У рамках некласичного природно-правового мислення за точку відліку береться не позиція зовнішнього спостерігача, що співвідносить право з яким-небудь зовнішнім критерієм, а внутрішній досвід учасника правового спілкування. Тут право розглядається як притаманний людині спосіб її буття. Такий спосіб мислення характерний для екзистенціально-феноменологічних (М. Мюллер, В. Майхофер), герменевтичних (А. Кауфман, П. Рікер), дискурсивно-комунікативних (К.-О. Апель, Ю. Хабермас), трансцендентально-аналітичних (Дж. Роулс, О. Хеффе) концепцій справедливості.

Отже, сучасне природно-правове мислення полягає у визнанні принципів справедливості як інстанції, що існує до і незалежно від державних установлень. У нинішній ситуації соціальних і культурних трансформацій природно-правовий підхід в його сучасній інтерпретації має особливе значення. Його прерогатива — давати критичну оцінку існуючим правовим інститутам і одночасно знаходити момент їх узгодження (примирення) з цінностями, що змінилися, та історичними тенденціями. Саме концепція «прав людини», історично виникла як «нове природне право» в епоху Просвітництва, дозволить, як «магнітне поле», утримувати «плазму» суспільства від хаосу і розвалу, а також наблизити вітчизняне законодавство до міжнародних (загальнолюдських) стандартів.

Надійшла до редколегії 10.09.01

Н. Осипова, професор НЮА України

Вчення М. Ковалевського про особисті права людини (до 150 річчя від дня народження)

В 2001 р. виповнилося 150 років від дня народження Максима Максимовича Ковалевського, всесвітньо відомого правознавця, соціолога, етнографа.

М. Ковалевський (1851–1916) народився в Харкові. У 1872 р. він закінчив юридичний факультет Харківського університету, його залишають при університеті по предмету державного права європейських держав. Підготовку до магістерського екзамену

Ковалевський проходить у вищих навчальних закладах Берліна, Парижа, Лондона. У червні 1880 р. Рада Московського університету затверджує його в ступені доктора державного права, а в грудні того ж року — ординарним професором. Повернувшись у 1905 р. з майже 18-річної напівеміграції, Ковалевський став професором Харківського університету і був ним до обрання депутатом першої Державної Думи від Харківської губернії[1].

Свою генеалогію Ковалевський веде від роду, що аж до батька вченого включно, належав до слобідського українського шляхетства. І сам він любив називати себе козаком[2].

Важко перебільшити внесок Ковалевського у правознавство, досить лише нагадати про розробку ним історично-порівняльного методу в правознавстві, одним із найвизначніших творців якого він вважається. Саме прагнення Ковалевського втілити в життя нове розуміння процесу виникнення і функціонування держави і права привело його до занять соціологією і етнографією, які здобули йому світову славу.

В кожну епоху завжди виникає певна проблема, що стає основною, провідною в процесі суспільного розвитку і боротьби. Зараз такою, як і в часи Ковалевського, є проблема прав людини. Сьогодні, коли в усьому світі триває нелегка боротьба за торжество прав людини, не тільки цікаво, а й корисно з теоретичної і практичної точки зору повернутися до того, як розумів і бачив вирішення цієї проблеми Ковалевський.

Якщо поглянути на багатовікові дискусії відносно значення, змісту і реалізації прав людини, то в своїй найглибшій основі всі вони стосуються двох питань: яку позицію щодо природи прав людини слід зайняти, щоб зробити можливою концепцію прав людини, та в чому полягає специфічний характер прав людини в системі права взагалі, а також стосовно інших прав[3]. М. Ковалевський, відповідаючи на ці фундаментальні

[1] Див.: *Куприц Н. Я.* Ковалевский. – М., 1978. – С. 7–9.

[2] Див.: *Дженіс М., Кей Р., Бредлі Е.* Європейське право у галузі прав людини: джерела і практика застосування: Пер. з англ. – К., 1997. – С. 6–16.

