

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
Національна академія правових наук України



ФУНДАМЕНТАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ III. МЕЖІ ПРАВА

*Тези доповідей
Всеукраїнського круглого столу
з міжнародною участю
(28–29 травня 2021 року)*

Харків
2021

УДК 340.1
Ф94

Фундаментальні проблеми юриспруденції III. Межі
Ф94 **права:** Тези доповідей Всеукраїнського круглого столу
з міжнародною участю (28–29 травня 2021 року) / уклад.:
К. Буряковська, С. Максимов, Н. Сатохіна, О. Стовба. — Харків,
2021. — 120 с.

УДК 340.1

- © Колектив авторів, 2021
- © Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, 2021
- © Національна академія правових наук
України, 2021

ЗМІСТ

<i>Володимир Абаши́к</i>	
Ніклас Луманн про межі права	6
<i>Григорій Берченко</i>	
Межі установчої влади: судовий конституційний контроль за змінами до конституції.....	10
<i>В'ячеслав Бігун</i>	
Доброчесність і правосуддя на межі моралі та права	14
<i>Євген Бурлай</i>	
Межі права: логічний та соціологічний аспекти питання	18
<i>Тамара Горбачевська</i>	
Право, мораль та релігія у соціальному регулюванні права жінки на переривання вагітності.....	24
<i>Діана Грицай</i>	
Due process of law: чи може правова процедура обмежувати реалізацію прав людини?	29
<i>Дмитро Гудима</i>	
Людські права – не такі вже й людські? (До питання про правосуб'єктність роботів)	33
<i>Тамара Дудаш</i>	
Правова аргументація і межі права: до питання про загальнотеоретичну модель правової аргументації.....	41

<i>Олександр Литвинов</i>	
До антропології права як культурологічної проблеми в контексті осмислення меж права в процесі взаємодії різних нормативних систем.....	46
<i>Каріна Литвинюк</i>	
До питання про агресію й альтруїзм як детермінанти генези права.....	50
<i>Маріанна Любченко</i>	
Пандемія COVID-19, стигматизація та соціальна рівність: виклики для права.....	54
<i>Сергій Максимов</i>	
Межі моральної аргументації у праві.....	58
<i>Юлія Матвєєва</i>	
Людська гідність як важливий фактор розширення горизонтів дії права.....	60
<i>Анастасія Мерник</i>	
Вакцинація: правовий та позаправовий аспекти.....	65
<i>Вікторія Пилипенко</i>	
Щодо іранського варіанту східного погляду на право: жінка, гендер і можливий напрямок еволюції правових уявлень (парадокс чи закономірність?).....	69
<i>Петро Рабінович</i>	
Межі права: основні аспекти проблеми.....	74
<i>Сергій Рабінович</i>	
Чим і як обмежується вплив права?.....	79
<i>Олександр Радутний</i>	
Кант і квант у праві.....	84

<i>Юлія Разметаєва</i>	
Межі права і парадоксальні очікування	88
<i>Наталья Сатохина</i>	
Право и дар: пределы эквивалентной справедливости	91
<i>Віктор Смородинський</i>	
Визначеність як засаднича властивість права	95
<i>Алексей Стовба</i>	
Пределы права	99
<i>Володимир Сущенко</i>	
Право. Мораль. Закон: взаємозв'язок і взаємовплив	101
<i>Олег Тарасов</i>	
Межі персонативної правової реальності	105
<i>Олена Уварова</i>	
Корпоративна повага до прав людини: юридичний обов'язок чи етична вимога?	109
<i>Наталія Черниш</i>	
Почуття і право	113
<i>Юрій Шеляженко</i>	
Право на мир і межі права	116

Володимир Абашнік¹

НІКЛАС ЛУМАНН ПРО МЕЖІ ПРАВА

Авторитетний німецький вчений Ніклас Луманн відомий, А перш за все, як соціолог та автор оригінальної «системної теорії» (нім. die Systemtheorie). Однак за освітою він був юристом, а після закінчення курсу навчання в університеті Фрайбург в Брайсгау (1946–1949) працював деякий час юристом. Пізніше він згадував у одному інтерв'ю стосовно вибору свого майбутнього фаху: «Мене цікавило право як фактор порядку, може на підставі досвіду з найрізноманітнішими порушеннями права» (Hoerster D. Niklas Luhmann. München: Beck, 2005. S. 29). Ніклас Луманн випустив багато праць з правової тематики, серед яких найважливішими були монографії «Основні права як інституція» (1965), «Правова система та правова догматика» (1974), «Соціологія права» (1980), «Право суспільства» (1993) та інші, які пізніше виходили у численних перевиданнях.

Право, його функції та межі Ніклас Луманн розглядає в рамках своєї «системної теорії». Тут спочатку він говорить про систему (нім. das System) як окрему одиницю, або єдність (нім. die Einheit), котра функціонує за своїми власними законами. Приклади такої системи можна навести із різних сфер, зокрема «нервова система», «система кровообігу», «пенсійна система» тощо. Суспільство як система також є одиницею, котра функціонує за своїми законами. В рамках системи суспільства є окремі підсистеми, або субсистеми (нім. das Subsystem), наприклад: політика, економіка, релігія, мораль, право тощо. Як кожна система, так і кожна підсистема мають свої межі, або кордони, за якими

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

abaschnik@ukr.net

знаходиться навколишнє середовище, або «навколишній світ» (нім. *die Umwelt*). Підсистеми в рамках однієї системи, або окремі системи між собою взаємодіють завдяки «комунікації» (нім. *die Kommunikation*), це поняття відіграє одну із ключових ролей в системній теорії Нікласа Луманна. Іншим важливим поняттям системної теорії є «само-породження», «само-відтворювання» або «аутопоезис» (нім. *Autopoiesis*), завдяки якому функціонує система чи підсистема.

Право як підсистема суспільства має межі з іншими підсистемами суспільства (політика, релігія, мораль, економіка) та пов'язане з ними завдяки комунікації. Але ця комунікація функціонує за певними правилами, про які Ніклас Луманн пише так: «Немає ніякого транспортування інформацій із навколишнього світу до системи. Система реагує лише на свої стани, однак це відбувається завдяки внутрішньому розрізненню системи та навколишнього світу, тобто завдяки біфуркації причинних приписувань/ставлень» (Luhmann N. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. S. 555). Це означає, що підсистема/система не всі інформації та впливи ззовні допускає до себе, а фільтрує їх за принципом: чи вписується/потрібна їй певна інформація від іншої системи/підсистеми. Головним критерієм, або відповідальним за допуск інформації із зовні в систему/підсистему є «код» (нім. *der Code*).

Названий «код», згідно з тезою Нікласа Луманна, функціонує за бінарним принципом в рамках певної системи/підсистеми. Наприклад, правова система працює за кодом право/неправо, політика — влада/безвладдя, мораль — добро/зло, економіка — користь/витрати тощо. У цьому сенсі код певної підсистеми може співпадати, або не співпадати з кодом іншої підсистеми, наприклад: те, що в рамках економіки є корисним та необхідним, може відповідати в рамках моралі добру, але також і не відповідати добру, тобто належати до зла. Таким чином, ці підсистеми (економіка та мораль) можуть взаємодіяти між собою, або ж протидіяти одна одній. Тому завданням системи суспільства в цілому є певне координування своїх підсистем.

Як всі суспільні підсистеми, право виконує в рамках суспільства свої функції та має межі з «навколишнім світом», тобто з політикою, економікою та ін. У цьому контексті Ніклас Луманн у «III. Функції класифікації» названої роботи «Правова система та правова догматика» наголошував: «Дивлячись стосовно суспільства як цілого, право виконує охоплюючі функції узагальнення та стабілізації очікувань поведінки» (Luhmann N. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart u.a.: Kohlhammer, 1974. S. 24). Мова йде по те, що право як підсистема суспільства впливає на підтримку сталого стану у суспільстві шляхом координації поведінки людей згідно з певними формальними правилами. Але виконуючи свої функції, право не може переходити свої межі та заходити на «територію» інших підсистем суспільства.

Межі права у контексті взаємовідносин правової системи та політичної системи Ніклас Луманн аналізує у главі «9. Політика та право» своєї монографії «Право суспільства». Тут він розглядає правову систему та політичну систему як «дві різні підсистеми системи суспільства». Тобто автор проводить межу між двома названими підсистемами в рамках загальної системи суспільства. В контексті історико-правового ракурсу Ніклас Луманн далі аналізує позиції відомих вчених (Томас Гоббс, Самуель Пуфендорф та ін.) та вказує на виникнення «права на супротив» (нім. *das Widerstandrecht*) в Західній Європі в Новий час як певної реакції на невирішену проблему щодо розмежування політики та права. Наслідком цього стала поступова координація взаємодії права та політики у сенсі розмежування їх сфер компетенції, що призвело до виникнення «правової держави» (нім. *der Rechtsstaat*).

Стосовно сучасного розуміння поняття «правової держави», зокрема у контексті межі між правом та політикою Ніклас Луманн говорить про «дві перспективи», або «дві сторони» й підкреслює: «Це поняття слугує схемою, котра робить можливим визначення двох — *направлених одна проти одної* — перспектив в якості *єдності* та ушановування їх як цивілізаційного досягнення: юридичне сковування політичної влади та політична інструменталізація права» (Luhmann N. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main:

Suhrkamp, 1995. S. 422). Тобто, в рамках суспільства його підсистеми можуть мати дещо інші короткострокові та довгострокові цілі, наприклад, політика націлена на зміни, в той час як право — на підтримання сталого порядку.

На межі між правом та мораллю Ніклас Луманн також має свій погляд. З одного боку, він як представник правового позитивізму займає не таку категоричну позицію, як, наприклад, австро-американський філософ права та юрист Ганс Кельзен (1881–1973), щодо принципового розмежування права та моралі, й пише про взаємозв'язки моралі і права. Але одночасно, з іншого боку, він говорить про «нормативну замкненість» (нім. *die normative Geschlossenheit*) правової системи та наголошує: «Теза щодо нормативної замкненості націлена перш за все проти уявлення, що буцімто мораль може бути безпосередньо чинною в правовій системі» (*Ibid.*, S. 78). Цей висновок витікає з того, що моральні оцінки мають плюралістичний характер, натомість право з метою своєї ефективності керується моністичним принципом, тобто принципом єдності.

В якості *висновку* слід підкреслити, що німецький науковець Ніклас Луманн у рамках системної теорії обґрунтував оригінальне розуміння права як підсистеми суспільства та його відносин, зокрема й меж, з іншими підсистемами суспільства (політика, економіка, релігія, мораль тощо). Це розуміння, на наш погляд, може слугувати важливим майданчиком для дискусій щодо координації взаємодії названих підсистем на благо розвитку суспільства та людини на початку 21-го сторіччя.

Григорій Берченко¹

МЕЖІ УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ: СУДОВИЙ КОНСТИТУЦІЙНИЙ КОНТРОЛЬ ЗА ЗМІНАМИ ДО КОНСТИТУЦІЇ

Генетично конституційний контроль з'явився у зв'язку з необхідністю перевіряти на відповідність конституції звичайних законів, ухвалених парламентом. Поступово також сформувалася значна практика органів конституційної юрисдикції щодо попереднього або наступного контролю за законопроектами/законами про внесення змін до конституції. Водночас цей підхід має свої позитивні і негативні сторони. При цьому в деяких країнах панує доктрина заперечення юрисдикції органу конституційного контролю щодо відповідних актів про внесення змін до конституції.

Особливої актуальності це питання набуває у зв'язку з необхідністю юридичної оцінки рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 року щодо визнання закону про внесення змін до Конституції України неконституційним. Так само сформована практика Конституційного Суду України щодо надання висновків на відповідність законопроектів про внесення змін до Конституції України на відповідність її статтям 157–158 (попередній контроль). Оцінка відповідного національного досвіду неможлива без порівняльного підходу і вивчення досвіду зарубіжних країн.

¹ Кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри конституційного права України Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.
berchenkog@gmail.com

Розглядаючи питання конституційного контролю за внесенням змін до конституції, варто виокремити попередній і наступний контроль. Як зазначає Венеціанська комісія, лише в деяких країнах конституційний суд має право брати участь в процедурі внесення змін до конституції. Попередній контроль є доволі рідкісним процедурним механізмом. Такий контроль не може розглядатися як вимога верховенства права (CDL-AD (2012)010), Висновок про перегляд Конституції Бельгії, п. 49).

Як зазначено у п. 51–57 Доповіді Венеціанської комісії на 81-м пленарному засіданні (Венеція, 11–12 грудня 2009 р.) «Про конституційні зміни» в деяких країнах Конституційний Суд відіграє формальну роль в процедурі внесення конституційних поправок. Наприклад, в Азербайджані, Киргизстані, Молдові, Туреччині та Україні. У 2008 році шляхом внесення змін до законодавства правом попереднього контролю за проектом щодо внесення змін до Конституції був наділений конституційний суд Таджикистану, який реалізував це повноваження у 2016 році і визнав поданий проект таким, що відповідає Конституції. Не можна не відзначити піднесений стиль, у якому викладено схвалення відповідного проекту.

Варто підкреслити, що не будучи прямо передбаченим, попередній контроль в такому випадку навряд чи може бути реалізованим. Прикладом цього є Хорватія. Так, в Рішенні конституційного суду від 28-03-2001 № U-II-603/2001 представники однієї палати парламенту (Zupanijski dom) вимагали переглянути рішення, яким ініціюються зміни до Конституції. Суд постановив, що він уповноважений переглянути процедуру зміни Конституції, але лише після її звершення. Оскільки спірне рішення було лише частиною процедури змін до Конституції, вимогу було відхилено. Конституційний Суд зазначив, що він уповноважений здійснювати перегляд лише після закінчення процедури зміни Конституції. Конституційний суд не має повноважень щодо здійснення превентивного контролю.

Звернемося до наступного конституційного контролю за законом про внесення змін до конституції. У правовій доктрині

ні і в практиці органів конституційного контролю різних країн сформувалось два різних підходи. Відповідно до першого підходу орган конституційного контролю не наділений повноваженнями перевірки законів про внесення змін до конституції. Прикладом є справа щодо поправки Де Голля 1962 р. до Конституції Франції 1958 року, що встановлює загальне виборче право для виборів президента Франції. Конституційна Рада заявила, що не володіє компетенцією для розгляду даного питання.

Згодом, у справі про ратифікацію Договору про Європейський Союз, Конституційна Рада Франції (рішення № 92-312 DC від 2 вересня 1992 р.) сформулювала досить сильну позицію із посиланням на установчу владу: «34. Установча влада є суверенною, за винятком лише винятків, зазначених вище; і може скасовувати, змінювати або доповнювати положення Конституції у тій формі, яку вважає за потрібну». Таким чином, Конституційна рада відмовляється від здійснення будь-якого контролю з поваги до суверенітету установчої влади.

Ця позиція знайшла своє опосередковане підтвердження в рішенні Конституційної Ради Франції 26.03.2003 року (Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003). Конституційна Рада зазначила, що вона не може виносити рішення в інших випадках аніж ті, що встановлені самою конституцією. При цьому закон про внесення змін до конституції має особливу природу і не є звичайним законом, що підлягає конституційному контролю.

Аналогічну позицію зайняв Арбітражний Суд Бельгії. В рішенні від 09-02-1994 № 16/94 він визнав, що ані розділ 1 спеціального акта від 6 січня 1989 р., ані будь-яке інше конституційне чи законодавче положення не дозволяють Суду перевірити, чи була прийнята стаття Конституції відповідно до вимог, встановлених статтею 131 Конституції, або вислухати і вирішити заяву про скасування конституційного положення.

В руслі французького і бельгійського підходу можна навести приклад Мексики. Верховний Суд Мексики в рішенні від 06-10-2002 № 171 визнав, що процес реформування та доповнення до Федеральної конституції не знаходиться під юрисдикційним

контролем, оскільки суверенна функція не підлягає жодному типу зовнішнього контролю.

Протилежний підхід полягає у наявності права органу конституційного контролю перевіряти конституційність закону про внесення змін до Конституції. З цього приводу можна навести практику діяльності Федерального конституційного суду Німеччини, який здійснює перевірку на відповідність пункту 3 статті 79 Основного Закону ФРН 1949 р., що містить т. зв. клаузулу або формулу вічності — т. зв. вічні положення — «eternity clause»). В якості прикладу такого підходу можна також навести рішення Конституційного Суду Молдови від 04.03.2016 року. Є й інші приклади, зокрема Колумбія з її доктриною заміщення конституції, Індія (доктрина базової структури конституції) тощо.

Таким чином, досвід наступного контролю за законом про внесення змін до Конституції є вкрай важливим для того, щоб зробити висновки щодо юридичної позиції КСУ в рішенні від 30 вересня 2010 року, щодо інтерпретації якої до сих пір точаться активні і гострі дискусії. Важливою є передусім позиція відносно того, що апріорі наявність або відсутність права наступного конституційного контролю за внесенням змін до конституції відрізняється залежно від конституційного регулювання і позиції самого органу конституційного контролю з цього приводу у відповідній країні. Таким чином, скоріше варто аналізувати не саме право щодо такого контролю, заперечуючи (чи схвалюючи) його апріорі, а механізм його реалізації, а також можливі юридичні проблеми в цьому плані.

В'ячеслав Бігун¹

ДОБРОЧЕСНІСТЬ І ПРАВОСУДДЯ НА МЕЖІ МОРАЛІ ТА ПРАВА

Вступ. Доброчесність увійшла в український сучасний дискурс, як і, свого часу, такі категорії, як права людини, правова держава, верховенство права. Складності додає й те, що, хоч вони і є породженнями ціннісних колізій, викликів внутрішнього дискурсу, але за походженням є запозиченнями. Термін *integrity* вирішили перекласти як *доброчесність*, віддавши перевагу цьому з-поміж близько десяти інших відповідників. Тому в теорії та практиці триває сенсопошук і узгодження дефініцій. Що загорнуто в обкладинку з етикеткою «доброчесність»? Чи не є ця нова категорія «добре забутою старою», адже йдеться про ті ж смисли, закладені в таких поняттях, як *моральність*, *чесноти*, *особисті моральні якості*, *стандарти*, і, зрештою, — *добро* (особливо, *добро у вчинках*), притаманні й нашій культурі та людям? Образно, це — «нове сідло для молодого коня». Хоча, чи змінюється смисл «добре сідло» від того, що воно для коня молодого чи літнього? Мудрість одна.

Про доброчесність. Доброчесність, втім, визначається по-різному. Окремі автори з усією серйозністю намагаються довести, що це сукупність *добра* і *чесноти*, описуючи їх. Закон «Про Вищий антикорупційний суд» визначає доброчесність як «моральність, чесність, непідкупність». А законодавство про освіту, різновид доброчесності — доброчесність академічну визначає як «сукупність етичних принципів та визначених законом правил, якими мають керуватися учасники освітнього процесу», не уточ-

¹ Кандидат юридичних наук, магістр права (США).
VSBihun@gmail.com

няючи ці принципи та правила. Знаходимо окремі визначення і в філософській, художній літературі, публіцистиці. Доброчесність — це «моральна сила у виконанні свого обов'язку», вважав І. Кант. Доброчесність — це «вислів давніх, що позначає мораль», писав наш колега П. Юркевич. «Той суддя є добродішній, що за своїм сумлінням виконує свій обов'язок, старається щиро використати усі засоби і згідно зі своїм сумлінням, фактами вчинити так, як приписує закон», якимсь відзначив теолог Л. Гузар. Перелік можна продовжити. Визначень додає етика — деонтологічна та телеологічна. Наразі маловідома в нас етика чеснот відроджує дискурс, але сторониться остаточних визначень.

Отож, нема єдиного визначення добродішності — показує наше багаторічне дослідження «Доброчесність і правосуддя» (Бігун В. С. Доброчесність і правосуддя (Філософія. Теорія. Практика). К., 2021. 500 с.). Тому наразі, чи не доцільніше, принаймні в межах наукової дискусії, обґрунтувати *підходи до добродішності?* Ці підходи — це своєрідні ключі, які відкривають двері в світ розуміння добродішності, її проявів. Ми теж пропонуємо кілька таких підходів (які умовно іменуємо, як дискурсивний, нормативно-правовий, етимологічний, філософський і релігійно-світоглядний, деталізуючи їх у згаданій монографії). А саму добродішність пропонуємо визначати на основі трьох підходів: дескриптивного, атрибутивного та сутнісного. Сутнісне визначення варто робити з огляду й на те, чиї інтереси відображає те, що іменується як добродішність. Сучасна практика вже провадить приклади маніпулювання цим поняттям у певних інтересах. Український дискурс добродішності зосередився не так на добродішності, як на недобродішності. З одного боку, цей апофатичний ухил є законмірним, з іншого — він деструктивний за характером: визначати когось чи щось недобродішним легше й вигідніше в нашій релігійно-світоглядній традиції (згадаймо деструктивний бік ніцшеанства).

Право, мораль і добродішність. Предмет цього викладу — межа права та моралі, прикордонником на якій стоїть добродішність. Перед постановкою проблеми означимо засади. Право і мораль —

нормативні системи. Проте, їхній нормативний характер різниться. Право втілюється у формі закону (хоча, не лише). Проте, закон може траплятися і неправовим. Якщо закон правовий, його обґрунтовано застосовувати і за допомогою державного примусу. Проте, як бути із застосуванням моралі (а доброчесність — її категорія) за допомогою такого примусу? Це відбувається за допомогою моральних вимог у законі, коли держава, користуючись привілеєм на примус, його застосовує. Держава стає *законодавцем моралі*. Ця реалія, втім, доволі контрверсійна, особливо, коли йдеться про приватне життя. В нашій державі, наприклад, аморально і незаконно, аби жінка мала двох або більше чоловіків. В іншій державі та традиції — морально, законно та бажано, аби чоловік мав двох і більше дружин. Яка з цих традицій більш моральна? При цьому в останній традиції навіть не допускається, щоби жінка мала кількох чоловіків (хоча в світі відома й така традиція). У зазначених прикладах межі права та моралі доволі чітко означені, суперечності ж виникають, коли зіштовхуються різні правові системи та моральні уявлення. Виникає і девіантна поведінка, що може толеруватися (приклад: практика окремих жінок і чоловіків мати коханців в історичній французькій традиції, що представлено, наприклад, у творчості Флобера).

Категорія доброчесності відтак стає певним компасом, за яким пропонується навігація. Проте, чи це значить, що цим компасом повинні користуватися усі? Що якщо і коли людина за своїм характером вирішує не бути тим, кого вважають доброчесним (чи імітує доброчесність), або вирішує поступити так, що це не вважатиметься доброчесним?

Допоки доброчесність залишається у сфері моралі, традиційна санкція за її недотримання в цивілізованому суспільстві — громадський осуд. Це не позбавлення волі чи страта (наприклад, «вбивство честі» за «недоброчесність» практикується в деяких суспільствах донині), проте не варто недооцінювати його значущості. Громадський осуд не знає строків давності, його не оскаржиш у суді. Приклад присуду: «До роботи недужа, а до танцю, як ружа», яким на сучасний манер нерідко оцінюють активність

і в соціальних мережах. Як оскаржити цей присуд? Та й громадський осуд нерідко компенсує недоліки правової системи в неоднорідному суспільстві. Те, що є правомірним (наприклад, рабство), може осуджуватися. Що, коли йдеться про жорстку *правову* регламентацію *моральних норм*? Порушення законодавчо встановлених моральних вимог обертається не лише громадським осудом, але й судовим засудженням і покаранням, що може позбавити людину чи ненайдорощого — свободи.

