; концепції автономії; права людини; генна інженерія неморальних уподобань (GENP).

## Коннор Хокінг і Валерія Сич. Уменьшит ли генная инженерия предпочтений ребенка его автономию?

**Аннотация.** Сторонники “укрепления морали” утверждают, что мы должны использовать новейшие технологии, такие как редактирование генома, чтобы привить преимущество “исполнение морально хороших поступков вместо плохих,” и они считают, что это было бы полезно, даже если это делает плохие поступки психологически невозможными. Критики отрицают, говоря, что такое преимущество “нравственно правильного поведения” не стоит потери человеческой автономии. Эта дискуссия осталась ограниченной в контексте нравственных предпочтений. Однако генная инженерия не нравственных предпочтений (GENP) – например, увлечение музыкой или легкой атлетикой – не обсуждалась. Поскольку предпочтения – это то, что агент любит, ценит или как правило желает – формируют ядро того, кем он есть и к чему он стремится в жизни, и поскольку автономия требует, чтобы агент был самим собой и реализовывал собственные жизненные проекты, может показаться, что его автономия уменьшается, если его предпочтения были избраны до рождения третьей стороной. Каким бы правдоподобным это ни казалось, мы не согласны. В этой статье мы утверждаем, что родители могли бы выбирать широкий спектр существенных (т.е. не просто незначительных) безнравственных предпочтений, не ставя под угрозу автономию своего ребенка. Нам кажется, это будет возможным при условии соблюдения определенных критериев, которые мы предлагаем: например, выбранные преимущества не должны препятствовать способности агента к рациональному обсуждению, являющемуся

ключевым компонентом концепции автономии, которую мы используем. Затем мы отвечаем на два возражения: (а) GENP по своей сути несовместим с автономией, независимо от того, отвечает ли он какому-либо из таких критериев, и (b) даже если GENP по своей сути не был бы несовместим с автономией, люди все равно могли бы считать его чужим влиянием, а значит, выбранные преимущества – неавтономными. Тогда мы утверждаем, что второе возражение было бы менее весомым в соответствии с более “экстерналистской,” чем “интерналистской” концепцией автономии.

**Ключевые слова:** генная инженерия; автономия агента; концепции автономии; права человека; генная инженерия неэтичных предпочтений (GENP).

### **Connor Hocking and Valeriia Sych. Would Genetically Engineering a Child’s Preferences Diminish Her Autonomy?**

**Abstract:** Proponents of “moral enhancement” argue that we should harness emerging technologies such as genome editing to instill preferences for performing morally good actions over bad ones, and they suggest that this would be worthwhile even if it made performing bad actions psychologically impossible. Critics object that such a gain in moral behavior would not be worth the resulting loss to human autonomy. This debate has remained confined within the context of moral preferences. Genetic engineering for *non*-moral preferences (GENP) – such as enjoying music or athletics – however, has not been discussed. Since preferences – what an agent likes, values, or tends to desire – form the core of who she is and what she pursues in life, and since autonomy requires that an agent be her own person and pursue her own life projects, her autonomy might seem to be diminished if her preferences were selected before birth by a third party. Plausible as this may seem, we disagree. In this paper, we argue that parents could select for a wide variety of substantive (i.e. not merely insignificant) non-moral preferences without compromising their child’s autonomy, provided that certain criteria that we propose are satisfied, e.g. the selected preferences must not be such as to inhibit the agent’s capacity for rational deliberation, which is a key component of the conception of autonomy we employ. We then respond to two objections: (a) GENP would be inherently incompatible with autonomy, regardless of whether it meets any such criteria, and (b) even if GENP would not be inherently incompatible with autonomy, people might still regard it as an alienating influence and might regard their selected preferences as non-autonomous. We then argue that this second objection would be less forceful according to a more “externalist” rather than “internalist” conception of autonomy.

**Keywords:** genetic engineering; agent’s autonomy; concepts of autonomy; human rights; genetic engineering for non-moral preferences (GENP).

Одержано/Received 02.02.2022

## ДВІ КОНЦЕПЦІЇ ГІДНОСТІ: ПРО ЗАНЕПАД СВОБОДИ ВОЛІ У ПРАВІІ

### I. Встановлення ціни людського життя й отримання вигідної угоди

У своїй книзі “Що не можна купити за гроші” Майкл Сендел навів низку переконливих прикладів, які показують, що сьогодні майже все виставлено на продаж.<sup>2</sup> Якщо хтось дуже хоче, він може придбати право на імміграцію до Сполучених Штатів за 500 000 доларів США, послуги індійської сурогатної матері для виношування дитини коштують 6 250 доларів, доступ до автомобільної смуги для самостійної їзди – 8 доларів. Можна не тільки купити майже все, але й заробити гроші досить незвичними способами. Можна, наприклад, служити піддослідним кроликом для перевірки безпеки ліків – 7 500 доларів, стояти в черзі замість інших людей на Капітолійському пагорбі, оскільки деякі лобісти не бажають робити це самі, – 15–25 доларів на годину, або купувати страхування життя незнайомих людей і потенційно розбагатіти, якщо пощастить, зробивши ставку на нещастя інших.

Такий стан речей надає абсолютно нового значення тому, що одного разу сказав римський диктатор Аппій Клавдій Цек: “*faber est suae quisque fortuna*,” що значить “кожна людина є ковалем свого щастя” (“Промова до Цезаря про державу,” I.2). Насправді, можна стати ковалем свого щастя, здаючи в оренду місце на своєму лобі для

---

\* Осбйорн Мелкевік, ад'юнкт-професор кафедри політичних досліджень Університету Квінз (Кінгстон, Канада).

Åsbjørn Melkevik, Adjunct Professor at the Department of Political Studies, Queen's University (Kingston, Canada).

e-mail: [asbjorn.melkevik@queensu.ca](mailto:asbjorn.melkevik@queensu.ca)

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9854-0501>

Б'ярн Мелкевік, постійний професор юридичного факультету Університету Лавал (Квебек, Канада).

Bjarne Melkevik, Tenure professor at the Faculty of Law, Laval University (Quebec, Canada).

e-mail: [bjarne.melkevik@fd.ulaval.ca](mailto:bjarne.melkevik@fd.ulaval.ca)

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4299-546X>

<sup>1</sup> Перша публікація статті: Åsbjørn Melkevik and Bjarne Melkevik, “Two Concepts of Dignity: On the Decay of Agency in Law,” in *The Inherence of Human Dignity. Vol. 1. Foundations of Human Dignity*, eds. Angus J. L. Menuge and Barry W. Bussey (London, Anthem Press, 2021), 133–47. Переклад з англійської Сергія Прийми, редагування Наталії Сатохіної.

<sup>2</sup> Michael Sandel, *What Money Can't Buy* (New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012), 3–5.

розміщення комерційної реклами або показуючи себе в деяких “реаліті-шоу.” Це, звичайно, не той спосіб накопичення багатства, що якийсь римський меритократ міг би собі уявити як належний спосіб збагачення. Можна подумати, що такі явища є проблематичними, особливо коли ми ставимо ціну не лише на деякі незвичні види діяльності, але й на людські життя. Хтось може стверджувати, що це могло б завести надто далеко. Це суперечило б нашому розумінню людської гідності, слідуючи Канту.

Імануїл Кант справді сказав нам, що “все має або ціну, або гідність. Все, що має ціну, може бути замінено чимось іншим, його еквівалентом; з іншого боку, все, що стоїть вище за всяку ціну і тому не допускає еквівалента, має гідність.”<sup>3</sup> Те, що людину слід поважати заради неї самої, є наріжним каменем наших сучасних суспільств, закріпленим у наших законах і конституціях. Таке поняття гідності ми можемо знайти, наприклад, у Загальній декларації прав людини. Хоча можна проводити відмінність між різними тлумаченнями людської гідності, основна ідея, згідно з Кантом, полягає в тому, що люди мають деякі істотні “безцінні” атрибути, скажімо, свою свободу, які пов’язані з обов’язками, найважливішим з яких є обов’язок перед собою.<sup>4</sup>

Таким чином, поняття гідності було, принаймні традиційно, продовженням тієї ідеї епохи Просвітництва, що люди є носіями природних, невід’ємних прав. Проте цей висновок, як можна подумати, суперечить тому, як люди діють у наших ринкових суспільствах сьогодні. Як зауважили Майкл Дженсен і Вільям Меклінг, “ми всі маємо ціну,” тобто “подобається нам це чи ні, індивіди готові пожертвувати невеликою частиною майже всього, чого тільки можна забажати, навіть репутацією чи мораллю, за достатньо велику кількість інших бажаних речей; і ці речі не обов’язково мають бути грошима чи взагалі матеріальними благами.”<sup>5</sup> Таким чином, ми стикаємося з парадоксом – хоча кантівська концепція людської гідності й закріплена в наших сучасних конституціях, однак видається, що вона знаходиться під загрозою через наш сучасний спосіб життя. Можна подумати, що в ринкових суспільствах люди встановлюють ціну на те, що в іншому випадку мало б бути безцінним, – наприклад, на свою свободу волі або на свою моральну, фізичну чи психологічну цілісність.