[3] Див.: *Гарник О. В.* Проблема філософського осмислення прав людини // Актуальні проблеми формування правової держави в Україні (до 50-ї річниці Конвенції про захист прав людини та основних свобод): Мат. міжнарод. наук.-практ. конф.: У 2 ч. / За ред. проф. М. І. Панова. – Х., 2000. – Ч. 1.– С. 88.

питання, створив своє вчення, як він називав, «про особисті права». Фактично воно було новою парадигмою прав людини.

Нова парадигма виникає тоді, коли в межах уже існуючих парадигм виникає аномалія, тобто явище або процес, що не може знайти обґрунтованого вирішення в межах цих парадигм[1]. В період початку і розквіту наукової діяльності Ковалевського пануючими були дві доктрини (парадигми) права, які врешті-решт визначали походження, зміст і характер прав людини.

Згідно з першою доктриною держава має необмежену владу щодо своїх підданих, і лише вона може бути суддею стосовно меж своїх повноважень. Вона не може допустити існування у громадян якихось інших прав, окрім створених самою державою. Більше того, ніяка конституція для держави нібито не обов'язкова, за її волею можуть упасти проголошені нею права особи.

Другою доктриною було вчення про природне право. Відповідно до нього держава є лише суб'єктом захисту природжених прав свободи власності людини і створюється для захисту цих прав і не може здійняти на них руку. Верховенство держави обмежується правами людини, вони мають незалежне від держави походження, а тому не можуть бути ні створені, ні скасовані державними законами[2].

Ці доктрини, наголошував Ковалевський, не могли дати критеріїв для своєї оцінки і можливі зразки подальших реформ. Ідея неможливості пізнавати будь-що через само себе має давню філософську традицію, вона висловлювалася ще Аристотелем[3] і була повністю сприйнята Ковалевським. Саме ця неможливість і була тією аномалією, що обумовила наукове прагнення Ковалевського створити власну правознавчу систему. Ця система одночасно стала методологічною основою вчення про права людини.

Ідеї вроджених прав, на яку спиралася теорія природного права, Ковалевський протиставив поняття солідаризму як рушійної сили виникнення і розвитку права як соціального яви-

[1] Див.: *Кун Т.* Структура научных революций. – М., 1977. – С. 134–135.

[2] Див.: *Ковалевский М.* Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии. Методы сравнительного изучения права // Сборник по общественно-юридическим наукам. – СПб., 1889. – Вып. 1. – С. 6.

[3] Див.: *Аристотель.* Сочинения в четырех томах. – Т. 2. / Ред. Э. Н. Микеладзе. – М., 1978. – С. 237.

ща. Полемізуючи з прибічниками природного права, Ковалевський зазначав, що, коли йдеться про вплив природи, то вона навчає аж ніяк не праву, а відсутності його, оскільки існує необхідність жертвувати ближніми в інтересах самозбереження. Боротьба за існування сприяла виникненню права, але тільки тому, що інстинкт самозбереження підказав учасникам цієї боротьби необхідність організуватися в певні групи для більш успішного виживання. В будь-якій такій групі виникає необхідність у формуванні «замиреного середовища», а «місце боротьби» посідає в ній солідарність або усвідомлення[1].

Критикуючи теорію природного права, Ковалевський разом з тим вважає вірним у науковому сенсі висновок її представників про те, що право виникає раніше держави. Ковалевський наполягає лише на тому, що, по-перше, апріорні судження про «додержавне право» і «природний стан» має бути замінено конкретно-історичним вивченням дійсного процесу встановлення права; по-друге, надуману категорію «ізольованого індивіда» при розгляді права необхідно замінити реальними поняттями «соціальна група», «спільноти», «суспільство».

І сучасним правознавством природне право іноді розглядається як «одна з провідних парадигм філософсько-правового і юридичного мислення, спирається на ідею єдиних нормативно-ціннісних принципів, які панують у космосі, природі і соціумі і які здатні бути мірилом справедливості установлених державою законоположень»[2], тобто як таке, що за своїм походженням виходить за рамки суспільства. Ковалевський саме за нібито вродженість природних прав і називав теорію природних прав метафізичною і критикував її за це. Що ж стосується природженості певних юридичних ідей і уявлень, то про них «можна говорити тільки в тому розумінні, що вони успадковані від предків, але аж ніяк не в тому, що вони насаджені нам природою або є, кажучи мовою Канта, категоричним імперативом нашого розуму»[3].