Право судити і правосуддя. В кожному випадку — моралі чи права — людина реалізує своє природне право судити: в першому випадку резервуючи його собі, а в іншому — делегуючи його, як правило, державі (тобто, суду). На практиці це може перетворитися в свавілля. Тому й виробляються теоретичні ідеали: право на справедливий суд, моральна нейтральність закону. Останнього складно дотримуватися, адже в силу характеру законодавчої діяльності, поява закону зумовлена доцільністю. І, зрештою, право, мораль, закон спрямовані на встановлення певного порядку в чийхось інтересах.

Отож, образно, це особа (людина чи інституція) потрапляє у межові ситуації, коли її діяння можуть визначатися як не/добросчесні. Тоді вже між правом, законом, мораллю виникає «спір» про те, хто з них покликаний втрутитися і стати прикордонником, що забезпечує на цій межі порядок. Якщо держава бере на себе завдання ізолювати чи в інший спосіб позбавити чи обмежити в правах особу за недотримання моральних норм, то, закономірно, що це може породжувати суперечності, які в ідеалі й покликані вирішуватися за допомогою правосуддя.

Євген Бурлай¹

МЕЖІ ПРАВА: ЛОГІЧНИЙ ТА СОЦІО- ЛОГІЧНИЙ АСПЕКТИ ПИТАННЯ

1. Питання про межі права має щонайменше два аспекти — понятійний (логічний²) і практичний (соціологічний). Обидва аспекти презюмують, що право — обмежений регулятор: за його природою воно покликано виконувати конкретну суспільну функцію, однак ця функція виконується неповно і суперечливо.

2. *Логічний (метафізичний) аспект* обмеженості права зумовлюється сутнісними особливостями самого права, насамперед, його претензією на значення абсолютного регулятора. Про абсолютність права вже доводилося говорити (див.: Бурлай Є. В. Концепт права: межі мінливості. *Філософія права і загальна теорія права*. 2019. № 2. С. 16–37). Дійсно, право претендує на те, щоб бути всеохоплюючим та діяти невідворотно. Закону, встановленому публічною владою, повинні коритися усі без винят-

¹ Кандидат юридичних наук.
eugnbr@gmail.com

² Згадка про логічний аспект передбачає, що аналізоване явище соціального світу (право) позначається відповідним поняттям з конкретним змістом і обсягом, і обмеженість можливостей права можна обґрунтувати умоглядно, досліджуючи суперечливий зміст поняття без звернення до того, як воно реально діє у житті. Умовна відстороненість від емпірики дозволяє також характеризувати цей аспект як «метафізичний». Тобто логічний аспект у даному випадку — це не аспект несуперечливого мислення, яке є предметом науки формальної логіки), а методологічний аспект (в традиції Г. В. Ф. Гегеля).

Подальше твердження у тезах про момент абсолютності, яким характеризується право, має підґрунтям вказівки на те, що його вимоги стосуються усіх без виключення суб'єктів у межах конкретної публічної спільноти, а також на невідворотність цих вимог аж до застосування владного примусу у разі їх невиконання — вказівки, які характеризують практично всю історію доктрини про право, починаючи від прадавніх часів. Цей момент і обумовлює логіку поняття «право» в подальшому аналізі його меж (обмежених регулятивних можливостей).

ку підвладні; судові рішення, прийняте абсолютно незалежним і компетентним суддею, є обов'язковим для усіх без винятку. Згадане — беззаперечні постулати сучасності, але коріння їх — у прадавній історії права, у його витоків, що й засвідчують і його власна історія, і історія правової думки різних народів. Найкраще про претензію права на абсолютне значення вказують концепти сучасної філософії права, що найчастіше знаходять відбиття в текстах конституцій (*загальна рівність перед законом, захищеність кожного законом, невідворотність відповідальності тощо*); вершиною у цьому відношенні можна вважати «методологічний шедевр» останнього часу — концепт «верховенства права». Адже зрозуміло: якщо право *верховенствує* (хоча б на рівні теорії чи популярних політичних гасел), то воно відповідно має вивисуватися функціонально і статусно над усіма іншими співставними регуляторами і соціальними практиками. *Вивисуватись ж та панувати* воно може лише реалізуючи свої потенції як *абсолютного регулятора*.

3. Є очевидним, однак, те, що абсолютність (і як практичний наслідок — *абсолютна результативність* права, яка відповідала б ідеї його верховенства і панування) є можливою за наявності щонайменше: 1) *ідеальної «правової людини»* — суб'єкта правових стосунків (коли кожен учасник правових відносин гранично повно і чітко усвідомлює зміст своїх прав і обов'язків, чесно й наполегливо реалізує їх у власних діях і вимагає того ж від інших суб'єктів); 2) *ідеальних правових інститутів* (здебільшого владних органів та установ, що діють виключно в межах своєї функціональної заданості і виключно в межах визначених конституцією і законом можливостей для дії; будь-які зловживання чи неналежна якість виконання ними їх функції виключаються (з формально-правової точки зору це просто неприпустимо, не повинно мати місця, а в практичному плані руйнується виконання органом чи установою корисної функції, що є соціально невиправданим); 3) *зрештою, ідеальної системи правових норм* (тобто гармонічної та узгодженої сукупності (ансамблю) правил, які гранично відповідають запитам місця і часу, відпрацьовані в футурологічному

плані, спираються на реалістичний організаційний механізм їх виконання і, як наслідок, стверджують оптимальний суспільний порядок і зумовлюють відсутність конфліктів. Однак навіть з метафізичної точки зору такий стан речей є неможливим, оскільки подібний ідеальний стан означав би практичну безконфліктність буття людей в суспільстві, тобто відсутність підстав для існування самого права; спираючись на ідеальне підґрунтя і реалізуючись ідеально, право позбавляється підґрунтя для власного існування. Відповідно для того, щоб існувати, право не тільки повинно мати в основі недосконалу людину, недосконале людське суспільство, а й повинно саме бути недосконалим, тобто обмеженим як в аспектах його творення, так і в аспектах реалізації.

4. Ще один аспект швидше метафізичного, ніж будь-якого іншого значення. «Ідеальне», «досконале», «абсолютне» — це не людські характеристики, це — трансцендентні *понадлюдські* характеристики. Немає ідеальної людини — ідеальною є лише вища сутність, що стоїть над людиною. Немає людини, значення якої в будь-якому розумінні було б абсолютним. Єдиний абсолют в житті людини та суспільства людей — це Бог. Визнати безмежність (реалізовану абсолютність) права означає визнати ідеальну природу людей та людських інститутів, тобто зрівняти людину і Бога, що є навіть логічно неможливим, особливо в сучасних умовах секуляризованої державності (стародавні доктринальні підходи були більш послідовними, коли визнавали божественне походження даних людям законів і встановлених для них інститутів влади).

5. Визнання понадлюдської природи абсолютного також цілком логічно доводить обмеженість права, що здійснюється в суспільстві людей. Покажемо це на маленькому прикладі, що знаходимо у першоджерелах християнського вчення. Як відомо, одна з суттєвих соціально-етичних тез християнства — уникати того, щоб одна людина судила (осуджувала чи засуджувала б) іншу (Матф., 7: 1-6). Адже будь-яка людина за її природою грішна, тож як один грішник може судити (осудити) такого ж грішника? Судити може лише той, хто є безгрішним, тобто Бог. Як видається,

при цьому, не має значення про який осуд йдеться — моральний чи правовий. І дійсно, людське судочинство — чи не найбільш непевне й лукаве явище в житті людей і суспільств. Здійснення правосуддя однієї людини щодо іншої — найтяжче, найболючіше, що є в людській практиці, а найбільш нестерпне в праві — це нечесний чи упереджений суддя.

Про логічний аспект питання про межі права можна говорити виходячи не тільки з моменту абсолютності, а й інших суттєвих складових загального поняття права, що, однак, неможливо в рамках цього короткого матеріалу. Однак розмова про межі права (на практиці — про обмежені можливості правового регулювання) суттєво полегшується, якщо звернутися до *соціологічного аспекту* цього питання, тобто до конкретної практики життєдіяльності конкретних людей і інститутів (яка фіксується на рівні соціологічних, соціально-психологічних та інших досліджень). Представники цих сфер людського знання можуть в сукупності пояснити, чому право, що претендує на верховенство, щодня в більшій чи меншій мірі практично повсюдно принижується, а відтак — лише в дуже обмеженому обсязі виконує свою функцію «абсолютного» регулятора.

6. Соціальних передумов, що обмежують функціональну дію правового регулятора, є багато, у даному випадку не варто навіть пробувати їх перераховувати і класифікувати; це довга справа. Однак на один дуже цікавий момент у цьому плані все ж хотілося б звернути увагу. Йдеться про *чинник зіткнення або ж конкуренції різних соціальних норм*.

7. Відомо, що право не може існувати і діяти без норм — владно встановлених чи визнаних правил, яким надається загальнообов'язкове значення і які забезпечуються владним примусом. Людині, що реально існує і функціонує в суспільстві, керованому організованою владою, здебільшого відомі орієнтири і напрямки поведінки, які задаються їй правовими нормами. Однак правові норми — далеко не єдиний тип норм, що визначають людську поведінку. Її визначають й інші численні регулятори, яких є доволі багато. Це не тільки релігія чи мораль з їх

нормативними комплексами (про їх співвідношення з правом дослідники права говорять вже більш-менш традиційно). Економіка, політика, естетика, — це також сфери людської практики, які мають в своїй структурі відповідні нормативні комплекси, причому норми, що регулюють діяльність людей, скажімо, в сфері економіки чи політики, в глибинній основі своїй часто мають спрямованість, абсолютно протилежну спрямованості норм права. Наприклад, природним принципом (генеральною нормою) економічної діяльності в людському суспільстві є принцип забезпечення соціальної одиниці (окрема людина, сім'я, спільнота) достатнім життєвим ресурсом. Оскільки таких ресурсів практично ніколи не вистачає (особливо — рукотворних ресурсів, тобто продуктів виробництва, створених людською працею), люди та людські спільноти конкурують за них, тобто борються, часто — дуже гостро. Вони не можуть порушити цей принцип заради будь-яких обмежувачів, чим би останні не мотивувалися, інакше їх матеріальне буття у цьому світі може опинитися під загрозою. Зрозуміло, що за таких умов правовий чи моральний імператив неодмінно програють імперативу економічному.

Ще один нормативний принцип, породжений закономірностями обмінної економіки: будь-яка людська акція є виправданою, якщо вона забезпечує надходження *надійного* життєвого ресурсу, а якщо йдеться про здобуття *необхідного* ресурсу, то для його отримання мають бути відкинуті *будь-які* обмеження. У цьому контексті зрозуміло, що знищити конкурента на необхідний ресурс навіть в фізичному плані (на що спрямовані людські війни, як публічні, так часто і приватні — якщо скористатися класифікацією Г. Гроція чи Ш. Монтеск'є), — це нормально в економічному плані, хоча й абсолютно відкидається нормами права чи моралі. Так само крадіжка в економічному вимірі — це вдала транзакція, яка може дозволити в дуже короткий термін та з уникненням тяжкої трудової рутини (платою, щоправда, є підвищений ризик) отримати значний життєвий ресурс; іншими словами, крадіжка (чи інше правопорушення майнового характеру) відповідає нормам економічної поведінки при тому, що завжди пафосно забо-

роняється нормами права і моралі. Власне, і право, і мораль виникли у суспільстві власників для того, щоб процес руху ресурсів був хоч трохи контрольованим і не породжував надмірного насильства у відносинах між людьми (оскільки немає більш гострого міжлюдського конфлікту, ніж конфлікт з приводу посягання на чуже майно). Однак зрозуміло, що функцію регулятора цих відносин і право, і мораль виконують в дуже обмеженому обсязі. Право у розрізі усіх згаданих співвідношень може виглядати тим більш жалюгідно, що воно є носієм надмірних претензій: якщо мораль тільки *умовляє* суб'єкта не переходити меж дозволеного у відносинах між людьми, то право цього *безцеремонно вимагає абсолютно від усіх, хто є підконтрольним конкретній владі, та ще й загрожує неодмінним покаранням*, а тому викликає відчуття суспільного скепсису (яке іноді межує з презирством) у випадках (подекуди — доволі численних, залежно від рівня правової культури конкретного соціуму), коли воно не спрацьовує з тих чи інших причин, а особливо у випадку хибності (недолугості чи продажності) правових інститутів.

Тамара Горбачевська¹

ПРАВО, МОРАЛЬ ТА РЕЛІГІЯ У СОЦІАЛЬНОМУ РЕГУЛЮВАННІ ПРАВА ЖІНКИ НА ПЕРЕРИВАННЯ ВАГІТНОСТІ

22 жовтня 2020 року Конституційний Трибунал Польської Республіки прийняв рішення № К 1/20, яким виключив право жінки на переривання вагітності у випадку виявлення тяжкого та незворотного ураження плоду, або невиліковної хвороби зародку, яка загрожує його життю.

В контексті даного рішення та більш широких дискусій щодо його аргументації та загального обговорення пошуку конституційного балансу між правом зародку на життя та правом жінки на аборт, виникає два питання. По-перше, яке місце у правовій аргументації переривання вагітності займають мораль та релігія? По-друге, чи при їх застосуванні забезпечується баланс у обмеженні прав людини?

Щодо рішення Конституційного Трибуналу РП

У РП існує позитивна мораль щодо непорушності гідності та права на життя людського ембріона, а право жінки на приватне життя (якщо це не стосується самого права на життя) має меншу моральну вагу, і самовільне переривання вагітності визнається аморальним. Важливим є питання, чи є виправною ця позитивна мораль, яка підтримується рішеннями конституційного трибуналу та кримінальними покараннями за аборти.

¹ Аспірантка кафедри теорії і філософії права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

toma.gorbachevska@gmail.com

У рішенні К 1/20 Трибунал ставить два питання: визначення, чи є зародок людиною, та питання конституційності чи неконституційності переривання його життя після виявлення невиліковної хвороби.

Трибунал у К 1/20 продовжує аргументацію попереднього (та єдиного у конституційному судочинстві) рішення трибуналу К 26/96 щодо можливості жінки здійснити аборт через «тяжку життєву ситуацію». У даному рішенні Трибунал жодного разу не згадує релігію та мораль, проте звертається до балансу конституційних цінностей, де ставить на один щабель права жінки і зачатої дитини на життя та здоров'я. За аргументацією Трибуналу, право зародка на життя нічим не відрізняється від права народженої дитини на життя. Трибунал дотримується континуїтету судової позиції щодо складних питань і не відмовляється від попереднього розуміння права на життя та гідність зародка.

Суд використовує баланс пропорційності та приходить до висновку, що захист матеріального становища жінки, її особистих стосунків, або можливості здійснювати свої власні потреби, при відсутності загрози її життю та здоров'ю, не може бути настільки далекосяжним щоб вести до порушення фундаментальної цінності людського життя.

Філософсько-правове окреслення проблематики

Рональд Дворкін, пишучи у книзі «Про права всерйоз» про допустимі аргументи у правовому захисті суспільної моралі, доходить до висновку, що «немає ніяких моральних авторитетів (за виключенням, мабуть, Бога, але і це складне питання), на які я міг би посилатися і які б автоматично робили мою позицію моральною».

Герберт Харт у своїй роботі «Право, свобода і мораль» розрізняє поняття «позитивної моралі» та «критичної моралі». Перше означає моральний устрій певної групи людей, яка є превалюючою. Друге — загальні моральні принципи, використовувані для критики позитивної моралі. В контексті даного розмежування філософ ставить питання морального виправдання підтримки

правом позитивної моралі. Коли мова йде за підтримку моралі чи публічної пристойності за допомогою кримінальних санкцій, то вчений вказує, що мета покарання може відрізнятись від міри покарання залежно від консенсусу щодо різних цінностей (яких намагаються досягнути за допомогою санкцій), прийнятого в суспільстві.

Цей аргумент застосовується і в ситуації конкуруючих цінностей приватності, свободи жінки та життя майбутньої дитини. Проблема балансу даних цінностей показує, що в суспільстві існують моральні дилеми, які право вирішує з відносною моральністю і дуже важко визначити межу, за якою точно не можна обмежувати право ембріона на життя та така ж межа для обмеження права жінки.

Роберт П. Джордж та Крістофер Толефсен у книзі «Ембріон: Захист людського життя» заперечують «моральний дуалізм» щодо визначення природи людського зародку (коли зародок до певного моменту не вважається людиною) та вказують, що життєдіяльність людини та її неперервність розпочинаються з моменту зачаття. Вони доводять, що питання поводження з ембріоном стосується загального питання моральної філософії «правильного поводження з іншими людськими істотами, включаючи дуже молодих людських істот, дуже старих людських істот, та людських істот, які в результаті хвороби, випадку, чи генетичного дефекту, є фізично неповноцінними чи розумово-відсталими».

Не кожна особа може бути гарним Самарянином, як пише Джудіт Томсон у статті «На захист абортів». Авторка подає ідею «мінімально достойного самарянина», який у критичній ситуації робить хоча б мінімум морально необхідних дій.

Джон Фінніс у роботі «Переваги й недоліки абортів: відповідь Джудіт Томсон» на критику вищезгаданої статті пані Томпсон, ставить питання про те, чи завжди аборт буде дією спрямованою на заперечення цінності людського життя, а отже, дією, спрямованою проти основного блага людського життя, і чи все зводиться до звичайної чи особливої відповідальності жінки за дитину, що в ній перебуває. Він стверджує те, що і жінка, і ди-

тина, є рівноправними особами і життя яких не може бути прямо таргетованим. Ба більше, Фінніс роздумує над допустимістю здійснювати аборт при загрозі життю жінки: адже тоді, замість допустимості природної смерті жінки вчиняється штучна смерть зародку.

Заключні зауваження

З огляду на аргументацію К 1/20, в якій держава практично ототожнює високоморальність і право, то вона може визнати непорушність права на життя ембріона і вимагати від жінки не здійснювати переривання вагітності, не пов'язаної із загрозою для її життя.

При близькому до абсолютизації захисті конституційного права на життя ембріона, держава, як і у випадку із соціальним захистом і турботою про людей з інвалідністю, так і в контексті новонароджених дітей з інвалідністю, повинна забезпечити їх захист.

У випадку встановлення вимоги обов'язкового виношення дитини (без загрози життю) для усіх жінок, які ані фінансово, ані морально, ані соціально не готові і не хочуть виховувати дитину, повинна проводитися державна політика заохочення збереження жінкою життя зародку, якого вона не хоче бачити своєю дитиною, проте і не хоче порушувати його конституційне право на життя та створити соціальні інститути, які б могли здійснювати повноцінне виховання дітей, від яких відмовилися батьки. Рівень цінності життя зародка відповідає рівню морального розвитку суспільства.

Можна дійти висновку, що неконституційність положення про можливість переривання вагітності на підставі вродженої вади плоду є виправданою, адже за її наявності ембріон втрачає самоцінність і вибір щодо продовження його існування залежить від характеристик його організму.

Іншим звучало б питання у випадку надання мінімального права для жінки вирішити хоче чи ні вона дитину. Це питання

є важливим у визначенні ліберальності держави, особливо в контексті країни, де мораль тісно переплетена з правом і, навіть, переважає, є його основою. Проте позитивна мораль щодо переривання вагітності повинна мати можливість для внесення змін законодавцем у разі, якщо критична мораль ліберальних цінностей становитиме більшу вагу.

Діана Грицай¹

DUE PROCESS OF LAW: ЧИ МОЖЕ ПРАВОВА ПРОЦЕДУРА ОБМЕЖУВАТИ РЕАЛІЗАЦІЮ ПРАВ ЛЮДИНИ?

Fiat justitia et pereat mundus

*Нехай здійсниться правосуддя,
щоб не загинув світ.*

Проблематика правової процедури викликає інтерес, насамперед, як гарантія ефективного правоутворення, право-реалізації, а також захисту прав і свобод громадян. Якщо ми називаємо щось правом людини, ми маємо на увазі, що воно обґрунтовано претендує на захист можливості володіти цим правом.

В українській юридичній науці доктрину, яка в американській системі права іменується *due process*, в європейській — *fair procedure*, перекладають по-різному: «правова процедура», «процедурна справедливість», «юридична справедлива процедура», «юридична (правова) процедура», «належна правова процедура».

Хоч конструкція «належна правова процедура» знайшла нормативне закріплення лише в одному нормативно-правовому акті — у ст. 2 Кримінально-процесуального кодексу України, у науковому співтоваристві активно обговорюється цей принцип як аксіоматичний.

Та чи завжди правова процедура є належною? А справедливою?

Тлумачний словник пояснює: належне — яке потрібне, необхідне; відповідне. Справедливе — правильне, об'єктивне, яке від-

¹ Студентка 5 курсу Юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка.

diana.hrytsay99@gmail.com

повідас морально-етичним і правовим нормам. Належна процедура — принцип, що втілює переваги гнучкості та стабільності. Видається, справедливе — завжди належне, але належне — не обов'язково справедливе. Спробуємо довести або спростувати цю тезу.

Епіграфом до цих розмірковувань ми обрали латинський вислів *Fiat justitia et pereat mundus* — нехай здійсниться правосуддя, хоч би загинув світ. Перед очима з'являється картина Ф. де Гойя «Сатурн поїдає своїх дітей (1821 р.) і виникає питання права людини — для кого?

Правосуддя — це справедливість у дії. Але чому і для кого юстиція повинна бути справедливою та (чи) належною? Чи здатна правова процедура гарантувати справедливість?

Загальновизнано, що головна функція органів державної влади та правозахисників — забезпечення верховенства права й справедливого судочинства. Конституційна юстиція, покликана відігравати ключову роль охоронця таких цінностей і принципів, бути головним «запобіжником» і гарантією.

З 30 вересня 2016 року фізичні та юридичні особи в Україні отримали можливість подання конституційної скарги. Однак реалізація цього права опинилась у невизначеному становищі. Питання чи справді двері суддів відкриті є дискусійним.

З моменту набрання чинності Законом України Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) від 02.06.2016 року (Далі — Закон) і до 28 березня 2017 року, Конституційний Суд України (Далі — КСУ) не розглядав конституційні скарги. Відсутність нової редакції Регламенту КСУ до 22 лютого 2018 року блокувала роботу через незатверджену процедуру. Утім, існувала й альтернативна позиція, яка полягала в зобов'язанні КСУ розглядати конституційні скарги на підставі Конституції України та Закону. Стаття 153 Конституції України встановлює, що порядок організації та діяльності КСУ, статус суддів Суду, підстави й порядок звернення до Суду, процедура розгляду ним справ і виконання. Усупереч, скарги не розглядалися, хоч усі «здогадувались» про альтернативу. «Неспроможність ефективно ор-

ганізувати власну внутрішню роботу Конституційним судом у 2017 році перешкоджала ефективній реалізації нового конституційного права на скаргу», — зазначають у Центрі політико-правових реформ (Запровадження інституту конституційної скарги в Україні. Аналітичний звіт. URL: [http://pravo.org.ua/img/books/files/1523955280const%20\(1\).pdf](http://pravo.org.ua/img/books/files/1523955280const%20(1).pdf)).

Отож, право на конституційну скаргу — для кого? Незахищені права та інтереси суб'єктів звернення можуть зачекати кілька років, поки з'явиться *належна* процедура.

Інша проблема полягає у кількості відхилених скарг. Захистити свої конституційні права особи можуть через належну форму конституційних скарг. Вкрай важливо проінформувати про це суспільство та правову спільноту. Відсутність достатніх інструкцій для складення «правильної» скарги може застопорювати саму ідею конституційного захисту прав. Яким би грубим не було порушення права особи, недотримання форми подачі скарги стає причиною для відмови у наданні захисту, і навпаки: посягання менш значне, але ідеально оформлена скарга — набагато більші шанси задовольнити вимоги. Справедливість?