У нашій статті досліджується цей парадокс і показується, чому він не такий проблематичний, як здається на перший погляд. На нашу думку, справжня проблема полягає в іншому. Ми скоріше маємо бути стурбовані тим, як уявна підтримка гідності призвела до певного занепаду свободи волі в праві. Точніше кажучи, ми розглянемо дві теорії гідності, а саме “теорію гідності, засновану на свободі волі,” коріння якої йде від Канта, і “теорію гідності, засновану на добробуті,” яку нещодавно відстоював Алан Джевїрт. Сучасний перехід від першої до останньої, як ми стверджуємо, є проблема-

<sup>3</sup> Immanuel Kant, *Grounding for the Metaphysics of Morals*, trans. James W. Elligton (Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1993), 40.

<sup>4</sup> Oliver Sensen, “Kant on Human Dignity Reconsidered,” *Kant-Studien* 106, no. 1 (2015): 125.

<sup>5</sup> Michael Jensen and William Meckling, “The Nature of Man,” *Journal of Applied Corporate Finance* 7, no. 2 (1994): 10.

тичним, по-перше, оскільки він є проявом занепаду свободи волі в наших правових системах, і, по-друге, тому що добробутна теорія гідності часто прирікає на поразку сама себе, завдаючи шкоди добробуту найбільш знедолених і знижуючи загальний добробут суспільства. Намагаючись примирити ринкові суспільства з людською гідністю, ми створили проблему, якої раніше не існувало. Тобто ми відійшли від теоретичного ядра гідності, яким була свобода волі, щоб створити ілюзію гідності як добробуту, наприклад, нав'язуючи деякі закони, що обмежують свободу, у сфері праці.

Відповідно, ми доводимо дві окремі тези: по-перше, ми повинні повернутися до теорії гідності, що заснована на свободі волі, і, по-друге, ми повинні максимально обмежити використання поняття гідності в наших правових системах. Тобто, на нашу думку, гідність має бути головним чином філософським поняттям, а не юридичним. Утім, з огляду на те, що філософи права хочуть використовувати це поняття, воно має вказувати на межі застосування публічного права на користь права приватного. Це, на жаль, суперечить тому, що ми спостерігали в останні десятиліття, коли сфера застосування публічного права постійно розширювалась. Ми починаємо (II) з дослідження деяких проблемних кейсів, показуючи, як ринки регулярно виступають проти цінності гідності. Після цього ми (III) виділимо чотири теорії гідності. Це дозволить нам (IV) висувати аргументи на користь теорії гідності, заснованої на свободі волі, та побачити, як вона пов'язана з антиноміанізмом, який робить людей законодавцями для самих себе. Зрештою, (V) ми доводимо, що роль гідності має бути значно зменшена в наших правових системах.

## II. Дякуємо вам за паління – як ми встановлюємо ціну на людські життя

Дозвольте нам почати з деяких кейсів з тютюнової промисловості. Нещодавній огляд, який об'єднав дані Всесвітньої організації охорони здоров'я, Управління ООН з наркотиків і злочинності та Інституту показників і оцінки здоров'я, дослідив вплив алкоголю, тютюну та заборонених наркотиків на добробут людей.<sup>6</sup> Згідно із Всесвітньою організацією охорони здоров'я добробут вимірювався шляхом розрахунку втрачених через інвалідність років життя (Disability-Adjusted Life Year – DALY), де один DALY можна розглядати як один втрачений рік “здорового життя.” Незважаючи на високу вартість заборонених наркотиків в перерахунку на людські життя, тютюн і алкоголь все ще займають перші місця. У 2015 році тютюн коштував світу 170,9 мільйонів DALY, алкоголь – 85 мільйонів DALY, а заборонені наркотики – 27,8 мільйонів DALY.

Методологія проста – добробут вимірюється тим, скільки здорового життя було втрачено, при цьому не встановлюється грошова оцінка будь-якої конкретної особи чи стану. Звичайно, це не те, як ми зазвичай діємо – прийнято приписувати різні грошові оцінки різним людям із різними умовами чи соціальним походженням. Наскільки б проблематично це не було для нашої сучасної відданості моральній рівності, деякі індивіди

<sup>6</sup> Amy Peacock et al., “Global Statistics on Alcohol, Tobacco, and Illicit Drugs Use: 2017 Status Report,” *Addiction* 113 (2018): 1905–26.

варті більшого. Типовим прикладом може бути вартість, яку страхові компанії можуть встановлювати для людей, що подорожують автомобілем або літаком – для останніх вона набагато вища. У цьому розділі показано, наскільки такі відмінності в оцінюванні життя можуть бути проблематичними, оскільки ми зобов'язані дотримуватися гідності в наших правових системах. Однак це не так проблематично, як можна було б подумати.

Розглянемо дослідження Philip Morris CR a.s., яке було доручене Артуру Д. Літлу в Чехії.<sup>7</sup> Після витоку інформації у 2001 році цей кейс залишається одним із найбільш парадигматичних кейсів аргументу “вигоди від смерті.” Як стверджує дослідження, на кожному курці держава економить гроші.

**Таблиця 1. Баланс публічних доходів і видатків у дослідженні Philip Morris**

Доходи		Видатки
Прямі	Непрямі	
Акцизний збір	Економія витрат на охорону здоров'я	Збільшення витрат на охорону здоров'я
Податок на додану вартість	Економія на пенсійних виплатах	Податок на втрачений прибуток
Податок на прибуток підприємств	Економія на будинках для людей похилого віку	Видатки, пов'язані з прогулами
Митний збір		Витрати на пожежі, спричинені курінням
		\$403 million
\$522 мільйони	\$31 мільйон	

Якщо більш точно, то куріння обходиться бюджету Чеської Республіки в 15 647 мільйонів чеських крон на рік, тобто 403 мільйони доларів, у той час як воно приносить 20 270 мільйонів чеських крон податків, тобто 522 мільйони доларів, а також додаткові 1 192 мільйонів чеських крон, тобто 31 мільйон доларів, непрямой економії. У підсумку, тютюнопаління приносить вигоду Чеській Республіці, оскільки загальний баланс публічних доходів і видатків від куріння у 1999 році становив 5 815 мільйонів чеських крон, тобто 150 мільйонів доларів. Померти молодим добре для бюджету. “Кампанія за дітей, вільних від тютюну” (2002) досить добре узагальнила аргументи цього звіту:

Аргумент “вигоди від смерті” означає, що уряди не повинні інвестувати в нові зусилля щодо зменшення куріння та іншого вживання тютюну, оскільки дешевше дозволити людям померти від куріння та іншого вживання тютюну, ніж оплачувати нові витрати, спричинені тим, що більше людей живуть довше, тому що кидають вживати тютюн або ніколи не починають.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Див.: Zosia Kmietowicz, “Tobacco Company Claims That Smokers Help the Economy,” *British Medical Journal* 323, no. 7305 (2001): 126.

<sup>8</sup> Campaign for Tobacco-Free Kids, *Immortality and Inaccuracy of the Death Benefit Argument*, Washington DC, www.tobaccofreekids.org.



Такий аргумент відстоював, наприклад, Вільям К. Віскузі: “Деякі фінансові наслідки, пов’язані з курінням, збільшують витрати держав; інші страхові ефекти зменшують витрати державного бюджету. Головне – є ці чисті страхові наслідки позитивними чи негативними.”<sup>9</sup> За словами Віскузі, наслідки є позитивними. У Сполучених Штатах, якщо ігнорувати акцизні збори, які сплачують курці, кожна пачка сигарет приносить чисту економію в розмірі 0,32 долара, а якщо не ігнорувати, то ця цифра підскочить до 0,85 долара. Іншими словами, сигарети самофінансуються, оскільки прибуток від них перевищує більш високі витрати на медичне обслуговування, які вони спричиняють.

Як і слід було очікувати, такий аргумент зустрів категоричним осудом, і численні критики швидко розібрали звіт на економічну, політичну й етичну частини. З економічної точки зору, основне припущення дослідження є некоректним. Якби курці кинули палити, вони б просто купили інші товари на ті гроші, які б витратили на тютюнові вироби. Ці інші речі також оподатковувалися б, хоча, ймовірно, вони не спричинили б таких самих шкідливих наслідків. Замість того, щоб заощадити 150 мільйонів доларів на рік на момент дослідження, – стверджував дехто, – куріння витягло приблизно 373 мільйони доларів із річного бюджету Чеської Республіки.<sup>10</sup>

З політичного боку, це хрестоматійний кейс помилки Макнамари, у якому рішення виправдовувалось виключно деякими кількісними спостереженнями, ігноруючи всі інші релевантні фактори. Міністр оборони Сполучених Штатів Роберт Макнамара припустився такої помилки, коли оцінював успіх війни у В’єтнамі за кількістю загиблих ворогів, ігноруючи при цьому деякі інші фактори, однаково важливі для перемоги у війні.

