

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
Національна академія правових наук України



ФУНДАМЕНТАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ II. ПРАВО І НЕПРАВО

*Тези доповідей
Всеукраїнського круглого столу
(18–19 вересня 2020 року)*

Харків
2020

УДК 340.1
Ф94

Фундаментальні проблеми юриспруденції II.
Ф94 **Право і неправо:** Тези доповідей Всеукраїнського
круглого столу (18–19 вересня 2020 року) / уклад.:
С. Максимов, Н. Сатохіна. — Харків, 2020. — 116 с.

УДК 340.1

- © Колектив авторів, 2020
- © Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, 2020
- © Національна академія правових наук
України, 2020

ЗМІСТ

Володимир Абаши́нік

Ганс Кельзен про право та неправу 6

Ірина Бесага

Екзистенціалістичні і соціально-філософські основи
розуміння правового у працях Вернера Майхофера 9

В'ячеслав Бігун

Доброчесність, самосуд і політичний судовий процес:
розмежування «права» і «неправа» у діалектиці
здійснення правосуддя (онлайн)..... 13

Олег Богініч

Право сили як модус існування права 21

Дмитро Вовк

«Наш важкий шлях до права» чи від нього 26

Олена Дашковська

Недержавне правове регулювання:
загальнотеоретична характеристика 28

Геннадій Дубов

Асиметрія права та неправу 32

Тамара Дудаш

Логіка, риторика чи діалектика
для аргументування права чи неправу? 35

<i>Александр Ерёмченко</i>	
Исторические события и правовые нормы: проблема легитимации	40
<i>Ганна Коваленко</i>	
Природа суперечності правових і неправових законів у нормативній системі	43
<i>Олександр Литвинов</i>	
Право та інші нормативні системи: межі неправа як питання культурної дифузії свідомості (до апології культурологічного підходу в правознавстві)	46
<i>Каріна Литвинюк</i>	
«Неправо» як передумова формування права у деяких філософських концепціях.....	52
<i>Сергій Максимов</i>	
«50 відтінків» неправа.....	56
<i>Юлія Матвєєва</i>	
Комунікативні умови вирішення проблем на межі права і неправа	60
<i>Анастасія Мерник</i>	
Сучасні концепції праворозуміння: «pro» et «contra»	63
<i>Анна Наконечна</i>	
Правові потреби як «неправо», яке знаходить вияв у позитивно-правовому регулюванні	66
<i>Олег Павлишин</i>	
Поняття права та неправа в семіотико-правовому вимірі	69
<i>Петро Рабінович</i>	
Феномен неправа: плюралістичність інтерпретацій.....	72

<i>Петро Рабінович і Павло Мирцало</i>	
Категорія неправо як поняттєве відлуння проблеми праворозуміння.....	76
<i>Сергій Рабінович</i>	
Дихотомії «правового-неправового» та «свого-чужого» як знаряддя символічної боротьби	80
<i>Олександр Радутний</i>	
Кримінальне право та неправо.....	83
<i>Юлія Разметаєва</i>	
Ілюзорний світ, (не)права людини, автономія та поляризація	87
<i>Віталіна Савчук</i>	
Неправо і норми для вирішення	90
<i>Сергій Савчук</i>	
Відношення неправо/НЕПРАВО	93
<i>Наталія Сатохіна</i>	
Досвід безправ'я та проблема надзвичайного стану.....	96
<i>Алексей Стовба</i>	
Неправо и не право: возможна ли негативная онтология права?	100
<i>Олег Тарасов</i>	
Право і неправо у структурній єдності персонативної правової реальності.....	103
<i>Александр Ткаченко</i>	
Правовое Ничто: цивилистические рефлексии	107
<i>Юрій Шеляженко</i>	
Неправо як джерело права: від парадоксів до автономно-процесуальної моделі.....	111

Володимир Абашнік¹

ГАНС КЕЛЬЗЕН ПРО ПРАВО ТА НЕПРАВО

Відомий австро-американський юрист та філософ права Ганс Кельзен на протязі всього свого життя займався питаннями взаємовідносин права (нім. *Recht*) та неправа (нім. *Unrecht*). Ці дослідження він розпочав у ранньому трактаті «Про державне неправо» (1914), який спочатку вийшов у віденському «Часопису приватного та публічного права сучасності», а потім друкувався окремими виданнями й перекладався іншими мовами. У структурному відношенні робота «Про державне неправо» («Über Staatsunrecht») складається із «Попереднього зауваження. Державне право та державне неправо», «Висновків. Державне право та державне неправо» й чотирьох наступних глав: «I. Загальний принцип», «II. Кримінальне та цивільне неправо певної держави», «III. Помилковий державний акт», «IV. Державне неправо та відповідальність держави за свої органи».

У своєму «Попередньому зауваженні» до вказаного твору Ганс Кельзен називає державне неправо «певним злом державного життя». У другій главі він вказує на відмінність між кримінальним неправом та цивільним неправом окремої держави. У третій главі Кельзен трактує неправо як факт певного діяння, яке перебуває у протиріччі з певною нормою. Виходячи з цього, далі він приходить до наступного висновку: «В залежності від того, чи є ця норма правовою нормою, або моральною нормою, або ж нормою іншого характеру, маємо правове, моральне або інше

¹ Доктор філософських наук, професор, завідувач кафедри гуманітарних та фундаментальних юридичних дисциплін Харківського економіко-правового університету.

e-mail: abaschnik@ukr.net

неправо...». Тобто тут Ганс Кельзен розглядає поняття «неправо» у двох аспектах — у широкому розумінні та у вузькому (юридичному) розумінні.

У фундаментальній праці «Загальне вчення про державу» (1925) Кельзен звертається до питання взаємовідносин права та неправа у главі «3. Держава та право» та у главі «8. Вчення про державні органи». Зокрема тут він виступає проти загально-прийнятого тлумачення неправа як заперечення (нім. *Negation*) права й наголошує: «Якщо «неправо» повинне стати *правовим поняттям*, то його необхідно розуміти як зміст правового положення, тобто розуміти як право». Не дивлячись на таке парадоксальне твердження, суть його слід інтерпретувати наступним чином: Якщо неправо є лише запереченням права, то, таким чином, воно виноситься за межі системи права, що в свою чергу призводить до неможливості розглядати неправо з правової точки зору. Натомість, коли неправо входить до сфери системи права, то воно стає правовим поняттям й може розглядатися в рамках системи права.

До вказаної тези Ганс Кельзен звертається у параграфі «Державне неправо та теодицея» третьої глави роботи «Загальне вчення про державу». Тут він проводить аналогію між правознавством та богослов'ям й пише: «Бог не може бажати/воліти зла, держава не може чинити неправо». Тобто, так само як зло належить до світового порядку, створеного Богом, хоча Бог і не бажає/воліє зла; так само й неправо належить до правового порядку (системи права), хоча правова система не бажає/воліє неправу. Однак тут виникає велика спокуса, з одного боку, у теологів — тлумачити зло як заперечення Бога, а, з іншого боку, у юристів — тлумачити неправо як заперечення права. Насправді, як підкреслює Ганс Кельзен, зло є не запереченням Бога, а лише одним із елементів «божественного порядку» або системи світу, створеної Богом. Так само, за аналогією, й неправо є не запереченням права, а лише елементом у рамках системи права.

У своїх пізніх творах Кельзен поглиблював та розширював розуміння взаємовідносин між правом та неправом. Так, у розділі

«IV. Правова статика» другого видання праці «Чисте правовчення» (1960) він присвятив цьому питанню параграф «27. Санкція: неправо та наслідок неправ». В даному контексті він доводить свою тезу, згідно з якою неправо — це не заперечення права (нім. *Negation des Rechts*), а умова права (нім. *Bedingung des Rechts*). Таким чином, можна констатувати, що Ганс Кельзен запропонував оригінальне бачення взаємовідносин між правом та неправом у різних аспектах, яке, на нашу думку, надає перспективний теоретичний базис для розв'язання цієї проблеми на початку 21-го століття.

Ірина Бесага¹

ЕКЗИСТЕНЦІАЛІСТИЧНІ І СОЦІАЛЬНО-ФІЛОСОФСЬКІ ОСНОВИ РОЗУМІННЯ ПРАВОВОГО У ПРАЦЯХ ВЕРНЕРА МАЙХОФЕРА

Успробі надати обґрунтування феномену буття права видатний німецький філософ права ХХ ст. Вернер Майхофер на позір парадоксально поєднав ідеї екзистенціалізму з соціологічним підходом до права. Запозичені з останнього категорії «очікувань» та «інтересів» дозволяють побачити право поза межами норм законодавства. Це вимагає також звернення до фундаментальних основ права, які, як стверджують представники екзистенціалізму, укорінені у самій людині, способі її існування у світі. Відповідно, право для Майхофера-екзистенціаліста має свою основу не в деякій завжди наявній субстанції людини, але в «екзистенції, яку людина веде в світі, у способі, яким вона здійснює свою сутність» (*Maihofer W. Naturrecht als Existenzrecht. Frankfurt am Main : Vittorio Klostermann, 1963. S. 18*).

Як стверджує В. Майхофер, людська екзистенція виступає по суті соціальною екзистенцією..., тобто перебуває в соціальному бутті-з-іншими. Лише як «Політіс», і тим самим як «людина в праві», вона і є «справжня» людина» (*Maihofer W. Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie. Frankfurt am Main : Vittorio Klostermann, 1954. S. 31; Стовба О. В. Право і час. Харків: Тім Пабліш Груп, 2016. С. 167*). При цьому в бутті-в-праві мова не йде про

¹ Аспірантка кафедри теорії та історії держави і права, конституційного та міжнародного права Львівського державного університету внутрішніх справ.
e-mail: animespirit12@ukr.net

індивідуальну своєрідність буття самості, але натомість про соціальну дійсність буття-як (брата, сина, гостя або друга гостя тощо). Відтак, право належить до справжнього буття, а факт укорінення права у сфері соціального робить, як стверджує німецький правознавець, соціологію необхідною складовою тієї концепції, що має своїм змістом пояснення феномену права (*Maihofer W. Naturrecht als Existenzrecht. S. 53–54*).

Ця позиція отримує поглиблене обґрунтування у статті «Природне право як екзистенційне право» (1963), де стверджується, що «тільки людина здатна бажати або вимагати чогось, але не безпідставно, а лише з огляду на дані у соціальній дійсності певні констеляції інтересів і очікувань тих людей, які в життєвому світі повсякденності мають справу один з одним; беручи до уваги задану, а тим самим залишену на відкуп людині згідно її призначенням фактичну дійсність». Тим самим «мова йде вже не про сутність або ество однієї людини, але про те, чим, за їхньою суттю, є люди в їх бутті-одного-з-одним» (*Maihofer W. Naturrecht als Existenzrecht. S. 21–22; Стовба О. В. Право і час. С. 177–178*). Як вважає правознавець, «Іншого нам не вистачає з огляду на те, що всі значення всякого Іншого як такого виокремлюють закладені у природі речей наявні очікування одного щодо одного («очікування щодо когось як когось»). Ці відносини є онтологічною підставою для даних із природи речей інтересів, які характеризуються як природні або розумні, які ми приймаємо в бутті і поведінці Інших як таких, і тим самим для цінності або не-цінності поведінки Інших для нас» (*Maihofer W. Die Natur der Sache. Die Ontologische Begründung des Rechts. Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965. S. 75*).

Детальний аналіз розглядуваних категорії пов'язаний також із структурою майхоферівського поняття «соціальних ролей», обґрунтованого правознавцем у праці «Природа речей» (1965). Ці ролі у Майхофера, по суті, мають такий устрій, з якого можна виділити як їхні буття та сенс, так і їхній характер як «виявленої себе в реальності цінності», а тим самим — і «здійснюваного в бутті Повинного» (*Maihofer W. Die Natur der Sache. S. 71*).

Якраз інтереси і очікування людей, за В. Майхофером, виступають елементами «ціннісної структури» образів або ролей, що виступають підставою для зустрічних вимог до поведінки Інших, яка б відповідала природі займаних Іншими ролей та становищ: «всьяке право мислиться і виробляється з такого горизонту очікувань, оскільки «за правом» у масштабі цих (позитивних або негативних) очікувань всякому Іншому пропонуються межі дозволеного і недозволеного, так що виконання цих очікувань гарантовано і необхідним чином встановлено за допомогою правового примусу» (*Maihofer W. Die Natur der Sache. S. 75; Стівба О. В. Право і час. С. 184*).

Як зазначає В. Майхофер, якщо брати за вихідний пункт інтереси і відповідні очікування людей, які реально перебувають в світі в певній ролі або в певному становищі, тобто «якщо ми щоразу вміщуємо себе у (ціннісно) вихідний пункт умов самозбереження і самореалізації учасників правового процесу («зачеплених»), стає очевидним, що в подібній ролі або становищі люди типовим чином зазнають певних способів впливу подій (відношень) відповідно до їхнього функціонального впливу на інтереси людей, одні очікування щодо яких мисляться як благо, а інші — як шкода; як задоволення їхніх інтересів, здійснення бажань, або ж як шкода інтересам, розчарування в очікуваннях» (*Maihofer W. Naturrecht als Existenzrecht. S. 23*).

Водночас, оскільки інтереси та очікування не є довільно вкладеними у ситуацію, але натомість «виступають екзистенційними прагненнями її учасників, що перебувають у відповідному нормативному образі буття-як, узгодження цих інтересів та очікувань (переважно, взаємовиключних) є непростим завданням. Для В. Майхофера це означає лише те, що «масштаб для вирішення подібного конфлікту інтересів, вміщеного в природі речей, в кінцевому підсумку може бути знайдений лише в самій людині: в тому, що людина осягає як власне призначення, і що вона в змозі відкрити лише історично, осмислюючи, що ж із цієї, заданої і врученої їй у розпорядження дійсності світу, пропорційно людині, а що — ні» (*Maihofer W. Naturrecht als Existenzrecht. S. 25–26*).

Намагаючись віднайти об'єктивну основу права, В. Майхофер надає великого значення обґрунтуванню природних фактів та природних закономірностей, а також соціологічним поняттям очікувань та інтересів. Саме ці поняття визначають, за трактуванням дослідника, зміст права, яке виводиться із конкретної життєвої ситуації (природи речей) у бутті-як (Als-Sein). Такий висновок філософ зробив під впливом екзистенціалізму, відповідно до якого людина береться як центральна категорія та виступає мірилом осмисленості або безглуздості, значущості або нікчемності всього, що зустрічається у її бутті.

В'ячеслав Бігун¹

ДОБРОЧЕСНІСТЬ, САМОСУД І ПОЛІТИЧНИЙ СУДОВИЙ ПРОЦЕС: РОЗМЕЖУВАННІ «ПРАВА» І «НЕПРАВА» У ДІАЛЕКТИЦІ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВОСУДДЯ

Які критерії розмежування явищ, позначених термінами «право» і «неправо»? Як приклади й водночас, методологічно, інструменти для виявлення ознак, що дозволяють їх розмежовувати у сфері правосуддя, пропонується розглянути явища, які позначаються термінами «самосуд» і «політичний судовий процес». А явище, яке позначають терміном «добročесність», пропонується вважати дороговказом на шляху від «неправа» до «права». Початково розгляньмо ці явища окремо, а відтак — діалектику їхніх співвідношень і розмежувань.

Самосуд — це неформальний суд, не встановлений чи не санкціонований державою, або розправа особою над особою (особами) в позасудовому порядку і, як правило, без належних законних підстав. Це явище відображає розмежування понять судочинства та правосуддя. Самосуд *за формою* не є правосуддям, адже не є судовим розглядом, встановленим чи санкціонованим державою (звідси й вислів «самосуд — не суд»). Якщо правосуддя зазвичай здійснюється винятково державними судами, то самосуд — приватними особами. Самосуд *за змістом* може мати ознаки пра-

¹ Кандидат юридичних наук, магістр права (США), магістр кіномистецтва (ЄС), науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України.

e-mail: VSBihun@gmail.com

восуддя — зважаючи на аналогію мети (наприклад, відновлення прав, компенсація неефективності суду, звідси й популярна назва явища — «приватне правосуддя», вислів «без суду суд буває»). Змістовний аналіз самосуду виявляє і залежність його оцінки від праворозуміння (легізм визнаватиме самосуд незаконним, а природно-правове чи соціологічне праворозуміння — правовим).

Причини самосуду можуть різнитися: від невдоволеності санкціонуванням владою (державою) ймовірного винуватця до миттєвої розправи на місці («самосуд — сліпий суд») чи реалізації традиційного за певними уявленнями у певному середовищі «права/обов'язку на самосуд». Прикладами, проявами самосуду є «суд Лінча», «вбивства честі». В Україні ж історично самосуд вважався незаконним, але соціально допустимим (толерованим) інститутом. Так, упійманого в селі злодія могли позбавити життя, таємно поховати і вважати безвісти зниклим, а формальні розслідування не мати ефекту (частково ця традиція втілена в фільмі «Камінний хрест» (реж. Леонід Осика, 1968) за новелою В. Стефаника). Самосуд не завжди кульмінує у позбавленні життя і покликаний мати дисциплінуючий, моралізаторський ефект. Окрім традиційних розправ, проявами самосуду в сучасній Україні є певні практики: приковування ланцюгом на площі міста; «коридор ганьби» — проведення затриманих з-поміж людей під вигуки невдоволень, як-от «ганьба!»; «виселення» (вигнання) з меж населеного пункту; позасудові страти² під час військових дій, АТО на тимчасового окупованих територіях.

² Позасудова страта — найнебезпечніший і незаконний прояв і наслідок самосуду, що порушує право особи на життя. Історично відомі численні випадки таких страт: від розстрілів під час військових дій і переворотів, до санкціонованих чи толерованих державою (владою) страт осіб чи груп (як-от позбавлення життя групами приватних осіб ймовірних наркоманів і торговців наркотиками в сучасних Філіппінах). Держави та міжнародні організації досягають консенсусу щодо співпраці в їх попередженні та розслідуванні (Резолюція ООН «Принципи ефективного попередження і розслідування позазаконних, довільних і сумарних страт» (1989) зобов'язує держави не допускати таких розправ і гарантувати ефективний захист особам, яким це загрожує, і розслідування і притягнення до відповідальності в разі таких страт).

Політичний судовий процес (ПСП) — суд над особою чи групою осіб з політичних мотивів, у якому засадничо *доцільність* домінує над *справедливістю*, а його жертви можуть визнаватися політичними в'язнями³ або в'язнями совісті.⁴ Як правило, такий процес охоплює і різні, зокрема і досудові, форми переслідування. Це — частина механізму політичних репресій, який, як правило, оркеструється привладними особами, але здійснюється від імені держави. Водночас не кожен «суд над політиком» є ПСП. Складність визначення ознак ПСП на практиці зумовлена тим, що інколи наявні юридичні підстави для юридичної відпо-

³ Термін «політичний в'язень» ширше використовують у діяльності міжнародних організацій, що розширює зміст поняття політичних судових процесів. Практична необхідність у визначенні критеріїв виникає з огляду на зобов'язання окремих держав звільнити таких в'язнів, що є умовою вступу до Ради Європи. Як наслідок, ПАРЄ розробила та затвердила Резолюцію 1900 (2012) «Про дефініцію політичного в'язня», за якою «особа, позбавлена особистої свободи» є такою, якщо відповідає одному із п'яти самостійних критеріїв:

- a) її затримано з порушенням однієї з основних гарантій, встановлених Європейською конвенцією з прав людини та її Протоколами, зокрема таких, як свобода думки, совісті та віросповідання, свобода вираження поглядів та інформації, свобода зібрань та асоціацій;
- b) тримання під вартою застосовано з чисто політичних причин без зв'язку з правопорушенням;
- c) з політичних мотивів тривалість ув'язнення або його умови явно не пропорційні правопорушенню, за яким особу визнано винуватою або підозрюваною;
- d) з політичних мотивів його чи її затримують дискримінаційно в порівнянні з іншими особами; або,
- e) затримання — результат провадження, яке було явно несправедливим, і це видається зв'язаним із політичними мотивами влади». Особи, позбавлені особистої свободи за терористичні злочини, не вважаються політичними в'язнями, якщо їх притягували до кримінальної відповідальності та засудили за такі злочини відповідно до національного законодавства та ЄКПЛ.

⁴ Правозахисники використовують термін «в'язень сумління» (англ. prisoner of conscience) для позначення особи, яку переслідують (зокрема ув'язнюють) за мирне вираження політичних, релігійних чи інших поглядів (переконань) або за ознакою раси, сексуальної орієнтації. Визнавши певних осіб в'язнями сумління, правозахисна організація «Міжнародна амністія» закликає їх звільнити.