Схожа ситуація і у Європейському суді з прав людини (Далі — ЄСПЛ), коли відхиляються чимало заяв через недотримання форми і ніхто не може дати роз'яснень щодо недоліків твого запиту про допомогу. Не слід ототожнювати належну процедуру з формалізмом. Формалізм означає штучне ускладнення, які не лише не сприяють досягненню завдань правосуддя, а навпаки, заважають цьому.

У одному із рішень ЄСПЛ вказує, що «право на суд», одним з аспектів якого є право доступу, не є абсолютним і може підлягати обмеженням; їх накладення дозволене за змістом, особливо щодо умов прийнятності скарги. Проте такі обмеження повинні застосовуватись з легітимною метою та повинні зберігати пропорційність між застосованими засобами та поставленою метою (Podbielski and PPU Polpure проти Польщі).

ЄСПЛ у своїй практиці завжди відзначає право на справедливий суд як гарантію здійснення усіх прав. І водночас ухвалює

рішення на зразок справи «Бурмич та інші проти України» і загортає 12 тисяч заяв, бо йому просто «набридло» розглядати однакові справи, коли держава не виконує рішень. Але у чому винен Бурмич та інші 12 тисяч осіб, які повинні чекати захисту за «іншою (правильною)» процедурою.

Підсумовуючи, можемо дещо зі смутком констатувати, що є випадки, коли належна правова процедура виступає засобом маніпулювання, відкидаючи самоціль — забезпечення прав і свобод людини. Як часто суди не застосовують норми права, коли вони вважають, що таке застосування не сприятиме ефективно-му захисту прав людини?

Держава повинна поважати всі юридичні права, які належать особі. Зловживання владою можна реально обмежити лише в тому випадку, якщо владний примус здійснюється не просто за законом, а в рамках чітко регламентованої законом неупередженої процедури, яка спрямована на створення правового поля для здійснення прав людини та ефективний (неілюзорний) захист прав та свобод. Найбільш важливі, невідчужувані права і свободи людини й громадянина повинні забезпечуватися, незалежно від обставин. Водночас перфектні процедури, регламентовані тисячами пунктів — це лише текст, який виглядає як стандартизована нудна писанина, якщо вона не допомагає реально та оперативно забезпечити та захистити права людини як основну цінність. Інакше: політика заради політики й правосуддя заради правосуддя.

Епохальна мета правосуддя полягає у заміні ідеї насильства, зловживання владою, необмеженої дискреції ідеєю права; у встановленні правової перепони між органами державної влади та використовуваною ними силою. Правова процедура не повинна бути «легальним» способом обмеження реалізації прав людини.

У сучасних умовах, латинський афоризм (наведений в епіграфі) уже немає права на існування. «Нехай здійсниться правосуддя, щоб НЕ загинув світ», — за цим теперішнє і майбутнє.

І нехай належне завжди буде справедливим!

Дмитро Гудима¹

ЛЮДСЬКІ ПРАВА – НЕ ТАКІ ВЖЕ Й ЛЮДСЬКІ? (ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ РОБОТІВ)

Починаючи з середини ХХ століття, гідність людини формально визнана джерелом людських прав (абзац перший преамбули та стаття 1 Загальної декларації прав людини [29], абзаци перший і другий преамбули та частина перша статті 10 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права [19], абзаци перший і другий преамбули Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права [20]). Люди, ніби виконуючи настанову Марка Аврелія Антоніна «Не відмовляй сам же собі у гідності» [1, с. 23], собі у гідності не відмовили. Проте, чи не має така антропоцентричність у світлі досягнень науково-технічного прогресу ХХІ століття залишитися у минулому?

Трансплантологія та 3D-біопринтинг, нейропротезування й електронні імплантати, нейрокомп'ютерний інтерфейс, молекулярна нанотехнологія, генна інженерія тощо, а також ідеї трансгуманізму [9] суттєво впливають на наші уявлення про людину. Такий вплив посилюють прогнози футурологів, зокрема ідея Я. Пірсона (*Ian Pearson*) про те, що технологія дозволить людям об'єднатися з комп'ютерами в одне ціле, внаслідок чого уможливиться поява нового виду — *Homo Optimus* [4]. Межа між власне людським і нелюдським інтенсивно стирається...

¹ Кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теорії та філософії права Львівського національного університету імені Івана Франка.
dmytro.hudyma@gmail.com

Чи не слід з огляду на це уточнити висловлювання римсько-го імператора так: «Не відмовляй собі та собі подібним у гідності»? На перший погляд, зміна формулювання незначна. Але кого можна вважати *подібним собі*? Чи є такими люди, які мають біонічні протези кінцівок [8, с. 26–42], інші штучні органи [5], у порівнянні з тими людьми, які не мають таких кінцівок та органів? Чи можна вважати подібними собі тварин, які згідно з еволюційною теорією є найближчими предками людини [10]? Зрештою, чи характеризуватимуться такою подібністю створені людьми механізми, які за певними ознаками буде складно, а то і неможливо відрізнити від їхнього творця? Саме про такі механізми піде мова у цій доповіді.

Ще не так давно я писав, що частково непорозуміння стосовно інтерпретації понять «істота», «людина», «індивідуальність», «особистість», «особа», «суб'єкт» тощо зумовлені неоднозначністю перекладів українською мовою певних термінів з інших мов, «частково — неоднаковістю значень, наданих на різних рівнях осмислення одних і тих же термінів, а частково — відсутністю налагодженого зв'язку, активної співпраці між представниками різних напрямів суспільствознавства, що вивчають людину» [3, с. 256]. Але зараз відсутність єдиного підходу до інтерпретації означених понять посилюється наслідками досягнутого у XXI столітті науково-технічного прогресу.

Чи можна з огляду на ці наслідки застосувати до якогось робота термін «істота»? За яких умов можливо визнати за роботом статус суб'єкта права, зокрема статус особи у цивільних правовідносинах? Чи матиме робот певного виду притаманну лише йому індивідуальність? Чи характеризуватиметься він особистістю як стійкою системою соціально значимих рис, притаманних члену соціуму — вільному та відповідальному суб'єкту свідомої діяльності, що виконує певні соціальні ролі?

Відповіді на ці та інші пов'язані з ними питання можуть суттєво різнитися сьогодні та через деякий час. Для цього є низка причин:

- учені прагнуть розробляти «розумних», наділених «свідомістю», «моральних» роботів [13, р. 1–3; 14, р. 540; 24; 30];
- людство все ближче наближається до того, що штучний інтелект пройде «тест Тюрінга» на визначення здатності машини проявляти інтелектуально обумовлену поведінку, що тотожна людській поведінці і яку неможливо відрізнити від останньої [23];
- теоретичне обґрунтування визнання роботів «юридичними особистостями» (*legal personality, legal personhood*), «юридичними особами» (*legal person*) чи «електронними особистостями» (*electronic personhood, electronic personality*) або електронними особами (*electronic person, e-person*) [11, р. 33–38, 42–43, 45–46; 17, р. 647–654; 18; 22, р. 14–16; 26, р. 29–35] поступово знаходить продовження у відповідному правовому регулюванні [12; 16; 21].

Створене наприкінці 90-х років ХХ століття чи то поважно, чи то на жарт Американське товариство запобігання жорстокості до роботів (ASPCR) вважає, що «роботи — це теж люди! Або, щонайменше, вони колись ними будуть» [28]. Якщо це так, то і визнання наявності гідності та прав у певних «розумних машин» — лише питання часу, необхідного для того, аби у людському співтоваристві був досягнутий консенсус щодо статусу різних видів роботів.

Перший крок у напрямку визнання суб'єктності «людиноподібного» робота [див. також: 2, с. 82–87] вже зроблений навіть за відсутності відповідного правового регулювання: 25 жовтня 2017 року на саміті «Інвестиційна ініціатива майбутнього» (*Future Investment Initiative*) Саудівська Аравія надала громадянство розробленому гонконзькою компанією «*Hanson Robotics*» роботу Софії (*Sophia*) [7; 25; 31]. Чи матиме це наслідки для виникнення у цього робота прав і обов'язків, пов'язаних зі статусом громадянина, — не зовсім зрозуміло. «Паспортизація» робота — крок, скоріш, символічний, ніж такий, що спричинив реальні юридичні наслідки. Проте, незважаючи на відмінність у статусі з людиною, надання роботам прав і навіть певних обов'язків у науковому середовищі розглядається за можливе.

Підходи до визначення причин визнання за роботами певних прав можна умовно поділити на дві групи:

1) *цільовий* підхід пов'язує надання прав з метою, для якої людям це нібито необхідно зробити. Так, професор Школи інженерії й інформаційних технологій Університету Південного Уельсу-Канберри (UNSW Canberra, Австралія) Хусейн А. Аббас (*Hussein A. Abbass*), стверджує, що, оскільки людство має зобов'язання перед нашою екосистемою та соціальною системою, а роботи будуть частиною обох систем, то «ми морально зобов'язані захищати їх, розробляти так, щоб вони могли захищати себе від зловживань і бути морально гармонізованими з людством» [15]. Для цього роботам слід надати «право бути захищеними нашою правовою й етичною системою та право бути спроектованими, щоби бути надійними, тобто технологічно придатними для цілей і когнітивно та соціально сумісними (безпечними, етично та юридично сумісними тощо)» [15];

2) *креативний* підхід передбачає визнання певних прав за роботами внаслідок акта творення останніх саме як розумних істот, які можуть здійснювати пізнавальну діяльність. ASPCR, даючи відповідь на питання про те, навіщо роботам які-небудь права, зазначило, що «будь-яка розумна істота (штучно створена чи ні) має певні невід'ємні права, надані їй створенням (а не її Творцем), і такі, що включають право на існування, незалежність і прагнення до більшого пізнання» [27].

Перспективи створення розумних і автономних машин (*smart and autonomous machines*) не є фантастичними, як може на перший погляд здаватися необізнаному читачеві. Так, у Європейському Союзі у резолюції від 16 лютого 2017 року № 2015/2103(INL) з рекомендаціями для Комісії щодо цивільно-правових норм з робототехніки [12] Європарламент визнав наявність тенденції до розроблення саме таких роботів, які «здатні навчатися та приймати рішення незалежно» (пункт G). Крім того, у цій резолюції Європейський парламент сформулював загальні принципи щодо розвитку робототехніки та штучного інтелекту для цивільного використання і закликав Комісію запропонувати загальні для

Європейського Союзу дефініції понять «кіберфізичні системи», «автономні системи», «розумні автономні роботи» та їхніх різновидів, беручи до уваги такі характеристики розумного робота (пункт 1 зазначених принципів):

- набуття автономії за допомогою датчиків і/або шляхом обміну даними з навколишнім середовищем (взаємозв'язку) та торгівлі цими даними і їхнього аналізу;
- самонавчання з досвіду та шляхом взаємодії (факультативний критерій);
- хоча б незначна апаратна підтримка;
- пристосування власної поведінки та діяльності до навколишнього середовища;
- відсутність життя у біологічному сенсі.

Тож чи залишаться людські права суто людськими, якщо розум і певна воляова поведінка, а відтак і здатність до пізнання стануть специфічними характеристиками деяких автоматичних пристроїв? Видається, що у найближчі десятиліття збільшення загальної кількості роботів, зокрема «гуманоїдів», поглиблення їхньої взаємодії між собою, удосконалення механізмів взаємодії роботів із людьми, розширення її напрямків і нормативного врегулювання останніх остаточно підтвердять позбавлення людини центрального місця у світобудові. Означені тенденції спонукатимуть перефразувати девіз дельфійського оракула «Пізнай самого себе» на «Пізнай робота як самого себе» і під цим гаслом інтенсифікувати пошук відповідей на кантівські запитання [детал. див.: 6, с. 45], оновлені у душі сучасності таким чином: «Що робот може знати?», «Що робот має робити?», «На що робот може сподіватись?» і «Що таке людина з погляду робота?». Під час таких пошуків вирішення проблеми «людськості» прав і поваги до гідності їхнього носія навряд чи вдасться оминати.

Використані джерела:

1. Аврелий М. А. Размышления / Изд. подг. А. И. Доватур, А. К. Гаврилов, Я. Унт; Отв. ред. А. И. Доватур. Ленинград: Наука, 1985. Серия «Литературные памятники». С. 5–72. URL: <http://>

publ.lib.ru/ARCHIVES/A/AVRELIY_Mark_Antonin/Avreliy_M.A._Raz-myshleniya.(1985).[dJV-fax].zip.

2. Гудима Д. А. Деякі новели в інтерпретації поняття «суб'єкт права»: абсурдні чи перспективні? *Право України*. 2010. № 2. С. 82-87. URL: <https://www.twirpx.com/file/925387/>.

3. Гудима Д. А. Людинорозуміння у правовій науці (до характеристики сучасного поняттєвого апарату). *Проблеми філософії права*. Київ; Чернівці: Рута, 2005. Т. 3, № 1-2. С. 256-266. URL: <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/11893/29-Hudyma.pdf>.

4. До 2050 року технології перетворять людей на новий біологічний вид. URL: <https://bbabo.net/uk-UA/article/society/do-2050-roku-tekhnologii-peretvoriat-liudei-na-novy-biologichnyi-vyd>.

5. Искусственные органы и ткани. URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/Искусственные_органы_и_ткани.

6. Козловський В. П. Кантова антропомія, або вчення про людину як нормотворчу істоту. *Наукові записки НаУКМА*. 2013. Т. 141 : Філософія та релігієзнавство. С. 45–51. URL: http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/2652/Kozlovskiy_Kantova_antropomiia.pdf.

7. Людиноподібний робот Софія. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/Людиноподібний_робот_Софія.

8. Попадюха Ю. Особливості біонічних протезів верхніх кінцівок. *Молодіжний науковий вісник Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки*. 2017. № 25. С. 26–42. URL: <https://sportvisnyk.vnu.edu.ua/index.php/sportvisnyk/issue/view/7/7>.

9. Трансгуманизм URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/Трансгуманизм>.

10. Якутенко И. Всего ничего. У человека нашли только три гена, отличающие его от шимпанзе. URL: <https://lenta.ru/articles/2009/09/02/human>.

11. Bertolini A. Artificial Intelligence and Civil Liability: Study Requested by the JURI Committee (July 2020). 132 p. URL: <https://>

[www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU\(2020\)621926_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU(2020)621926_EN.pdf).

12. Civil Law Rules on Robotics. European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)). URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.pdf.

13. Chella A., Cangelosi A., Metta G., Bringsjord S. Consciousness in Humanoid Robots. *Frontiers in Robotics and AI*. 2019. Vol. 6. P. 1–3. DOI: 10.3389/frobt.2019.00017. URL: <https://www.frontiersin.org/article/10.3389/frobt.2019.00017>.

14. Danielson P. Can Robots Have a Conscience? *Nature*. 2009. Vol. 457. Issue 7229. P. 540. DOI: 10.1038/457540a.

15. Do Robots Deserve Human Rights? URL: <https://www.discovermagazine.com/technology/do-robots-deserve-human-rights>.

16. Draft Report of the Committee on Legal Affairs with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)). URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-582443_EN.pdf.

17. Dumancic K., Preloznjak B. Legal Personality of Robots and Its Impact on Liability Rules. *5th International Multidisciplinary Scientific Conference on Social Sciences and Arts SGEM 2018*. 2018. Vol. 18. P. 647-654. ISBN: 978-619-7408-62-1. DOI: 10.5593/sgemsocial2018/1.2/S02.085.

18. Eidenmüller H. Robots' Legal Personality. URL: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/03/robots%E2%80%99-legal-personality>.

19. International Covenant on Civil and Political Rights. URL: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

20. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. URL: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.

21. Legal and Ethical Reflections Concerning Robotics. URL: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/563501/EPRS_STU\(2016\)563501\(ANN\)_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/563501/EPRS_STU(2016)563501(ANN)_EN.pdf).

22. Nevejans N. European Civil Law Rules on Robotics: Study for the JURI Committee (2016). 29 p. URL: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU\(2016\)571379_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf).

23. Panova E. Which AI Has Come Closest to Passing the Turing Test? URL: <https://dataconomy.com/2021/03/which-ai-closest-passing-turing-test/>.

24. Robitzski D. Artificial Consciousness: How to Give a Robot a Soul. URL: <https://futurism.com/artificial-consciousness>.

25. Saudi Arabia Is First Country in the World to Grant a Robot Citizenship. URL: <https://cic.org.sa/2017/10/saudi-arabia-is-first-country-in-the-world-to-grant-a-robot-citizenship>.

26. Solaiman S. M. Legal Personality of Robots, Corporations, Idols and Chimpanzees: A Quest for Legitimacy. *Faculty of Law, Humanities and the Arts — Papers*. 3076. 2017. 44 p. DOI: 10.1007/s10506-016-9192-3. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/132799071.pdf>.

27. The American Society for the Prevention of Cruelty to Robots: Frequently Asked Questions. URL: http://www.aspcr.com/newcss_faq.html.

28. The American Society for the Prevention of Cruelty to Robots: The Main Page. URL: <http://www.aspcr.com/index.html>.

29. Universal Declaration of Human Rights. URL: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

30. Wallach W., Allen C. *Moral Machines: Teaching Robots Right from Wrong*. Oxford: Oxford University Press, 2009. 288 p. ISBN: 978-0-1953-7404-9. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780195374049.001.0001.

31. Walsh A. Saudi Arabia Grants Citizenship to Robot Sophia. URL: <https://www.dw.com/en/saudi-arabia-grants-citizenship-to-robot-sophia/a-41150856>.

Тамара Дудаш¹

ПРАВОВА АРГУМЕНТАЦІЯ І МЕЖІ ПРАВА: ДО ПИТАННЯ ПРО ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНУ МОДЕЛЬ ПРАВОВОЇ АРГУМЕНТАЦІЇ

Правова аргументація дозволяє вийти за межі правового. Така теза постала в результаті загальнотеоретичного осмислення феномену правового аргументування. Ба більше, правове аргументування зобов'язує звернутися до позаправового для обґрунтування правового. Наприклад, для призначення покарання за вчинений злочин захист аргументує, а суд приймає або не приймає, необхідність урахування позаправових факторів — особу обвинуваченого, наявність пом'якшуючих і обтяжуючих фактичних обставин. Чи може при цьому бути порушено межі права? Так. Уявімо ситуацію, описану ще у кінострічці «Адвокат диявола». Правник, впливаючи на емоції присяжних, переінтерпретовуючи факти і право, отримує виправдання протиправних дій своїх підзахисних, які, вочевидь, винні у інкримінованому. Головний герой це знає і внутрішньо переживає боротьбу добра зі злом. Вдаючись до маніпуляцій, використовуючи позаправові засоби правової аргументації він чинить антиправно, виходить за межі права. Вважаємо, що дослідження правової аргументації у філософськоправовому та загальнотеоретичному ракурсах допоможе виявити містки, які можуть змістити рухливу грань правового у неправове.

¹ Кандидатка юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри теорії та філософії права Львівського національного університету імені Івана Франка.

tamara.dudash@lnu.edu.ua

Для надання змістовної характеристики феномену правової аргументації, необхідно, насамперед, окреслити зміст і обсяг відповідного поняття.

По-перше, варто розмежовувати діяльність з правового аргументування та результат такої діяльності — правову аргументацію. Адже процес правового аргументування та його результат є онтологічно різними, хоча й взаємоперехідними.

Правове аргументування — це процесове поняття, яке відображає юридично значущу діяльність з обґрунтування твердження за допомогою певних засобів — правових та позаправових аргументів.

Правова аргументація, з нашого погляду, — це поняття, яке відображає або 1) результат діяльності з правового аргументування (як завершення процесу правового аргументування) або 2) результат діяльності з реконструкції аргументації, що міститься в тексті іншого суб'єкта, крізь призму власної свідомості. У будь-якому разі вона містить виклад засобів правової аргументації у вигляді структур та/або схем такої аргументації. У цьому сенсі правова аргументація завжди є наслідком певного процесу (діяльності) з правового аргументування — власного чи іншого суб'єкта.

Під **загальнотеоретичною моделлю правової аргументації** розумітимемо теоретико-аналітичну модель правової аргументації, яка дозволяє реконструювати й оцінити правову аргументацію у різних видах юридичної діяльності. Загальнотеоретична модель правової аргументації, з нашого погляду, охоплює: 1) склад (*corpus*) правової аргументації; 2) інструменти правової аргументації; 3) реконструювання й оцінювання [ефективності] правової аргументації.

Склад (корпус) правової аргументації — це юридична конструкція, охоплює статичні та динамічні елементи у комплексному явищі правової аргументації, дозволяє надати йому цілісну характеристику та показати перехідність від діяльності — правового аргументування — до її результату — правової аргументації. До складу (корпусу) правової аргументації можемо відне-

сти: 1) аргументувальну ситуацію 2) суб'єктний склад; 2) об'єкт правового аргументування; 3) зміст правового аргументування; 4) мету правої аргументації.

Під поняттям *аргументувальної ситуації* пропонуємо розуміти абстрактну ситуацію аргументування, що є узагальненим відображення таких ситуацій, типових для певного виду юридичної діяльності. Це основний складник у корпусі правової аргументації, адже він зумовлює специфіку інших складників.

Суб'єктний склад правового аргументування охоплює як його обов'язкових суб'єктів, так і факультативних, а також правову аудиторію. Правове аргументування залежить того, хто є суб'єктами правового аргументування — від їхніх потреб та інтересів, праворозуміння, передрозуміння об'єкта правового аргументування; концепції раціональності; усвідомленої чи прихованої, але обов'язково наявної моделі правової аргументації, яку вони прийняли.

Суб'єктами правового аргументування в теорії аргументації визнають *аргументувача* (який через правове аргументування створює правову аргументацію), *адресата аргументації* (той, кому безпосередньо ця аргументація спрямована і хто має правомірну можливість спростовувати аргументи, що їх висунув аргументувач, висунути свої контраргументи або не висувати своїх аргументів, тобто не мати своєї точки зору (позиції), а прийняти точку зору, що її запропонував аргументувач). Зазначені суб'єкти можуть мінятися ролями у різних аргументувальних ситуаціях. Наприклад, у судових дебатах між сторонами у двосторонньому аргументуванні позивач буде аргументувачем своєї позиції і адресатом позиції відповідача; у односторонньому аргументуванні між сторонами процесу і судом, перші будуть виступати аргументувачами зі своїми позиціями, а суд — адресатом аргументації; у односторонній аргументації між судом та сторонами аргументувачем буде суд, а сторони — адресатами аргументації, викладеної у судовому рішенні.

Об'єкт правового аргументування — це те, на що спрямоване правове аргументування у певній аргументувальній ситу-

ації. Загалом, об'єктом правового аргументування є твердження про щось. П. Гоутлосер встановив, що поняття «висновок», «теза», «твердження», «дебатована позиція», які використовують у різних підходах до розуміння й дослідження аргументування, цілком збігаються або є дуже подібними з поняттям «точка зору».

Зміст правового аргументування у найзагальнішому формулюванні можна визначити як наведення аргументів — правових чи позаправових, які можуть бути як аргументами у прямому сенсі, так і поясненнями та аргументами з доказів. Крім того, йдеться як про наведення аргументів, так і контраргументів адресата аргументації у відповідь на аргументи.

Мета правового аргументування у найзагальніших формулюваннях полягає у *переконуванні* адресата правової аргументації, а також аудиторії у прийнятності певної позиції (точки зору, тези, висновку) за допомогою наведення аргументів — правових і позаправових.

Інструменти правового аргументування — це система матеріальних і процесуальних засобів і способів правового аргументування. Про інструменти правового аргументування доцільно вести мову в матеріальному та процесуальному аспектах, які перетинаються у конкретних ситуаціях аргументування і слугують, насамперед, для реконструкції аргументації, а також для її оцінювання.

Матеріальний аспект охоплює засоби та способи такого аргументування. До засобів правового аргументування належать аргументи й аргументувальні схеми, структури аргументування.