---

[1] Див.: *Ковалевский М. М.* Учение о личных правах. – М., 1906. – С. 3.

[2] Див.: *Бачинин В. А.* Естественность как парадигма классического и современного правосознания // Права людини і правова держава (до 50-ї річниці Загальної декларації прав людини): Тези доп. та наук. повідомлень наук. конф. проф.-викл. складу, 10–11 грудня 1988 р. / За ред. проф. М. І. Панова. – Х., 1988. – С. 30.

[3] *Ковалевский М. М.* Учение о личных правах. – С. 4.

У зв'язку з цим цікаво нагадати, що на позиціях, аналогічних поглядам Ковалевського стосовно вродженості природного права, фактично стояли свого часу перші американські законодавці. Конгрес під час розгляду проекту Декларації незалежності, що була йому запропонована Т. Джефферсоном, з положення, що «всі люди створені рівними і наділені Творцем п е в н и м и природженими і невід'ємними правами» слова «природженими і невід'ємними» викреслив при остаточному затвердженні Декларації[1].

Зважаючи на все це, Ковалевський виходив з того, що між двома протилежними точками зору на право (правовий позитивізм і доктрина природного права) є місце для третьої. Вона, як саме він і обґрунтував, полягає в тому, що право і держава випливають з одного джерела, мають одне завдання і відповідають одній і тій же суспільній потребі — забезпеченню людської солідарності. Вимоги солідарності в різні часи мають різний характер. Залежно від обставин середовища і особистої підготовленості індивідів, які входять до складу держави, виникає більша або менша самодіяльність з їх боку, а відповідно більша або менша опіка над ними в процесі реалізації потреби їх взаємного спілкування. Головну перевагу такої точки зору Ковалевський вбачав у тому, що вона при розгляді стосунків між державою і правом припускає в першому виконавця волі другого. Держава таким чином не може начебто з якоїсь причини скасувати особисті права, оскільки визнання їх є фундаментальною вимогою суспільної солідарності і основою самого факту співжиття в межах держави[2].

Виходячи із цього постулату, Ковалевський визначає сутність і природу права. Право, за ним, це відображення вимог солідарності і породженої нею ідеї обов'язку, які врешті-решт примушують індивідів брати на себе обов'язки з метою збереження можливості жити в межах групи[3].

Теоретики права іноді закидають Ковалевському, що в розумінні права у нього є певний дуалізм. З одного боку, право у

[1] Див.: *Джефферсон Т.* Автобиография. Заметки о штате Виргиния / Под общ. ред. А. А.Фусенко. – Л., 1990. – С. 34.

[2] Див.: *Ковалевский М.* Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии. Методы сравнительного изучения права. – С. 6–7.

[3] *Ковалевский М. М.* Учение о личных правах. – С. 4–5.

нього — це відображення вимог солідарності, що породжує ідею обов'язку і змушує брати на себе обов'язки перед суспільством, а з іншого — воно носить нормативний характер і забезпечується силою держави. Ці два аспекти тільки здаються несумісними. Адже право — це не абстрактний перелік прав, воно реалізується на практиці лише через державу, принаймні після того, як вона виникла. Саме цю обставину мав на увазі Ковалевський, коли стверджував недоречність протиставлення прав і державного централізму. Недоцільність такого протиставлення визнається сучасною правознавчою наукою. «Держава повинна визнавати права людини на життя, гідність, недоторканність особи, житла тощо. І хоча ці права належать людині «від народження», але «захищеність» їм надає юридична форма, тобто форма закону. Тому ці права не можуть бути протиставлені державі, яка повинна брати на себе функцію не тільки їх захисту й забезпечення, але і їх законодавчого формулювання»[1].

Права людини, особисті права, за термінологією Ковалевського, є основним елементом правових систем. Верховенство прав і свобод людини означає, що саме людина є основоположною ланкою всього суспільного устрою.