відальності, і, в такому разі, постає питання про мотив і ступінь його значущості в переслідуванні. Хоча такий процес може бути *законним*, він не є здійсненням правосуддя: його мета чи мотив є, як правило, політичним (боротьба за владу, усунення опонентів, незгідних), а сторони не є юридично рівними, тому формально-юридично такі процеси є дискримінаційними (порушення принципу рівності як засади справедливості). Словом, суд, судді, судочинство стають інструментами політичної боротьби, й, зрештою, теж повинні нести за це відповідальність.⁵

Історично поширене явище, ПСП можуть охоплювати історичні, описані в літературі процеси, як-от суд над Сократом і суд Пилата. Залишається питанням, чи були всі релігійні інквізиційні суди політичними. Такі процеси, як суд на Яном Гусом, можуть вважатися такими через ідеологічний характер, адже його жертви, мирно відстоюючи свої переконання, стали тим, кого нині вважають «в'язнями совісті». Поширеним проявом таких процесів була діяльність революційних трибуналів, політичні судові розправи в СРСР. У сучасній Україні ПСП ініціюються через перманентну боротьбу за владу між політиками, між її «гілками», зумовлюючи і звернення до ЄСПЛ, що визнав окремі провадження політично вмотивованими.⁶

⁵ Підміняючи право законом та ігноруючи справедливість, ПСП, його організатори і виконавці створюють видимість здійснення правосуддя. Якщо це так, чи є це підставою для відповідальності? На практиці ще формується інститут відповідальності за організацію і виконання таких процесів. Поширення набуває політична відповідальність у формі демократичної зміни влади, притягнення до відповідальності держави в ЄСПЛ. За принципом справедливості жертви ПСП, політичних репресій можуть (і повинні) бути реабілітовані, а заподіяна моральні та матеріальні збитки — відшкодованими їм або їхнім спадкоємцям. Поширеними є перегляд судових рішень, акти амністії та помилування.

⁶ Європейський суд з прав людини має прецеденти і власний стандарт доведення судових процесів, переслідувань політично вмотивованими на підставі статті 18 ЄКПЛ (Межі застосування обмежень прав. Обмеження, дозволені згідно з цією Конвенцією щодо зазначених прав і свобод, не застосовуються для інших цілей ніж ті, для яких вони встановлені). Так, заявник може скаржитися на державу до ЄСПЛ, стверджуючи, що його права і свободи було обмежено з політичних мотивів у розумінні неналежних підстав; при цьому, за практикою Суду заявник

Порівнюючи явища «самосуду» і «ПСП», відзначимо: обидва є такими, що межують із поняттями «права» і «неправа», але перебувають, радше, на стороні «неправа» як певні «неправові аномалії», які, благо, не є поширеними. Самосуд може вважатися неправим, зокрема неправосуддям, адже йому бракує належної правової форми, яка може, з певною мірою відносності, визначатися як справедливе судочинство. Водночас, суддям у ПСП бракує незалежності («Не бійся суду, бійся судді»), а зазначеним процесам — змістовної риси права — справедливості (зокрема забезпечення принципу рівності). Те, що називається «правом», чи «законом», застосовується дискримінаційно, тоді як на вигляд забезпечується судочинство.

Що може наблизити ці явища до «права»? З позицій філософії права (в розумінні аксіології права), як теоретичний підхід розгляньмо явище доброчесності.

Доброчесність — об'єктивована особистісна чеснота; принцип діяльності (служби), за якого діяння спрямовані на реалізацію публічних інтересів і відмову від превалювання приватного інтересу при здійсненні повноважень; один із критеріїв відповідності суддівській посаді; передумова незалежності судді і суду як інституції. В Україні цей термін актуалізувався як переклад англomовного терміна *integrity* у міжнародних документах. Попри наявність терміна «доброчесність» у законодавчих актах (зокрема в Конституції України), фактичну кодифікованість, його зміст залишається неоднозначно не визначеним, не визначеними є і співвідношення з іншими поняттями (як-от добросовісність), темпоральні межі дії принципу доброчесності,

повинен переконливо довести, що справжня ціль державних органів була не такою, як проголошувалося (або яка може обґрунтовано припускатись, виходячи з контексту); тобто, для встановлення порушення недостатньо підозри про те, що державні органи користувались владою для іншої цілі, ніж та, що передбачена ЄКПЛ. Стаття 18 не має самостійного значення і може бути застосована лише в поєднанні з іншими статтями Конвенції. Тобто, заявник не може скажитися винятково на вчинення ПСП. ЄСПЛ, не вживаючи термін «ПСП», встановив порушення ст. 18 ЄКПЛ у кількох справах, зокрема у справах «Луценко проти України» (2012) та «Тимошенко проти України» (2013).

що робить його актуальним предметом соціальної (в т. ч. юридичної) практики.⁷

За суб'єктним складом розрізняють добросесність інституційну та особистісну (наприклад, добросесність судової влади та судді), за певним статусом (добросесність судді, кандидата на посаду судді, члена Вищої ради правосуддя тощо). Декларація добросесності (судді та кандидата на посаду судді) та її перевірка — превентивний засіб протидії корупції.

Увляється, що добросесність як інституційний принцип і оціночна якісна характеристика діяльності судді може слугувати дороговказом на шляху від «неправа» до «права» у здійсненні правосуддя як *судовому здійсненні ідеї права*. За умов добросесно-

⁷ Сфера добросесності в Україні характеризується такими ознаками, серед інших, як:

- 1) термінологічне різноманіття: використання різних термінів і лексем «добросесності», зокрема такі, як «добросесний», «критерій добросесності», «академічна добросесність», «перевірка добросесності», «декларація добросесності» та інші;
- 2) актуалізація добросесності в зв'язку з соціальним завданням протидії корупції (коли добросесність позиціонується як чеснота, антитеза корумпованості, підкупності);
- 3) юридизація добросесності, тобто її трансформація як етичної категорії в позитивний юридичний обов'язок; закріплення як терміна в нормативно-правових актах, встановлення її як етичного принципу, вимоги до поведінки, коли законом закріплюється моральний обов'язок;
- 4) інституціоналізація добросесності, зокрема встановленням низки інституцій і практик (наприклад, таких інституцій, як Громадська рада добросесності, Громадська рада міжнародних експертів при доборі суддів; перевірок на добросесність тощо); і
- 5) «дискурс недобросесності»: істотною ознакою соціальних практик є те, що термін (поняття) добросесності не визначається, натомість визначаються прояви недобросесності.

Попри загалом позитивний соціальний ефект, дискурс добросесності в Україні може використовуватися як інструмент просування інтересів, що не мають стосунку до сутності добросесності (кар'єрні інтереси та недобросесна конкуренція, залучення під цілі громадського осуду недобросесності коштів і ресурсів, так зване «громадське переслідування», «чорний піар»), порушують питання про добросесність і мотиви суб'єктів такої діяльності. Проявами такого дискурсу є акцент на недобросесності (замість добросесності), намагання уникнути відповідальності за оціночну діяльність, деіндивідуалізації суб'єкта оцінки.

сті суддя не вдаватиметься на перетворення себе на інструмент у провадженні ПСП. Складніше запобігти явищу самосуду, адже до нього вдаються приватні особи в крайніх і спонтанних випадках. Проте за умов добросовісності уповноважені особи держави, які толерують самосуд (наприклад, в умовах військових дій), можуть применшити їх прояви розслідуванням і притягненням до відповідальності осіб, які його здійснили.

Правосуддя здійснюється за складним алгоритмом. У демократичному суспільстві джерелом влади є народ, а отже і джерелом судової влади; її носіями є судді, які в спеціальних державних установах — судах, і за участі інших осіб, — і здійснюють правосуддя у спеціальній правовій формі — судочинстві, та на основі установлених принципів і з певною метою (згідно з вимогами справедливості для поновлення порушених прав). У випадку самосуду особа, яка його здійснює, «змінює» цей алгоритм і наче відкликає свій голос зі «складу народу», немов стверджуючи: «я сам, а не суд, у цьому випадку вершитиму справедливість, я — суддя». Наприклад, батько згвалтованої і вбитої доньки може прагнути вчинити самосуд над винуватцем самотійно й мимолітно. Теж можуть відчувати й зражені солдати до свого командира чи солдата, які їх зрадили або втекли з поля бою. По суті особа має певну можливість вдатися до такої можливості так діяти, проте з формально-юридичної точки зору це може розцінюватися як привласнення повноважень суду та вважається незаконним.

Крім того, у певних випадках держава може санкціонувати певні діяння або толерувати їх. Наприклад, особа як глава сім'ї, може встановлювати в ній певні правила, скажімо, щодо поведінки дітей (аналогія: законодавець), слідкувати за їх дотриманням і навіть вирішувати спори чи санкціонувати за їх недотримання (функція судді). Така ж ситуація може бути в певній інституції (наприклад, навчальному закладі, приватному підприємстві). Проте, в силу традиції чи то за законом такі «квазіправові системи» мають підпорядковуватися закону й не порушувати прав людини. Можливість *внутрішніх* зловживань і зумовлює потребу *зовнішнього* регулювання правом чи законом. Зрештою,

в ідеалі самосуд за умов доброчесності особи, яка його здійснює, перестає бути самосудом: або відсутні негативні наслідки (порушення прав чи заподіяння шкоди), або відбувається відмова від самосуду на користь суду.

В ідеалі доброчесність судді («доброчесність — плід самодисципліни», і, за Сковородою, вимагає мужності) унеможлиблює і ПСП, адже *незалежний* суддя відмовляється використовувати наділену йому судову владу як інструмент у політичній боротьбі. Такий суддя заявляє самовідвід чи ухвалює судові рішення у спосіб, за якого судочинство перестає бути ПСП.

Звісно, зазначені ситуації є ситуаціями ідеальними, адже практика і діалектика конкретних правових ситуацій можуть бути складнішими, й потребують додаткових не лише філософсько- та теоретико-правових, але й інших міждисциплінарних досліджень.

Олег Богініч¹

ПРАВО СИЛИ ЯК МОДУС ІСНУВАННЯ ПРАВА

Автор пропонує розглянути запропоновану проблематику «Право і неправо» під кутом зору існування і функціонування права сили як феномену, який супроводжує право з самого початку його існування, що дає підстави говорити про іманентність першого відносно другого. Інакше кажучи, пропонується позбутися однозначно негативної оцінки права сили як неправи з огляду на його генезу у історичній ретроспективі та форми існування у сучасному світі.

Не ставлячи собі за мету надати вичерпну характеристику цього явища, вважаємо за потрібне наголосити на такому.

По-перше, під правом сили, з нашої точки зору, слід розуміти наявність будь-яких переваг у індивідів, які вступають між собою в юридичне спілкування, незалежно від того, чи визнано воно таким відповідно до існуючих джерел права. Під останніми ми розуміємо не тільки писане право, але й правові звичаї. Тобто цим самим постулюється наявність правових зв'язків між членами суспільства, яке ще не має ознак політичної організації.

По-друге, під здійсненням права сили буде розумітися здійснення панування одного суб'єкта над іншим (групою суб'єктів, їх спільнотою), нав'язування їм своєї волі. Зазначене панування може існувати не тільки в сенсі здійснення фізичного контролю над людиною, але й політичного, економічного, психологічного, організаційного тощо. При цьому перше може здійснюватися і за добровільною їх згодою.

¹ Кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України.
e-mail: oboginich@gmail.com

Зокрема, у первісному суспільстві управління (в його елементарній формі) здійснювали найбільш фізично чи розумово спроможні індивіди, що надавало їм, з одного боку, природну можливість домінувати, а з другого — всім іншим підкорятися їх волі, причому інколи добровільно, враховуючи відсутність таких якостей у більшості.

За часів родо-племінної організації ці ж самі домінуючі індивіди і з цих же причин займали посади вождів та старійшин племен. З розпадом цього ладу та появою приватної власності, з'явилися нові можливості для здійснення панування. А саме: економічні переваги одних членів суспільства над іншими надавали можливості першим зайняти головні посади в первісних продержавках.

З появою релігії зазначені посади в окремих країнах набули сакрального статусу і вже не завжди пов'язувались з наявністю певних переваг у окремих представників влади, оскільки ці посади часто займалися за спадкоємством. Відсутність таких ознак у осіб, які здійснювали володарювання, інколи, як свідчить історія, призводила до повалення очолюваних ними режимів і на їх місце приходили більш підготовлені лідери.

З появою держав право сили могло здійснюватися прямо або опосередковано. Прямо — у випадках безпосереднього примусу відносно конкретних індивідів, опосередковано — встановленням для всього суспільства певних правил поведінки, які вже переважно містилися в писаних джерелах.

Зазначене стосувалось внутрішнього життя країни. У зовнішніх ж стосунках переважало пряме здійснення права сили. Численні завойовницькі війни того періоду — характерний цьому приклад.

Слід сказати, що не дивлячись на окремі виключення, право сили в ті часи прямо знайшло свою конкретизацію в положеннях тодішніх перших законів, які гарантували підвищену безпеку членів царських родин, заможних сімей та військових в порівнянні з усіма іншими особами, які не належали до цих суспільних груп. Інакше кажучи, підтвердженням статусу сили був посилений правовий захист представників пануючих верств. Лише в за-

коні Хаммурапі визнавалось, хоча декларативно, що метою закону є захист слабого від сильного.

В середні віка право сили знайшло своє втілення в перевагах, які надавались становими привілеями, місцем у феодальній ієрархії окремих представників класу правлячих.

В епоху раннього капіталізму право сили безпосередньо реалізовувалось новітніми буржуа при примусовому позбавленні майна, зокрема, селян для поповнення армії найманих працівників. У сфері зовнішньої політики проводився курс на колонізацію країн Африки, Північної та Південної Америки, островів Тихого океану тощо, де право сили з зрозумілих причин набуло свого прямого втілення в процесі завоювання зазначених земель.

Більш пізній капіталістичний розвиток характеризувався трансформацією права сили. Відкрите насильство було замінено іншими формами здійснення панування. Економічна спроможність окремих індивідів забезпечила їм можливість нав'язувати свою волю іншим — менш успішним — у більш цивілізований спосіб. Саме з допомогою права формальної рівності досягалась мета панування.

Разом з тим необхідно сказати, що право формальної рівності є більш прогресивним правовим явищем аніж право сили, надаючи будь-яким суб'єктам можливість реалізувати свій потенціал, який вони не могли реалізувати за умов існування відмінностей у станах середньовічної доби.

Між тим право сили існувало і існує. Підтвердженням його наявності в історії державо та правотворення, слід вважати економічну теорію К. Маркса, який недвозначно довів, що вся попередня (до Маркса) історія — є історією боротьби класів, де більш слабкі боролися з сильними проти їх влади. Зрозуміло, що ця боротьба була перманентною, а не постійною, але як вектор суспільного розвитку цих часів вона була наявна.

Наявність права сили також підтверджують антропологічна та сінергетична теорії праворозуміння. Антропологічна — в контексті, який вище розглядався, де право — це в першу чергу право сильного. Людині, як ще засвідчив Ніцше, властива воля до влади, тобто панування. І за наявності певних підстав (особистих пе-

реваг в тій чи іншій сфері людської діяльності) такі особистості дуже часто займають верхні щаблі в системі державного управління тієї чи іншої країни або сфері бізнесу.

Синергетична теорія, в свою чергу, стверджує, що будь-яка система (фізична, біологічна, соціальна, інформаційна тощо) схильна до самоорганізації на підставі певних параметрів порядку й узагальненої синергетичної інформації. В якості перших, з нашої точки зору, відносно до людського суспільства як раз і виступає право сили, яке у своєму впорядкованому вигляді сприймається як правопорядок, що ґрунтується на такій силі, а в якості другої — ідеальний образ такої сили у свідомості індивідів як прояв об'єктивної необхідності, хоча і не завжди справедливої з точки зору більшості, але такої, що вимагає підкорення. І більш того: у процесі самоорганізації системи відбивається виникнення і самопородження смислу її розвитку. Тобто, право сили на протязі довгого історичного періоду виступало тим системоутворюючим чинником, який супроводжував існування людської цивілізації і побічно виправдовував численні факти відкритого або завуальованого насильства необхідністю збереження соціуму як сенсу його існування (підкорення заради виживання).

Зрозуміло, що сьогодні право сили у відкритій формі існує тільки у формі злочинів або агресивних воєн. Разом з тим, оскільки воно набуває в сучасних умовах різних своїх форм (політичного, економічного, психологічного, організаційного тощо) панування, то його наявність необхідно враховувати при формуванні правової політики держави, розбудові її політичних та правових інститутів.

Характерною ознакою права сили є його потенційність, тобто наявність в потенції в будь-яких діях суб'єктів права. Якщо якийсь з контрагентів правовідносин демонструє свою слабкість, інший, згідно іманентних якостей права сили, може скористатись цією можливістю на свою користь.

Сказане може навести на думку, що право сили — це негативний чинник у розвитку людської цивілізації, якому всілякими засобами треба протидіяти. У випадку відкритого здійснення

права сили у вигляді агресії, злочину або в інших формах зловживання правом сили його дійсно необхідно визнати деструктивною силою, яка шкодить нормальному розвитку соціального організму. У випадку ж відсутності ознак зловживання правом сили останнє слід розглядати в якості засобу «підтягування» до свого рівня більш слабкої сторони, яка знаходиться у відносинах з представниками такої сили. У природі, у тому числі соціальній, немає нічого випадкового, а тому право сили слід розглядати як невід'ємний атрибут її розвитку. Боротися треба із зловживанням правом сили, а не з її подоланням, яку ми розглядаємо як наявність будь-яких переваг у різних сферах людської діяльності.

Досвід колишнього Радянського Союзу в цьому розумінні є досить показовим. Обмеживши активність носіїв права сили у прояві своїх переваг економічна система, а потім і політична зазнали спочатку своєї стагнації, а потім закономірного руйнування. Сучасний Китай, позбувшись цих вад, як відомо, досягнув великих успіхів у розвитку своєї країни. Це ж стосується В'єтнаму, Лаосу. Натомість приклади Куби та КНДР свідчать про вразливість тотального обмеження проявів права сили у механізмі соціального прогресу.

Таким чином, підсумовуючи, можемо зробити висновок, що право сили іманентне розвитку людської цивілізації, а отже носить метафізичний (причинний) характер. Небезпечним є зловживання правом сили, а от використання переваг на користь більшості є позитивним явищем. Обмеження зловживанням правом сили передбачає два варіанти. Перший — це створення системної протипаги у вигляді активної протидії представникам такої сили, другий — самообмеження носіїв права сили. Ілюстрацією першого випадку може виступати активне громадянське суспільство, спроможне ефективно протидіяти неправомірним зазіханням держави на його права (більшість країн розвинутого Заходу, наприклад, рух «Жовтих жилетів» у Франції), ілюстрацією другого — практика функціонування політичних інститутів скандинавських країн, де представники великого бізнесу як носії сили не розглядають державу як засіб отримання прибутків та надприбутків (на відміну від діяльності більшості олігархів України).

Дмитро Вовк¹

«НАШ ВАЖКИЙ ШЛЯХ ДО ПРАВА» ЧИ ВІД НЬОГО

Тема права/неправа надзвичайно плідна, на мій погляд. У межах цієї дихотомії можна розглядати протиставлення чи автономію різних соціальних регуляторів або протиставлення права і свавілля. Водночас, неправу можна розглядати і як попередні етапи існування права. Кожен наступний етап стає «новим» правом перетворює попередню правову традицію на неправу. У такому значенні поняття неправу використовується й у цих тезах.

Назва моїх тез відсилає до першої збірки філософсько-правових читань пам'яті В. Нерсесянца. Це зроблено не для того, щоб використати чи критикувати ідеї останнього, а для того, щоб показати важливу, на мій погляд, тенденцію чи навіть закономірність розвитку пост-радянських правових систем: їх історія часто зображується як повернення до права після анти-правового радянського досвіду, але насправді є радше шляхом від права в його сучасному значенні. При цьому прогресивні ідеї права як втілення людської свободи (чи прав людини) в реальності лише сприяли цьому процесові, перетворивши «сходження до права» (С. Алексєєв) у фікцію, мало пов'язану з функціонуванням правових систем України та інших держав колишнього СРСР за виключенням країн Балтії.

Сучасні правові системи західного типу, попри їх різноманітність характеризуються низкою спільних рис:

¹ Кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, директор Центру дослідження верховенства права і релігії Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

e-mail: dmtr.vovk@gmail.com

- а) важливість права як соціального регулятора;
- б) формалізованість;
- в) співпадіння формального і неформального авторитету і значення правових інститутів;
- г) публічність у сенсі спрямованості на досягнення публічно значимих результатів, публічного блага;
- д) існування незалежної правничої спільноти.

У своїй презентації я спробую обґрунтувати дві думки:

- по-перше, українська правова система рухається у напрямку втрати усіх вказаних вище рис внаслідок причин, що зараз має не стільки радянське, скільки пост-радянське коріння. Цей рух є типовим для пост-радянського простору;
- по-друге, в умовах такого вектору розвитку багато прогресивних і навіть очевидних ідей і доктрин західного права (наприклад, верховенство права, незалежність суддів, принципи права, неможливість ототожнення права і закону тощо) при перенесенні на український ґрунт радше посилюють рух до неправа.

Олена Дашковська¹

НЕДЕРЖАВНЕ ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА

Питання недержавного регулювання суспільних відносин в юридичній літературі зазвичай зводиться до міжнародно-правового аспекту, однак принцип колективної автономії знаходить свою реалізацію й на більш широкому внутрішньодержавному рівні як система норм, створених і введених у дію недержавними суб'єктами, як джерело альтернативного державному правового регулювання.

Сучасна держава зазнає певних обмежень не тільки з боку інших держав і наднаціональних організацій, але й з боку внутрішньодержавних суб'єктів (громадських організацій, громад, у тому числі релігійних, бізнес-корпорацій тощо), які поступово перебирають на себе функції та повноваження, що традиційно вважалися виключно державною монополією, зокрема, повноваження у сфері правотворення. В результаті поряд із державним правопорядком в межах національної правової системи виникає інший — недержавний. Окремі дослідники визначають колективну автономію як можливість встановлювати правила поведінки, які є обов'язковими для відповідної групи суб'єктів.