Процесуальний аспект охоплює норми й правила аргументування. Вони залежать від того, у якому різновиді юридичної діяльності здійснюють правове аргументування та від особливостей аргументувальної ситуації. У цьому аспекті слід враховувати як теоретичні правила загального практичного дискурсу, так і правового дискурсу, так і процесуальні правила, що встановлюють особливості й межі такого дискурсу у певній правовій системі.

Реконструювання й оцінювання [ефективності] правової аргументації. З нашого погляду, *реконструювання правової ар-*

зументації — це відтворення реальної правової аргументації за допомогою інструментів правової аргументації, що дозволяє виявити особливості правового аргументування, результатом якого вона є. Незважаючи на відсутність визначень цього поняття, воно є одним з основних у працях представників діалектичного й логічного підходів до правової аргументації. Теоретичні моделі дослідження аргументації саме у цих підходах ґрунтуються не на створенні, а на реконструюванні реальної правової аргументації.

Оцінювання правової аргументації можна розглядати у двох аспектах — як власне оцінювання такої аргументації та як оцінювання ефективності такої аргументації. Ефективність правової аргументації можна розглядати як співвідношення результату такої аргументації з її метою. Однак виникає проблема критеріїв оцінювання такої ефективності. І саме діалектичний підхід до правової аргументації, вважаємо, такі критерії пропонує, відносячи до них дотримання правил дискусії та необхідність прийнятності спільних вихідних положень. Висновок про прийнятність чи переконливість аргументації може робити як адресат аргументації, так і реконструювач, так і аудиторія.

Олександр Литвинов¹

ДО АНТРОПОЛОГІЇ ПРАВА ЯК КУЛЬТУРОЛОГІЧНОЇ ПРОБЛЕМИ В КОНТЕКСТІ ОСМИСЛЕННЯ МЕЖ ПРАВА В ПРОЦЕСІ ВЗАЄМОДІЇ РІЗНИХ НОРМАТИВНИХ СИСТЕМ

Вступ. *Як екзистенційне та культурне неминуче стає антропологічним.* Коли ми говоримо про межі права, то постає питання про те, що є межами, і що є правом. І якщо стосовно меж навряд чи може виникнути питання стосовно розуміння цього поняття (і в просторовому, і в часовому, і навіть у смисловому сенсі), то розуміння права стає проблемою, що її вирішення без апеляції до континуальних і екзистенційних підвалин не уявляється можливим. Певною мірою зазначені підвалини сконцентровано в понятті культури, але й останнє тоді потребує спеціального визначення як уточнення, оскільки є надто популярним і в науковій, і в буденній свідомості. На додаток, навіть згаданий рівень свідомості як науковий також вимагає визначеності, оскільки (у нас) тягла спадщина радянського типу редукованої до елементарних алгоритмів мислення, ще й обтяжена обов'язковою мілітарною складовою, і на сьогодні впливає на бачення світу та його пояснення в середовищі тих, хто є дотичним до владних структур. А за цією ж традицією (як спадщиною) юридична спільнота надто повільно звільняється від залежності від

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

тиску жорсткої сили, що сьогодні втілюється насамперед в понятті влади (переважно виконавчої). Тут є необхідним звертатися до класичного — моралі, і до нагального — політики. Як перекручені змістовні складові цих понять впливають на пересування меж права, підкорюючи своїй силі не тільки справедливість, а й уявлення про неї — спостерігаємо майже кожен день. Наскільки тут впливовою є чи то екзистенційна складова, чи то складова культури — може допомогти, як удається, апеляція до антропологічного. Втім і останнє потребує пояснення як уточнення.

Виклад основного матеріалу. Як антропологічне стає тваринним, якщо втрачає культурні якості. Наскільки право як обов'язкове для всіх є таким у пліні життя пересічного громадянина — залежить від зовнішніх обставин стосовно цього громадянина. Використовуючи поняття культури як певний загальник для всього, що стосується людського (не-тваринного) в людині, маємо спільне з правом у сенсі саме цього загального: право — це те, що стосується всіх. Втім ступінь такого загального є дещо різною, культура є все-загальним, право — загальним для певної спільноти. Тому культура — це більше, ніж право за обсягом поняття і водночас за переважанням сили впливу: за всієї природної діалектичності взаємовідносин і взаємодії, культура як контекст і середовище існування права в усіх конкретних проявах такої взаємодії як мінімум спрямовує дію права, як максимум диктує умови цієї дії. Насамперед це стосується (взаємо)впливу з іншими нормативними системами, як у процесі формування права (правових норм), так і в процесі їх застосування. Основною небезпекою стає примус у разі виходу за межі легітимності і правової визначеності, що базується на культурних нормах (що є більш широкими, глибокими в екзистенційному плані тощо): релігійно-міфологічних, морально-етичних, навіть традиційно-естетичних тощо. Постійна спокуса використання наявної сили (сили влади насамперед) для досягнення цілей і захисту інтересів не-загальних (не суспільства в цілому) є в культурологічній інтерпретації (і формулюванні) проявами тваринного в структурі феномена «людина», наслідки чого в сучасних умовах є осо-

бливо негативними, зважаючи на масштаби впливу сфери права (і правоохоронної діяльності). Іншими словами, каральне як визначальне, та ще й з сумнівною легітимністю або взагалі без такої є показником не стану права (це — похідне), а тану культури (рівня розвитку, якщо спиратися на класичну раціональність Нового часу, продуктами якої є не тільки сучасна наука, а й право та праворозуміння з декларованою домінантою ідеї прав людини як рівних прав кожної людини).

Повернення до тваринного (з культурологічної точки зору) є відсутністю (утратою) відчуття кінечності (смерті), що є небезпечним, знов-таки, зважаючи на можливі масштаби наслідків цього процесу. До ризиків суто воєнного штибу сьогодні все яскравіше стає очевидним додавання ризиків штибу екологічного: результатом — і результатом вельми реальним — може бути знищення взагалі всього живого або, як варіант, його — живого — понівечення у вигляді лише залишків примітивних біологічних організмів без ознак розуму.

Звідси питання розуміння антропологічного як (насамперед) культурологічного не є суто схоластичним і далеким від життя, це питання є екзистенційним і онтологічним, якщо в бутті бажаємо залишити людину як рід. Право має стати інструментом, межі якого мають розширюватися за рахунок взаємодії з культурними цінностями універсального значення (не виключає партикулярного, якщо це не є антропологічною характеристикою тваринного змісту чи то спрямування). Іншими словами, взаємодія з іншими культурними нормативними системами має визначатися саме цією спрямованістю.

Альтернатива — смерть.

Висновки. *Як сьогодні виглядає проблема меж права і взаємодії з іншими нормативними системами (можливий варіант розуміння).* Право розглядається виключно (або переважно) в межах (більш поширена термінологія — методологічно, в межах методів чи то методологічних підходів) соціологічних (включаючи редукціонізм позитивізму). На сьогодні все більш стає зрозумілим, що має бути суттєвою антропологічна складова (за всі-

єї розмаїтості розуміння антропологічного), що у вітчизняному правознавстві (філософія права та теорія права) навіть формулюється як «антропологічний поворот» тощо. Слід зазначити, що це є відомою філософсько-світоглядною традицією, починаючи з Г. Сковороди. Наступним кроком має стати розуміння необхідності усвідомлення та осягнення меж, і водночас основ або підмурків культурологічних.

На заваді — спосіб сприйняття світу та, відповідно, мислення, що формувався на тлі панування: а) марксистсько-гегелівської методології, що творила культурні смисли з обов'язковою апеляцією до конкретного (конкретно-образного = міфологічного); б) східної (ортодоксальної) версії християнства (православ'я), що також апелює до конкретно-образних способів мислення, на додаток ще й постійно відновлює ранньосередньовічні езистенційні цінності. Ці способи мислення (а потім, відповідно, дій з визначеними таким же чином цілями) — тобто а) і б) — поєднує те, що визначається як «азійський спосіб мислення» та, що з цього витікає, «азійський спосіб соціальної організації» (ієрархічність, що живиться примітивними зразками домінування, існуючими в тваринних спільнотах: «закрите суспільство») й «азійський спосіб політичної влади» (ієрархічність уже сакрального зразка вкупі з підкоренням економічної сфери: «влада-власність» як неподільність цих понять).

Це — Схід (східний ареал культур).

Усі регулятивні, організаційні, контролюючі функції, включаючи примус (насильство, покарання) витікають з цих онтологічних підмурків і світоглядних домінант. Право (формалізоване, а значною — іноді переважаючою — частиною не формалізоване) у транзитивних суспільствах — існує символічно та імітаційно, останнє і як вимога ззовні, зважаючи на ступінь залежності (технологічної насамперед) від країн — лідерів світу.

На сьогодні це Захід (західний ареал культур).

Каріна Литвинюк¹

ДО ПИТАННЯ ПРО АГРЕСІЮ Й АЛЬТРУЇЗМ ЯК ДЕТЕРМІНАНТИ ГЕНЕЗИ ПРАВА

Питання меж права вочевидь тісно пов'язане з інтерпретацією походження права. Досліджуючи його «генеалогію», видається можливим спроектувати його межі, зокрема осмисливши сферу його дії (впливу, поширення).

Антропологізація досліджень права вивела проблематику його походження на якісно новий рівень: відкрився шлях до вивчення властивостей права з огляду на особливості природи людини, зокрема біолого-еволюційних програм її поведінки. Антрополого-біологізаторський дослідницький підхід ґрунтується на визнанні еволюційної природи людини, природної зумовленості її сутності [3, с. 47]. У цій сутності виявляються закономірності, які притаманні людській поведінці та сформовані у процесі філогенезу.

У природі людини закладені певні еволюційні стратегії, зокрема стратегії альтруїзму й агресії. Деякі їхні форми можна прослідковувати вже у середовищі приматів та інших соціальних тварин. Укоріненість агресії й альтруїзму в інстинктивній сфері людського буття набуває значення універсальної першооснови людської життєдіяльності, зокрема і передумови для формування соціальних регуляторів.

Російська етологиня М. Бутовська вказала на те, що механізми регуляції соціальної напруги є фундаментальною основою

¹ Аспірантка кафедри теорії та філософії права юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка.

lutvunyk@gmail.com

способу існування будь-якого виду, що веде груповий спосіб життя [1, с. 13]. Тому всі соціальні регулятори, зокрема і норми права, можна розглядати як засоби врегулювання конфліктів людей і підтримання їхньої групової єдності та безпеки.

Австрійський зоолог, один із основоположників етології К. З. Лоренц (*Konrad Zacharias Lorenz*) відзначив, що природа звичок, традицій корениться у філогенетичному походженні ритуалів, символів влади як факторів для стримування агресії [4, с. 139]. З огляду на це у походженні ритуалів і символів, встановлених (санкціонованих) у праві й інших соціальних регуляторах задля стримування людської агресії криються властивості природи людини як біосоціальної істоти.

Агресія допомагає встановити ієрархічні відносини у структурі кожної соціальної організації, сприяє забезпеченню у них стану впорядкованості всіх суспільних відносин. Через те, що всередині соціальної групи відбувається конкуренція за ресурси, статус, репутацію тощо, побудова у такій групі різних соціальних ієрархій є життєво важливою. Вказане стосується як окремих соціальних груп, так і суспільства в цілому. З одного боку, агресія детермінує появу відповідних ритуалів і символів влади, необхідних для встановлення й існування соціальних ієрархій. Це дозволяє визначити права й обов'язки кожного члена суспільства, а також відповідно до статусу цього члена — межі його поведінки, вихід за які зумовлюватиме для нього негативні наслідки. З іншого боку, частина цих ритуалів і символів санкціонується у вигляді норм права, які зменшують можливості для проявів насильства між членами суспільства, тобто звужують сферу вияву агресії як різновиду інстинктивної поведінки.

Інша еволюційна стратегія — альтруїзм — теж важлива для побудови й існування соціальних зв'язків. Родинний альтруїзм, з яким пов'язана турбота про членів родини, їхній захист і допомога їм, виник для збереження та розширення біологічного виду. Але через складність умов для виживання люди були вимушені об'єднуватись для спільного пошуку та виробництва їжі і захисту відповідної території не тільки за критерієм родинних відносин.

Поряд із родинним альтруїзмом сформувався альтруїзм взаємний, для якого кровна спорідненість не є визначальною.

Взаємний альтруїзм спонукає обмежувати кооперацію індивідів тими з них, які здатні, так би мовити, повернути надану їм послугу [5, с. 35]. Інакше кажучи, коли, наприклад, особа надає певну послугу іншій, в останньої виникає імперативна емоція вчинити певну, часто — еквівалентну, дію щодо надавача послуги. Взаємний альтруїзм позначає можливість того, що відповідна атрибутивна емоція з'явиться. Отож, взаємна допомога як одна з ознак альтруїстичної поведінки є важливою ознакою будь-якої соціальної організації. Завдячуючи розвинутій мові й інтелекту, у людини взаємний альтруїзм сприяв утворенню системи приватних горизонтальних суспільних відносин, пронизаної договорами, обмінами, торгівлею. Вимоги щодо дотримання умов укладених договорів, визнання іншого рівним собі від природи сприймаються одним із засновників німецької школи філософської антропології А. Геленом (*Arnold Gehlen*) як ідеальні виразники вродженої схильності людини до взаємності. Норми кримінального права, норми, що зобов'язують відшкодувати збитки, завдані потерпілій стороні, умови товарообміну, звичаї кровної помсти тощо — все це згідно з концепцією вказаного філософа є проявами інституціоналізації інстинкту взаємності [2, с. 92–93] чи, іншими словами, взаємного альтруїзму.

Життя людей усередині та поза соціальними спільнотами зумовлюється насамперед біологічними механізмами. Більше того, сама соціальна організація є наслідком дії природних еволюційних установок людини. Відносини влади та підпорядкування у таких організаціях, їхні ієрархічні структури, договірні відносини між членами, системи заохочення та покарання, правотворення, правореалізація та правозастосування — все це має певну біологічну основу, на яку додатково, так би мовити, нашаровується друга людська природа — культура. Альтруїзм і агресія як у «горизонтальних», так і у «вертикальних» відносинах спрямовують регуляцію у живій природі, частиною якої є людина. Такі еволюційні стратегії є не лише проявом її еволюційного минулого, але

й «провідниками» її соціального буття, граничними біологічними «межами», що детермінують появу права як регулятора суспільних відносин.

Використані джерела:

1. Бутовская М. Л. Агрессия и мирное сосуществование: универсальные механизмы контроля социальной напряженности у человека. Москва : Научный мир, 2006. 200 с.

2. Григорьян Б. Т. Философская антропология: Критический очерк. Москва: Мысль, 1982. 188 с.

3. Гудима Д. А. *Права людини: антрополого-методологічні засади дослідження*. Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України / Редкол. : П. М. Рабінович (голов. ред.) та ін. Серія І. Дослідження та реферати. Вип. 20. Львів: Край, 2009. 292 с.

4. Лоренц К. Так называемое зло. К естественной истории агрессии. *Так называемое зло* / Под ред. А. В. Гладкого; Сост. А. В. Гладкого, А. И. Федорова; Послесловие А. И. Федорова. Москва : Культурная революция, 2008. С. 84-308.

5. Trivers R. The Evolution of Reciprocal Altruism. *The Quarterly Review of Biology*. 1971. Vol. 46. No. 1. P. 35–57. URL: <http://www.jstor.org/stable/2822435>.

Маріанна Любченко¹

ПАНДЕМІЯ COVID-19, СТИГМАТИЗАЦІЯ ТА СОЦІАЛЬНА РІВНІСТЬ: ВИКЛИКИ ДЛЯ ПРАВА

Через більше ніж рік з моменту поширення COVID-19 цілком очевидно, що окрім надзвичайно катастрофічного впливу на здоров'я та життя людей, пандемія, а також викликані нею карантинні обмеження, мають глибокі, а часом і радикальні соціальні наслідки. Зокрема, суспільний та науковий дискурс сповнений міркуваннями з приводу поглиблення через пандемію нерівності та стигматизації у суспільствах, що спровоковані новими підставами та критеріями. Стигма призводить до ізоляції, виключення, відторгнення, знуцання, дискредитації, звинувачення, переслідування, фізичного насильства та інше. Але принциповим є те, що всі ці прояви демонструють знецінення людей у певних групах та створення бар'єру між ними та іншими, та виправдовує і, зрештою, створює передумови безкарності за порушення прав людини.

Громади, що безпосередньо постраждали від пандемії, та світова спільнота намагаються знайти шляхи реагування на ці нові виклики. Використання з цією метою юридичних інструментів доволі часто піддається критиці через явну несправедливість заходів та обмежень, а іноді постає обґрунтоване питання про те, чи взагалі право є релевантним у цьому випадку та чи може воно захистити суспільства від кризи недовіри?

¹ Кандидатка юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри теоретико-правових дисциплін Полтавського юридичного інституту Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

lyubchenko.marianna@gmail.com

Стигма та недоброзичливе ставлення ознаменували пандемію з самого початку. У ЗМІ та у публічному інформаційному просторі на початку 2020 року, крім інформації про перебіг хвороби, викликаной вірусом, а також про зусилля наукового співтовариства розробити ліки, або про умови життя міст в умовах карантину, повсякчас повідомлялось про недоброзичливе, підозріле та іноді відверто расистське ставлення до людей азіатського походження, що було пов'язано із місцем походження вірусу. Хештег «невірус» використовувався тисячами користувачів по всьому світу для привернення рівня громадської уваги до ксенофобії, яка нібито виправдовувалась страхом зараження. З цього приводу Всесвітня організація охорони здоров'я у посібнику з протидії стигми у часи поширення світом COVID-19 (Social Stigma associated with COVID-19: A guide to preventing and addressing social stigma) рекомендує не вживати визначення «уханський вірус» або «китайський вірус», а послуговуватись офіційною назвою. Україна у цьому відношенні не стала винятком, і повідомлення про поміщення евакуйованих з Китаю громадян у санаторій у Нових Санжарах викликало хвилю протестів та агресивних меседжів у сторону цих громадян.

Стигматизація викликана вірусом набула навіть неочікуваного політичного контексту у світі. Так, у США маски для обличчя із засобів індивідуального захисту перетворились на політичні символи, які позначали поділ між «самовдоволеними лібералами» (які носять маски) та «безтурботними республіканцями» (які не носять маски).

Режим жорсткого карантину та можливість відвідувати вулицю лише для вигулу тварин (особливо поширене в Італії) призвели до жорстокої стигматизації власників собак, і ЗМІ повідомляли про ймовірні випадки отруєння собак.

Клеймуванню піддаються власне особи, які мають ознаки зараження вірусом, або хворіють чи видужали. ВООЗ зазначає, що «використання криміналізуючої чи дегуманізуючої термінології створює враження, що люди, які страждають на цю хворобу, зробили щось неправильно або є менш людьми, ніж інші, що піджив-

лює клеймо, підриваючи емпатію та, можливо, підсилюючи небажання шукати лікування або відвідувати скринінг, тестування та дотримуватись карантину». За даними дослідження проведеного ЮНІСЕФ, українці переймаються реакцією оточення на виявлення коронавірусу та непокояться через можливу стигму щодо хворого на коронавірус: 26% бояться можливих випадків морального тиску, негативного ставлення чи навіть агресії у разі захворювання, 31% опитаних вважає, що реакцією оточення буде паніка і страх (Опитування проекту U-Report від ЮНІСЕФ).

Стигматизація не оминула навіть померлих від ускладнень, яких похоронні служби, а також родичі (!), відмовлялись ховати за всіма традиціями (особливо там, де це яскраво виражені традиції та звичаї, наприклад, в Індії, де неурядові організації взяли на себе ініціативу проводити останні обряди для покинутих покійників).

Нарешті, жорсткій стигматизації піддані ті, хто перебуває у авангарді війни проти пандемії, — лікарі, що посилило і без того їх важкий психологічний стан. Лікарі, через поширення стереотипів та стигми, стають жертвами сусідів, орендодавців, водіїв таксі і навіть членів власної родини.

Перелік наведених прикладів є далеко не вичерпним, прояви нових випадків ворожих та підозрілих реакцій на явища, пов'язані із вірусом COVID-19, ростуть, та є дуже різноманітними. У більшості своїй це свідчить про сильну і глибоко вкорінену ірраціональність страху та загрози, яку вірус приніс із собою. З юридичної точки зору, на цьому етапі постає декілька питань, відповідь на які важко надати одразу: 1) чи можна виправдати прояви стигматизації та дискримінації тим, що люди мають дійсний страх, відчувають реальну (а не надуману) загрозу, особливо, якщо людина належить до уразливих до зараження та ускладнень групи людей? 2) наскільки право є спроможним створити умови задля мінімізації стигматизації та клеймування у таких напружених умовах, як пандемія, та стимулювання толерантності та виваженості? 3) чи застосовні до цих випадків відомі стандарти позитивних зобов'язань держави щодо попередження та

протидії дискримінації? 4) чи вимагатиме нового прочитання зобов'язання недержавних суб'єктів у сфері прав людини.

У відносно новій практиці Європейського суду з прав людини, тим не менш, було зроблено спробу сформулювати анти-стигматизаційний підхід та аналізувати, як впливають особливості захворювання на обмеження прав людини. У справі *Кіютін проти Росії (2011)*, яка стосувалась обмеження права на в'їзд до країни заявника, що мав позитивний статус ВІЛ, що уряд відповідача вважає обґрунтованим заходом, спрямованим на захист здоров'я суспільства. ЄСПЛ, визнаючи такі заходи явно непропорційними, керувався наступним:

«...68. Дійсно, обмеження на поїздки мають велике значення для захисту здоров'я населення від високо інфекційних хвороб з коротким інкубаційним періодом, таких, як холера або жовта лихоманка, або, якщо брати більш недавні приклади, важкий гострий респіраторний синдром (ТОРС) і «пташиний грип» (H5N1). У таких умовах, завдяки обмеженням на в'їзд, можна запобігти поширенню хвороб, не допускаючи в країну осіб, які можуть передавати ці хвороби при випадковому контакті або частинок в повітрі. Однак проста присутність ВІЛ-інфікованої людини в країні не є само по собі загрозою для громадської охорони здоров'я: ВІЛ не передається випадково, а тільки внаслідок конкретної поведінки, включаючи статеві зносини і використання загальних шприців в якості основних шляхів передачі».

Видається, що юридичній практиці та науковій спільноті ще доведеться формулювати аргументацію, яка застосовна до таких непростих ситуацій, беручи до уваги ряд неправових факторів, які мають, однак, визначальний характер для втілення справедливості у правових нормах.

Сергій Максимов¹

МЕЖІ МОРАЛЬНОЇ АРГУМЕНТАЦІЇ У ПРАВІ

Теорія природного права являє собою одну з фундаментальних парадигм в осмисленні права. Конкуруючи з правовим позитивізмом, що тяжіє до розуміння права як владного встановлення, вона намагається вийти за межі такого встановлення, звертаючи увагу на його гуманістичний сенс, прагнення до свободи та справедливості. Зародившись в Античності як певна ідея, отримавши духовну підтримку у Середньовіччі, вона здобула статус панівної теорії в епоху Просвітництва, інспіруючи кардинальні зміни у людському житті. Але навіть повне домінування юридичного позитивізму в XIX ст. не знищило її, а досвід XX ст. свідчить про неодноразове відродження природного права у нових умовах і з новими можливостями.

Причини такого стану полягають як у ступені повноти відображення природи права (як єдності реальних та ідеальних елементів), так і в певних соціокультурних підставах її історичної значущості — назрівання фундаментальних соціальних змін, що відчувається як певний досвід переживання несправедливості та необхідності реформ. Ця потреба у ціннісних і нормативних змінах активізує привабливість саме природно-правового підходу як методології обґрунтування цінностей та їх втілення у позитивне право, а також методологію критичного перегляду всіх проявів права як певної практики. Сьогодні практичне значення теорії природного права не вичерпується її історичними досяг-

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

s_maximov@ukr.net

неннями, а вимагає доктринального розроблення як інструмента нормативно-ціннісних інтерпретації для вирішення спорів у складних справах.