Багато хто з дослідників, особливо коли йдеться про права людини, відмічали деяке англофільство Ковалевського у підході до них. Ми не вважаємо це таким вже принциповим недоліком, оскільки за часів Ковалевського Англія була не тільки більш розвинутою економічно країною. Англійська буржуазія, вміло користуючись правами людини, домоглася того, що вона управляла країною без значних соціальних потрясінь і з максимальною вигодою для суспільно-економічного розвитку держави.

Особливістю конституційних актів Англії Ковалевський вважав те, що особисті права тут не знаходили собі визнання в якійсь особливій декларації і що вони «не мають іншої основи, крім загального принципу панування закону, що є єдиним і незмінним, незалежно від того, до яких осіб він застосовується, до приватних чи посадових»[2].

---

[1] *Тодика Ю. М.* Конституція України: проблеми теорії і практики. – Х., 2000. – С. 109–110.

[2] *Ковалевский М.* Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии. Методы сравнительного изучения права. – С. 27.

З таким тлумаченням не можна погодитися. Річ у тім, що конституційні акти Англії, не маючи тоді переліку прав, в той же час вільні від будь-якого свавілля. А оскільки це так, то виникає необхідність встановити співвідношення свободи і права.

За висловом Гегеля, свобода існує лише там, де для особистості немає нічого іншого, що не було б нею самою, її вибором, її діяльністю[1]. Це субстанціональна ознака свободи і вона присутня в будь-якій сфері буття, не виключаючи і право. З погляду на свободу як на сутнісну ознаку права випливає, що вона визначає також зміст прав особистості. Погляд на права людини (особисті) як на певним чином унормовану свободу, що найбільш адекватно відображає онтологічну сутність прав людини, є майже загальновизнаною точкою зору сучасного правознавства[2].

Отже, змістовною основою, онтологічним першоджерелом існування прав людини є свобода. Значення свободи особистості для формування системи прав особистості полягає у тому, що вона в собі у зародковій формі несе необхідність певних прав особистості. Без них цю свободу на практиці не може бути реалізовано. Цікаво зазначити, що Ковалевський багато які права, наприклад, право на мітинги і право на виступи проти уряду, що здійснює свавілля, виводив із свободи особистості.

Окреслення в англійських конституційних актах системи свобод означало необхідність певної системи конкретних прав, бо без них ці свободи не могло бути реалізовано. Оскільки такі права часто не було сформульовано, механізмом захисту свобод і випливаючих із них прав стали судові вироки, які встановлювали в кожному окремому випадку, які права має особа, щоб не було порушено її свободу. Ці рішення стають правилом для випадків одного характеру, або так званими прецедентами. Величезну кількість конкретних прав в англійській правовій системі породжено саме прецедентами, які, в свою чергу, виникли в процесі захисту свобод особистості.

---

[1] Див.: *Гегель Г. В. Ф.* Философия права: Пер. с нем. / Редакторы и составители Д. А. Керимов и В. С. Нерсесьянц. – М., 1990. – С. 90.

[2] Див.: *Гетьман А.* Законодавчі аспекти зародження екологічних прав людини // Вісник Академії правових наук України. – Х., 2000. – № 1 (20). – С. 129; *Рабінович П. М.* Основні права людини: загальнотеоретична характеристика // Вісник Академії правових наук України. – 1994. – № 2. – С. 25.

Саме тому Ковалевський і вважав основою прав людини існування в суспільстві законності.

Це не означає, що Ковалевський не визнавав значення декларацій прав. По-перше, він вважав, що вони мають велике значення і виправдовують себе тим, що відображають вимоги часу. По-друге, перехід від проголошення декларацій прав до їх реалізації означає новий імпульс суспільного розвитку.

Ковалевський як представник раціонального ставлення до проблем права на перше місце ставив існування механізму забезпечення прав і свобод особистості і вважав, що їх фактична наявність пов'язана не з визнанням у деклараціях, а з неухильним додержанням законності. Вирішальною ланкою такого механізму Ковалевський, спираючись перш за все на досвід Англії, вважав судову відповідальність за порушення цих прав і свобод.