Крім державного регулювання, все більше уваги вчені приділяють приватному регулюванню. Організації саморегулювання

¹ Докторка юридичних наук, професорка кафедри теорії та філософії права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.
e-mail: dashkovskaolena@gmail.com

можуть або діяти самостійно, виходячи з власної ініціативи, або співпрацювати з державою та виконувати певні делеговані завдання. Залежно від відповідного сектора вони можуть бути достатньо активними та виконувати важливі функції, зокрема встановлювати приватні (автономні) режими, які в умовах світової глобалізації формують недержавне регулювання. Вони впорядковуються саморегулюючими організаціями або транснаціональними мережами та можуть породжувати різні форми недержавного регулювання.

До того ж існують такі суспільні відносини, для яких права форма не є оптимальною формою регулювання. На добровільності виконання засновані альтернативні (недержавні) способи вирішення і врегулювання міжнародних комерційних спорів (міжнародний комерційний арбітраж, примирні процедури): практика свідчить, що більшість спорів, які виникають в міжнародній торгівлі, вирішуються сторонами в ході переговорів.

Класики цивілістичної думки відзначали, що торгова (купецька) діяльність незаперечно веде до утворення правил недержавного регулювання торговельної діяльності, особливістю якої є висока ступінь впливу звичаєвого права на торговельну практику комерсантів, широкий розвиток самодіяльності і самоорганізації та самостійної ініціативи дій. Слід погодитися з цим твердженням, оскільки трансляція нормативного повідомлення, закладеного в звичайній поведінці, відбувається найчастіше не за допомогою закріплення і подальшого цілеспрямованого поширення письмового тексту серед невизначеного кола осіб, як у випадку із законом, а шляхом безпосереднього сприйняття поведінкового зразка тими, хто зайнятий в подібній сфері діяльності. Найчастіше суб'єкт права дізнається про існування звичаєвої норми не з нормативного документа, а через взаємини з її носіями, безпосередньо спостерігаючи за правозастосовною практикою.

За відсутності будь-яких формальних обмежень, недержавний механізм правового регулювання здатний впорядковувати нові суспільні відносини, які тільки зароджуються, або які не можуть знайти належного закріплення в законодавстві. Це стає

можливим завдяки особливим властивостям норм, що входять до складу даного механізму: по-перше, такі норми створюються безпосередньо суб'єктами нормотворчості: підприємцями і різними міжнародними організаціями, як урядовими, так і неурядовими; по-друге, застосування подібних норм ґрунтується на волі сторін і може бути виражено різними способами в угоді (відсиланням до уніфікованих правил, ділових звичаїв і типових договорів, до загальних принципів права, або Принципів Європейського договірної права, тощо); по-третє, зазначені норми не мають обов'язкової юридичної сили, тому підприємці зазвичай активніше звертаються до них, ніж до державних, імперативних норм; по-четверте, виконання даних норм засноване на принципі «самоконтролю», забезпечує наявність неофіційних списків, згадка в яких призведе до втрати ділової репутації, а також до формального виключення з тих чи інших спільнот.

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

Недержавне регулювання як явище існувало давно, але до цих пір не отримало належного наукового осмислення. Традиційний підхід до розуміння сутності права як системи регуляторів, встановлених і санкціонованих державою, ігнорує самостійну роль правил недержавного регулювання (норм недержавного походження) в системі джерел права.

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

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

Проаналізувавши міжнародну арбітражну практику, можна зробити висновок, що в разі вирішення спору в міжнародному комерційному арбітражі: деякі імперативні норми можуть бути визнані непридатними, в той же час, недержавні торгові правила, навпаки, використовуються все частіше і частіше. Як приклад можна навести справу, в якій арбітри не застосували імперативну норму цивільного права Данії, що встановлює більш короткий термін для повідомлення про виявлені недоліки товару, ніж термін, визнаний в міжнародній практиці. Незважаючи на те, що право Данії було визнано придатним, арбітри наголосили, що застосування даної норми суперечило б розумним очікуванням покупця, оскільки така норма явно не призначена для застосування в міжнародних комерційних відносинах.

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

Геннадій Дубов¹

АСИМЕТРІЯ ПРАВА ТА НЕПРАВА

Г. В. Ф. Гегель стверджував, що поява неправа відбувається тоді, коли мислення визнає себе вільним і відступає від загально-визнаного, винаходячи для себе дещо особливе.

Із цієї підстави, фактично, виходячи із міри заперечення загальноприйнятих еталонів поведінки, ним виокремлюється декілька видів неправа.

Насамперед це ненавмисне неправо. В такому випадку заперечується лише особливе в праві, за умови збереження загальної поваги до нього. Тобто суб'єктивно сприйняття соціального актора, виходячи із його власних інтересів, особливостей світогляду, праворозуміння заперечує лише окремі аспекти загального порядку, не ставлячи під сумнів його існування та загальну цінність.

Обман, як вищий ступінь заперечення права та другий різновид неправа, характеризується загальною неповагою до права, умисним викривленням його змісту, що має місце з боку суб'єкта із метою реалізації власних інтересів. У такому випадку інший(і) учасник(и) відносин навмисно та цілеспрямовано «занурюються» у суб'єктивно прийнятну для них правову реальність, яка насправді є викривленою, але сприймається як належна.

Третій прояв неправа, за Г. В. Ф. Гегелем, — злочин, характеризується відсутністю будь-яких спроб конструювання видимості права як для того, хто його вчиняє, так і для потерпілого від відповідного діяння. В такому випадку досягається максимальний рівень заперечення права.

¹ Кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії права та держави юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

e-mail: querus@ukr.net

Таким чином, за класичним підходом, сформульованим Г. В. Ф. Гегелем, відмітною ознакою, яка дозволяє розрізнити право і неправу, є відповідність загально визнаним моделям поведінки, а мірою заперечення права — суб'єктивне ставлення до такого відступу.

Очевидно, що ключовим питанням, яке постає при намаганні виокремити неправові явища з-поміж всіх інших явищ дійсності, є питання пошуку загальноприйнятого еталону, який, власне, і заперечується неправом.

В умовах визнання плюралістичного характеру досліджуваної реальності саме філософії права було відведено роль конструювання спеціально-наукової картини світу правознавства, якою є сформульована концепція праворозуміння. В цьому контексті не є випадковим, що основним методологічним питанням філософсько-правових досліджень називається виявлення дійсного змісту права як форми суспільної свідомості, елементу культури та нормативної системи та його загальної ідеї (М. В. Костицький, Б. Ф. Чміль), тобто формування загальних засад праворозуміння. Відповідь на питання «що є право?» у цьому відношенні є основним завданням філософсько-правових досліджень (П. М. Рабінович).

Зазвичай тип праворозуміння визначається вченими-юристами, як певна узагальнена ідеологізована модель правового феномену, що відображає суттєві ознаки певної множини конкретних правових уявлень та понять, які, в свою чергу, відповідають цій ідеологізованій моделі як взірцю (П. А. Оль). Тобто, саме у понятті праворозуміння втілюється певний образ дійсності (у цьому випадку права, як її частини), використовуваний у процесі пізнання юридичних явищ.

На думку В. С. Нерсесянца, із якою ми погоджуємось, саме тип праворозуміння визначає парадигму юридичного пізнання, власний науково-правовий зміст, предмет та метод відповідного вчення про право.

Саме у зв'язку із певним визначенням образом правової реальності може бути досягнута можливість пошуку її антиподу, тобто неправової реальності.

Використовуючи метод аналогії, варто звернутися до природничих наук. Так, за визнанням сучасних природознавців, асиметрія речовини та антиречовини у Всесвіті (баріонна асиметрія) є однією з найбільших невирішених задач сучасної фізики. При тому, що така асиметрія є необхідною умовою існування Всесвіту (оскільки за її відсутності мала б місце взаємна анігіляція матерії та антиматерії), її теоретичне пояснення наразі не сформульовано.

В межах правової дійсності спостерігається схожа ситуація, за якої саме асиметрія права і неправа є необхідною умовою існування «Всесвіту» суспільного порядку. При цьому, продовжуючи аналогію із фізичними явищами, відмінність антиподів є неочевидною. Якщо у випадку матерії та антиматерії такою ознакою є заряд відповідних елементів та антиелементів, то у випадку права і неправа такою ознакою є ставлення суб'єкта до існування та цінності загальноприйнятих еталонів поведінки.

Тамара Дудаш¹

ЛОГІКА, РИТОРИКА ЧИ ДІАЛЕКТИКА ДЛЯ АРГУМЕНТУВАННЯ ПРАВА ЧИ НЕПРАВА?

Що є правом чи не правом нерідко постає у формі обґрунтування, насамперед у процесі правозастосовування. Таке обґрунтування здійснюють у формі пояснення, аргументування й доведення, які не є тотожними за змістом. Все ж, найпоширенішим залишається аргументування. Що вважати правовим аргументуванням та як його здійснювати, залежить від кількох чинників, які містить поняття підходу до розуміння правового аргументування. Підхід до розуміння правового аргументування охоплює філософський, теоретичний та емпіричний складники (Ф. Ван Емюрен, Е. Фетеріс). Філософський складник містить концепцію раціональності, що є світоглядною аксіоматичною ідеєю, покладеною в основу правового аргументування. Таких підходів з відмінними концепціями раціональності в їх основі у базовій літературі з теорії аргументації й правової аргументації виокремлюють, зазвичай, три: логічний (геометрична концепція раціональності), риторичний (антропологічна концепція раціональності), діалектичний (критична концепція раціональності). Ці три підходи приймають різні критерії доладності правової аргументації: для логічного — це логічна правильність аргументації; для риторичного — переконливість такої аргументації для правової аудиторії; для діалектичного — прийнятність аргументації для сторін.

¹ Кандидатка юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри теорії та філософії права Львівського національного університету імені Івана Франка.
e-mail: tamara.dudash@lnu.edu.ua

Теоретичний складник містить теоретичну модель правового аргументування. Вона відрізняється у різних представників підходу, ґрунтується на концепції раціональності й містить правила побудови аргументів, їхнього поєднання. Відповідно, можна виокремити логічну, риторичну й діалектичну теоретичні моделі правового аргументування й правової аргументації. Представники логічного підходу вибудовують теоретичну модель аргументації, а риторичного й діалектичного — здебільшого аргументування.

Емпіричний складник містить зазвичай аналітичний та практичний компоненти. Перший охоплює реконструкцію та оцінювання аргументування як аргументації і часто дозволяє створити аналітичну модель правової аргументації. Другий працює з реальними прикладами правової аргументації і дозволяє оцінити їх крізь призму аналітичної моделі правової аргументації. Аналітична модель характерно виражена не в усіх підходах, найяскравіше її можна виокремити в логічному й діалектичному підходах. При цьому, стосується вона саме реконструкції й оцінювання правової аргументації (а не процесу аргументування) в діалектичному підході, і лише реконструкції правової аргументації у підході логічному.

Чи дозволяє те, що називають правовим аргументуванням, обґрунтувати неправу? Тут необхідно одразу зробити застереження: аргументування дозволяє обґрунтувати право чи неправу. У першому випадку аргументування є правовим. У другому — воно таким не є, а лише назване. Бо ж, як відомо, називаючи щось «правовим», прагнуть показати, що це явище є справедливим, правильним. І відрізнити правове по суті аргументування від неправового можна лише через оцінювання.

Можливість аргументувати неправу і назвати його правом залежить від обраного підходу. Адже різні теоретичні й аналітичні моделі правової аргументації дають різні можливості для цього. Тут залежність така:

- 1) чим сильніший складник оцінювання аргументації у таких моделях, тим слабшою є можливість підміни права неправом;

- 2) чим більше підхід дає можливостей для систематичної перевірки точки зору (висновку обґрунтування), тим менша вірогідність отримати неправу замість права.

Адже один і той самий за формою аргумент (аргументувальна схема) може слугувати інструментом аргументування і права, і неправу.

Крім того, можливість аргументувати неправу залежить від того, яку справу (ситуацію) аргументують — просту чи складну. Аргументування простих справ, яке здійснюють дедуктивним шляхом, залежить від «правовості» закону, який слугує єдиною підставою в такому аргументуванні. Натомість, аргументування складних справ, для якого дедуктивного шляху недостатньо, опосередковане тлумаченням права, що обумовлює як більше ризиків для отримання аргументування неправу, так і більше можливостей та засобів для подолання таких ризиків.

Логічний підхід до правової аргументації є чи не найбільш ризиковим з погляду можливості аргументувати неправу. Він представлений працями У. Клуга, І. Тамелло, А. Суєтімена, О. Фейнберґера та ін. Логічне обґрунтування є операцією математичного доведення як результат дедуктивного виведення, а основним засобом є такий різновид аргументу як довід — дедуктивний аргумент. Цей підхід не порушує питання про зміст засновків — найчастіше фактів та норм права, бо для нього важливий не цей зміст, а логічне виведення. Проте він не пропонує норм для оцінювання матеріальних та процесуальних аспектів правового аргументування. Тому він і містить найбільше ризиків отримання неправу в результаті аргументації.

Риторичний підхід також має ризики отримати в результаті аргументування неправу. Він представлений працями Х. Перельмана, С. Тулміна та їхніх послідовників. Риторичні теоретичні моделі правового аргументування є ідеальними моделями правового аргументування і враховують контекст останнього, стосуються побудови переконливих аргументів, розглядають такі аргументи у інтерсуб'єктивній аргументувальній діяльності як дискурсі. На емпіричному рівні дослідження правової кризи при-

зму риторичного підходу йдеться про описування елементів, що здатні переконати у процесі дискурсу. З огляду на такі особливості за моделлю риторичного підходу можна переконати аудиторію у правості неправового у дискурсі за допомогою різних аргументів, а тому числі й позаправових. Той факт, що це здійснюють у процесі дискурсу не слугуватиме абсолютним запобіжником проти такої можливості. Адже у цьому підході не представлено чітких правил дискурсу чи можливостей для певних моральних оцінювань аргументації, які б запобігали можливості отримати неправо.

Діалектичний підхід до правової аргументації має найменший ризик отримати в результаті правового аргументування неправо. Він представлений зокрема працями Р. Алексі, Н. МакКорміка, А. Печеніка, А. Аарнію, Д. Волтона. Діалектичні теоретичні моделі правового аргументування містять правила побудови аргументів, які об'єднують в структури аргументації, правила й стандарти прийнятності аргументів для сторін, розглядають такі аргументи у правовому дискурсі, що дозволяє систематично тестувати їх прийнятність. На емпіричному рівні є чітке виокремлення аналітичного та практичного компонентів правової аргументації. Практичний компонент означає аналіз засобами теоретичної й аналітичної моделей конкретного аргументування. Реконструкція та оцінювання аргументації наповнюють аналітичну модель правової аргументації. Реконструкція аргументації спрямована на виявлення стадій аргументування, імпліцитних засновків аргументів, їхньої структури та ланцюжків аргументів. При оцінювання ж правової аргументації надають відповідь, чи аргумент є чинним джерелом права або обґрунтування права. Крім того, прийнятність аргументу також оцінюють за допомогою методів тлумачення, які конкретизовані у правотлумачних аргументах. Саме зазначені особливості слугують запобіжниками проти того, щоб в результаті його застосовування не виникло неправо замість права. А саме: чіткі правила правового дискурсу, в межах якого здійснюють таку аргументацію; необхідність встановлення прихованих засновків; потреба в більшій

кількості аргументів для досягнення прийнятності аргументації для сторін; встановлення того, чи аргумент є чинним джерелом права або обґрунтування права; наведення правотлумачних аргументів на конкретизацію методів тлумачення; оцінювання того, чи аргументація відповідає цінностям правової спільноти і є прийнятною для неї. Ба більше, А. Печенік як представник цього підходу, веде мову про моральне обґрунтування, яке стосується правової аргументації у його концепції і яке також запобігає ситуаціям неправа.

Отже, усі зазначені підходи дозволяють як обґрунтувати право, так і назвати правом неправо. Найбільше запобіжників проти останнього має саме діалектичний підхід до правової аргументації.

Александр Ерёменко¹

ИСТОРИЧЕСКИЕ СОБЫТИЯ И ПРАВОВЫЕ НОРМЫ:

Проблема легитимации

В связи с событиями, вызванными Майданом 2013-2014 гг., а также последующим конфликтом в Крыму и на Донбассе, обострились дискуссии о легитимности государственной власти. Легитимна ли власть, сформировавшаяся вследствие Майдана? Для представителей так называемых «ДНР» и «ЛНР» украинская власть есть «хунта»; в глазах многих граждан «молодых республик» легитимен В. Ф. Янукович.

Мы не хотим сейчас вдаваться в дискуссию о квалификации Майдана-2013-14 с юридической точки зрения: революция это, или переворот, или путч и т. д. Мы обращаем внимание на следующий бесспорный факт: с точки зрения правовых норм, почти все нынешние политические режимы нелегитимны. Ведь почти все они сформировались в результате войн и революций Нового и Новейшего времени. Не будем вдаваться и в дискуссию относительно определения понятия «революция». Напомним яркое описание сути революции Ф. Энгельсом: «Революция есть акт, в котором часть населения навязывает свою волю другой части посредством ружей, штыков и пушек, то есть средств чрезвычайно авторитарных». Как бы ни относиться к марксизму, но событийная суть революции схвачена Энгельсом верно.

В эпоху революций и других социальных катаклизмов событийность имеет бесспорный приоритет над правом: она ломает

¹ Доктор філософських наук, професор, завідувач кафедри філософії Національного університету «Одеська юридична академія».
e-mail: alyeremenko@gmail.com

прежний правовой порядок и устанавливает новый. Событийность представляет собой как бы субстанциальную силу истории, каковая в период конфликтности явно обнаруживает свою стихийную природу, которой никто не способен управлять. (За исключением Господа Бога, если он есть). Правовые нормы *post factum* легитимируют порядок, установленный благодаря революционной событийности. События есть как бы «право истории».

Историческое событие мы определяем как социальное изменение, произошедшее вследствие действий индивидуальных или групповых акторов, и характеризующееся относительной самостоятельностью в структуре исторического процесса, завершённой и достаточной значимостью. Наиболее существенным и в то же время наиболее неопределённым признаком является значимость. Субъективная и объективная значимость почти всегда различна. Значимость события для современников и для последующих поколений всегда различна. Предлагаем развести понятия значимости и значительности. Значительность события есть его объективная характеристика, она есть степень изменения событием существующих социальных структур. Значимость события есть его субъективная характеристика, она есть степень изменения событием сознания акторов.

История есть процесс, в котором живая событийность застыла в структурированности правовых норм.

С этой точки зрения мы даём однозначно положительный ответ на один из вопросов тематики «круглого стола»: «Может ли неправо иметь правовые следствия?» Не только может, но и постоянно имеет в ходе истории.

Означает ли всё вышеизложенное, что мы проповедуем некий «событийно-правовой нигилизм» или даже «событийно-неправовой»? Не означает.

Если до сих пор история осуществлялась так, как мы описали, из этого не вытекает, что она и в будущем должна осуществляться таким образом.

После грандиозных войн и революций XX века сознание цивилизованного человека, так сказать, «юридизировалось», и это

хорошо. Реакция мирового сообщества на события украинно-российского конфликта достаточно показательна. Необходимо добиваться всё более эффективного воздействия правовых норм на формы и способы событийствования. Необходимо установление жёстких «правил событийствования». Стихия исторической событийности должна быть обуздана правовыми нормами не *post factum*, а, так сказать, *in flagrante delicto*. Несмотря на кажущуюся утопичность, выдвинутый императив не представляется нам невероятным.

Ганна Коваленко¹

ПРИРОДА СУПЕРЕЧНОСТІ ПРАВОВИХ І НЕПРАВОВИХ ЗАКОНІВ У НОРМАТИВНІЙ СИСТЕМІ

Розглядаючи питання щодо існування права і неправа з точки зору формальної логіки можна стверджувати, що поняття правовий закон і неправий закон знаходяться у відношенні суперечності, ці поняття є несумісними і повністю вичерпують обсяг свого родового поняття. Як потрібно діяти і кому щоб мінімізувати цю суперечність? Потрібно розібратися зі змістом цих понять, враховуючи всі необхідні ознаки, тому лише через зміст ми зможемо визначити обсяг понять. Формування визначення понять може мати довгий і складний шлях. Саме у дискусіях серед науковців можуть виникнути нові перспективи вирішення суперечностей. Тому, обговорення цього важливого і складного питання повинно переходити саме у філософсько-правову площину і відповіді повинні з'явитися саме з царина філософії права. Необхідно, сказати, що тут на перший план виходить питання про конфлікт між моральними та юридичними правами. Слід виходити з того, що кожна людина має право приймати власне рішення, коли йдеться про неправовий закон. Тут можна привести положенням Томаса Аквінського, який вважав, що у випадку появи несправедливих законів їх не тільки можуть не виконувати громадяни, але й зобов'язані не виконувати! В свою чергу Р. Дворкін наполягає: якщо уряд дійсно визнає права особистості, він повинен відмовитися від претензії на те, що громадяни ніко-

¹ Кандидатка юридичних наук, асистентка кафедри філософії Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.
e-mail: kovalenkoa757@gmail.com

ли не порушуватимуть його закони, і він не повинен урізати права громадян під приводом забезпечення загального блага.