У сучасній філософії права відрізняють широкий погляд на теорію природного права від більш вузького та конкретного. У широкому розумінні всі концепції, що відкидають поділ між правом і мораллю, можна вважати теоріями природного права. У вузькому розумінні теорія природного права є не лише моральною теорією, а такою, що пов'язана з «людською природою» і «природним розумом». Тому вона є теорією права, оскільки наполягає на юридичному характері природного права. Зокрема, непозитивістська концепція Р.Алексі ближче до теорії природного права у вузькому сенсі.

Обидва підходи виходять із визнання за природно-правовою аргументацією характеру моральної аргументації. Проте для першого — вона виходить за межі юриспруденції і виступає частиною моральною та політичної філософії. Другий підхід також визнає моральний характер природно-правової аргументації, але вважає її необхідною складовою саме правового дискурсу. Водночас виникає проблема визначення меж природно-правової аргументації як аргументації моральної в самому правовому дискурсі. Один із можливих варіантів відповіді на це запитання пов'язаний із застосуванням «формули Радбруха», відповідно до якої пріоритет природно-правової справедливості над позитивно-правовою визначеністю обмежується лише випадками «крайньої несправедливості». Проте така відповідь не є єдино прийнятною, а тому дослідження всієї гами можливостей і меж природно-правової аргументації в праві є вельми актуальним завданням в умовах сучасних глобальних трансформацій.

Юлія Матвєєва¹

ЛЮДСЬКА ГІДНІСТЬ ЯК ВАЖЛИВИЙ ФАКТОР РОЗШИРЕННЯ ГОРИЗОНТІВ ДІЇ ПРАВА

«С тавлення людей до права, його осмислення й оцінка визначаються не тільки і навіть не стільки науковими міркуваннями, скільки ціннісними установками та уявленнями... Цінності ж — це передусім сфера світогляду, який є способом не вивчення і пояснення феномену буття, зокрема права, а його духовного освоєння, інтерпретації» (Козюбра М. І. Праворозуміння: поняття, типи та рівні. *Право України*. 2010. № 4. С. 13, 14).

Людина як найвище творіння з її потребами та інтересами завжди буде в серцевині правничого дискурсу, бо «де суспільство, там і право», людина — істота соціальна. Розуміння права можливе лише у контексті його взаємозв'язку з людиною, з її комунікативними ролями. Людину ж неможливо позиціонувати як правову істоту без усвідомлення сутності людської гідності.

Концепт людської гідності, в основі якого людина — найвища цінність (ст. 3 Конституції України), бере свої засадничі основи із християнського твердження про людину — образ Божий (Буття, 1:26).

Християнське віровчення поставило перед людством питання ціннісних орієнтирів права: рівності (людина «оновлюється

¹ Кандидатка юридичних наук, старша викладачка кафедри загальнотеоретичних і державно-правових наук Національного університету «Кієво-Могилянська академія».

julybirch@ukr.net

в пізнанні за образом Творця її, де немає ні елліна, ні юдея...» [Послання до Колосян св. апостола Павла, 3:11]), свободи («кесарева — кесарю, а Боже — Богові» [Євангеліє від Матвія, 22:21] — відокремлення церковної влади від світської, оскільки «свобода є наслідком розосередження влади, відсутності в суспільстві центрів концентрації влади, яка все подавляє» (Цит. за: Погребняк С. П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика): Монографія. Х.: Право. С. 103), справедливості [шукайте правди, захищайте пригнобленого, обороняйте сироту, заступайтеся за вдову, Книга пророка Ісаї, 17]. Концепції рівності, свободи та справедливості є ключовими у праворозумінні; підвалини цього закладені у міжнародно-правових документах та конституціях держав західної правової традиції.

Такий гармонійний вплив християнства на сучасне праворозуміння став рушійною силою для зміни концепту людської гідності, переорієнтації людини як об'єкта правового впливу в людину — як активного суб'єкта, творця правових норм. Так, у рішенні Федерального Конституційного Суду (далі — ФКС) Німеччини від 15 лютого 2006 р. йдеться про визнання неконституційними положення Закону про авіаційну безпеку, відповідно до якого збройні сили могли збивати повітряні судна, що використовуються в якості знарядь злочину проти життя людей (у випадку, наприклад, захоплення літака терористами). Положення закону були визнані не сумісними з конституційним правом на життя та з гарантією гідності особи, оскільки невинні в злочинні люди, які знаходяться на борту повітряного судна, стають виключно об'єктами, оскільки держава позбавляє їх життя заради порятунку інших людей — їм відмовляють у людській цінності. Таке ставлення нехтує гідністю і невід'ємними правами задіяних осіб, як суб'єктів. Будучи жертвами, ці люди потребують захисту, а їм відмовляють в людській цінності, якою вони володіють самі по собі. Жертви події вже не сприймаються як люди. Саме такі аргументи є в основі рішення суду про неконституційність закону (Избранные решения Федерального Конституционного суда Германии. Москва: Инфотропик Медиа, 2018. С. 45–50).

Концепція людської гідності як аксіологічної основи права має дедалі більший вплив на сферу гуманізації кримінальних покарань. Так, визнання смертної кари як покарання, що свавільно позбавляє людину її права на життя, нелюдське, або таке, що принижує гідність покарання призвело до визнання його неконституційним у країнах — членах Ради Європи, у ряді штатів США. Смертна кара як найтяжчий вид покарання за злочини була замінена довічним позбавленням волі. Така модифікація породила розширення правового впливу, оскільки поставила нові виклики перед суспільством та державою: а чи має «довічник» право на звільнення?

Такі питання досить давно у європейському правовому дискурсі отримали належну відповідь. Так, у рішенні Першого Сенату ФКС Німеччини від 21 червня 1971 р. йдеться: людська гідність означає, що нелюдські та принизливі покарання заборонені. Правопорушник не повинен ставати об'єктом боротьби із злочинністю в порушення свого конституційного права на соціальну цінність і повагу. Таке розуміння людської гідності було б несумісним з примусовим позбавленням людини свободи без найменшого шансу на отримання свободи знову, оскільки засуджений таким чином не має будь-якої надії. Наявність одного лише інституту помилування не являється достатнім для того, щоб зберегти таку можливість (Избранные решения Федерального Конституционного суда Германии. Москва: Инфотропик Медиа, 2018. С. 44–45). Такої позиції дотримується Європейський суд з прав людини у низці рішень: Вінтер та інші проти Сполученого Королівства, Мюррей проти Нідерландів та ін. Цю ж позицію виклав Суд у рішенні Петухов проти України, однак із наступними застереженнями: в Україні президентські повноваження щодо здійснення помилування є сучасним еквівалентом королівської прерогативи помилування, яка ґрунтується на принципі гуманності, а не на порядку, заснованому на пенологічних підставах і з належними процесуальними гарантіями, щодо перегляду ситуації засудженого для можливої зміни його покарання у виді довічного позбавлення волі. Отже, відсутність в Україні законодавчого

урегулювання умов, процедури, за якими «довічник» може мати право на одержання свободи, є порушенням ст. 3 Європейської конвенції з прав людини: заборона нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження або покарання.

Наведені судові аргументи свідчать про те, наскільки поняття людської гідності постійно трансформується і охоплює надзвичайно широкий спектр правових горизонтів. Неабияку роль у процесі правового регулювання нових сфер життєдіяльності суспільства відіграють і інші соціальні регулятори: мораль, звичаї, релігійні норми.

Втім, таке гідне ставлення до людини як до соціально-ціннісного індивіда, рівноправного, незалежно ні від яких соціальних станів суб'єкта, породило і нові виклики:

- недискримінаційний підхід до прав чоловіків та жінок — гендерний аспект правової рівності;
- правовий статус одностатевих партнерств — чи можуть такі правовідносини називатись шлюбом;
- поява небінарного підходу до самоідентифікації особи, можливість використання медичних технологій для зміни статі і повернення попереднього гендеру.

Окрім того, питання репродуктивного запліднення, переривання вагітності, клонування, евтаназії, штучного інтелекту породжують серйозні виклики перед сучасним правовим регулюванням та стають фактором конфлікту між релігійними, моральними нормами та правом. Права четвертого покоління, так звані «біо-етичні», переживають складний процес юридизації — визнання, нормативного регулювання, судового захисту. Вирішення таких питань неминуче для сучасного суспільства. Безумовно, фундаментальною цінністю для цього є розширення концепту людської гідності, на що впливає стрімка динаміка суспільного розвитку.

Вплив релігійних норм на правове регулювання породжує питання про «можливу небезпеку у суспільствах, які засновані на верховенстві права. Однією зі складових останнього є світськість держави як правової організації суспільства, що може стражда-

ти під впливом розширення релігійної традиції. Це не означає, що у таких суспільствах має заперечуватися і витіснятися з права релігійна традиція як така (що, думається, не є корисним чи навіть можливим для правової системи, так само як і навпаки поглинання релігією права), однак суспільство і держава мають захищати правове регулювання від надмірного впливу, передусім шляхом забезпечення державно-церковної автономії» (Вовк Д. Християнська правова традиція як категорія теорії права. Х.: Юрайт, 2013. С. 45–46).

З огляду на це християнське віровчення, релігійні та моральні норми є фактором розширення горизонтів і меж дії права. Важливий вплив ці соціальні регулятори продовжують здійснювати на діапазон сучасного розуміння людської гідності як аксіологічного фундаменту права.

Анастасія Мерник¹

ВАКЦИНАЦІЯ: ПРАВОВИЙ ТА ПОЗАПРАВОВИЙ АСПЕКТИ

20²⁰ рік став новою точкою розвитку історії людства, безповоротно змінив закріплені в суспільстві уклади, змусивши все людство жити по-новому. У кризовій та невизначеній ситуації основною метою людини стає концентрація на своїй внутрішній шкалі моральних переконань, прийняття або відторгнення того чи іншого соціального проекту. Але прийняття рішення не завжди залежать від волі однієї конкретної людини, оскільки існують глобальні виклики, масштаби яких змушують об'єднувати волю всіх суб'єктів суспільства в загальному, і права зокрема.

Здоров'я — основа будь-якого процвітаючого суспільства. Якщо здоров'я людини знаходиться під загрозою чи існує небезпека розвитку смертельної хвороби — важко зосередитися на чомусь іншому, думати про економічні блага, продовження роду, власний розвиток, зростання в кар'єрі тощо. Жити та бути здоровим стає пріоритетом. За останній рік багато хто вперше випробували таку реальність. Майже кожне рішення людини, групи людей тепер супроводжується новим розрахунком: як мінімізувати ризик зараження або розповсюдження COVID-19.

Знищення вірусу COVID-19 по всьому світу передбачає активну співпрацю всіх жителів планети, кожної існуючої країни, транснаціональних компаній і фондів. І якщо в 2020 році метода-

¹ Кандидатка юридичних наук, доцентка, асистентка кафедри теорії і філософії права Національного юридичного університету України імені Ярослава Мудрого.

Mernik.n@gmail.com

ми боротьби з вірусом було носіння масок і соціальне дистанціювання, то основним методом 2021 року стане вакцинація жителів землі. Тут ключовим фактором стає масштабність вакцинації, яка є однією з основних чинників ефективності боротьби з будь-яким масштабним захворюванням і коронавірус в цьому питанні не виняток.

Перед кожною людиною стає морально-правове питання: участь в вакцинації — це право кожної людини, як носія людської гідності, що передбачає неможливість здійснення будь-яких дій щодо людини без її згоди, або ж обов'язок члена суспільства, що передбачає необхідність вакцинації в якості питання виживання роду людського в цілому.

Вакцинація — найбільш ефективний спосіб запобігання зараженню і настання важких наслідків, які викликає вірус. Незважаючи на це, охоплення вакцинацією проти вірусних інфекцій та сезонного грипу в багатьох країнах світу, і Україна не виняток, залишається низьким. Перед кожною свідомою людиною постає питання, що ж стоїть на заваді вакцинації людей в глобальних масштабах?

Тут окремо варто звернути увагу, що засоби масової інформації активно впливають на свідомість людей з метою формування в них того чи іншого погляду. Недарма у зв'язку з таким глобальним впливом на суспільство, засоби масової інформації сьогодні відносять до четвертої гілки влади.

Найбільш поширене пояснення невпевненості в вакцинах сьогодні полягає в тому, що мережа Інтернет дає можливість прихильникам неефективності вакцинації в розголосі своїх переконань охопити широку аудиторію. Подекуди, активісти критикують лише деякі вакцини і відмежовуються від згуртованого співтовариства радикальних противників вакцинації. З одного боку, це може говорити про неефективність конкретної вакцини, наявності у неї невиправданих ризиків і наслідків. З іншого боку така виборча позиція може свідчити про використання комунікаційної стратегії, метою якої є просування якоїсь конкретної вакцини.

Слід звернути увагу і на відмову від вакцинації проти кору в Україні і наслідки такого вибору. Ще донедавна державні службовці в сфері охорони здоров'я вважали, що вдалося практично повністю ліквідувати кір в Європі. Але зараз кількість хворих потенційно смертельною хворобою зростає через різке падіння рівня вакцинації. І найбільше зафіксованих випадків в Україні (Хьюэл Т., Шипко Е., Курышко Д. Как Украина стала столицей кори в Европе. URL: <https://www.bbc.com/ukrainian/features-russian-48750106>). У звіті Всесвітньої організації охорони здоров'я для Європейського регіону відзначається, що кількість хворих на кір в Україні вище, ніж у всіх країнах Європи разом узятих. У 2018 році в Україні на кір хворіли більше 53 тисяч чоловік, тоді як в інших країнах Європи в цілому 34 тисячі (Biennial Collaborative Agreement 2020–2021. URL: <https://www.euro.who.int/en/countries/ukraine/areas-of-work/biennial-collaborative-agreement-bca-2020-2021>).

У Міністерстві охорони здоров'я України відзначають, що всі регіони забезпечені вакцинами проти кору (URL: <https://tsn.ua/ru/ukrayina/interaktivnaya-karta-rasprostraneniya-kori-kiev-obog-nal-celye-oblasti-po-kolichestvu-bolnyh-1299381.html>). При цьому, в 2009 році близько 80% дітей до року були щеплені від кору в Україні. Протягом наступних років їх кількість зменшилася кардинально і в 2016 показник склав 45% (Вакцинація: чому українці бояться щеплень? URL: [bbc.com](https://www.bbc.com/ukrainian/features-48040635). 2019. <https://www.bbc.com/ukrainian/features-48040635>). Із зазначеного випливає, що причиною відсутності вакцинації проти кору на необхідному епідеміологічному рівні в Україні є не відсутність необхідних вакцин, а свідомий вибір негативної моделі поведінки громадянами країни.

Однією з причин відмови від вакцинації дітей від кору в Україні може бути психологічний фактор, викликаний смертю школяра, якого напередодні вакцинували від кору. У 2008 році 11-класник з Краматорська Донецької області України помер в міській лікарні. Напередодні йому разом з іншими школярами зробили щеплення проти кору і краснухи. Після зазначеного факту, ряд українських інтернет-ресурсів опублікували статті на відповідну

тематику, хибно встановивши причино-наслідковий зв'язок між вакцинацією і смертю школяра. У підсумку, за результатами експертизи Всесвітня організація охорони здоров'я оприлюднила висновок, що ця смерть не пов'язана з вакцинацією проти кори, назвавши її причиною септичний шок, викликаний інфекційним захворюванням (Школьник из Краматорска умер не от прививки против кори — ВОЗ. URL: News.bigmir.net. 2011. <http://news.bigmir.net/health/66359>).

Шукаючи відповідь на питання, вакцинувати себе і своїх дітей чи ні, кожному члену суспільства доводиться робити свій власний вибір, який опирається на систему внутрішніх переконань і поглядів. При цьому кожен стає перед правовим вибором: це моє право, як індивіда, носія природних, невідчужуваних прав і свобод людини, володаря людської гідності, і я можу відмовитися від вакцинації, або це мій обов'язок, як члена групи, громади, суспільства, країни, континенту, планети, на якого покладається відповідальність за виживання людського роду в боротьбі з невидимими ворогами — вірусами.

Вбачається, що саме право може встановити загальні правила щодо вакцинації, надавши її суб'єктам права обирати відповідну модель поведінки, але при цьому нести відповідальність за свій власний вибір.

Вікторія Пилипенко¹

ЩОДО ІРАНЬСЬКОГО ВАРІАНТУ СХІДНОГО ПОГЛЯДУ НА ПРАВО: ЖІНКА, ГЕНДЕР І МОЖЛИВИЙ НАПРЯМОК ЕВОЛЮЦІЇ ПРАВОВИХ УЯВНЕНЬ (ПАРАДОКС ЧИ ЗАКОНОМІРНІСТЬ?)

За всієї своєї умовності розподіл культурно-історичних ареалів людства на Схід і Захід залишається таким, що має значний евристичний потенціал. Сучасні пошуки універсальних категорій для пояснення процесів і контекстів суспільного розвитку спираються на потужні і очевидні переваги культур Заходу. Ці процеси вражають своєю гуманістичною спрямованістю в розвитку системи регулювання життя соціуму, що знайшло особливо красномовне втілення в ідею прав людини. У культурному зіставленні надзвичайне значення має подолання ієрархічності як нераціональної основи нерівності, що знаходить постійне підсилення в іншій формі такого подолання — свободі. Ці процеси у різному ступені інтенсивності поступово перетворювали людське життя на всій планеті на суцільний Захід. Розуміння чи не розуміння цього знайшло безліч інтерпретацій, що породжувало думки про природність згаданих універсальних підходів до соціуму. Історично це підтверджується як прикладами розвитку де-

¹ Кандидатка історичних наук, старша викладачка кафедри соціально-гуманітарних дисциплін Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка.

viktoriia.pylypenko1991@gmail.com

яких відомих країн класичного Сходу, так і визнаним світовою спільнотою оформленням цих процесів універсалізації («Загальна декларація прав людини» та ін.).

Найбільш відомі приклади — Японія, Республіка Корея, інші «азійські дракони» значною мірою зобов'язані американському адмініструванню з потужною опорою на моральні чесноти, що збігалися з «духом капіталізму» та традиційною для цих країн трудовою етикою, що дозволяла забезпечувати правову нормативність у соціальному спрямуванні. Така ситуація, що склалася історично, дозволяє сьогодні зараховувати ці країни до держав правових, а головне, на цій підставі часто прямо йдеться про залучення їх до західного культурного ареалу. Межі права у цих випадках обумовлюються не тільки зовнішнім, а і внутрішнім збігом морально-етичних настанов, що формують структурні й системні елементи у відповідності до персоніфікованих домінант західного правового мислення. Ця культурна синкретичність доволі ефективно долає, здавалося б, наявну парадоксальність культурного буття, особливо зважаючи на його саме історичний аспект. Останній, як відомо історикам та культурологам насамперед, відіграє не тільки суттєву, а навіть визначальну роль: так, у більшості країн (як мінімум азійського Сходу, і особливо китайського культурно-історичного впливу) сучасність багатотисячолітніх традицій та настанов, включаючи й регулятивні та організаційні (тобто правові) не викликають сумнівів. І саме звідси «підживлюються» насамперед контр-аргументи стосовно «прав людини» західного зразка, а не тільки з ідеологічних джерел комуністичного зразка.

Як постановку проблеми можливості вказаного синтезу на тлі втілення ідей прав людини (з точки зору парадоксальності «означення» меж права) пропонуємо її розгляд на іншому культурно-історичному матеріалі, коли намагання вестернізації приносило не стільки позитивні результати (з точки зору втілення ідей прав людини), скільки результати негативні, аж до катастрофічних. Яскравим прикладом цього є (і були) аналогічні процеси в Ірані. Відразу зазначимо, що питання взаємовідносин шиїтів і сунітів

не є предметом цих міркувань, хоча для більш докладного розгляду заявленої проблематики звертатися до нього є потрібним. Втім більш показовим є питання пріоритетів світоглядного спрямування (звісно ж, у межах мусульманських настанов), коли суто східне, таке, наприклад, як ієрархічність, втілюється та/або стикаються в різних інституціях та/або ідеях, що мають суто західне походження. Таке незвичне і водночас надзвичайне поєднання зазначеного фактично парадоксу можна вбачати в яскраво східному інституційному втіленні певних принципів і рис, що є надто схожими на гендерні підходи західного зразка.

Так, саме в Шаріаті, що є основоположним у правовій системі Ірану, наголошується на однаковій правоздатності та дієздатності чоловіків і жінок. Інше джерело права, Конституція Ісламської Республіки Іран, містить перелік соціальних заходів, спрямованих на задоволення матеріальних і духовних потреб жінок, страхування вдів, пристарілих, самотніх, що довгий час було принциповим прогресивним здобутком саме західного, а не патріархального, традиційного суспільства.

Ще один суто західний прояв розвитку права, межі якого були розширені, але не без участі європейських міжнародних організацій, на територію Ірану — активні виборчі права для жінок. На підтвердження цього виступає той факт, що на парламентських виборах 2016 року вперше до меджлісу було обрано 17 жінок, причому, що є дуже важливим і показовим саме для цієї країни, з чисельною перевагою над представниками духовенства. Жінки-парламентарі формують основний склад спеціальної Ради у справах жінок і сім'ї та входять до фракції, що спеціалізується на вирішенні прав жінок на законодавчому рівні. Також при президенті Ірану створена посада заступника у справах жінок та сім'ї.

Окрім доступу до системи державного управління, іранські жінки становлять 60% від загальної кількості осіб, які здобувають вищу освіту та практично не поступаються чоловікам за кількістю отриманих водійських прав, що є яскравим прикладом того, як загальноєвропейські (західні) цінності і правові норми до-

лають кордони релігійної упередженості в бік здорового глузду, «розмиваючи» межі ортодоксальної свідомості.

Якщо говорити про межі права у свідомості, то свідомість людини Сходу в сучасному світі є поєднанням сталості уявлень про світ як світ незмінний і водночас прийняттям технологічних досягнень. Таким є Китай та Індія, але це політико-правова єдність різних етносів, таким є і Іран, бо тут ступінь єдності є набагато більшим, оскільки немає кількісного розмаїття, а релігія її скріплює. Указана двоякість, поєднана в свідомості, стосується освічених людей, але великим фактором життя є значна кількість людей неосвічених і малоосвічених, для яких це суспільне життя, включаючи політичне і правове, сконцентроване в мечеті та на базарі. У таких умовах можливість маніпуляцій великими масами людей є значною, що обумовлює надзвичайну роль релігійних лідерів. Для Ірану цей конгломерат суперечливих з точки зору європейського раціоналізму настанов ще й помножується на його претензії на роль регіонального лідера та боротьбою за цю роль з Туреччиною. Якщо ж додати постійні тісні зв'язки з іншим великим сусідом — Росією (останні мінімум два століття), що мали і мають вплив на певні сфери життя, то складність і суперечливість ситуації можна назвати надзвичайною.

Такий конгломерат настанов і наявності постійного тиску східного традиціоналізму робить і гендерні питання настільки ж суперечливими. Але це не суперечливість для самих іранців, де непохильний авторитет релігійної традиції є фундаментом світогляду і праворозуміння в тому числі. Тому наданий опис є лише постановкою питання і намаганням показати його важливість в аспекті змін у гендерних питаннях у специфічних як для нас умовах, а також необхідності їх вивчення, що витікає, зокрема, зі збільшенням тиску східного світу на євроатлантичний ареал культур (торгівля, біженці тощо). Конфліктогенний потенціал цих процесів лише посилює актуальність таких питань, а парадоксальність їх (з точки зору класичної європейської, тобто західної раціональності), зокрема в гендерних аспектах, таку їх постановку робить актуальною хоча б з позицій подолання по-

стійної і небезпечної політичної напруженості. Тоді одне з питань, що витікає з викладеного, слід сформулювати наступним чином: чи можна, розширивши межі права (як прав жінок) в царину політики, що її втілюють чоловіки, перетворити з культурно-історичного парадоксу на сучасну політико-правову закономірність як злагоду, насамперед на міжнародному рівні?