З етичної точки зору дослідження суперечить нашим ліберальним цінностям, особливо гідності. Дайян Файнштейн, сенатор Сполучених Штатів, зазначила, що “Філіп Морріс добряче перетнув межу пристойності та ще раз продемонстрував, що веде бізнес у спосіб, повністю відірваний від будь-якого розуміння правильного та неправильного.”<sup>11</sup> Дійсно, за умови, що ми дбаємо про гідність, це дослідження показує, чого нам не слід робити.

Тим не менш, легко знайти подібні випадки в будівельній індустрії чи у сфері місто-будівного регулювання. Наприклад, хоча деякі матеріали в будинках можуть бути шкідливими для людей, чи навіть смертельно небезпечними, вони використовуються, тому що є дешевшими або більш легкими в установці, ніж інші матеріали. Наші суспільства часто мовчки сприймають такі випадки, оскільки дешевше дозволити деяким людям померти. Як би там не було, доведений до крайності аргумент стає безглуздим. Хтось може заперечити, що нам не слід інвестувати в дослідження щодо лікування деяких

<sup>9</sup> William Kevin Viscusi, “From Cash Crop to Cash Cow: How Tobacco Profits State Governments,” *Regulation* 20, no. 3 (1997): 27.

<sup>10</sup> Hana Ross, “Critique of the Philip Morris Study of the Cost of Smoking in the Czech Republic,” *Nicotine & Tobacco Research* 6, no. 1 (2004): 181–89; Clive Bates, “Study Shows That Smoking Costs 13 Times More Than It Saves,” *British Medical Journal* 323, no. 7319 (2001): 1003.

<sup>11</sup> Dianne Feinstein, “Letter to Geoffrey Bible, Chief Executive Officer of Philip Morris Companies, Inc.,” in *Truth Tobacco Industry Documents* (University of California San Francisco, 2001).

хвороб, які непропорційно вбивають людей наприкінці їхнього продуктивного віку. Цей метод оцінки рентабельності, очевидно, випускає з уваги чимало речей – наприклад, суспільство може визначити види витрат, які воно готове взяти на себе, і далеко не очевидно, що ми повинні віддати перевагу витратам на охорону здоров'я перед витратами, пов'язаними із тим, щоб люди жили довше та здоровіше, наприклад, такими як виплати із соціального страхування.

Але ці випадки мають нагадувати нам про одне – ми дійсно визначаємо ціну людського життя. Незважаючи на те, що гідність може бути основною рисою наших сучасних ліберальних демократій, факт залишається фактом: ми встановлюємо ціну на життя людей. Це можна спостерігати в усіх сферах суспільства, і різним людям приписують різну цінність залежно від виду діяльності, якою вони займаються. Це звичайна практика. Короткого огляду літератури достатньо, щоб побачити, як цінність статистичного життя (Value of a Statistical Life – VLS<sup>12</sup>) відрізняється, коли ми використовуємо різні критерії, такі як куріння, раса чи стать. Тому це не зовсім так, що людське життя “не допускає еквівалента.”

**Таблиця 2. Різні цінності статистичного життя в різних дослідженнях**

Рік дослідження та статті	VLS у доларах США
1997 – C. R. Scotton and L. O. Taylor. 2011. “Valuing Risk Reductions: Incorporating Risk Heterogeneity into a Revealed Preference Framework.” <i>Resource and Energy Economics</i> 33, no. 2: 381–397.	\$8.04M
2002 – J. D. Leeth and J. Ruser. 2003. “Compensating Wage Differentials for Fatal and Nonfatal Injury Risks by Gender and Race.” <i>Journal of Risk and Uncertainty</i> 27, no. 3: 257–277.	\$8.90M
1998 – M. F. Evans and G. Schaur. 2010. “A Quantile Estimation Approach to Identify Income and Age Variation in the Value of a Statistical Life.” <i>Journal of Environmental Economics and Management</i> 59, no. 3: 260–270.	\$9.85M
2000 – W. K. Viscusi and J. Hersch. 2008. “The Mortality Cost to Smokers.” <i>Journal of Health Economics</i> 27, no. 4: 943–958.	\$9.86M
1997 – W. K. Viscusi. 2003. “Racial Differences in Labor Market Values of a Statistical Life.” <i>Journal of Risk and Uncertainty</i> 27, no. 3: 239–256.	\$21.65M
1997 – T. J. Kniesner, W. K. Viscusi, and J. P. Ziliak. 2006. “Life-Cycle Consumption and the Age-Adjusted Value of Life.” <i>Contributions to Economic Analysis and Policy</i> 5, no. 1: 1–34.	\$36.17M

<sup>12</sup> Цінність статистичного життя – це не ціна, яку дана особа заплатила б, щоб уникнути смерті, і не фактична цінність людського життя, а скоріше оцінка готовності платити за незначне зниження ризиків смертності.

Хтось може вважати цю тенденцію вельми проблематичною, але не варто. Уряди, суди та бізнес регулярно визначають ціну людських життів і при цьому розглядають їх як засіб. Оцінювання життя є важливою частиною прийняття суспільно-значущих рішень сьогодні, оскільки утилітарні міркування наразі посідають чільне місце в публічній сфері. Можна помітити ще один момент – люди самі по-різному оцінюють своє життя, принаймні імпліцитно. Це можна спостерігати, наприклад, у їхній готовності платити за зниження ризиків смертності.

Ми пам'ятаємо, що з кантіанською теорією гідності з'являються обов'язки перед іншими та перед собою. Куріння як таке можна розуміти як невиконання обов'язків перед самим собою, оскільки відомо, що воно може завдати шкоди. Те саме стосується людей, які працюють на роботах з імовірністю тривалого фізичного виснаження. Ці випадки можна вважати такими, що суперечать людській гідності, оскільки тут втрачається належна повага до самоцінності людини і може бути знівечена здатність до ухвалення довгострокових рішень. Якщо ми прагнемо підтримувати гідність, то важливим є прийняття законів у тих сферах, де гідність втрачається. Це було постійним аргументом нашої сучасності, хоча, як покажуть наступні розділи, цей підхід є також небезпечним.

### III. Чотири теорії гідності – на основі цінності, честі, свободи волі та добробуту

Наведені приклади того, що уявляється скоординованим нападом на гідність у наших ринкових суспільствах, можна доповнити багатьма іншими. Нам не слід недооцінювати ступінь того, як, наприклад, ринок праці сьогодні зазіхає на людську гідність. Водночас, як стверджується у цьому розділі, ми маємо протистояти сучасному заклику до законодавчого врегулювання всього, що пов'язано з гідністю. Насправді, ми не повинні ухвалювати закони, щоб зберегти гідність людей. Ніколи. Таку пропозицію можна вважати радикальною, особливо якщо пам'ятати, наскільки гідність важлива для нашої сучасності, скажімо, через Загальну декларацію прав людини. Але ця пропозиція стає набагато менш екстремальною щойно ми зрозуміємо, що можна встановити різницю між різними концепціями гідності. На нашу думку, проблема полягає в тому, що ці концепції переплетені одна з одною, хоча вони приводять до різних політичних висновків. Дозвольте нам, без будь-яких претензій на ексклюзивність, виділити чотири теорії гідності – три з ідей Канта, четверту з поглядів Джебвірта.

(1) Теорія “цінності замість ціни:” згідно з Кантом, існує внутрішня невідчужувана незамінювана цінність, яка притаманна кожній людині в силу її моральної спроможності.<sup>13</sup>

(2) Теорія честі: як каже Кант, людина честі сприйматиме свою незалежність і самооцінку як такі, що є вищими за будь-яку ціну, так що вони не можуть бути відчужені

<sup>13</sup> Jeremy Waldron, *Dignity, Ranks, and Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 24; Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here?* (Princeton: Princeton University Press, 2006), 9.