У розділі 8: Цивільна непокора «Серйозного погляду на права» аналіз Р. Дворкіна поширюється на випадки невизначеності та протиріч у розумінні юридичних прав. Він ставить два запитання:

- 1) *Якими є базові права й обов'язки громадянина, коли його конституційні права не визначені, але він щиро переконаний у тому, що уряд не має права змусити його робити те, що він вважає несправедливим?*
- 2) *Якими є обов'язки посадових осіб, які вважають, що даний громадянин не правий у своєму уявленні про закон?*

На думку Р. Дворкіна це питання стоїть так: хіба коли-небудь громадяни мали моральне право порушувати закон? Залежно від відповіді, можна розрізняти два табори. Консерватори не схвалюють будь-який акт непокори, вони вважають правильним, коли непокора переслідується. Ліберали ж симпатизують непокірним принаймні в деяких випадках, не схвалюють переслідування і задоволені виправдувальними вироками. Але попри різницю в емоціях, обидві групи дають по суті ту ж саму відповідь на питання про принцип, який нібито їх розділяє.

Ця відповідь полягає в наступному. У демократії, яка в принципі поважає права особистості, кожен громадянин має загальний моральний обов'язок коритися всім законам, хоча й жадав би в них деяких змін. Заради своєї і загальної користі (хоча б за для громадянського спокою) він передає своїм співгромадянам цей обов'язок коритися законам, які їм теж у чомусь не подобаються. Але цей загальний обов'язок не може бути абсолютним обов'язком, тому що суспільство може виробляти несправедливі закони і політику, а людина має ще й інші обов'язки, крім своїх обов'язків перед державою. Людина повинна виконати свої обов'язки перед своїм Богом і своєю совістю, і якщо все це знаходиться у конфлікті з її боргом перед державою, то вона має право, зрештою, робити те, що вважає правильним. Якщо вона вирішить, що повинна порушувати закон, то вона має отримати за це

вирок суду і покарання, яке держава присуджує, на знак визнання того, що її борг перед співгромадянами був порушений, але це не повинно загасити релігійні чи моральні зобов'язання індивіда.

На думку Р. Дворкіна аргумент, згідно з яким суспільство «не виживе», якщо терпітиме всі види непокори, є набагато слабкішим, ніж видається.

Загалом, далеко не очевидно, що громадянська непокора знижує повагу до закону. Але навіть якщо це й так, Р. Дворкін вважає, що даний факт не має значення. Принцип поваги до закону, зрештою, зводиться до утилітарної вигоди, яка не може виправдати заборони людині робити те, що вона має право робити. На думку Р. Дворкіна, загальний виграш не може бути хорошою основою для обмеження права, навіть якщо таке обмеження мотивується повагою до закону.

Корисним є твердження С. Римаренка, який відмічає «...І справді, тільки побувавши в лоні загального, індивід, збагатившись, порівнявши себе з іншими, в змозі оцінити та збагнути неминучу цінність другого, а через нього й самого себе як щось значуще». Як наголошував С. К'еркегор: «Одиничне вище від загального — за тієї, однак, умови, що одиничне, лише побувавши в лоні загального, виділяє себе, як щось вище».

Слушною щодо цього є думка Л. Шкляра про те, що при протиставленні прав людини правам нації не досить коректно звучить сам термін «пріоритет», запозичений з юридичної термінології, де він має цілком конкретний зміст. Юридична практика свідчить про «пріоритет права», а не «пріоритет цінностей», що робить ситуацію досить таки суб'єктивною, адже останні є прихмою кожної окремої особи. Зрештою, існують і такі суб'єктивні моменти, котрі роблять справу «ієрархії» тих чи інших цінностей приватною думкою особи. «Стосовно ж співвідношення прав, маючи на увазі не їх юридичну, а політичну силу, то... вони мають перебувати не в ієрархічній залежності, а в гнучкій координації балансу пріоритетів стосовно конкретно історичних умов життя народу і завдань, які він вирішує на тому чи іншому етапі свого існування».

Олександр Литвинов¹

ПРАВО ТА ІНШІ НОРМАТИВНІ СИСТЕМИ: МЕЖІ НЕПРАВА ЯК ПИТАННЯ КУЛЬТУРНОЇ ДИФУЗІЇ СВІДОМОСТІ (ДО АПОЛОГІЇ КУЛЬТУРОЛОГІЧНОГО ПІДХОДУ В ПРАВознавстві)

До апології поняття культури як правової категорії

За всієї різноманітності (аж до протилежності) розуміння та, відповідно, визначення культури, є певні ознаки, що поєднують усі або більшість цих визначень: від біологічних (культурне — покращене), що «перетікають» у антропологічне (бо покращене — людиною, а також покращена сама людина), до соціологічних (перелічення головних рис — із висновком про рівнозначність різних культур) та ідеологічно-аксіологічно забарвлених (постулювання однозначно спрямованих ціннісних орієнтацій). Однак усі підходи (розуміння, втілені у визначення) об'єднує: а) стосуюнок до людських форм співіснування та взаємодії; б) обов'язкова дотичність до організаційної, регулятивної та контролюючої сфер співіснування та взаємодії. Конкретизація цих форм відбувається в унормуванні через втілення у видах взаємовідносин: релігійних (міфологічно-релігійних), етичних (морально-етичних), естетичних, правових тощо. Це логічний аспект питання.

¹ Доктор юридичних наук, завідувач кафедри соціально-гуманітарних дисциплін Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка.

e-mail: llittvnn@gmail.com

Історичний аспект полягає в тому, що правові категорії (насамперед найважливіші — справедливість, свобода, обов'язок) до виокремлення в особливу форму (особливі форми) мислення існували як категорії культури. Звичайно такий факт, що є дійсним і до сьогодні (наприклад, категорія справедливості є спільною для права, моралі (етики), релігії тощо) відбивається в понятті синкретичності.

Загальним висновком може бути такий: культура є не тільки правовою категорією, але й має метакатегоріальний статус. Останнє надає додаткові методологічні можливості для дослідження права, включаючи і його межовість з іншими нормативними системами, що регулюють життя соціумів.

До апології раціональності у розумінні права

Раціональність є якістю мислення та дій людини, що характеризується насамперед доцільністю та ефективністю з урахуванням максимальної кількості можливих впливів та наслідків. Історичні типи раціональності (античний, середньовічний, новочасний, а також сучасний або сучасні, що мають досить багато визначень, найбільш відоме з них — постмодерністський) є втіленням культурного в антропологічному. Ступінь такого втілення є резюмуючим показником розвитку культури, яка є водночас і показником подолання інстинктивно-тваринного в антропологічній характеристиці людини. Іншим показником є ступінь свободи як індивідуальної можливості самовизначення кожного в межах нормативності, створеної тією чи іншою культурою. Звідси саме межі нормативності стають показником права і неправа як у сенсі, що можна назвати позитивним (або переважно позитивним), так і в сенсі, що можна назвати негативним (або переважно негативним). У першому випадку йдеться про взаємодію і взаємопроникнення норм права та норм релігії, моралі, специфічних традицій тощо, у другому йдеться про вихід за межі культурного (тобто покращеного людиною), що можна назвати неправом як антиправом. У першому випадку — це посилення права

не-правом (наприклад у випадку досягнення справедливості не тільки в правовому, а й моральному чи то релігійному сенсах), у другому — це нівелювання чи то навіть знищення права (у випадку переважно порушення раціональної складової, що тягне за собою відповідні наслідки морального характеру, а часто й інші, наприклад, характеру економічного тощо). Тоді раціональність стає мірилом права або правості як такої, а нехтування нею призводить до панування буденної (повсякденної) свідомості, що також стає причиною поширення меж неправа у вигляді підміни смислів у різних сферах діяльності (включаючи правову).

До апології герменевтики як частини культурологічного підходу

Право як потестарне і право як лібертарне є завжди проявами з вимірами, що виходять за межі формалізованої нормативності, а також постійно вимагають герменевтичних зусиль для прояснення культурологічних засад онтологічного характеру. Архетипічність нормативності в дискурсах, включаючи й сучасність, мають різні прояви маскування, особливо в сталій термінології, але проблема свободи (ступеня свободи) в потестарному і проблема владного (ступеня впливу і дієвості влади як прояву сили) в лібертарному в своїй фактичності є виразом, а також втіленням неймовірної складності континууму. В останньому щодо простору можна лише констатувати атакованість часом, де поєднано минуле, сьогоднішня та уявне майбутнє. Усе це виглядає ірраціональним, але раціональне осмислення таких процесів і явищ з великою часткою адекватності, як удається, дозволяє говорити про зіткнення архетипів збиральництва в купі з кочовництвом, з одного боку, зі креативністю наступних, більшою мірою оброблених людським розумом (тобто культурних) архетипів, що знаходяться в стадії становлення, — з іншого боку. Прояви вітальності як сили без індивідуальної свободи протидіють культурному як раціональному, що потребує свободи як умови розвитку.

Звідси тлумачення права як влади, що є «породженою гвинтівкою» чи то іншим знаряддям насилля, стикається з правом, що є породженим розумом і в цілому культурою. Величезна варіативність форм такого зіткнення зумовлена характером та способами взаємодії (діалектикою) нормативних систем, що проявляються як фактичність. Право як закон, право як традиція, право як можливість (можливості), право як щось, що не може бути визначеним, але завжди має соціальні наслідки, отримує різні тлумачення в культурах, де суспільне значення норм є зануреним в онтологічне коріння архетипічного гатунку. Проявами такого (традиційного) функціонування права є, наприклад, тлумачення правоохоронних органів як каральних, у соціальному аспекті — постійне відновлення ситуації штучної бідності (як способів тиску неправа на соціум).

Політичну (прагнення влади) спрямованість таких наслідків як експлуатацію штучно створених історичних міфів спростовує раціональне (критичне) мислення, яке вимагає мисленевого напруження як персонального розвитку. Останнє є прагненням свободи, що робить такий розвиток умовою існування права, а також показує несумісність з архетипами збиральництва та кочовництва. Іншими словами, те, що існує в культурах без досвіду свободи (як можливості індивідуального розвитку і самовираження кожного) в нормативності, що відбивається в правовій термінології, може бути поставлено під сумнів саме як право: чи може бути правом те, що спирається (цілком або переважно) на силу (насилля)? У своїй фактичності (логічно) їхні регулятивні, організаційні та контролюючі ролі не відрізняються від функціонування відомих біологічних спільнот (стада, зграї тощо). Культурний вигляд (такий, що належить людям) надає їм реальна дія виплечаних людьми попередніх поколінь традицій, релігій, моральних устоїв тощо у відповідному внормуванні. Особливим зауваженням тут може бути таке: ці дифузні або конвергенційні процеси мають завжди (як мінімум — переважно) кримінальну складову (цілком чи то частково), але вона сприймається суспільною свідомістю (майже) як належне. Проблемою стає герменевтичний

факт небезпеки адекватних визначень названих процесів і явищ у суспільствах збиральницьких та кочових (примітивних) архетипів. Звісно, йдеться про небезпеку для актора (зазвичай персоналізованого) з боку такого суспільства.

До апології відкритого суспільства як суспільства правового

Постійне прагнення кращого як ідеального є природним для людини, особливо такої, свідомість якої оперує переважно образами, а не поняттями. Безвихідне становище примітивних за своїми архетипами культур (неможливість самостійного існування без паразитування на тлі культур інших) посилює їхню агресивність, включаючи використання примусу до втілення ідеальних (утопічних) проєктів суспільно-політичного (державного) ґатунку. Відповідне внормування таких процесів спирається на сучасну (у кожний історичний період) правову термінологію (хоча це не завжди є/було обов'язковим). Значна частка цих процесів підживлюється знов-таки фактично нормами, що є виробленими культурою в сферах буття, які сьогодні визначаються як міфологічно-релігійні, морально-етичні, естетичні чи то синкретичні (за змістом). Сприйняття/несприйняття кримінальної складової такої підміни понять є показником ступеня зрілості суспільства як правового.

Можливими зразками для формування (створення, розбудови тощо) суспільного буття у межах права (як умов рівних для кожного можливостей і таких же обмежень) є такі спільноти (та, відповідно, держави), які об'єднує поняття відкритого суспільства. Останнє спирається на деякі очевидні для раціональної (критичної) свідомості фактичності буття, що запобігають абсолютизації різних ідей (расових, класових, етнічних, релігійних тощо) як небезпечних у своїй агресивності (примітивності) утопій. Це поняття, що мають суто філософсько-світоглядні коріння, але апелюють до культурно-онтологічних засад людського буття, і часто

навіть збігаються з поняттями сучасної правової свідомості (як мінімум термінологічно).

Але першими з таких понять є поняття недосконалості та наступне, що витікає з нього: поняття помилності людських дій, що її неможливо уникнути, і що, втім, обов'язково слід враховувати та спрямовувати зусилля на постійне виправлення прорахунків та помилок. Творення культури на таких засадах дозволяє долати обмежені (регіональні, етнічні тобто племінні тощо) правила і норми співіснування, включаючи регулюючі, організаційні та контролюючі. Іншими словами, йдеться про процес, що вже відбувається як складний та полілінійний (в економіці, частково в політиці тощо), де домінантами розвитку (тобто прагнення свободи) стають універсалізація (для вноормування соціального буття це право) та персоналізація (для збереження людини як роду і взагалі життя як такого це знов-таки право як забезпечення прав кожної людини). Проблема звернення правової свідомості до інших нормативних систем вирішується також у раціональній спосіб адекватного тлумачення значущості чи то необхідності такого звернення. Таким чином поняття відкритого суспільства та правового суспільства збігаються за змістом у переважній кількості своїх характеристик (якостей).

Каріна Литвинюк¹

«НЕПРАВО» ЯК ПЕРЕДУМОВА ФОРМУВАННЯ ПРАВА У ДЕЯКИХ ФІЛОСОФСЬКИХ КОНЦЕПЦІЯХ

Чи можна було би мислити право, якби не існувало «неправа»? Живучи у суспільстві, людина самим її існуванням, так би мовити, продукує «неправо», яке зазнає трансформації у правові зв'язки, коли «неправо» впливає на Іншого.

Згідно з основними концепціями еволюційної біології й етології інстинкт агресії у людини, як і в інших тварин, є стійкою спадковістю, якої неможливо позбутися і яка є абсолютно необхідною для виживання (*Storr A. Human aggression. New York : Atheneum. 1968. P. 116*). Тобто агресія мислиться як така еволюційна установка, що допомагає зберегти і людський вид у цілому, і окремого біосоціального індивіда. Функціями агресивної поведінки є: встановлення ієрархії, захист потомства та території. В. Дольник стверджує, що влада має біологічну природу, яка виявляється у встановленні ієрархічних законів (*Дольник В. Г. Непослушное дитя биосферы. Беседы о поведении человека в компании птиц, зверей и детей.*

Санкт-Петербург: Издательство Петроглиф, 2009. С. 156). Тобто встановлення правил суспільного співжиття та вибудовування стійких ієрархічних соціальних систем відбувається за вияву агресивної поведінки домінантних осіб і ритуалів стримування агресії в осіб підпорядкованих. Будь-яке відхилення від встанов-

¹ Магістр права, Львівський національний університет імені Івана Франка.
e-mail: lutvynykk@gmail.com

лених ієрархією норм теж зумовлює агресію. Тому члени соціальної групи змушені виконувати ці норми. Вказане може слугувати ілюстрацією того, як правові зв'язки (засновані на нормах права) виникають із неправових, зокрема із біологічної схильної людини до агресії.

Виникнення держави, а відтак і позитивного права, у деяких концепціях їх походження пов'язується із насильством, війною, боротьбою. Так, Т. Гоббс стверджував, що у додержавному стані внаслідок природної рівності існує постійна конкуренція та війна. Аби припинити останню, люди домовляються, укладають між собою договір для створення держави, метою якої є «головним чином забезпечити безпеку. Кінцевою причиною, метою чи наміром людей (котрі за своєю природою люблять свободу і панування над іншими), при накладенні на себе пут, що зв'язують нас, коли ми живемо в державі, є турбота про самозбереження і водночас про життєвий добробут. Тобто, встановлюючи державу, люди керуються прагненням позбавитись од лиховщини війни, яка є непоборним наслідком природних пристрастей людей там, де немає видимої влади, яка острашує їх і загрожує покаранням та примушує виконувати домовленості й дотримуватись природних законів...» (Гоббс Т. Левіафан. Київ : Дух і Літера, 2000. С. 184).

Право як силу, нав'язану суспільству ззовні, розуміли представники теорії зовнішнього насильства — Л. Гумплович, К. Каутський, Ф. Оппенгеймер, Ф. Ратцель. Вони вважали, що насилля сильних племен над слабкими, яке перші використовують для досягнення власних цілей, є фундаментальною основою становлення цивілізацій і зумовлює ранні державотворчі процеси: клас переможців стає керівним, а переможених — підпорядкованим. Поступово поширення набула ідея про те, що воєнний характер кочівників, морських розбійників, бандитів є важливим фактором у створенні та зміцненні різних держав в усі часи.

Ідею походження права як наслідку внутрішнього насильства у групі обґрунтували, зокрема, Є. Дюринг і Р. Жирар. На їхню думку, у кожній соціальній групі є умовна більшість і меншість. Без панування більшості над меншістю без панування однієї части-

ни суспільства над іншою держава виникнути не може Меншість може бути як долучена до суспільства, так би мовити, ззовні (наприклад, у вигляді рабів, військовополонених), або виокремлена всередині соціуму за певними ознаками (національність, зовнішність тощо).

Виникнення права та держави у з системою договірних звичаїв і зв'язків, які є наслідками насильства або війни, пов'язував М. Мосс. Він вважав, що формування договірних відносин як необхідного етапу розвитку перших держав відбувається саме через загрозу пізнати війну. За його словами, «багато первісних суспільств переживають перебільшені почуття страху та ворожнечі і настільки ж перебільшені відчуття щедрості. У всіх суспільствах, які безпосередньо нам передували та які ще нас оточують, і навіть в численних звичаях нашої народної моральності немає серединних категорій: люди звикли або повністю довірятися, або повністю не довірятись; втратити все майно або скласти зброю у битві. Саме у подібному стані люди навчилися брати на себе зобов'язання. За постійної загрози війни святкування й обмін примиряють між собою групи людей. При зустрічі дві групи людей можуть тільки розійтися, а якщо вони виражають один одному недовіру чи кидають одна одній виклик, то битися, — або домовитися» (Мосс М. Общества. Обмен. Личность. Труды по социальной антропологии. Москва : КДУ, 2011. С. 282–283).

Цю проблематику згодом розвинув К. Леві-Строс, який писав: «Існує зв'язок, взаємоперехід між ворожістю і забезпеченням реципрокності. Акти обміну — це мирне вирішення воєн, а війни — результат невдалих трансакцій» (Леві-Строс К. Первісне мислення. Київ : Український центр духовної культури, 2000. С. 159). Тому стан між святом і війною є непостійним: народи успішно заміщають війну, ізоляцію і застій союзом, дарами та торгівлею (Мосс М. Общества. Обмен. Личность. Труды по социальной антропологии. С. 223). Певною ілюстрацією непостійності такого стану можуть бути передані Б. Маліновським слова представників народів Тробріанських островів: «Добу — не добрі люди, як ми; вони жорстокі, ... коли ми приходимо до добу, ми боїмося їх.

Вони можуть нас вбити. Але ось я викладаю імбирний корінь, і їх настрої змінюється. Вони відкладають в сторону списи і добре нас приймають» (*Малиновский Б. М. Избранное: Аргонавты западной части Тихого океана. Москва : Российская политическая энциклопедия, 2004. С. 408*).

Видається, що право може формуватися у ситуаціях «неправа» як інструмент подолання конфлікту, що набуває форми або домовленості між рівними (рівноправними) суб'єктами, або відносин влади-підпорядкування як «домовленості» між нерівними (нерівноправними) суб'єктами. Причина такого формування права може критися у тому, що, як писали стоїки, «першим спонуканням живої істоти є самозбереження, бо природа спочатку дорога сама собі».

Сергій Максимов¹

«50 ВІДТІНКІВ» НЕПРАВА

Lex injusta non est lex

Marcus Tullius Cicero

Аналогічно твердженню про багатогранність права можна сказати й про його антонім — неправу, що воно також має багато вимірів, або відтінків. Спробуємо розібратись з цими відтінками та систематизувати їх.

На самому абстрактному, «метафізичному» рівні «діалектика» права і неправу може бути виражена через метафору буття і небуття. Право як синонім правильного, існуючого асоціюється із буттям, а неправу, відповідно, з його недостатністю, або навіть, відсутністю буття. Оскільки правове буття є сферою належного, тобто тим, що має бути, тому й відомий парменідівський вислів про те, що буття є, а небуття немає, може бути трансформований у вислів про те, що право є, а неправу — не повинно бути.

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

Подібно вирізненню двох аспектів виявлення напруження між належним і сущим: зовнішнього — співвідношення фактич-

¹ Доктор юридичних наук, професор кафедри теорії і філософії права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, член-кореспондент НАПрН України.

e-mail: s_maximov@ukr.net

ної поведінки і права як вираження ідеї належного і внутрішнього — співвідношення позитивного права (того, що є) та ідеї права (того, що повинне бути), можна вирізнити і два основні аспекти відображення напруження між правом і неправом. Перший пов'язаний із гегелівською концепцією права і неправу, коли під неправом розуміється насамперед відхилення поведінки людей від встановленого стандарту, а другий — виражає природно-правовий підхід, коли порушуються стандарти формування самого позитивного права, причому цим стандартам надається моральне значення, тобто справедливості. Отже, в обох випадках говориться про порушення певних стандартів, але якщо в першому випадку — встановлених правом стандартів людської поведінки, то в другому — стандартів та вимог щодо самого права.