Петро Рабінович¹

МЕЖІ ПРАВА: ОСНОВНІ АСПЕКТИ ПРОБЛЕМИ

Вступні зауваги. Тема нинішнього круглого столу сформульована вкрай абстрактно, а тому має розглядатися, гадаю, як видається, неодмінно різноаспектно. Адже положення і висновки, викладені в одному з її аспектів, радше за все можуть не бути прийнятними, слухними для якогось іншого з цих аспектів. З огляду на це не може не привернути увагу те, що організатори цього заходу не обумовили у назві його теми, з позиції якого саме праворозуміння вона має обговорюватись; а як відомо, праворозуміння, взагалі кажучи, завжди було, є, і, вважаємо, залишатиметься неоднозмистовним, плюралістичним.

З-поміж таких аспектів виокремимо, щонайменше, три: 1) антропологічний (людиноцентричний), 2) праволюдний і, нарешті, 3) юридично-регулятивний. Така мінімальна диференціація є необхідною, зокрема, задля того, аби запобігти підміні або еклектизації неоднозначних термінопонять та й самих висновків такого наукового аналізу. Додамо також, що перший аспект ґрунтується на так званому «природному» праворозумінні; другий — на праворозумінні так званому легістсько-позитивістському; а третій же — на певному поєднанні (інтегруванні) двох перших аспектів.

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

¹ Доктор юридичних наук, професор, професор кафедри теорії та філософії права Львівського національного університету імені Івана Франка, академік НАПрН України.

rmpetro2009@gmail.com

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

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

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

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

Обмежування здійснення прав і свобод людини — це діяльність компетентних державних або міжнародних чи міждержавних органів зі встановлення меж (обмежень) щодо здійснення прав і свобод людини.

Отже, межі і обмежування здійснення прав і свобод людини — це явища (і, відповідно, поняття про них) не є тотожними.

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

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

Більш детальні класифікації розглядуваного явища описані в опублікованій у Львові у 2001 р. мною спільно із моїм колишнім аспірантом І. М. Панкевичем першій в Україні монографії з цієї проблематики «Здійснення прав людини: проблеми обмежування». Зауважу, до речі, що цикл загальнотеоретичних понять та їхніх відповідних дефініцій із зазначеної проблематики, викладених у цій книзі, згодом почав безпосередньо і майже дослівно використовуватись у низці рішень Конституційного Суду України (див. зокрема, його рішення від 22.09.2005 № 5-рп/2005, від 22.05.2008 № 10-рп/2008, від 8.10.2008 № 20-рп/2008, від 19.10.2009 № 26-рп/2009, від 22.05.2018 № 5-п/2018).

Межі державно-регулятивного (юридичного) регулювання.

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

- ***сфера можливого (потенційного)*** юридичного регулювання (тобто та ділянка суспільних відносин, яка у принципі може бути врегульована державою об'єктивним юридичним правом). Її *межі* зумовлюються об'єктивними властивостями: а) таких відносин, б) суб'єктів права, в) самих юридичних норм;
- ***сфера необхідного*** юридичного регулювання (тобто та ділянка соціального простору, на яку державі, з огляду на дію соціальних закономірностей, на потреби індивідів, суспільства і держави) потрібно здійснити регулятивний вплив права. Її *межі* зумовлюються загальносоціальними інтересами, а також інтересами насамперед домінуючої частини суспільства, які зазвичай обстоює відповідна держава;
- ***сфера законодавчого (легального)*** регулювання (тобто та ділянка соціального простору, котра, фактично, насправді регламентована юридичними нормами). *Межі* цієї сфери

зумовлюються конкретно-історичними загальними принципами національної юридичної системи;

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

Сергій Рабінович¹

ЧИМ І ЯК ОБМЕЖУЄТЬСЯ ВПЛИВ ПРАВА?

1. Запитування про межі права відсилає до питання про способи демаркації соціального простору на сфери правового і не(поза-)правового. Сама можливість пізнання меж права залежить від того, якою мірою право може мислитися як «річ в собі» чи «річ для нас». Відтак може йтися про межі проявлюваності права, межі пізнавальних можливостей виявлення правової якості у деяких ділянок людського буття. Праворозуміння задаватиме гносеологічні обмеження для відповіді на поставлені питання залежно від того, чи розглядатимемо право, зокрема, як:

- дещо, «вже існує» і межі чого протиставлені суб'єкту пізнання як класичний «об'єкт» дослідження;
- динамічну реальність, зміни меж якої зумовлюються її саморухом, саморозвитком;
- соціально конструйований феномен, межі якого встановлюються і змінюються конвенційно;
- феномен, смислові межі якого утворюються в процесі його пізнання і чие буття задається самим пізнавальним процесом (А. Козловський).

З перспективи соціологічно-орієнтованого праворозуміння *розмежовування* виступає зовнішньою формою процесів розподілу й визначення міри як сутнісних елементів, зокрема (хоча й не виключно) юридичної діяльності — особливого різновиду соціальної розподільчої діяльності, для якого встановлення меж і мір є як необхідною передумовою, так і водночас — її змістом.

¹ Доктор юридичних наук, професор, професор кафедри конституційного права Львівського національного університету імені Івана Франка.
serg_rabin@yahoo.com

2. Що і хто визначає межі самого права, яким чином задані ці межі?

Межі «щойності» права, якісної смислової визначеності правового феномена не збігаються з межами можливостей його впливу на людську свідомість і поведінку — межами «яковості» права. В останньому випадку право розглядається як інструмент соціально-психологічного впливу та соціально-політичної інженерії. Отже, йтиметься про межі дії/чинності, дієвості, ефективності юридичного впливу, (не)можливості досягти за допомогою права того чи іншого соціального (соціально-психологічного) результату. Звідси випливає, що до меж права належать, зокрема:

- межі впливу ціннісно-нормативних уявлень про деонтичні правові засади та пов'язаних із цим емоцій на психіку та поведінку людини (зокрема судді), поряд з іншими мотиваційними факторами. Співставляючи чуттеву і ціннісно-нормативну мотивацію і Кант, і сучасні юридичні реалісти на диво однастайні у тому, що вчинки, мотивовані суто повиннісно-нормативно, в емпіричній реальності майже не зустрічаються, що свідчить, вочевидь, про обмеженість дії психологічних механізмів деонтичного зобов'язування;
- межі зовнішньої активності суб'єктів права, їхньої «правової» («юридичної») їхньої діяльності.

3. Способи запитування про межі права можна структурувати, зокрема залежно від того, з якої перспективи розглядатиметься об'єкт обмежування: онтологічної чи деонтологічної (зауважимо, що цей поділ не завжди тотожний відповідним типам природно-правового філософствування).

Відтак, питання про межі правової (юридичної) активності розгалужується на два питання: 1) про межі фактично *можливого* (онтологічний аспект); 2) про межі нормативно *допустимого* / *належного* (деонтологічний аспект).

У першому випадку розглядатимуться антропосоціальні межі юридично значущої діяльності. Тут, зокрема, потенційна невичерпність людської особистості, її відкритість для розвитку стає

джерелом невичерпності змісту юридичних зобов'язань і невичерпного переліку прав людини.

У другому ж випадку буде йтися про нормативні межі правої повинності, юридичних обов'язків і зобов'язань, про ті межі, які розділяють належне і неналежне у самій юридичній діяльності:

- соціально-конвенційні обмеження діяльності публічної влади;
- іманентні, «внутрішні» принципи розумної та ефективної нормотворчої діяльності («внутрішня мораль права» Л. Фуллера);
- метафізичний чи трансцендентальний нормативний порядок, з позицій якого здійснюється оцінка позитивних соціальних установлень.

Позитивістські та юснатуралістичні межі юридичної регуляції так чи інакше покликані протистояти безкрайності емпіричної регуляції, яка може вбиратися в шати закону: юридичному волюнтаризму та узаконеному свавіллю.

І якщо з абсолютистської деонтологічної перспективи дилема між межами можливого і межами допустимого в юридичній діяльності вирішується на користь другого виду меж (не все, фактично можливе, є допустимим), то за емпірично орієнтованого онтологічного підходу розширення меж фактичних, зокрема соціально-технологічних можливостей може зумовлювати перегляд конвенційних меж нормативно допустимого та їхнє уточнення.

4. Де пролягають межі правового по відношенню до суміжних сфер морального/моральнісного і політичного?

Як видається, обидва співвідношення: право/мораль, з одного боку, і право/політика — з іншого, суттєво відрізняються між собою. Відмінність між ними зумовлюється тим, що як системи *нормативної* регуляції мораль і право є принципово однорідними, тоді ж як між правом і політикою такої однорідності, навпаки, не вбачається.

Послуговуючись базовим розрізненням видів соціальної регуляції Г. Мальцева, регулювання «політичними» методами слід віднести до «факторного», фактичного, а не власне нормативного регулювання. Адже, як відомо, провідним, детермінуючим регулятором у політичних рішеннях, незалежно від того, чи надано їм правову форму, виступає його величність політичний інтерес. Сама ж норма права, хоч втілює політичні інтереси, але зазвичай є не об'єктивованим партикулярним інтересом, але натомість своєрідною результуючою компромісу політичних інтересів, наслідком їхнього балансування.

Моральнісно-правова звичаєвість і неформальні соціальні практики як сфери «нормативної сили фактичного» унаочнюють своєрідну «сіру зону» (А. Прокоф'єв) між нормативністю моралі і права, з одного боку, і фактичністю одиничних актів поведінки, зумовлених суто емпірично, з іншого.

Визначення межі між мораллю і правом є переважно конвенційним, на відміну від меж впливу на людську поведінку юридичних і «політичних» чинників. Дослідження власне останніх в принципі доступне для соціологічної і психологічної наук, тоді як предмет наукового вивчення меж між мораллю і правом визначається соціальними уявленнями про них.

Визначити, якою мірою конкретне рішення (зокрема, судове) зумовлене чинниками «політичними», а якою — власне правовими міркуваннями, є, як відомо, одним із складних завдань соціологічної юриспруденції. Спроби його вирішення дозволяють уточнити реальні межі влади ціннісно-нормативних уявлень над людьми і ті межі, які емпірична реальність ставить «чистому» нормативно-правовому ідеалізму.

Постулювання відносно незалежного, автономного існування нормативної реальності права (нехай навіть тільки в наших головах) щодо реалій емпіричного, «матеріального» світу зумовлює принципові відмінності між ціннісно-нормативними, з одного боку, та емпіричними (які нерідко перебувають у суперечності з першими — з іншого боку), мотивами ухвалення юридичних актів. Такі відмінності, своєю чергою, зумовлюють і різну мо-

ральну цінність цих мотивів. Доволі ефемерна міра незалежності процесу ухвалення рішення від нерелевантних емпіричних чинників, зокрема т. зв. «політичного впливу», виявляє міру відданості юридичного діяча власне праву, визначає міру правості рішення і цінність самого акту ухвалення юридичного рішення як власне моральнісного вчинку: у цьому пункті, як видається, з Кантом слід погодитися.

Олександр Радутний¹

КАНТ І КВАНТ У ПРАВІ

Попри певну універсальність правове осмислення і регулювання не поширюється на всі явища без виключення. Існують певні області, у які право просто не має доступу. Так, воно безсиле або нікчемне щодо законів фізики, математики, хімії, біології тощо. Також позбавлене ефективності та глузду гіпотетичне законодавче закріплення траєкторій руху планет чи елементарних часток, або результатів нерозв'язаних задач тисячоліття Millennium Prize Problems у математиці (зокрема, відносно рівності класів P і NP , гіпотези Ходжа, Рімана, або Берча — Свіннертона-Даєра, теорії Янга — Мілса, рівняння Нав'є — Стокса) тощо. Аналогічну нульову цінність має юридична оцінка того, що не перебуває під впливом права або у межах його досяжності (напр., не є принципово важливим, якою є правова характеристика теорії великого вибуху або теорії струн).

Отже, право має об'єктивні межі і лише певною мірою торкається того, до чого йому дозволяють дотягнутися відповідні обставини. Саме торкається, не маючи можливості підпорядкувати будь-що в абсолютному розумінні, адже завжди актуальною залишається проблема неповноти контракту (того, що не є врегульованим навіть у надмірно регламентованому питанні). Крім того, з приводу будь-якого правового рішення відшукаються незгодні або незадоволені і вони, у решті решт, можуть змінити або скасувати неприйнятні правові положення, принципи, інститути або окремі норми, а так само винайти нові та закріпити

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

radut12@gmail.com

їх за допомогою (не-)легального насильства, чи узами колективної угоди.

Між тим, як тільки на межі області недосяжного з'являється найменша можливість для впливу, право через своїх провідників здійснює спроби опанувати нові простори (напр., заборонити або дозволити клонування чи аборти, регламентувати на рівні кримінального права природний або неприродний спосіб статевих відносин, врегулювати використання криптовалют, перенесення свідомості людини з об'єкта вуглецевої технології, яким є біологічне тіло *Homo sapiens*, на об'єкт кремнієвої технології — неорганічний носій у вигляді жорсткого диска комп'ютера, чи поєднання їх між собою за допомогою штучного інтелекту, імплантів, чіпів та наночастинок тощо).

Таким чином, межа для права в одних випадках являє собою нездоланну стіну, але в інших — рухливу грань, рубежі якої постійно випробуються на міцність. На лінії останніх виникають конфлікти, які з боку права піддаються постійній ревізії з метою подальшої експансії. Метою останньої, скоріш за все, є спроба внести елемент стабільності у світ, що постійно перебуває під впливом ентропії, яка відповідно до другого закону термодинаміки поступово збільшується зі спливом часу.

У переважній кількості випадків шлях становлення права вбачається у русі від одиничного до загального. Цей рух у спрощеному вигляді може бути представлений наступною схемою: виникнення певної ситуації → потреба її розв'язання (як вирішити?) → розробка і встановлення певних правил або протоколу дій → перетворення індивідуального правила у загальне. При цьому не виключається ймовірність виявлення відсутності потреби у праві, що має наслідком звернення до іншого суспільного механізму або інституту.

Тож право є лише одним з багатьох суспільних регуляторів і поширює свою дію тільки на ті сфери, відносно яких має місце як мінімум перша з двох умов: 1) здатність права здійснювати правове регулювання; 2) доцільність та пропорційність втручання. У той же час нехтування другою умовою може привести

до суто формального результату (наприклад, встановлення заборо-ни писати правою рукою та зобов'язання всіх стати лівшами).

Так само право не здатне встановити або відновити спра-ведливість, в тому числі через відсутність її єдиного розуміння (за виключенням крайніх випадків категоричних тверджень, на кшталт «цього бажає Бог», «така воля імператора/лідера», «партія дає наступний дороговказ» тощо), а так само завдяки обмеженос-ті впливу майбутнього на минуле в царині права. З іншого боку, воно здатне утворити вигляд примирення або залагодження про-блеми у той чи інший спосіб.

Крім того, право не гарантує справедливості. Ілюзія з приводу протилежного (уявлення про те, що розумно влаштована система інститутів здатна навіть дияволів примусити до ангельської пу-бличної поведінки) є однією з найбільш чарівних витівок Імма-нуїла Канта.

Право взагалі нічого не гарантує, але тільки вказує на вірогід-ний розвиток подій (нормативний акт передбачає одне, але рі-шення суду може бути дещо іншим), і у цьому нагадує квантову механіку з її принципом суперпозиції (тобто, відсутністю абсо-лютної визначеності щодо перебування в одному з двох станів «0» або «1», ілюстрацією чого виступає умовний експеримент про kota в коробці відомого австрійського фізика-теоретика Ервіна Шре-дінгера (Erwin Schrödinger) та явищем квантової заплутаності, що несподівано зближує «ліриків» та «фізиків» і підтверджує передба-чення Германа Гессе (Hermann Hesse) з приводу синтезу всіх наук та мистецтв у межах універсальної гри в бісер («Гра в бісер», нім. Das Glasperlenspiel, 1943 р. видання, Нобелівська премія у 1946 р.).

Суб'єкти правовідносин можуть за окремі сприятливі умови розраховувати на дотримання всіма іншими акторами певного протоколу поведінки (принцип передбачуваності у праві) та до-сягнення більш менш вірогідного, майже квантового результату, який залежить від багатьох факторів (напр., ніхто не цікався пев-ною судовою справою, але вона одержала розголос у ЗМІ та отри-мала несподіваний поштовх), заради якого вони вважають слуш-ним ризикнути.

У межах права суб'єкт впливу здійснює керування вибором, навколо якого утворюється ілюзія багатоваріантності. Адресат права надихається нею та(або) ілюзією передбачуваності (стабільності) розвитку подій і рушає у далеку подорож мейнстрімами або закутками права. Багато хто стверджує, що мета як раз і полягає не у досягненні фінішної стрічки, але у самому процесі. Тож окрему світову лінію (тобто, за Альбертом Ейнштейном (Albert Einstein), унікальну подорож об'єкту через чотирьохвимірний просторово-часовий континуум) та її правову складову можливо пройти або легко і радісно, або сумно і тяжко. Втім, не виключаються неочікувані проміжні квантово-правові результати.

Юлія Разметаєва¹

МЕЖІ ПРАВА І ПАРАДОКСАЛЬНІ ОЧІКУВАННЯ

Юристи дійсно схильні переоцінювати значення та впливовість права. Ми, ймовірно, покладаємо на нього непідйомний тягар, коли очікуємо, що добре збалансовані принципи, інституційно стійке правозастосування або ефективно регулювання здатні вирішити усі суспільні проблеми. Мова не про правовий ідеалізм у вузькому сенсі, який надзвичайно підносить якісно написані правові акти, стверджуючи, наприклад, що прийняття гарного закону — достатня умова для виправлення ситуації. Мова про те, що є сфери, непідвладні праву, як і такі, що вилизують з-під опіки права — поступово чи зненацька.

Чи здатне право, приміром, регулювати відносини у цифровому просторі, значна частина яких сформувалися у позаправовому форматі? Чи можна підходити зі стандартними правовими мірками до такого динамічного й самоорганізованого явища як Інтернет? Навіть у таких галузях, як авторське право, що призначене для регулювання тих відносин, які стосуються невичерпного списку об'єктів творчої та інтелектуальної діяльності, виникають складні конфлікти, коли автори цифрового активу претендують на те, щоб результат їх діяльності вважався не кодом, файлом чи записом про автентичність, а саме об'єктом “цифрового мистецтва” (Докладніше про сертифікати автентичності та продаж подібних об'єктів можна прочитати у статті: Nieva, Richard. Christie's NFT auction closes at \$69 million, as digital art sets off a 'gold rush'. March 10, 2021. URL: <https://www.cnet.com/news/christies-nft->

¹ Кандидатка юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри теорії і філософії права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.
yulia.razmetaeva@gmail.com

[auction-closes-at-69-million-as-digital-art-sets-off-a-gold-rush/](#)).

Якщо ж узяти ті проблеми, які не мали аналогів до настання цифрової ери, то з'ясується, їх включити до правового поля ще важче. Наприклад, візьмемо питання про те, чи передбачає свобода вираження на платформах соціальних медіа відсутність того, що компанії-власники називають модерацією контенту, фактично цензуруючи деякі форми вираження. Або про розповсюдження на соціальні медіа того ж самого рівня захисту, яким користуються класичні засоби масової інформації. Правовий колапс може наставати, у тому числі тому, що в подібних питаннях бізнес-структури, з одного боку, ніби просто надають майданчики для вільних висловлювань і діють, як представники приватного сектору суспільства, а з іншого, мають власні політики щодо розміщуваного контенту та інструменти поводження з ним, включно з механізмами оскарження рішень, і, відповідно, діють як нормативні регулятори.

Сумніви іншого роду стосовно меж права чекають на нас у тих випадках, коли нішу упорядкування відносин щільно займають інші регулятори, такі як традиції, релігійні й моральні норми. Тут можна згадати широкий спектр прикладів — від кастово організованих спільнот до вигадливих варіацій родинних стосунків. Це, до того ж, ситуації, в яких часто-густо привнесення правових моделей вирішення конфліктів або побудови взаємин між індивідами та урядами не обійдеться без зламу усієї соціальної системи. Чи має право у такому разі поступитися й не займатися насадженням цінностей, якими б правильними вони нам не здавалися?

Позаправові відносини можуть бути успішно упорядковані також за рахунок свідомої поведінки та взаємної поваги у розвинутому, відкритому до широкого дискурсу суспільстві. У такому разі запобіжники конфліктів і криз будуть скоріше неюридичними. Теоретично це може дозволити експериментувати з тим, щоб зсувати кордони права або випробувати їх на міцність, оскільки соціальна система є надзвичайно стійкою, а її учасники — тими, хто швидко та усвідомлено реагує на випробування. Це можуть

бути реакції-протести, покликані показати невдоволення порушенням основних прав і готовність до їх відстоювання. Це можуть бути реакції, які включають здатність перебирати на себе функції держави та організовувати паралельні системи підтримки. Це також можуть бути реакції, які продукують зміну підходів до вирішення проблеми, включно зі зміною правових підходів.

У той же час, є суспільства, які потрапили в жорна конфлікту, зтяжного й ускладненого етнічними, національними, расовими й іншими подібними питаннями, та можливо, тліючого роками. Право тут іноді втрачає навіть ту силу, яка зазвичай не ставиться під сумнів. Приміром, чи справді ефективно перехідне правосуддя? Чи це взагалі правосуддя? Що право може запропонувати тим спільнотам, в яких воно перетворилося з будинку, що потребує реконструкції, на набір креслень на папері?

Цілком можливо, у всіх перелічених випадках рецепт успіху має включати як ціннісне ядро права, так і суто інституційний, і формалізований аспекти. Доволі ясно, що межі права мають бути розумними й такими, що не застигли на одному місці. Однак ще належить дізнатися, куди в нинішньому світі нас заведе чесне й неупереджене піддавання цих меж сумнівам.

Наталья Сатохина¹

ПРАВО И ДАР: ПРЕДЕЛЫ ЭКВИВАЛЕНТНОЙ СПРАВЕДЛИВОСТИ

На первый взгляд, право имеет мало общего с феноменом дара, поскольку справедливость зачастую мыслится в терминах эквивалентного обмена. Однако способно ли право восстановить справедливость там, где происходит непоправимое, исключающее всякую эквивалентность? Чем является такая ситуация по отношению к праву — правилом или исключением? Не оказывается ли в таком случае справедливость всего лишь мечтой права? И если право не гарантирует справедливости, то, на что мы все же можем рассчитывать, апеллируя к ней? Представляется, что осмысление этих вопросов требует взгляда на право не с точки зрения норм и институтов, а с феноменологической перспективы, то есть с точки зрения правового опыта.

При всем многообразии интерпретаций опыта правового, так или иначе речь идет о феномене взаимного признания, который, с одной стороны, лежит в основе нашего бытия в мире как бытия с другими, а с другой, всегда сопровождается, как тенью, риском непризнания. Именно отказ в признании либо риск такого отказа и порождает апелляцию к справедливости, а вместе с ней и тот опыт, который мы называем опытом права.