Вихідним моментом забезпечення законності, на думку Ковалевського, є справжня рівність будь-якого громадянина перед законом.

Високо цінуючи рівень додержання законності і захисту прав особистості в Англії, Ковалевський разом з тим підкреслював, що англійський парламент у будь-який час має право вжити заходів до скасування особистих вольностей і проти цього немає ніякого засобу захиститися. Правда, судді, що користуються в Англії високою свободою внутрішньої оцінки, можуть ухилитися від санкціонування своїми рішеннями норм, що в їх очах не відповідають вимогам права.

Але такий посередній судовий захист прав і свобод особистості від неправових дій законодавця вкрай непевний, бо визначається особистими якостями суддів, а не законом. Ось чому Ковалевський вважав, що індивідуальні свободи охоронялися на той час конституцією лише в Сполучених Штатах Америки, бо там існує можливість таких змін конституції, що є сприятливими для забезпечення індивідуальних прав. Крім того, лише в них існувало право центральних судів давати інтерпретацію тих норм конституції, що забезпечують особисті вольності і права, а підкорення рішенням цих судів стосовно особистих прав для виконавчої влади є конституційним обов'язком.

Розглядаючи здійснений Ковалевським аналіз прав і свобод людини, не можна не звернути увагу на два моменти. По-пер-

ше, Ковалевський надає надзвичайної ваги аналізу свобод. По-друге, дослідження конкретних прав і свобод має західноєвропейську орієнтацію.

Історія прав людини, за Ковалевським, становить собою історію прогресуючого її визнання, збагачення, а також поширення принципу правової рівності на все більш широке коло суспільства. В свою чергу, виникнення і розвиток прав і свобод людини визначаються розвитком так званого правового порядку. Визначальним критерієм такого порядку Ковалевський вважав не відмову держави від ролі провідника культурних засад у суспільстві і навіть деякого розширення сфери контролю за особистістю, а такий стан правових відносин, коли поліцейська відповідальність і нагляд замінюються судовою відповідальністю. Це не усуває, а підсилює відповідальність осіб, що порушили встановлений порядок. Ось чому в правовій державі судова відповідальність у сфері прав людини повинна проводитися незрівнянно ширше і послідовніше.

Відсутність у Ковалевського розмежування прав людини і громадянських прав може здатися незначною обставиною, але оскільки існують і держави, і їх громадяни, ця проблема була завжди актуальною.

Незважаючи на те що після Другої світової війни в центрі уваги опинилися права людини, багато які держави (ФРН, Італійська республіка та ін.) розмежовували права людини і права громадянина. Після розпаду Радянського Союзу, прагнучи забезпечити свій суверенітет, нові держави звернулися до прав громадянина. При цьому в деяких країнах громадяни мають не лише політичні права, а й також певні економічні та соціальні привілеї. Тільки статут громадянина є свідченням людської повноцінності[1]. В ст. 29 Конституції Естонської республіки зазначено: «Громадянин Естонії має право вільно обирати собі рід занять, професію та місце роботи. ... Якщо законом не встановлено інше, то цим правом нарівні з громадянами Естонії користуються також громадяни іноземних держав, які перебувають в Естонії»[2].

[1] Див.: *Страхов М. М.* Права людини і громадянина: історія і сучасність // Актуальні проблеми формування правової держави в Україні (до 50-ї річниці Конвенції про захист прав людини та основних свобод). – С. 68.

[2] Конституції нових держав Європи та Азії / Упоряд. С. Головатий. – К., 1996. – С. 7.

За таким же принципом побудовано і ст. 31: «Громадянин Естонії має право займатися підприємництвом і вступати в комерційні об'єднання та спілки. ... Якщо закон не встановлює іншого, то цим правом нарівні з громадянами Естонії користуються також громадяни іноземних держав, які перебувають в Естонії та особи без громадянства»[1].

Застереження «якщо закон не встановлює іншого» свідчить, що зазначені права — це не невід'ємні права людини, а позитивні права, що встановлюються державою на її розсуд. Такий підхід суперечить п. 1 ст. 23 Загальної декларації прав людини, яка проголошує: «Кожен має право на працю, на вільний вибір виду зайнятості (виділено нами. — *Н. О.*), на справедливі та сприятливі умови праці та на захист від безробіття».