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

Другий, внутрішній до самого права аспект розуміння неправу, пов'язаний із визнанням того, що право з необхідністю включає вимогу правильності, або справедливості як моральної правильності, розробляється в межах традиції природного права, яка сперечається щодо тлумачення природи права із традицією пра-

вового позитивізму. Правові позитивісти слідом за Гансом Кельзенем вважають, що «будь-який зміст може бути правом», а тому виключають із правового дискурсу можливість застосування до інституціолізованого права (законів, судових рішень) вимог правильності у такій формі, що дозволяла би визнавати їх «неправом», тобто таким, що втратило якість права. Тому з їх точки зору несправедливе право може визнаватися «дефектним» правом, але воно ніколи не втрачає якості права.

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

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

Отже, якщо відійти від максималізму ідеологічних оцінок законів та правових систем як неправових за критерієм їх будь-якої несправедливості (або того, що вважається за справедливе тим чи іншим суб'єктом), то буде втрачена збалансованість між принципом правової визначеності і принципом справедливості.

Слідуючи формулі Радбруха, інклюзивний непозитивізм стверджує, що моральні дефекти підривають юридичну силу тоді і тільки тоді, коли перейдений поріг крайньої несправедливості. Несправедливість нижче цього порога включена в поняття права як дефектного, але чинного права.

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

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

Юлія Матвєєва¹

КОМУНІКАТИВНІ УМОВИ ВИРІШЕННЯ ПРОБЛЕМ НА МЕЖІ ПРАВА І НЕПРАВА

Сучасний світ характеризується надзвичайно складною структурою, полівимірністю, мультикультурними та ментальними зв'язками, що породжує багато проблем, зокрема, на комунікативному рівні. Складність досягнення компромісу, вирішення питань загальнопланетарного значення часто породжують ситуації, які у деяких випадках не вирішуються правовими способами і створюють реальність «неправа». Такими є військові конфлікти, державні перевороти, деякі заборони окремим соціальним групам за певною ознакою (заборона носіння в публічних місцях релігійних символів: мусульманських головних уборів, нагрудних хрестів і т. п.).

Однак, навіть у випадках, які знаходяться на межі неправового, найавторитетнішим способом їх вирішення є право. Сучасне розуміння природи права базується на уявленні про право як «соціально-культурний феномен, тобто творіння людини, артефакт культури, відповідно до якого правом є єдність двох основних моментів: смислового і предметного» (Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. Харьков, 2002. С. 162). Саме за допомогою права можна досягати компромісу, консенсусу, домовленості, як на рівні міжособистісного спілкування (включаючи судовий спосіб вирішення конфлікту), так і міждержавних, міжнародних відносин (від дипломатичних домовленостей до укладання договорів, пактів, угод і ін., а також

¹ Кандидатка юридичних наук, старша викладачка кафедри загальнотеоретичного правознавства і публічного права факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія».

e-mail: julybirch@ukr.net

способів подолання післявійськових конфліктів). Таку роль право може виконувати завдяки своїй ідеальній компоненті, що виражається у пошуках правової правильності, або справедливості. Пошуки справедливості здійснюються у різних формах правової комунікації, в яких і знаходить своє буття право. Оскільки ж комунікація неможлива поза мовою, то певною мірою мову можна вважати проявом буття права, онтологічним змістом усього правового (так само, як і неправа).

Харківський вчений-юрист кінця XIX — початку XX століття В. Д. Катков так відмічав значення мови та її вивчення для права: «Ми не зможемо ані навчитися послідовно мислити, ані адекватно розуміти себе та інших людей, якщо не зробимо наше мовлення-мислення предметом особливої уваги й вивчення... Мовознавство нерозривно пов'язане з логікою, є найважливішою із наук для будь-якої людини, не тільки вчених будь-яких спеціальностей. Особливо ж важливо для тих, хто, подібно юристу, має так багато справ з абстракціями» (*Катков В. Д. К анализу основных понятий юриспруденции. Харьков : Универ. тип, 1905. С. 15–16*).

Право у сучасному пост-модерному суспільстві знаходить способи вирішення конфліктних ситуацій через дискурс — науковий, судовий та ін. І саме завдяки лінгвістичним можливостям мови право набуває своїх довершених форм, долаючи водорозділ неправа і формуючи варіанти подолання суперечливих поглядів, вирішення сутичок, досягнення соціального компромісу.

Багато у чому можливість комунікативних властивостей права забезпечується завдяки певному культурному коду, який концентрує увесь досвід культурного буття народу, що втілюється у зовнішніх формах міжнародних договорів, конституцій, актів національного законодавства та у способах вирішення соціальних конфліктів. У ньому ж втілюються й уявлення про справедливе та несправедливе, які змінювались в залежності від історичних епох та ментальності різних народів світу, однак були однаково властивими для розуміння права як феномену, покликаного знаходити цю саму справедливість.

Саме наявність у людського соціуму культурного коду, який визначається тяглістю усього накопиченого людством досвіду, і сприятиме тому, що суспільство не зможе існувати, принаймні тривалий час, в стані хаосу, колапсу, анархії, аномії, або ж — неправа. *Ubi societas ibi jus* — де суспільство, там і право. Ця латинська сентенція найкраще відображає притаманну людському середовищу якість: функціонувати в унормованій системі правил і процедур, які сприяють упорядкуванню співжиття членів соціуму. І особливі властивості мови права покликані заповнювати певний нормативний (регулятивний) вакуум.

Сучасну культуру визначають як «культуру «екстазу комунікації». В комунікації важливу роль відіграє мова. Мова розглядається в контексті суб'єкт-суб'єктних комунікацій, які в принципі не можуть бути зведені до передачі повідомлень. Мова виступає в цьому контексті не стільки механізмом об'єктивації інформації..., скільки медіатором розуміння» (*Можейко М. А. After-post-modernizm. Новейший философский словарь*. Минск, 2001. С. 7). Таким чином, комунікативні стратегії стають домінуючими в постнекласичному типі наукової раціональності, які можна також назвати «комунікативною раціональністю» Це пов'язано з «лінгвістичним поворотом у філософії ХХ ст., який ініціює в свою чергу герменевтичний і аргументативний повороти... Відбувається переведення пізнавального досвіду в сферу продуктивного діалогу, тобто діалогу, в якому завжди можлива згода з приводу спірних претензій» (*Поляков А. В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций*. Санкт-Петербург : Издательский дом С.-Петербур. гос. ун-та. С. 106).

Саме ці мовно-комунікативні підстави знаходяться в основі сучасних підходів до вирішення правових спорів, міждержавних конфліктів та прикордонних з неправом станів.

Анастасія Мерник¹

СУЧАСНІ КОНЦЕПЦІЇ ПРАВОРОЗУМІННЯ: «PRO» ET «CONTRA»

Право як соціальне явище формувалося протягом багатьох років. Кожна епоха створювала своє розуміння права. Розуміння права є суб'єктивним, оскільки кожна людина сприймає його по-своєму, залежно від традицій, звичаїв і в цілому від стану суспільства. Правова думка людства відзначається розмаїттям концепцій і теорій про походження, поняття та розуміння права. Кожна концепція праворозуміння має свою власну відповідь на запитання «що є право?». Природно-правова стверджує, що право — справедливість, юридичний позитивізм наголошує на тому, що право — закон, соціологічна вказує, що право — контраст між формальним та реальним правом.

Юридичний позитивізм, як і будь-яка інша концепція праворозуміння, має свої переваги та недоліки. До сильних сторін цього підходу можна віднести: прагнення до зрозумілості, визначеності положень, наприклад, існування чіткого визначення місця та ролі держави у правовій реальності, однак через це правові норми і справедливість можуть не збігатися; відстоювання людського співіснування, як правового порядку, але разом з цим ототожнення його з наказами держави; розробка формальних аспектів юридичної науки (наприклад, формально-юридичного методу) та систематизації права; орієнтування громадян на законслухняну поведінку; визнання права як соціального регулятора, дія якого спрямована на забезпечення порядку у суспільстві.

¹ Кандидатка юридичних наук, асистентка кафедри теорії і філософії права Національного юридичного університету України імені Ярослава Мудрого.
e-mail: Mernik.n@gmail.com

До слабких сторін правового позитивізму можна віднести: ігнорування морального аспекту юридичних норм, через що втрачається необхідний зв'язок між правом і справедливістю; зведення нормативної сили права до примусовості, оскільки позитивіст бачить нормативну силу права у волі законодавця, однак це може бути обґрунтовано скільки повагою до закону, а не тільки страхом перед санкцією. Таким чином, виникає наступне: право може стати засобом свавілля зі сторони держави, як законодавця, оскільки вона, за концепцією, вважається творцем та господарем права. Останнім недоліком є урівняння права із законом, тобто відсутність розмежування понять та існування суб'єктивного поняття права, ствердження його характеру, як похідного від позитивного права.

Основні позитивні засади концепції природного права можна звести до наступного: критика держави і боротьба за гуманізацію правопорядку, тобто те, що право завжди повинно бути справедливим, не містити положень, що виражають свавілля держави, неправильність зведення права до закону, обмеження правом державного та суспільного втручання у справи життя та особи тощо.

Але досить часто гуманістичний сенс набуває негативного характеру, що є один із недоліків юс натуралізму: право нічим не забезпечується і не гарантується, відсутність підтвердження політико-правовою реальністю універсального характеру загальнолюдських цінностей, неможливість вирішення колізій, які виникають у контексті реалізації суб'єктами свої природних прав, а також той факт, що протиставлення права і законодавства може призвести до правового нігілізму, тобто до відмови додержуватись юридичних норм.

Соціологічний тип праворозуміння, як і позитивний, природно-правовий, не є досконалим, тому має свої переваги та недоліки. До переваг можна віднести те, що закон не ототожнюється з правом, а розглядається тільки як його проект, в свою чергу, право утворюється в результаті правозастосовної діяльності. З цього витікає, що норми права та фактичні обставини об'єднуються

у процесі правозастосування настільки, наскільки це можливо. Ще однією із позитивних рис соціологічної школи права можна назвати припинення чинності норм, які не є задіяними у правовідносинах. Щодо недоліків, то це відсутність розмежування права з явищами соціальної дійсності; наділення правозастосовних органів правотворчою функцією, яка їм не завжди і не в усіх правових системах притаманна.

Всі концепції певним чином пов'язані одна з одним, але немає жодної, яка б мала достатню кількість власних переваг і враховувала недоліки інших типів праворозуміння. Зазначену проблематику можна вирішити за допомогою інтегративної юриспруденції, яка полягає в об'єднанні трьох доктринальних типів праворозуміння: природно-правового, правового позитивізму, соціологічного для можливості цілісного бачення права як соціального регулятора, оскільки існування великої кількості різноманітних теорій викликає недовіру до правознавства в цілому, а разом з цим неможливість попередження або вирішення конфліктів, що виникають в соціумі, впорядкування суспільних відносин. Завдяки інтегративній юриспруденції може бути розроблене поняття права, що поєднує у собі гуманізм юснатуралізму, орієнтування на нормативність позитивізму та дослідження соціальних чинників соціологічного напрямку.

Анна Наконечна¹

ПРАВОВІ ПОТРЕБИ ЯК «НЕПРАВО», ЯКЕ ЗНАХОДИТЬ ВІЯВ У ПОЗИТИВНО-ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ

Правові потреби – це потреби людей у якісному й ефективному позитивно-правовому регулюванні, а також потреби в юридичній допомозі.

У науковій та навчальній літературі правовим регулюванням вважають діяльність компетентних суб'єктів, яка здійснюється за допомогою певних юридичних засобів. Їх сукупність становить механізм, що включає: юридичну правосуб'єктність (правоздатність та дієздатність); юридичні норми (вміщені чи у нормативно-правових актах, чи у договорах, чи у судово-прецедентних рішеннях тощо); правовідносини; суб'єктивні юридичні права; юридичні обов'язки; юридичні факти як підстави виникнення, зміни чи припинення таких прав (зокрема такі юридичні факти, як ухвалення актів офіційного правотлумачення — правоконстатуючих або правовідновлювальних, або правозмінних, або ж правоприпиняючих індивідуальних юридичних актів); правопорядок, законність. Отож, стисло охарактеризуємо роль (можливості) кожного з основних елементів (засобів) механізму правового регулювання у задоволенні правових потреб людини.

¹ Асистентка кафедри теорії та філософії права юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка.
e-mail: anna.nakonechna@gmail.com

Потреба у правосуб'єктності зумовлена тим, що ні фізична, ні юридична особа не можуть існувати й діяти без визнання цієї властивості останніх. Виключно вона надає можливість вчиняти ті чи інші дії.

Потреба у суб'єктивних юридичних правах спричинена тим, що кожна людина потребує правової визначеності своїх дій, оскільки це забезпечує їх правомірність та моральність. Вони слугують свого роду «ключем», наданим державою для здійснення діяльності із здобуття та споживання, використання певних життєво необхідних благ — об'єктів правовідносин.

Потреба в юридичних нормах та у нормативно-правових актах виникає внаслідок того, що вони юридично закріплюють суб'єктивні права та гарантують їх реалізацію.

Потреба в юридичних фактах пояснюється тим, що саме вони є підставою для виникнення, зміни чи припинення правовідносин, для виникнення суб'єктивних прав громадян у конкретних правовідносинах. Окрім цього, вони є своєрідним засобом трансформування правосуб'єктності особи у її суб'єктивне право, а також становлять необхідну ланку у переході від державного нормативного регулювання суспільних відносин до індивідуального правового регулювання.

Потреба у законності викликана тим, що вона є умовою виникнення та функціонування правопорядку, який необхідний для впорядкованості суспільних відносин, а відтак попередження хаосу та свавілля.

Така характеристика правового регулювання, як його якість, відображається насамперед такими показниками:

- цінність юридичного регулювання. Вона полягає в його позитивній значимості для задоволення потреб існування і розвитку людини, соціальних спільнот, об'єднань, усього суспільства;
- економність юридичного регулювання. Характеризується обсягом соціальних витрат, потрібних для досягнення його мети;

- ефективність юридичного регулювання. Визначається співвідношенням реальних результатів здійснення цього регулювання з його метою (*Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави: навч. посібник. 10-е вид., доп. Львів : Край, 2008. С. 202*).

Потреба у правовій допомозі зумовлюється необхідністю забезпечення правомірної, компетентної, дійсної реалізації прав і свобод людини, їх захисту та відновлення у разі порушення.

Олег Павлишин¹

ПОНЯТТЯ ПРАВА ТА НЕПРАВА В СЕМІОТИКО-ПРАВОВОМУ ВИМІРІ

Чи містить право, як вважає М. В. Костицький і його численні учні, певні природно-правові, надюрідичні засади? Чи завжди відображає право, як пише П. М. Рабінович і плеяда послідовників його оригінального підходу, «основоположні права людини» у поєднанні з суб'єктивними потребами та інтересами людей, відтак чи можна сприйняти альтернативну в своїй основі позицію С. П. Рабіновича щодо неминучої плюральності праворозуміння та визнання «гетерархічної множинності» правових реальностей — констатації існування певного мультиверсуму, а не універсуму права? Якщо так, тоді що таке право та що таке неправо?

Як вважає С. І. Максимов, праворозуміння — це центральна проблема правознавства, прагнення дати відповідь на питання «що таке право?». Можна цілком погодитися з цією думкою, адже дійсно, від відповіді на нього багато в чому залежить вирішення низки питань юридичної науки і практики. Водночас, як пише відомий сучасний український філософ права, це питання дуже складне, а складності йому додає не тільки багатогранність самого феномена права, який передбачає поєднання ідеальних, нормативно-інституційних та соціально-діяльнісних компонентів, але і багатозначність поняття його «розуміння», яке включає пізнання, оцінку і практичне ставлення до права.

Розвиває це міркування теза О. В. Стовби про те, що право постає специфічним способом людського буття-з Іншими, цю ж

¹ Доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри філософії права та юридичної логіки Національної академії внутрішніх справ.
e-mail: kfpul@ukr.net

проблематику досліджує також і Д. Ю. Кобринський, якого можна вважати практикуючим філософом правової комунікації. Справедливим у цьому контексті видається і зауваження Н. І. Сатохіної щодо феноменологічної герменевтики, яка прагне мислити право насамперед не як об'єкт нашого пізнання, а як те, що відбувається з нами, тобто правовий досвід, а це, у свою чергу, є результатом роздумів про постметафізичну необхідність вписати досвід смислу в динамічне існування конкретної людини. Тим більше, як зазначає Ю. С. Разметаєва та А. С. Бандурка, що сучасний світ схожий на клаптикову ковдру.

Семіотика права вносить певну ясність (нехай і детерміновану дослідницьким підходом) у цю строкату та розмаїту картину соціокультурного буття, задає параметри розуміння того, що є правом, а відповідно — що вважати неправом. На наш погляд, усі явища, які охоплюються поняттям право, утворюють певну цілісну систему, яка може бути досліджена в межах інтегративних підходів до праворозуміння, одним із яких є семіотико-правовий.

Якщо погодитись із тим, що феномен права охоплює багаторівневу та ієрархічну систему принципів, норм і соціальних відносин, тобто поєднує в собі як духовні смисли, так і матеріальні об'єкти, як метафізичні принципи організації людського співжиття, так і цілком конкретні норми, які регулюють соціальні відносини, як абстрактні моделі поведінки індивідів у соціумі, так і конкретні обставини, події та їхні наслідки, то з цього випливає, що право є системою ідей (на нашу думку, це свобода, справедливість, рівність, загальне благо, порядок, соціальна солідарність і мир), нормативним регулятором суспільних відносин, тобто системою правил, в якій поєднуються приписи, дозволи та заборони, конкретних рішень уповноважених осіб на підставі цих правил, а також змін у соціальних статусах і фактичному бутті матеріальних об'єктів.

Що ж у такому разі є неправом? Те, що не має відображення у жодному з цих вимірів, починаючи з найнижчого — максимально наближеного до фактичних обставин існування кожного конкретного індивіда як суб'єкта соціальних відносин. За нашою ло-

гікою, використання індуктивного методу в процесі дослідження правової та «неправової» реальності дає нам тут значні переваги, адже те, що зовсім не виражається у суспільних відносинах, не є правом у людському (соціальному) розумінні, відносини, які не реалізують норму як модель взаємодії суб'єктів, також не входять у коло правових явищ, а головне — ті норми, які не втілюють ідею права, не можуть бути «з повним правом» вважатися правовими. Чи існує тоді «істинне» або «повноцінне», «чисте» право, яке відповідає всім зазначеним критеріям? На нашу думку, без сумніву. Втім, це наступне питання є відкритим для всіх зацікавлених цією проблематикою філософів і правознавців.

Петро Рабінович¹

ФЕНОМЕН НЕПРАВА: ПЛЮРАЛІСТИЧНІСТЬ ІНТЕРПРЕТАЦІЙ

I

Актуальність проблеми, запропонованої для обговорення на нинішньому круглому столі, засвідчується, зокрема, тим, що в сучасному українському законодавстві спостерігається тенденція більш інтенсивного використання різноманітних прикметників та іменників, похідних від слів, коренем яких є «прав». Йдеться, зокрема, про такі слова, як-от: «право» (ч. 1 ст. 8 Конституції України), «правосуддя» (ст. 124 Конституції України); «неправосудний вирок» (ч. 4 ст. 62 Конституції України); «неправомірні угоди, «неправомірне використання» (ст. 30, 33 Господарського кодексу України), «неправомірні дії» (ст. 123 Цивільного процесуального кодексу України); «протиправні рішення, дії, бездіяльність» (ст. 245 Кодексу адміністративного судочинства України); «неправомірна вигода» (ст. 212-21 Кодексу України про адміністративні правопорушення, ст. 368, 369 Кримінального кодексу України); «неправосудний вирок» (ст. 375 Кримінального кодексу України).

Зазначену вище тенденцію можна спостерігати й у некодифікованих законодавчих та підзаконних нормативних актах.

В усіх наведених випадках неминуче виникатиме таке питання: чи наведені терміни є синонімами до прикметників «закон-

¹ Доктор юридичних наук, професор, професор кафедри теорії та філософії права Львівського національного університету імені Івана Франка, академік НАПрН України, завідувач Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України.

e-mail: rmpetro2009@gmail.com

не», «незаконне» й аналогічних ним? Чи, навпаки, у наведених вище прикладах йдеться про якесь інше — формально-відмінне — від законного/незаконного — явище?

Тож якщо схилитись до першої відповіді, виникає питання: навіщо, задля чого до називання одного й того ж явища було застосовано різні терміни (слова, прикметники)? Чи не вбачається у цьому порушення правил юридичної техніки нормотворчості?

Якщо ж підтримувати другу із можливих відповідей, тоді це безпосередньо виводить на проблему **праворозуміння**. А вона, як відомо, — наголошу ще раз — ніколи не мала, не має нині, і, вважаю — ніколи не матиме одно смислового, моністичного розв'язання...

Так чи інакше, викладене вище аргументує висновок про те, що, так би мовити, «праворозумінне» терміновживання дедалі ширше запроваджується, вплітається у вітчизняну законодавчу тканину (й у цьому, до речі, можна вбачати один з переконливих проявів практичної значущості проблематики праворозуміння).

Як же розуміти термінопоняття «неправо» — яке, до речі, використовував ще Г. В. Ф. Гегель?