Какими же инструментами располагает право для восстановления справедливости? По сути, как воздаяние за содеянное, так

¹ Кандидатка юридичних наук, доцентка кафедри теорії і філософії права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

nataliasatokhina@gmail.com

и компенсация причиненного ущерба основаны на логике эквивалентного обмена. Но достаточно ли этого для восстановления отношения взаимного признания между преступником и потерпевшим? Как справедливо замечает в этой связи Поль Рикёр («Справедливое»), санкция представляет собой только начало трудного пути признания, продолжение которого связано с мерами по реабилитации преступника, а завершение — с прощением и примирением сторон. И хотя говорить о последнем можно только в модусе желательности, оно, вместе с тем, лежит в основе права.

Осмысление права в терминах признания позволяет обнаружить его кардинальное отличие от сферы торговых обменов: если в последних речь идет о взаимозаменяемых благах, то право связано прежде всего с благами, не имеющими цены. Словами Рикёра, в несчастье всегда будет оставаться элемент непоправимого. Это непоправимое, составляющее подлинно правовую (а не экономическую) проблему, ускользает от всякой эквивалентности и требует принципиально иной логики — логики избытка, или дара.

О фундаментальном характере этой логики свидетельствует также генеалогия права. Так, в своем исследовании, посвященном феномену дара («Дар философов. Переосмысление взаимности»), Марсель Энафф показывает, как жест взаимного признания, возможный благодаря изначальному признанию другого и конституирующий сообщество, подтверждается в традиционных обществах ритуальными обменами дарами, а в обществах государственного типа гарантируется законом и совокупностью правовых институций, которые утверждают достоинство и безусловное уважение каждого человека. То, какое значение приобрела идея достоинства в юриспруденции, говорит о принципиальной антиутилитарности права: в отличии от рыночных отношений, где речь идет о взаимном признании членов конкретного сообщества на основе эквивалентного обмена, право связано с изначальным избыточным признанием радикальной инаковости всякого другого, безоговорочным и всегда риско-

ваным шагом вперед. То, что в традиционных культурах нашло выражение в церемониальном даре, а позднее в традициях гостеприимства, в современном мире воплощено в идее универсальных прав человека. Таким образом, в основе права изначально лежит логика избытка, делающая возможным взаимное признание.

Вместе с тем, в современном мире основополагающее для любого общества отношение взаимного признания вытесняется рынком с его неприемлемой претензией на то, чтобы стать целостным проектом общества. Соответствующие процессы мы наблюдаем и в праве, где справедливость — благо, не имеющее цены, — превращается в товар. Один из аспектов этого процесса колонизации права рынком Рикёр описывает как постепенное замещение личной ответственности за вину системой коллективного страхования от рисков. В предельном случае — когда идея страхования завоюет всё правовое пространство ответственности — может сохраниться только одно обязательство — обезопасить себя от всякого риска, неизменно сопровождающего действие в неизвестном пространстве другого.

Рыночные отношения, основанные на логике эквивалентности, аннулируют этот риск: они требуют не признания другого, а согласия с обменом взаимозаменяемых вещей, в то время как за отношениями дарения всегда стоит бесценное, или неподдающееся оцениванию, человеческое достоинство. В своей книге «Цена истины: дар, деньги, философия» Энафф выявляет онтологические структуры, лежащие в основе распространения рынка на сферу «бесценного». Речь идет о воплощенном в образе софиста разрыве между бытием и истиной, которая отныне не открывается, а устанавливается: ведь софисту, продающему свое знание, как и любому торговцу, не нужно знать природу своего товара; ему достаточно убедить другого купить этот товар. А это означает безразличие к истине.

Применительно к праву, речь идет о равнодушии к справедливости как взаимному признанию, что по большому счету ведет к исчезновению права как такового в силу вытеснения его отно-

шениями совершенно иной природы. Идея достоинства как блага, неподвластного оцениванию, вытесняется идеями безопасности и пользы. Однако, как подчеркивает Энафф, «очень правильный, мирный, защищенный мир, замкнутый в своем комфорте, может быть абсолютно недостойным миром». Вместе с тем, мы осознаем, что что-то противостоит этой перспективе. Это противостояние — одна из основных задач права.

Віктор Смородинський¹

ВИЗНАЧЕНІСТЬ ЯК ЗАСАДНИЧА ВЛАСТИВІСТЬ ПРАВА

Правова визначеність є загальним принципом права та вимогою верховенства права, що передбачає легкість і доступність з'ясування змісту права та юридично забезпечену можливість скористатися цим правом. Відповідно до цієї вимоги: усі правові акти мають публікуватися та викладатися зрозумілою мовою; зворотню дію нормативно-правових актів має бути заборонено (крім прямо визначених законом винятків, запроваджених з метою покращення становища приватних осіб); судова практика національних судів має бути послідовною; національне законодавство має бути придатним для застосування із забезпеченням його виконання; оцінка законодавства має здійснюватися на регулярній основі.

Правова визначеність є не лише одним із загальних принципів права та однією з вимог його «верховенства», а й загалом засадничою властивістю й умовою значущості права та його інструментальної цінності як системного засобу регулювання відносин між людьми та їх групами (колективами) у суспільстві. Підтвердженням цієї позиції є, зокрема, аналіз наукових розвідок відомих західних філософів і теоретиків права, які ще задовго до появи цього спеціального терміну в юридичній науці та судовій практиці розглядали правову визначеність і як важливу (якщо не найважливішу) вимогу верховенства права над державним свавіллям, і як вирішальну умову моральності та ефективності права, нормотворчої та правозастосовної діяльності.

¹ Кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теорії і філософії права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.
vsmorod@gmail.com

Так, Фрідріх Август фон Гаск запропонував таке визначення принципу верховенства права: «це означає, що уряд має виконувати правила, встановлені й проголошені заздалегідь, — правила, що дають змогу з певністю передбачати, як влада використовуватиме свої повноваження здійснення примусу за певних обставин і планувати власні справи на підставі цього знання». Однією з трьох ознак такого закону є його доступність та очевидність — результат його застосування й тлумачення має бути передбачуваним, очевидним. За висловом Гаска, «важко перебільшити ту вагу, яку має очевидність закону для поступального й ефективного руху вільного суспільства». Як зазначає мислитель, лише за умови відповідності законів цим ознакам «можна говорити, що правлять закони, а не люди» (Von Hayek F. A. *The Road to Serfdom: text and documents*; edited by Bruce Caldwell. Definitive ed. London: The University of Chicago Press, 2007. P. 112–123).

З восьми вимог до нормотворчості та правозастосування, що були сформульовані американським філософом права, професором Гарвардської школи права Лоном Л. Фуллером у його праці «Мораль права» — як такі, що складають так звану «внутрішню моральність права», сім є, фактично, вимогами саме правової визначеності: закони мають бути оприлюднені, щоб громадяни знали норми, яких вони повинні дотримуватися; ухвалення й застосування законів, що мають зворотну дію, слід звести до мінімуму; закони мають бути зрозумілими; закони не повинні бути суперечливими; закони не повинні вимагати дій, що виходять за межі спроможності тих, хто має їх дотримуватися; закони повинні бути відносно постійними; повинна існувати відповідність між формулюванням законів та їх реальним застосуванням (Фуллер Лон Л. *Мораль права*. Київ: Сфера, 1999. С. 38–93).

Лорд Томас Бінгем у шостій щорічній лекції «Верховенство право», що була прочитана 16 листопада 2006 р. на честь віцеканцлера Кембриджського університету сера Д. Вільямса, стрижнем принципу верховенства права визначає те, «що всі особи та органи влади в державі, як публічні, так і приватні, мають бути зв'язані та мати право користуватися законами, що є відкрито

проголошеними, зорієнтованими на майбутнє та відкрито застосовуються в судах», тобто законність і правову визначеність. Згідно з першим з восьми підправил, які, за Бінгемом, становлять зміст верховенства права, «закон має бути доступним та, наскільки це можливо, зрозумілим, ясным і передбачуваним» (Томас Бінгем. Верховенство права. URL: <http://legalitas.com.ua/ua/ukr-t-bin%D2%91em-verhovenstvo-prava/>).

Запропоноване Бінгемом визначення верховенства права було визнане Європейською Комісією «За демократію через право» (Венеційською Комісією) у Доповіді про верховенство права, схвалений на 86-му пленарному засіданні 25–26.03.2011 р., таким, що «найкраще охоплює головні елементи поняття “верховенство права”». У цій Доповіді Комісія зазначила, що однією зі складових верховенства права є правова визначеність; вона вимагає, щоб правові норми були чіткими й точними, спрямованими на те, щоб забезпечити постійну прогнозованість ситуацій правовідносин, що виникають (пункти 41, 46 Доповіді).

Відбиттям вимоги правової визначеності в американському конституційному праві є доктрина невизначеності закону (doctrine of uncertainty of the law), згідно з якою закон є нечинним, якщо він є занадто розпливчатим для розуміння пересічним громадянином. За цією доктриною критеріями, яким повинні відповідати закон, щоб вважатися конституційними, є такі: по-перше, закон повинен прямо встановлювати, що він наказує й що підлягає виконанню; по-друге, повинні бути надані визначення потенційно розпливчастих висловлювань.

У справі Коннеллі проти Головної будівельної компанії (рішення ухвалено 4 січня 1926 р.) суддя Верховного Суду США Джордж Сазерленд виклав доктрину невизначеності так: «Те, що формулювання кримінального закону, яким встановлюється новий злочин, повинні бути достатньо ясними для того, аби дати зрозуміти тим, хто підпадає під їхню дію, яка їхня поведінка матиме наслідком відповідальність за цим законом, є загально-визнаною вимогою, співзвучною пересічним поняттям справедливих правил гри і встановлених норм права. Тому закон, який

забороняє чи вимагає вчинення дії у формулюваннях настільки нечітких, що людина загальних розумових здібностей повинна гадати, який його зміст, і здогадуватися щодо його застосування, порушує перший принцип належної правової процедури».

Верховний Суд Флориди у рішенні від 17 грудня 1971 р. у справі Альва Джин Франклін проти штату Флорида постановив, що державна заборона на тяжкий кримінальний злочин, содомію, була неконституційно розпливчастою, тому що пересічна людина звичайного інтелекту не могла певно знати, не роблячи припущень, чи «мерзенний та огидний злочин проти природи» включає оральний секс або тільки анальний. Рішеннями від 24 лютого 1972 р. у справі Папакристу проти міста Джексонвіль та від 2 травня 1983 р. у справі Колендер проти Лоусона Верховний Суд США скасував закони проти бродяжництва за неконституційну невизначеність, оскільки закон залишив на розсуд поліції обмеження такої діяльності, як «неробство», «мандри», або «блукання з місця на місце», і, оскільки люди не могли певно знати, якого роду поведінку заборонено законом, то могли потенційно понести кримінальну відповідальність за безвинну повсякденну діяльність. Рішенням від 15 червня 1983 р. у справі Місто Акрон проти Акронського Центру репродуктивного здоров'я Верховний Суд США скасував положення місцевого закону про аборт, який вимагав, щоб лікарі ліквідували залишки плода в «гуманний та санітарний спосіб». Термін «гуманний» було визнано Судом неконституційно розпливчастим для визначення поведінки суб'єкта кримінальної відповідальності, адже лікар не міг бути впевнений, є його поведінка законною чи ні.

Британська правова доктрина критерієм «звичайної розумної людини» визначає особу з лави присяжних або «пасажира з автобусу в Клепхемі» (тобто усередненого за розумовими здібностями, освітою та статком людину, яка, відповідно, має звичайний рівень інтелекту, знань та життєвого досвіду). Це є важливим критерієм правової визначеності, а саме зрозумілості та передбачуваності правових приписів для пересічного громадянина, а не тільки для професійних юристів (суддів, адвокатів, науковців тощо).

Алексей Стомба¹

ПРЕДЕЛЫ ПРАВА

Несмотря на концептуальные различия, существующие между различными школами правопонимания, классическое правоведение было едино относительно того, что взаимосогласованная человеческая жизнь невозможна без норм, явно и неоднозначно данных людям и устанавливающих общеобязательные правила поведения в обществе. Эти нормы создавали некое континуальное «правовое поле», незримо пронизывающее социальную действительность и не допускающее пробелов в правовом регулировании. Классическая норма права распространялась на все без исключения отношения между людьми и представляла собой некий «нормативный Абсолют», заполняя без остатка все время и пространство общественной жизни.

Вместе с тем, подобное объяснение, жестко подчиняющее поведение людей норме права, противоречит как здравому смыслу, так и практике отношений между людьми. Иными словами, порядок общественных отношений однозначно указывает на то, что право, взятое в его классической трактовке, как совокупность позитивных, естественных либо социологических норм, имеет пределы своего применения при осмыслении некоторых ситуаций и событий, возникающих в практике человеческого общежития.

Следует предположить, что существует, как минимум четыре группы ситуаций, которые ставят пределы применению классических норм права и разрушают миф о континуальном правовом поле. Первой разновидностью подобных ситуаций являются вооруженные конфликты, революции, гражданские и межгосудар-

¹ Доктор юридических наук, адвокат Харківської обласної колегії адвокатів.
stovba34@mail.ru

ственные войны, когда нормы права могут сохранять свою действительность, но утрачивают свою действенность. Как правило, нормы права в этом случае применяются после окончательной победы одной из сторон для придания юридической формы комплексу репрессий в отношении проигравшей стороны. Второй разновидностью положений, в которых правовые нормы полностью либо частично утрачивают свою действенность, являются ситуации чрезвычайные — стихийные бедствия, теракты, кораблекрушения, авиакатастрофы и т. п. Третья разновидность обстоятельств, в которых общеобязательная нормативность права ставится под вопрос, заключается в том, что нормы права (особенно позитивного) утрачивают свое значение меры человеческого поведения в рамках определенных групп или сообществ — этнических, религиозных, семейных, учебных, профессиональных. В-четвертых, право выказывает пределы своего применения при обращении к иным ситуациям, абсолютно легально инкорпорированным в массовую культуру, прежде всего, таким как спорт и другие игровые сообщества.

Таким образом, иллюзия классического правоведения о том, что право распространяется на все без исключения отношения между людьми, хотя бы как форма, произвольно накладываемая на любое содержание, должна быть разрушена. В то же время, высвечивая право в его пределах, мы сможем более адекватно осмыслить данный феномен, уходя от свойственной юристам абсолютизации своего предмета и ставя возможность применения права в зависимость от содержания тех либо иных отношений.

Володимир Сущенко¹

ПРАВО, МОРАЛЬ, ЗАКОН: ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК І ВЗАЄМОВПЛИВ

Три зазначені у назві теми категорії соціальної філософії та філософії права, на мою думку, визначають сутність суспільного життя, що складається з системи їх взаємовідносин, одна частина яких належить до «правових» — тобто унормованих у встановлений спосіб і формі, інша — до «моральних (етичних)» правил поведінки людини, сформованих людством протягом всієї історії свого розвитку, в якості сталих поведінкових звичаїв в взаємин людей в різних соціальних групах.

Онтологічна природа цих трьох філософських категорій: «право, мораль, закон» — їх взаємозв'язок та вплив на суспільне та індивідуальне життя людини привертала увагу мислителів з часів Давнього Риму й дотепер. Можна припустити, що ці категорії залишаться в центрі уваги філософії права і в досяжному майбутньому.

В контексті заявленої теми доповіді має сенс тезово розглянути послідовно кожну з цих категорій за їх сутнісними ознаками (характеристиками) та спробувати прослідкувати взаємозв'язки між ними, що визначають їх роль у функціонуванні правових систем сучасності.

ПРАВО.

Усталеними сьогодні є дві фундаментальні характеристики цієї категорії, що функціонує у формах: *природного* і *позитивного* права. Не зважаючи на певні відмінності у визначенні окре-

¹ Кандидат юридичних наук, доцент, науковий консультант з правових питань Центру Разумкова.

rulelaw10@gmail.com

мих ознак цих форм, філософи доходять спільного висновку про те, що:

- а) *природне право* являє собою «похідне від природного порядку речей, тобто від світобудови і природи людини, яка є невід'ємною частиною світопорядку» (Філософія права: Учебник / Под ред. О. Г. Данильяна. М.: Эксмо, 2005. С. 223);
- б) *позитивне право* — це «штучна будова, створена людьми», відданими інтересам держави і тому його норми можуть суперечити принципам природного світопорядку (Там само), оскільки вони «оперують переважно здатністю людини до розсудливих умовиводів відносно соціально-правових реалій» (Філософія права. Хрестоматія: Учеб. пособие для студентов высших учеб. заведений / Под ред. Н. И. Панова. К.: Издательский Дом «Ин Юре», 2002. С. 15).

Реальність соціального буття людини дозволяє зробити висновки про те, що його ПРАВО існує одночасно у двох формах: 1) *природній* та 2) *штучній (позитивній)*, — з яких *перша* є базовою/вихідною, а *друга* — похідною, яка створює умови для практичної реалізації першої у повсякденному житті.

Такий висновок, у свою чергу, надає підстави представити характеристику ПРАВА — як *цілісного соціального феномену* (Загальна теорія права: Підручник / За заг. ред. М. І. Козюбри. К.: Ваіте, 2016. С. 25), що дозволяє створювати і підтримувати необхідний баланс прав і свобод окремої людини і спільноти людей з метою оптимального задоволення її/їх потреб та самореалізації особистості.

МОРАЛЬ.

Другою категорією соціальної філософії (філософії права) у цьому ж контексті є *мораль*. Усталеною характеристикою *моралі* є розуміння її як ціннісної системи (структури) свідомості людини, що містить всезагальні принципи і правила її поведінки у всіх сферах своєї життєдіяльності та виконання яких є її внутрішньою потребою (Там само. С. 83).

Історія філософської думки свідчить, що *мораль* являє собою систему зрозумілих людині: *імперативних вимог, аксіом, заповідей, традицій, звичаїв* — спрямованих на добровільне регулювання балансу людських взаємин поза межами тих форм відносин, що випливають з офіційно встановлених владних норм (законів) її поведінки для задоволення конкретних інтересів.

Відомо, що основними складовими *моралі* є такі цінності (приписи, правила): *добро і зло, любов і повага, честь і гідність, рівність і справедливість, співчуття і співпраця, свобода і відповідальність*, — які й забезпечують оптимальне співіснування/співжиття людей. Саме вони формують алгоритми реалізації «прав людини» на достойне життя і самореалізацію. Природою (джерелами походження) моральних цінностей є, переважною мірою, релігійні постулати, закарбовані для більшості народів світу в Книгах книг: Біблії (для християн), Торі (для юдеїв), Корані (для мусульман).

Тому мораль є (має бути), на мій погляд, визначальною (базовою) складовою *права* — як феномену, що забезпечує баланс інтересів окремої людини і спільноти людей та держави.

ЗАКОН.

Розуміння *закону* сягає дохристиянських часів, з початку яких де-факто ведеться літопис історії людства. Різні мислителі вкладали в його розуміння різні ознаки. Тривалі часи закон *ототожнювався* з правом, або ж визначався як матеріалізована «*форма життя права*» та як «*джерело права*» (Там само. С. 178). Сучасною найпоширенішою характеристикою закону є його визнання як «нормативного (нормативно-правового — *В. С.*) акту вищої юридичної сили, який регулює найважливіші суспільні відносини» (Юридична енциклопедія: в 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. К.: Укр. Енцикл., 1999. Т. 2. С. 474).

Характеристика закону як «письмового акту держави» — це лише форма його життя. За своєю ж сутнісною характеристикою *закон* є яскравим вираженням штучної («позитивної») характеристики загального феномену ПРАВА. Створений людиною, він виражає волю носія колективної влади — народу, або ж

одноосібної — монарха/диктатора, спрямованої на встановлення загальнообов'язкових правил взаємин між людьми та їх спільнотами, а також — людини і держави в різних сферах життєдіяльності. Ці правила мають ґрунтуватись в сучасному світопорядку на основоположних правах і свободах людини, що далеко не завжди відбувається в реальному житті.

ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК і ВЗАЄМОВПЛИВ КАТЕГОРІЙ: право, мораль, закон.

У соціальній філософії (філософія права) з прадавніх часів завжди розглядався взаємозв'язок і взаємовплив категорій: «*права і моралі*» та «*права і закону*». В той же час, не вдалось віднайти досліджень, присвячених взаємозв'язку і взаємовпливу іншої пари категорій — «*моралі і закону*». Тим більше, не зустрічається дослідження одночасного взаємозв'язку і взаємовпливу ТРЬОХ зазначених категорій, які за своєю сутнісною характеристикою, на мое переконання, тісно пов'язані поміж собою.

Взаємозв'язок і взаємовплив «*права-моралі-закону*» можна простежити як на етапах їх формування, так і на етапах реалізації.

Виходячи з концептуального підходу до сутнісної характеристики цих категорій, можна стверджувати, що «мораль» є поєднуючим елементом між *правом і законом*: з одного боку, *право* в його природній складовій містить моральні норми (приписи, правила); з іншого — в законі також містяться (навіть, часом, утверджуються!) окремі всезагальні моральні норми. Саме тому, в оцінці зазначених категорій часто вживаються такі словосполучення: «правова мораль або мораль права», «моральний/аморальний закон», «правовий/неправовий закон». Моральність права (прав і свобод людини) і закону можна простежити у функціонуванні правової системи держави та особливо — в діяльності судової гілки державної влади, яка, спираючись на право, застосовує закон.

Тріада «право-мораль-закон» має бути ціннісним орієнтиром у формуванні правової культури і меж реалізації прав та інтересів як окремої людини, зокрема — правника, так і людських спільнот (суспільства, держави), дозволяючи бути свободними і одночасно — відповідальними за свої думки, слова і вчинки.

Олег Тарасов¹

МЕЖІ ПЕРСОНАТИВНОЇ ПРАВОВОЇ РЕАЛЬНОСТІ

З точки зору правової системології та правової морфології слід розрізняти зовнішні та внутрішні межі будь-якого правового феномену. До зовнішніх меж відносяться кордони між соціальною та правовою реальністю. Самі зовнішні кордони поділяються на перед (прото) правові та пост (після) правові. Внутрішні кордони можуть бути міжсистемними (розмежують міжнародне і національне право), міжсферними (публічне і приватне право), міжгалузевими та ін. Виокремлюють темпоральні, просторові, функціональні та інші критерії класифікації меж права. При цьому іноді ототожнюють межі права та правові обмеження. Уявляється, що обмежити можливо лише те, що вже існує. Неможливо обмежити, наприклад, правові здатності, які відсутні у фізичної особи.

Аналізуючи правову реальність з точки зору тривимірного підходу можливо запропонувати ще один критерій класифікації меж права — за персонативною, нормативною і комунікативною складовими. Якщо нормативний і комунікативний погляд на право представлено у доктрині досить ґрунтовно, то персонологічні дослідження мають більшою мірою фрагментарний характер. У зв'язку з цим пропонується розглянути деякі аспекти проблеми меж права з точки зору правової персонології.

Першою межею для персонативної правової реальності виступає зовнішній (перед) правовий кордон, де відбувається своєрідна селекція соціальних акторів на таких, які здатні виступати

¹ Доктор юридичних наук, доцент, доцент кафедри міжнародного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

ovt7373@gmail.com

носіями персонативної правової форми, та на таких, що за своєю природою не здатні бути правовими персонами. Це межа між перед (прото) правом і безпосередньо діючим правом.

Соціальні актори, які здатні бути у майбутньому суб'єктами права, можуть перебувати у соціальному (перед правовому) стані *потенційності, актуальності та постактуальності*. Соціальна персонативна потенційність вказує на перспективного актора, який спроможний реалізувати свої правові здатності у далекому майбутньому. У сучасним умовах правові можливості для реалізації правового потенціалу подібних соціальних акторів досить обмежені або взагалі поки що відсутні. Соціальна персонативна актуальність характеризує актора як найбільш ефективного носія персонативної правової форми та як такого, який краще за всіх інших відповідає сучасним вимогам та потребам правової системи. Соціальна персонативна постактуальність висвітлює анахронічність актора, який вже відстав від потреб сучасної правової системи. Його включення до складу суб'єктів права не призведе до будь-яких позитивних змін у правовій реальності та, більш того, може викликати негативні (ретроградні) наслідки.