заради будь-яких матеріальних інтересів.<sup>14</sup> Ця теорія йде ще від Аристотеля, для якого гідність стосувалася поваги до осіб високого рангу, а також відповідних обов'язків цих осіб.<sup>15</sup>

(3) Теорія свободи волі: як стверджує Кант, люди володіють гідністю, заснованою на їхній здатності до свободи волі, і тому їх слід розглядати як самоціль, а не як засіб. Така гідність означає, що ми повинні підтримувати сильні негативні обов'язки, такі як “не вбий,” але не позитивні обов'язки, такі як обов'язки добробуту.<sup>16</sup>

(4) Теорія добробуту: гідність, як говорить Джевїрт, є “різновидом внутрішньої цінності, яка рівною мірою належить усім людям як таким і утворена певними внутрішньо цінними аспектами буття людини.”<sup>17</sup> З цієї гідності, у свою чергу, ми можемо вивести не лише негативні свободи, але й обов'язки щодо добробуту інших, які всі люди та держава повинні однаково визнавати та підтримувати.<sup>18</sup>

Три перші теорії можна знайти в роботах Канта, і тому їх не можна розуміти як ворожі одна до одної. Однак третя, на нашу думку, є найцікавішою. Урешті-решт, інші теорії не повністю задовільні з точки зору розуміння зв'язку між правом і гідністю.

Перша теорія, “цінності замість ціни,” суперечить законодавчій діяльності як такій. Має бути певна договірна цінність для людського життя, без якої ми просто не могли б ухвалювати закони. У сфері містобудівного регулювання, наприклад, ми завжди повинні враховувати можливість зовнішніх чинників, деякі з яких можуть бути убивчими, скажімо, для промислового обладнання. Як було встановлено у справі “*Powell v. Fall*” (5 Q. B. 597 (1880)), “Якщо особа використовує небезпечну машину, то вона повинна відшкодувати завдану цією машиною шкоду – це буде справедливо і розумно; якщо прибуток, який вона отримує завдяки використанню машини, не покриє збитків, це є шкідливим для громадськості та має бути заборонено.” Іншими словами, попри те, що ми можемо хотіти мінімізувати кількість нещасних випадків, законодавцю доведеться звернути особливу увагу на незначні нещасні випадки. Як пояснює Девід Фрідман, це будуть нещасні випадки, витрати на запобігання яких будуть більшими, ніж вони того варті.<sup>19</sup> Щоб ухвалити таке рішення, ми повинні мати можливість встановити

<sup>14</sup> Elizabeth Anderson, “Emotions in Kant’s Later Moral Philosophy: Honor and the Phenomenology of Moral Value,” in *Kant’s Ethics of Virtue*, edited by Monika Betzler (New York: de Gruyter, 2008), 123–46.

<sup>15</sup> Andrea Sangiovanni, *Humanity Without Dignity: Moral Equality, Respect, and Human Rights* (Cambridge: Harvard University Press, 2017), 16.

<sup>16</sup> Mark D. White, “Dignity,” in *Handbook of Economics and Ethics*, edited by Jan Peil and Irene van Staveren (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2009), 84f.

<sup>17</sup> Alan Gewirth, “Human Dignity as the Basis of Rights,” in *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values*, ed. Michael J. Meyer and W. A. Parent (Ithaca: Cornell University Press, 1992), 12.

<sup>18</sup> Mark A. Lutz, “Human Dignity,” in *Encyclopedia of Political Economy*, ed. Phillip Anthony O’Hara (London: Routledge, 1999), 471f.

<sup>19</sup> David Friedman, *Law’s Order* (Princeton: Princeton University Press, 2000), 197f.

цінність життя людей. Те саме підходить і для бюджетних міркувань – наприклад, чи варто лікарні купувати новий і дорогий пристрій, який може врятувати дуже обмежену кількість життів. Теорія “цінності замість ціни” не дозволяє нам цього зробити, і, відповідно, вона є занадто філософською теорією, щоб законодавці чи юристи могли використовувати її у своїй повсякденній практиці.

Друга теорія, універсалізуюча теорія честі, якою б привабливою вона не була, не в змозі охопити реальність багатьох людей, особливо тих, які є більш знедоленими. Ринок праці часто вимагає від працівників відмовитися від самооцінки в обмін на винагороду. Їм, наприклад, можна заборонити ходити до туалету, оскільки вони мають безперервно працювати тривалий час, або наказати мочитися, як спортсменам, або попросити одягатись якимось незвично. Те, що люди погоджуються на такі умови, не обов'язково слід розуміти як щось негідне, оскільки це може бути важливим для годування їхніх сімей. І для роботодавців не завжди є негідним вимагати таких речей. Відповідно, ця теорія незадовільна хоча б тому, що вона не може бути використана в сучасному ринковому суспільстві. Честь є моральним ідеалом, і вона не підходить на роль конститутивного принципу права. Вона також не може охопити проблеми, пов'язані з розумінням певною людиною того, що є хорошим життям, особливо для незаможних людей, які можуть поставити прожиток вище своєї честі.

Третя, цікавіша для нашої статті, кантівська теорія свободи волі тісно пов'язана з версією його категоричного імперативу, який звучить так: “Вчиняй так, щоб ти завжди в один і той самий час ставився до людства і в своїй особі, і в особі іншого, як до мети, і ніколи просто як до засобу.”<sup>20</sup> Свобода волі, яка є здатністю до самовизначення чи автономії, означає, що люди мають право діяти без втручання чи примушування, і тому така теорія збігається з класичним лібералізмом у частині захисту більш скромної, якщо не мінімальної, ролі держави. Звичайно, різні прочитання Канта можуть привести до різних теорій. Це може потягти за собою, наприклад, надання більшої ролі державі, що й зробив Джевірт. Але традиційне тлумачення Канта полягає в тому, що саме негативні, а не позитивні обов'язки походять від гідності.

Ключова передумова, свобода волі, має читатись у зв'язку з “позитивною” концепцією свободи, яку захищав Кант, – не плутати з подібним поняттям, висунутим Ісаєю Берліном. Цією концепцією свободи Кант нагадує нам, що люди повинні жити за правилами, які належать їм. “Чим же ще, – писав Кант, – може бути свобода волі, як не автономією, тобто властивістю волі бути законом для себе?”<sup>21</sup> Таким чином, Кант розумів волю як “у кожній дії бути законом для себе,” що передбачало зазначений вище категоричний імператив.

З такої передумови Кант виводив права людини, а також міжособистісні й особисті обов'язки. Однак тут легко забути про основну інтуїцію, що лежить в основі гідності, – раціональні люди мають бути законодавцями самі собі. Їхня раціональність повинна

<sup>20</sup> Kant, *Grounding for the Metaphysic of Morals*, 36.

<sup>21</sup> *Ibid*, 49.

привести їх до підкорення себе моральним законам, принаймні так стверджує Кант. Але у межах такого розуміння моралі люди самі повинні дотримуватися своїх ендогенних уподобань і цінностей. “Якщо звести до головного, – сказав Тімоті Рот про кантівську ідею, – то індивіди мають бути вільні у досягненні своїх цілей – якими б вони не були – з урахуванням обмежень, накладених з боку поваги до прав і справедливих або неупереджених інституцій.”<sup>22</sup> Отже, надання людям свободи переслідувати свої власні цілі та цінності є вимогою такого розуміння людської гідності. Ми повернемося до цієї ідеї свободи волі в наступному розділі, щоб дослідити її наслідки.

Як було зазначено раніше, четверта теорія – теорія Джейвірта – може бути кантіанською за задумом, але не за виконанням.<sup>23</sup> Ця теорія також бере свободу волі людини як вихідну точку, тому права випливають з гідності, адже люди мають здатність до самовизначення. Але, як правило, вона більш зосереджена на позитивних зобов'язаннях як особи, так і держави, щодо добробуту всіх інших. Саме така теорія зараз поживає більшість дискусій навколо гідності та прав людини.

Зокрема, ст. 23.1 Загальної декларації прав людини, а також ст. 6 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права визнають “право на працю,” яке включає, серед іншого, право людей визначитися, чи хочуть вони працювати, де вони хочуть працювати та право вступити до профспілки. Стаття 24, крім того, передбачає “право на відпочинок і дозвілля” на підставі людської гідності. На думку деяких вчених, скажімо, Марка Лутца<sup>24</sup> або Девіда Еллермана,<sup>25</sup> така теорія також використовується, аби піддати сумніву моральність сучасної системи праці, оскільки праця нібито використовується як засіб для капіталу.<sup>26</sup> Вона також використовується для критики економіки добробуту та раціональної економічної людини, які в теорії характеризуються інструментальністю.

Політики зазвичай дотримуються цієї четвертої теорії гідності, щоб формувати або змінювати наші сучасні суспільства. Зараз ми часто припускаємо, що дотримання людської гідності включає позитивні обов'язки не лише з боку держави, а й з боку окремих індивідів. Наприклад, відповідно до Міжнародного пакта про економічні, соціальні та культурні права люди мають колективний позитивний обов'язок допомагати іншим членам свого суспільства в забезпеченні можливостей роботи. Отже, ми знаходимося досить далеко від кантівської теорії свободи волі. Зараз вважається, що для належної поваги до інших ми повинні їм допомагати. Але еквівалентність між повагою та допомогою, на нашу думку, є небезпечною з юридичної точки зору.