II

1. Є майже очевидним, що задля того аби зрозуміти, яке саме явище відображається термінопоняттям «неправо», належить досить чітко уявляти, яке ж явище відображається, так би мовити, первинною — вихідною категорією — «право». Під час минулорічного круглого столу у Національному юридичному університеті імені Ярослава Мудрого я вкотре зробив спробу обґрунтувати свою відповідь на останнє питання. І тому знову відтворювати її тут, мабуть, не буде доречним (тим більше, що вона була представлена, зокрема, у моєї статті, опублікованій у 2019 році у журналі «Право України» № 6). Ще раз зауважу лиш, що, взагалі кажучи, така відповідь ніколи не була, не є, та, гадаю, не зможе бути однозначною.

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

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

3. У першому випадку ми маємо справу з руйнацією, деструкцією, або ж ігноруванням того явища, яке відображається термінопоняттям «право», — найчастіше так званого позитивного права, формальними джерелами якого слугують письмові нормативні чи індивідуальні акти, насамперед, державних органів (тут радше за все мають на увазі такі — неправомірні — фізичні дії, які, зазвичай, тягнуть за собою юридичну відповідальність). У рамках обговорюваної теми таке явище пропонувалося називати не «неправом», а «антиправом» (див.: Некрасов А. Право. Антиправо. Предправо. *Юридический вестник*. 2007. № 2. С. 6).

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

Так чи інакше, попередньо не з'ясувавши щойно означених питань, не маючи відповідей на них, навряд чи можливо переконливо обґрунтувати інтерпретацію поняття «неправо».

І щонайменше один висновок може бути зараз сформульований, з огляду на ті аргументи, які мені вже доводилося висловлювати неодноразово: інтерпретації «неправа» та способів і критеріїв його вирізнення можливі не менш плюралістичні, аніж і розуміння самого термінопоняття «право». Основні причини ж плюралізму праворозуміння — соціальні та гносеологічні — мені вже доводилось схарактеризовувати не раз (наприклад, у посібнику «Філософія права», Київ, 2014).

Петро Рабінович і Павло Мирцало¹

КАТЕГОРІЯ НЕПРАВА ЯК ПОНЯТТЄВЕ ВІДЛУЧЕННЯ ПРОБЛЕМИ ПРАВОРОЗУМІННЯ

1. Необхідною передумовою будь-якої оцінки того чи іншого явища (вчинку, рішення, події), як «неправа» є попереднє декларування змістовного праворозуміння, тобто відповіді на питання про те, яке ж явище відображається термінопоняттям «правом». Адже навряд чи можливо зрозуміти, наприклад, що являє собою явище «не-А», доки не задекларовано розуміння явища «А». Тому в чергове скористаємось нагодою висловити низку міркувань стосовно так званого, інтегративного праворозуміння, що обґрунтовується деякими вченими.

У зв'язку з цим спробуємо проаналізувати дефініцію загального поняття права, запропоновану професором О. В. Петришиним і опубліковану у цьому році за його науковою редакцією підручнику «Загальна теорія права». Згідно з нею, право — це «норми, які визначають межі свободи учасників соціальної комунікації шляхом визнання їх суб'єктами права (носіями суб'єктивних прав і юридичних обов'язків), реалізація яких уможливорює існування суспільства та спирається на підтримку держави» (с. 75).

¹ Петро Рабінович — доктор юридичних наук, професор, професор кафедри теорії та філософії права Львівського національного університету імені Івана Франка, академік НАПрН України, завідувач Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України.

e-mail: rmpetro2009@gmail.com

Павло Мирцало — аспірант кафедри теорії і філософії права Львівського національного університету імені Івана Франка.

Наведена дефініція відображає, радше за все, чергову спробу з позицій саме зазначеного різновиду праворозуміння розтлумачити, яке саме явище (з якими суттєвими ознаками) слід вважати *правом*.

Певна перевага наведеної інтерпретації вбачається передовсім у тому, що автор не обмежився лише абстрактним декларуванням означеного варіанта праворозуміння, а запропонував доволі змістовний його різновид.

Не можна не помітити, що наведене вище визначення права досить жорстко прив'язане до державного забезпечення як до його необхідної складової. То чи не дисонує таке правоуявлення, по-перше, з позицією інших співавторів підручника, згідно з якою явище права, взагалі кажучи, виникає раніше, ніж держава (додержавне право — с. 28)? А по-друге, — із викладеною у розділі XXIV підручника позицією, згідно з якою, окрім державно-похідного (державно-забезпечувального) права, існує ще й інше, так зване «природне» право (природні права людини). Стосовно же останніх цілком слушно відзначено, що їхнє виникнення та зміст не залежать від законів держави, від її волевиявлення (с. 456). Проте автор дефініції природних прав людини все ж таки включив і до неї таку їх властивість як необхідність гарантування державою (с. 456).

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

2. Взагалі кажучи, конструювання будь-якої інтегральної ідеї, створення інтегративної концепції вимагає, по-перше, зазначення переліку тих суттєвих властивостей явища, які пропонується інтегрувати у його дефініції, а по-друге, — вимагає схарактеризувати їхні взаємні зв'язки, залежності. З цього приводу можна зауважити, що складники будь-якого «інтегрального» праворозуміння ніколи не були й, мабуть, не будуть рівнозначними, однопорядковими; у протилежному випадку завжди існуватиме ризик виникнення еkleктичності, механістичності у результаті їх

механічного об'єднання, сполучення. Можливо саме у цьому вбачається одна з причин плюралістичності, розбіжності з-поміж самих же прихильників такого праворозуміння, які навряд чи колись дійдуть згоди стосовно того, яка ж саме властивість, характеристика правовості тих чи інших соціальних явищ є визначальною, стрижневою, системоутворюючою.

Безперечно, певною перевагою наведеної дефініції загального поняття права можна вважати використання у ній сучасної актуальної термінології, яка нерідко культивується нині в рамках обговорюваної проблематики. Ця обставина начебто зближує між собою представників такого підходу. Проте з іншого боку, не можна не помітити, що у деяких випадках така термінологія є не більше, аніж свого роду мовним «перевдяганням» тих явищ, які, так чи інакше, вже брались до уваги і попередніми дослідниками. Наприклад, одним з методологічних підходів, який останнім часом активно претендує на новітність, деякі вчені називають підхід «комунікативний». Відповідний термін — «соціальна комунікація» використано, як бачимо, й у обговорюваній дефініції. Адже не викликає сумнівів, що це термінопоняття є синонімом до таких слів, як-от: перемовини, спілкування, дискусії, контакти, стосунки, зв'язки, відносини тощо.

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

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

літературі було названо «термінологічна мімікрія» (див.: Вісник академії правових наук. 1995. № 3).

У зв'язку з цим можна зауважити, що такі дефініції обговорюваного термінопоняття, які нині справді подекуди називають «інтегральними» (або «інтеграційними»), і раніше пропонувалися у науковій літературі (причому незалежно від того, чи вживали їх автори саме такий або аналогічні прикметники типу «комплексне», «синтетичне», «інтегративне»). Так, нагадаємо, наприклад, формулу відомого німецького юриста XIX ст. Р.Єринга: «Право — це юридично захищений інтерес» (тут так би мовити, «соціологічність» поєднана з державно-вольовою юридичністю, легальністю).

Ще більше властивостей правовості інтегровано в оприлюдненій у 1848 р. інтерпретації феномена права, викладеної німецькими суспільствознавцями К. Марксом та Ф. Енгельсом. Як відомо, вони вважали правом піднесену до закону (властивість *державно-вольова, юридична*) волю (як явище колективної психіки, тобто властивість *психологічна*) домінуючого, пануючого у суспільстві соціально-економічного класу (вказівка на антропо-соціального суб'єкта — носія цієї волі, тобто властивість *соціально-суб'єктна*), зміст якої обумовлений насамперед його матеріальними інтересами (тобто зазначаються суто *соціологічні* чинники змісту і спрямованості такої волі). Отже у наведеній дефініції, як бачимо, змістовно інтегровано юридико-позитивістський, психологічний та соціологічний підходи до загального праворозуміння.

На завершення ж обговорення цієї, мабуть, найфундаментальнішої проблеми загальної теорії та філософії права, можна констатувати, що запропоноване у підручнику її вирішення спирається на сучасні наукові здобутки і відтак, сподіваємось, сприятиме подальшим методологічно значущим пошукам, дискусіям.

Сергій Рабінович¹

ДИХОТОМІЇ «ПРАВОВОГО–НЕПРАВОВОГО» ТА «СВОГО–ЧУЖОГО» ЯК ЗНАРЯДДА СИМВОЛІЧНОЇ БОРОТЬБИ

Згідно із слушним твердженням П.Бурдьйо, соціальний простір постає системою смислових розрізень. Враховуючи це, є підстави інтерпретувати концепти права/неправа як визначальні смислоутворюючі уявлення простору правового як засоби здійснення символічної влади, які з функціонального погляду слугують легітимувально/делегітимувальними маркерами в розподілі благ, здійснюваному в межах соціального цілого.

В опозиції «права» і «неправа» смисл «правового» може протиставлятися, зокрема, *незаконному, несправедливому, насильницькому, ірраціональному, хаотичному, особистому чи партикулярному*. «Неправовий» же як ціннісно-змістова характеристика засвідчує набуття оцінюваним явищем деяких граничних проявів однієї зі щойно згаданих якостей, вказуючи при цьому на крайній ступінь порушення деонтичних смислових меж «правового».

Інструментальна конотація терміну «правомірний» відсилає до деяких виокремлених засобів зважування, вимірювання

¹ Доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України, професор кафедри конституційного права Львівського національного університету імені Івана Франка.
e-mail: serg_rabin@yahoo.com

(«мір») наявності легітимності у певного поведінкового акту. Такі міри як смислові джерела правомірності і як підстави легітимації зазвичай є дорефлексивними, прихованими у глибинах індивідуальної чи колективної підсвідомості.

Ситуативна орієнтація в соціальному просторі може здійснюватися на основі цілої низки ціннісно-навантажених смислових розрізень («своє/чуже», «безпечне/небезпечне», «корисне/шкідливе» тощо), які часто виявляються не менш значущими, ніж смисли «правового» і «неправового». В умовах цивілізаційних розломів потужним конкурентом юридичного поля і уявлень про «правове» дедалі частіше стає смислове поле, яке утворюється довкола колективної ідентичності та водночас формує її. У біологічній основі колективної ідентичності лежить бінарний архетип *свого/чужого*, в якому своєму приписуються безумовно позитивні, а чужому — негативні властивості. «Природне» (*kata physin*) розрізнення свого і чужого може сприйматися як антропологічно більш глибинне, ніж «штучно» (*nomoi*) культурно встановлена опозиція правового і неправового.

Успішна легітимація політичної дії вимагає відносної культурно-цивілізаційної гомогенності суспільства і деякої єдності його ціннісно-смислового поля. Такі єдність і цілісність виступають, принаймні почасти, предметом соціального конструювання, яке, однак, як зауважив уже згадуваний французький соціолог, відбувається не на пустому місці, а на ґрунті вже об'єктивно існуючих відмінностей (етнічних, мовних, історико-культурних, релігійних тощо). Відтак похідним від плюральності співіснуючих у суспільстві групових ціннісно-нормативних (О. Беляєва) систем є змістове багатоманіття джерел легітимності. Водночас соціальні цілісності можуть розділятися і рекомбінуватися, і, що видається особливо суттєвим, розділятися і рекомбінуватися цілеспрямовано. Йдеться, зокрема, про «демотехніку» — політичну технологію репрезентації тієї чи іншої соціальної групи як «народу». Це, своєю чергою, уможливорює ефективне управління легітимністю й відтак інструменталізацію «правомірного».

Множинність ідентичностей людини в сучасному світі і трансформаційний характер пострадянських суспільств зумовлюють, з одного боку, можливості комбінацій відмінних джерел правомірності як підстав легітимації. З іншого боку — сьогодні, як ніколи раніше, уможлиблюється інформаційно-технологічний та маніпулятивний вплив на людську свідомість і підсвідомість, їхня цілеспрямована міфологізація, ефективне навіювання ірраціоналістичних масових уявлень шляхом апелювання до найбільш архаїчних шарів самототожності людини.

Використання концепту «правди» як синоніму «правового» слугує зняттям боротьби за символічну владу і дозволяє легітимувати насильницький перерозподіл фізичного простору. Прикладами можуть слугувати, зокрема, звернення до міфологізованого жіночого образу «Батьківщини-матері» і уявлень про «наших» і про «правду» (див.: *Рябов О. В.* «Широкие объятия Родины»: право, «правда» и материнская любовь в легитимации присоединения Крыма к России, 2016); використання у ЗМІ мови ворожнечі при описі подій воєнного часу.

В часи війн та революцій бінарний архетип «свої/чужі» витісняє легалістичний конвенційно встановлений смисл дихотомії «правомірного/неправомірного» або ж відтісняє його на далекий план. Таким чином відбувається затушовування, розсування та розмивання в колективній свідомості меж правового простору — межі між правом і неправом, стирання загальних правових очевидностей, шляхом витворення іншого («нашого», «свого») права як «іншої правди». Це також створює передумови для витіснення раціоналістичних модальностей (як правової, так і моральної) та для адіофоризації (ціннісної нейтралізації) уявлень про легальне, партикуляризації правових уявлень і, зрештою — торує шлях до тріумфу ірраціонального. Втім, констатуючи це, не варто забувати про також і про місце розташування напису «Recht oder unrecht — mein Vaterland».²

² Права чи неправда — це моя Батьківщина (напис на воротах концентраційного табору Бухенвальд).

Олександр Радутний¹

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА НЕПРАВО

Стрімке поширення неправа обумовлюється сьогодні всеохоплюючим непрофесіоналізмом, в тому числі у сфері законотворчої діяльності та правозастосування.

У першій згаданій галузі це породжує законодавчий вірус, який разом зі спотвореними нормами законодавства надалі потребує наукового ворожіння. Так, *законодавчим вірусом* В. М. Киричко (*Киричко В. М. Законодавчий вірус у системі КК України: визначення і актуалізація проблеми на прикладі ст. 368-2 КК «Незаконне збагачення». Проблеми законності. 2016. Вип. 133. С. 142–151*), на прикладі ст. 368-2 «Незаконне збагачення» КК України (рішенням Конституційного Суду № 1-р/2019 від 26.02.2019 р. визнана такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною), пропонує іменувати такий законодавчий припис, застосування якого на практиці може призводити до порушення прав особи і громадянина. Причому така можливість не є очевидною, оскільки вона ховається в глибині змісту відповідних кримінально-правових норм, а зовні прикривається формою закону. Хибний припис виявляє свою здатність заподіяти шкоду не сам по собі, але потрапляючи в певну систему кримінального права, в якій він взаємодіє з її елементами, що породжує неправу і негативні для права наслідки.

Однією з причин цього явища є унікальна ситуація, за яку впродовж всіх років вітчизняної державотворчості один з важливіших органів — законодавча гілка влади, у своїй більшості

¹ Доктор філософії в галузі права, кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

e-mail: radut12@gmail.com

формується з непрофесіоналів, які не мають відповідної освіти, фаху, досвіду та розуміння делікатності правотворчої діяльності, що у сукупності не дозволяє їм здійснити глибоке вивчення змісту своїх власних або сторонніх пропозицій та спрогнозувати можливі наслідки прийняття того чи іншого нормативного акту. Якщо група не повною мірою компетентних осіб опікується досить важливою державною діяльністю (процесом законотворчості), то пояснення цьому, напевно, слід шукати в містичній або езотеричній практиці (можливо, у цьому є певний незбагнений промисел: зібрати до купи випадкових для конкретної справи людей, дати їм завдання, а в тому, що з'явиться в результаті їх діяльності, шукати проявлений дух права та потім надавати цьому тлумачення у системному зв'язку з вже існуючими нормами законодавства і намагатися наявними науково-практичними силами усунути виявлені протиріччя методом *наукового ворожіння* (Радутний О. Е. Нарис стану інформаційно-законодавчої діяльності на прикладі КК України. *Інформація і право*. 2016. № 3 (18). С. 58–68), навіть під загрозою адміністративної відповідальності за ворожіння у громадських місцях (ч. 3 ст. 181 КУпАП).

Благі наміри щось вдосконалити, але поєднані з тотальним непрофесіоналізмом, після 11.01.2019 р. перетворили ст. 152 «Згвалтування» КК України в жакливу химеру, яка має суттєві розбіжності зі Стамбульською конвенцією² і є гіршою за попередню редакцію.

Надмірно широкі формулювання окремих норм законодавства не останньою мірою стримуються загальним відчуттям необов'язковості їх виконання. Але таке ставлення до права є повною його протилежністю.

² Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами, або Стамбульська конвенція (англ. Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence; Istanbul Convention) — міжнародна угода Ради Європи щодо насильства проти жінок та домашнього насильства, відкрита для підписів 11 травня 2011 у Стамбулі, Туреччина.

Частиною 1 ст. 161 КК України передбачено відповідальність за образу почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями, про які (образу та(або) переконання) можливо довідатися лише з повідомлень самих вірян. Втім, одна релігія суворо забороняє будь-які позашлюбні гетеросексуальні стосунки, особа може бути звинувачена у вчиненні забороненого діяння, навіть якщо не був об'єктивований жодний акт поведінки («Так кажу Я вам, що кожен, хто дивиться на жінку з пожадливістю, той уже вчинив перелюб із нею у своєму серці» (Від Матвія 5:28)), друга засуджує гомосексуальні відносини, третя вимагає утримуватися від сексуальних контактів, щоб не примножувати страждання у безкінечному колі перероджень. Три авраамічні релігії (юдаїзм, християнство та іслам) не збігаються у значній кількості принципів питань, відповіді на які для кожної з них будуть значним подразником та образою почуттів вірян, що має утворювати безкінечний ланцюг повідомлень про вчинення злочину, відповідальність за який передбачена ст. 161 КК України.

Питання, яке слід поставити до ображених вірян або тих, хто прагне регулювати життя інших згідно з власними релігійними переконаннями, посилаючись при цьому на право, але створюючи неправу, може бути сформульовано наступним чином: як би вони почувалися, якщо були би змушені жити за чужими релігійними правилами, або як вони ставляться до того, що їх віра або релігійна поведінка може ображати почуття інших людей? Стверджуючи право проти неправу, формулювання цієї форми об'єктивної сторони злочину за ст. 161 КК («...образа почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями...») слід визначити таким чином, щоб воно охоплювало не вузькі напрямки тієї чи іншої релігії, але бажано загально-людські цінності, які може містити практично кожна релігія або філософія.

Таким чином, гумові формулювання законодавчих приписів є більшою загрозою для права, ніж окремі акти суспільно небезпечної поведінки як прояви неправу.

У сфері правозастосування неправу, підкріплене легальною можливістю реалізації певних форм насильства з боку держави,

відбивається у загальному нерозумінні основ та окремих положень законодавчих приписів не тільки будь-якими правниками, але й суддями, як представниками останньої інституції, від якої очікують законності та справедливості, що би остання не означала.

На перший стомлений погляд загальна ситуація може виглядати так, ніби неправо перемагає право в усіх напрямках і в усіх сферах. Але відвічна діалектика всіх природніх та соціальних процесів підказує вихід: не бути активним або мовчазним співучасником неправи, не перекладати відповідальність за своє життя на інших.

Юлія Разметаєва¹

ІЛЮЗОРНИЙ СВІТ, (НЕ)ПРАВА ЛЮДИНИ, АВТОНОМІЯ ТА ПОЛЯРИЗАЦІЯ

Ми живемо у світі конфліктів і криз. У ньому є тисячі осіб, що втратили домівки або вимушені були їх полишити, тисячі біженців з зон бойових дій і «сірих» зон, так само, як економічних та кліматичних біженців і мігрантів. У цьому світі переслідування релігійних й етнічних меншин триває роками, а видима несправедливість продовжує панувати, попри численні заклики виправити ситуацію та дійсні спроби вирішення. Складається враження, що навіть такі фундаментальні речі, як права людини, більше не працюють. До того ж, ми бачимо цей різкий контраст: коли в одних суспільствах обговорюють особливості новітнього права бути забутим, а в інших — не можуть подолати базовий рівень потреб, припинити геноцид і масові катування. У той же час виникають численні дискусії щодо необхідності розширення концепції прав людини: включення нових прав та збільшення обсягу визнаних, розповсюдження зобов'язань на компанії та організації, зсуву у бік горизонтального виміру прав тощо. З іншого боку дебатів висловлюються побоювання, що усе це надто розмиває концепцію прав людини, надає їй неправдивого змісту та, в кінцевому рахунку, робить непрацюючою. Але ті люди, які не отримали захисту, що його обіцяють права, можуть спитати: Чи ця концепція була колись правдива? Чи ці права були колись «справжніми, а не «теоретичними та ілюзорними», як того вима-

¹ Кандидатка юридичних наук, асистентка кафедри теорії і філософії права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.
e-mail: yulia.razmetaeva@gmail.com

гає відома судова формула? Ймовірно, ці люди відчують розчарування та порожнечу там, де мали б бути права людини. Чим заповнюється ця порожнеча? Морально-етичними нормами? Релігійними настановами? Договорами всередині спільноти?

Ми живемо в ілюзії. В ілюзії міжнародного правопорядку, яка виглядає усе більш картонною з кожним нападом всупереч мирним договорам, з кожним нехтуванням принципами права, з кожним гібридним конфліктом. І ті люди, які опинилися під шквальним вогнем з картонним щитом, і ті, хто дає відсіч на інформаційному полі битви, і ті, хто намагається тримати невидимі лінії фронту, можуть спитати: Чому міжнародна спільнота висловлює «глибоку стурбованість», але не надає реальну допомогу тим, хто стримує агресора? Чому правові механізми не працюють? Чи вони коли-небудь були ефективними? Чи не приречені ми завжди готуватися до попередньої війни та вивчати причини катастрофи в курсі історії, якщо у нас взагалі буде якийсь курс історії?