Процес переходу від соціальної до правової потенційності можливо позначити як *зовнішню персонативну потенціалізацію* та, відповідно, два інших персонативних процеси як *зовнішні актуалізацію та постактуалізацію*. Результатом такої трансформації є правова персоніфікація — набуття соціальним актором персонативної правової форми, визнання у якості правової персони, носія правової суб'єктності, того, хто має права і обов'язки.

Поряд з соціальними потенційністю, актуальністю та постактуальністю слід звернути увагу на соціальні *перед (прото) правові здатності* самого актора та ті *правові можливості*, що надаються правовою системою для перетворення соціального актора на правову персону. В ідеалі соціальним перед (прото) правовим персонативним здатностям повинні відповідати персонативні правові можливості. У випадку відсутності правової можливості соціальний актор так і залишиться поза персонативною правовою реальністю. І навпаки, коли правова система надає пер-

сонативні можливості для фізичних, біологічних, міфологічних, казкових та інших поза соціальних феноменів перетворитися на правових осіб, то суб'єкта права все одно не виникає. У такому разі буде створена персонативна законодавча пустушка, форма без змісту. Наприклад, коли річка, парк або природний ландшафт визнаються правовою особою. Тому аксіомою правової персонології виступає положення про те, що правовою особою на сьогодні може бути лише соціальний актор, тобто людина або людський колектив.

Другою межею у розвитку персонативної правової реальності виступають внутрішньо правові кордони між такими персонативними правовими станами як *правова потенційність*, *правова актуальність* та *правова постактуальність*. Персонативна правова потенційність — це такий персонативний правовий стан, який характеризується наявністю у соціального актора персонативної правової форми, правового статусу та здатністю переходу до наступного стану правової актуальності. Перехід від правової потенційності до правової актуальності має назву *внутрішньо правової актуалізації*. Якщо суб'єкт права персонативно не актуалізувався за весь період свого існування, то він, скоріш за все, деперсоніфікується і перетне тим самим зовнішній соціальний постправовий кордон.

Персонативна правова актуальність — це такий персонативний правовий стан, що характеризує повну реалізацію різноманітних правових здатностей суб'єкта права та можливостей, наданих правовою системою, а також створює передумови для переходу у стан правової постактуальності чи повернення до стану правової потенційності (*внутрішньо правова репотенціалізація*). У разі, якщо суб'єкт права повністю і остаточно реалізував усі свої здатності і не бажає (або не має можливості) переходу до стану правової постактуальності, то відбувається його деперсоніфікація з переходом зовнішнього постправового кордону.

Персонативна правова постактуальність — це такий персонативний правовий стан, що характеризує анахроністичне існування правової особи, яка вже втратила свої правові здатності,

але формально продовжує існувати як суб'єкт права. Перехід від правової актуальності до правової постактуальності має назву *внутрішньо правової постактуалізації*. Припинення існування постактуального суб'єкта права призводить до його деперсоніфікації та переходу зовнішнього соціального постправового кордону. Теоретично можливе, так би мовити, «омоложення» постактуальної правової особи з поверненням її до стану персонативної правової актуальності (*внутрішньо права реактуалізація*).

У межах кожного з персонативних правових станів існують правові здатності конкретної правової особи та зовнішні щодо правової особи можливості, що надаються правовою системою для реалізації відповідних правових здатностей. В ідеалі правові здатності та правові можливості повинні гармонійно поєднуватися між собою.

Третя межа персонативної правової реальності є зовнішнім кордоном з соціальною постправовою реальністю. Вона характеризує постперсональне існування соціального актора. Мова йде лише про тих акторів, які після правової деперсоніфікації продовжують своє соціальне існування, а не були безповоротно розпущенні, ліквідовані, знищені, загинули чи померли. По аналогії з перед (прото) правом соціальні актори, які раніше були суб'єктами права, можуть перебувати у соціальному (постправовому) стані потенційності, актуальності та постактуальності, яким відповідають постправові соціальні здатності та можливості. При наявності сприятливих умов постправові соціальні актори можуть повернутися до меж персонативної правової реальності, маючи за спиною вже юридичний досвід правового буття. Такий процес можливо позначити як правову *реперсоніфікацію*, що призводить до набуття соціальним актором відновлюваної (або циклічної) персонативної правової форми.

Олена Уварова¹

КОРПОРАТИВНА ПОВАГА ДО ПРАВ ЛЮДИНИ: ЮРИДИЧНИЙ ОБОВ'ЯЗОК ЧИ ЕТИЧНА ВИМОГА?

Довгий час тематика зобов'язань бізнесу в сфері прав людини відносилась виключно до сфери бізнес етики, але й там не займала перших позицій. Ті дослідження, які звертали-ся до питання впливу бізнесу на права людини, розглядали його крізь призму суто етичних зобов'язань економічних суб'єктів. Загальновизнаною лишалася думка про те, що з юридичної точки зору права людини є предметом уваги урядів, а не бізнесів (Brennert G. G. Business Ethics and Human Rights: An Overview. *Business and Human Rights Journal*. 2016. Vol. 1. Issue 2. P. 277–306).

Більш загальна рамка — права людини й економіка як «дві концепції, які більше всього сприяли визволенню людства: перші від страху, другі — від нужденності» (Branco M. C. *Economics Versus Human Rights*. Routledge, 2009. P. 1) — охоплювалася науковими дослідженнями з позицій різних методологічних перспектив, але всі вони взаємозв'язок прав людини й економіки розглядали на його макрорівні, оминаючи увагою роль приватних суб'єктів економічної діяльності. Окрім того факту, що і права людини, й економіка мають один і той самий предмет своєї уваги — людину, вони є тісно пов'язані між собою багатьма іншими

¹ Кандидатка юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри теорії і філософії права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, голова Міжнародної лабораторії бізнесу і прав людини Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

uvarova.info@gmail.com

способами. Зокрема, не може бути жодної реальної індивідуальної свободи без свободи від нужденності, й не може бути жодного реального економічного вибору без свободи вираження. Відповідно, існує економічний вимір прав людини, так само як праволюдський вимір економіки.

Однак впродовж останніх 30 років докладаються значні зусилля для розвитку юридичних гарантій «корпоративної поваги до прав людини» (corporate responsibility to respect human rights) й «відповідальної бізнес поведінки» (responsible business conduct). Одним із основних аргументів на користь такого розвитку називають суттєве посилення ролі бізнесу в житті окремих суспільств і людства в цілому, на противагу послабленню ролі держави. Держави виявляються неспроможними ефективно захищати права людини від порушень з боку приватних економічних суб'єктів. Це може бути зумовлено слабкістю самих держав, в яких бізнес веде свою діяльність — ведення господарської діяльності у країнах, що мають низький рівень розвитку правової системи, є частиною бізнес-моделі окремих економічних суб'єктів. Так, з низкою корпорацій пов'язують грубі порушення прав на належні умови праці, мінімальний рівень її оплати, безпеку праці, масштабні порушення екологічних норм, що зумовили смерть і хвороби тисяч людей, які проживають у відповідній місцевості, тощо. Неспроможність держав ефективно захищати права людини від негативного впливу з боку бізнесу може також зумовлюватися об'єктивною необхідністю існування автономного простору ведення господарської діяльності, неможливістю та шкідливістю надмірної регламентації з боку держави повсякденної діяльності економічних суб'єктів. Ще одним фактором, який ставить питання про зобов'язання приватних економічних суб'єктів у сфері прав людини, є ведення ними своєї діяльності на території недемократичних держав або на територіях, уражених збройним конфліктом чи іншою надзвичайною ситуацією.

Іншими словами, всі ці фактори викривають слабкість у забезпеченні ефективної реалізації прав людини класичної моделі, за якої держава розглядається як єдиний носій зобов'язань у сфе-

рі прав людини. Усвідомлення такої слабкості поставило питання про додаткові способи забезпечення ефективної реалізації прав людини — питання про те, які суб'єкти, окрім держави, можуть виступати носіями зобов'язань у сфері прав людини.

Затверджені Радою ООН з прав людини у червні 2011 року Керівні принципи ООН з бізнесу і прав людини стали інструментом м'якого права. Вони передбачають обов'язок бізнесу поважати права людини, що, зокрема, має проявлятися у забезпеченні належної обачності у сфері прав людини, тобто оцінці потенційних ризиків для прав людини в своїй господарській діяльності та їх мінімізації. Цей обов'язок лежить на економічних суб'єктах, незалежно від того, чи підкріплюється він вимогою з боку держави, у тому числі у тих випадках, коли виконання економічним суб'єктом цього обов'язку вступає у конфлікт з вимогами держави.

Корпоративна повага до прав людини вимагає від бізнесу відмовитися від економічної вигоди, якщо це створює ризики для прав людини, або навіть понести прямі витрати, якщо це є необхідним для мінімізації відповідних ризиків чи для забезпечення більш стійкого сприяння реалізації відповідних прав людини. Фактично йдеться про те, що економічні суб'єкти мають діяти всупереч своїй економічній природі заради цінностей, визнаних правом.

Немає нічого незвичного, коли така модель поведінки є обов'язковою для бізнесу, оскільки забезпечується з боку держави, тобто діє державний примус, якому суб'єкти економічної діяльності змушені підкорюватися. Але що може змусити суб'єкта економічної діяльності діяти всупереч своїм економічним інтересам заради визнаних правом цінностей в ситуації, коли державний примус відсутній?

«Рішення, які приймає бізнес, моделі ведення своєї діяльності, які він використовує, впливають на наші можливості, наш оточуючий світ. Часто позитивним чином, але стається й так, що негативним. ...При цьому якщо уряди обираються, то люди, які приймають бізнес рішення, ні, й вони не будуть замінені тіль-

ки тому, що більшості в суспільстві не подобається їх діяльність» (Rendtorff J. D. Handbook of Business Legitimacy: Responsibility, Ethics and Society. Springer, 2020. P. 5). Це в свою чергу ставить питання про *легітимність* бізнесу, яке до останнього часу також розглядалося суто з позицій бізнес етики.

Питання, про яке намагаються не думати сьогодні ті, хто займається проблематикою бізнесу і прав людини, полягає в тому, чи є обов'язок бізнесу поважати права людини його юридичним обов'язком, або ж це лише етична вимога, чи здатне право примусити економічних суб'єктів діяти проти своєї економічної природи, чи не є спроба покласти на бізнес обов'язок поважати права людини такою, що лежить за межами права?

Більш точним буде сказати, що концепція бізнесу і прав людини презюмує правовий характер такого обов'язку економічних суб'єктів, відштовхується від нього як самоочевидного. Водночас, через 10 років з моменту затвердження Керівних принципів ООН з бізнесу і прав людини запропонована в їх тексті юридична модель регламентації корпоративного обов'язку поважати права людини оцінюється як малоефективна — економічні суб'єкти готові їй слідувати лише у випадках, коли вона не суперечить їх економічним інтересам. Конфлікт економічної вигоди і прав людини в умовах відсутності зовнішнього примусу суб'єкти економічної діяльності вирішують на користь економічної вигоди.

Результатом стає ще більш небезпечна для прав людини тенденція — слідування правам людини обґрунтовують тим, що це в довгостроковій перспективі є економічно вигідним — робить бізнес більш стійким, привабливим для інвесторів тощо. Тобто права людини в такий спосіб позбавляються власної цінності, їх цінність стає обумовленою економічною вигодою. Нівелювати цю небезпеку, можна лише відповівши на питання про те, чи є корпоративна повага прав людини юридичним обов'язком або ж ця вимога — поза межами права і становить етичну вимогу до бізнесу.

Наталія Черниш¹

ПОЧУТТЯ І ПРАВО

Відповідно до загальнозживаного визначення, предметом правового регулювання виступають найважливіші, з погляду держави, суспільні відносини, що об'єктивно потребують і піддаються юридичному регулюванню, і сторони яких виступають їх свідомими та вольовими учасниками.

У світі, де все має свою ціну й одиницю виміру, на нашу думку залишилося ще досить багато явищ, які, попри всі намагання нормотворців — на локальному то, чи національному рівні, не можуть однозначно оцінюватись з погляду права.

У цьому дописі ми хотіли би звернути увагу на численні спроби останніх передбачити у нормативно-правових актах різної юридичної сили наявність в особи тих чи інших почуттів, на кшталт «шанування державних символів» у Конституції України, «щирого каяття» в Кримінальному кодексі України, «любові та поваги» у Сімейному кодексі України та ін., а також проблем, чи-то особливостей, які існування цих понять створює в правозастосуванні.

Зокрема, «усе кантівське вчення про право і мораль з'являється як вчення про соціальні регулятори, про належне і неналежне у соціальних відносинах і взагалі людських **діях**» (URL: http://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/4%20KURS/4/2/20Chast1Rozd3Tema3Paragraf1.htm).

Тоді як бути суб'єктові, якщо він у випадку, коли позитивне право зобов'язує його пережити ті чи інші почуття, не має їх? Чи будуть його дії правомірними, якщо вони лише формально

¹ Адвокат, аспірантка Полтавського національного педагогічного університету імені В. Г. Короленка.
nataliechernysh@ukr.net

відповідають стану, що його переживає людина, скажімо, шануючи державні символи? Чи може щире каяття обвинуваченого вряховуватись як обставина, що пом'якшує покарання, у разі якщо останній тільки заявив про це або компенсував заподіяну шкоду? Чи вважатиметься дійсним шлюб, заснований, припустимо, не на любові і повазі, а на дружбі та взаємодопомозі? Як саме подружжя зобов'язане турбуватися про сім'ю, утверджуючи повагу відповідно до матері та до батька, якщо це прямо передбачено у законі? Чи буде вважатись порушником університетського статусу студент який байдуже ставиться до викладачів і співробітників закладу та до своїх колег — студентів, але об'єктивно його поведінка співпадає із такою, якби він поважав названих осіб? І що, врешті решт, являє собою «повага до людської гідності»?

За Кантом, вчинки, здійснювані під впливом гіпотетичних імперативів (вимоги, яких слід дотримуватись як необхідних умов, щоб досягнути намічених цілей.), кваліфікуються не як моральні, а легальні, тобто загалом прийнятні й навіть схвалювані суспільством, такі, що не суперечать його інтересам і завданням розвитку цивілізованих відносин. Принцип гіпотетичної імперативності, тоді, досить точно характеризує регулятивну природу норм позитивного права. Легальні вчинки, які відповідають нормам позитивного права, — являють собою дії, що формально збігаються з буквою закону. При цьому мотиви їх можуть бути різноманітними, зокрема також імморальними (Там само).

Тоді, чи можемо ми, наприклад, автоматично вважати, що утримання від дій, передбачених ст. 338 Кримінального кодексу України (наруга над державними символами) відобразатиме, принаймні, певною мірою, пошану до Державного Прапора, Гербу та Гімну України?

Так само, питання викликає ставлення решти учасників правовідносин до названої поведінки. До якої міри оточення має поважати людську гідність індивіда, щоб забезпечити його відповідне суб'єктивне право? І чи не будуть межі цього права звужені або розширені, більше ніж це необхідно, при його тлумаченні міжнародною судовою установою?

Повертаючись до розуміння Кантом поняття права, відзначимо, що він його розумів саме як умови співіснування індивідуальної волі із загальною. Отже, правомірним буде той вчинок, за якого прояв волі кожного може співіснувати з волею всіх інших людей, й навпаки — усе, що перешкоджає здійсненню волі, є неправомірною дією (Кант И. Собр. соч. в 6 т. Т. 4. Ч. II. М., 1963–1966. С. 260).

За таких умов, на нашу думку, є недоречним використання при створенні нормативних актів категорій, які апелюють до певного емоційного стану особи. Існування такого роду понять у законодавстві може призвести до неоднакового тлумачення й застосування правових норм й надання різної оцінки поведінці кожної особи в тотожній обстановці. Так само, конструювання законодавчих актів із використанням розпливчастих понять утруднює їх додержання. Вирішення цієї проблеми вбачаємо в удосконаленні юридичної техніки при підготовці нормативно-правових актів, а також у створенні легальних дефініцій для тих абстрактних понять, що вже увійшли до вжитку в юридичній діяльності.

Юрій Шеляженко¹

ПРАВО НА МИР І МЕЖІ ПРАВА

Місія права полягає у перетворенні дійсності з такої, як вона є, у таку, якою вона має бути по справедливості, щоб ніхто не був скривджений і мирне життя продовжувалося. Способом реалізації справедливості є правовий процес, можливості та ресурси якого є обмеженими. З точки зору наукової, автономно-процесуальної моделі, право завжди існує у межах певного процесу і його законів. Право не може санкціонувати беззаконня, бо воно відбувається за межами правового процесу. Право не може вимагати від людей неможливого, бо в рамках юридичного процесу здійснюються лише реальні приписи права.

В результаті процесу історичного розвитку права, поряд з науковими межами, право має також етичні та моральні межі. Юридична наука як позитивне знання про право і методи його реалізації є результатом історичного розвитку філософських спостережень, обговорень і етичних регуляцій порядку людського життя в природі, які, в свою чергу, ґрунтувалися на віруваннях у добро і зло та моральних судженнях, пов'язаних із релігійним та інтуїтивним сприйняттям світу. Мир є динамікою життя, вільного від насильства. Оскільки насильство спричиняє страждання, воно викликає моральний осуд. Роско Паунд у «Інтерпретаціях історії права» зазначає, що з простого ідеалу підтримання миру почався розвиток романо-германського права, а у подальшому виникли нові ідеали суспільного порядку та максимального індивідуального самоствердження, що зрештою призвело до становлення концепції природних прав людини.

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

SheliazhenkoiuV@krok.edu.ua

Генеральна асамблея ООН у 2016 р. прийняла Декларацію про право на мир, статтею першою якої проголошується, що кожен має право жити в мирі, в умовах заохочення та захисту всіх прав людини і повної реалізації розвитку. Стаття друга цієї Декларації вказує, що державам слід поважати, забезпечувати і заохочувати рівність та недискримінацію, справедливість і верховенство права та гарантувати свободу від страху і нужди заради укріплення миру всередині суспільств і між ними. У преамбулі до Декларації визнається необхідність мирної освіти та культури, врегулювання спорів і конфліктів мирними засобами, а також зазначається, що мир є не просто відсутністю конфліктів, але й вимагає позитивного, динамічного, відкритого до участі процесу, в якому заохочується діалог і конфлікти вирішуються у душі взаєморозуміння та співпраці, гарантується економічний розвиток.

Прийняття Декларації про право на мир проявило один з парадоксів сучасного світового порядку: попри загальне визнання цінності миру основою міжнародного права, ключові гравці відмовляються уточнювати значення цієї цінності відповідно до рекомендацій провідних світових експертів у сфері правозахисту та розбудови миру. За документ проголосували 131 з 193 країн-членів ООН, але серед них було лише 9 з країн Великої двадцятки, 3 країни-члени ОЕСР, 2 країни-члени Ради Європи і не було жодного члена НАТО. Є два можливих пояснення такої парадоксальної ситуації. Одне з них пропонує Мюрад Ідріс — у книжці «Війна за мир: генеалогія насильницького ідеалу у західній та ісламській політичній думці» він пише, що заклики до миру є узвичаним лицемірством, за яким у західних та східних інтелектуальних традиціях приховується ідеалізація насильства та боротьби за владу. Прийняти таку цинічну точку зору можливо хіба що за умови повної зневаги до людської гідності. Інше пояснення, яке пропонується автором цих тез, полягає в тому, що в процесі розвитку права іноді частково втрачається, але згодом відновлюється зв'язок із його моральними коренями. Наприклад, під час становлення етики справедливості як проміжної ланки розвитку моралі до рівня права виникла концепція справедливої війни,

якою виправдовувалися хрестові походи, колоніальні завоювання та винищення корінних народів Америки. Однак Гуго Гроцій обґрунтував необхідність обмеження прагнень справедливості моральними рамками миру в міжнародному праві, а Іммануїл Кант сформулював критерій категоричного імперативу для примирення між собою всього різноманіття суб'єктивних справедливостей, яких можуть прагнути люди через автономію волі. Кантівська теорія «вічного миру» була предтечою сучасної концепції «демократичного миру», згідно із якою демократичні країни не воюють між собою. Однак збройні конфлікти між країнами-членами Ради Європи та НАТО — міжнародних організацій, умовою членства в яких є дотримання високих стандартів демократії і верховенства права — а також вчинення військових злочинів представниками збройних сил провідних демократій світу та порушення норм міжнародного права демократичними, здавалося б, країнами показують, що демократична етика сьогодні втрачає зв'язок із своєю батьківською мораллю «максимального щастя максимальної кількості людей» і перетворюється на формальність, яка дозволяє виходити за межі миру як правової дійсності.

Модель ліберального миру на основі кантівського категоричного імперативу, спільність розумних волевиявлень в силу їх несуперечливості, сьогодні зустрілася із новими викликами неліберального миру та конфліктного фундаменталізму. Прибічники неліберального миру вважають за необхідне пригноблювати людей заради досягнення миру, що спричиняє прямо протилежний ефект: люди повстають проти гноблення. Серед країн, які проголосували за Декларацію про право на мир, є такі, де неліберальний мир (по суті, мир тільки за назвою, яка приховує структурне насильство) лежить в основі державної політики; важко розраховувати, що вони сумлінно дотримуватимуться приписів цієї Декларації. Що стосується конфліктного фундаменталізму, цей підхід заснований на баченні конфліктів як рушійних сил прогресу; його прихильники без вагань конфліктують і провокують конфлікти заради власної вигоди. Конфліктний фундаменталізм ігнорує червоні лінії ненасильства (незавдання суттєвої шкоди),

які відділяють мир від конфлікту, і тому розцінює як «корисні» конфлікти динамічне різноманіття мирного життя. Наслідком ігнорування червоних ліній є їх перетин, ескалація конфліктів та деструктивні наслідки замість очікуваної вигоди від конфлікту. Гільсмет, Фернандес і Бозе у монографії «Право на мир: минуле, сучасність і майбутнє» зазначають, що у часи холодної війни слово «мир» стало сприйматися деякими західними інтелектуалами та політиками як «брудне слово», оскільки соціалістичний табір виставляв себе захисниками «миру» від західної «свободи». Так само, за спостереженням Тетяни Кисельової, частина українського громадянського суспільства, що розбудовує мир, уникає самого слова «мир» у своїй діяльності, щоб не асоціюватися з ідеологією країни-агресора («русский мир»). Як пише Девід Кортрайт у дослідженні «Мир: історія рухів і ідей», термін «мир» іноді неправильно вживається по відношенню до пасивності та толерування несправедливості, ним часто зловживає політична пропаганда. Цим можна пояснити поширення ідей конфліктного фундаменталізму і те, що країни, в яких такі ідеї є популярними, не підтримали Декларацію про право на мир, оскільки не вважають за можливе досягати миру ненасильницькими засобами та прагнуть перемоги над «силами зла»; але їх інтервенціоністська політика сприймається як зло вдома і за кордоном.

Попри всі виклики, продовжується процес становлення глобальних стандартів верховенства права, за якими право має діяти в межах збереження і розвитку миру, мінімізувати прояви насильства, гарантувати дотримання права не тільки примусом, але й переконанням. Цьому сприяє громадянська та мирна освіта, поширення застосування медіації та мирних діалогів, міжнародно-правові заборони політик супремасизму і військової агресії. Принцип «не нашкодь» пояснює, чому збереження миру є межею права.

Наукове видання

**Фундаментальні проблеми
юриспруденції III.
Межі права:**

Тези доповідей
Всеукраїнського круглого столу
з міжнародною участю
(28–29 травня 2021 року)

(українською та російською мовами)

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