<sup>22</sup> Timothy Roth, *The Ethics and the Economics of the Minimalist Government* (Cheltenham: Edward Elgar, 2002), 74.

<sup>23</sup> White, “Dignity,” 85.

<sup>24</sup> Lutz, “Human Dignity.”

<sup>25</sup> David Ellerman, *The Democratic Worker-Owned Firm* (Boston: Unwin Hyman, 1990).

<sup>26</sup> На противагу цьому див.: Mark D. White, “Social Law and Economics and the Quest for Dignity and Rights,” in *The Elgar Companion to Social Economics*, ed. John Davis and Wilfred Dolfsma (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2008), 575–94.

Хоча ми можемо погодитися, що повага є моральною вимогою, набагато менш зрозуміло те, що ми повинні також пропонувати іншим допомогу. Фактично, закони та конституції якомога більше прагнуть визнати цінність гідності, однак набагато менше вони схильні визнавати обов'язок допомоги. Зокрема, Палата лордів постановила, що “якщо особа не зробила нічого, щоб установити будь-які стосунки з іншою особою, яка перебуває в скрутному становищі, або з її майном, проста випадкова близькість не вимагає від неї допомоги цій особі. Це може бути моральний обов'язок допомогти, але робити це юридичним обов'язком непрактично” (Home Office v. Dorset Yacht Co., [1970] AC 1004, [1970] UKHL 2). Таким чином, зміна значення гідності може бути способом запровадити певні позитивні обов'язки у праві, які інакше не визнавалися б. Проблема полягає в тому, що, роблячи це, ми сприяємо занепаду концепції свободи волі у праві.

#### IV. Позаяк гідність є автономією, вона не може бути принципом права

Тепер, коли ми встановили різницю між чотирма розуміннями гідності, ми повинні пояснити, наскільки радикальною насправді є кантівська теорія свободи волі та як вона може привести нас до антиномічної філософії права. Ми стверджуємо, що раціональні люди повинні бути самі для себе законодавцями не лише метафорично. Сфера законодавчої діяльності повинна бути обмежена з точки зору гідності. У такому разі цей розділ не співпадає з точкою зору Джеремі Волдрона,<sup>27</sup> який зробив гідність “принципом права.” Оскільки гідність є автономією,<sup>28</sup> вона не може бути принципом права. Це скоріше принцип стримування права. Дійсно, визначення гідності, наведене Кантом в “Основах метафізики звичаїв,” слід читати у зв'язку з провокаційним уривком “Про рабську покірність” у “Метафізиці звичаїв.” У цьому розділі Кант наводить наступні приклади нашого “обов'язку щодо людської гідності всередині нас:”

Не будьте нічийим лакеєм. – Не дозволяйте іншим безкарно посягати на ваші права. – Не беріть на себе боргових зобов'язань, яких ви не можете повністю забезпечити. < ... > – Стати на коліна або впасти на землю, навіть щоб показати свою пошану небесним об'єктам, суперечить людській гідності, так само як і звернення до їх зображень; адже тоді ви скоряєтесь не *ідеалу*, наданому вам вашим власним розумом, а *ідолу*, якого ви самі створили.<sup>29</sup>

Перший рядок особливо цікавий. Він показує, що автономія, яка знаходиться в основі людської гідності, забезпечує людей правами. Оскільки люди є автономними, їхня позиція стосовно будь-якої системи права має ґрунтуватися на їхніх невід'ємних правах. Вони не повинні бути нічийими лакеями, а також не повинні схилитися чи ставати на

<sup>27</sup> Jeremy Waldron, *Dignity, Ranks, and Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 13ff.

<sup>28</sup> Див.: Ruth Macklin, “Dignity Is a Useless Concept,” *British Medical Journal* 327, no. 7429 (2003): 1419–20.

<sup>29</sup> Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals. In Practical Philosophy*, trans. Mary J. Gregor (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), 558f.

коліна перед іншими. Повноваження законодавця ухвалювати закони часто несумісні з цією ідеєю самовизначення.

Тут ми спираємося на теорію Канта, а не просто повторюємо її. Проте інтуїція все одно залишається кантіанською: “Схильня перед людиною в будь-якому випадку здається негідним людини.”<sup>30</sup> Таким чином, серйозне ставлення до ідеї гідності в праві може вказувати на певне звільнення індивідуальної здатності до суджень. Як зазначив Кант, на протигагу “схильності до рабської покори,” яку ми можемо знайти в людях, поняття гідності має вести нас до певної антиномічної правової філософії.

Антиноміанізм, від грецького *anti* і *nomos*, що означає “проти закону,” є формою індивідуалістичного анархізму, який ставить людей над законом. Спочатку це була теологічна доктрина, принизливо названа так за її відмову від вимоги підкорення Закону Мойсея. Однак тепер у філософії права антиноміанізм є теорією, згідно з якою ніхто не повинен підкорятися жодному набору правил, з якими він не погоджується. Такий погляд зазвичай протистоїть “легалізму,” який надмірно наголошує на вимозі дотримання букви закону.

У християнській теології легалізм і антиноміанізм звинувачувались у надмірному дотриманні Мойсеевого закону й у беззаконні відповідно. Дві відомі антиномічні дискусії визначили останню точку зору – одна у Віттенберзі в 1538 році, яка протиставляла Мартіна Лютера Йоганнесу Агріколі, і друга рівно через століття в колонії Массачусетської затоки, яка призвела до вигнання Енн Хатчінсон з Бостона. Обидва інциденти було спровоковано християнами, які вірили, що моральні закони не є неодмінно обов'язковими.

Для Агріколі з Айслебена, наприклад, спасіння мало бути досягнуто через віру, а не через дотримання закону. Як сказав Святий Павло: “А всі ті, хто на діла Закону покладається, вони під прокляттям.” (Галатам 3:10), і “Закон же прийшов, щоб збільшився переступ” (Римлянам 5:20).<sup>31</sup> Лютер засуджував антиномічне читання Святого Письма, хоча його власні погляди також підтримували ідеал самоврядування, який відстоювали антиноміаністи. “Таким чином, ви є своєю власною Біблією, своїм власним учителем, своїм власним богословом і своїм власним проповідником,” – писав Лютер.<sup>32</sup> “Тільки керуйся цим, і ти будеш мудріший і освіченіший за всю майстерність і за всі книжки законників.” Протестантська доктрина виправдання лише через віру, *sola fide*, також була звинувачена разом з антиноміанізмом у її ворожості до Закону та в непокорі до довільних моральних правил.

Окрім цих теологічних суперечок, антиноміанізм тепер є також світською теорією, яку популяризували, наприклад, Джордж Орвелл чи Ерік Гобсбаум. Останній писав, що двадцяте століття було втіленням “антиноміанічного повстання.”<sup>33</sup> На питання “чи

<sup>30</sup> Ibid, 559.

<sup>31</sup> Див. також: Jeremy Waldron, “Dead to the Law: Paul’s Antinomianism,” *Cardozo Law Review* 28, no. 1 (2006): 301–32.

<sup>32</sup> Martin Luther, *Works*, Vol. 21 (St. Louis: Concordia Publishing, 1958), 236f.

<sup>33</sup> Eric Hobsbawm, *Age of Extremes: The Short Twentieth Century* (London: Abacus, 1995), 16.



слід дотримуватися закону?” антиноміанізм твердо відповідає “ні.” Ніколи не слід підкорятися нічому, крім власної совісті. Антиноміаністи вірять у виправданість будь-якої відповідності закону, однак будь-яка відповідність повинна бути вмотивована індивідуальними міркуваннями, а не авторитетом закону. Хоча антиноміаністи часто дотримуються закону, проте вважають, що вони є принципово вільними від нього. Нікого не можна змушувати підкорятися будь-якому закону. Це справа особистої совісті. Таким чином, антиноміанізм кидає виклик латинському висловлюванню *“omnes legum servi sumus ut liberi esse possimus,”* тобто “ми всі є слугами законів, аби бути вільними.” Згідно з антиноміанізмом, свобода передре закону та витісняє його, і з цієї причини вона ніколи не може бути визначена юридичною правильністю.

Кантівська теорія гідності як автономії співзвучна з цією філософією права. “Але той, хто робить себе хробаком, – сказав Кант, – не може потім скаржитися, коли люди наступують на нього.”<sup>34</sup> Суть як теорії Канта, так і антиноміанізму полягає в тому, що ніколи не слід перетворювати себе на простого слугу. Кожен має залишатися законодавцем самому собі та дотримуватися законів інших лише в тій мірі, в якій він може виправдати ці закони перед самим собою. Таким чином, гідність є питанням самовизначення. Щоб належним чином поважати себе, слід керуватися своєю совістю, а не сліпо виконувати заповіді інших. У певному сенсі ця теорія гідності також є закликом вірити у відповідальність людей за керування власними життями.