Ми живемо в ілюзії інформаційної наповненості й причетності до усіх подій, як навколо, так за сотні кілометрів від нас. В ілюзії онлайн-дружби та простору однодумців у нашому куточку мережі. В ілюзії того, що блоги та сайти належать нам, навіть якщо вони розташовані на безкоштовних майданчиках. Ми впевнені, що маємо право користуватися цими майданчиками, не потерпаючи від нав'язливої реклами та зберігаючи повний контроль над особистими даними. Ми переконані, що скарга на мову ненависті онлайн має бути задоволена, а юридичні наслідки віртуальних угод мають бути цілком реальними. І це не дивно для світу, у якому особа довше користується зареєстрованим акаунтом у соціальній мережі, ніж перебуває у зареєстрованому шлюбі. Ми обговорюємо особливу природу кіберпростору і намагаємося визначитися, як слід і як можливо його регулювати. Ми відчуваємо його, як простір свободи та самовираження, скарбницю знань і джерело новин, врешті-решт як місце, куди можна втекти й куди цікаво поринути. Разом з тим, ми несемо туди наші уявлення про свободу, рівність і справедливість, про обов'язки та правові на-

слідки. Чим заповнюється цей простір? Автономним регулюванням? Правилами онлайн-спільноти? Корпоративними політиками? Угодами про приєднання?

Ми живемо у постійних стресі та навантаженні. Інформація обертається так швидко, що приховати щось стає все важче та важче. Але так само важко визначитись, яким відомостям слід довіряти. Багато чого виглядає правдивим, і багато чого виглядає оманливим. Паніка захльостує комунікативні мережі — загрозами пандемії, військового конфлікту, екологічної катастрофи — і виливається офлайн: у порожні полки крамниць та аптек, у локальні протести та нетерпимість.

У ілюзорному світі людина хоче триматися за щось, що здається їй справжнім. Велике когнітивне навантаження та велике ціннісне розчарування призводять до того, що ми не в змозі дати виважену оцінку значущим подіям і одночасно бажаємо мати надійну опору. Наші думки й погляди стають поляризованими. І деякі правові запобіжники не спрацьовують навіть там, де раніше були дієвими. Схоже, настав час замислитися, як справлятися з загрозами в умовах тотальної невизначеності, й переглянути самі основи правової реальності.

Віталіна Савчук¹

НЕПРАВО І НОРМИ ДЛЯ ВИРІШЕННЯ

1. Неправо в першому наближенні означає все те, що не є правом. Проте відразу можна наразитися на проблему винятків, в океані яких поділ на право і неправу втрачає свій сенс. Неправом не є, наприклад, «зоряне небо над головою» з епітафії Канту, хоча воно не є правом. Тому першим кроком конкретизації є утворення певного універсуму міркування, в межах якого можна провести дослідження права і неправу. Таким універсумом може бути, зокрема, логічна сума правових і неправових соціальних норм (у нього, зрозуміло, не включається «зоряне небо» і багато чого іншого, тому питання винятків редукується і стає осяжним).

2. Наступним кроком конкретизації є утворення судження типу: норма — чинна або норма — дієва. В такому разі ми припускаємо, що право і неправу будуть по-різному характеризуватися за допомоги цих двох ознак. І справді, право, якщо йдеться про позитивне право, це соціальні норми, які завжди чинні, проте не обов'язково дієві. Неправу — це нечинні соціальні норми, які є дієвими.

3. Виникає питання, які норми чинні? Відповідь на нього, як відомо, залежить від того, про яку чинність йдеться: формальну чи матеріальну. На наш погляд, для чинності позитивного права досить взяти за основу формальну теорію чинності, доповнену лише одним матеріальним аспектом чинності, а саме формулою Радбруха: «Конфлікт між справедливістю і правовою стабільністю міг би бути вирішений в тому сенсі, що позитивне і наділе-

¹ Приватний нотаріус Чернівецького міського нотаріального округу Чернівецької області, аспірантка юридичного факультету Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича.

e-mail: notar.savchuk@gmail.com

не владною санкцією право має пріоритет навіть тоді, коли воно за змістом несправедливе і недоцільне. Виняток складають лише ситуації, коли чинний закон стає такою мірою крикливо несумісним зі справедливістю, що закон як «несправедливе право» заперечує справедливість» (*Радбрух Г.* Філософія права. Москва, 2004. С. 233–234), посиленою за рахунок істотного уточнення, що йдеться не про чинний закон, а про псевдозакон. Отже, позитивне право чинне тоді й тільки тоді, коли воно ухвалене в рамках визнаної процедури і відповідає мінімальним вимогам справедливості, тобто не є крикливо несправедливим. Непозитивне право в такому разі — це мінімально справедливе право, яке є дієвим, не будучи чинним. Неправо — це нечинне право, тобто дієве право, яке не відповідає мінімальним вимогам справедливості.

4. Оперувати нормами позитивного і непозитивного права, а також неправа можна за допомоги такого поняття, як «норми для вирішення», запропонованого свого часу Євгеном Ерліхом: «Норми для вирішення:

- поняття: норми, згідно з якими суддя вирішує правовий спір;
- використання яких для побудови правових понять;
- могло б виводитися із загальних принципів, які запозичуються із правоположень завдяки індукції, для інших, ніж вміщених уже в правоположеннях рішень, виводитися тільки за допомогою повторного зважування інтересів» (*Ehrlich E.* Die juristische Logik. Т. : Mohr, 1918. S. 320; див. також: *Rehbinder M.* Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. В. : Duncker & Humblot, 1986. S. 50; *Müller F.* Juristische Methodik. В. : Duncker & Humblot, 1997. S. 16, 233, 236, 279; *Савчук В.* Ерліхівські норми для вирішення з погляду нотаріуса: до питання термінології. *Ерліхівський журнал.* 2019. Вип. 3. С. 46–51). Отже, йдеться про норми, які характеризуються такими ознаками:
 - а) це норми, функціонально призначені для вирішення правових суперечок суддею;

- б) це норми писаного і неписаного права, проте не норми неправа; в) це норми, які охоплюють поняття інтересу та санкції.

5. Покажемо, як за допомоги таких норм можна вирішити питання захисту відповідного інтересу особи у разі, якщо він наштовхується на опозицію: право-неправо.

По-перше, про неправу в практичному сенсі можна вести мову лише в умовах демократії, де воно має форму ексцесу або є віддаленою дією попереднього недемократичного (тоталітарного, перехідного) стану речей.

По-друге, недієве позитивне право є правом, а не неправом.

По-третє, дієвим може бути не тільки чинне позитивне право, але й неопозитивне право.

Наслідком у всього цього постає той факт, що якщо норма права не реалізується або відсутня, то відповідний вакуум заповнюються таким правом, яке завжди є дієвим і чинним водночас, однак чинність тут має інше значення, ніж у разі позитивного права. Принаймні йдеться не про згадану вище формальну чинність. Таке право Ерліх називав суспільним, а Канторович — вільним. Таке неопозитивне право, зрозуміло, має відповідати мінімальним вимогам справедливості. Воно при цьому відрізняється від звичаєвого право, яке є особливим випадком позитивного права. Відрізняється воно і від неправа, яке є дієвим, не є чинним, і суперечить мінімальним вимогам справедливості.

6. Норми для вирішення, отже, запозичуються з позитивного права, а також, — у разі недієвості, відсутності або невизначеності останнього, — із неопозитивного права. В останньому випадку таке право стає тим субсидіарним нормативним масштабом, який має бути попередньо встановлений суддею і ним пізніше застосований у конкретній справі. Норми для вирішення, отже, дуже сильно нівелюють проблему неправа, оскільки воно в такому разі означає ті норми, які хоч і є дієвими, але не є чинними, оскільки не відповідають визначеній процедурі і/або вимогам, відомим як формула Радбруха.

Сергій Савчук¹

ВІДНОШЕННЯ НЕПРАВО/НЕПРАВО

«Неправо» можна визначити у відношенні права і неправа і, можливо, права, неправа і вільного від права та неправа простору (про термін «вільний від права простір» див.: *Engisch K. Der rechtsfreie Raum. Beiträge zur Rechtstheorie.* Ffm : Klostermann, 1984. S. 9–64). Проте це ж поняття можна експлікувати належно й всеосяжно у відношенні неправо/НЕПРАВО. Покажемо, як це відбувається.

1. Для викладеного нижче аналізу візьмемо за основу поняття нормативної системи, яка є або логічною сумою права і неправа, або такою ж сумою права, неправа і вільного від права та неправа простору. В останньому випадку право й неправо є скороченим позначенням відповідно для правового і неправового простору.

Відношення між правом і неправом у запропонованій вузькій і широкій нормативних системах (відповідно система А і система Б) можуть бути або сумісними, або несумісними. Нас далі буде цікавити лише несумісне відношення, а саме відношення суперечності: контрарної та контрадикторної, між правом і неправом.

Тоді природно, що в системі А відношення несумісності право/неправо могло б мати (із застереженням) контрадикторний характер, а в системі Б — контрарний, причому вільний від права і неправа простір отримує значення тоді і тільки тоді, коли не матимуть значення право і неправо.

2. Однак, що буде тоді, коли ми будемо мати не увазі не нормативну систему однієї площини, різні варіанти якої (А і Б) мають

¹ Кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри людських прав юридичного факультету Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича.

e-mail: ser.v.savchuk@gmail.com

лише структурні відмінності, а нормативну систему двох і більше площин, тобто метанормативну систему? В такому разі «право» і «неправо» будуть мати своє місце принаймні в двох площинах, для оперування в межах яких можна обрати різні терміни, а саме: право або неправо в предметній площині і ПРАВО або НЕПРАВО в метаплощині (детальніше про металогіку, використану нами далі, див.: Логико-философские труды В. А. Смирнова. Москва : УРСС, 2001. С. 140, 141–142, а також Логико-философское исследования : Избр. тр. : пер. с англ. / общ. ред. Г. И. Рузавина и В. А. Смирнова. Москва : Прогресс, 1986. С. 357).

3. А тому, якщо йдеться про ПРАВО і НЕПРАВО, то їхнє несумісне відношення хоч і може бути як контрарним, так і контрадикторним, — це пояснюється тим, що метарівень є постулатом, — проте за цих умов контрарний характер розгляданого відношення буде пострілом у темноту. Якщо ми не бажаємо мати справу з вимушеною ентропією, то залишається лише одне відношення несумісності: контрадикторне, тобто відношення виключеного третього.

На основі нього можна побудувати метанормативну систему, комбіновану по своїй суті, яка дозволяє розв'язати проблему різного розуміння неправа на предметному рівні, а саме отримати однозначну відповідь на питання: чому неправо на цьому рівні розуміється як вузько, так і широко? Це питання можна вважати основним питанням у рамках нормативної системи, яка включає в себе неправо.

4. Відповідь зводиться до того, що на предметному рівні можна справді будувати різні відношення несумісності між правом і неправом. Це залежить, з одного боку, від взятого за основу нормативного універсуму, а з іншого — від того, що метарівень нормативної системи, у запропонованій вище формі, дозволяє виправдати у разі, коли йдеться про систему А, лише контрадикторне відношення без застережень, а у разі системи Б — це ж відношення із наступним застереженням, яке має маніпулятивний характер у практичному застосуванні. Йдеться про те, що неправо в системі Б буде включати в себе вільний від права і неправа

простір (в метарозумінні, звичайно, й імпліцитно) тоді, коли ми бажємо описати неправу як різницю між нормативним універсумом і правом, і не буде включати тоді, коли ми його описуємо як різницю між згаданим універсумом, правом і вільним від права та неправу простором.

5. Викладений вище елементарний логічний аналіз дозволяє запропонувати такі визначення неправу: неправу в універсумі А — а) це те, що не є правом, неправу в універсумі Б, враховуючи метарозуміння, тобто розрізнення ПРАВА і НЕПРАВА, неправу і НЕПРАВА, — б) це те, що або не є правом і не є вільним від права і неправу простором, або в) те, що не є тільки правом. В останньому випадку неправу буде містити експліцитну й імпліцитну складові, тобто відповідно власне неправу і вільний від права та неправу простір.

6. У випадках а) і б) неправу можна ототожнювати з кривдою, останньому випадку в) — ні. Вибір вузького чи широкого розуміння неправу визначається функціонально, проте в такому разі слід враховувати зазначене вище.

Наталія Сатохіна¹

ДОСВІД БЕЗПРАВ'Я ТА ПРОБЛЕМА НАДЗВИЧАЙНОГО СТАНУ

Одним з ключових мотивів сучасної думки є прагнення мислити світ передовсім не як об'єкт нашого пізнання або технічного домінування, а як те, що відбувається з нами, тобто мисли його в термінах людського досвіду. Для права така перспектива видається особливо важливою: у сучасному світі ми спостерігаємо парадоксальне поєднання тотальної юридизації нашого досвіду, з одного боку, і стрімке поширення фактичного безправ'я, з другого, адже табори для біженців, війни та диктаторські режими є не менш реальними, ніж визнані за кожною людиною гідність і права. Як можливе таке безпрецедентне «безправ'я у добу прав» (вислів запозичено в Айтен Гюндогду)? І чи не є воно лише одним з проявів описаного Ханною Арендт дефіциту здорового глузду, який обертається знищенням цінностей і тиранією фактичності? Чи можливий зворотний рух до права? І що є тим ДНК, яке уможливило його відродження навіть на згарищі війн і геноцидів? Усі ці питання вимагають осмислення не лише природи права і неправа, але також (і перш за все) моменту переходу одного в інше, — мабуть, ключової загадки онтології права, що вона в сучасній філософії концептуалізується як проблема надзвичайного стану.

У найзагальнішому сенсі поняття надзвичайного стану означає призупинення права рішенням носія суверенної влади. Унаслідок такого акту відмова від визнання норми як визнання узагальненого Іншого обертається радикальним невизнанням

¹ Кандидатка юридичних наук, асистентка кафедри теорії і філософії права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.
e-mail: nataliasatokhina@gmail.com

конкретної людини, або досвідом безправ'я. Однак чи можливо призупинити право? І чи можливо вписати надзвичайний стан у правову реальність?

На думку засновника концепції надзвичайного стану Карла Шмітта, між нормою і реальним життям, між правилом і його застосуванням від початку існує прірва, для подолання якої необхідний посередник — рішення суверена. Таким чином, розвиваючи знамениту тезу Томаса Гоббса про те, що «авторитет, а не істина, створює закон», Шмітт засновує право виключно в акті насильства, вольовому рішенні, розглядаючи останнє як специфічний юридичний акт. За Шміттом, кожна норма за визначенням розрахована на нормальні умови життя та не може застосовуватись у стані хаосу. Своєю чергою ситуація, у якій нормальний стан виявляється під загрозою, являє собою виняток, що його не описано в нормі. І в такій ситуації суверен вирішує, панує в дійсності нормальне становище чи наявний надзвичайний стан, у якому дію норми можна призупинити. Відділяючи право від досвіду й позбавляючи його будь-яких антропологічних підстав, Шмітт по суті залишає питання про те, що є правом, а що ним не є, а відтак, і питання про визнання чи невизнання людини в її гідності, на відкуп абсолютному рішенню суверена, заснованому тільки в собі самому. У цьому рішенні *ex nihilo* і полягає, на його думку, сутність права: аби створити право, не потрібно мати право. Таким чином, акт насильства та заснований у ньому надзвичайний стан не просто виявляються вписаними у право, а становлять саму суть останнього, яке, однак, стає неможливо відрізнити від неправу.

У цьому зв'язку досить показовою є сучасна популярність концепції Шмітта, найвідоміша інтерпретація якої належить Джорджу Агамбену. Водночас цей новий ентузіазм з приводу ідеї надзвичайного стану не може не викликати занепокоєння юристів, суть якого надзвичайно вдало формулює Б'ярн Мелкевік, коли говорить, що ця тема вводиться як троянський кінь для того, щоб змусити нас прийняти неприйнятне. І таким неприйнятним виявляється не що інше, як досвід безправ'я.

Агамбен не просто актуалізує теорію надзвичайного стану, а показує, що в сучасному світі надзвичайний стан став нормою: уряди безкарно нехтують правом, ігноруючи міжнародне право та встановлюючи всередині власних держав перманентний надзвичайний стан. На рівні досвіду йдеться про голе життя: суверенне рішення призупиняє дію норми (яка визнає за людиною її гідність) і поновлює людське життя у формі простого біологічного факту, об'єкта чистого прояву влади, життя, абсолютно незахищеного, оскільки його можна завжди безкарно відібрати. Розвиваючи концепцію «біополітики» Мішеля Фуко, Агамбен стверджує, що політика не просто історично трансформується в біополітику, але від самого початку є такою. Прикладом максимальної політизації життя він вважає становище в'язнів нацистських концтаборів, яке знаменувало собою руйнування будь-якої етики, заснованої на гідності та відповідності нормі. І саме концтабір, на думку Агамбена, становить біополітичну парадигму сучасності. На відміну від Шмітта, він у край занепокоєний виявленою ним тотальністю надзвичайного стану, проте змушений констатувати неможливість повернення до норми. Таким чином, поряд з усім тим, що унеможливив Аушвіц, опиняється і право.

Однак чи не йдеться тут про згадану вище тиранію фактичності, до якої право є особливо чутливим? Адже якщо насильство покладено в основу права, яке може діяти тільки шляхом власного призупинення, а голе життя і є об'єктом цього суверенного рішення, інакше кажучи, якщо наш досвід у публічному просторі завжди виявляється досвідом радикально заперечення нашої гідності, або досвідом безправ'я, то чи можливо взагалі приписувати праву якийсь сенс?

Видається, причиною того, що право в Шмітта та Агамбена не отримує власної онтології та залишається практично нерозрізненним для їхнього теоретичного апарату, є первинне протиставлення права і досвіду, яке в подальшому обертається їх повним злиттям. Розглядаючи надзвичайний стан як первинне включення життя у право шляхом скасування останнім власної дії, згадані автори виключають будь-яку можливість попередньо-

го зв'язку між цими явищами, або можливість підстав права в досвіді. Своєю чергою нездатність помислити первинні підстави права у способі нашого буття у світі призводить до неможливості розрізнення права і неправа (єдиною підставою яких виявляється насильство), а потім і до заперечення права як такого та піднесення безправ'я до норми.

І дійсно, з одного боку, усі наші правові побудови, засновані на уявленнях про людську гідність, тьмяніють на тлі безмірної об'єктивності політичного насильства. Разом з тим, ці уявлення ґрунтовані у способі нашого буття у світі як буття з іншими, що йому як такому від початку властивий етичний вимір, який водночас є виміром нормативним. Однак за нормою тут стоїть не воля суверена, а кожний окремих Інший як носій безумовної цінності. Відповідно, досвід безправ'я у надзвичайному стані суперечить не просто усталеним конвенціям, а природі нашого фундаментального досвіду. У цьому сенсі надзвичайний стан не є ані нормою, ані «включеним у право виключенням» (як його розуміє Агамбен), а становить лише факт, який слід оцінювати з точки зору права. А єдиною перспективою, яка дозволяє помислити право у його ненасильницькій специфічності, видається погляд на право не з точки зору його інституційної сторони, а з позицій досвіду. І в такий спосіб феноменологічне бачення права здатне сьогодні зарадити браку сенсу, про який говорить Арндт, і тій аксіологічній кризі, що безпосередньо зачіпає сферу людської гідності та прав людини.

Алексей Стомба¹

НЕПРАВО И НЕ ПРАВО: ВОЗМОЖНА ЛИ НЕГАТИВНАЯ ОНТОЛОГИЯ ПРАВА?

Современная социальная реальность настойчиво ставит под вопрос саму возможность существования права. Очевидно, что при столкновении с государственной властью, транснациональными корпорациями, радикально настроенными организациями право уступает свои позиции политической целесообразности, экономической выгоде либо идеологическим и религиозным догмам. Но может ли существовать право иначе как легитимизирующая политическое насилие репрессивная практика властных структур?

В попытках ответить на подобный вопрос, нами было разработано учение о темпоральной онтологии права. В результате право предстает как дискретное (а не континуальное) по своей сути явление, когда право существует как множество сингулярных и уникальных происшествий притяжения между совершенным деянием и его правовыми последствиями, которое развертывается во временном зазоре между ними.

При подобной постановке вопроса еще более остро встал вопрос о «правовой материи», т. е. носителе той конкретной меры, которая задает модальность, направление и предел нашим поступкам в отношении друг друга. Ответ лежит в плоскости правового опыта, который развертывается в аспектах телесности, деяния, бытия друг-с-другом и событийности. Отсюда право гипостазировано (воплощено) в телесности Другого (Других),

¹ Доктор юридичних наук, адвокат Харківської обласної колегії адвокатів.
e-mail: stovba34@mail.ru

встреча с которой и порождает опыт правового/юридического во всем его многообразии.

Однако встреча с Другими, кажущими-себя в их телесном присутствии, порождает самые разнообразные типы опыта, которые могут колебаться в диапазоне от опыта неправа, т. е. правонарушения либо репрессии до опыта не права, а чего-то иного — экономических, межличностных, религиозных, политических отношений, которые, несмотря на возможность их формальной «привязки» к праву, являются автономными событийными областями, имеющими собственный динамический смысловой алгоритм их развертывания.