До речі, в ст. 42 Конституції України зафіксовано право кожного, а не лише громадян на підприємницьку діяльність, яку не заборонено законом, а ст. 43 кожному надає право на працю, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується.

В ст. 32 Конституції Литовської республіки проголошено: «Громадянин може вільно пересуватися та обирати собі місце проживання у Литві, може вільно виїжджати з Литви»[2], а на негромадян це не поширюється. У такій редакції ст. 32 прямо суперечить ст. 13 Загальної декларації прав людини («Кожен має право на свободу пересування і проживання в межах кордонів кожної держави»).

Конституційні положення Республіки Польща взагалі формулюють основні права та обов'язки лише громадян. Наприклад, «Республіка Польща забезпечує громадянам свободу совісті та віросповідання» (ст. 82) або «Республіка Польща забезпечує громадянам свободу слова, друку, зборів та мітингів, процесій та маніфестацій» (ст. 83). Що ж стосується громадян іноземних держав та осіб без громадянства, то про них сказано лише те, що їм надається «право притулку в порядку, визначеному законом» (ст. 88).

Наведені ситуації свідчать, що проблема змісту і співвідношення прав людини і громадянина ще далека від правознавчого і практичного вирішення.

На основі аналізу призначення держави, виникнення, ствердження і забезпечення прав людини Ковалевський робить фунда-

[1] Конституції нових держав Європи та Азії / Упоряд. С. Головатий. – С. 8.

[2] *Paul Gordon Lauren.* The Evolution of International Human Rights Philadelphia:University of Pennsylvania Press,1998. – P. 55.

ментальний висновок, що «держава в процесі своєї поступової еволюції безперервно розширює сферу індивідуальної самодіяльності. А тому і сума так званих особистих прав неухильно зростає»[1]. Це положення деякі правознавці оцінюють як «принципово помилкове»[2]. У відповідь на це слід звернути увагу на два моменти.

По-перше, якщо взяти реальний процес розвитку права в останні десятиліття, то виявиться, що принцип солідарності відіграв провідну роль у розвитку і забезпеченні прав людини. Революцією в філософії, політиці і змісті прав людини було прийняття Загальної декларації прав людини[3]. В ній людство розглядається як людська сім'я і провідною є думка про те, що безправ'я людини — загроза існуванню людства. Незаперечним свідченням панування принципу солідарності в сфері прав і свобод людини є створення згідно з Європейською конвенцією про захист прав людини і основних свобод Європейської комісії з прав людини і Європейського Суду з прав людини. Причому рішення Суду є остаточним, а учасники договору зобов'язуються виконувати його рішення в будь-якій справі, де вони є сторонами. Без солідарного підходу до прав людини створення і повноваження цих органів неможливі в принципі.

По-друге, після Другої світової війни почався бурхливий процес зростання значення і розширення прав людини, перетворення їх на одну з головних засад устрою будь-якої держави. Цей процес охопив усе людство. Сьогодні більш як 100 національних конституцій захищають права людини[4] і супроводжуються значним розширенням обсягу прав людини.

У світлі розглянутих процесів цілком природним буде висновок про те, що концепція Ковалевського стосовно прав людини, їх виникнення, розвитку та гарантування не лише має історичний інтерес, а багатьма своїми гранями стикається з сучасністю і може сприяти більш глибокому її розумінню.

Надійшла до редколегії 03.09.01

---

[1] Див.: *Ковалевский М.* Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии. Методы сравнительного изучения права. – С. 8–9.

[2] Див.: *Куприц Н. Я.* Ковалевский. – М., 1978. – С. 80.

[3] Див.: *Paul Gordon Lauren.* The Evolution of International Human Rights Philadelphia:University of Pennsylvania Press,1998. – P. 139, 172.

[4] Див.: *Дженіс М., Кей Р., Бредлі Е.* Європейське право у галузі прав людини: джерела і практика застосування. – С. 13.