Чим менше держава заважає промисловості, – сказав Верховний суд штату Мен (*Opinion of the Justices*, 59 Me. 598 (1871)), – чим менше вона керує й обирає шляхи розвитку підприємства, тим краще. Немає більш безпечного правила, ніж залишити індивідам управління їхніми власними справами.

Люди краще за державу знають, як досягти своїх цілей. Хоча це не завжди буває так, оскільки, зрештою, деякі люди курять, поки не вб’ють себе, проте загалом це хороший принцип для права – як з точки зору самовизначення, так і з огляду на мету ефективності. Зробити людей відповідальними за власні вчинки – це шлях до поваги їхньої гідності. Томас Хілл молодший стверджував, що для підтримки кантіанської гідності люди повинні мати можливість розвивати свою здатність діяти розумно та на основі розсудливості чи ефективності, а також здатність розвивати власні цілі. Тоді гідність стає етикою особистої відповідальності.<sup>35</sup> Антиноміанізм підтримує таку етику, оскільки вимагає від кожного бути власним законодавцем. У цьому разі закону не надається пошана, а питання про покору переформулюється в термінах мовчазної згоди.

Тоді процес дотримання правил регулюється індивідуальною раціональністю. Перевага полягає в тому, що люди несуть відповідальність за історію свого життя. Це другий принцип гідності, який Рональд Дворкін обговорює у своїй книзі “Чи можлива тут демократія?” – першим є принцип “цінність замість ціни.”

<sup>34</sup> Kant, *The Metaphysic of Morals*. In *Practical Philosophy*, 559.

<sup>35</sup> Thomas Jr. Hill, *Dignity and Practical Reason in Kant’s Moral Theory* (Ithaca: Cornell University Press, 1992).

Принцип особистої відповідальності полягає в тому, що кожна людина несе особливу відповідальність за досягнення успіху у власному житті, відповідальність, яка включає винесення власних суджень щодо того, який спосіб життя був би успішним для неї. Вона не повинна приймати того, що будь-хто інший має право диктувати їй ці особисті цінності або нав'язувати їх без її схвалення.<sup>36</sup>

Іншими словами, люди несуть “суверенну відповідальність” за свою власну життєву історію, яка ніколи не може бути ані відібрана у них, ані передана будь-кому іншому. Стверджується, що підпорядковане життя є негідним.

Тим не менш, нічого з того, що було сказано вище, не означає, що ми повинні відкидати будь-яку законодавчу діяльність, яка йде від держави, або що ми маємо залишатися байдужими до становища інших. Існують інші важливі цінності, на яких побудовані наші суспільства, і тому ми повинні збалансувати наші зобов'язання щодо гідності, наприклад, із цінностями свободи, рівності й ефективності. Зокрема, ці цінності, швидше за все, змусять нас схвалити певну форму лібералізму заради свободи, певний ринковий інституційний дизайн заради ефективності Маршалла та певну державу добробуту заради рівності. Разом з цим ми стверджуємо, що гідність як така вказує на межі дії публічного права. Проте, як ми відзначали раніше, в останні десятиліття ми спостерігали протилежне. Постійне розширення сфери дії публічного права є проблемою, оскільки воно суперечить кантіанській позитивній свободі – люди повинні діяти відповідно до законів, які вони самі створили. Як зазначали Деніс Арнольд і Норман Боуї, діяти автономно, керуючись власним сумлінням, є демонстрацією нашої здатності діяти з гідністю.<sup>37</sup>

Діяти з гідністю також означає відповідати за власні невдачі. Якщо хтось палить, це може призвести до ранньої смерті. Визнання таких невдач так само важливе, як і здатність визначення того, як людина хоче досягти успіху в житті. Як сказав Дворкін, американці часто “пишаються тим, що марширують у такт власного барабану, що не слідує нічому прикладу, що роблять це по-своєму.”<sup>38</sup> Багато хто зазнає невдачі, тобто не проживе найбільш повноцінного життя. Так, наше прагнення до рівності повинно підштовхувати нас до створення закладів соціального забезпечення, які можуть мати рівень, нижче якого нікому не потрібно буде спускатися. Проте гідність вимагає, щоб люди могли зазнати невдачі. Не підпорядковуватися іншим означає володіти своїми успіхами так само, як і своїми невдачами.

Тепер ми можемо зрозуміти, чому концепція гідності не може бути принципом права в цілому, всупереч тому, що стверджував Волдрон. Етика гідності, а саме використання власної здатності до самовизначення, свободи волі, якщо хочете, є етикою відповідальності. Люди самі відповідають за свій життєвий вибір. Вони несуть відпо-

<sup>36</sup> Dworkin, *Is Democracy Possible Here?* 10.

<sup>37</sup> Denis G. Arnold and Norman E. Bowie, “Sweatshops and Respect for Persons,” *Business Ethics Quarterly* 13, no. 2 (2003): 223.

<sup>38</sup> Dworkin, *Is Democracy Possible Here?* 18.

відальність за контракти, які вони укладають, або за кредити, які вони беруть. Католики можуть визнавати за Папою певну владу над своїми релігійними віруваннями, а громадяни можуть визнавати певні повноваження держави ухвалювати закони з деяких питань. Однак повноваження, надані в таких випадках, будуть лише епістемічними, як зазначив Дворкін,<sup>39</sup> або, можливо, заснованими на розсудливості. Люди залишаються самі собі господарями, а тому нікому не надають повноважень примушувати до поваги.

Ця теорія гідності, заснована на свободі волі, не може бути принципом права в цілому. Якщо ми дотримуємося цього, нам слід радше обмежити сферу публічного права, щоб надати людям більше можливостей для реалізації своєї автономії, скажімо, через приватне право. Звичайно, люди не можуть самі все вирішувати, тому все ж потрібні певні закони, хоча б мінімальна правова база. Наприклад, особа не може в односторонньому порядку вирішувати, чим вона володіє або чи можна вбивати людей. Інші важливі для наших суспільств цінності роблять ці акти вибору такими, що виходять за межі особистої відповідальності. Антиноміанізм – це не анархізм. Тим не менш, важливо розуміти, як слід використовувати концепцію гідності та в якому напрямку вона має спрямовувати наші інституції. Позаяк право примушує себе поважати, гідність не може бути принципом права, оскільки вона радше вимагає від людей бути власними суверенними законодавцями та писати власну історію.

#### **V. Ліберальне суспільство має бути побудоване навколо теорії гідності, заснованої на свободі волі**

Досить поширеним є включення в опитувальні листи щодо бюджету такого рядка, у якому б запитувалось, скільки грошей ми готові витратити, щоб врятувати певну групу людей, наприклад, курців, діабетиків або людей, які потребують діалізу. Легко побачити за цим проблему автономії в наших суспільствах. Джон Ст. Мілль, наприклад, нагадував нам, що “при класифікуванні населення країни не слід враховувати багатство людей. Вони є тим, заради чого багатство існує. Термін ‘багатство’ має на меті позначити бажані об’єкти, якими люди володіють, не включаючи їхню власну особистість, а на противагу їй.”<sup>40</sup> Іншими словами, згідно з Міллем, було б категоріальною помилкою приписувати цінність життю, оскільки цінність може вимірювати лише те, що належить людям. Тоді можна було б стверджувати разом із Девіртом, що люди зобов’язані підтримувати тих, хто не має такого ж багатства, як вони. За умови, що право серйозно ставиться до такого ідеалу гідності, ми могли б надати належної юридичної форми деяким обов’язкам щодо забезпечення благополуччя інших. Ми захистили принципово інше розуміння гідності.

Найкращий спосіб відстояти гідність як свободу волі часто полягає не в ухваленні законів, а в тому, щоб дозволити людям бути господарями самим собі. “*Cessante ratione*

<sup>39</sup> Dworkin, *Is Democracy Possible Here?* 19.

<sup>40</sup> John Stuart Mill, *Principles of Political Economy* (London: Longmans, Green and Co, 1936), 8.

*legis cessat ipsa lex*" ("Коли припиняється підстава закону, припиняється і сам закон"). Антиноміанізм – це індивідуалістичне розуміння цієї римської максими, для якого єдиними дійсними підставами для будь-якого закону є ті, які люди винайшли самі. Проте, на відміну від більшості анархістів, антиноміаністи не можуть пропагувати знищення держави. Оскільки правила прийнятні для більшості людей, вони будуть загалом виконуватися. Ми стверджували, що кантіанське розуміння такої філософії кидає виклик загальному дискурсу гідності. Гідність – філософське поняття. Воно починається з ідеї свободи волі, з якої потім випливає етика відповідальності.