Тем самым подход теории права, согласно которому любому содержанию общественных отношений может быть произвольно придана правовая форма, оказывается несостоятельным. В таком случае правоотношения оказываются «пустыми», не имея собственного содержания и превращаясь в пустую оболочку иных — экономических, политических, религиозных и прочих типов отношений. Отсюда само содержание правоотношений — права и обязанности — методологически зависает в воздухе, поскольку теория права без догматической ссылки на властное принуждение не может объяснить, как экономические, политические либо моральные требования превращаются в «права и обязанности», которые «обязательны», «безусловны» и требуют неукоснительного соблюдения.

Однако, как уже отмечалось, повседневная социальная практика настоятельно наталкивает на мысль о том, что право, не будучи подтверждено ничем, кроме государственного принуждения, или, более широко — наличного баланса политических сил — фактически утрачивает свою роль регулятора общественных отношений, по сути, превращаясь в средство легитимации институционально оформленного политического насилия.

Тем самым для более полного осмысления правовой реальности во всем ее многообразии нам необходимо рассмотреть феномен «неправа». В качестве философско-методологических координат исследования как «неправа», так и «не права, а чего-

то иного» будет выступать плоскость опыта, носителем которого выступает телесность, а смысловым горизонтом — время. При этом необходимо строго отличать феномен «неправа» как нарушения норм естественного либо позитивного права от феномена «не права, а чего-то иного», когда право как алгоритм осмысления происходящего становится вынужден уступить свое место религиозным, политическим, морально-этическим либо иным координатам понимания соответствующего события.

Олег Тарасов¹

ПРАВО І НЕПРАВО У СТРУКТУРНІЙ ЄДНОСТІ ПЕРСОНАТИВНОЇ ПРАВОВОЇ РЕАЛЬНОСТІ

Тривимірний підхід передбачає дослідження правової реальності з персонативної, нормативної та комунікативної точок зору, що взаємодоповнюють одна одну. Уявляється, що феномен права і неправа цілком можливо розглянути саме з цих позицій. Обмежимося для початку лише персонативною складовою правової реальності.

Зокрема, правомірній (позитивній) або неправомірній (негативній) поведінці передують (пасивна або активна) здатність та можливість до такої діяльності.

Правова здатність та правова можливість є проявом правової потенційності, що передують правовій актуальності, що, у свою чергу, передують правовій постактуальності.

Правова потенційність включає персонативну здатність та можливість, що можуть бути позитивними або негативними, пасивними або активними. Загальна персонативна правова здатність означає якісну характеристику соціального актора бути у майбутньому суб'єктом права, правовою особистістю, набути персонативної правової форми. Загальна персонативна правова можливість є якісною характеристикою правової системи, правового навколишнього середовища, що оточує персоноздат-

¹ Доктор юридичних наук, доцент, доцент кафедри міжнародного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.
e-mail: ovt7373@gmail.com

ного соціального актора, та передбачає його можливість трансформуватися у майбутньому у суб'єкта права. Відповідно, позитивна персонативна здатність вказує на здатність майбутнього суб'єкта права до правомірної поведінки, до позитивного впливу на правову реальність, тобто вказує на потенційну правову персонативну цінність соціального актора. І навпаки, негативна персонативна здатність акцентує увагу на здатності майбутнього суб'єкта права до неправомірної поведінки, до негативного впливу на правову реальність, на здатність бути деліквентом (деліквентна правова здатність), тобто на правовій персонативній антицінності. Позитивна персонативна можливість вказує на такий стан правової системи, що дозволяє соціальному актору у майбутньому реалізувати свою позитивну персоноздатність. Негативна персонативна можливість характеризує правову систему як таку, що визнає можливість соціального актора у майбутньому перетворитися на деліквента, правопорушника.

Крім того, персонативна здатність класифікується на пасивну, коли соціальний актор набуває позитивних і негативних правових якостей поза своїм бажанням, та на активну, коли сам соціальний актор приймає участь у набутті відповідних правових якостей. Саме активну персонативну здатність традиційно називають дієздатністю. Відповідно, дієздатність поділяється на позитивну (здатність у майбутньому бути суб'єктом самостійної правомірної поведінки) і негативну (здатність у майбутньому бути суб'єктом самостійної неправомірної поведінки). При більш прискіпливому розгляді негативної дієздатності можливо побачити такі правові феномени як здатність у майбутньому самостійно скоїти правопорушення (деліктоздатність) з різним ступенем суспільної небезпеки, здатність бути у майбутньому особисто притягненим до правової відповідальності (також різні види), здатність понести у майбутньому персональну правову відповідальність (різні види, форми та ін.). Правовій персонативній здатності повинна в ідеалі відповідати правова персонативна можливість.

Правова актуальність включає персонативну набутість та надаваність. Загальна персонативна правова набутість характеризує реалізовану правову персонативну здатність, існування дійсного, а не потенційного суб'єкта права у персонативній правовій реальності, набуття соціальним актором якості правової особистості, носія персонативної правової форми (фізичної, юридичної або суверенної особи). Загальна персонативна правова надаваність вказує на реалізовану персонативну правову можливість, на включення соціального актора до персонативної складової правової системи, визнання з боку правової системи нового суб'єкта права, надання йому персонативної правової форми. Відповідно, позитивна пасивна персонативна набутість вказує на новонароджену персонативну правову цінність, а позитивна активна набутість — на дієспроможного активного реального суб'єкта правомірної діяльності. Негативна пасивна персонативна набутість характеризує набуту персонативну правову антицінність, а негативна активна набутість характеризує реального дієспроможного деліквента, правопорушника. Відповідно, позитивній та негативній (пасивній та активній) персонативній набутості в ідеалі повинна відповідати позитивна та негативна (пасивна та активна) персонативна надаваність.

Правова постактуальність характеризує постперсонативне існування соціального актора, його постсуб'єктне становище. Постактуальність включає правову втраченість та відібраність. Загальна правова втраченість характеризує такі особистісні якості, що призвели до втрати персонативної набутості, не дозволяють соціальному актору зараз поновити себе у якості суб'єкта права. Правова втраченість поділяється на кінцеву, безповоротну, коли повернення персонативної набутості вже неможливе (наприклад, смерть фізичної особи), та на циклічну, відновлювану, коли соціальний актор повертається до правової потенційності, але вже маючи певний правовий досвід. Загальна правова відібраність характеризує правову систему, що припинила визнавати персонативну надаваність у певного суб'єкта права. Це зовнішня,

щодо соціального актора, характеристика правового навколишнього середовища.

Таким чином, застосування правової персонологічної методології (як невід'ємної складової тривимірного підходу) до проблеми права і неправа показало наявність лакун у загальній теорії суб'єкта права, термінологічну не вираженість багатьох персонативних правових феноменів та недостатню сформованість персонологічного поняттєво-категоріального апарату, відсутність цілих пластів персонативного правового знання. Маємо надію, що виказані дискусійні персонологічні положення у контексті дослідження права і неправа будуть сприяти системності та послідовності вивчення персонативної правової реальності.

Александр Ткаченко¹

«ПРАВОВОЕ НИЧТО»: ЦИВИЛИСТИЧЕСКИЕ РЕФЛЕКСИИ

Ставится вопрос, каким образом возможно различие *права* и *неправа*? Значение этого вопроса в том, что корректная его постановка способна конституировать пространство собственного правового философского мышления, обрамляя сферу права-как-философии. Здесь находится, возможно, главный дилемматический развилка правового мышления — его философская дискурсивизация возможна в двух модусах: модусе трансгрессии и модусе трансценденции.

В сфере цивилистического мышления эти модусы накладываются на дихотомию, соответственно, обязательства и вещного права, конституирующую материю гражданского права.

Трансгрессия выступает неумемной и принципиально беспредельной дифференциацией сущего. Механизмом такого концентрического расширения сферы гражданско-правового сущего выступает обязательство — постоянно ускользающая линия горизонта правового смысла. Обязательство — это коммуникативная автономия воли, свобода, локализованная в отношении с другим. В обязательстве достигает своей кульминационной точки осознание необходимости другого, который только и позволяет мне с помощью строительного материала права создавать собственный, уникальный мир смыслов.

Обязательство — это резец, которым право с помощью отсечения создает достоинство человека, наделяя его собственным

¹ Кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теоретичних і приватно-правових дисциплін Київського міжнародного університету.
e-mail: barrister@bigmir.net

образом — ликом — личностью. Ключевыми здесь выступают несколько основных моментов.

Во-первых, личность создается путем отсечения. Собственность человека, его приватность — это изымание из некоего целого. *Privativus* — само это слово хранит суть приватного, частного права. Человек имеет частное право потому, что право отсекло его, изъяло, и в таком изъятии хранит для чего-то отличного от всеобщности целого. Изымательность обязательства составляет одну из двух, наравне с правом собственности и владением, частей искусства (*ars*) права.

Во-вторых, изымающая природа обязательства порождает интеллектуальное напряжение, сопоставимое с тем, что Кант называл «скандалом в философии». Обязательство, с одной стороны, создает автономию воли, а с другой, выступает ее инструментом. Эта неразрешимость первичности/производности обязательства по отношению к правовой свободе всегда должна осознаваться именно не как проблема, а как краеугольный камень строения права.

В-третьих, важно эксплицитировать механику продуцирования свободы в обязательстве. Практически всегда при оценке отношения кредитора и должника именно первый ассоциируется с большей степенью свободы. Должник же рассматривается как лицо подчиненное, а сам объект обязательства фактически толкуется как редукция его свободы. Однако сущность обязательства является противоположной — позиция должника, это состояние наибольшей свободы, которая только доступна в отношении с другим лицом. Должник персонифицирует автономию воли, так как *для него обязывающей является лишь та норма, которую он сам для себя установил*. Исполнение должником обязательства — это претворение своей воли в жизнь, упорядочение ее согласно своему замыслу. Такая свобода в обязательстве сопряжена с риском и ответственностью, а потому в полной мере является экзистенциальной.

Обязательство — это локальный идиосинкратический правовой порядок. Его объектом — притяжением интенциональных

воль — выступает норма, а содержанием — претворение этой нормы в жизнь. Самостоятельное нормирование своей жизни самими сторонами обязательства — в этом его логика и суть.

При этом такое нормирование всегда может иметь характер событийного дополнения. Заключенный договор всегда может содержать доселе не существующую норму поведения. Локальный нормативный порядок обязательства не только поддерживается самими сторонами, но и создается ими. Тут мы подошли к фундаментальному вопросу — *из чего создается?* Суть обязательства в при-бытии того, чего до него не было (вспомним хотя бы *contractus innominati*), а человек, надевая маску (*persona*) стороны обязательства вступает в размежевание с сущим, набрасывая новое (еще не присутствующее), и, таким образом, творя. Обязательство как дискурс выступает именованием пустоты — выбрасыванием смысла вперед и его настижением.

Можем ли мы говорить, что, участвуя в обязательстве человек выходит за пределы сущего, что обязательство как оператор пустоты, предполагает переход от неправа к праву, что обязывающая норма извлекается из ничто?

Так говорить мы не можем! Обязательство содержит в себе механизм трансгрессии, а не трансценденции как онтологического различения. *Обязательство имеет волевое содержание, и поэтому в нем нет выхода к ничто права.* Человек не может по своей воле выйти за пределы сущего. *Обязательство замкнуто пределами сущего, в нем нет неправа.* Исключительно онтическая природа обязательства не преодолевается возможностью смыслового приращения (трансгрессии). Неправо как онтологический феномен не тематизируем посредством дискурса обязательства!

Онтологическим различением бытия и сущего в цивилистическом дискурсе прежде всего выступает различение права собственности и владения (*possessio*). Такое различение выступает не трансгрессией (рассеиванием смысла), а трансценденцией — выходом за пределы сущего как такового. Цивилистической формулой трансценденции может рассматриваться максима римского права: «*между собственностью и владением нет ничего общего*».

При этом необходимо кратко ответить на два вопроса: почему владение трансцендентно праву — собственно, выступает неправом; и почему владение является не сущим, а ничто?

Ответ на первый вопрос может состоять в указании на то, что владение несет на себе отпечаток принципиально иной логики, нежели право собственности. В последнем сконцентрированы все свойства права. Не будет преувеличением констатация, что все существующее ныне многообразие права было извлечено из права собственности. Ничто в праве не может быть противопоставлено собственности, право не допускает по отношению к собственности неправое (которое нельзя путать с бесправием всех третьих лиц по отношению к собственнику). И если владение противостоит собственности, а оно ему противостоит, это означает, что здесь задействуются иные, онтологические, возможности правового мышления. Различение сущего и бытия в гражданском праве — это соотношение квинитского и преторского. Если первое служит онтической задаче упорядочивания правового сущего и его приращения, то второе выступает онтологическим оперированием со сферой неправы — ничтожащей пустотой, претворяющей в дискурс предельные основы правового устройства мира.

Относительно второго вопроса здесь укажем лишь то, что владение не имеет собственной плотности и стационарности смысла, всегда выступая лишь угрозой, преградой и пределом права собственника — тем, что низвергает это право и саму экзистенцию собственника в сферу риска и неопределенности, выбивая, в правовом смысле, почву из-под ног собственника.

В феномене владения как нигде больше проявляется материальность, связь с вещью. Преторы сформировали во владении просвет бытия, его главный посыл — лишь в эксклюзивном, исключительном отношении к вещи, а не в относительном отношении с другим лицом, мы можем получить доступ к истоку права, тому пределу, которое отмечает *неправо-ничто* — альфу и омегу права как сущности человека.

Юрій Шеляженко¹

НЕПРАВО ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА: ВІД ПАРАДОКСІВ ДО АВТОНОМНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ МОДЕЛІ

Категорія неправа є похідною від категорії права і позначає буття за межами права. У наївному розумінні, мають існувати абсолютно чіткі межі права, які відокремлюють все правильне, тобто — право, від усього неправильного, тобто — неправа. Проблема з наївними розуміннями полягає в тому, що їх зовнішня простота і дохідливість приховує внутрішні суперечності, подібні до парадоксів наївної теорії множин.

Для парадигми наївної теорії неправа парадоксальним є питання, чи правильно, що неправу межує з правом. Ствердна відповідь на це питання передбачає правильність неправа у певних межах, хоча за теорією неправу не може бути правильним. Негативна відповідь, всупереч наївній теорії, взагалі не передбачає поділу буття на право і неправу.

Можна навести ще одне парадоксальне питання: чи право абсолютно виключає неправу, подібно до того, як в Українській РСР стверджували про ліквідацію безробіття і ставили за мету ліквідувати злочинність та її соціальні передумови? Якщо право не виключає неправу повністю, тоді не може бути чіткої межі між правом і неправом й існує якийсь проміжний стан буття, якого не

¹ Асистент секції конституційного, адміністративного та міжнародного права кафедри державно-правових дисциплін Юридичного факультету Університету КРОК.

e-mail: Sheliazhenkoiv@krok.edu.ua

передбачає наївна теорія неправа. Якщо ж право абсолютно виключає неправу, із ліквідацією неправа зникає і межа між правом та неправом всупереч наївній теорії.

Міркуючи над другим парадоксом, можна дійти висновку, що неправу є джерелом права, оскільки з реальності неправа витікає необхідність права. Ганс Кельзен у праці «Чисте правознавство» називає неправу умовою права (*Unrecht als Bedingung des Rechts*) і підкреслює, що якщо розуміти право як примусовий порядок — а це принципова теза для Кельзена — то право є реакцією на протиправну дію і вірною є думка Фоми Аквінського, що правовий порядок стосується лише поганих, а не праведних людей. Цей парадоксальний висновок, органічний для наївної теорії неправа, явно не узгоджується з принциповою для того ж Кельзена (і всього юридичного позитивізму) тезою про необхідність відмежування права від моралі, не кажучи вже про принцип рівності всіх перед законом відповідно до концепції верховенства права.

Ідея неправа є не тільки парадоксальною, але й новою для українського правознавства. «Неправо» не відноситься до загальноживаних юридичних термінів з чітко визначеним значенням і донедавна не фігурувало у вітчизняній енциклопедичній літературі (втім, 2-й том Великої української юридичної енциклопедії, виданий у 2017 р. і присвячений філософії права, містить статтю «Неправо» Юрія Оборотова).

Сама конструкція терміну (не-право замість проти-право чи анти-право) робить його розмитим, залишає сумніви, чи позначає «неправо» щось «неправомірне» або ж «позаправове»; аналогічно, не всі неправники є правопорушниками і не всі правники є законслухняними громадянами. Хоча термін «неправо» асоціюється з німецьким «unrecht», останній скоріше означає «несправедливість» або «неправильність» (звідси й наївна теорія), тоді як термін «неправо» за конструкцією більше нагадує німецьке «nichtrecht» або англійське «nonlaw» (а не «illegal»).

Поняття «неправо» у розумінні «позаправове», «неюридичне» у західній літературі часто позначає не протиправні явища, а відокремлені від права суспільні норми на зразок звичаю й ін-

струменти м'якого права, такі, як альтернативні методи врегулювання конфліктів (переговори, медіація, миротворчий діалог), декларації про наміри, корпоративні правила, незобов'язуючі норми міжнародних відносин, тощо. Про неправу згадують у полемічному контексті, обговорюючи недосконалість критеріїв розрізнення права та неправа і вказуючи на те, що таке розрізнення характерне скоріше для континентальної, ніж для англо-американської правової думки; зазначена відмінність впливає на імплементацію норм міжнародного м'якого права у національних правових системах. Чітка межа між правом та іншими суспільними нормами, яку провели Джон Остін і Герберт Гарт, є предметом критики у працях Джозефа Раза і Рональда Дворкіна. Деякі сучасні теоретики дивляться на право максимально широко і бачать його невичерпною категорією, що не вписується у рамки жодного з відомих визначень.

Умовність меж права можна бачити на прикладі начебто неправового процесу медіації, що стає невіддільною частиною сучасної юриспруденції, розвантажує суди та продукує надійні рішення конфліктів, прийняті самими конфліктуючими сторонами в результаті майстерного посередництва. Найчастіше ці рішення виконуються добровільно, але для повної упевненості можуть бути підкріплені правовими гарантіями, такими, як затвердження мирової угоди судовим рішенням. Культура добровільного вирішення спорів розвивається в усьому світі, в тому числі, завдяки міжнародному праву (яке саме по собі ще кілька століть тому вважалось неправом); цьому сприяє Сінгапурська конвенція, підписана Україною у 2019 році.

На перший погляд може здатися, що правова система, яка заохочує людей самостійно наводити порядок в своєму житті та не пропонує конкретних рішень суспільних проблем, ризикує бути зруйнованою в хаосі аномії. Однак не слід плутати автономію з аномією, свободу із безладом, самостійність із безпорадністю. У деяких сферах життя формується власний порядок, в який правникам краще не втручатися без крайньої необхідності. Це не тільки приватне життя; у книзі «Конституція свободи»

Фрідріх Гаєк перераховує спонтанно зростаючі інституції, незалежні від правової системи, такі як мова, економіка, мораль та звичаї. Не диктуючи свої правила і не нав'язуючи свої рішення там, де має існувати самостійно організований порядок, право охоплює та узгоджує різноманіття норм, які, здавалося б, діють за межами правової системи та закріплюються в інформаційній сфері суспільного життя, в освіті, книгах, кіно, ЗМІ та Інтернеті, у життєвому досвіді та спілкуванні людей.

У виступі на Всесвітньому економічному форумі в Давосі Джордж Сорос вірно підкреслив важливу роль якісної освіти, що розвиває особисту автономію на основі критичного мислення. Слід наголосити, що становлення правової свідомості є необхідною складовою такої якісної освіти. І сучасна орієнтація на розвиток критичного мислення несумісна з метафізичною абсолютизацією права і держави, схоластичним заучуванням застарілих і суперечливих формулювань та сподіванням на «страх Божий», або, кажучи світською мовою, інстинктивний страх перед помилками та покаранням. Критичний інтелект вимагає, щоб знання були емпіричними, несуперечливими та доступними.

У автономно-процесуальній моделі права, запропонованій автором, право розглядається як порядок буття, заснований на процесуальних правилах. Відтак, неправом є позапроцесуальне, невпорядковане (не абсолютно, а відносно конкретного процесу) буття. Парадигма цієї моделі передбачає визнання процесуальної сутності права та автономії правових процесів і їх елементів. Неправо виступає джерелом права, оскільки у правовому процесі та складових (допоміжних) процесах воно вивчається на предмет закономірностей і правомірності, виявляється стихійний порядок і встановлюється правовий порядок.

Неправо може взагалі не стосуватися правового процесу; може бути об'єктом впорядкування у правовому процесі шляхом правотворчості і правозастосування; може заважати або перешкоджати правовому процесу, стихійно чи організовано, як у випадку конфлікту правового процесу з неправовим процесом чи конфлікту різних правових процесів.

Для організації ефективного правового процесу, заощадження часу, зусиль і ресурсів недоцільно абсолютизувати неправо. Слід застосовувати право лише в тих межах, що відповідають меті правового процесу, заради свободи та безпеки людини.

Наукове видання

**Фундаментальні проблеми
юриспруденції II.
Право і неправо:**

Тези доповідей
Всеукраїнського круглого столу
(18–19 вересня 2020 року)

(українською та російською мовами)

Відповідальна за випуск *Н. І. Сатохіна*
Редакція авторська
Комп'ютерна верстка *О. А. Мірошниченко*