З іншого боку, як ми можемо побачити, сучасне розуміння гідності, яке захищається Міжнародним пактом про економічні, соціальні та культурні права, наголошує на позитивних обов'язках, наприклад, "допомагати людям мати свободу та добробут, коли вони не можуть досягти цього своїми власними зусиллями."<sup>41</sup> Питання, чи є такі обов'язки важливими цілями для наших суспільств, залишається відкритим. Однак ми не повинні намагатися крадькома запровадити деякі обов'язки, штучно пов'язуючи їх із поняттям гідності. Хтось може вважати таку схему схвальною, але, ймовірно, це помилка. Урешті-решт, це послаблює як поняття гідності, що виправдовує надто багато обов'язків, які необхідно сприймати серйозно, так і самі ці обов'язки, які тепер мають загадкову історію обґрунтування, що пов'язує їх з гідністю.

Ніхто не допомагає гідності інших осіб, перешкоджаючи їм працювати на важкій, але чесній роботі. Як раз навпаки, це позбавляє їх здатності визначати своє розуміння хорошого життя та слідувати йому. Багато так званих проблем гідності краще розуміти як проблеми, скажімо, рівності чи справедливості. Можливо, це ознака нашого часу, що цінність гідності наразі використовується для їх обґрунтування останніх. Це поняття може бути більш популярним. Тим не менш, ми повинні бути обережними, особливо зараз, коли поняття гідності закріплено в багатьох конституціях і глобальних деклараціях. Звичайно, ми не хочемо жити у світі, повному зневаги до гідності. Але ми повинні брати на себе створення уявної зневаги.

Це правда, що деякі люди можуть робити неправильний вибір, скажімо, палити. Ми знаємо, що куріння може призвести до ранньої смерті та серйозних проблем зі здоров'ям, багато з яких значно погіршать якість життя людини, і, можливо, навіть поставлять під загрозу її здатність раціонально планувати майбутнє. Тим не менш, ми віримо, що позаяк концепція гідності веде нас до етики відповідальності, людям важливо визнавати свої невдачі. Принаймні, вони повинні мати можливість зазнавати невдач, тобто можливість намагатися виборювати своє хороше життя. Надмірне законотворення заради гідності може ускладнити це прагнення для деяких людей, наприклад, бідніших. Що стосується проблем дискримінації, нерівності чи експлуатації, їх слід вирішувати спираючись скоріше не на гідність, а на цінності рівності, неупередженості чи справедливості. Шлях, яким ми доходимо певного висновку, є важливим.

<sup>41</sup> Alan Gewirth, "Human Rights and the Workplace," *American Journal of Industrial Medicine* 9 (1986): 33.

У підсумку, ми довели, що нам слід повернутися до теорії гідності, заснованій на свободі волі. Використовуючи антиномічне тлумачення теорії Канта, ми стверджуємо, що раціональні люди мають бути самі собі законодавцями. Це означає, що вони повинні діяти на основі законів, які самі створили. Сфера будь-якої законодавчої діяльності повинна бути відповідно обмежена з огляду на гідність. З іншого боку, ми також довели, що роль гідності в наших правових системах має бути зменшена. Гідність не може бути принципом права, оскільки є скоріше принципом відповідальності.

© О. Мелкевік, 2022

© Б. Мелкевік, 2022

## Bibliography

- Anderson, Elizabeth. "Emotions in Kant's Later Moral Philosophy: Honor and the Phenomenology of Moral Value." In *Kant's Ethics of Virtue*, edited by Monika Betzler, 123–46. New York: de Gruyter, 2008.
- Arnold, Denis G., and Norman E. Bowie. "Sweatshops and Respect for Persons." *Business Ethics Quarterly* 13, no. 2 (2003): 221–42.
- Bates, Clive. "Study Shows That Smoking Costs 13 Times More Than It Saves." *British Medical Journal* 323, no. 7319 (2001): 1003.
- Campaign for Tobacco-Free Kids. *Immorality and Inaccuracy of the Death Benefit Argument*. Washington DC. [www.tobaccofreekids.org](http://www.tobaccofreekids.org).
- Dworkin, Ronald. *Is Democracy Possible Here?* Princeton: Princeton University Press, 2006.
- Ellerman, David. *The Democratic Worker-Owned Firm*. Boston: Unwin Hyman, 1990.
- Feinstein, Dianne. "Letter to Geoffrey Bible, Chief Executive Officer of Philip Morris Companies, Inc." In *Truth Tobacco Industry Documents*. University of California San Francisco, 2001.
- Friedman, David. *Law's Order*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- Gewirth, Alan. "Human Dignity as the Basis of Rights." In *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values*, edited by Michael J. Meyer and W. A. Parent. Ithaca: Cornell University Press, 1992.
- Gewirth, Alan. "Human Rights and the Workplace." *American Journal of Industrial Medicine* 9 (1986): 31–40.
- Hill, Thomas Jr. *Dignity and Practical Reason in Kant's Moral Theory*. Ithaca: Cornell University Press, 1992.
- Hobsbawm, Eric. *Age of Extremes: The Short Twentieth Century*. London: Abacus, 1995.
- Jensen, Michael, and William Meckling. "The Nature of Man." *Journal of Applied Corporate Finance* 7, no. 2 (1994): 4–19.
- Kant, Immanuel. *The Metaphysic of Morals*. In *Practical Philosophy*. Translated by Mary J. Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Kant, Immanuel. *Grounding for the Metaphysic of Morals*. Translated by James W. Elligton. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1993.

- Kmietowicz, Zosia. "Tobacco Company Claims That Smokers Help the Economy." *British Medical Journal* 323, no. 7305 (2001): 126.
- Luther, Martin. *Works*, Vol. 21. St. Louis: Concordia Publishing, 1958.
- Lutz, Mark A. "Human Dignity." In *Encyclopedia of Political Economy*, edited by Phillip Anthony O'Hara, 471–72. London: Routledge, 1999.
- Macklin, Ruth. "Dignity Is a Useless Concept." *British Medical Journal* 327, no. 7429 (2003): 1419–20.
- Mill, John Stuart. *Principles of Political Economy*. London: Longmans, Green and Co, 1936.
- Peacock, Amy, et al. "Global Statistics on Alcohol, Tobacco, and Illicit Drugs Use: 2017 Status Report." *Addiction* 113 (2018): 1905–26.
- Ross, Hana. "Critique of the Philip Morris Study of the Cost of Smoking in the Czech Republic." *Nicotine & Tobacco Research* 6, no. 1 (2004): 181–89.
- Roth, Timothy. *The Ethics and the Economics of the Minimalist Government*. Cheltenham: Edward Elgar, 2002.
- Sandel, Michael. *What Money Can't Buy*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012.
- Sangiovanni, Andrea. *Humanity Without Dignity: Moral Equality, Respect, and Human Rights*. Cambridge: Harvard University Press, 2017.
- Sensen, Oliver. "Kant on Human Dignity Reconsidered." *Kant-Studien* 106, no. 1 (2015): 107–29.
- Viscusi, William Kevin. "From Cash Crop to Cash Cow: How Tobacco Profits State Governments." *Regulation* 20, no. 3 (1997): 27–32.
- Waldron, Jeremy. *Dignity, Ranks, and Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Waldron, Jeremy. "Dead to the Law: Paul's Antinomianism." *Cardozo Law Review* 28, no. 1 (2006): 301–32.
- White, Mark D. "Dignity." In *Handbook of Economics and Ethics*, edited by Jan Peil and Irene van Staveren, 84–90. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2009.
- White, Mark D. "Social Law and Economics and the Quest for Dignity and Rights." In *The Elgar Companion to Social Economics*, edited by John Davis and Wilfred Dolfsma, 575–94. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2008.

**Осбйорн Мелкевік і Б'ярн Мелкевік. Дві концепції гідності: про занепад свободи волі у праві**

**Анотація.** У цій статті досліджується радикальна зміна, яку ми можемо спостерігати в сучасному юридичному розумінні гідності. Те, що людину слід поважати заради неї самої, є наріжним каменем наших сучасних суспільств, що закріплене у наших законах і конституціях. Однак поняття гідності піддається принципово різним тлумаченням. Точніше, ми досліджуємо дві такі теорії гідності, а саме: "теорію гідності, засновану на свободі волі," яка асоціюється з Іммануїлом Кантом, і "теорію гідності, засновану на добробуті," яку нещодавно відстоював Алан Джевірт. Ми стверджуємо, що сучасний перехід від першої до другої теорії є проблематичним, по-перше, оскільки він є проявом занепаду свободи волі в наших правових системах, і, по-друге, тому що добробутна теорія гідності часто прирікає на поразку сама себе. У цій статті відповідно стверджується, що ми повинні повернутися до теорії свободи волі. Використовуючи антиномічне прочитання теорії Канта, ми стверджуємо, що раціональні люди мають бути самі собі законодавцями і що сфера законодавчої діяльності повинна бути обмежена міркуваннями гідності.

**Ключові слова:** гідність; свобода волі; добробут; автономія; Кант.

**Осбйорн Мелкевик и Бьярн Мелкевик. Две концепции достоинства: об упадке свободы воли в праве**

**Аннотация.** В этой статье исследуется радикальное изменение, которое мы можем наблюдать в современном юридическом понимании достоинства. То, что человека следует уважать ради него самого, является краеугольным камнем наших современных обществ, закрепленным в наших законах и конституциях. Однако понятие достоинства подвергается принципиально разным толкованиям. Точнее, мы исследуем две следующие теории достоинства, а именно: “теорию достоинства, основанную на свободе воли,” ассоциируемую с Иммануилом Кантом, и “теорию достоинства, основанную на благосостоянии,” недавно отстаиваемую Аланом Дживиртом. Мы утверждаем, что современный переход от первой ко второй теории проблематичен, во-первых, поскольку он является проявлением упадка свободы воли в наших правовых системах, и, во-вторых, потому что благополучная теория достоинства часто обрекает на поражение сама себя. В этой статье, соответственно, утверждается, что мы должны вернуться к теории свободы воли. Используя антиномическое прочтение теории Канта, мы утверждаем, что рациональные люди должны быть сами себе законодателями и что область законодательной деятельности должна быть ограничена соображениями достоинства.

**Ключевые слова:** достоинство; свобода воли; благосостояние; автономия; Кант.

**Åsbjørn Melkevik and Bjarne Melkevik. Two Concepts of Dignity: On the Decay of Agency in Law**

**Abstract.** This paper examines the radical shift we can observe in the modern legal understanding of dignity. That one should be respected for one’s own sake is a cornerstone of our modern societies, enshrined in our laws and constitutions. The idea of dignity, however, is subject to fundamentally different interpretations. More precisely, we examine two such theories of dignity – namely, the “agency theory of dignity,” associated with Immanuel Kant and based on people’s capacity for free will, and the “well-being theory of dignity,” recently championed by Alan Gewirth and regarding dignity a kind of intrinsic worth that belongs equally to all human beings as such. Kantian dignity means that we should endorse strong negative duties, but not positive duties, such as duties of welfare. From Gewirth’s one we can derive rights not only of negative freedom, but also duties of well-being toward others.

The modern shift from the former to the latter, we argue, is problematic, first, inasmuch as it is an expression of the decay of agency in our legal systems, and, second, because the well-being theory of dignity is often self-defeating, hurting the well-being of the worst-off and lowering total welfare in society. This paper accordingly maintains that we should go back to the agency theory of dignity.

Using an antinomian reading of Kant’s theory, we maintain that rational people are to be their own lawmaker and act from laws they themselves made, that the scope of legislative activity should be limited as a matter of dignity, and the role of dignity should be reduced in our laws. The main conclusion is that dignity cannot be a principle of law, as it is rather a principle of responsibility.

**Keywords:** dignity; agency; well-being; autonomy; Kant.

Одержано/Received 09.05.2022

## 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, англійською або російською мовами.

Рукопис повинен містити:

1) інформацію про автора українською та англійською мовами (прізвище, ім'я, по батькові, науковий ступінь, учене звання, місце основної роботи, посада, поштова адреса, електронна адреса, номер телефону, ORCID ID);

2) основний текст статті;

3) бібліографію;

4) ім'я та прізвище автора, назву статті, анотацію та ключові слова (5–10 слів) трьома мовами (українська, російська, англійська).

Уся інформація повинна міститись в одному файлі у форматі .doc або .docx. Назва файлу має складатися з прізвища автора та перших 3–4 слів назви.

Рекомендований обсяг рукопису – від 20 до 40 тис. знаків (за погодженням з редакцією – до 60 тис. знаків).

Якщо у статті виокремлено тематичні розділи (бажано), то слід застосовувати нумерування римськими цифрами.

Поля – 2 см, відступ від лівого краю – 0,5 см, шрифт *Times New Roman*, розмір шрифту 14, міжрядковий інтервал – 1,5. Бібліографія та анотації подаються шрифтом 12, міжрядковий інтервал – 1,0.

Матеріали подаються електронною поштою [philosophyoflawjournal@gmail.com](mailto:philosophyoflawjournal@gmail.com).

### **Написання анотації**

Публікація не англійською мовою супроводжується анотацією англійською мовою обсягом не менш як 1 800 знаків, включаючи ключові слова; публікація не українською мовою супроводжується анотацією українською мовою обсягом не менш як 1 800 знаків, включаючи ключові слова. З тексту анотації має бути зрозуміло,



яку проблему поставлено, у чому полягає особливість дослідницького підходу, які висновки зроблено та в чому полягає їх наукова новизна. Анотація до полемічної статті має містити опис полемічних позицій.

### **Оформлення бібліографії**

Бібліографію необхідно розміщувати після тексту статті та складати згідно з *Чикаго стиль: виноски та бібліографія* (*Chicago style: notes and bibliography*). Див. [https://www.chicagomanualofstyle.org/tools\\_citationguide/citation-guide-1.html](https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html). Джерела розміщуються за алфавітом. Назви журналів скорочувати не потрібно. Список використаних джерел має бути надрукований з виступом 0,5 см. Бібліографія подається латиницею. Опис кирилических джерел необхідно перекласти англійською та зазначити мову оригіналу. Назви періодичних видань та видавництв не перекладаються, а транслітеруються. Наприклад:

Sartre, Jean-Paul. *Being and Nothingness: An Essay on Phenomenological Ontology*. [In Ukrainian.] Kyiv: Osnovy, 2001.

Назви джерел мовами, які використовують латиницю, на англійську не перекладаються. Після списку джерел латиницею подається той самий список мовами оригіналу.

### **Правила цитування й посилання на джерела**

У тексті статті мають бути дотримані загальні правила цитування й посилання на використані джерела згідно з *Чикаго стиль: виноски та бібліографія*. Посилання на нормативні акти та судові справи подаються згідно з міжнародним стилем цитування та посилання в наукових роботах *Оскола стиль* (*OSCOLA Style*). Див. [https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola\\_4th\\_edn\\_hart\\_2012.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf) (с. 13–32).

Необхідно використовувати підрядкові бібліографічні посилання, які подаються мовою оригіналу. Під час нумерування підрядкових бібліографічних посилань потрібно застосовувати наскрізне нумерування в межах усієї статті арабськими цифрами. Підрядкові бібліографічні посилання повинні бути надруковані з вирівнюванням по ширині; шрифт *Times New Roman*, розмір шрифту – 10, міжрядковий інтервал – 1,0.

Для виділення в тексті цитат використовуються лапки "...". Якщо в цитованому тексті, узятому у лапки, є інші цитування та інші слова або вислови, що мають уживатися в лапках, доцільно використовувати різні лапки – зовнішні "... " і внутрішні '...' Цитата, яка складається з п'яти і більше рядків тексту (блокова цитата), подається в тексті з нового рядка 12 шрифтом з абзацним відступом зліва для всієї цитати і не береться в лапки. Перед блоковою цитатою та після неї йде один рядок відступу.

Якщо автор статті, наводячи цитату, виділяє у ній деякі слова, робиться спеціальне застереження, напр.: (курсив мій. – С. І.).

Редагування і коректура *О. П. Красенко*

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації  
серія КВ № 23923-13763 Р від 03.04.2019

Підписано до друку 20.10.2022.

Формат 70×100/16. Папір офсетний. Гарнітура Arno Pro.

Ум. друк. арк. 16,3. Обл.-вид. арк. 15. Тираж 100 прим.

Вид. № 3081

Видавець – видавництво “Право”

Національної академії правових наук України

та Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

вул. Чернишевська, 80-А, Харків, 61002, Україна

Тел./факс (057) 716-45-53

Сайт: <https://pravo-izdat.com.ua>

E-mail для авторів: [verstka@pravo-izdat.com.ua](mailto:verstka@pravo-izdat.com.ua)

E-mail для замовлень: [sales@pravo-izdat.com.ua](mailto:sales@pravo-izdat.com.ua)

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи  
до Державного реєстру видавців, виготовлювачів і розповсюджувачів  
видавничої продукції – серія ДК № 4219 від 01.12.2011

Виготовлювач – ТОВ “ПРОМАРТ”,

вул. Весніна, 12, Харків, 61023, Україна

Тел. (057) 717-28-80

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи  
до Державного реєстру видавців, виготовлювачів і розповсюджувачів  
видавничої продукції – серія ДК № 5748 від 06.11.2017